

“ARCHIVIAZIONE” E FORME DI CONTROLLO SULL’ESERCIZIO DELL’AZIONE PENALE IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO*

di Francesco Ciccolo

(Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche, Università di Messina)

Sommario: 1. Un fenomeno rivelato dai numeri. – 2. La dilagante prassi dei «rinvii degli atti in archivio». – 3. Tra «fiori» e «sterpi»: l’archiviazione penale nel codice Finocchiaro-Aprile. – 4. *Nihil sub sole novum*. – 5. Il d.l.l. 14 settembre 1944, n. 288 e la fase costituente. – 6. Pesi e contrappesi.

1. Accostarsi al pensiero di grandi giuristi, anche del recente passato, significa attingere a un patrimonio sapienziale doppiamente prezioso: per la sua valenza spesso meta-disciplinare, carica comunque di identità tecnica e culturale, e per l’essenza diacronica, plasticamente inscritta in strumenti interpretativi idonei a rimuovere ombre su temi e questioni tanto di ieri quanto di oggi.

La figura di Franco Cordero, che appartiene senza dubbio alla categoria dei “Maestri”¹, ne è prova lampante: la profondità delle riflessioni che a lui si devono e la sua attitudine a travalicare i confini del diritto processuale penale², fino ad abbracciare altri saperi scientifici e metodi³ (tra cui quello storico-giuridico⁴), sono unanimemente riconosciute, in Italia e non solo. Un esempio emblematico, in tal senso, è il suo

* Il testo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta in occasione del Convegno «Azione penale e tutela dei diritti individuali tra esperienze codicistiche e prospettive giurisprudenziali», svoltosi presso l’Università degli Studi di Messina, in data 19.9.2023.

¹ Nonostante la sua recente scomparsa, a lui sono stati già dedicati diversi studi. Tra questi si veda, ad esempio, l’interessante volume dal titolo *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, a cura di E.M. Catalano e P. Ferrua, Torino 2023.

² Cfr. *La decisione sul reato estinto. Riflessioni su norma, giudizio e giudicato. Ringraziando Franco Cordero – Contributi di A. Condello, E. D’Alessandro, D. Foti, A. Lo Giudice, S. Ruggeri*, in www.legislazionepenale.eu, 14.4.2021, dove il tema viene trattato sotto diversi profili, con un dialogo che coniuga le riflessioni di processualpenalisti, processualcivili e filosofi del diritto.

³ Cfr. *Intorno a Franco Cordero: diritto, letteratura, impegno politico*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, a cura di A. Condello e F. Arati, 2024, 7 ss.

⁴ Una prima lettura storico-giuridica di una parte dell’opera di Cordero è proposta nei contributi di I. Birocchi, *Quale storia nel diritto di Cordero?*, in *Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale, diritto dell’economia, e teoria del diritto*, IX (16), 2021, 379 ss.; e di L. Passero, *Processo accusatorio e processo inquisitorio. Appunti per una riflessione sull’opera di Franco Cordero*, in *Studi senesi*, 3, 2003, 530 ss.

fondamentale (e in qualche modo insuperato) contributo sul tema dell'azione penale, che continua a stimolare, a distanza di anni, un fitto dibattito accademico⁵.

Eppure, persino nella rigorosa analisi che caratterizza l'intera produzione scientifica corderiana possono individuarsi spazi nuovi per una riflessione 'altra', come nel caso dell'archiviazione tra Otto e Novecento.

Per Cordero l'istituto in questione è costantemente inscritto nella (e ridotto alla) dialettica tra azione e inazione penale. E anche negli sporadici richiami alla sua genesi, egli rimane ancorato a tale prospettiva, che costituisce dunque il fondamento del proprio ragionamento. Così accade, prima, nella voce *Archiviazione* del 1958 redatta per l'*Enciclopedia del diritto*, in cui l'autore prende le mosse dall'obbligatorietà dell'azione penale (art. 1 Cpp 1865) per spiegare come, pur in assenza di una esplicita previsione normativa, l'uso seguito dai procuratori del re di spedire gli atti in archivio risultasse essere saldamente radicato nell'ordinamento allora vigente – a suo avviso, una pratica risposta a esigenze di economia processuale⁶ –. E poi, ancora, in due diverse edizioni della sua *Procedura*, del 1966 e del 1987, e nell'opera *Codice di procedura penale* del 1990, ove si legge che il processo ha «un costo terribile» e perciò deve essere «usato con la debita cautela»: da qui l'origine della storicamente consolidata «prassi» dell'archiviazione penale, che avrebbe trovato applicazione ogniqualvolta l'infondatezza della *notitia criminis* fosse risultata talmente «evidente» agli organi della pubblica accusa da «escludere l'utilità di una pronuncia del giudice»⁷. Tale assunto, sempre secondo il giurista di Cuneo, questa volta in *Guida alla procedura*

⁵ L'interesse per il pensiero di Franco Cordero è maturato in seguito alla partecipazione a un ciclo di seminari organizzati dai Professori Antonio Cappuccio e Stefano Ruggeri presso l'Università degli Studi di Messina nell'A.A. 2022/2023, e riproposto in quello successivo, dal titolo "Rileggendo Franco Cordero: Riti e Sapienza del diritto". Questi incontri caratterizzati da un dialogo articolato tra studiosi del processo penale e civile, da un lato, e storici del diritto, dall'altro, su alcune delle pagine più significative dell'opera in questione, hanno offerto spunti di riflessione di notevole rilievo. In particolare, il dibattito sul rapporto tra azione penale e archiviazione ha contribuito a orientare le considerazioni iniziali di questo scritto. Desidero esprimere, quindi, la mia più sincera riconoscenza agli organizzatori di queste iniziative, che hanno permesso di approfondire il pensiero di un giurista tanto complesso quanto affascinante, al quale spero di poter riservare un autonomo saggio monografico in futuro.

⁶ Cfr. F. Cordero, *Archiviazione* (voce), in *ED*, II, 1958, 1025: qui egli considera l'art. 164 del Cp del 1889 alla stregua di un «temperamento» al «dogma dell'obbligatorietà» nella misura in cui esso, escludendo la perseguibilità d'ufficio di determinati reati in assenza di «pubblico nocumento», assegnava «implicitamente» al pubblico ministero la valutazione circa la sussistenza o meno di tale presupposto.

⁷ Id., *Procedura penale*¹, Milano 1966, 51; Id., *Procedura penale*⁹, Milano 1987, 58 s. Allo stesso modo anche in Id., *Codice di procedura penale*, Torino 1990, 461 ss., dove afferma: «Puntualmente, la prassi si incaricò di colmare la lacuna di una norma che lasciava un fisiologico spazio ad una archiviazione infida, aperta a scelte illegalisticamente discrezionali o addirittura abusive».

penale del 1986, non poteva essere contestato nemmeno empiricamente, dato che a differenza della Francia, dove il procedimento del «*classement sans suite*» costituiva già una base oggettiva, solida e strutturata⁸, l'ordinamento giuridico italiano non poteva contare su statistiche in grado di offrire notizie attendibili sui processi penali archiviati.

A ben guardare, ciò che nella ricostruzione di Cordero viene in apparenza 'risolto' con poche e rapide battute cela, al contrario, una vicenda ben più intricata e complessa. Per quanto il Codice di procedura penale del 1865 avesse sancito una sorta di automatismo tra l'azione penale e la *notitia criminis*, l'apparente assolutezza di tale principio, se analizzata più attentamente, rivela profonde crepe, che ne smentiscono la presunta monoliticità⁹.

Com'è noto, d'altronde, gli anni successivi all'approvazione del primo codice di rito penale unitario sono segnati da una profonda insoddisfazione, che permea non solo gli ambienti professionali, ma anche il tessuto della società civile¹⁰.

Le istanze di rinnovamento, articolate nei metodi e nelle prospettive, delineano un periodo di transizione in cui il bisogno di larghe trasformazioni si avverte in modo sempre più pressante¹¹. Ecco, allora, che negli ultimi decenni dell'Ottocento, «con ritardo rispetto alla penetrazione verificatasi in altre discipline»¹², il metodo statistico,

⁸ F. Cordero, *Guida alla procedura penale*, Torino 1986, 241; Id., *Procedura penale*⁷, Milano 2003, 422 ss.

⁹ Cfr. M.N. Miletto, *Premessa storica a Il Principio dell'obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, in *Crim.* 2010, 304 ss., ove si evidenzia, tra l'altro, come la penalistica italiana di fine Ottocento, sebbene apparentemente compatta nell'aderire al dogma dell'obbligatorietà dell'azione penale, lasciasse affiorare qua e là significative incrinature, rivelando in tal modo persistenti perplessità circa l'effettiva applicabilità e tenuta di tale principio.

¹⁰ Per una efficace sintesi delle critiche nei confronti del codice di rito penale del 1865 cfr. A. Aquarone, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960, 75 ss.; M.N. Miletto, *Un Processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, I, *L'attesa*, Milano 2003, 67 ss.; Id. *La giustizia penale*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, Ottava appendice, *Diritto*, Roma 2012, 467 ss., che per riferirsi allo stato d'animo della penalistica del tempo utilizza la formula di «retorica dello scontento».

¹¹ Cfr. G. Chiodi, *Il teatro delle passioni. L'azione privata e popolare nella penalistica italiana di fine Ottocento*, in *Quaderni fiorentini*, 44, 2015, I, 324; Id. *Ascesa e caduta dell'azione penale privata e popolare nell'Italia liberale: breve storia di una riforma mancata*, in *Antichi e nuovi modelli di giustizia partecipata e cultura della giurisdizione. Verso una tutela penale più umana ed egualitaria*, a cura di A. Cappuccio e S. Ruggeri, Milano 2024, 3 ss. Per uno studio del fenomeno della transizione nell'ambito della giustizia v. M. Meccarelli, *I tempi ascrivibili tra esperienza giuridica e ricerca storica*, in *La carta e la storia*, 2018, 18 ss.; Id., *La configurazione del passato nella transizione alla democrazia: il diritto, la memoria, la storia e il problema della coesione sociale*, in *Scienza e politica per una storia delle dottrine*, XXXV, 2023, 47 ss.; Id., *Time of innovation and time of transition shaping the legal dimension: a methodological approach from legal history*, in *Innovation and transition in Law: experiences and theoretical settings*, Madrid 2020, 23 ss.

¹² M.N. Miletto, *Un processo*, cit., 48.

da un lato, e la comparazione, dall'altro, compiono il loro ingresso nel panorama penale italiano¹³.

In relazione al primo, la base di indagine è costituita principalmente dai discorsi di inaugurazione dell'anno giudiziario tenuti dai pubblici ministeri, «vero e proprio genere letterario» il cui afflato trascende non di rado i confini localistici¹⁴: queste fonti meritano di essere menzionate e valorizzate, specie ai nostri fini, se non altro perché in esse fa capolino per la prima volta l'istituto dell'archiviazione.

Nelle tabelle stilate dalle *Commissioni di statistica giudiziaria* figura, infatti, il numero 'considerevole' dei processi penali troncati prima ancora dell'avvio della fase istruttoria e spediti in archivio per infondatezza della *notitia criminis*, per difetto di procedibilità o per essere rimasto ignoto l'autore del reato.

Ne coglie l'importanza un'autorevole voce coeva della vita giudiziaria (e politica) italiana, quella dello studioso del fenomeno carcerario Martino Beltrani Scalia, autore di un eloquente *La delinquenza e la statistica giudiziaria penale in Italia*¹⁵.

Le conclusioni rassegnate dal criminalista palermitano appaiono tutt'altro che rassicuranti: i dati contenuti nei documenti compulsati rivelavano, effettivamente, la tendenza consolidata dei pubblici ministeri a inoltrare in archivio, per inesistenza del reato, un numero costantemente crescente – eccezion fatta per l'anno 1886 – di denunce e querele – 17.820 nell'anno 1880 (6% dei procedimenti esauriti); 18.026 nel 1882 (7%); 18.074 nel 1883 (7%); 18.642 nel 1884 (7%); 20.895 nel 1885 (7%); 18.665 nel 1886 (8%) e 20.283 nel 1887 (8%)¹⁶ –. Tale condotta, secondo Beltrani Scalia, era una conseguenza della «massa enorme di lavoro» che, anno dopo anno, gravava come un macigno sui funzionari della pubblica accusa, vanificandone gli sforzi e impedendo loro di tornare su quei processi che, a seguito di indagini iniziali rivelatesi infruttuose, erano stati «messi a giacere negli archivi»¹⁷.

¹³ Sul ritardo con cui la scienza statistica si affermò nel campo delle discipline criminalistiche si può rinviare alle considerazioni di M.N. Miletto, *Un processo*, cit., 53; L. Lacchè, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale. Il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano 1990, 126; M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teoria e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di Aldo Schiavone, Roma-Bari 1990, 195.

¹⁴ M.N. Miletto, *La giustizia penale*, cit., 470.

¹⁵ In due distinte occasioni (1885 e 1887), egli venne ufficialmente incaricato dalla *Commissione* di esaminare l'andamento della delinquenza nella Penisola, per gli anni 1880-1887, e di vagliare l'attendibilità delle statistiche giudiziarie nello stesso periodo. Il lavoro di ricognizione venne portato a termine nel novembre del 1888: M. Beltrani Scalia, *La delinquenza e la statistica giudiziaria penale in Italia per l'anno 1887*, Roma 1888, 3 ss.

¹⁶ Ivi, 5.

¹⁷ Ivi, 8.

Uno scenario a tinte fosche, insomma; un problema difficilmente risolvibile nel breve periodo¹⁸.

2. A ben vedere, non si trattava soltanto di carichi di lavoro insostenibili: dietro il fenomeno delle archiviazioni si annidavano, infatti, dinamiche più complesse.

Ma facciamo un passo indietro e riprendiamo alcune considerazioni di carattere generale solo abbozzate all'inizio del presente lavoro, quando abbiamo ricordato come sul finire dell'Ottocento, mentre in tutta Europa – in particolare Francia, Germania e Austria – spiravano venti di riforma tesi a incrinare il rigido monopolio dell'azione penale ascrivito al pubblico ministero, in Italia si registrava al più un vivace dibattito sul punto¹⁹. La penalistica italiana assumeva perciò i lineamenti di un Giano bifronte: da un lato, confermava la centralità del procuratore del re, dipinto come il pilastro istituzionale della pubblica accusa; dall'altro, non esitava a denunciare le fragilità strutturali delle funzioni affidate allo stesso procuratore, in particolare dinanzi al rischio di omissioni, tanto dolose quanto colpose²⁰.

Quale rimedio, dunque, opporre all'inerzia di un'autorità che deteneva le redini della macchina repressiva? In questa prospettiva, l'azione penale popolare e quella privata rappresentavano, per una parte della dottrina italiana, soluzioni capaci di ridare impulso a un sistema giudiziario altrimenti stagnante.

