

**AZIONE PENALE E CULTURA DELLA GIURISDIZIONE:
LA LEZIONE DI METODO DI ENRICO MARZADURI***

di Stefano Ruggeri

*(Professore ordinario di diritto processuale penale,
Università degli Studi di Messina)*

Sommario: 1. Un dato autobiografico. - 2. Molti interrogativi e una certezza: la centralità dell'azione penale all'interno del sistema di giustizia penale e, di qui, del sistema costituzionale di tutela di diritti e libertà fondamentali. - 3. Le lezioni di metodo di Enrico Marzaduri. - 3.1. La prima: l'indispensabilità di un'ampia prospettiva di analisi per potere apprezzare appieno le molteplici implicazioni sistematiche dell'azione penale. - 3.2. La seconda: l'intrinseco relativismo dell'azione penale e la necessità di studiarne la portata non solo nell'ottica della meccanica procedimentale ma anche e soprattutto nella prospettiva degli accertamenti e della dinamica dei giudizi. - 4. Le prospettive dischiuse dall'impostazione del Maestro e le sfide che attendono il futuro dell'azione penale. Notazioni conclusive.

1. Questo scritto è un lavoro scientifico e non lo è. Non mira a riflettere le opinioni dell'autore sull'argomento che intende affrontare, come dovrebbe fare ogni lavoro scientifico, quale che ne sia il merito. Esso è stato pensato e scritto interamente per il mio Maestro, il prof. Enrico Marzaduri: ed essendo a lui dedicato, desidererei anteporvi – sebbene sia forse ancor meno usuale in un lavoro che aspiri ad assumere carattere scientifico – un dato autobiografico. I sentimenti di gratitudine e affetto che mi legano a Enrico vanno infatti ben oltre le ragioni di riconoscenza che solitamente contraddistinguono il rapporto tra allievo e Maestro: la qual cosa può per l'appunto essere spiegata solo in ragione della mia particolare esperienza di vita, e di una vita che fortunatamente – e per una fortuna a me ignota al principio e della quale in nessun modo avrei potuto immaginare lo svolgimento – non è stata con lui solo vita accademica. Quest'anno che celebriamo, con Daniele Negri e Benedetta Galgani e gli

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione al Convegno “*Logiche ed esperienze del processo penale. Per Enrico Marzaduri*” (Pisa, 7-8 marzo 2025) ed è destinato al volume, in fase di pubblicazione, *Logiche ed esperienze del processo penale. Per Enrico Marzaduri*, a cura di B. Galgani-D. Negri-S. Ruggeri.

altri allievi di Enrico, il nostro Maestro coincide con venticinque anni dall'ormai lontano anno 2000 in cui ebbi il privilegio di conoscerlo.

Un quarto di secolo esatto ha dunque riempito il nostro rapporto e i ricordi che oggi si affollano nella mia mente sono tantissimi. Ma uno in particolare si staglia nitido alla memoria e di esso desidero dare qui pubblica testimonianza: il primo, il giorno in cui lo vidi per la prima volta, il giorno in cui un giovane e sprovveduto neolaureato, senza arte né parte, come si suol dire, conobbe quello che doveva essere il professore col quale e per il quale si accingeva a lavorare, e che sarebbe diventato, a tutti gli effetti e sotto ogni riguardo, il suo Maestro. La singolarità di tale incontro stava nel fatto che quel giovane non solo non si era laureato col professore ma neppure si era laureato a Pisa. Per una mia particolare vicenda personale avevo lasciato la mia isola, la Sicilia, per recarmi in Toscana: e in un giorno per la verità abbastanza afoso d'inizio settembre mi apprestavo così a incontrare al dipartimento di diritto pubblico il prof. Marzaduri, con cui solo avevo avuto un colloquio telefonico nel quale, come mi accorsi subito, avevo probabilmente tediato oltre misura il mio autorevole interlocutore con domande non necessarie ed eccessivamente prolisse. Impacciatissimo e terrorizzato per l'impressione che avrei potuto suscitare, attendevo in giacca e cravatta (vestito che prudentemente mi sarei astenuto dall'usare nei successivi anni pisani) fuori dallo studio del professore. Il quale, quando arrivò il mio turno, mi accolse con un'affabilità straordinaria e un abbraccio, e soprattutto mi invitò immediatamente a seguire la nostra conversazione con un tu reciproco motivato dal fatto che avremmo dovuto lavorare assieme: la qual cosa, per chiunque conosca un poco l'ambiente universitario, era allora (ed è forse ancor oggi) del tutto inusuale.

Il professore mi fece quindi fare un rapido giro del dipartimento e mi presentò a diversi suoi colleghi ma soprattutto ai giovani studiosi dell'area di diritto processuale penale, e cioè a quelli che sarebbero dovuti diventare i miei colleghi e, per così dire, compagni di avventura: Luca Bresciani, Valentina Bonini, Benedetta Galgani, Susi Campanella e poi Carlo Di Bugno. Io ero letteralmente l'ultimo arrivato, eppure anche quest'incontro ebbe un sapore tutto speciale. Le presentazioni furono fatte come in una famiglia: ed essi pure, nonostante la stranezza della cosa, ricevettero con grande affettuosità quel brutto anatroccolo che, senza alcuna speranza di tramutarsi in cigno, era venuto a turbare la quiete dell'area. Ricordo infine che al termine di quel nostro giro il prof. Marzaduri mi accennò in pochissime battute a un progetto editoriale chiedendomi se avessi interesse a prendervi parte. Tutto nell'arco di meno di un'ora!

Da allora cominció per me uno straordinario cammino e non ho difficoltà a dire oggi, a distanza di tanti anni, che quel giorno suggellò uno dei rapporti più importanti della mia vita, dal punto di vista sia professionale sia soprattutto umano. Tantissime cose sono accadute in questo lasso di tempo ma esso rimane inciso indelebilmente nella mia memoria e vi rimarrà per sempre: come il giorno in cui, se una fortuna del tutto inattesa cambiò la vita di un giovane confuso e solo animato da buona volontà e generica passione per la ricerca, ciò avvenne per un atto di generosità senza eguali che quel professore, con la sua disarmante semplicità, mostrò fin da subito nei suoi riguardi.

