

MENA MINAFRA

Dottore di ricerca in Sistema penale e processo – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Sul diritto dell'indagato di impugnare il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari ordina l'imputazione coatta per fatti diversi da quelli oggetto della richiesta di archiviazione

The accused person has the right to appeal the decision with which the Preliminary investigation Judge orders the Public Prosecutor to charge the accused persons under different facts from those related to the request to drop the case

Con la pronuncia in commento la Corte di Cassazione stabilisce che il provvedimento di imputazione coatta avente ad oggetto fatti diversi da quelli interessati dalla richiesta di archiviazione è *extra ordinem*, esorbitando dall'ambito inerente alla funzione di controllo del giudice, e potendo produrre effetti che ricadono sul diritto di difesa.

According to the United Sections of the Court of Cassation, when the Preliminary investigation Judge requests the Public Prosecutor to bring the accusations against the suspect, the charge related to facts other than the ones relevant in the request to drop the case submitted by the Public Prosecutor to the Judge is extra ordinem.

PREMESSA

La questione sottoposta al vaglio di legittimità involge il “controverso” potere dell'indagato di adire la Suprema Corte contro il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari ha respinto la richiesta di “non azione”¹ ed ha disposto la formulazione della imputazione per un reato diverso² da quello dal quale il pubblico ministero aveva preso le mosse per l'esercizio delle sue prerogative.

La sentenza che si annota, in particolare, si pone in continuazione dell'opera *finium regundorum* dei poteri dell'autorità giudiziale in caso di emersione dalle risultanze delle indagini di profili di novità oggettiva della notizia di reato rispetto alla inazione (*rectius*, rinuncia all'esercizio dell'azione penale)³ del

¹ U. Pioletti, *Azione penale e archiviazione*, in *Giust. pen.*, 1938, IV, p. 404; F. Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994; F. Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 1956, p. 138; G. Riccio, *Azione penale e politica delle riforme*, in *Arch. pen.*, 1992.

² La nozione giurisprudenziale di fatto “diverso” è abbastanza elastica, essendo circoscrivibile tra una soglia minima ed una massima. La soglia minima è rappresentata dalla semplice “puntualizzazione” della ricostruzione storica contenuta nel decreto dispositivo del giudizio, che lascia invariati gli elementi costitutivi (condotta, oggetto) ed i riferimenti spazio-temporali (Cass., sez. VI, 17 giugno 2013, n. 26284, in *CED Cass.*, n. 25686). Al di sotto di tale limite, vi è la diversa valutazione degli elementi descrittivi dell'imputazione, che non è qualificabile come fatto “diverso” e non è assistita dalle relative garanzie difensive (Cass., sez. VI, 19 dicembre 1991, n. 12800). La soglia massima si ha quando i connotati materiali della fattispecie si presentano differenti rispetto a quelli originari, senza tuttavia essere radicalmente difforni per le modalità essenziali dell'azione o per l'evento, per cui il fatto emerso non può definirsi del tutto diverso da quello contestato (Cass., sez. VI, 4 aprile 1995, n. 3606 e Cass., sez. III, 23 aprile 1994, n. 4723). La disciplina del fatto “diverso” è poi estesa, dalla stessa legge, al reato connesso per continuazione o concorso formale ed all'elevazione di una circostanza aggravante.

³ Tra le prime costruzioni dogmatiche in tema di azione penale, si ricordi L. Lanza, *Principi di diritto processuale penale secondo il nuovo codice di procedura penale*, Roma, Athenaeum, 1914; S. Rarineri, *L'azione penale: contributo alla teoria dell'azione nel diritto processuale penale*, Milano, 1928; E. Massari, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana. I: le dottrine generali del processo penale*, Napoli, Jovene, 1934. Per una puntuale rassegna critica della dottrina sul concetto di azione penale, si rinvia a A. Marrucci, *I rapporti fra giudice istruttore e pubblico ministero. Azione penale e sentenza istruttoria*, Busto Arsizio, Pianezza, 1949, p. 109.

pubblico ministero, su cui si sono pronunciate la Corte costituzionale prima e, successivamente, le Sezioni unite della Cassazione nel 2005. Queste ultime, in particolare, pur chiarendo che «*la funzione di controllo della scelta abdicativa del pubblico ministero, in applicazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, non può essere confinata nei limiti fissati dall'organo dell'accusa, ma va estesa a tutti gli atti dell'indagine preliminare, che debbono essere valutati nella loro totalità*»⁴ e, dunque, «*che le disposizioni dell'art. 409 c.p.p., commi 4 e 5, concernenti i poteri di intervento del giudice delle indagini preliminari sull'esercizio dell'azione penale, devono formare oggetto di interpretazione estremamente rigorosa, al fine di evitare qualsiasi ingerenza dell'organo giudicante nella sfera di autonomia della pubblica accusa*»⁵, non hanno risolto il contrasto giurisprudenziale inerente alla legittimazione dei soggetti preposti all'impugnativa del provvedimento giurisdizionale ritenuto abnorme emesso ai sensi dell'art. 409, comma 5, c.p.p.⁶

LA QUESTIONE OGGETTO DI REMISSIONE

L'occasione è originata dal ricorso per Cassazione presentato da un indagato avverso l'ordinanza con cui il giudice per le indagini preliminari ha rigettato la richiesta di archiviazione nei confronti dello stesso per il reato di tentata concussione (artt. 56 e 317 cod. pen.), disponendo, *ex art.* 409⁷, comma 5,

⁴C. cost., sent. 30 dicembre 1993 n. 478, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 92, secondo cui una volta formulata la richiesta di archiviazione, il *thema decidendum* che investe il giudice non si modella in funzione dell'ordinario dovere di pronunciarsi su di una specifica domanda, ma «*del ben più ampio potere di apprezzare se, in concreto, le risultanze dell'attività compiuta nel corso delle indagini preliminari siano o meno esaurienti ai fini della legittimità dell'inazione del pubblico ministero*»; altresì, C. cost., ord. 18 maggio 1999 n. 176, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1741.

⁵Si tratta di Cass., sez. un., 31 maggio 2005, n. 22909, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 1638 con nota di F. Varone, *Brevi riflessioni in tema di archiviazione della notizia criminis e abnormità dell'atto processuale*; Cass. pen., 2006, p. 1125, con nota di A. Macrillò, *Provvedimenti abnormi e limiti al potere di controllo del g.i.p. in materia di archiviazione*. Altresì, cfr., Cass., sez. V, 6 giugno 2013, n. 27805, con nota di G. Leo, *Alle Sezioni unite, nuovamente, il problema dei poteri del giudice dell'archiviazione riguardo a fatti e persone non compresi nella richiesta del pubblico ministero*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 8 luglio 2013.

⁶La compatibilità con la Carta Costituzionale del potere di intervento dell'autorità giudicante a controllo dell'azione penale è stata oggetto di numerose questioni di legittimità costituzionale sottoposte alla Consulta (C. cost. 28 gennaio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, p. 586; C. Cost. 22 dicembre 1993, n. 478, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1168) come, peraltro, ha suscitato perplessità in dottrina, nel cui ambito cfr., per esempio, A. Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, Milano, Giuffrè, 1993 dove, con riferimento al comma quinto dell'art. 409 c.p.p. si sostiene che in questa circostanza «*è sostanzialmente il giudice che agisce, è il giudice che diventa accusatore*» e vengono stravolte le regole del sistema accusatorio al quale dovrebbe informarsi il processo penale italiano a seguito del codice di rito del 1988, violando «*la direttiva n. 1 della legge delega per il nuovo c.p.p. secondo cui il processo penale deve ispirarsi ai caratteri del modello accusatorio, e quindi l'art. 77 Cost. che prevede l'obbligo del legislatore delegato di uniformarsi alle direttive fissate dalla legge delega*» e eccedendo la delega dal momento che nella direttiva n. 50 l'imputazione coatta non è esplicitata tra gli esiti dell'udienza che si può svolgere a seguito della richiesta di archiviazione ai sensi dell'art. 409, comma 2, c.p.p.. L'Autore avanza poi dei dubbi di incompatibilità del dettato dell'art. 409, comma 5, c.p.p. anche con riferimento all'art. 112 Cost. e, pur non tacendo l'orientamento della Consulta volto ad escludere un'esclusività della titolarità di quest'obbligo, eccepisce che da tale norma costituzionale deriva «*il divieto di sottrazione al pubblico ministero della titolarità dell'azione in ipotesi determinate*». Per una ampia esposizione delle teorie sorte, in ambito civilistico, sul concetto di azione, cfr. E.T. Liebman, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 47 ss.; A. Pekelis, *Azione (teoria moderna)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 31 ss., con appendice di E. Tullio, p. 46; R. Orestano, «*Azione I. L'azione in generale*», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 785. Più recentemente, M.T. Bene, *La dogmatica dell'azione penale. Influenze civilistiche ed errori di metodo*, Napoli, Jovene, 1997; E. Fazzalari, *La dottrina processualistica italiana: dall'«azione» al «processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 911; M. Menna, *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafprozessordnung*, in *Arch. pen.*, 1992, p. 173; A. Scalfati, *Ammissibilità della rimessione nella fase di controllo sulla richiesta di archiviazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1997.