¹⁸ In effetti, nel decennio successivo, queste statistiche erano più che raddoppiate: tra il 1896 e il 1898, le denunce e querele archiviate dai pubblici ministeri per inesistenza della notizia di reato avevano raggiunto le 30.369 unità (pari all'8,37% dei procedimenti chiusi), salendo a 41.254 nel 1899 (11,02%), a 44.020 nel 1900 (11,51%), e toccando, infine, quota 48.965 nel 1901 (12,30%). Cfr. *Relazione sul progetto di un nuovo codice di procedura penale del 1905*, in *Commento al Codice di procedura penale* a cura di Mortara, Stoppato, Vacca, Setti, Notaristefani, Longhi, Torino 1913, Parte Prima, *Lavori preparatori*, II, 140, nota 1. I medesimi sono riportati anche nell'opera di F. Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli 1994, 4.

¹⁹ All'azione penale nell'Italia postunitaria hanno dedicato attenzione, tra gli storici del diritto, G. Chiodi, *Il teatro delle passioni*, cit., 323 ss.; Id., *Ascesa e caduta dell'azione*, cit., 3 ss.; M.N. Miletto, *Premessa storica*, cit., 304 ss.; M.G. Di Renzo Villata, *Un pubblico ministero 'figlio della politica'? Azione penale e Pubblico Ministero tra dipendenza e libertà nell'Italia postunitaria*, in *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, hg. v. B. Durand, L. Mayali, A. Padoa-Schioppa, D. Simon, Frankfurt am Main 2005, 203 ss.; Ead., *Azione penale e Pubblico Ministero tra dipendenza e libertà nell'Italia postunitaria*, in *Diritto penale XXI secolo*, XVI, 2, 2017, 308 ss.

²⁰ Come sostenuto da Franco Cordero (*Procedura*⁷, cit., 423), il vero problema risiedeva nel fatto che l'attore istituzionale, scegliendo – in assenza di criteri legislativi predefiniti – di non perseguire alcuni reati, assurgeva a padrone indiscusso della norma penale e unico soggetto titolato ad ammantare di rilevanza/irrelevanza penale ogni fatto.

A favore della prima si schierava apertamente Luigi Lucchini che, nel suo celebre volume del 1873 sul carcere preventivo²¹, auspicava un coinvolgimento attivo dei cittadini a fianco del pubblico ministero, con un intervento che si sarebbe esplicato in chiave sussidiaria, preventiva o adesiva, giammai esclusiva²². In quest'ottica, il pubblico ministero – nell'ipotesi in cui il privato avesse deciso di esercitare l'azione penale – non avrebbe perso i propri poteri, ma, al contrario, gli sarebbe spettato il compito di vigilare e di intervenire, esercitando a sua volta l'azione penale in adesione all'accusatore privato, così come disposto dall'art. 23 del progetto di legge allegato all'opera in esame²³. Per quanto concerneva l'istruttoria, quest'ultima – secondo Lucchini – avrebbe dovuto svolgersi pubblicamente e nel pieno contraddittorio con l'accusato, anche al fine di evitare il rischio potenziale di «sospetti» che avrebbero potuto insinuarsi nell'«animo dei giudici», alimentati da «improvvide argomentazioni delle parti»²⁴. A supporto della tesi avanzata, il giurista veneto non esitava a rimarcare il numero rilevante di processi penali archiviati nel 1869, cui facevano solo parziale contraltare quelli conclusi con sentenza di assoluzione²⁵.

Alla posizione appena esaminata si contrapponeva, tuttavia, una visione decisamente più prudente, quella di Francesco Carrara. In un saggio apparso nel 1875 sulla *Rivista penale*, l'illustre penalista proponeva di circoscrivere l'esercizio dell'azione penale alla sola persona offesa dal reato²⁶. La ragione di tale preferenza trovava il proprio fondamento in un principio di elevata caratura giuridica: l'offeso, in quanto depositario di un *diritto naturale* alla tutela del proprio interesse violato, sarebbe stato l'unico legittimato a intraprendere l'azione penale a tutela del proprio interesse individuale qualora il procuratore avesse deciso di non esercitarla²⁷. Intervento sussidiario, perciò, come abbiamo appena detto, a differenza di quello preventivo e/o adesivo di impostazione lucchiniana.

²¹ L. Lucchini, *Il carcere preventivo ed il meccanismo istruttorio che vi si riferisce nel progetto penale. Studio di legislazioni comparate antiche e moderne seguito da uno schema di progetto di legge*, 2ª edizione accresciuta degli Atti del Congresso Giuridico Italiano sull'argomento (adunanze 30 nov. e 1º dic. 1872 in Roma), Venezia 1873; Id., *I Semplicisti (antropologi, psicologi, e sociologi) del diritto penale. Saggio critico*, Torino 1886; Id., *Elementi di procedura penale*, Firenze 1895.

²² G. Chiodi, *Il teatro*, cit., 326.

²³ L. Lucchini, *Il carcere preventivo*, cit., 313.

²⁴ Ivi, 292.

²⁵ A sostegno della sua tesi, Luigi Lucchini poneva in evidenza come, nell'anno in questione, su un totale di 89.373 processi ben 13.888 fossero stati archiviati perché il fatto non costituiva reato e 27.944 per insufficienti indizi di reità. Le sentenze di assoluzione erano ammontate, invece, a 16.443 (cfr. Ivi, 293).

²⁶ F. Carrara, *Azione penale*, in *Rivista penale*, 3, 1875, 5 ss.

²⁷ G. Chiodi, *Il teatro*, cit., 335.

Al di là, comunque, delle schermaglie in punta di penna tra allievo e maestro, la lettura dei due maggiori archetipi dottrinali italiani sull'azione penale – rispettivamente popolare e privata – disvela, in realtà, un crescente scetticismo nei confronti dell'imparzialità dell'operato della magistratura, aprendo di fatto la strada a ulteriori e più approfondite riflessioni²⁸.

Da lì in seguito importanti figure del panorama dottrinale, nonché magistrati di rilievo – quali Carlo Cesarini, Guglielmo Vacca e Luigi Casorati²⁹ – si appassionano al dibattito.

In mezzo a questo coro di voci, due di esse si distaccano dalla tendenza del momento: sono quelle di Raffaele Garofalo e Luigi Carelli, esponenti di spicco della Scuola positiva, che, sul finire degli anni Ottanta dell'Ottocento, elaborano un articolato progetto di riforma del Codice di procedura penale del 1865³⁰.

La via tracciata dai due autori è chiara: modificare, non stravolgere l'impianto codicistico esistente³¹.

Così, tra i ritocchi suggeriti figurano, tra gli altri, la semplificazione delle «formalità», l'imposizione dell'obbligo di riparazione del danno da delitto e la tutela delle vittime del reato, ma spicca soprattutto l'urgenza di «circondare di garanzie l'imputato»³². Un'istanza, quest'ultima, che si mostra, invero, in aperto contrasto con le idee sino ad allora sostenute dalla Scuola, ma che viene prontamente ridimensionata sotto il peso di quella legge ineluttabile dell'esperienza, secondo cui, per effetto della diffusa «ipocrisia sociale», l'individuo non può che soccombere di fronte all'imperio dello Stato³³.

Questo atteggiamento conservatore si traduceva in una marcata diffidenza verso le opzioni più in voga in quel momento, quali ad esempio l'azione penale popolare o privata, privilegiando piuttosto soluzioni sperimentate in altri ordinamenti, come quello germanico. In tale sistema, ad esempio, alla persona offesa era garantita la

²⁸ G. Chiodi, *Il teatro*, cit., 339.

²⁹ Ivi, 341 ss.

³⁰ Sul progetto realizzato dai due giuristi cfr. M.N. Miletta, *Ritorno all'inquisizione. Scuola positiva e pulsioni autoritarie nel processo penale italiano*, in *Diritto penale XXI secolo*, 10/2, 2011, 463 ss.; Id., «Melanconico spettacolo». *Scientismo criminologico e spirito reazionario nelle proposte processualistiche della prima Scuola positiva*, in *Diritto penale XXI secolo*, 20/2, 2021, 382 s.

³¹ R. Garofalo-L. Carelli, *Riforma della procedura penale in Italia. Progetto di un nuovo codice*, Torino 1889, V ss.

³² Ivi, VI.

³³ Ivi, XII; cfr. M.N. Miletta, *Ritorno*, cit., 464 s. e in Id. «Melanconico spettacolo», cit., 383, dove l'autore sottolinea il carattere significativo di tale espressione, tanto da essere utilizzata più tardi (1929) persino da Alfredo Rocco nella Relazione al progetto preliminare del Cpp del 1930.

facoltà di opporsi al giudice istruttore contro il rifiuto del pubblico ministero, con il risultato di imporre la riapertura coatta dell'istruzione da parte della Procura.

Malgrado ciò, entrambi i positivisti, affrontando il tema dell'obbligatorietà dell'azione penale, non potevano fare a meno di constatare amaramente il suo progressivo indebolimento, attribuito alla dilagante prassi dei «rinvii degli atti in archivio», così elevati da rendere impellente la necessità di introdurre «norme più determinate»: «dal 1875 al 1885 – lamentavano i due autori – sopra 2.787.224 tra denunce, querele, rapporti, i procuratori del Re dichiararono ben 173.571 volte non essere il caso di iniziare il procedimento penale; ma la proporzione è ancora più grande presso i Pretori, i quali rinviarono gli atti in archivio nel quarto circa dei procedimenti di loro competenza»³⁴.

Di fronte a tale statistica rilevante, era quantomeno ipotizzabile – a loro giudizio – che, in talune circostanze, procuratori del re e pretori avessero deciso erroneamente di non esercitare l'azione penale, fuorviati da un'«inesperta relazione del privato offeso» o da «verbali redatti in maniera imprecisa da agenti inferiori di pubblica sicurezza»³⁵.

Le inquietudini di Garofalo e Carelli trovavano conforto anche nelle considerazioni del magistrato ebolitano Guglielmo Vacca che, nel 1893, riversava sulle pagine della *Rivista penale*³⁶ tutti i suoi malumori³⁷.

Nonostante le tabelle statistiche relative agli anni 1879-1889³⁸ comprovassero la propensione dei pubblici ministeri ad archiviare i procedimenti solo qualora ritenessero che il fatto non costituisse reato, egli denunciava con fermezza l'assenza di qualsiasi forma di controllo sull'operato del pubblico ministero. L'archiviazione, infatti, essendo un atto puramente interno all'ufficio, veniva compiuta senza che la persona offesa ne fosse informata. In sostanza, in caso di errori di valutazione o di inerzia da parte della pubblica accusa, la legge non offriva alcun rimedio: «Ma, se, per avventura, il p.m. cada in errore – si interrogava Vacca – e non iscorga reato dove

³⁴ R. Garofalo-L. Carelli, *Riforma*, op. cit., CLV.

³⁵ Ivi, CLVI.

³⁶ G. Vacca, *La riforma del codice di procedura penale in Italia*, III. *Il processo penale nella sua struttura e nella pratica. I difetti*, § 1. *Le azioni nascenti da reati*, in *Rivista penale*, XXXVII (1893), 209 ss.

³⁷ G. Chiodi, *Il teatro delle passioni*, cit., 362 ss.

³⁸ Cfr. G. Vacca, op. cit., 217, dove sono riprodotti tali dati, dai quali si evince che per l'anno 1879 i procedimenti archiviati a causa di inesistenza della notizia di reato erano stati 16.058 (su un totale di 264.038 dei procedimenti esauriti); nel 1880, 17.820 (su 286.762); nel 1881, 18.626 (su 259.576); nel 1882, 18.074 (su 256.197); nel 1883, 17.817 (su 252.904); nel 1884, 18.681 (su 245.083); nel 1885, 20.895 (su 239.936); nel 1886, 18.665 (su 245.057); nel 1887, 20.344 (su 247.345).

veramente è un fatto punibile, e chiuda la querela in archivio, quale via è aperta alla parte offesa per ottenere giustizia? Evidentemente non ve ne è alcuna [...] e se il querelante muta strada, e presenta querela al giudice istruttore, si aggira in un circolo vizioso, perché il giudice istruttore, nei casi ordinari, nei quali è vigore il principio della separazione dell'azione dall'istruzione, non può procedere senza la istruzione del p.m.»³⁹.

Ciò alimentava un vero e proprio «vizio» che, come osservava l'autore, finiva per indebolire l'efficacia repressiva dell'organo inquirente e, più in generale, della giustizia, posto che più il pubblico ministero veniva lasciato in «balia di sé stesso» maggiore era la difficoltà di rimediare alla sua inerzia⁴⁰.

Risultava impraticabile, infine, la possibilità del ricorso gerarchico al Ministro della Giustizia in virtù del fatto che quest'ultimo, in caso di inazione, non era provvisto di alcun mezzo per dare impulso all'azione penale: «Se il potere esecutivo denuncia al p.m. un fatto che stima represso dalla legge penale, e il p.m., errando nell'interpretazione della legge, e venendo in contrario parere, si astiene di procedere il potere esecutivo non è alcun mezzo legittimo per provocare l'esecuzione delle leggi»⁴¹.

A quasi tre anni di distanza, nel 1896, Vacca tornava poi a riflettere sulla questione, tracciando con precisione la via da seguire, che si sostanzialmente nell'attribuire alle vittime dei reati e ai cittadini un'azione sussidiaria, da esercitare ciascuno nell'ambito delle proprie prerogative. Al contempo, era necessario, a suo avviso, un rafforzamento organico delle garanzie a tutela degli accusati: dall'obbligo per i cittadini di presentare denuncia al diritto di querela per le vittime, fino all'assistenza obbligatoria di un procuratore. Cruciale era anche il ruolo del pubblico ministero, che avrebbe dovuto notificare l'intenzione di desistere dall'azione, garantendo così alla parte interessata l'opportunità di proseguirla autonomamente⁴².

Le riflessioni fin qui esposte sembrano indicare come l'azione penale popolare e quella privata non si configurassero semplicemente come strumenti tecnici, ma piuttosto come autentici rimedi a una diffusa sfiducia nei confronti dell'operato della pubblica accusa. Prima ancora che il futuro articolo 179 del codice di procedura penale

³⁹ Ivi, 217.

⁴⁰ Ivi, 218.

⁴¹ Ivi, 219.

⁴² G. Chiodi, *Il teatro delle passioni*, cit., 363 s.

del 1913 introducesse il controllo giurisdizionale, si era quindi cercata una soluzione alla discrezionalità incontrastata dei funzionari della pubblica accusa.

Se si tenta di comprendere da cosa scaturisca l'esigenza da più parti richiamata di estendere l'esercizio dell'azione penale – ai cittadini (azione penale popolare) o, viceversa, alle sole persone offese dal reato (azione penale privata) – si scorge, tra le pieghe del descritto dibattito, un annoso e controverso problema. Le accuse sono, infatti, rivolte alle persistenti ingerenze politiche che, nei primi anni della giovane Italia unita, minano profondamente l'autonomia della magistratura.

Studi recenti hanno ampiamente dimostrato come, sul finire dell'Ottocento, circolari e raccomandazioni rappresentassero la *longa manus* di cui si serviva il Ministero della Giustizia per esercitare una costante influenza sull'attività dei pubblici ministeri, indirizzandoli verso decisioni che rispecchiavano gli interessi e le direttive dell'autorità governativa⁴³. Tale intreccio tra giustizia e potere trova riscontro, d'altronde, nelle riviste specializzate coeve, che non mancano di riportare il clamore mediatico provocato dagli esiti di alcuni processi scandalosi.