Ho già affermato in innumerevoli occasioni, e vorrei oggi che ne restasse traccia scritta, che il prof. Marzaduri mi ha insegnato assolutamente tutto quello che so. Naturalmente Enrico mi ha insegnato ben più di quello che le mie limitate capacità sono state in grado di apprendere: e il suo insegnamento, come dice la stessa parola, si è tradotto per me in una moltitudine di segni che ha impresso nella mia formazione e che sotto moltissimi profili, come credo sia ormai chiaro, vanno al di là del piano puramente accademico e lavorativo. Ma probabilmente il segno di maggior valore è stato l'esempio di un uomo che non è stato solo lo straordinario studioso che tutti hanno celebrato e continuano giustamente a celebrare: la sua eccezionalità sta anzitutto per me nel tratto, sempre pacato ed equilibrato, capace di gesti appunto di generosità più unica che rara e di altrettanto rara modestia e vicinanza affettiva: segno chiarissimo e inequivoco di grandezza.

Attraverso quest'esempio di vita Enrico Marzaduri ha avuto un'influenza enorme su tutto il mio percorso accademico e anzi ne ha in misura decisiva determinato la direzione: senza mai imporre alcunché, chiedendo sempre tutto con garbo e per favore, ma soprattutto favorendo la mia crescita, come quella di tutti i suoi allievi, con un forte senso di libertà per le scelte che avremmo inteso intraprendere: e regalandoci dunque una libertà piena di autoresponsabilità. Il suo rapporto con noi tutti è stato un rapporto di autentica collaborazione, termine che, per ragioni delle quali non ho mai ben compreso il senso, si carica nell'uso comune di un significato gerarchico del tutto estraneo all'esperienza che con lui, e grazie a lui, abbiamo vissuto.

Qui si colloca peraltro un ulteriore motivo di gratitudine che desidero oggi esprimere nei riguardi di Enrico. In effetti, il lavorare assieme a Pisa non era certo ristretto ai confini di quelli che sono oggi i settori scientifico-disciplinari. Dentro e fuori il dipartimento di diritto pubblico, come dicevo poc'anzi, il prof. Marzaduri aveva

rapporti strettissimi con molti colleghi e gruppi di ricerca, stimolando tutti noi a fare altrettanto. Nacquero così bellissime occasioni di confronto con Maestri di aree come quelle di diritto costituzionale, filosofia del diritto e soprattutto di diritto processuale civile, come il prof. Roberto Romboli, il prof. Eugenio Ripepe e il prof. Francesco Paolo Luiso, che non poche volte disturbai durante i primi anni e specie in occasione dei miei studi dottorali. Ma in particolare modo desidero ricordare le straordinarie collaborazioni con l'area di diritto penale, con la quale i rapporti erano strettissimi e giornalieri direi, al punto di avere spesso la sensazione di lavorare in un unico gruppo di ricerca. Grazie ad Enrico, ebbi la fortuna di essere in buona misura seguito anche da Maestri come il prof. Tullio Padovani e il prof. Giovannangelo De Francesco, ai quali devo tantissimo, anzitutto per il loro costante insegnamento metodologico a coltivare un approccio integrato alle scienze penali.

La mia permanenza a Pisa durò solo alcuni anni; ma sebbene la mia vita accademica abbia preso altri cammini e altre direzioni, sia sul piano geografico sia sul piano degli interessi accademici (specie per la mia affezione alla giustizia penale comparata e transnazionale che sarebbe nata in anni successivi), quegli anni pisani marcarono un *imprinting* che avrebbe scolpito, e ancor oggi riflette, tutto il mio modo di vivere e concepire l'università. Se mai dovessi essere in grado, benché in piccolissima misura e maldestramente, di trasmettere ai più giovani che lavorano nel mio gruppo di ricerca quel senso di collaborazione, nel significato più profondo e autentico del termine, lo devo interamente al prof. Marzaduri. Grazie ad Enrico, e tramite il costante e straordinario esempio di vita che mi ha dato, ho trovato, senza alcun merito da parte mia, un vero Maestro e una vera Scuola; ma soprattutto una vera famiglia accademica. E proprio all'interno di questa famiglia desidero qui in chiusura ricordare lo strettissimo legame che ha sempre unito Enrico al suo Maestro, il prof. Mario Chiavario, e al Maestro del suo Maestro, il prof. Giovanni Conso, che non è più tra noi. Un legame che Enrico non ha peraltro riservato solo a sé stesso ma che ha generosamente messo a disposizione di noi allievi: favorendo, ancora una volta, lo sviluppo di un rapporto diretto tra noi e loro, specie col prof. Chiavario. Come accade appunto in una famiglia in cui la presenza dei nonni è d'importanza enorme per la crescita dei nipoti, così la presenza dei 'progenitori scientifici', anzi la possibilità che si instauri con loro un legame non mediato, è fondamentale per la crescita dei giovani studiosi. E posso attestarlo sulla base della mia personale esperienza di vita, avendo avuto il privilegio di ricevere consigli e suggerimenti, preziosissimi e che sempre

porterò con me, sia dal prof. Chiavario sia dal prof. Conso, oltre che un supporto concreto ed effettivo in tante delicatissime tappe del mio percorso accademico e umano.

Per questo e molto altro le mie poche e povere parole non bastano certo per esprimere la gratitudine che sento nei confronti del mio Maestro, che mai potrò ringraziare abbastanza per tutto quel che ha fatto, e continua a fare, per me.

Grazie di cuore, Enrico!