⁷Con la legge n. 103 del 2017 – cd riforma Orlando –, la disciplina del procedimento di archiviazione (art. 409 c.p.p.) è stata modificata essenzialmente al fine di velocizzare la decisione conclusiva del giudice per le indagini preliminari (in questo senso, S. Lorusso, *La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 1, p. 1; G. Spangher, *Prime considerazioni di sistema sulla riforma Orlando*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 31 marzo 2017). Secondo Autorevole dottrina «*La parte che avrebbe meritato una più attenta riflessione, la fase delle indagini preliminari (in particolare, quanto all'autonomia effettiva del giudice rispetto alle richieste del pubblico ministero, profilo nemmeno sfiorato dalla riforma) ha subito ritocchi di corto respiro e, per alcune categorie di operatori giudiziari, persino indigesti*». Così, letteralmente, A. Scalfati, *Tomografia di una riforma*, in A. Scalfati (a cura di) *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103. Con aggiornamento online*, Torino, Giappichelli, 2017. Difatti, la riforma si «*preoccupa*» solo di definire i tempi concessi al giudice per le indagini preliminari, il quale, se non accoglie la richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero, deve fissare, entro tre mesi, l'udienza camerale di cui al comma 2; inoltre, qualora, al termine di tale udienza, non ritenga necessario il compimento di ulteriori indagini, ha di nuovo tre mesi di tempo per provvedere «*sulle richieste*», ossia, in breve, per decidere se emettere ordinanza di archiviazione, oppure chiedere al pub-

c.p.p., che il pubblico ministero formulasse l'imputazione⁸ per i diversi reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (art. 393 cod. pen.) e di violenza privata (art. 610 cod. pen.), ipotesi ricavate dagli elementi emersi dalle acquisizioni processuali e dalla relativa ricostruzione della vicenda⁹.

Nei motivi di ricorso, l'indagato ha lamentato che l'effetto della violazione degli artt. 409 c.p.p., 111 e 112 Cost. comporta l'abnormità del provvedimento impugnato, richiamando, a sostegno, la giurisprudenza delle Sezioni Unite¹⁰ secondo la quale sono affetti da abnormità i provvedimenti di archiviazione che esorbitano dai poteri del giudice per le indagini preliminari, tra cui l'ordine d'imputazione coatta emesso nei confronti di persona non (ancora) indagata e quello emesso nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero ha richiesto l'archiviazione, dovendo, in queste ipotesi, il giudice limitarsi ad ordinare le relative iscrizioni nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.¹¹.

La sezione adita, facendo proprio il principio di diritto già espresso, ha tuttavia rilevato l'esistenza di contrasto esegetico.

Scontata la sussistenza del vizio di abnormità¹² del provvedimento impugnato – sebbene non sia mancato qualche “disallineamento”¹³ –, la Corte si è posta il problema della legittimazione dell'indagato a proporre ricorso per Cassazione sul presupposto secondo cui, anche nei casi di abnormità, per proporre impugnazione non basta esserne astrattamente legittimati, ma occorre che si sia verificata un'“effettiva lesione”¹⁴, e, quindi, che esista un interesse¹⁵, concreto ed attuale¹⁶ (art. 568, comma 4, e

blico ministero di formulare l'imputazione. Due sono le possibili notazioni: ci si è preoccupati di stabilire precise scansioni temporali per la fissazione dell'udienza e per le decisioni a essa successive, ma nulla viene detto in relazione al periodo precedente, che va dalla formulazione della richiesta di archiviazione da parte dell'accusa alla prima decisione del giudice sull'accogliibilità della medesima. In secondo luogo, si tratta sempre e comunque di termini ordinatori, che pertanto non ingenerano alcuna conseguenza sulla validità della procedura. Scompare il comma 6 dell'art. 409 c.p.p., per far spazio alla neo introdotta disciplina di cui all'art. 410-bis c.p.p., *infra* nota n. 61. Un'analisi della riforma in anteprima è offerta in A. Scalfati, (a cura di) *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103. Con aggiornamento online*, cit.; G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2016, n. 1, p. 88; G. Spangher, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, n. 3, p. 1 ss.; G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017;

⁸Sull'imputazione “coatta”, cfr. C. Conti, *L'archiviazione*, in G. Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, III, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, p. 797; M. Ferraioli, *Il ruolo di “garante” del giudice per le indagini preliminari*, Padova, Cedam, 2014, p. 137. La questione è stata posta anche da Cass., sez. V, 25 giugno 2013, n. 27805, in *Cass. pen.*, 2014, n. 3, p. 315 ss., con nota di E.A. Dei-Cas, *Sull'abnormità dell'imputazione coatta “oggettivamente diversa”*.

⁹In dottrina si veda M. Colamussi, *Le funzioni di controllo, garanzia e decisione del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione del p.m.*, nota a Cass., sez. V, 2 maggio 1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3437 ss.

¹⁰Cass., sez. un., 28 novembre 2013, n. 4319, con nota di G. Angiolini, *I limiti del controllo sull'adempimento dell'obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* nonché A. Macrillò, *Nuovi casi di abnormità “funzionale” nell'attività giurisdizionale di controllo sulla richiesta di archiviazione*, in *Proc. pen. giust.*, 4, 2014, pp. 72-80.

¹¹Conformi, *ex multis*, Cass. sez. VI, 12 agosto 2016, n. 34881; Cass., sez. V, 25 giugno 2013, n. 27805; Cass., sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 245476; Cass., sez. III, 27 maggio 2009, n. 244565; Cass., sez. VI, 15 dicembre 2009, n. 246136; Cass., sez. IV, 21 febbraio 2007, n. 236667.

¹²Per un approfondimento del tema, V. Maffeo, *L'abnormità*, in A. Marandola (a cura di), *Le invalidità processuali, profili statici e dinamici*, Torino, Utet, 2015. In precedenza, R. Cantone, *Note minime a proposito del provvedimento abnorme*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 184; C. Iasevoli, voce *Abnormità (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 2004, p. 13; G. Santalucia, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, Cedam, 2003.

¹³Cass., sez. II, 18 ottobre 2016, n. 47613, richiamata al §8 della sentenza, nella quale – con riferimento ad un caso di imputazione coatta per un reato diverso – si legge: «l'ordinanza adottata dal Giudice dell'udienza preliminare non può qualificarsi come abnorme, perché è stata in ogni modo assunta nell'ambito del potere ordinatorio riconosciuto al giudice ai sensi dell'art. 409 c.p.p., comma 5. Essa può eventualmente ritenersi illegittima, ma il suo contenuto non è sicuramente avulso dal sistema e gli effetti non sono tali da pregiudicare in concreto lo sviluppo del processo».

¹⁴Come sostenuto in dottrina, l'interesse va, pertanto, correlato agli effetti primari e diretti del provvedimento da impugnare e sussiste solo se il gravame sia idoneo a costituire, attraverso l'eliminazione di un provvedimento pregiudizievole, una situazione pratica più vantaggiosa per l'impugnante. Sul tema si rimanda alla compiuta disamina di A. Marandola, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2012. In giurisprudenza, Cass., sez. un., 7 aprile 2016, n. 17686, in *Cass. pen.*, 2017, p. 738.

¹⁵Per un'analisi storica dettagliata sul concetto d'interesse si veda S. Carnevale, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹⁶L'interesse, nella laconicità del testo codicistico – che si limita a richiederne l'esistenza – è stato definito dalla giurisprudenza in numerose occasioni come “oggettivo”, e cioè l'impugnazione non deve essere volta alla realizzazione di un interesse

591, comma 1, lett. a), c.p.p.) derivato dallo svantaggio che il provvedimento produce e dalla prospettiva di nuova decisione favorevole¹⁷. In altre parole, il rapporto simbiotico tra legittimazione e interesse si articola in una maniera tale per cui, mentre la legittimazione appartiene alla “statica giuridica”, l’interesse concretizza la “dinamica giuridica”¹⁸.

Il caso è problematico.

Sul punto, è opportuno notare che un primo orientamento della giurisprudenza di legittimità ritiene inammissibile il ricorso con il quale l’imputato eccepisca tale abnormità¹⁹.

Secondo tale posizione, l’unico soggetto legittimato ad impugnare è il pubblico ministero, poiché «non è previsto nell’ordinamento giuridico un diritto dell’indagato (o dell’indagando) ad impugnare l’ordine del giudice per le indagini preliminari che disponga l’imputazione coatta, ancorché il pubblico ministero non abbia ancora proceduto all’iscrizione del nominativo nel registro degli indagati, perché, in questa fase, l’interlocuzione è esclusivamente tra il giudice per le indagini preliminari ed il pubblico ministero». Ove quest’ultimo presti implicitamente acquiescenza all’ordine del giudice per le indagini preliminari, procedendo alla preventiva iscrizione del ricorrente a modello 21 ed esercitando conseguentemente l’azione penale, la persona oggetto dell’imputazione non è legittimata all’impugnazione, nonostante l’abnormità dell’atto del giudice che la ha coattivamente determinata, non essendo essa titolare di un «interesse pretensivo al controllo sulla regolarità dell’interlocuzione interna tra il giudice per le indagini preliminari ed il pubblico ministero» al di fuori del meccanismo disegnato dall’art. 413 cod. proc. pen.²⁰.