Uno dei casi più noti, che tra il 1892 e il 1894 catturò repentinamente l'attenzione pubblica, fu quello relativo ai brogli e ai finanziamenti occulti della Banca Romana. L'inchiesta, culminata con assoluzioni generali, aveva svelato, tuttavia, in modo inequivocabile la rete illegale tra il sistema bancario e le élite politiche⁴⁴.

Ebbene, tra coloro che pongono l'accento sulle interferenze del potere politico nella selezione dei reati da perseguire e sul conseguente fermento provocato nelle Procure vi è anche Marco Minghetti. Nel 1881, con il suo saggio *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, egli dipingeva una realtà in cui la giustizia rischiava di trasformarsi in uno strumento piegato alle convenienze del potere,

⁴³ Sul punto cfr., oltre agli specifici contributi di M.G. Di Renzo Villata già richiamati nelle precedenti note, i lavori di C. Storti, «Un mezzo artificiosissimo di governo per ottenere con inganno e con vie coperte ciò che apertamente non si potrebbe ordinare». *Le circolari dei ministri di giustizia sul processo penale tra unificazione e fascismo*; C. Danusso, *Decreti e circolari come strumenti di controllo dell'esecutivo sui magistrati: il problema dei trasferimenti ordinati d'ufficio*; M. Stronati, *L'eccezione che conferma la regola. Grazia, potere giudiziario e circolari ministeriali tra XIX e XX secolo*, tutti in *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. Colao, L. Lacchè, C. Storti, C. Valsecchi, Macerata 2011, ad ind.

⁴⁴ Sul rapporto tra processi penali e opinione pubblica nell'Italia unita cfr. G. Alessi, *Il processo penale*, Roma - Bari 2001, 183 ss.; *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. Colao, L. Lacchè, C. Storti, Bologna 2008; L. Lacchè, «L'opinione pubblica saggiamente rappresentata». *Giurie e Corti d'Assise nei processi celebri tra Otto e Novecento*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, Atti del Convegno, Teramo, 4-5.2006, a cura di P. Marchetti, Napoli 2007, 89 ss.

compromettendo così l'autonomia e la rettitudine del sistema penale⁴⁵. L'opera – come anticipato dall'autore nella *Prefazione* – era scaturita da un fatto personale. Accusato «da taluni» di aver vilipeso le «prerogative del Parlamento» in occasione di un discorso da lui pronunciato a Napoli nel gennaio del 1880, sentiva il dovere di chiarire la propria posizione. In effetti, lo statista bolognese aveva colto questa occasione per articolare una denuncia di più ampio raggio⁴⁶. Il primo vero nodo da sciogliere – a giudizio di Minghetti – era costituito dal ruolo del pubblico ministero⁴⁷. Egli sottolineava come la diversità nell'iniziativa dell'azione penale e la disparità da caso a caso nel trattamento degli imputati avessero indotto l'«opinione popolare» a ritenere che l'azione dei pubblici ministeri non fosse «spontanea ma ordinata dal Ministero centrale». A ciò si aggiungeva che le leggi italiane erano allora di sovente disapplicate e anche questa era una conseguenza, a suo avviso, dell'«ingerenza indebita del governo nella giustizia»⁴⁸. Anche il mondo forense, del resto, non si mostrava immune da tali influenze. Minghetti biasimava, infatti, la condotta di alcuni avvocati, membri della Camera dei deputati, i quali si avvalevano di una loro possibile futura partecipazione al Governo per intimidire o adulare i giudici, giungendo finanche a caldeggiare in Parlamento l'interpretazione di una norma destinata a trovare applicazione in una causa da loro patrocinata⁴⁹.

Nel 1912, persino Vincenzo Manzini si scagliava contro le infiltrazioni tra il potere politico e la magistratura, constatando amaramente nel suo *Manuale di Procedura penale* che: «Purtroppo, nella nostra pratica giudiziaria, per effetto di indebite ingerenze ministeriali, parlamentari o consortesche locali, spesso è il principio della *discrezionalità* o *opportunità* del promovimento dell'azione penale che prevale». Tuttavia, il «miglioramento progressivo della nostra magistratura» e la «proba vigilanza dei capi gerarchici» inducevano lo studioso ad essere fiducioso circa l'imminente superamento della crisi di valori che aveva costretto un «Guardasigilli

⁴⁵ M. Minghetti, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna 1881.

⁴⁶ Ivi, 1.

⁴⁷ Ivi, 137 s.: «Laonde si vedono trattamenti disformi, e a sbalzi; e talora tradursi innanzi ai tribunali associazioni sovversive e comunistiche, talora lasciarle fondare e liberamente e apertamente dilatarsi; e in simil modo in qualche caso perseguiti i giornali, in altri identici casi non darsene per inteso. Leggiamo di sovente offese al Re e contro al Pontefice, leggiamo apologie di fatti qualificati nel codice come crimini o delitti, provocazioni all'odio fra le classi; non di rado ancora sulle stampe si fa scempio dei buoni costumi, senza che le regie procure vi pongan attenzione. E poi ad un tratto ecco una specie di foga per la quale da un capo all'altro della penisola le regie procure si agitano, denunciano, sequestrano».

⁴⁸ Ivi, 138.

⁴⁹ Ivi, 138 s.

magistrato» ad affermare «che l'ordine giudiziario italiano rende servigi e non giustizia»⁵⁰.

Nella prosa manziniana possiamo cogliere, nondimeno, un ulteriore aspetto degno di nota, strettamente legato alla condotta seguita da alcuni funzionari della pubblica accusa di premunirsi, prima di procedere all'invio degli atti in archivio, di un'ordinanza del giudice istruttore rispetto ai reati perseguibili a querela.

Egli ricordava, infatti, che il rito penale non ammetteva «azioni di mero accertamento positivo o negativo» finalizzate a sollevare «impropriamente il p.m. dalla responsabilità funzionale che gli compete, a invocare decisioni giurisdizionali di pura interpretazione e non anche d'applicazione della legge, o ad instaurare giudizi puramente accademici, e giuridicamente indefinibili». Inoltre, il pubblico ministero difettava, in quanto organo dello Stato, di interesse ad agire, essendo chiamato a determinare la volontà della legge nel caso concreto: e la sua funzione era quella di «levare e non porre ostacoli all'azione penale»⁵¹.

Ma quali erano le ragioni alla base di tanto disappunto? Manzini aveva voluto solo fare sfoggio delle proprie competenze tecniche? Certamente no, o almeno solo in parte. In realtà, il 'bisogno' di esplicitare le proprie doglianze – al pari di quelle di Minghetti – traeva origine da una vicenda processuale che lo aveva investito in qualità di avvocato.

Il 24 aprile 1911, la sezione di accusa di Roma aveva stabilito che il pubblico ministero, per risolvere il conflitto sorto con la parte civile, fosse tenuto a richiedere al giudice una pronuncia giurisdizionale di mero accertamento. In quella circostanza, i giudici romani avevano ribadito con determinazione il principio di legalità, sottolineando però che sarebbe stato inaccettabile, dopo aver escluso l'azione privata e popolare, concedere ai funzionari della pubblica accusa un potere di arbitrio assoluto nell'esercizio dell'azione penale. Al contrario, il coinvolgimento del giudice istruttore veniva da loro interpretato non come una limitazione, bensì come una garanzia aggiuntiva a favore del cittadino, un presidio fondamentale contro eventuali abusi.

Il penalista friulano, che in tale processo aveva rivestito, congiuntamente all'avvocato Antonio Guarnieri-Ventimiglia, il ruolo di difensore della parte civile Filippo Ronca, non esitava a censurare con toni aspri la sentenza in esame. Seppur riconoscendo la prassi consolidata secondo cui il pubblico ministero, prima di

⁵⁰ V. Manzini, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino 1912, 78 s.

⁵¹ Ivi, 563 s.

archiviare le querele ritenute infondate, si avvaleva della richiesta di un'ordinanza al giudice istruttore, egli non mancava di denunciarne con veemenza l'illegittimità. Una prassi che, sebbene radicata, non trovava alcun fondamento nel dettato codicistico e che, agli occhi del giurista, non era altro che una sorta di «*fin de non-recevoir*» privo di legittimità giuridica⁵².

E, tuttavia, gli avvenimenti futuri avrebbero confermato i timori di Manzini: sulla scorta dei progetti del 1905 e del 1911, l'art. 179 co. 2 del definitivo Cpp del 1913 avrebbe introdotto una forma di controllo sull'attività del pubblico ministero nella decisione di archiviare o meno gli atti stabilendo che, «se reputi che per il fatto non si debba promuovere azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto»⁵³.

⁵² V. Manzini, *Sulla prerogativa parlamentare di «insindacabilità»*, in *La Scuola positiva*, XXI (1911), vol. II (III s.), *Giurisprudenza*, 320. Il caso è stato già richiamato da M.N. Miletta, *Premessa storica*, cit., 319 s.

⁵³ Nel corso dei lavori preparatori del nuovo codice di rito si era ipotizzata inizialmente una partecipazione dei privati all'esercizio dell'azione penale. La Commissione del 1898 aveva caldeggiato, infatti, una soluzione analoga a quella pensata per il coevo codice eritreo: «La parte lesa non deve essere ammessa ad esercitare direttamente l'azione penale; e soltanto deve avere la facoltà di rivolgersi al magistrato contro il pubblico ministero che si rifiuti di esercitare l'azione penale nella sua querela» (*Commento al codice*, Parte prima, *Lavori preparatorii*, vol. I, 96). Ma già il progetto del 1902 della Sottocommissione incaricata di redigere un nuovo codice sostituiva al reclamo della parte lesa l'obbligo generalizzato del pubblico ministero di provocare la deliberazione del giudice, stabilendo all'art. 143 co. 2 che: «se il fatto non costituisca reato, o l'azione penale sia estinta, ovvero non possa essere promossa, il Procuratore del re chiede che si pronunzi la sentenza». (Ivi, Parte prima, *Lavori preparatorii*, vol. I, 249).

La disposizione veniva riprodotta anche nell'art. 168 co. 2 del progetto della Commissione di revisione (Ivi, Parte prima, *Lavori preparatorii*, vol. I, 251) e nell'art. 184 co. 2 del progetto preliminare del 1905 (ivi, Parte prima, *Lavori preparatorii*, vol. II, 511). Nella relazione annessa a quest'ultimo il ministro Finocchiaro Aprile chiariva la scelta di coinvolgere il giudice istruttore osservando come la stessa fosse un prassi già seguita in molti uffici di procura: «In pratica poi la consuetudine ha confermato questa tendenza in maniera costante: per modo che, salvo i casi in cui la querela sia sfornita di ogni serietà, raramente il pubblico ministero si arbitra di mandarla in archivio, specie quando sia seguita da indagini, senza richiedere l'ordinanza del giudice. Il progetto seguendo questa tendenza della pratica, è informato al principio che il pubblico ministero debba sulla denuncia e sulla querela sempre provocare la decisione del giudice» (Ivi, Parte prima, *Lavori preparatorii*, vol. II, 139).

Seguiva, infine, il progetto del 1911 che all'art. 191 co. 2 stabiliva: «se il fatto non costituisca reato, o l'azione penale sia estinta, il procuratore del Re promuove dal giudice istruttore la relativa sentenza». (Ivi, Parte prima, *Lavori preparatorii*, vol. II, 697). I lavori preparatori non ci dicono molto sui motivi che indussero il legislatore a modificare la forma del provvedimento adottato dal giudice istruttore rispetto a quella prevista nei precedenti progetti. Anche nella Relazione al Re sul testo definitivo del nuovo Codice di procedura penale, il Ministro guardasigilli Finocchiaro Aprile liquidava in modo sbrigativo tale aspetto: «ho denominato decreto il provvedimento che il procuratore del Re deve sempre provocare al giudice istruttore, quando non ravvisi che sia da promuovere l'azione penale per un fatto a lui denunciato... (perché)... è evidente che a tal provvedimento non si addice la forma e la denominazione (sentenza) di quello con cui lo stesso giudice dichiara non doversi procedere dopo che l'istaurazione ha fornito elementi a suo giudizio» (Ivi, Parte prima, *Lavori preparatorii*, vol. III, 573). In questa fase dell'iter parlamentare non manca, tuttavia, chi esprime una posizione critica nei confronti del controllo giurisdizionale. Nella seduta antimeridiana del 23 novembre 1912, Bacchialoni osservò che l'art. 179 rappresentava una norma ispirata da una «ingiustificata diffidenza» nei confronti del pubblico ministero «bastando per ovviare ad eventuali arbitrii il diritto di richiamo al superiore gerarchico»; la sua applicazione

3. Nasceva così la prima disciplina codicistica dell'archiviazione, per quanto destinata ad avere vita breve: il procuratore del re «promuove(va) ed esercita(va) l'azione penale, secondo le norme stabilite dalla legge, o richiedendo la istruzione formale, o procedendo per citazione diretta dopo la istruzione sommaria che reput(ava) necessaria, ovvero per citazione direttissima» (art. 179 co. 1); se il medesimo ufficio giudicava «che per il fatto non si (dovesse) promuovere l'azione penale» doveva «richiede(re) al giudice istruttore di pronunciare decreto» (art. 179 co. 2); non accogliendo la richiesta, quest'ultimo poteva disporre «mediante ordinanza che l'istruzione (fosse) proseguita in via formale» (artt. 281 co. 1 e 2)⁵⁴.

In virtù di ciò, la valutazione di superfluità del processo emessa dal pubblico ministero non era più sufficiente, di per sé, a giustificare il mancato esercizio dell'azione penale. Nel rito del 1913 spettava al giudice istruttore esercitare un controllo ed accertare, caso per caso, se l'inattività del pubblico ministero fosse legittima, o se viceversa sussistessero condizioni tali da richiedere l'instaurazione del processo⁵⁵.

Nei brevi anni della sua vigenza, la nuova disposizione suscitò reazioni contrastanti nella dottrina. Taluni la consideravano un'efficace forma di tutela a garanzia del principio di legalità, in grado di scongiurare «ogni possibile pericolo o sospetto di parzialità, di indifferenza, o di inerzia»⁵⁶ nell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero⁵⁷; altri, invece, intravedevano in essa un odioso retaggio del passato, destinato a ostacolare il regolare andamento del procedimento penale.

Era del primo avviso Pietro Del Vecchio, sostituto procuratore generale a Trani, che in un contributo apparso sulla rivista *La Scuola Positiva* giudicava con toni entusiastici questa 'novità', riconoscendo in essa una limitazione «per quanto prudente»

avrebbe determinato, inoltre, un aumento di ordinanze istruttorie «col solo effetto di far apparire maggiore la criminalità in Italia». Egli proponeva, quindi, di sopprimere l'istituto, ammettendo al più che la facoltà di archiviare fosse esclusa «in presenza di una formale querela accompagnata da costituzione di parte civile». Tuttavia, dopo una «breve discussione» le proposte di emendamento vennero respinte (Ivi, Parte prima, *Lavori preparatorii*, vol. III, 526).