2. Venendo ora al tema oggetto di questo scritto, mi limiterò solo a poche considerazioni introduttive rispetto ad alcuni fra i molteplici problemi dell'azione penale, che certo in modo più esteso e approfondito analizzeranno i colleghi e carissimi amici – Serena Quattrocolo, Luca Lupària e Gianluca Varraso – con cui ho l'onore di condividere questa tavola rotonda. Credo peraltro che questa straordinaria tematica consenta, come poche altre, di mettere nitidamente a fuoco la grande lezione di metodo a noi tutti donata, prima ancora che il merito delle soluzioni adottate, dal prof. Marzaduri. Di certo si tratta di una delle problematiche più complesse del diritto processuale penale e anzi del diritto processuale *tout court* e della teoria generale del processo. Notoriamente è stato infatti proprio attorno all'azione e sull'azione, ovvero specificamente sulla costruzione di un potere e di un diritto di azione, che si è edificata la moderna scienza del processo, e cioè appunto il diritto processuale. Nella sua ultima lezione, in quel celeberrimo e possente monito *Torniamo al giudizio*, oggi ancora rimasto in buona misura sfortunatamente inattuato, Francesco Carnelutti ricordò, a imperitura memoria di generazioni di studenti e di studiosi, come dai «due granelli di senape», che erano proprio il *Klagerecht* e il *Prozessrechtsverhältnis*, e che in realtà erano «un granello solo», fosse cresciuto e si fosse sviluppato quel «maestoso albero del diritto processuale moderno»¹.

Eppure, chiunque intendesse oggi finanche accostarsi a una tematica così piena di fascino e di insidie a un tempo si troverebbe, già in premessa, a dovere districare una matassa di interrogativi che ben potrebbero scoraggiare perfino il più volenteroso e culturalmente attrezzato tra gli studiosi dall'intraprendere un cammino così accidentato. A quale azione pensiamo infatti quando affrontiamo il problema, anzi ovvero quel complesso di problemi che ineriscono all'azione penale? Questo è forse la prima, ineludibile domanda, preliminare a ogni altro quesito: e dell'impossibilità di

¹ F. Carnelutti, *Torniamo al "giudizio"*, in *RDP* 1949, 166.

darvi risposte univoche aveva già lucida consapevolezza Piero Calamandrei, che oltre novant'anni fa dell'azione rimarcò l'intrinseca relatività². Oggi come ieri, è lecito porre l'azione in sé come oggetto d'indagine teorica e applicativa, nella sua granitica unitarietà, o è piuttosto concepibile una pluralità di tipologie di azioni o addirittura un'infinità di azioni, tante «quanti sono gli effetti o le modificazioni da ess[e] previste», secondo un'idea già autorevolmente espressa sul terreno dell'azione civile³? O è plausibile una terza prospettiva, e cioè, secondo l'indicazione del codice di rito penale, un pluralismo di forme, ma pur sempre di forme, dell'azione?

Ma ulteriori e non meno complesse questioni si affacciano al dibattito odierno sull'azione, questioni che, a ben vedere, prescindono dalla prospettiva che si intenda adottare. A partire da questa: su che piano si colloca, anzi dobbiamo collocare, l'azione e le sue diverse manifestazioni? E soprattutto, rimane essa immutata e identica a sé stessa, o mutano piuttosto i suoi tratti a seconda dell'ambito nel quale si manifesta? Se enormi sono già le implicazioni che si dipanano sul piano nazionale, quali caratteristiche e peculiarità assume la *prosecutio transnationalis*, come la definisce da anni Walter Gropp⁴? Ma è possibile e legittimo oggi tracciare una netta linea di demarcazione tra i due piani, ossia tra una dimensione puramente domestica (per usare un anglicismo invalso purtroppo nell'uso giuridico) e una dimensione che il piano nazionale appunto sempre trascende?

Allargando ulteriormente il campo d'indagine, ci sarebbe poi da chiedersi quale relazione sussista tra l'azione penale – specie quando il suo esercizio sia riservato, come avviene in Italia, a un organo statale che è al contempo titolare del potere investigativo – e la complessiva attività del suo titolare. Ed è su questo piano, che interseca considerazioni di natura teorico-filosofica con alcune tra le più rilevanti trasformazioni dei contemporanei sistemi processuali, che si affaccia un'ulteriore prospettiva che mette in luce tutta la drammaticità dell'azione e del giudizio che essa esprime e, a un tempo, sprigiona⁵. Se infatti l'azione, come forse nessun'altra costruzione teorica, riflette il dinamismo e, per l'appunto, il perenne moto, il carattere intrinsecamente attivo – ma anche, e a un tempo, profondamente afflittivo – del processo, nel senso più

² P. Calamandrei, *La relatività del concetto di azione*, in AA.VV., *Studi in onore di Santi Romano*, IV, Padova 1941, 81 ss.

³ S. Satta, *Diritto processuale civile*, Padova 1948, 75.

⁴ W. Gropp, *Kollision nationaler Strafgewalten – nulla prosecutio transnationalis sine lege*, in *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitend organisierter Kriminalität*, (Hrsg.) A. Sinn, Osnabrück/Göttingen 2012, 41 ss.

⁵ A. Lo Giudice, *Il dramma del giudizio*, Milano 2023.

profondo del termine, non possiamo ignorare il fatto che il dramma dell'azione non lo vive oggi solo l'imputato cui è rivolta ma essa produce una moltitudine di effetti nei confronti di una cerchia sempre più vasta di soggetti: dai familiari dell'imputato ai lavoratori dell'ente collettivo sottoposto a giudizio, da coloro che sono chiamati a parteciparvi e con una chiamata passibile di coazione a coloro che subiscono gli effetti di attività processuali profondamente invasive. Il fatto che l'azione e, con essa, l'intero processo – con quella folta schiera di giudizi e di decisioni che esso postula – siano in larga misura legati al rapporto⁶ che si instaura con quelle che tra tutti i soggetti processuali sono le parti in senso stretto è probabilmente il segno del formalismo che ancor oggi avvolge lo studio del fenomeno processuale, rivelando una visione angusta che non riesce a dare compiutamente conto delle complesse sfide che pone oggi la giustizia penale.