Un diverso e opposto orientamento della giurisprudenza di legittimità ritiene sussistere anche per l’indagato la legittimazione a proporre ricorso per cassazione avverso il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che dispone la formulazione dell’imputazione, ex art. 409, comma 5 c.p.p., in ordine a reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero aveva richiesto l’archiviazione.

L’abnormità dell’“ordine” del giudice per le indagini preliminari, in tal caso, escluderebbe in radice l’inammissibilità del ricorso dell’indagato²¹, atteso che, trattandosi di un’alterazione destrutturante lo schema legale prefissato, la difesa – così come ogni altro soggetto del procedimento – ha interesse a vedersi tutelata[o], nel rispetto delle regole²²: il pregiudizio, dunque, nel caso di specie, è ravvisabile

meramente soggettivo, ma deve perseguire un fine ritenuto meritevole di tutela da parte dell’ordinamento giuridico nel suo complesso; cfr., Cass., sez. un., 13 dicembre 1995, Timpani, in *Cass. pen.*, 1996, p. 788; Id., 27 settembre 1995, Serafino, in *Mass. uff.*, n. 202268; Cass., sez. VI, 6 ottobre 2004, n. 42542. Id., 29 maggio 2008, Guerra, in *Cass. pen.*, 2009, p. 883.

¹⁷ F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 218-219. Come rivela la Cassazione penale con sentenza del 14 febbraio 1997, Capozzi, in *C.e.d. Cass.*, n. 208003: “L’interesse rileva non solo quando l’imputato, attraverso l’impugnazione, si riprometta di conseguire effetti penali più vantaggiosi (quali, ad esempio, l’assoluzione o la mitigazione del trattamento sanzionatorio), ma anche quando si prospettino delle conseguenze extrapenali più favorevoli, come quelli che l’ordinamento, rispettivamente, fa derivare dall’efficacia del giudicato delle sentenze di condanna o di assoluzione nei giudizi di danno (artt. 651 e 652 c.p.p.), dal giudicato di assoluzione nel giudizio disciplinare (art. 653 c.p.p.) e del giudicato delle sentenze di condanna e di assoluzione in altri giudizi civili o amministrativi (art. 654 c.p.p.)”.

¹⁸ Sul punto, G. Spangher, *Impugnazioni penali*, in *Dig. pen.*, VI, Torino, Utet, 1992, p. 217. Nelle norme dedicate alla legittimazione ad impugnare, infatti, il legislatore compie una valutazione aprioristica sull’interesse ad impugnare, individuando *ex ante* quei soggetti che astrattamente sono titolari del diritto di proporre contestazione contro una sentenza giudiziaria. L’interesse ad impugnare, invece, impone che il giudice valuti caso per caso la meritevolezza e l’apprezzabilità delle pretese secondo l’ordinamento giuridico. Tale presupposto, insomma, si comporta come un filtro che opera una cernita degli interessi che possono giustificare la proposizione di una impugnazione.

¹⁹ Cass., sez. III, 14 dicembre 2016, n. 15251, in *CED Cass.*, n. 269649, con riferimento ad ordine di imputazione coatta relativo a notizia di reato iscritta contro ignoti.

²⁰ Cass. sez. IV, 20 gennaio 2012, n. 10877, in *CED Cass.*, n. 251986; Cass., sez. V, 21 gennaio 2015, n. 6807, in *CED Cass.*, n. 262688; si veda anche Cass., sez. II, 21 settembre 2016, n. 46380, in *CED Cass.*, n. 268436, che ha affermato l’inammissibilità dell’impugnazione proposta dall’indagato avverso l’ordinanza del giudice per le indagini preliminari che, nel respingere la richiesta di archiviazione contro ignoti, disponga l’identificazione dei soggetti da indagare ed indichi le ulteriori indagini da compiere.

²¹ D’altronde, se si esorbita dal *convenzionalismo strutturale* che – oltre a disciplinare la gran parte dei fatti umani collettivi, altresì ordina la Procedura penale –, la conseguenza dell’esercizio improprio del potere attribuito dà luogo a un provvedimento viziato (fenomeno, questo, tipico delle entità sociali e del tutto estraneo, invece, alle entità naturali: cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di teoria generale dello stato*, 1926, p. 12): il quale rischia di compromettere la tenuta dell’intero sistema se non adeguatamente contrastato. Se si ha riguardo all’abnormità, può rilevarsi che l’atto – a tal punto avulso dal *format* legale tipico – da non essere prevedibile *ex ante* dal legislatore – è in grado di scardinare l’ordinario concatenarsi dell’*iter* procedurale predeterminato: di talché, chiunque abbia interesse al regolare svolgimento del procedimento è in questa prospettiva legittimato a impugnarlo.

²² Fra gli studi più recenti sul tema della distinzione concettuale fra inesistenza ed abnormità, V. Maffeo, *L’abnormità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, cit., p. 413 ss.; A. Gaito, *Procedura penale*, Assago, Ipsoa, 2015, p. 270 ss.; G. Spangher,

nell'impossibilità per l'indagato di interloquire sui fatti diversamente ritenuti a seguito dell'udienza camerale innanzi al giudice per le indagini preliminari e di esercitare il diritto al contraddittorio *ex art. 415-bis c.p.p.* (norma che, come noto, consente all'indagato l'esplicazione di un'attività difensiva, che potrebbe incidere sulle determinazioni del pubblico ministero, inducendolo a richiedere, addirittura, l'archiviazione), disposizione non operativa nel caso di imputazione coatta per la precedente attività camerale.

Dunque, l'abnormità dell'atto sarebbe "totipotente", poiché insuscettibile di essere frazionata soggettivamente quanto ai suoi effetti lesivi su poteri del pubblico ministero e sui diritti della difesa, essendo l'indagato portatore di un assai concreto interesse diretto a che l'azione penale sia esercitata nei suoi confronti nel pieno rispetto delle regole costituzionali relative al riparto dei poteri tra pubblico ministero e giudice nella fase delle indagini preliminari e alla tutela del contraddittorio.

Sicché, l'interesse dell'indagato ad impugnare l'ordinanza che impone la formulazione dell'imputazione per reato diverso da quello contenuto nella originaria richiesta, nel caso in cui il pubblico ministero non ritenga di reagire con l'impugnazione, va individuato nella menomazione del diritto di difesa, venendosi a trovare l'indagato dinanzi all'intervenuto esercizio dell'azione penale, in mancanza della necessaria interlocuzione in contraddittorio prevista a garanzia dei diritti delle parti dall'art. 409 c.p.p., comma 2, c.p.p., così come ripetutamente statuito dalla Corte costituzionale (ordinanza n. 286 del 2012, ord. n. 460 e n. 491 del 2002 e ord. n. 441 del 2004)²³, né potrebbe esercitare i diritti di cui all'art. 415-bis. La conclusione è nel senso che l'imputazione coatta per fatti non contemplati dal pubblico ministero nella richiesta di archiviazione incide pesantemente sulla possibilità per l'indagato di interloquire sull'accusa e sulla sua legittimità e, in ultima analisi, sulla possibilità di difendersi per impedire di essere sottoposto a processo; ragion per cui, in questa situazione, l'indagato è pienamente legittimato ad impugnare il provvedimento a lui sfavorevole per ottenerne la rimozione.

Alla luce del su esposto contrasto, la VI Sezione, con ordinanza 12 ottobre 2017, ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione:

"Se sia ricorribile per Cassazione, dalla persona sottoposta ad indagine, il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che, non accogliendo la richiesta di archiviazione, ordini, ai sensi dell'art. 409, comma 5, cod. proc. pen., al pubblico ministero di formulare l'imputazione per un reato diverso da quello oggetto della richiesta stessa".

SULLA AMMISSIBILITÀ DEL RICORSO DELL'INDAGATO PER LA LESIONE AL DIRITTO DI DIFESA

Nel risolvere il quesito, la Corte di legittimità dopo aver preso le mosse dalla consolidata nozione di *abnormità* come anomalia strutturale o funzionale del processo²⁴ ha osservato come la *quaestio* rimessa

Gli atti, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 252; E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, in G. Ubertis-G.P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XLI, Milano, Giuffrè, 2012, spec. p. 223.

²³ Cass. sez. VI, 20 luglio 2016, n. 34881 con nota di V. Sisto, *Abnorme il provvedimento del gip che "espropria" il pm del suo diritto-dovere di esercitare l'azione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2017, p. 802 ss.