⁵⁴ F. Caprioli, *op cit.*, 18.

⁵⁵ Come osservato da F. Cordero (voce), *Archiviazione*, cit., 1025 richiesta del pubblico ministero e decreto del giudice istruttore, nel quadro di questa «formula», segnavano, quindi, i poli di una necessaria relazione dialettica.

⁵⁶ A. Stoppato, *Commento all'art. 1 c.p.p.*, in *Commento al codice*, vol. IV, *Codice di procedura penale. Libro primo- Disposizioni generali*, 17.

⁵⁷ L. Mortara e U. Aloisi, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, Parte prima, *Libri primo e secondo*, Milano-Napoli-Palermo-Roma 1914, 317 evidenziavano che già durante i lavori preparatori del nuovo codice di procedura penale si era sostenuto che qualora non fossero state ammesse l'azione civica e/o popolare accanto a quella privata, si sarebbe dovuto prevedere l'obbligo in capo al p.m. di sottoporre al vaglio dell'organo giudicante la decisione di non procedere.

dell'arbitrio del procuratore del re, che nel vigore del «cessato codice», quando non ravvisava nel fatto denunciato i caratteri del reato, poteva disporre «con la laconica decretazione» e «di propria autorità» la «conservazione degli atti in archivio»⁵⁸.

Sulla stessa scia si collocava il noto penalista Bernardino Alimena, che la etichettava come un prezioso strumento a presidio dell'indipendenza dei funzionari della pubblica accusa. Egli sosteneva, infatti, l'esistenza di una duplice esigenza sottesa al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale: da un lato, l'interesse sociale all'attuazione della giustizia; dall'altro, la necessità di non costringere il magistrato inquirente ad agire «contro i proprii convicimenti». A suo avviso, questa tensione presente nel codice previgente era stata finalmente risolta dal comma 2 dell'art. 179, che affidando al giudice istruttore il compito di vagliare la scelta di non procedere del pubblico ministero metteva al riparo il sistema finanche da quelle *notitiae criminis* che gli pervenivano dal Ministro della Giustizia «al pari di veri ordini»⁵⁹.

Nel 1914 è poi la volta di Manfredo Pinto, professore pareggiato di diritto e procedura penale all'Università di Napoli. Egli osservava: «Se da una parte è il pubblico ministero che, per delegazione dello Stato, esercita l'azione penale, non può dall'altra esserne il domino o l'arbitro, per modo che, sempre che gli paia, tronchi il procedimento»⁶⁰.

Lo stesso dicasi di un'autorevole voce della Scuola positiva, Eugenio Florian, il quale non aveva dubbi sul punto: la decisione di procedere o meno in ordine ad un reato doveva essere necessariamente riservata all'organo giurisdizionale, «diversamente l'accusatore sarebbe insieme giudice e parte [...] e la via degli abusi e dei sospetti sarebbe sempre aperta». Malgrado ciò, il penalista veneziano riteneva opportuno introdurre un controllo in chiave sussidiaria riconosciuto in capo al «denunciante (leso o no, interessato o no)», il quale, una volta appresa la decisione del procuratore del re di non procedere, avrebbe avuto la facoltà di produrre «memorie o somministrare informazioni al giudice». Così, si sarebbe valorizzato «l'eventuale zelo pubblico del cittadino», e, al contempo, «più seria ed esauriente e tranquillante sarebbe (stata) la decisione del magistrato»⁶¹.

⁵⁸ P. Del Vecchio, *Del decreto penale pronunciato dal pretore e dal giudice istruttore*, in *La Scuola positiva*, XXIX (1919), vol. X (III s.), *Giurisprudenza*, 113. Cfr. G. Chiodi, *Il teatro*, cit., 370 ss.

⁵⁹ B. Alimena, *Principii di procedura penale*, vol. I, Napoli 1914, 290 s.

⁶⁰ M. Pinto, *Manuale di procedura penale illustrativo del nuovo codice*, Milano 1914, 148.

⁶¹ E. Florian, *Il processo penale e il nuovo codice. Introduzione al commentario del nuovo codice diretto da Garofalo, Florian, Zerboglio, Estratto*, Milano 1914, 40 s. e 48.

Ma se, come si è visto, la nuova disposizione fu tendenzialmente accolta con favore, da altri fronti, invece, se ne ricava qualche diretta critica.

Uno dei giudizi maggiormente ricorrenti fra i detrattori della riforma si sostanziava nel fatto che il vaglio giurisdizionale sull'eventuale decisione dell'accusa di non procedere rappresentasse un sistema eccessivamente dispendioso dal punto di vista dell'economia processuale, e tale da dare luogo ad un «lavoro superfluo»⁶².

Tra quelli maggiormente propensi a vedere più «sterpi» che «fiori»⁶³ nell'art. 179 co. 2 Cpp vi era Lucchini che, dalle pagine della sua *Rivista penale*, lo additava – al pari dell'istituto della restituzione in termine (art. 126 Cpp 1913) – come una delle cause che rallentavano il normale corso del procedimento⁶⁴.

Analoghe riserve erano percepibili anche in altri autori. Silvio Longhi, consigliere in Cassazione, bollava senza alcuna esitazione la norma in esame di eccessiva rigidità⁶⁵: «Il decreto del giudice – chiariva Longhi – non deve essere provocato se non intorno a fatti che possano apparire punibili, non intorno a fatti che si palesino in modo evidente come penalmente irrilevanti» e «sforniti di qualsiasi consistenza giuridica»⁶⁶. Allo stesso modo, egli riteneva superfluo sollecitare il provvedimento in assenza di una notizia formalmente acquisita⁶⁷ o qualora mancasse una condizione di procedibilità o ancora risultasse chiaramente l'estinzione del reato⁶⁸.

Parole che, lungi dall'essere una mera critica tecnica, suonavano, piuttosto, come un monito rivolto a chiunque osasse lanciare occhiate indiscrete «negli interna corporis» della magistratura requirente⁶⁹.

⁶² S. Rameri, *Il nuovo codice di procedura penale italiano. Le funzioni del pubblico ministero*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, vol. IV, 1913, *Parte prima, Dottrina, Legislazione, Letteratura, Articoli originali*, 454 constatava: «tale innovazione in pratica darà solo luogo ad un lavoro superfluo».

⁶³ L. Lucchini, *Il nuovo codice di procedura penale. II. I fiori; III. Gli sterpi*, in *Rivista penale*, XXXIX (1913), vol. LXXVIII (XXVIII quarta s.), f. I(lug.), 5 ss. e f. IV (ott.), 5 ss. Per un efficace quadro delle critiche mosse al Cpp del 1913 da parte di Lucchini Cfr. M.N. Miletto, *Il processo*, cit. 403 ss.

⁶⁴ L. Lucchini, *Il nuovo codice*, cit., 397: «Il procuratore del re è il depositario dell'azione penale; ma se reputi di non doverla promuovere – sentite un po'! – dee richiedere al giudice istruttore analoga declaratoria (art. 179)».

⁶⁵ In tal senso S. Longhi, *Per un codice della prevenzione criminale*, Milano 1922, 145 s.: «non si poteva immaginare sistema più rigido per ottenere che il pubblico ministero proceda non determinato che da considerazioni sugli elementi giuridici del fatto, in omaggio a un elevato principio di giustizia: che il rappresentante della legge non sia in ogni caso che interprete di questa». Sul magistrato lombardo v. la voce di M.N. Miletto, *Longhi, Silvio*, in *DBGI*, 1193 ss.

⁶⁶ S. Longhi, *Commento al codice di procedura penale*, vol. V, Libro II, *Dell'istruzione*, 367.

⁶⁷ Ivi, 368 s.

⁶⁸ A tal proposito, Silvio Longhi suggeriva l'adozione di un nuovo sistema, capace di coniugare legalità e opportunità, dando vita ad una sorta di compromesso in cui il rispetto della prima era garantito dal controllo giurisdizionale che lasciava ad ogni modo «un sufficiente margine al principio della discrezionalità». (Ivi, 374 s.)

⁶⁹ F. Cordero, *Guida*, cit., 242.

Ad essere messi in rilievo da una parte della dottrina erano poi i non pochi problemi tecnico-applicativi, specie con riferimento ai rapporti tra decreto di archiviazione e sentenza istruttoria di proscioglimento⁷⁰.

Secondo il disposto dell'art. 179 co. 1 Cpp del 1913, il procuratore del re esercitava l'azione penale – oltre che con la richiesta di istruzione formale o la citazione direttissima – anche «procedendo per citazione diretta, *dopo l'istruzione sommaria* che reput(asse) necessaria». Da ciò si deduceva che l'azione penale poteva considerarsi esercitata solo dopo la citazione; fino a quel momento, nel caso di indagini rivelatesi infruttuose per l'accusa, sarebbe risultata legittima un'eventuale richiesta di emissione di decreto ex art. 179 Cpp al termine dell'istruzione sommaria.

Pur apparendo promettente, questa soluzione non mancava di sollevare, però, interrogativi spinosi. Restava irrisolta, infatti, la questione relativa ai criteri che avrebbero dovuto guidare il pubblico ministero nella scelta tra il decreto di archiviazione e la sentenza di proscioglimento istruttorio prevista dall'articolo 281 del codice di procedura penale. In altri termini, il rischio concreto era che decreto e sentenza finissero per sovrapporsi e confondersi in un'unica decisione indistinta di non luogo a procedere⁷¹.

Nel tentativo di superare questa contraddizione, alcuni autori, come Bernardino Alimena o Pietro Mirto, ritenevano che l'azione penale coincidesse, nei casi di citazione diretta, non già con la richiesta del pubblico ministero ex art. 179 Cpp, bensì con l'avvio dell'istruzione sommaria⁷², o quanto meno con il primo atto concernente l'imputazione⁷³. Muovendo da tale premessa, la decisione tra l'archiviazione o il proscioglimento con sentenza dipendeva dal tipo di attività investigativa condotta. Qualora l'accertamento del reato avesse richiesto il compimento di atti istruttori ex art. 279 Cpp (esperimenti giudiziari, perizie, perquisizioni domiciliari, ricognizioni, esame dei testimoni a futura memoria, interrogatorio dell'imputato) che implicavano

⁷⁰ F. Caprioli, *op. cit.*, 22.

⁷¹ Ivi, 23.

⁷² B. Alimena, *op. cit.*, 284 sosteneva, infatti, «l'azione penale, che nasce in seguito alle investigazioni preliminari, apre l'istruzione sommaria o l'istruzione formale».

⁷³ P. Mirto, *Sulle forme dell'istruzione nel processo penale*, in *Rivista penale*, XLVI (1920), vol. XCII (II sesta s.), 332, il quale subordinava la soglia preclusiva dell'archiviazione al compimento di atti istruttori aventi natura imputativa. Questa preclusione si configurava allorché il pubblico ministero richiedeva al giudice istruttore l'emissione di un mandato per interrogare un individuo ritenuto autore di un reato, nel caso in cui il soggetto fosse in stato di arresto o, ancora, al termine dell'istruzione, con la notifica all'imputato del titolo dell'imputazione ai sensi dell'art. 282 Cpp.

l'esercizio dell'azione penale⁷⁴, sarebbe stato necessario chiudere le indagini con una sentenza di proscioglimento; diversamente, il pubblico ministero poteva richiedere l'emanazione di un decreto di archiviazione ai sensi dell'art. 179 co. 2 Cpp⁷⁵.

Ma anche a volere seguire questo ragionamento, restava pur sempre il problema di stabilire quale fosse l'atto che sanciva l'inizio dell'istruzione sommaria, posto che nell'impianto codicistico mancava una previsione esplicita in tal senso⁷⁶.

Insomma, a distanza di quasi otto anni dalla sua entrata in vigore, i malumori nei confronti della nuova disciplina dell'archiviazione non accennavano a sopirsi. Reputato al momento della sua introduzione come una risposta definitiva alle reiterate violazioni del principio di legalità, attraverso l'auspicato vaglio giurisdizionale, il comma secondo dell'art. 179 del Cpp del 1913 si era rivelato, in realtà, del tutto inidoneo a tale scopo, specie con riferimento ai reati di natura politica.

Non c'è da stupirsi, quindi, se al Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, tenutosi a Firenze nella primavera del 1921, ciò che emergeva prepotentemente era «il senso di profonda amarezza, prorompente talora in aperto sdegno, suscitato nei magistrati di vedere giornalmente insidiata e ostacolata la loro opera dalle autorità politiche [...] tale da rischiare di distruggere l'amore per il proprio ufficio»⁷⁷.

⁷⁴ E. Massari, *Lineamenti del processo penale italiano*², Napoli 1928, 92.

⁷⁵ F. Caprioli, *op. cit.*, 24.

⁷⁶ Proprio quest'ultimo aspetto veniva rilevato puntualmente da S. Longhi, *Commento*, cit., 826, nt. 1. che sosteneva: «una *ricerca di prove* può occorrere al procuratore del Re prima che esso possa procedere a richiesta di citazione; ma non può nemmeno contestarsi che il procuratore del Re assuma indagini anche all'unico scopo di richiedere al giudice il decreto di non doversi promuovere l'azione penale». [...] E di qui appunto la necessità di precisare quali elementi un atto debba ritenersi pertinente all'istruzione sommaria o non piuttosto preordinato a provocare la pronuncia di un decreto negativo del giudice»; a tal fine «è alla natura oggettiva dell'atto (di indagine) che occorre guardare. Ma poiché in una citazione sommaria il modo di raccogliere le prove può essere formalmente non diverso dal modo con cui si raccolgono le indagini preliminari in generale, si comprende tosto come solo in pochi casi la natura oggettiva dell'atto possa essere designata dalla forma o da questa esclusivamente, e che nella maggior parte dei casi convenga guardare al *contenuto* della prova, e più precisamente alla *specifica direzione* della stessa. La ricerca è forse rivolta semplicemente a conoscere se si sia in presenza di un fatto che di per sé, indipendentemente da ogni rapporto di persona e di individuale imputabilità non può rivestire gli estremi di un reato? Tali indagini dirette alla pura e semplice constatazione a priori di un non-reato avrebbero senza ombra di dubbio carattere soltanto preliminare al promuovimento dell'azione e dell'istruzione. Ma se altra sia la direzione delle ricerche ovvero se abbiano carattere misto, come si potrebbe negare che una istruzione vera e propria sia stata già iniziata? Mal si saprebbe ravvisare una indagine soltanto preliminare in una indagine *che già involgesse la ricerca di un illecito penale e di una penale responsabilità*».

⁷⁷ Emblematica è, in tal senso, la testimonianza che ci restituisce un giovane Piero Calamandrei, rimasto profondamente colpito da un intervento di un magistrato che, in quell'occasione, aveva proferito «tra i plausi dell'assemblea» queste vibranti parole: «Sappiamo gli onesti di tutti i partiti che la magistratura italiana non può fare il suo dovere fino in fondo, perché il governo lo impedisce». Cfr. P. Calamandrei, *Governo e magistratura (discorso letto) il 13 novembre 1921 per la solenne inaugurazione degli studi nell'Aula Magna della R. Università di Siena*, Siena 1922, ora in *Opere giuridiche*, vol. II, Napoli 1966, 198 ss.