Emerge così una tematica foriera di eccezionali implicazioni e dalle straordinarie potenzialità sistematiche e capacità espansive, dal cui corretto inquadramento dipende in buona parte la tenuta di ogni sistema processuale e, direi pure, di ogni sistema penale complessivamente inteso, per il ruolo centrale che esso riveste nell'ordinamento giuridico, quale ultimo presidio volto alla protezione e alla promozione dei suoi beni e valori apicali mediante quelli che Giovannangelo De Francesco ha efficacemente definito «programmi di tutela»⁷. Scriveva decenni fa da una prospettiva teorico-generale, ancor oggi di estrema utilità per la comprensione delle attuali dinamiche della giustizia penale, Salvatore Satta (del quale quest'anno ricordiamo il cinquantesimo anniversario dalla scomparsa) che «senza la cosa giudicata né l'azione, né la giurisdizione, né il giudizio sarebbero concepibili», e questo perché «giurisdizione, azione, cosa giudicata, sono i vari aspetti di un unico problema, che è il problema dell'ordinamento, nella cui unità soltanto queste cose possono essere capite»⁸. E proprio l'opera di Enrico Marzaduri consente di apprezzare, dall'angolo visuale del processo penale, il valore forse più profondo di questa fondamentale riflessione, che pressoché nessuna eco purtroppo ha avuto nella letteratura processualpenalistica italiana, ma anche la sua straordinaria attualità. Ma forse il dato più saliente di quella riflessione sattiana è la sua circolarità: poiché anche senza l'azione il giudizio, la giurisdizione e il giudicato sarebbero inconcepibili – come

⁶ Sullo stesso legame tra l'esercizio dell'azione e i rapporti giuridici tra le parti che per suo tramite si producono v. S. Satta, *Diritto processuale civile*, cit., 73.

⁷ G. De Francesco, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino 2004.

⁸ S. Satta, *Diritto processuale civile*⁸, Padova 1973, rispettivamente 188 e 190.

attesta, proprio in materia penale, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e delle giurisprudenze europee, e il legame che esse, da diversi punti di vista, hanno sottolineato tra giudicato, cognizione investigativa e costruzione dell'imputazione⁹ –, essendo appunto parti di quel processo dinamico di determinazione della normativa concreta che è poi la stessa realizzazione dell'esperienza giuridica, con le sue logiche e la sua intrinseca storicità¹⁰.

3. 3.1 All'interno di questa cornice si inquadra l'impostazione del prof. Marzaduri, nella quale due principali lezioni di metodo desidero qui ricordare del suo originale approccio al problema dell'azione, un approccio che da sempre rivela la costante ricerca di un equilibrio in grado di coniugare il rigore della teoria generale del processo e il valore dell'esperienza processuale nel suo significato più elevato.

La prima e forse più importante indicazione metodologica che Enrico ci ha donato è data dalla necessità di adottare un ampio orizzonte prospettico nella disamina delle difficili questioni che si intersecano nel sentiero dell'azione penale: il quale orizzonte risulta indispensabile per chi ancor oggi intenda apprezzare le enormi potenzialità del riconoscimento costituzionale del principio di obbligatorietà dell'azione e, con esso, di quello che in larga misura costituisce il fondamento costituzionale della legalità processuale. In quest'ottica l'ampiezza dell'angolatura prescelta per esaminare il fenomeno dell'azione risulta insomma funzionale a comprendere appieno la sua capacità di assicurare la tenuta del sistema di giustizia penale nel suo complesso.

Così Enrico allarga la prospettiva che ha tradizionalmente caratterizzato l'analisi dell'azione, allontanandola anzitutto da una esclusiva appartenenza al sia pur relevantissimo piano dell'instaurazione del giudizio e valorizzando così lo stretto legame, rimarcato dalla giurisprudenza costituzionale fin dalla storica sent. 88/1991, tra completezza del percorso investigativo e decisioni concernenti l'azione penale: e valorizzandolo da diverse prospettive che rivelano chiaramente la poliedricità dell'azione. Emerge così un quadro complesso dal quale si ricavano nitidamente le molteplici espressioni che essa può assumere e assume: quale azione investigativa, bisognosa peraltro di essere ridefinita in un'ottica materialmente solo costituzionale e perciò orientata alle istanze di tutela della persona, proprie del diritto non

⁹ Cfr., in part., C. cost., 31.5.2016, n. 200, nonché C.G.U.E, 29.6.2016, *Kossowski*; C. eur, 18.3.2021, *Petrella c. Italia*.

¹⁰ Conviene ricordare come Francesco Carrara avesse lucidamente visto nell'esercizio dell'azione penale «l'estrinsecarsi dell'attività del diritto in quel momento nel quale spinge le proprie forze fuori di sé medesimo per farsi rispettare»: così F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, Lucca 1877, 419.

costituzionale ma anche internazionale e sovranazionale; quale azione cautelare, proiettata all'adozione di misure pesantemente invasive di libertà fondamentali, e non soltanto della persona indagata; e quale azione processuale, in vista dell'avvio appunto del processo ma non solo, dal momento che l'azione, oltre a sorreggere e accompagnare l'intero esercizio della giurisdizione, del processo determina anche la forma, marcando così l'instaurazione di quel giudizio che sogliamo definire ordinario o, per converso, dei riti o procedimenti (e che più propriamente dovrebbero essere considerati veri e propri processi) alternativi. È interessante notare che in tutte queste sue espressioni, e specie nella sua veste di azione processuale, l'azione penale rivela un chiaro carattere relazionale, attivando così un fascio, più o meno ampio, di situazioni soggettive nei riguardi dei soggetti cui essa si rivolge¹¹.