²⁴ Il momento genetico del concetto di abnormità è da individuare in due pronunce degli anni '30 (Cass., sez. II, 7 giugno 1933, Operti; sez. III, 30 marzo 1935, Berta) riguardanti casi nei quali la Suprema Corte si trovò nella necessità di accogliere ricorsi assolutamente fondati da un punto di vista giuridico ed equitativo, ma con cui si contestavano provvedimenti che, a causa della loro singolarità, non potevano essere ricondotti alle categorie degli atti impugnabili previste dall'allora vigente codice di rito (sul punto, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 889, considera l'abnormità come una sorta di "invenzione terapeutica" da parte della S.C.). Nessuna norma se n'è mai occupata direttamente. Nell'imperio del codice di procedura penale previgente, l'affermazione è vera in senso assoluto; in quello dell'attuale, si registra almeno il riconoscimento dell'esistenza del fenomeno da parte del legislatore: nei lavori preparatori del codice di rito in vigore, infatti, si rinviene un unico riferimento al vizio in esame, accompagnato dall'esplicito intendimento di non disciplinarlo direttamente, per riservarne il compito alla giurisprudenza. E ciò, sulla base di una duplice motivazione: da un canto, per la «rilevante difficoltà» di fornirne una definizione; dall'altro, per l'esigenza di non privare la giurisprudenza di un duttile strumento di tutela della *fairness* processuale, così, *Relazione al progetto preliminare del 1986*, in G. Conso-V. Grevi-G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, Padova, Cedam, 1990, p. 1244.

Abnorme, dunque, secondo la definizione ormai ricorrente in giurisprudenza, è il provvedimento del tutto anomalo, una decisione cioè che per la singolarità e la stranezza del suo contenuto si pone al di fuori, non solo delle singole norme, ma anche dell'intero sistema normativo processuale; *cf.* Cass., sez. un., 10 dicembre 1997, n. 17; Cass., sez. un., 24 novembre 1999, n. 26; Cass., sez. un., 26 marzo 2009, n. 25957. Per una recente sintesi sulla nascita ed evoluzione dell'abnormità vedi F. Nevoli, *Abnormità*, in *Dig. pen., agg.*, VI, Assago 2011, pp. 1 ss., spec. 2-4.

alla sua attenzione ponga sul tavolo dell'interprete due distinte polemiche, interdipendenti sul piano effettuale ma autonome sul piano ontologico-strutturale.

Da un lato, la disputa attiene alle ragioni dell'abnormità dell'atto legale e cioè alla precisa delimitazione del riparto di attribuzioni tra giudice e pubblico ministero nell'ambito dei confini di quel controllo che il legislatore ha disciplinato per rendere effettivo il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) e dall'altro alla verifica degli *effetti* di tale provvedimento e, dunque, all'accertamento di una illegittima compressione del diritto di difesa della persona indagata.

Ne consegue che in tale contesto assiologico la Corte nomofilattica ha condivisibilmente optato per una soluzione interpretativa costituzionalmente orientata che, valorizzando i principi costituzionali e convenzionali del giusto ed equo processo, si armonizza con i frutti della giurisprudenza costituzionale²⁵; forse l'unica in grado di salvaguardare il diritto di difesa dell'indagato da illegittime compressioni, diritto che sul terreno ontologico, peraltro, è situazione di fatto dipendente dalla disciplina che ne regola l'esercizio, che si esercita anche attraverso il diritto al "contraddittorio" (art. 111, comma 3, Cost.), ponendosi come situazione partecipativa dell'accusato.

Il rispetto delle garanzie difensive, dunque, oltre a integrare un diritto dell'indagato, rappresenta una innegabile condizione di regolarità del processo, venendo altrimenti denegata la sua funzione di garanzia nella correttezza dell'accertamento.

Del resto non può negarsi che la doppia funzione a cui assolve il microsistema racchiuso delle disposizioni di cui all'art. 24 Cost., contenente la libertà "alla" giurisdizione e la libertà "nella" giurisdizione²⁶, svolge un compito dialetticamente contrapposto all'accusa, che deve essere esercitato dall'imputato e dal suo difensore di fronte a un giudice imparziale; uno strumento che trova la sua più alta affermazione nell'esercizio del contraddittorio²⁷, secondo il modello accusatorio adottato nel nostro ordinamento e consolidato a livello costituzionale con la riscrittura dell'art. 111 Cost.

Ebbene, per comprendere la soluzione costituzionalmente valida della questione che esaminiamo appare indispensabile sondare il pensiero della Corte costituzionale a proposito dei quesiti che la disciplina dell'archiviazione ha posto e pone all'interprete.

Perciò è utile ricordare che i giudici delle leggi non hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale²⁸ dell'art. 409 c.p.p. nella parte in cui il pubblico ministero non sia obbligato a spedire l'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p. anche quando l'imputazione dovesse essere formulata per ordine del giudice che rigetta la richiesta di inazione²⁹, sul presupposto che in quel procedimento si fosse svolta la dialettica tra le "parti" e che il diritto di difesa avesse potuto essere esercitato in quella sede. Ma pure questo orientamento fu ritenuto da taluni³⁰ foriero di un'irragionevole lesione del diritto di difesa dell'indagato (sulla scorta degli artt. 3, 24 Cost.), privato della possibilità di interloquire con il pubblico ministero in ordine alla completezza delle indagini.

Dunque, la Corte Costituzionale ha ritenuto infondata la prospettata questione³¹, negando che la

²⁵ Cfr. C. cost., ord. 12 dicembre 2012, n. 286; C. cost., ord. 29 dicembre 2004, n. 441; C. cost., ord. 26 novembre 2002, n. 491; C. cost., ord. 19 novembre 2002, n. 460, in www.cortecostituzionale.it.

²⁶ G. Riccio, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, ESI, 2010.

²⁷ Sul contraddittorio eristico ed euristico, cfr. M. Menna, *La "giuria" elettiva di esperti nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2018.

²⁸ Si vedano, le ordinanze C. Cost. 19 novembre 2002, n. 460; C. Cost. 29 dicembre 2004, n. 441; C. Cost. 29 luglio 2005 n. 2005; C. Cost. 12 dicembre 2012, n. 286, in www.cortecostituzionale.it.

²⁹ Il momento genetico della questione va individuato nell'entrata in vigore della l. 479/1999 (c.d. "legge Carotti"). In coerenza con la tendenza legislativa – avvertita negli anni '90 – ad ampliare le garanzie e le prerogative della difesa nelle indagini preliminari, detta novella introdusse l'obbligo del pubblico ministero di notificare all'indagato, all'esito delle indagini preliminari, un avviso contenente la sommaria enunciazione del fatto si addebitato, nonché tutte le informazioni potenzialmente utili alla parte privata per organizzare la strategia difensiva.

³⁰ In questi termini F. Nuzzo, *Nel caso di imputazione coatta il diritto di difesa è garantito: non è necessario l'avviso ex art. 451 bis c.p.p.*, in *Cass. pen.* 2003, p. 1170 nonché F. Alonzi, *La Consulta ribadisce il suo no all'avviso di conclusione delle indagini preliminari in caso di imputazione coatta*, in *Giur. cost.*, 2012, 6, p. 4527.

³¹ C. cost., 4 novembre 2002, n. 460, in *Giur. cost.*, 2002, 3822, con nota di G. Spangher, *Citazione diretta, imputazione coatta, art. 415-bis c.p.p.* Privata di fondamento, secondo i giudici costituzionali, dunque, la censura secondo cui nel rito camerale "archiviativo" mancherebbe una contestazione "delineata e cristallizzata", che sarebbe invece assicurata dalla notificazione dell'avviso ex art. 415-bis. Il diritto di difesa e il principio del contraddittorio, infatti, sarebbero adeguatamente salvaguardati dall'accesso completo agli atti di indagine e dallo *ius ad loquendum*, riconosciuti all'indagato. Inoltre, proprio con specifico riferimento all'udienza

manca la previsione normativa dell'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.*, nell'ipotesi di imputazione coatta, determinasse la lesione delle prerogative difensive, venendo queste garantite sia dalla possibilità di prendere piena conoscenza della documentazione relativa alle indagini espletate ai sensi dell'art. 408, comma 1 c.p.p., che dal diritto ad intervenire nell'udienza camerale *ex art. 409 c.p.p.*

Ebbene, è questo il quadro interpretativo in cui si inserisce la sentenza delle Sezioni unite n. 22909 del 2005, antecedente "storico" della pronuncia in commento che ne rappresenta l'ideale prosecuzione.

Secondo la sentenza "Minervini", in sede di archiviazione il giudice per le indagini preliminari può dissentire dalla parte pubblica in ordine, non solo alla richiesta di questa, ma anche alle determinazioni che lo stesso inquirente intenda adottare all'esito delle attività d'indagine.

Di conseguenza il giudice per le indagini preliminari può (*rectius*, deve) disporre che il pubblico ministero iscriva nel registro *ex artt. 335 c.p.p.* il nominativo di altri soggetti non contemplati nella richiesta e da lui individuati; ma in tal caso non può ordinare l'atto di esercizio dell'azione penale se non a costo di emettere un provvedimento abnorme attesa l'alterazione del riparto di attribuzioni tra l'organo deputato in via esclusiva all'esercizio dell'azione penale e quelle del suo "controllore".