Nello stesso anno, la *Rivista penale* deplorava con una nota ‘anonima’ l’inerzia dei procuratori del re: frattanto che i conflitti tra fascisti e socialisti continuavano senza posa e molte città della Penisola erano sconvolte da «violenze» «stragi» e «brutalità», essi «dimenticando di essere depositar[i] della pubblica azione» restavano «tranquillamente ad attendere le denunce, le querele, i rapporti, i referti [...] fermi come torre che non crolla ad attendere che qualcuno li scuota dal letargo», simili ai «santoni che nell’oriente musulmano riscuotono la venerazione delle turbe creduli e idiote»⁷⁸.

La critica all’«inazione sistematica del potere giudiziario» non riguardava solo i pubblici ministeri, ma coinvolgeva, in realtà, finanche il loro «supremo reggitore», il guardasigilli. Esprimeva, perciò, un comune sentire uno scritto di Edoardo Massari, riassunto nelle pagine della rivista *Dizionario penale*⁷⁹, che sarebbe stato utilizzato in seguito durante i lavori parlamentari per il Codice di procedura penale del 1930.

Per il giurista pugliese, il principio di legalità non troneggiava incontrastato: nel sistema allora vigente, infatti, si annidavano ancora residui di discrezionalità che ne offuscavano l’effettiva applicazione.

L’eco delle «vivaci censure» mosse dall’opinione pubblica contro magistratura e potere politico non accennava a placarsi. Le accuse, talora aspre e incalzanti, dipingevano una giustizia vacillante paralizzata dall’«inerzia» e dalla «debolezza» delle iniziative degli organi giudiziari e piegata sotto il peso di indebite pressioni ministeriali⁸⁰.

Eppure, come osservava con finezza Massari, ciò che sembrava sfuggire al giudizio collettivo era l’evidente disomogeneità con cui la pubblica accusa affrontava le diverse tipologie di reati: se, nel caso di illeciti di «scarso contenuto politico», l’azione penale si mostrava «decis[a] e secur[a]», quasi implacabile, viceversa, quando il procedimento riguardava reati di matrice politica, questo slancio si affievoliva, l’approccio era permeato di una prudenza sospetta, di indugi che parevano riflettere un timore strisciante.

⁷⁸ Si veda in proposito M.N. Miletto, *Premessa storica*, cit., 321, con riferimento allo scritto anonimo, ma forse attribuibile a Lucchini, *Funzione attiva o passiva del pubblico ministero*, in *Rivista penale*, XLVII (1921), XCIII (III della sesta s.), f. 5 (mag.), *Cronaca*, 492 ss.

⁷⁹ E. Massari, *Politica e giustizia penale (Movimenti collettivi e diritto penale)*, riassunto in *Dizionario penale*, IX (1921), IX(2°s.), n.4, f. 4, 149 ss. e 162 ss.

⁸⁰ Ivi, 149 s.

La casistica giudiziaria dimostrava, anzi, che «il moto dell'azione penale variava di impulso e di energia» a seconda che venissero in rilievo fattispecie criminose «sporadiche e individuali», oppure forme di criminalità cui partecipavano «masse notevoli di individui», sicché si palesava una «conseguenza davvero contraddittoria» posto che solo nel primo caso la repressione risultava essere «più decisa e sollecita»⁸¹.

Massari evocava, a tal proposito, i «cauti atteggiamenti» adottati dagli organi inquirenti durante il periodo degli scioperi nei pubblici servizi da parte del personale postelegrafico e ferroviario. In quelle circostanze, i dissidenti si erano resi protagonisti di atti violenti contro quanti avevano scelto di non aderire alle agitazioni. Sebbene i responsabili di tali comportamenti fossero stati identificati, a lungo le «Magistrature di merito» avevano discusso, come ricordato dall'autore, se ricondurre i fatti a loro ascritti agli articoli 165 e 166 del codice penale del 1889, che punivano chi, con violenza o minaccia, costringeva un lavoratore a sospendere la propria attività, oppure se rientrassero nella fattispecie di violenza privata di cui all'art. 154, o ancora, se configurassero, invece, il delitto di abbandono di ufficio così come sancito dall'art. 181⁸².

Questa esitazione trovava – a giudizio di Massari – una spiegazione agevole nella «riluttanza degli organi di giustizia a intervenire penalmente», dettata, a suo avviso, dalla consapevolezza dei rischi connessi a processi dall'esito incerto e dalla portata imponente, che avrebbero coinvolto «grandi gruppi di individui». A ciò si sommarono le difficoltà procedurali derivanti dalle norme sulla custodia cautelare e sull'organizzazione dei dibattimenti nei confronti di molteplici imputati. Tali vicende, a suo giudizio, rappresentavano una testimonianza eloquente dell'influenza esercitata da «motivi di convenienza» sull'esercizio dell'azione penale, motivi perseguiti, talvolta, con il tacito assenso del potere politico. Lo dimostravano, d'altronde, le dichiarazioni rese da due «Capi di governo» in una seduta del Senato, i quali avevano apertamente ammesso l'impossibilità di procedere penalmente contro le «grandi masse operaie», lasciando emergere, in filigrana, le tensioni tra la politica e l'amministrazione della giustizia⁸³.

Tutto ciò metteva a nudo l'inidoneità degli strumenti processuali previsti a garanzia del *principio di legalità*, specie di quella disposizione «spesso richiamata» che vietava

⁸¹ Ivi, 162 s.

⁸² Ivi, 163 s.

⁸³ Ivi, 164 s.

al procuratore del re di archiviare le denunce reputate infondate imponendogli di sottoporle all'esame del giudice istruttore. Egli osservava, infatti, che il «vigile controllo» esercitato dal pubblico ministero in ordine alla scelta e ai vantaggi di carriera degli organi giudicanti condizionava di fatto l'operato del giudice istruttore in virtù della «soggezione gerarchica» che legava il secondo al primo⁸⁴. A ciò si aggiungeva l'«instabilità» del provvedimento adottato dal giudice istruttore quale logica conseguenza della sua natura eminentemente amministrativa, che lo rendeva di fatto «ognora revocabile»⁸⁵.

Alcuni casi giudiziari, in effetti, sembravano avvalorare le osservazioni di Massari, e tra questi uno, in particolare, emerge con forza, offrendo uno spunto tangibile per comprendere quella riluttanza operativa che egli aveva sapientemente denunciato.

La sera del 23 gennaio 1920, Arnaldo Volponi, appartenente a un gruppo di ferrovieri aderenti allo sciopero, aveva aggredito cinque colleghi che si erano rifiutati di parteciparvi, scagliando loro dei sassi al grido di «abbasso i crumiri». Gli aggrediti, con il sostegno di altri ferrovieri, anch'essi scioperanti, erano riusciti a trovare riparo presso il locale del sindacato ferroviario. Ma, poco dopo, Volponi e i suoi compagni li avevano raggiunti, costringendoli con minacce a promettere l'adesione allo sciopero, paventando in caso contrario la prospettiva di essere legati «mani e piedi» nello stabile presso cui avevano trovato rifugio. Identificato insieme agli altri responsabili – Emilio Stagni, Paolo Macina e Primiero Renzi –, Volponi si vide contestare due distinti capi di imputazione. Il primo atteneva all'aggressione perpetrata nei confronti delle persone offese, mediante il lancio di sassi e di minacce, condotta suscettibile nella fattispecie della violenza privata di cui all'art. 154 Cp. Il secondo riguardava, invece, la coercizione esercitata per averle costrette ad abbandonare il lavoro e aderire allo sciopero, anch'essa inquadrata inizialmente come violenza privata.

Con sentenza del 2 aprile 1921, il Tribunale di Forlì, ravvisando la duplicità degli addebiti, riteneva responsabile Volponi in relazione al primo capo di imputazione. Quanto al secondo, riqualificata l'originaria imputazione nel delitto di abbandono di ufficio (art. 166 Cp), assolveva l'imputato in applicazione dei decreti di amnistia e indulto del 5.10.1920 n. 1414 e del 2.9.1919 n. 1501.

All'esito del successivo giudizio di impugnazione, la Corte d'Appello di Bologna, con sentenza del 25 giugno 1921, accoglieva il ricorso proposto da Volponi riformulando la

⁸⁴ Ivi, 166.

⁸⁵ Ivi, 166, n. 2.

qualificazione giuridica del fatto, qui inteso come unico e non duplice, chiarendo che il medesimo rientrava nella fattispecie di cui all'art. 166 Cp e perciò coperto dai citati decreti.

Avverso tale decisione il procuratore generale ricorreva in Cassazione, contestando sia l'erronea qualificazione giuridica della condotta come unitaria, sia l'inesatta applicazione dell'art. 166 Cp.

I giudici della Suprema Corte accoglievano parzialmente il ricorso, censurando la sentenza emessa dai giudici felsinei per non aver sufficientemente accertato se le condotte imputate a Volponi e agli altri coimputati fossero effettivamente riconducibili al delitto previsto dall'art. 166 Cp⁸⁶.

La cautela che traspare da questa vicenda sembra quasi "pilatesca": come se dietro il formalismo giuridico si celassero dubbi inconfessabili e l'incapacità di separare il diritto dalla politica.

Ad ogni modo, dopo la marcia su Roma, le violenze scatenate dalla «competizione politica» si intensificarono in modo allarmante: un fenomeno che neppure la magistratura sembrò in grado di arginare. A fronte di tale gravità, Giulio Alessio corse ai ripari diramando, il 25 settembre 1922, la circolare n. 2061 che prevedeva l'estensione del reato di violenza privata (art. 154 del Codice Zanardelli) anche alle azioni delittuose compiute da associazioni o gruppi politici⁸⁷.

Prendeva forma così l'ultimo tentativo di resistenza alle efferatezze delle camicie nere da parte di un ministro di giustizia nel frattempo impegnato a fronteggiare lo stato disastroso in cui versavano gli uffici giudiziari per la sproporzione tra la «mole di lavoro» e il personale disponibile⁸⁸.

Nel 1923, l'ordinamento giudiziario Oviglio (art. 77 r.d. 30.12.1923 n. 2786) ricalcando quanto stabilito dall'art. 129 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1865, stabiliva che «Il pubblico ministero rappresenta il potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria ed è organizzato gerarchicamente sotto la direzione del Ministro della Giustizia».

Il giro di vite appena evidenziato rappresentava il primo passo verso l'elaborazione di un nuovo codice di procedura penale, che di lì a breve avrebbe inciso in modo significativo sull'istituto dell'archiviazione.

Il dado era ormai tratto.

⁸⁶ Cfr. Cass. Sec. Sez. penale udienza 21 dic. 1922, in *Il Foro Italiano*, XLVIII (1923), Parte seconda, 180 ss.

⁸⁷ Storti, *op. cit.*, 606.

⁸⁸ Ivi, 607.

4. Appena subentrato ad Aldo Oviglio, il 13 gennaio 1925 Alfredo Rocco presentava alla Camera un disegno di legge-delega col quale richiedeva la «facoltà di emendare il Codice penale, il Codice di procedura penale, le leggi sull'ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al Codice civile».

Non sembra, tuttavia, che in questa fase l'urgenza di una riforma dei codici penali costituisse una priorità per l'esecutivo, posto che nei suoi primi interventi pubblici il ministro aveva ventilato esclusivamente l'esigenza di una revisione tecnica volta a contrastare la criminalità e la delinquenza abituale⁸⁹.

Eppure, una lettura in filigrana della relazione ministeriale allegata al disegno di legge potrebbe rivelare già l'intenzione di correggere, in senso nient'affatto liberale, la rotta intrapresa dal codice giolittiano al momento in vigore⁹⁰.

Nel documento in esame era stato proposto, infatti, di restituire al pubblico ministero il ruolo di parte in causa, sottrattogli dalla normativa allora vigente, con l'intento di mantenere una netta e «rigorosa» distinzione tra le funzioni requirente e giudicante. Al contempo, gli si attribuiva la facoltà di recedere dall'esercizio dell'azione penale, nonché di rinunciarvi quando egli lo ritenesse necessario. Veniva, inoltre, esclusa ogni possibilità di agire nell'interesse dell'imputato, in virtù del principio secondo cui tale organo, per preservare la propria identità – distinta da quella del giudice – non poteva che essere configurato quale rappresentante dello Stato nella sua funzione esecutiva e come parte nel processo penale. A volere ragionare diversamente, si sarebbe finito, infatti, per dissolverne la funzione, trasformando il giudizio in un procedimento *ex officio* interamente gestito dal giudice su propria iniziativa⁹¹.

Con queste dichiarazioni, il Guardasigilli sembrava evocare con sottile fermezza un ritorno alle decisioni che avevano caratterizzato i primi anni della giovane Italia unita, quando il pubblico ministero deteneva un controllo pressoché incontrastato sulle «leve» delle archiviazioni⁹².

⁸⁹ Cfr. M.N. Miletto, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, Milano 2010, 58. Sulla gestazione del Codice Rocco si può rinviare al recente contributo di L. Garlati, *La nascita del codice di procedura penale del 1930*, in *I cardini della modernità penale dai codici Rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana*, a cura di M. Donini, L. Garlati, M.N. Miletto, R. Orlandi, Roma 2024, 143 ss.

⁹⁰ G. Vassalli, *Passione politica di un uomo di legge*, in Al. Rocco, *Discorsi parlamentari con un saggio di G. Vassalli*, Bologna 2005, 61.

⁹¹ *Relazione del Ministro della Giustizia e degli Affari di Culto (Rocco)* (al disegno di legge presentato dallo stesso Ministro nella seduta del 13 gennaio 1925), in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. I, Roma 1928, 24 s.

⁹² F. Cordero, *Guida*, cit., 99.

Tale orientamento non aveva riscosso, tuttavia, unanime consenso tra i membri delle Camere.

In un intervento tenuto presso quella dei deputati, Gino Sarrocchi si opponeva fermamente all'abrogazione del controllo giurisdizionale, paventando i rischi insiti nell'attribuzione di un «potere eccessivo e pericoloso» in capo al pubblico ministero, soprattutto nell'ipotesi in cui, «non ostante la presentazione di atti formali di denuncia e di querela», a quest' ultimo fosse stato consentito «di rimanere inerte senza richiamare al giudice istruttore a riconoscere o a dichiarare che mancano le condizioni necessarie per promuovere l'azione penale»⁹³.

Al Senato, Alessandro Stoppato sarebbe giunto più tardi a conclusioni sostanzialmente analoghe, rimarcando la necessità di mantenere una distinzione tra le due funzioni fondamentali – rispettivamente requirente e giudicante – le quali, nel rispetto delle garanzie costituzionali e a tutela dei diritti dei cittadini, dovevano restare saldamente affidate «a due distinti ordini di magistrati»⁹⁴.