Ma non è solo su questo piano che si muove l'indagine di Enrico Marzaduri: il quale da tempo mette inoltre in luce i rischi di una gestione, non già discrezionale bensì legata a valutazioni di opportunità, dei poteri impugnatori da parte dei rappresentanti del pubblico ministero, stigmatizzando così persino l'impostazione seguita dalla Corte costituzionale allorché definì le loro determinazioni impugnatorie come affare di coscienza¹², cosa che palesemente non può avere alcun senso né per l'organo né per il singolo magistrato requirente. Su questa scia l'opera di Enrico sospinge quindi verso un profondo ripensamento del valore delle iniziative impugnatorie, e in particolare dei poteri d'appello, del pubblico ministero, che l'ormai dominante giurisprudenza costituzionale, appoggiata da una parte della dottrina, sembra invece avere definitivamente allontanato dalla sfera applicativa dell'azione: nella consapevolezza da parte del Maestro – su un piano meno tecnico ma ben più profondo perché tocca la cultura del processo e della giurisdizione penale – della necessità di garantire piena tenuta sistematica alla obbligatorietà dell'azione, che sarebbe inevitabilmente messa a repentaglio se alla legalità dell'azione processuale e del giudizio di prima istanza facesse seguito una discrezionalità incontrollata e svincolata da parametri legali in sede impugnatoria. Una necessità, questa, che prescinde dall'esattezza del riferimento

¹¹ In questa prospettiva sembra scemare anche la tradizionale distinzione fra procedimenti espressivi di una giustizia autoritaria e procedimenti negoziali, visto che per gli uni e per gli altri, seppur con diverso dosaggio, l'azione valorizza a ben vedere sempre, in forma diretta o indiretta, il contributo della difesa ai fini dell'adesione a soluzioni procedurali e meccanismi consensuali forieri di non pochi benefici sul piano degli effetti penali del reato e della condanna. Così, ancora una volta, C. cost., 28.1.1991, n. 88. In prospettiva analoga la giurisprudenza europea, nel caso *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito*, ha opportunamente enfatizzato il ruolo di un compiuto approfondimento investigativo quale presupposto affinché l'accusato possa scegliere se ammettere la propria colpevolezza «*in full awareness of the facts*»: così C. eur., 16.2.2021, *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito*, §§ 201-202.

¹² C. cost., 15.6.1995, n. 280.

all'azione nella disciplina concernente la figura, di recente conio, dell'improcedibilità temporale. In effetti, se l'incongruità di tale riferimento ha condotto parte della dottrina a ridefinire la portata di tale istituto, riportandola al processo complessivamente inteso anziché all'azione¹³ e promovendo così un inquadramento foriero a sua volta di non poche preoccupazioni¹⁴, resta comunque impregiudicata la questione riguardante la rilevanza sistematica degli atti impugnatori e, prima ancora, delle determinazioni rimesse ai rappresentanti del pubblico ministero ad essi legittimati, e dunque la loro appartenenza o meno all'ambito e alle logiche dell'azione.

3.2 Da quest'amplessima angolatura trova dunque conferma la natura composita e sfaccettata del fenomeno dell'azione, ma anche e soprattutto il suo intrinseco relativismo: il quale, proprio per le indubbie peculiarità della materia penale, distingue e al contempo unifica, sotto l'egida della legalità processuale, le plurime espressioni dell'azione cui abbiamo accennato: dall'azione investigativa all'azione cautelare e soprattutto all'azione processuale, per arrivare infine all'azione impugnatoria e all'azione esecutiva.

Alla luce di ciò, e a un livello non meno profondo, risulta peraltro evidente come il fenomeno dell'azione, data la sua straordinaria complessità, non possa considerarsi legato in via esclusiva a un piano strettamente processuale. Esso si salda infatti a entrambi i fronti del giusto processo e delle libertà (ai quali sono dedicati gli approfondimenti contenuti nelle altre due parti del nostro incontro di studi) almeno da due prospettive, tra loro interconnesse e che trascendono la dimensione strettamente procedimentale. L'azione penale – all'interno della problematica dell'azione in genere – si carica anzitutto di significati che ne fanno il fulcro, o comunque uno degli assi portanti, dell'equo processo: poiché è chiaro che un giudizio propriamente giusto presuppone indefettibilmente un'azione giusta che dell'equità procedimentale diviene per l'appunto una componente essenziale. Ma proprio per ciò, e soprattutto, è evidente che l'azione penale – in misura differente e più o meno accentuata, a seconda delle sue molteplici manifestazioni – occupa una posizione

¹³ D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1645393666_negri-2022a-improcedibilita-temporale-riformacartabia.pdf

¹⁴ Desta in particolare preoccupazione e finanche sconcerto l'idea stessa che possa estinguersi il processo, un'idea che certo non si attaglia all'esperienza del giudizio penale, per l'altissimo valore che esso assume – e l'altissima responsabilità che ad esso va riconosciuta – ai fini dell'attuazione della tutela penale, quale che ne sia la veste e la forma di manifestazione.

centrale all'interno del sistema, anzi dei sistemi, di protezione delle diverse e spesso confliggenti situazioni giuridiche, specie di quelle interne al processo. Dall'insegnamento di Enrico¹⁵ ricaviamo dunque conferma della necessità di un approccio sistematico – non meno di quanto non avvenga per l'azione civile, a partire dalla classica lezione chiovendiana¹⁶ – alla funzione dell'azione rispetto alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali della persona, e non solo della persona imputata ma di tutti coloro cui l'azione si proietta. E proprio questa prospettiva alimenta e dà nuova linfa alla già menzionata impostazione giusfilosofica che mette a fuoco il carattere drammatico dell'azione, in quanto legato al fascio, sempre più intricato e complesso, di situazioni soggettive che il suo esercizio sprigiona e ai rapporti che intreccia e attrae alla sfera del processo.

Ora appunto la costante sottolineatura, nell'opera del prof. Marzaduri, del ruolo dell'azione nell'ottica delle garanzie e della tutela delle libertà della persona impone di guardare alle problematiche dell'azione con un'attenzione che non può arrestarsi alla sfera della meccanica procedimentale, che allo studio del giudizio fornisce l'essenziale impalcatura, ma deve estendersi anche alla cognizione penale e alle dinamiche decisorie. Esse giovano alla comprensione del giudizio, del quale costituiscono le altre e non meno fondamentali componenti, come alla conoscenza dell'anatomia umana giova, oltre allo studio dello scheletro, l'esame della muscolatura e dei nervi. Proprio il discorso sull'azione rappresenta anzi quella straordinaria chiave di accesso che ci permette di addentrarci nel mistero del giudizio, seguendo quell'antico monito di Francesco Carnelutti: e soprattutto di svelarne l'anima, all'interno di quelle che possono altrimenti apparire le fredde mura del processo.