Per la stessa ragione – sempre secondo detta pronuncia – si è in presenza di un provvedimento *extra ordinem* anche quando il giudice, non accogliendo la richiesta di archiviazione, fissa un'udienza "in prosecuzione", atto che, secondo le Sezioni unite, costituisce un «*imprevedibile e non previsto vincolo per il magistrato inquirente*», che può andare ad incidere sull'esercizio dell'azione penale a lui rimesso e sulle valutazioni conclusive circa l'idoneità o non degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio³².

Sicché, anche l'imputazione coatta presuppone che l'indagato sia stato posto nelle condizioni di partecipare all'udienza camerale ed ivi interloquire sui fatti oggetto della richiesta di archiviazione, analogamente a quanto previsto in merito all'esercizio dell'azione penale preceduto dall'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.*; in questa interlocuzione l'"imputando" conosce gli atti di cui viene edotto attraverso il deposito, attività omologa a quella dell'art. 409 c.p.p.

Epperò, quando l'imputazione dovesse riguardare persone diverse da quelle indagate dal pubblico ministero, per le quali, quindi, non v'è stata richiesta di archiviazione e, di conseguenza, non v'è stata neanche la partecipazione all'udienza camerale, è evidente che unica soluzione possibile è quella prevista dal legislatore, cioè l'ordine di iscrizione nel registro degli indagati delle persone individuate dal giudice; altrimenti si concreterebbe una macroscopica lesione dei diritti di difesa della persona non sottoposta ad indagini, rimasta sino a quel punto estranea alle vicende del procedimento e, come tale, impedita a conoscere gli atti raccolti dal pubblico ministero oltre che a partecipare all'udienza camerale *ex art. 409 c.p.p.*

Su questi presupposti dogmatici dettati dalle Corti si rintraccia la soluzione alla situazione che qui si esamina. Insomma, il presupposto ontologico attinente al perimetro della legittimazione soggettiva all'impugnazione è la irrinunciabilità del diritto di difesa nelle vicende che precedono l'esercizio dell'azione penale.

Di conseguenza il quesito che esaminiamo è identico ai precedenti: l'imputazione coatta che abbia ad oggetto fatti diversi da quelli interessati dalla richiesta di archiviazione assume i connotati di un'ab-

camerale *ex art. 409 c.p.p.*, la giurisprudenza di legittimità ritiene che integri l'ipotesi di nullità di cui all'art. 127, comma 3, c.p.p., la mancata audizione della parte comparsa, che abbia chiesto di essere sentita (v. Cass. sez. VI, 2 aprile 2014, n. 16169); sicché è da disattendere anche il rilievo che, a differenza di quanto previsto dall'art. 415-bis, il G.i.p. non abbia l'obbligo di procedere a interrogatorio dell'imputato. Si vedano altresì le ordinanze di manifesta inammissibilità della questione n. 491/2002 e n. 441/2004. Ancora, nel medesimo senso, C. cost., ord. 29 luglio 2005, n. 348, in *Cass. pen.*, 2006, 1605 con nota di F. Zappulla, *Il potere del g.i.p. di ordinare l'iscrizione del nome nel registro delle notizie di reato prima dell'udienza prevista in seguito ad opposizione alla richiesta di archiviazione* e C. cost. 5 dicembre 2012, n. 286, con nota di E. Aprile, *Osservazioni a Corte Costituzionale n. 286, 5 dicembre 2012*, in *Cass. pen.*, 2013, 3, p. 1009, secondo il quale: «*si sarebbe potuto rilevare, a conferma dello scarso pregio dell'ipotesi argomentativa proposta dal giudice a quo, che non è affatto vero che l'avviso della conclusione delle indagini debba contenere una "imputazione sostanzialmente cristallizzata e delineata"*. E ciò perché l'art. 415-bis, comma 2, c.p.p. prescrive che l'avviso contiene "una sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede" e "delle norme di legge che si assumono violate", tant'è che la presenza di un capo d'imputazione già definito è il frutto più di prassi applicative che non di una precisa statuizione codicistica». Sulle indicazioni della Corte Costituzionale, *ex plurimis* Cass., sez. IV, 19 novembre 2009, n. 48033, in *CED Cass.*, n. 245795; Cass., sez. VI, 11 luglio 2003, n. 34041, in *CED Cass.*, n. 226775; Cass., sez. IV, 8 marzo 2007, n. 20215, in *CED Cass.*, n. 236668.

³² V. Cass., sez. un., 31 maggio 2005, n. 22909, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1638 con nota di F. Varone, *Brevi riflessioni in tema di archiviazione della notizia criminis e abnormità dell'atto processuale*; in *Cass. pen.*, 2006, 1125, con nota di A. Macrillò, *Provvedimenti abnormi e limiti al potere di controllo del g.i.p. in materia di archiviazione*.

norme imposizione dell'esercizio dell'azione, traducendosi, in sostanza, in un'«espropriazione del potere costituzionale di iniziativa del pubblico ministero»³³ il cui effetto è, innegabilmente, la violazione del diritto di difesa.

Anche in tale situazione il prosieguo procedimentale non consente il recupero delle garanzie all'interessato, non essendo previsto, per tale fattispecie, l'invio dell'avviso di conclusione delle indagini ex art. 415-bis c.p.p. (con le garanzie ivi previste), perché l'ordinanza di formulazione dell'imputazione inserisce il giudizio nella sua diversa forma dell'udienza preliminare e/o della citazione diretta.

Al contrario, l'ordine di procedere all'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. rivolto al pubblico ministero per l'ipotesi di un reato diverso eventualmente ravvisato dal giudice, con le conseguenti determinazioni dell'organo inquirente prima di formulare eventuale nuova imputazione, garantisce sia una corretta interlocuzione tra giudice e pubblico ministero, sia l'esplicazione del diritto di difesa nella fase delle indagini preliminari.

Evidente, attuale e concreto, dunque, l'interesse vantato dall'imputato all'eliminazione dell'atto illegittimo, che non può essere perseguito se non attraverso l'impugnazione, che disponendo la regressione del procedimento e con essa la restituzione al pubblico ministero delle prerogative inerenti all'esercizio dell'azione penale e all'indagato il diritto di interloquire nella fase delle indagini, prima di essere eventualmente rinviato a processo, combina così principi e regole³⁴.

SULLA RICORRIBILITÀ DELL'ATTO ABNORME

Ora, per cogliere la identità delle questioni risulta utile ricordare che si tratta di un modello-garanzia che deve trovare attuazione per ogni grado di merito del processo, ma anche per ogni tipo di procedimento, cognitivo o esecutivo³⁵, fin dalla delicata quanto imprescindibile fase delle indagini preliminari; a maggior ragione a fronte di una disciplina positiva che ne disponga l'inderogabile esercizio, com'è quella dettata per il procedimento di archiviazione.

Il procedimento d'archiviazione³⁶ può, infatti, descriversi come un «*obbligatorio itinerario giurisdizionale nell'ambito del quale, la presenza del giudice, il ruolo attivo della persona offesa, l'intervento avocante del procuratore generale, il contraddittorio, le indagini coatte e l'imputazione coatta costituiscono tappe di garanzia previste a presidio dell'uguaglianza dei cittadini, del buon funzionamento della giustizia e dell'indipendenza del pubblico ministero*»³⁷.

In realtà, il Legislatore del 1988³⁸ si è trovato a dover bilanciare, da un lato, il principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.), e, dall'altro lato, i caratteri del processo accusatorio e, in particolare, il principio *ne procedat iudex ex officio*³⁹. Il "nuovo" codice, infatti, determina la netta

³³ V. testualmente Cass., sez. V, 5 giugno 2000, n. 3252, in *www.cortecassazione.it*

³⁴ Infatti, nei casi di imputazione coatta per un reato diverso – e con ancora maggiore evidenza nelle ipotesi di imputazione coatta nei confronti di persona non indagata – ha luogo una irreversibile ed indebita compromissione dei diritti difensivi della persona sottoposta ad indagine: dopo l'ordinanza d'imputazione coatta ulteriori sforzi difensivi sarebbero inutili, poiché il Giudice ha già deciso, ed il Pubblico Ministero non può sottrarsi al dovere di esercitare l'azione penale; l'oggetto processuale è ormai trasferito nell'udienza preliminare o nel dibattimento, e non è più possibile difendersi per evitare il processo (o, comunque, il vaglio giudiziale d'una accusa ormai definitivamente formalizzata).

³⁵ R. Montanile, *L'imputazione coatta tra contrasti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2012.