Per il parlamentare si trattava, infatti, di un «fatto storicamente certo», per quanto potesse apparire «strano», che in passato si fossero levate lamentele per l'assenza di tutele a protezione dei diritti individuali contro possibili abusi nell'iniziativa penale del pubblico ministero, mentre nel presente si criticava il codice vigente per aver introdotto proprio quelle garanzie⁹⁵.

Ma a nulla servivano – come ha osservato Maria Gigliola Di Renzo Villata – le « motivate argomentazioni a favore di una scelta diversa », né sortivano alcun successo « le perplessità, pur non 'urlate', manifestate da diverse parti »⁹⁶.

Il 5 giugno 1925, presentando il disegno di legge delega al Senato, Rocco, nonostante le critiche, restava fermamente ancorato alle proprie convinzioni. Con riferimento al principio di legalità, chiariva come la questione non riguardasse tanto il carattere obbligatorio o la natura di pubblico dovere dell'azione penale, elementi indiscutibilmente riconosciuti, quanto piuttosto l'individuazione di chi dovesse

⁹³ E proseguendo egli stigmatizzava i potenziali danni provocati da una « latitudine lasciata all'arbitrio [...] non tanto per gli abusi che rende possibili quanto perché ne fa scorgere il timore: il che è ragione di allarme sociale e diminuisce di prestigio della funzione giudiziaria »; concludendo, infine, che « il riconoscimento concorde – per parte del pubblico ministero e del giudice istruttore – nella non promovibilità dell'azione penale » costituisse una valida e irrinunciabile garanzia « per la retta e imparziale applicazione della legge penale ». Cfr. Camera dei deputati, *Relazione sul codice di procedura penale dell'on. Gino Sarrocchi*, in *Lavori preparatori*, op. cit., vol. I, 76.

⁹⁴ Senato del Regno, *Relazione sulla riforma del codice di procedura penale dell'on. Alessandro Stoppato*, in *Lavori preparatori*, op. cit., vol. I, 212.

⁹⁵ Ivi, 213.

⁹⁶ M.G. Di Renzo Villata, *Azione penale*, cit., 368.

giudicare, in concreto, l'esistenza di tale dovere. E su questo specifico punto il Guardasigilli non sembrava avere dubbi. Egli sosteneva che tale funzione doveva essere riservata esclusivamente al pubblico ministero, ritenuto, anche dal Governo, l'organo più qualificato e adeguato a garantire, di quel compito, un esercizio rigoroso e imparziale, in grado di prevenire qualsiasi rischio che la discrezionalità potesse degenerare in un arbitrio privo di controllo⁹⁷.

Il *Progetto preliminare* presentato nel 1929 si muoveva, quindi, su sentieri già tracciati nel 1925. L'obbligatorietà dell'azione penale veniva ribadita in modo assoluto posto che l'art. 1 stabiliva: «L'azione penale è pubblica, e quando non sia necessaria la querela, la richiesta o l'istanza, è promossa d'ufficio, in seguito a rapporto, a referto, a denuncia, o ad altra notizia di reato»⁹⁸.

I mutamenti più significativi si potevano cogliere, invece, sul fronte della disciplina dell'archiviazione.

L'art. 74, dopo avere fissato nel primo capoverso la competenza del pubblico ministero e del pretore ad esercitare l'azione penale nelle forme stabilite dalla legge ex art. 1 del *Progetto*, ed avere nel secondo disciplinato i meccanismi di rimessione degli atti del procedimento all'autorità competente, al terzo prevedeva: «Quando il pubblico ministero ritenga che non si debba procedere, per la manifesta infondatezza del rapporto, del referto, della denuncia, della querela e dell'istanza, e non abbia già fatto richiesta per l'istruzione formale, ordina la trasmissione degli atti all'archivio. Il pretore provvede nello stesso modo, informandone il procuratore del Re»⁹⁹.

Si perfezionava così un brusco ritorno al passato. Nella *Relazione* che accompagnava il progetto del nuovo codice, il Guardasigilli metteva in risalto come fosse rimasto immutato il vincolo per il pubblico ministero di promuovere ed esercitare l'azione penale ogniquale volta ricorressero le condizioni previste dalla legge. Tuttavia, veniva eliminato il controllo giurisdizionale – troppo spesso dimostratosi «illusorio» nella pratica – sulla discrezionalità del pubblico ministero nel valutare la sussistenza dei presupposti richiesti nelle singole *notitiae criminis*.

A giudizio del Ministro, ogni timore di arbitri risultava infondato, grazie all'assetto gerarchico delle procure e al controllo istituzionale garantito dall'autorità ministeriale

⁹⁷ *Relazione del Ministro della Giustizia e degli Affari di Culto (Rocco)* (al disegno di legge presentato dallo stesso Ministro nella seduta del 5 giugno 1925), in *Lavori preparatori, op. cit.*, vol. I, 172.

⁹⁸ *Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura con la Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, in *Lavori preparatori, op. cit.*, vol. VIII, 143.

⁹⁹ Ivi, 172 s.

sull'operato del pubblico ministero. Egli affermava, infatti: «ci assicurano l'ordinamento gerarchico proprio del p.m., la esperienza già fatta in Italia e altrove e la possibilità che i privati interessati facciano valere le loro ragioni presso gli ufficiali superiori del pubblico ministero e presso lo stesso Ministro della giustizia, del quale tutti gli ufficiali del pubblico ministero non solo disciplinarmente ma anche funzionalmente dipendono»¹⁰⁰.

Sottoposta alle *Osservazioni e Proposte* rassegnate dal mondo accademico e da quello forense¹⁰¹, la proposta venne ribadita nel definitivo art. 74 co. 3 Cpp del 1930, che recitava: «Quando il pubblico ministero ritiene che non si debba procedere per la manifesta infondatezza del rapporto, del referto, della denuncia, della querela, della istanza e non ha già fatto richiesta per l'istruzione formale o per il decreto di citazione a giudizio, ordina la trasmissione degli atti in archivio. Il pretore provvede nello stesso modo. Il procuratore del Re e il pretore che hanno ordinato la trasmissione degli atti in archivio ne informano rispettivamente il procuratore generale e il procuratore del Re, i quali possono richiedere gli atti e disporre invece che si proceda»¹⁰².

Nella *Relazione al Re* allegata al testo definitivo del nuovo codice, Rocco giustificava in questi termini tale scelta chiarendo: «Nessuna maggiore garanzia può ravvisarsi in questo caso nell'intervento del giudice, perché il p.m. non è solo magistrato, ma è per suo abito mentale più incline a procedere che ad archiviare. Ho invece stabilito (e in ciò veramente si ha una vera ed efficace garanzia) che il procuratore del Re e il pretore che hanno ordinato l'archiviazione debbono informare rispettivamente il procuratore generale e il procuratore del Re, i quali possono disporre invece che sia iniziata l'azione penale. L'archiviazione può avvenire sino a che il p.m. non ha investito dell'azione penale il giudice con la richiesta di istruzione formale o del decreto di citazione a giudizio. Fino a questo momento il pubblico ministero conserva l'assoluto dominio dell'azione penale e perciò è razionale che mantenga la facoltà di non richiedere

¹⁰⁰ Ivi, 21.

¹⁰¹ Sull'accoglienza del progetto preliminare da parte degli esponenti del mondo accademico e di quello forense si vedano gli approfondimenti di M.G. Di Renzo Villata, *Azione penale*, cit., 369 ss. e di M.N. Miletto, *La Scienza*, cit., 103, n. 133 ai quali si rinvia anche per i relativi riferimenti bibliografici.

¹⁰² Un ulteriore riferimento all'archiviazione degli atti era rinvenibile nell'art. 246 co. 1 Cpp concernente i provvedimenti del procuratore del Re e del pretore relativi alla libertà personale dell'arrestato: «dopo l'interrogatorio, il procuratore del Re o il pretore ordina con decreto motivato che l'arrestato sia posto immediatamente in libertà, se risulta evidente che l'arresto avvenne fuori dei casi previsti dalla legge o per errore ovvero che il fatto non sussiste o che l'arrestato non lo ha commesso o che la legge non prevede o che l'azione penale non può essere iniziata. *In questi casi è ordinata la trasmissione degli atti in archivio, a norma dell'art. 74*». Cfr. Caprioli, *op. cit.*, 27, n. 41.

l'intervento della garanzia giurisdizionale quando si avvede dell'infondatezza dell'incolpazione, anche dopo avere compiuto atti di istruzione sommaria, compresa l'emissione di un ordine di cattura, d'accompagnamento o di comparizione. Nonostante il compimento di questi atti, il giudice non è stato ancora investito dell'azione penale e quindi non è necessario l'intervento del giudice per dichiarare che non si deve procedere»¹⁰³.

Di fronte a una trasformazione così radicale nella disciplina dell'archiviazione, sorge spontaneo interrogarsi sulle conseguenze giuridiche e politiche che essa innescò¹⁰⁴.

Giovanni Leone, ad esempio, la difese strenuamente adoperandosi per scioglierne i profili più controversi. Dopo avere delineato con estrema accuratezza le diverse fattispecie di archiviazione¹⁰⁵, egli si soffermava su un profilo ancora più nevralgico: il requisito della «manifesta infondatezza» della notizia di reato. A tal proposito, precisava che l'aggettivo «manifesto» non si limitava a rafforzare il concetto di infondatezza, bensì ne esprimeva l'assoluta evidenza, tale da escludere ogni margine di incertezza o la necessità di «sottili indagini e ricostruzioni». Ne discendeva, dunque, l'impossibilità di procedere all'archiviazione qualora l'infondatezza fosse anche solo opinabile o «discutibile o accertabile mediante un lungo procedimento logico»¹⁰⁶.

¹⁰³ *Relazione al Re*, n. 41, in *Lavori preparatori*, op. cit., vol. XII, 30 s.

¹⁰⁴ Sulle ricadute politiche di tale soluzione codicistica cfr. V. Zagrebelsky, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Giovanni Conso, Bologna 1979, 4, a giudizio del quale: «La garanzia che il ministro guardasigilli aveva indicato nella organizzazione gerarchica degli uffici del pubblico ministero e nella loro dipendenza dallo stesso ministro, lungi dall'operare nel senso che il ministro aveva fatto valere nella Relazione al codice di procedura penale, ha ovviamente comportato che la selezione operata in ordine alle azioni penali abbia assunto carattere di adesione alle linee politiche del regime».

¹⁰⁵ Il pubblico ministero avrebbe potuto archiviare gli atti nei seguenti casi: «a) inesistenza della norma penale che si suppone esistente dall'autore della *notitia criminis* (reato putativo: art. 49 c.p.); b) insussistenza del fatto materiale cui si riferisce la *notitia criminis* o almeno di tutti quegli estremi, la cui mancanza rende il materiale di fatto residuo irrilevante; c) certezza che colui al quale il fatto veniva attribuito non lo ha commesso[...]; d) impossibilità accertata di individuare l'autore del fatto: un processo contro ignoti è inammissibile[...]; e) accertata non imputabilità dell'autore (es. minore degli anni 14, pazzo internato in manicomio) o incapacità penale del medesimo (Re, Reggente, Papa, ecc.) o, infine, un' esenzione dalla giurisdizione (Ambasciatori ecc.); f) accertata non punibilità del fatto perché il fatto non costituisce reato o per un'altra ragione: facendo rientrare in questa ipotesi anche il caso di reato sicuramente estinto (per es. amnistia o per *novatio legis*); g) impossibilità di esercitare l'azione penale: es. mancanza di una condizione di procedibilità (ivi compresa la querela); o sussistenza di una causa preclusiva». Cfr. G. Leone, *Il Codice di procedura penale illustrato articolo per articolo sotto la direzione del Prof. Ugo Conti dai professori Giovanni Leone, Alfredo Pozzolini, Ubaldo Pergola, Guglielmo Sabatini*, vol. I, Milano 1937, 347 s. Sul processualpenalista napoletano poi Presidente della Repubblica v. la voce di M.N. Miletta, *Leone, Giovanni*, in *DBGI*, 1163 ss.

¹⁰⁶ G. Leone, *Il Codice di procedura penale*, op. cit., 348 s.

Nonostante gli sforzi profusi dall'insigne giurista, è innegabile che la formulazione della disposizione presentasse alcune criticità quando si tentava di enucleare un criterio discrezionale certo ed obiettivo a cui potere fare riferimento in sede di valutazione della fondatezza o meno della *notitia criminis*¹⁰⁷.

Il vero nodo critico della nuova disciplina dell'archiviazione, però, risiedeva nell'attribuzione al pubblico ministero del potere di valutare autonomamente la presenza del requisito in questione. Una scelta che comportava, inesorabilmente, l'assenza di un controllo esterno, eccezione fatta per le forme di vigilanza di tipo gerarchico o disciplinare¹⁰⁸.

A ben vedere, questo limite era emerso già nel corso dei lavori preparatori del codice di procedura penale del 1930¹⁰⁹ e si era manifestato all'indomani della sua approvazione.

Non c'è da stupirsi, quindi, se nel 1931 Alberto Domenico Tolomei invocasse un decisivo cambio di rotta mediante il ripristino del vaglio giurisdizionale sul provvedimento archiviativo del pubblico ministero. A suo avviso, ciò si rendeva necessario per scongiurare un possibile «ferimento a morte» del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. In «difetto di siffatto controllo», infatti, il rischio sarebbe stato quello di trasformare l'obbligo in esame in una scelta discrezionale, minando alle fondamenta il principio di legalità. Del resto, aggiungeva Tolomei, non

¹⁰⁷ Cfr. F. Cordero, *Archiviazione* (voce), cit., 1031: «intorno all'aggettivo «manifesta» si era intessuta un'ampia discussione, il cui punto di partenza escludeva la possibilità acquisire una conclusione univoca: lo si poteva intendere come sinonimo di «indiscutibile, indubbia», ovvero di «rilevabile *prima facie*, alla stregua degli stessi termini nei quali è formulata la notizia di reato»; senonché, nel primo significato l'espressione si rivela pleonastica, giacché l'acquisizione della certezza, e cioè un atteggiamento gnoseologico immune da dubbi, costituisce il presupposto delle sentenze di proscioglimento[...] non meno che dell'archiviazione; se, invece, si opta per il secondo significato, non si fa nient'altro che riesprimere, con parole diverse, il concetto secondo cui l'archiviazione non può essere disposta nei casi in cui l'accertamento dell'infondatezza della notizia di reato richieda indagini incompatibili con la fase degli atti preistruttori».

¹⁰⁸ F. Caprioli, *op. cit.*, 34.

¹⁰⁹ Come ricordato da A.A. Dalia, *Il decreto di archiviazione*, Milano 1968, 105 ss. già nel corso dei lavori preparatori del Codice di procedura penale del 1930, un ampio spettro di voci provenienti dalla magistratura, da diverse Università, da sindacati e commissioni forensi, si era sollevato a favore di misure che potessero scongiurare qualsiasi forma di arbitrio da parte del pubblico ministero. A tal fine, erano state formulate diverse soluzioni: il mantenimento del controllo giurisdizionale previsto dall'art. 179 co. 2 del Cpp del 1913, l'introduzione di una disposizione che prevedesse l'archiviazione solo con provvedimento motivato, o, ancora, la limitazione delle facoltà del pubblico ministero ai soli casi in cui fosse venuto a conoscenza della *notitia criminis* d'ufficio, richiedendo che nel caso di querela, fosse il giudice istruttore, tramite ordinanza, a decidere sull'archiviazione. Di tali istanze non si tenne conto, tuttavia, nella redazione definitiva dell'art. 74 Cpp perché esse presupponevano, in misura maggiore o minore, la convinzione che l'ufficio del pubblico ministero non costituisse idonea garanzia contro possibili atti arbitrari.

era concepibile che «il giudice dell'esistenza di un tale dovere in un caso concreto» fosse proprio colui al quale spettava l'adempimento di tale compito¹¹⁰.