Tutto ciò consente di apprezzare l'opera di Enrico anche da una seconda e non meno rilevante prospettiva metodologica. In quest'ambito si inquadra la serrata critica cui il Maestro sottopone la crescita ipertrofica delle indagini preliminari avvenuti in questi decenni di vita dell'attuale sistema pur nato sotto gli auspici di una temperata accusatorietà, e che ha portato a una vera e propria deriva culturale nel modo d'intendere e soprattutto attuare il principio di completezza delle investigazioni

¹⁵ Sulla distinzione tra situazioni giuridiche esterne ed interne al processo, e nell'ambito di un'impostazione che, nel ridimensionare il ruolo delle prime, orienta in larga misura il discorso sulle situazioni giuridiche nel processo penale all'interno del complesso quadrante dell'equo processo, risultano ancor oggi preziose le riflessioni svolte dal prof. Marzaduri oltre vent'anni fa in *Riflessioni minime sul "giusto processo" penale*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Milano 2004, 283 ss.

¹⁶ G. Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna 1903 (e in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, I, Roma 1930, 3 ss.).

preprocessuali, il quale palesemente non attiene tanto alle dimensioni del procedimento quanto all'ampliamento, divenuto talora smisurato, della cognizione investigativa. Da anni il prof. Marzaduri sottolinea i rischi di un eccessivo rafforzamento della concretezza dell'azione che si è tradotto per l'appunto in un'autentica elefantiasi dell'accertamento investigativo. E se tale critica si inserisce in (e ha significativamente contribuito¹⁷ a) un dibattito risalente volto a ritagliare uno spazio autonomo al binomio concettuale 'concretezza-astrettezza' dell'azione¹⁸, rispetto a quello che si è instaurato attorno a tali categorie sul terreno del processo civile a partire dalle riflessioni di Giuseppe Chiovenda¹⁹ (e pur con tutte le riserve che possono rivolgersi, e sono state rivolte, nei riguardi di tale duplice considerazione dell'azione nell'ambito della giustizia civile²⁰), essa si è irrobustita e ha ricevuto, per così dire, nuova linfa di recente a fronte della prospettiva introdotta dalla legge 134/2021, poi concretizzatasi col d.lgs. 150/2022, che ha portato a una profonda trasformazione della fisionomia dell'archiviazione – e con essa del giudizio sull'azione, della *decision to charge* – in una valutazione (negativa) di ragionevole previsione di condanna²¹.

È vero che Enrico non condivide l'inquadramento di tale canone quale regola di giudizio²², inquadramento già del resto contestato da una parte della dottrina²³; e tuttavia ammonisce severamente a considerare tutti i rischi connessi allo snaturamento dell'azione in chiave condannatoria, e quindi essenzialmente punitivistica, proponendo un'interpretazione che, benché finisca per smorzare la portata innovativa della riforma della decisione archiviativa, ha il merito di evitare un strappo col principio del contraddittorio nella formazione della prova e, con esso, con la logica partecipativa su cui si erge l'intero modello costituzionale di giusto processo. In effetti, l'alternativa esegetica, e cioè una linea interpretativa che si ponga in linea con l'impostazione che animò tale intervento legislativo, reca con sé i germi di una

¹⁷ E. Marzaduri, *Azione penale (dir. proc. pen.)*, in *EG* agg. 1996, 2 s.

¹⁸ Cfr., per tutti, G. Leone, *Azione*, in *ED*, IV, 1959, 851; M. Chiavario, *Appunti sulla problematica dell'«azione» nel processo penale italiano: incertezze prospettive limiti*, in *DPenCont* 1975, 879 ss.

¹⁹ G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*², I, Napoli 1935, 145 ss., e *Istituzioni di diritto processuale civile*², I, Napoli 1936, 266 ss.

²⁰ S. Satta, *Domanda giudiziale: c) diritto processuale civile*, in *ED*, XIII, 1964, 817.

²¹ E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in <https://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2022/01/Marzaduri-interventi-e-relazioni.pdf>

²² *Ivi*, 15.

²³ P. Ferrua, *Riassetto senza modello e scopi deflativi: la legislazione del bricolage*, in *GP* 2021, III, 108.

profonda trasformazione genetica non tanto del giudizio sull'archiviazione quanto delle determinazioni del pubblico ministero concernenti l'esercizio dell'azione e, di qui, del modo d'intendere il ruolo del processo penale nell'ordinamento. Non pare possa esserci alcun dubbio sul fatto che un simile ripensamento della funzione del giudizio penale finirebbe per compromettere quelle garanzie apicali su cui si fonda la tutela penale così come inequivocabilmente si ricava non solo dal diritto costituzionale ma anche dalla giurisprudenza europea e dalla costruzione del sistema-giustizia nel diritto eurounitario. Sono in gioco, e rischiano di venire compromessi, valori irrinunciabili, dalla presunzione d'innocenza all'imparzialità giudiziale, fino a quel meta-valore che è la parità delle armi senza la quale saremmo in presenza non tanto di un processo non equo bensì di un non-processo: una meccanica sequenza di atti orientati a uno scopo predeterminato contro chi lo patisce, messa in moto da un'azione che, più che *prosecution*, diviene strumento di persecuzione e di punizione essa stessa.

4. Ma i meriti dell'opera di Enrico Marzaduri non sono apprezzabili solo in relazione ai temi trattati *ex professo* dal Maestro: proprio la prospettiva adottata e sviluppata in tanti anni di riflessione attorno alle dinamiche dell'azione penale, della quale ha sapientemente valorizzato le ricche potenzialità ma anche gli enormi rischi, nelle sue molteplici manifestazioni, consente inoltre di tracciare una sicura rotta metodologica per affrontare le sfide, sempre più complesse, che oggi si pongono nella giustizia penale contemporanea. Mi limito qui a segnalare tre direzioni d'indagine nelle quali l'impostazione di Enrico permette un corretto inquadramento di alcune tra le problematiche più delicate che si affacciano già oggi, e ancor più si porranno nel breve periodo.