³⁶ G. Giostra, *Archiviazione*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, I, 1991, p. 2, afferma: «*nel nostro ordinamento, il procedimento archiviaativo deve servire ad accettare l'inesistenza dei presupposti dell'obbligo di agire e il provvedimento di archiviaativo ad esonerare il pubblico ministero, in via eccezionale, dall'osservanza di tale obbligo (di esercitare l'azione penale n.d.a.)*». Un'altra preziosa definizione è offerta da M. Caianiello, *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 2008, secondo il quale «*In via di prima approssimazione, con il concetto di archiviazione si intende individuare quell'attività attraverso la quale si determina l'arresto del procedimento penale prima che sia esercitata l'azione [...]. Più specificamente, si indica (e si regola) l'operazione con la quale l'organo dell'accusa si astiene dal promuovere la domanda penale in relazione ad una notizia di reato: ne consegue la destinazione degli atti sino a quel momento compiuti all'archivio. [...] Ciò che invece costituisce l'oggetto principale della disciplina coinvolta dal sostantivo è il meccanismo giuridico attraverso il quale si giunge ad autorizzare la conclusione di un'indagine, senza che debba conseguirne l'instaurazione di un giudizio*».

³⁷ C. Scaccianoce, *Imputazione coatta "abnorme": alle Sezioni unite la questione sulla legittimazione a impugnare dell'indagato*, in *Arch. pen.*, 2018.

³⁸ Per un'analisi storica dettagliata sull'archiviazione, C. Conti, *Archiviazione*, cit., p. 729 ss.; F. Caprioli *L'archiviazione*, cit., 3 ss.; C. Valentini Reuter, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, Cedam, 1994.

³⁹ E. Dei Cas, *Sull'abnormità dell'imputazione coatta "oggettivamente diversa"*, in *Dir. pen. proc.*, 3, 2014.

distinzione tra le funzioni inquirenti e giudicanti, proprio al fine di garantire la terzietà del giudice ed il diritto ad un equo processo dell'indagato ai sensi dei già richiamati artt. 111, comma 2, Cost. e 6 CEDU⁴⁰.

Ne consegue come il mancato rispetto delle regole procedurali che riconoscono alla persona indagata il diritto di partecipare all'udienza di archiviazione, quale estrinsecazione del diritto al "contraddittorio", si traduca in una grave lesione delle garanzie difensive e del diritto ad essere giudicato all'interno di un procedimento correttamente instaurato.

Non pare, dunque, possibile dubitare dell'interesse dell'indagato diretto all'eliminazione del provvedimento che obbliga alla imputazione, non avendo potuto interloquire sul contenuto essendo svolte su altro oggetto le attività poste a garanzia dei diritti delle parti dall'art. 409, comma 2 c.p.p.

Peraltro, la rilevata abnormità determina, nel caso di specie, un vizio dell'atto tutt'altro che innocuo⁴¹, atteso che l'interesse dell'indagato a interloquire sull'accusa non trova – per come già rilevato – soddisfazione adeguata nelle possibilità difensive offerte dall'ordinamento nel prosieguo procedimentale, dal momento che la richiesta archiviazione tende proprio ad evitare tale ulteriore attività.

Invero, la categoria dell'abnormità è stata elaborata dalla giurisprudenza, proprio al fine di temperare il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, apprestando un rimedio contro quei provvedimenti del giudice che, pur risultando affetti da anomalie genetiche o funzionali e, quindi, lesivi di concreti interessi dei suoi destinatari, non siano ricompresi nella tassativa tipizzazione degli atti impugnabili.

L'omissione – se tale può definirsi – deriva dalla convinzione secondo cui l'abnormità, quale vizio atipico di chiusura del sistema delle invalidità, sfugge a qualsiasi schematizzazione, per cui il ricorso per Cassazione costituisce il rimedio che la giurisprudenza di legittimità ha ipotizzato per la rimozione di tali atti sfruttando la regola dell'art. 111, comma 7 Cost. che garantisce dai vizi dei provvedimenti giurisdizionali comunque incidenti sulle libertà fondamentali della persona.

La ricostruzione proposta permane inalterata anche dopo l'entrata in vigore della l. 23 giugno 2017, n. 103, non avendo il Legislatore colto l'occasione della riforma per disciplinare espressamente il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che disponga l'imputazione coatta "oggettivamente" o "soggettivamente" diversa da quella contenuta nella richiesta d'archiviazione.

La recente legge, invero, sopprimendo il ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza di archiviazione a fini deflattivi del carico di lavoro della Suprema Corte, ha previsto in suo luogo il reclamo innanzi al tribunale in composizione monocratica ai sensi del nuovo art. 410-*bis* c.p.p., quale rimedio alla nullità del provvedimento di archiviazione, nei casi tipizzati dalla stessa norma. Va chiarito, però, che l'abnormità è situazione diversa dai casi tassativamente dichiarati affetti da nullità nell'art. 410-*bis* c.p.p.⁴².

SULL'ORDINE DI FORMULARE L'IMPUTAZIONE TRA FATTO E FATTISPECIE DIVERSI DA QUELLI CONTESTATI

Ferma, dunque, l'impugnabilità dell'atto abnorme in presenza di un interesse attuale e concreto alla sua eliminazione da parte dell'indagato, a conclusioni differenti perviene la Corte con riguardo all'ipotesi

⁴⁰ In particolar modo, come chiarito nell'art. 2 della legge-delega, appariva indispensabile adeguare la normativa processuale italiana, non solo alla Costituzione repubblicana nel frattempo entrata in vigore, ma anche alle Convenzioni internazionali che il nostro Paese aveva ratificato. Tra queste rilevano soprattutto la "Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali", firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall'Italia con la legge 848/1955 e il "Patto internazionale sui diritti civili e politici" stipulato a New York nel 1966 e ratificato in forza della legge 881/1977.

⁴¹ Attesa l'ampia formulazione del concetto di abnormità, la giurisprudenza ha cercato di porre precisi limiti al fine di scongiurare un ricorso a tale vizio eccessivamente generalizzato; si tende ad escludere l'abnormità in tutti i casi in cui il vizio che affligge il provvedimento sia innocuo o comunque neutralizzabile non ricorrendo l'intento pratico che giustifica il ricorso alla stessa (v. M. Catalano, *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2000).

⁴² Resterebbe da chiarire quali effetti conseguano all'accoglimento di un ricorso avente a oggetto l'abnormità dell'atto impugnato. Una sommaria ricognizione nella giurisprudenza mostra una certa omogeneità, che di regola dispone l'annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato e la contemporanea trasmissione degli atti al giudice che l'ha compiuto per l'ulteriore corso del procedimento (ad es. Cass., sez. un., 25 marzo 2010, n. 246910; Cass., sez. un., 25 febbraio 2004, n. 227355; Cass., sez. un., 29 maggio 2002, n. 575; Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 217474; cfr. A. Capone, *Per una dogmatica dell'abnormità*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2016); il giudice, a differenza di quanto avviene per l'annullamento degli atti affetti da nullità, non dovrà tuttavia procedere al nuovo compimento dell'atto dichiarato abnorme, completo, stavolta, di tutti i suoi elementi, ma piuttosto alla sua integrale "sostituzione" per mezzo del compimento, in suo luogo, dell'atto legittimo.

in cui il giudice non ordini una imputazione coatta per fatti nuovi, ma si limiti a dare ad essi una diversa qualificazione giuridica⁴³. In questo caso, si osserva, non si ha un atto abnorme, atteso che la riqualificazione giuridica del fatto, costituendo corretta applicazione della legge (*ius dicere*) e, quindi, attuazione del principio di legalità, costituisce potere del giudice esercitabile in tutte le fasi del processo.

La soluzione, in astratto condivisibile, solleva di riflesso la delicata questione che sempre si ripropone quando vengono in gioco le nozioni di “*diversa qualificazione giuridica*” e di “*fatto diverso*”, la cui linea di confine si presenta spesso sfumata nella prassi, pur presentando effetti di notevole rilievo sul diritto di difesa dell’indagato⁴⁴.

Non può non ricordarsi come, secondo l’interpretazione fornita dalla giurisprudenza dei Giudici di Strasburgo sul tema della riqualificazione giuridica⁴⁵, l’art. 6 CEDU riconosca all’indagato il diritto ad essere informato tempestivamente e dettagliatamente del contenuto dell’accusa e di ogni eventuale modifica, sia che investa il fatto sia che riguardi il titolo del reato⁴⁶.

Ora, sebbene il principio appena richiamato sia stato reso con riferimento alla fase dibattimentale, è innegabile che esso riguardi anche la fase procedimentale; sicché diviene di primaria importanza verificare che la presunta riqualificazione giuridica del fatto non celi, nell’ordine di imputazione coatta, una modifica fattuale dell’imputazione, che sottragga al contraddittorio elementi non già ricompresi nella richiesta di archiviazione e che incida sui diritti difensivi dell’indagato.

Ebbene, se la modifica del titolo del reato si risolve nella modifica del fatto; se, cioè cambiando la fattispecie incriminatrice di riferimento il fatto descritto nell’imputazione muta la dimensione effettuale, è pacifico che muta inevitabilmente il *thema probandum* (art. 187 c.p.p.) – punto d’aggancio del rapporto tra diritto e processo, da un lato, e tra ricerca della prova e prova, dall’altro lato⁴⁷ – che si svilupperà in

⁴³ Cass., sez. VI, 17 aprile 2012, n. 28481: “che si realizza attribuendo l’esatto *nomen juris* ad un episodio che rimane invariato nei suoi tratti caratterizzanti”.