Eugenio Florian, che scriveva anche lui 'a caldo' subito dopo l'introduzione della norma in esame, non esitava a manifestare tutte le sue perplessità. Pur riconoscendo che il nuovo codice avesse conferito al pubblico ministero una «una più larga e precisa facoltà di valutazione sulla fondatezza del fatto indicato come delittuoso (art. 74)», egli sottolineava come, al contempo, esso avesse soppresso il controllo giurisdizionale sostituendolo con una forma di supervisione interna. Quest'ultima si traduceva in una sorta di «collaudo» da parte del superiore gerarchico sulla cui efficacia, secondo il penalista, era quanto meno «lecito dubitare»¹¹¹.

Emanuele Carnevale respingeva con fermezza l'assunto secondo cui la nuova disciplina introducesse deroghe al «sistema della legalità» avuto riguardo al vincolo imposto al pubblico ministero di trasmettere gli atti in archivio solo in presenza delle «ipotesi tassativamente indicate dalla legge»¹¹². Eppure, egli non mancava di rilevare come «la razionalità o l'opportunità del controllo giudiziario» trovassero fondamento su una «base largamente oggettiva»: era, infatti, la «natura dell'azione penale» – per le sue «origini» e «finalità» – a suggerire che non fosse saggio concedere al pubblico ministero «libertà piena di decisione sul promovimento della medesima»¹¹³.

In altre parole, il timore avvertito era che questo sistema, incentrato sulla «catena gerarchica» fra ministro e organo deputato all'esercizio dell'azione penale, finisse per realizzare un'«obbligatorietà di facciata», dietro la quale si celava la più assoluta discrezionalità¹¹⁴.

Esattamente come accaduto negli ultimi decenni dell'Ottocento, i giuristi italiani tornavano nuovamente a discutere sulla legittimità e sui limiti dell'intervento del potere politico nell'esercizio dell'azione penale.

In un tentativo di salvataggio della nuova disposizione, alcuni proponevano di circoscrivere la *direzione* del Ministro alle sole attività di carattere amministrativo,

¹¹⁰ A. D. Tolomei, *I principi fondamentali del processo penale*, Padova 1931, 70 e 74.

¹¹¹ E. Florian, *Principi di diritto processuale penale*², Torino 1932, 203.

¹¹² E. Carnevale, *Il carattere del pubblico ministero e l'art. 74 del codice di procedura penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, XI (1933), 11 s.

¹¹³ Ivi, 14.

¹¹⁴ Cfr. A. Andronio, *Pubblico ministero e direzione delle indagini preliminari*, in *Trattato di procedura penale* diretto da Giorgio Spangher, vol. III: *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Giulio Garuti, Torino 2009, 251.

attribuendo a quest'ultimo un potere di intervento solo a garanzia del rispetto dell'obbligo di agire.

Così, ad esempio, il Manzini del 1931 opinava che il potere di archiviazione attribuito al pubblico ministero non sconfessava ma anzi «conferma(va) la regola [...] di dare corso al procedimento in ogni caso», sicché, «l'ordine (comando o divieto) gerarchico» esplicava i suoi effetti solo nei casi in cui tendesse all'applicazione della legge e mai quando portasse al «disconoscimento della stessa», e ciò valeva anche nei casi in cui tale ordine fosse stato impartito dal «guardasigilli»; sarebbe stato, perciò, «illegale» un eventuale «ordine ministeriale di non procedere»¹¹⁵.

Esprimeva un giudizio conforme al penalista friulano anche Alfredo De Marsico ribadendo che la facoltà di archiviare riconosciuta al pubblico ministero consentisse una piena attuazione del principio di legalità, né si correva il rischio che la medesima sconfinasse in arbitrio essendo «vincolata per varie guise». Quanto poi alle possibili ingerenze politiche, egli ammetteva che il ministro si sarebbe dovuto limitare a fornire istruzioni che avrebbero potuto avere ad oggetto esclusivamente «coefficienti politici obiettivi», in grado cioè di condurre alla valutazione di infondatezza della notizia di reato, fermo restando che la scelta di agire o meno restava di competenza esclusiva del pubblico ministero¹¹⁶.

Una posizione meno cauta era assunta, invece, da Enrico Romano Di Falco che configurava il provvedimento del ministro (comando o divieto) rivolto al p.m. alla stregua di un'«azione amministrativa di imperio», sicché egli poteva ordinare al pubblico ministero «di procedere» o di «non procedere», trattandosi di una facoltà in ogni caso esercitabile soltanto in via «eventuale» ed «occasionale», che per altri versi incontrava un ulteriore limite nel principio dell'irretrattabilità dell'azione penale previsto dall'art. 75 Cpp del 1930¹¹⁷.

Le argomentazioni e le rassicurazioni, pur fornite con piena convinzione, non riuscivano, tuttavia, a dissipare l'ingombrante ombra del potere politico sull'operato del pubblico ministero. Un problema spinoso, destinato a non sparire mai del tutto¹¹⁸.

¹¹⁵ V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice. Con prefazione di Alfredo Rocco Ministro della Giustizia*, vol. I, Torino 1931, 210 s.

¹¹⁶ A. De Marsico, *Lezioni di diritto processuale penale*, Roma 1943, 73.

¹¹⁷ E. Romano Di Falco, *Corso di diritto processuale penale*, Roma 1934, 253.

¹¹⁸ Lo dimostra il fatto che, ancora nel 1947, Francesco Carnelutti osservava: «Sottili disquisizioni intorno al carattere gerarchico non hanno praticamente alcun costrutto: chi dirige indica la via e chi è diretto la deve seguire; del resto, che al pubblico ministero dalla legge sull'ordinamento giudiziario [...] non sia riconosciuta,

Sul piano formale non si registrarono grandi cambiamenti neanche con l'ordinamento giudiziario Grandi (r.d. 30.1.1941 n. 12), in base al quale «il pubblico ministero esercitava, sotto la direzione del ministro di grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribui(va)».

Nonostante i tentativi della dottrina di limitare la direzione del Ministro della Giustizia alle sole attribuzioni di carattere amministrativo, escludendo la possibilità di un potere sostitutivo in caso di inerzia del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale, ciò si traduceva – come osservato da Marco Nicola Miletto – in una sorta di deresponsabilizzazione dell'esecutivo rispetto alle scelte giudiziarie dei singoli magistrati, i quali, pur godendo formalmente di autonomia, rimanevano, tuttavia, sostanzialmente subordinati al governo¹¹⁹.

5. Negli anni immediatamente successivi alla caduta del regime fascista¹²⁰, l'ormai evidente inadeguatezza del controllo gerarchico nel garantire il rispetto dell'obbligo di procedere¹²¹, unita a un mutato scenario politico, aprivano la strada a due riforme di cruciale importanza: la prima, incentrata sull'istituto dell'archiviazione, riesumava alcune delle soluzioni già adottate allora dal codice di procedura penale del 1913¹²², reintroducendo di fatto il controllo giurisdizionale sulla decisione della pubblica accusa di non procedere; la seconda si sostanziava nell'art. 39 del r.d. 31.5.1946 n. 511, noto come “legge Togliatti”, su cui torneremo *infra*.

Ritoccato dall'art. 6 del d.l.l. 14.9.1944 n. 288, il ‘nuovo’ testo dell'art. 74 co. 3 Cpp stabiliva, anzitutto, che: «Il pubblico ministero qualora reputi che per il fatto non si debba promuovere l'azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto. Il giudice istruttore, se non ritiene di accogliere la richiesta, dispone con

come al giudice l'inamovibilità, è segno infallibile di soggezione». Cfr. F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, vol. II, Roma 1947, 47.

¹¹⁹ M.N. Miletto, *Premessa storica*, cit., 326.

¹²⁰ Cfr. M. Meccarelli, *I tempi ascrivibili tra esperienza giuridica*, cit., 18 ss.; Id., *La configurazione del passato*, cit., 53 ss.

¹²¹ Cfr. F. Carnelutti, *op. cit.*, 49 s., il quale denunciava le deroghe che aveva subito l'art. 74 del Cpp del 1930 durante il Ventennio: «ci furono dei pubblici ministeri, i quali, anziché, applicare codesta norma, l'hanno non di rado violata, trasmettendo all'archivio notizie di reato, che non erano puntualmente manifestatamente infondate; duplice violazione: formale, in quanto il pubblico ministero, da sé (cioè senza intervento del ministro) non ha codesto potere, e in ogni caso sostanziale, perché del potere, anche se a loro fosse spettato, hanno fatto cattivo uso».

¹²² F. Cordero, *Guida*, cit., 243; Id., *Procedura*⁷, cit., 426.

ordinanza l'istruzione formale». Si compiva così un passo fondamentale di quel «lungo cammino» che avrebbe condotto il rito penale verso «nuovi orizzonti»¹²³.

D'altro canto, l'importanza di questo passaggio istituzionale sarebbe stata riconosciuta molti anni dopo dalla Corte costituzionale che, nella sentenza n. 84 del 1979, avrebbe sottolineato come «l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero» fosse stata già ripristinata nell'ordinamento attraverso il decreto legislativo luogotenenziale 14.11.1944 n. 288¹²⁴.

In tale veste, si presentava, dunque, l'istituto dell'archiviazione nei primi giorni di vita dell'Italia libera con una variante «abnorme», che sarebbe stata «infelicitamente escogitata» dall'art. 29 della l. 22.5.1975 n. 152 (c.d. legge Reale): nei casi relativi a fatti violenti commessi da polizia o esercito adibito a servizio pubblico, qualora il giudice istruttore non disponesse l'archiviazione ma ordinasse di procedere, l'imputato poteva presentare un reclamo alla sezione istruttoria. Se accolto, il procedimento si concludeva con l'archiviazione in secondo grado, facendo «sfumare» così l'intera «questione»¹²⁵. Una manovra, questa, che si iscriveva nel più ampio quadro della legislazione emergenziale adottata a cavaliere tra gli anni 1950 e 1970 per contrastare il dilagante fenomeno mafioso e terroristico¹²⁶.

A stretto giro, si perfezionava anche la seconda riforma: l'art. 39 del r.d. 511/1946 recideva una volta per tutte il vincolo gerarchico che legava le procure al Ministro della Giustizia, riconoscendo a quest'ultimo poteri di mera «vigilanza» sulle prime in luogo di quelli di «direzione» precedentemente attribuitigli dalla legge sull'ordinamento giudiziario del 1941.

È interessante segnalare, tuttavia, che l'entrata in vigore dell'art. 39 non aveva arginato l'uso delle circolari trasmesse dal Governo tanto ai Presidenti delle Corti d'Appello quanto ai Procuratori generali, con sollecitazioni, inviti e talora direttive, in punto di applicazione della legge penale e di scelta dei riti processuali¹²⁷.

¹²³ Cfr. C. Storti, «L'acuta tesi della difesa». *Profili dell'istruzione nella giurisprudenza di Cassazione tra 1930 e 1950: le nullità e le funzioni della sezione istruttoria*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano 2010, 113, la quale richiama, in tal senso, anche l'art. 6 del d.l.l. 10.8.1944 sulla «temporanea limitazione dei casi di arresto e di mandato di cattura e della custodia preventiva», recante modifiche all'art. 272 Cpp.

¹²⁴ A. Andronio, *op. cit.*, 252, n. 28.

¹²⁵ F. Cordero, *Procedura*⁷, cit., 426.

¹²⁶ P. Maggio, *Le costanti processualpenalistiche nel contrasto al terrorismo e alla mafia*, in *disCrimen*, 2019, 1 ss.

¹²⁷ M.G. Di Renzo Villata, *Azione penale*, cit., 387.

Le citate riforme sancivano, quindi, una cesura netta rispetto al passato: a un pubblico ministero precedentemente soggetto a influenze politiche e titolare incontrastato dell'azione penale, ora se ne sostituiva un altro, indipendente dall'esecutivo e costretto, in sede processuale, a 'dialogare' con il giudice istruttore sulla eventuale decisione di non procedere¹²⁸. Del resto – come puntualmente osservato da Andrea Antonio Dalia – l'esigenza di regolamentare il provvedimento di archiviazione si era rivelata così pressante da indurre il legislatore a circondare tale istituto delle garanzie necessarie per assicurarne la piena funzionalità, affidando al giudice istruttore il compito di vigilare sull'esercizio del potere di archiviazione da parte del pubblico ministero.

Ma sul significato di tale intervento si era non poco equivocado¹²⁹.

Se, infatti, sul piano delle scelte di politica legislativa, l'opinione comune era che la disciplina del 1944 consentisse di registrare indubbi progressi¹³⁰, dal punto di vista interpretativo, l'art. 74 co. 3 dava luogo a non poche difficoltà, imputabili in gran parte alla formulazione estremamente laconica di tale norma.

Nel 1945, Remo Pannain, direttore della rivista *Archivio penale*, delineava con precisione i punti maggiormente critici della disposizione recentemente riformata, osservando come, rispetto al previgente art. 74 co. 3 del Cpp 1930, fosse scomparso ogni riferimento all'evidente infondatezza delle informazioni iniziali di reato – rapporto, referto, denuncia, querela o istanza –, senza introdurre, tuttavia, alcun criterio alternativo per regolare l'archiviazione¹³¹. A suo avviso, spettava perciò alla dottrina il compito di delineare i presupposti e i limiti dell'istituto¹³².

L'appello lanciato dal direttore non rimase a lungo inascoltato.

¹²⁸ F. Caprioli, *op. cit.*, 36.

¹²⁹ A. A. Dalia, *op. cit.*, 98 s.

¹³⁰ Condividevano questo giudizio, tra i molti V. Olivieri Sangiacomo, *L'azione penale in rapporto al decreto di archiviazione e la sentenza istruttoria di proscioglimento*, in *La Giustizia penale*, 1947, vol. LII (II della 6 s.), Parte III, *Dottrina*, 209; S. Pintacauda, *Due altre parole sull'«archiviazione»*, in *Rivista penale*, LXXXV (1960), *Questioni e commenti*, 497.

¹³¹ R. Pannain, *Osservazione al d.l.l. 14 settembre 1944*, in *AP* 1945, vol. I, f. III (mar.), *Osservazioni*, 325 s.