La prima attiene al ruolo crescente che assumono, e non solo naturalmente in Italia, le prove digitali ed elettroniche, acquisite mediante nuove misure investigative o provenienti dallo spazio extraprocessuale²⁴. E se tra gli effetti più dirompenti dell'uso di tali prove nel procedimento penale è senza dubbio da annoverare l'impatto che essi provocano – in prospettiva nazionale e, ancor più, in una dimensione transnazionale

²⁴ Cfr., tra i moltissimi, S. Quattrocolo, *Processo penale e rivoluzione digitale: da ossimoro a endiadi?*, in <https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2020/12/RDM-3-2020-Quattrocolo-121-135.pdf>, cui si devono inoltre alcuni tra gli studi più approfonditi sulla rilevanza e l'uso nel processo di informazioni e conoscenze formate per fini non processuali e perlopiù commerciali, quali Siri o Alexa (v., ad es., *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, 2019, 107 ss.). V. inoltre i contributi raccolti in *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, (eds) L. Bachmaier Winter, S. Ruggeri, Cham 2022.

– sulla completezza investigativa, e con livelli di precisione e esaustività finora mai sperimentati, ciò a sua volta sospinge verso una riflessione dell'azione processuale, e anzi sul giudizio concernente l'esercizio dell'azione, all'interno del complessivo sistema costituzionale del giusto processo. Imperniato attorno al principio del contraddittorio, specie nella sua dimensione probatoria, il modello costituzionale di giusto processo risulta ad oggi in larga misura costruito sulla centralità delle prove tradizionali, e in particolare delle prove orali, le quali occupano tuttavia uno spazio destinato a ridursi progressivamente alla rilevanza che in giudizio acquistano dati e informazioni digitali. Il che impone un ripensamento del modo d'intendere il contraddittorio e, con esso, a ritroso dell'azione penale, il cui esercizio – come opportunamente rimarca il prof. Marzaduri²⁵ – è stato e resta indissolubilmente legato alla prospettiva delle dinamiche probatorie dibattimentale.

Una seconda e non meno difficile problematica è data dalla rilevanza che l'intelligenza artificiale può occupare, e già occupa, in diversi contesti e rispetto ad alcune sue manifestazioni, nelle decisioni riguardanti l'azione penale: la quale rilevanza s'iscrive del resto in un quadro ancor più ampio, che concerne l'uso, sempre più massiccio, dell'IA nell'esperienza processuale e nella giustizia penale contemporanea. Enormi sono in particolare le implicazioni che discendono dalle applicazioni di *software* intelligenti a fini predittivi: e ciò, anzitutto, in relazione a quelle specifiche manifestazioni dell'azione penale che sono l'azione cautelare e l'azione processuale, le quali per definizione, e in misura sempre più accentuata, si caricano di una logica predittiva. Se simili cambiamenti appaiono oggi il risultato naturale dell'evoluzione della scienza e della tecnologia, e per molti aspetti devono anzi salutarsi con favore nella misura in cui possono fornire un prezioso ausilio per ridurre quel margine di approssimazione e imprecisione che inevitabilmente accompagna le valutazioni umane, e che come esseri umani altrettanto inevitabilmente accettiamo, bisogna però evitare che le applicazioni processuali della giustizia predittiva accentuino quella trasformazione in chiave persecutoria che sfortunatamente, come abbiamo visto, connota sempre più la concezione dell'azione penale. È essenziale contrastare una simile deriva e riportare l'azione penale alla sua corretta dimensione e orientarla così alla cultura della giurisdizione cui deve oggi improntarsi l'intera giustizia penale.

²⁵ E. Marzaduri, *La riforma Cartabia*, cit., 27.

Ma soprattutto – ed è questa la terza e forse più complicata sfida – è necessario iscrivere la problematica qui in oggetto in una dimensione più ampia e promuovere così un approccio in chiave europea e transnazionale al fenomeno dell'azione. Del resto il legislatore eurounitario aveva già perseguito l'obiettivo di ridefinire in una simile prospettiva il *Legalitätsprinzip* oltre tre lustri fa, allorché l'introduzione di una normativa di carattere generale in materia di conflitti transnazionali di giurisdizione in ambito penale fornì una proficua occasione per sollecitare, benché in modo non vincolante, un ripensamento in chiave europea dell'obbligatorietà dell'azione rispetto a quei Paesi che tale modello accoglievano²⁶.

Un obiettivo certo ambizioso e meritorio, si dirà; fors'anche oggi inevitabile e necessario²⁷: il quale tuttavia presuppone un'integrazione giuridica e, ancora una volta, culturale nell'approccio al fenomeno processuale e al giudizio, che non esisteva allora, e non si sarebbe raggiunto negli anni di lì a venire, anzi sembra che proprio ai giorni nostri sia più a rischio. Così l'assetto apportato dal reg. EPPO, specie per il fatto di attribuire enormi poteri alla Camera permanente, rivela una gestione estremamente flessibile dell'azione investigativa e soprattutto dell'azione processuale, che solleva non poche preoccupazioni specie nella prospettiva dell'effettività del diritto di difesa e del principio di affidamento nei riguardi della giurisdizione penale davanti alla quale l'imputato dev'essere giudicato. E proprio l'adozione di una prospettiva saldamente orientata alle garanzie della persona che, indagata in uno Stato, debba poi affrontare le difficoltà di un processo in un altro, non ci consente di guardare con particolare ottimismo e speranza all'impostazione seguita dal legislatore eurounitario col recente reg. 2024/3011/UE in materia di trasferimento dei procedimenti penali²⁸.

In effetti, nonostante gli indubbi passi avanti compiuti, tra i quali è da segnalare in particolare il ruolo propulsivo che può giocare la difesa dell'imputato o della vittima nel formulare una proposta di trasferimento, svariati aspetti di questo strumento

²⁶ Considerando n. 12 DQ 2009/948/GAI.