⁴⁴ In dottrina si veda M. Colamussi, *Le funzioni di controllo, garanzia e decisione del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione del p.m.*, nota a Cass., sez. V, 2 maggio 1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3437 ss.

⁴⁵ Ci si riferisce alla nota pronuncia Corte europea dei diritti dell’uomo, 11 dicembre 2007 e 22 febbraio 2018, Drassich c. Italia, in cui si afferma l’importanza del legame che sussiste tra contestazione dell’accusa e diritto di difesa; in quest’ultima pronuncia, in particolare, si legge: “Le disposizioni dell’articolo 6 § 3 a) non impongono alcuna forma particolare per quanto riguarda il modo in cui l’imputato deve essere informato della natura e del motivo dell’accusa formulata nei suoi confronti. Esiste peraltro un legame tra i commi a) e b) dell’articolo 6 § 3, e il diritto di essere informato della natura e del motivo dell’accusa deve essere considerato alla luce del diritto per l’imputato di preparare la sua difesa (...). Se i giudici di merito dispongono, quando tale diritto è loro riconosciuto nel diritto interno, della possibilità di riqualificare i fatti per i quali sono stati regolarmente aditi, essi devono assicurarsi che gli imputati abbiano avuto l’opportunità di esercitare i loro diritti di difesa su questo punto in maniera concreta ed effettiva. Ciò implica che essi vengano informati in tempo utile non solo del motivo dell’accusa, cioè dei fatti materiali che vengono loro attribuiti e sui quali si fonda l’accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti”. Autorevole dottrina, M. Menna, in *La “giuria elettiva di esperti” nel processo penale*, cit., nell’affrontare il rapporto tra etica politica e diritto a supporto della idea che una giuria “tecnico-politica” di esperti potrebbe coadiuvare la giurisdizione nel procedimento e nel processo penale, afferma che «nel settore penale, si è voluto introdurre un procedimento di legittimazione dialettica dell’operazione di qualificazione giuridica di un fatto controverso sulla scia degli enunciati della Corte europea dei diritti dell’uomo (sentenza Drassich), ma questo contraddittorio non orienta il giudice anche rispetto al problema del riempimento di limiti contenutistici concreti del profilo assiologico di una norma – tanto più se di principio o interpretata in modo conforme ai principi – perché è un contraddittorio in diritto e come tale può sfruttare, a rigore, solo il meccanismo delle deduzioni dai paletti tipici delle norme giuridiche dell’ordinamento. Le osservazioni di taglio etico, se venissero operate nello sviluppo dell’accennato tipo di contraddittorio, non avverrebbero in ossequio ad un mandato politico e, quindi, in ossequio ad un procedimento di legittimazione argomentativa che affondasse le sue radici in una discussione almeno tendenzialmente allargata a tutta una collettività, ma ancora una volta fonderebbero sulle teorie morali personali e, quindi, in un certo senso arbitrarie – ma è meglio dire disorientate – delle parti del processo oltre che del giudice». Altra Autorevole dottrina, G. Riccio, *Fattispecie penali e poteri del giudice: la sentenza “Drassich”*, Napoli, 2009, non concorda con chi afferma che il principio affermato nella CEDU (Corte europea dei diritti dell’uomo, 11 dicembre 2007) ha trovato attuazione in Cassazione nel 2007 in termini affatto diversi. Invero, se la prima Corte sottolineò l’obbligo di informazione sulla fattispecie, la nostra Corte “pretese” il contraddittorio sulla stessa. Difatti, G. Riccio, ragionando sulle categorie giuridiche coinvolte, chiarisce il senso delle diverse situazioni; per cui, mentre il contraddittorio può essere riferito solo alla prova – e solo ad alcune prove –, la dialettica sulla fattispecie appartiene agli obblighi deontologici sulla difesa, a cui spetta l’onere di rappresentarne la corretta individuazione al giudice. Ancora. F. Zacché, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 781; R.E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2523.

⁴⁶ La cassazione ha inteso il deliberato della Corte europea nel senso che la modifica dell’imputazione in tema di fattispecie comportasse il diritto al “contraddittorio” da parte dell’imputato. Ebbene, parte della dottrina, come già rilevato in precedenza, ha ritenuto che la decisione contenesse un vizio dogmatico, confondendo “contraddittorio” (relativo al fatto, unico evento da provare) e gli obblighi deontologici della difesa. Riccio, *Ricorso per Cassazione ed effetti (deleterii) della “Drassich”*, in *Giust. pen.*, 2012, c. 522.

⁴⁷ Il tema generale è affrontato in dottrina da, M. Menna, *Studi sul giudizio penale*, Torino, Giappichelli, 2009. Secondo l’Au-

sede di giudizio rispetto al quale la persona sottoposta alle indagini non ha potuto interloquire in sede “preliminare”⁴⁸.

Ora, al fine di fissare un distinguo tra le due attività modificative, la Consulta⁴⁹, riaffermando la regola scritta nell’art. 521 c.p.p., ha ritenuto che il giudice possa attribuire al fatto una definizione giuridica diversa, senza violare il principio delle garanzie difensive, soltanto quando l’accadimento storico addebitato rimanga identico negli elementi costitutivi tipici, cioè quando risultano immutati l’elemento psicologico, la condotta, l’evento e il nesso di causalità. Ove il giudice, invece, accerta che il fatto sia diverso da quello descritto nell’imputazione, deve disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero: solo così l’indagato è in grado di essere posto nelle condizioni di conoscere l’oggetto dell’imputazione nei suoi elementi essenziali e di difendersi secondo le regole del giusto processo.

Le regole tracciano la linea di confine ben marcata tra riqualificazione del fatto (art. 521, comma 1 c.p.p.) e riconsiderazione dell’addebito (art. 521, comma 2 c.p.p.); eppure non possono essere intese in termini assoluti, in quanto, spesso, i confini tra le due attività si presentano sfumati.

Pur a fronte, ad esempio, di un mutamento nella direzione finalistica della condotta posta in essere dal soggetto agente e dunque di un mutamento interno all’elemento soggettivo⁵⁰, si ritiene legittimo da parte del giudice operare una riqualificazione del fatto, ex art. 521, comma 1 c.p.p., dalla fattispecie più grave a quella meno grave; e ciò, in ragione di quello che potrebbe essere definito “principio di continenza” tra elementi che compongono le diverse fattispecie astratte che si confrontano⁵¹.

Dunque, se gli elementi costitutivi delle fattispecie si pongono in un rapporto di continenza con quelli descritti nella imputazione, sembra non potersi negare, in un’ottica realistica, il potere del giudice di dare diversa qualificazione giuridica al fatto senza invadere i termini dell’esercizio dell’azione e del diritto di difesa; questione contesa in linea di principio da chi reputa che all’imputato debba essere sempre formalmente contestata qualunque, anche minima, variazione che interessi l’accusa. Dunque, la riqualificazione del fatto operata “anche” direttamente in sentenza parrebbe comunque possibile da parte dell’organo giudicante, pure a fronte di una riconsiderazione di uno degli elementi necessari del

tore, il *thema probandum* non è l’oggetto distaccato al quale adeguare in un *continuum* conoscitivo gli strumenti della mediazione intellettuale, bensì il tema della pretesa di verità del soggetto che propone l’accertamento. In effetti, «è frutto di un errore di prospettiva l’affermazione secondo cui il *thema probandum* rimane cristallizzato – e, perciò, corrisponde ad elementi “determinati” della fattispecie sostanziale – quando si inserisce nel contraddittorio». Sul rapporto tra *thema probandum*, da un lato, e contraddittorio ed indagini, dall’altro lato, D. Siracusano, *Prova (nel nuovo codice di procedura penale)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, Treccani, 1991, p. 11.

⁴⁸ Tentando di chiarire con un esempio: se il fatto originariamente rubricato in furto dovesse essere riqualificato in rapina, la difesa si ritroverebbe non soltanto a doversi difendere in ordine al diverso e ben più pregnante elemento costitutivo oggettivo dato dalla violenza o dalla minaccia ma, posta tale necessità, avrebbe tutto l’interesse a chiedere l’assunzione di nuovi mezzi di prova (art. 519 c.p.p.) volti a dimostrare l’insussistenza della coazione. Risulterebbe pertanto priva di giustificazione teorica e pratica, o per lo meno malferma l’argomentazione di chi ha sostenuto che l’imputato, una volta informato debitamente del mutamento in fatto, abbia tutti i necessari strumenti per difendersi in diritto. In tal senso, L. Marini, *Art. 521 – Correlazione tra accusa e sentenza*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, M. Chiavario (cura di), Torino, 1991, p. 476. In senso contrario, R.E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1514, per cui «una modifica della qualificazione giuridica retroagisce (del tutto fisiologicamente) sulle componenti fattuali, nel senso che non può essere disgiunta da una nuova valutazione delle medesime, per verificarne la compatibilità con la nuova configurazione in punto di diritto; il che, verosimilmente, potrà aprire nuovi fronti di discussione su profili storici della medesima vicenda trascurabili e trascurati alla luce della precedente definizione giuridica, ma divenuti importanti alla luce della nuova». In senso critico su tale aspetto e sul ruolo determinante che gioca l’argomentazione di parte intorno al titolo di reato, v. R. Orlandi, *L’attività argomentativa delle parti nel processo penale*, in P. Ferrua-F.M. Grifantini-G. Illuminati-R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 61, per cui «L’assunto secondo cui il giudice conosce il diritto applicabile al caso concreto (*iura novit curia*) ha contribuito finora a lasciare in ombra il ruolo spesso decisivo dell’argomentazione di parte su questo particolare versante della regiodicanda». In senso adesivo, v. P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, ivi, p. 308, secondo il quale «il divario fra fatto e diritto non è così categorico».