¹³² Secondo Pannain, ancora più problematico era, però, il caso in cui il giudice istruttore, respingendo la richiesta del pubblico ministero, avesse disposto l'istruttoria formale. Una simile situazione avrebbe dato luogo a un vero e proprio paradosso che si traduceva in un processo privo di azione: il pubblico ministero, pur avendo dichiarato la propria volontà di non procedere e non avendo promosso pertanto l'azione penale, si sarebbe trovato nondimeno di fronte all'avvio di un procedimento istruttorio, in evidente contrasto tanto con il principio fondamentale *nullum iudicium sine actore* quanto delle più essenziali regole processuali (Ivi, 326).

Negli anni a seguire, si consolidò, infatti, il convincimento che la manifesta infondatezza della notizia di reato continuasse a rappresentare un presupposto implicito e imprescindibile per l'adozione del decreto di archiviazione¹³³.

Da ciò si deduceva, perciò, che il pubblico ministero, una volta concluse le indagini, avrebbe potuto richiedere la formulazione del decreto da parte del giudice istruttore ex art. 74 co. 3 Cpp, nei casi in cui l'infondatezza della notizia di reato si fosse rivelata non soltanto certa e indiscutibile, ma anche «manifesta»¹³⁴.

La differenza tra una notizia di reato fondata o meno andava ricercata, quindi, unicamente nella 'sostanza', vale a dire su un piano contenutistico a prescindere dalla complessità delle indagini necessarie per risolvere tale alternativa. Logico corollario era che il decreto di archiviazione potesse essere pronunciato finanche all'esito dell'istruttoria¹³⁵.

Quanto poi al criterio per distinguere in concreto tra l'infondatezza certa e indiscutibile della notizia di reato (che avrebbe legittimato una sentenza istruttoria di proscioglimento con formula piena) e quella manifesta (che avrebbe consentito, diversamente, il ricorso alla procedura di archiviazione), il medesimo era determinato dal risultato del diverso *iter* logico per giungere al dato probatorio.

In effetti, tra i due aggettivi si registrava una differenza semantica, atteso che il primo esigeva «qualcosa di più perché ognuno può rendersi conto di ciò che è manifesto, mentre solo chi è a conoscenza di tutte le implicazioni del dato può avere la certezza della sua indiscutibilità»; sicché, «ciò che è manifesto non ha bisogno di essere spiegato, ciò che è indubbio può dover essere spiegato»¹³⁶. Tale distinzione, pur se illuminante, non si rivelava tuttavia risolutiva rispetto alla diatriba interpretativa sottesa. Oltre a peccare di eccessiva sottigliezza nella parte in cui distingueva tra

¹³³ A sostenere questa tesi vi erano, tra gli altri, G. Conso, *Il provvedimento di archiviazione*, in *RIDP*, Anno III, N.S., 1950, 336 s., il quale aveva agio di constatare: «Di fronte alla lettera della nuova disposizione non sembrerebbe più necessaria ai fini dell'archiviazione la manifesta infondatezza della *notitia criminis*. Ma questa condizione è strettamente collegata all'essenza stessa dell'istituto». In tal senso v. anche G. Leone, *Considerazioni sull'archiviazione*, in *Studi in memoria di A. Rocco*, Milano 1952, vol. II, 135 ss.; V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale*⁵, 1957, vol. IV, 13; A.A. Dalia, *op. cit.*, 5 ss.; N. Carulli, *L'archiviazione*, Milano 1958, 66; F. Caprioli, *op. cit.*, 57; S. Ruggeri, *Azione e Inazione*, in *Problemi Attuali della giustizia penale. Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 449 ss.

¹³⁴ In altri termini, il legislatore, con questa locuzione, non intendeva fare riferimento ad un'infondatezza *prima facie* – ovvero rilevabile tramite una rapida lettura della notizia di reato, o tutto al più, sulla scorta di rapidi atti indagine – posto che era quantomeno possibile che la stessa si rivelasse anche all'esito di complesse indagini istruttorie. (Cfr. F. Caprioli, *op. cit.*, 57).

¹³⁵ A.A. Dalia, *op. cit.*, 85 s.

¹³⁶ Ivi, 83.

infondatezza certa e manifesta, il limite più evidente di tale proposta interpretativa risiedeva nel fatto che la medesima non forniva alcuna plausibile giustificazione delle diverse conseguenze processuali che la legge riconduceva al decreto di archiviazione e alla sentenza istruttoria di proscioglimento. Non si comprendeva, infatti, il motivo per cui il legislatore avrebbe dovuto prevedere un trattamento più favorevole per l'inquisito nel caso di proscioglimento (in cui l'infondatezza della notizia di reato si era rivelata «soltanto» certa e indiscutibile), rispetto all'ipotesi in cui, attraverso il provvedimento di archiviazione, fosse stata acclarata l'infondatezza addirittura manifesta dell'accusa¹³⁷.

Frattanto che la dottrina era impegnata a fronteggiare i punti maggiormente critici della riforma del 1944, la Commissione per la riorganizzazione dello Stato, istituita dal Ministro per la Costituente nell'autunno del 1945, nota come "Commissione Forti", discuteva, tra vari temi, anche dell'obbligatorietà dell'azione penale e della configurazione ordinamentale del pubblico ministero.

Nella seduta del 13 dicembre 1946, veniva sottoposto all'approvazione degli altri membri della Costituente l'art. 2 del progetto Calamandrei¹³⁸, che proclamava il principio secondo cui i giudici nell'esercizio delle loro funzioni avrebbero dovuto attenersi esclusivamente alla legge, interpretandola «secondo la loro coscienza»; la stessa garanzia veniva riconosciuta anche ai «magistrati del Pubblico Ministero nell'esercizio dell'azione penale e nelle altre funzioni ad essi demandate dalla legge»¹³⁹.

Il dettato dava luogo immediatamente a numerose polemiche, indirizzate principalmente alla collocazione del pubblico ministero e ai poteri riconosciuti a quest'ultimo.

Rispondendo alla richiesta avanzata da Ferdinando Targetti circa la possibilità di riformulare l'art. 2, così da annoverare anche il Pubblico Ministero, oltre che i giudici, fra i soggetti che «interpretano» e «applicano» la legge, Calamandrei poneva in evidenza i rischi che si sarebbero palesati in tale eventualità: se, da un lato, era pacifico, infatti, che il pubblico ministero non agisse *contra legem*, dall'altro, non si

¹³⁷ F. Caprioli, *op. cit.*, 59 s.

¹³⁸ Sull'attività di Piero Calamandrei in seno all'Assemblea costituente cfr. G. Alpa, *Calamandrei alla Costituente: garanzie e limiti del potere giudiziario*, in *Democrazie diritti sociali*, 2024, f. 1, 9 ss.; P. Grossi, *Lungo l'itinerario di Calamandrei*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, f. 3, 865 ss. Sulla figura del fine processualcivile fiorentino v. ora la voce di B. Sordi, in *DBGI*, 377 ss.

¹³⁹ *Seduta di venerdì 13 dicembre 1946*, in *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, a cura della Camera dei deputati, Segretario Generale, vol. VIII, Roma 1971, 1917. Ora consultabile online ([legislatura.camera.it/indici/Assemblea costituente/Documenti/Progetto di Costituzione](http://legislatura.camera.it/indici/Assemblea%20costituente/Documenti/Progetto%20di%20Costituzione)).

poteva escludere, a suo avviso, che ciò avvenisse ugualmente a seguito di un ordine impartitogli dal Ministro della Giustizia.

A sostegno della sua tesi, egli ricordava l'inerzia mostrata dai funzionari della pubblica accusa durante gli scioperi dei ferrovieri del 1920-1921, un atteggiamento che, in quelle circostanze, il ministro Giolitti, anziché condannare, aveva giustificato, sostenendo come, di fronte a un numero così elevato di reati da perseguire, «ragioni politiche» consentissero al pubblico ministero di non agire¹⁴⁰.

Di simili pericoli – lo abbiamo già visto – aveva parlato Massari facendo riferimento al medesimo episodio, con una lungimiranza che suonava quasi profetica. Il richiamo a quel frangente storico, riproposto anni dopo, acquistava un valore fondamentale, poiché dimostrava inequivocabilmente come il principio di opportunità, pur non essendo formalmente previsto nei codici del 1913 e del 1930, fosse, in realtà, in larga parte operante, per lo meno nella pratica, grazie alla tacita accondiscendenza del potere politico¹⁴¹.

La delicatezza dell'argomento trattato era talmente pregnante da rendere indispensabile un esame più profondo e meticoloso, e così la seduta si chiudeva senza una soluzione definitiva.

Agli albori del 1947, tuttavia, la questione tornò ad accendere gli animi all'interno dell'Assemblea costituente, riacquistando vigore nel fervente dibattito sui principi fondanti dell'ordinamento. L'undici gennaio, al termine dei lavori di coordinamento, si sanciva per il pubblico ministero il riconoscimento delle stesse garanzie attribuite ai magistrati *ex art. 4*, mentre sul fronte dell'azione penale l'*art. 7* stabiliva: «L'azione penale è pubblica e il Pubblico Ministero ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza poterne sospendere o ritardare in alcun caso l'esercizio»¹⁴².

Nel progetto di Costituzione approvato dalla Commissione e presentato alla Presidenza dell'Assemblea costituente, l'*art. 7*, invariato nella sostanza, diveniva il 1° comma dell'*art. 101*, mentre l'*art. 4* diveniva l'*art. 99*. In sede di adunanza plenaria delle Sottocommissioni (c.d. Commissione dei 75) il nucleo centrale del citato articolo registrò un consenso pressoché unanime in Assemblea.

Se Targetti aveva proposto di eliminare ogni riferimento all'obbligatorietà dell'azione penale, ritenendolo superfluo nei confronti di una magistratura ormai

¹⁴⁰ Seduta di venerdì 13 dicembre 1946, 1919.

¹⁴¹ M.G. Di Renzo Villata, *Azione penale*, cit., 388.

¹⁴² Cfr. *Seduta antimeridiana di sabato 11 gennaio 1947*, in *La Costituzione della Repubblica italiana*, cit., vol. VI, 2015.

indipendente e libera da ingerenze da parte del potere esecutivo, la sua iniziativa si arenò rapidamente a seguito di un intervento di Giovanni Leone. Con toni appassionati, egli ribadì come tale principio costituisse un pilastro fondamentale di un ordinamento democratico e di diritto, rievocando il pericoloso precedente offerto dal codice di procedura penale del 1930 che aveva assegnato al pubblico ministero il «potere di archiviare la *notitia criminis* senza investire il giudice»¹⁴³.

Dal serrato dibattito in seno alla Costituente scaturì – come è noto – il testo definitivo dell'art. 112 Cost., che si limitava a enunciare con estrema sintesi: «Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale». Nel formulare questa disposizione, il legislatore omise di fare riferimento esplicito alla pubblicità dell'azione penale, al divieto di sospendere o ritardare l'azione per ragioni di convenienza o opportunità, e, aspetto ancor più rilevante per la nostra analisi, non ribadì la necessità di un controllo giurisdizionale sull'archiviazione. Cionondimeno, come rilevato da Alessandro Andronio, la formulazione perentoria della norma implicherebbe tutti questi principi, compreso quindi quello del controllo giurisdizionale sull'archiviazione¹⁴⁴.

D'altro canto, prosegue l'autore, il fatto che il costituente abbia espresso il principio dell'obbligatorietà in termini generali, senza vincolarlo a specifici modelli processuali, renderebbe del pari evidente che l'attribuzione al pubblico ministero dell'esercizio dell'azione penale deve essere considerata, salvo eccezioni, quale attribuzione in via esclusiva. Inoltre, in quanto organo pubblico incardinato nella magistratura, l'azione penale da lui esercitata assume necessariamente una connotazione pubblicistica. Infine, la perentorietà dell'obbligo, se da un lato esclude qualsivoglia margine di discrezionalità, dall'altro implica per l'ordinamento l'obbligo di predisporre strumenti idonei a garantirne l'effettiva attuazione. Ebbene, proprio in ragione dell'indipendenza riconosciuta in capo all'ufficio del pubblico ministero, il controllo sull'archiviazione non può che essere attribuito ad un organo diverso dallo stesso¹⁴⁵.

6. Nelle pagine precedenti abbiamo passato in rassegna le riforme e dato spazio ai dibattiti che, tra Otto e Novecento, hanno interessato l'archiviazione penale. Eppure,

¹⁴³ Ivi, *Seduta antimeridiana 31 gennaio 1947*, 265; Cfr. anche G. D'Elia, *Art. 112*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. III, Torino 2008, 2127 dove si evidenzia come tra gli obiettivi tenuti ben a mente con la formulazione della disposizione in commento, apparve evidente quello di porre un definitivo divieto alla possibilità per il pubblico ministero di archiviare un processo senza previo controllo giurisdizionale.

¹⁴⁴ A. Andronio, *op. cit.*, 253.

¹⁴⁵ Ivi, 254 s.

in questo fluire incessante di interventi normativi e di riflessioni dottrinali, è possibile cogliere un *leitmotiv* ricorrente che ha scandito la sua esistenza. Se, da un lato, l'archiviazione si rivelò un prezioso strumento per decongestionare un sistema penale saturo di processi pendenti – funzione che ancora oggi le è demandata¹⁴⁶ –, dall'altro divenne anche un osservatorio privilegiato per vigilare sulle condotte dei funzionari della pubblica accusa e denunciare eventuali interferenze esercitate nei loro confronti da parte del potere politico. Una questione, questa, così delicata da trascendere la dimensione strettamente tecnica e irrompere persino nell'agone del dibattito costituzionale, obbligando di fatto i padri costituenti a confrontarsi con questa scomoda eredità.

L'aspirazione a una giustizia penale più efficiente e, al contempo, l'esigenza di garantire l'indipendenza del pubblico ministero rappresentano, dunque, la chiave di lettura per comprendere un istituto che, a fronte di camaleontiche trasformazioni, si conferma una testimonianza fedele del delicato gioco di pesi e contrappesi giuridici e politici di un Paese a cavallo tra due secoli e culture.

¹⁴⁶ Emblematica, in tal senso, è la recente riforma avviata dalla ex Ministra della Giustizia, prof.ssa Marta Cartabia, la quale, tra i tanti aspetti affrontati, ha inciso anche sull'archiviazione penale, ridefinendone i presupposti attraverso la modifica dell'art. 125 NAttCp. Un intervento che, in realtà, si iscrive in un più ampio disegno di razionalizzazione del sistema, ispirato ad una esigenza di deflazione del carico giudiziario. Del resto, nella «Relazione finale» licenziata il 24 maggio 2021 dalla Commissione di studio incaricata di elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, si segnala come «Il filo rosso che [...] collega» le molte proposte per il processo penale è «costituito dalla riduzione del numero dei procedimenti per i quali si rende necessario lo svolgimento del giudizio, specie di quello dibattimentale, in modo da diminuire anche il carico di lavoro delle corti di appello e della Corte di cassazione». Cfr. *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L A.C. 2435 dalla Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello*, depositata presso il Ministero della Giustizia il 24 maggio 2021, 5. Per una lettura delle 'novità' introdotte dalla riforma in esame in materia di archiviazione penale si segnalano i contributi di S. Ruggeri, *Azione e Inazione*, cit., 455 ss.; E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.legislazionepenale.eu, 25.1.2022, 82 ss.