²⁷ Secondo una parte della dottrina, "una rilettura dell'art. 112 Cost. in chiave anche europea risulta, non solo necessari, ma addirittura imposta dalla stessa": così V. Mezzolla, *Prevenzione e risoluzione di conflitti di giurisdizione in ambito penale: l'ordinamento italiano dà attuazione alla Decisione-quadro 2009/948/GAI*, in <https://rivista.eurojus.it/prevenzione-e-risoluzione-dei-conflitti-di-giurisdizione-in-ambito-penale-lordinamento-italiano-da-attuazione-alla-decisione-quadro-2009948gai/>

²⁸ T. Wahl, *Regulation on the Transfer of Criminal Proceedings*, in <https://eucrim.eu/news/regulation-on-the-transfer-of-criminal-proceedings-published/>. Alcune osservazioni critiche sulla proposta di Regolamento del 2023 erano state espresse dall'ECBA in https://www.camerepenali.it/public/file/Documenti/Osservatorio%20Europa/2024-03-05_ECBA---CoP_final_ITA.pdf

normativo denotano un approccio alquanto obsoleto, mentre altri preannunciano novità foriere di nuovi problemi. Così manca precipuamente una puntuale definizione di alcuni tradizionali criteri di collegamento la cui vaghezza è da sempre stigmatizzata specie per il fatto di avere condotto a una estensione incontrollata della giurisdizione penale²⁹; e soprattutto manca una gerarchizzazione degli stessi, che non è un dato in sé formale bensì rivela il difetto di una chiara presa di posizione, da parte delle istituzioni dell'Unione, circa il valore che gli interessi, che stanno dietro quei criteri, devono giocare nell'individuazione del Paese più adeguato a indagare e perseguire reati. Ma chi può davvero seriamente sostenere che il *best-placed state* possa essere scelto in base a parametri assolutamente imprevedibili *ex ante* e che nulla hanno a che vedere col legame tra reo e reato? Un simile assetto, guardato spassionatamente e senza i facili entusiasmi di un'armonizzazione basata su un'impostazione in buona misura appiattita sulle prospettive nazionali, rischia all'evidenza di mettere a repentaglio i più basilari requisiti di *fairness* che esprimono alcuni tra i valori essenziali della giustizia penale europea e del modello costituzionale di giusto processo penale, tra i quali sono da annoverare – oltre all'effettività del diritto di difesa e al principio di affidamento – il diritto alla predeterminazione legale del giudice, la presunzione d'innocenza e il divieto di discriminazione fra i cittadini dell'Unione³⁰.

In uno spazio che sia autenticamente improntato ai valori della libertà, della sicurezza e della giustizia, e in cui essi non si riducano a fatue parole, appare dunque necessario mutare prospettiva: e non c'è dubbio che il principale, se non l'unico punto di vista che sia in linea con questi valori sia quello della persona che per prima e soprattutto subisce l'instaurazione e lo svolgimento del procedimento penale. Che sia il reo non possiamo dirlo se non attraverso il processo e, finché questo non si concluda in modo definitivo, non dobbiamo dirlo, anzi dobbiamo sostenere il contrario per imperativo costituzionale; ma nella misura in cui subisce il processo, e tutte le misure che, in forza di questo, possono essere adottate nei suoi riguardi restringendo spazi essenziali di libertà, il suo punto di vista resta per l'appunto il primo e quello da

²⁹ Per alcuni aspetti si può anzi osservare un certo retrocesso rispetto all'evoluzione della normativa eurounitaria, così come si è realizzata col reg. EPPO: così, a differenza di quest'ultimo che ha avuto il merito di mettere a fuoco il concetto di territorialità parziale, nel reg. 2024/3011 il principio di territorialità non solo continua a rimanere ancorato alla logica dell'ubiquità ma resta inoltre formulato in termini tali che autorizzano l'attivazione della giurisdizione nazionale sol che una parte purchessia dell'azione si sia svolta nel territorio dello Stato (art. 5 par. 2 lett. a).

³⁰ Analogamente v., già prima della DQ 2009/948/GAI, N. Galantini, *Evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, in *DPP* 2005, 1574.

privilegiare: onde la ricerca della giurisdizione più adeguata deve muovere dall'individuazione del Paese che maggiormente valorizzi il collegamento tra fatto, giurisdizione e soggetto nei cui confronti, in forza del *fumus delicti*, si avvia e svolge l'indagine penale e sarà poi avviato il processo³¹.

La prospettiva europea e transnazionale pone insomma sfide ineludibili oggi per riconsiderare anche e soprattutto la tematica dell'azione penale. La lezione del prof. Marzaduri ci invita a non abbandonare, ma anzi a ricercare la via per soddisfare il più possibile, quelle istanze di garanzia di diritti e libertà individuali su cui essa è portatrice, sfrondandola invece di quelle logiche securitarie che rischiano di alterare, e contaminare, l'intera idea liberale e contemporanea del processo penale. Un passo importantissimo e necessario affinché la nostra Cenerentola, la nostra scienza del processo penale, senza rinnegare le conquiste fatte e i risultati acquisiti nello scandagliare la meccanica dei procedimenti, divenga anch'essa, come altre discipline processuali, un'autentica scienza della giustizia penale.

³¹ Da tempo mi sono fatto convinto della necessità di adottare un approccio dinamico al problema dell'individuazione del foro competente e del diritto applicabile in situazioni aventi una dimensione transnazionale: così, se nell'indagine preprocessuale risulta del tutto ragionevole che assumano prevalenza criteri di collegamento ispirati all'esigenza di assicurare un intervento penale a tutela della giurisdizione territoriale, ovvero di istanze di difesa sociale e protezione delle vittime, l'instaurazione del processo richiede un cambio di prospettiva e cioè esige una prospettiva orientata a valorizzare criteri di collegamento in grado di avvicinare il più possibile, e in modo sostanziale, il legame tra la giurisdizione competente, il diritto applicabile e la persona nei cui confronti si rivolge l'azione processuale. Cfr., volendo, S. Ruggeri, *Conflitti transnazionali di giurisdizione e garanzie della persona*, in *Il ne bis in idem*, a cura di A. Mangiaracina, Torino 2021, 280 ss.