⁴⁹ C. cost., 10 marzo 2010, n. 103, pubblicata in *G.U.* 24 marzo 2010, n. 12, reperibile on-line sul sito www.cortecostituzionale.it.

⁵⁰ Anche una variazione più radicale dell’elemento soggettivo (da dolo a colpa) può rientrare, in determinati casi, nel cono di legittimità dell’azione riqualificatrice operata in sentenza dal giudice, senza che sia quindi necessario attivare il meccanismo dell’art. 521, comma 2 c.p.p. Cass., sez. VI, 28 ottobre 2010, n. 41368; v. inoltre, anche se si esprime in termini meno espliciti, la stessa Cass., sez. II, 4 dicembre 2013, n. 51433, in www.italgiure.giustizia.it, par. 2.9 del “[Considerato in] Diritto”.

⁵¹ Al criterio di continenza tra (elementi dei) reati, quale base per discernere una riqualificazione legittima, seppur nelle ipotesi limite di variazione di uno degli elementi del fatto-reato, fa espresso riferimento Cass., sez. V, 21 febbraio 2001, Gabrielli, in *CED Cass.*, n. 219667. Con particolare riferimento alla possibilità di riqualificare, ai sensi del primo comma dell’art. 521 c.p.p., un’ipotesi di rapina in una di esercizio arbitrario delle proprie ragioni ex art. 393 c.p., si v., ad esempio, Cass., sez. VI, 13 giugno 2003, n. 35120, in *CED Cass.*, n. 226654.

reato (quale, appunto, l'elemento subiettivo), senza che sia necessario far regredire sempre il procedimento alla fase delle indagini preliminari.

Consegue che la prerogativa del pubblico ministero di esercitare l'azione penale, formulando, appunto, l'imputazione (cfr. artt. 50, 405 e 409 comma 5 c.p.p.), vada innegabilmente legata all'esercizio del diritto di difesa dell'imputato (artt. 24, 27, 111 Cost.).

Viene infatti facile comprendere come la lesione delle prerogative del pubblico ministero, lungi da rappresentare solo una lesione del principio di separazione delle funzioni processuali che è proprio dell'ordinamento processuale penale (di matrice accusatoria), finisca inevitabilmente per condizionare la strategia difensiva dell'imputato, sino al suo possibile annichilimento totale. È dunque con riferimento ad essa che bisogna guardare per discriminare le ipotesi di legittima riqualficazione del fatto da quelle di tacita (e nociva) riconsiderazione dell'addebito⁵².

In merito, l'orientamento della prevalente giurisprudenza italiana pare si possa riassumere con gli approdi delle sentenze Sezioni Unite Di Francesco del 1996⁵³, Sezioni Unite Carelli del 2010⁵⁴, Sezione II – Caterino del 2013⁵⁵ e Sezioni Unite Lucci del 2015⁵⁶, nelle quali all'interrogativo (statico, puramente concettuale) sui casi di diversità del fatto considerato dal comma 2 dell'art. 521 c.p.p. quale presupposto del meccanismo di regressione del processo (*extrema ratio* per le ipotesi di mancato esercizio del potere di modificare formalmente l'imputazione che è attribuito al pubblico ministero), si è sostituita una diversa e più ampia questione di carattere dinamico, in quanto imprescindibilmente legata agli andamenti e alle peculiarità della vicenda processuale concreta, cioè quella della prevedibilità, da parte dell'imputato, della modificazione in via interpretativa dell'addebito che potrebbe essere operata dal giudice in sentenza.

L'orientamento maggioritario della giurisprudenza sembra quindi orientato nel senso di ritenere che, salvo stravolgimenti imprevedibili degli elementi essenziali del fatto, in riferimento ai quali l'imputato non avrebbe potuto esercitare alcun tipo di difesa (idonea), l'operazione rivalutativa del giudice deve sempre essere riportata al paradigma di cui al comma 1 dell'art. 521 c.p.p., traducendosi in una riqualficazione (legittima) del fatto già ricompreso nella imputazione iniziale.

Consegue che la sentenza in commento convince poco quanto alla ritenuta non abnormità del provvedimento rispetto alla riqualficazione giuridica del fatto "favorevole" all'indagato; non può disconoscersi, infatti, che il reato di cui all'art. 393 c.p. sia fattispecie meno grave di quello di cui all'art. 317 c.p. Eppure, a nostro avviso, il giudice ha effettuato stravolgimenti – che comportano una declaratoria di nullità *ex art. 522 c.p.p.*⁵⁷ –, avendo egli travalicato la possibilità dell'accusato di prevedere gli elementi non prospettati dal pubblico ministero e dunque non ricompresi nella imputazione formulata dall'organo preposto⁵⁸.

CONCLUSIONI

Ora, a prescindere dalla differenziazione tra le ipotesi di "riqualificazione del fatto" o di "riqualificazione dell'addebito", il principio che può trarsi dalla sentenza in commento è quello secondo cui nel procedimento di archiviazione rileva non solo il diritto del pubblico ministero a non essere invaso nelle sue prerogative di esercizio dell'azione penale dal giudice, ma anche – soprattutto – il diritto dell'imputato di conoscere e di interloquire sul contenuto dell'accusa.

Il principio è affermato a livello sovranazionale sia all'art. 48 della Carta di Nizza⁵⁹ (che garantisce il ri-

⁵² A Paoletti, *Caso Drassich 2: differenza tra riqualficazione del fatto-reato e riconsiderazione dell'addebito*, in *Diritto & Diritti*, 2017.

⁵³ Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 16, in *Cass. pen.*, 1997, 360.

⁵⁴ Cass., sez. un., 15 luglio 2010, n. 36551, in *CED Cass.*, n. 248051.

⁵⁵ Cass., sez. II, 10 maggio 2013, n. 34969, in *www.italgiure.giustizia.it*.

⁵⁶ Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, con nota di A. Dello Russo, *Prescrizione e confisca. Le Sezioni unite ridimensionano gli approdi della Corte costituzionale in tema di confisca urbanistica*, in *Arch. pen.*, 2015.

⁵⁷ Cass., sez. V, 1° luglio 2004, n. 28853, in *www.cortedicassazione.it*.

⁵⁸ In dottrina, M. Colamussi, *Le funzioni di controllo, garanzia e decisione del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione del p.m.*, nota a *Cass. pen.*, sez. V, 2 maggio 1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3437.

⁵⁹ E. Aprile-F. Spiezia, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Trento, 2009, p. 38.

spetto della presunzione di innocenza e i diritti della difesa nel processo) sia nella direttiva 2012/13/UE⁶⁰, che delinea le regole proprie della fase procedimentale in cui si trova il procedimento, entrambe fonti poste a garanzia del giusto processo di cui il diritto di difesa dell'indagato è elemento essenziale, quanto il rapporto intercorrente tra la giurisdizione ed il pubblico ministero.

Se non può negarsi che l'ordinanza di imputazione coatta contenga un "comando" del giudice diretto al pubblico ministero, è altrettanto indubbio che sia lo stesso legislatore a riconoscere all'interessato un rimedio nel caso in cui quell'"ordine" scaturisca da una non regolare e non partecipata udienza di archiviazione (v. nuovo art. 410-bis c.p.p.)⁶¹.

A fortiori, non può escludersi l'interesse a impugnare dell'indagato quando, come nella fattispecie in

⁶⁰ La Direttiva 2012/13/UE (in G.U.U.E. n. L 142/1 del 1° giugno 2012), si innesta nella «Tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali», in G.U.U.E., C-295, 4 dicembre 2009, pp. 1-3, nasce dalla Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 30 gennaio 2009. Essa si è dunque aggiunta alla direttiva 2010/64/UE (in G.U.U.E. n. L 280/1 del 26 ottobre 2010), sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali e alla direttiva 2016/343/UE (in G.U.U.E., 11 marzo 2016, L 65/1), sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Praticamente, le segnalate Direttive costituiscono i primi, prodromici ed improcrastinabili strumenti di attuazione di un composito paniere di diritti pregiudiziali all'esercizio del diritto di difesa e, pertanto, del più ampio diritto ad un processo corretto ed equo. Sulla direttiva 2012/13/UE, si vedano le osservazioni generali svolte da F. Romoli, *Osservazioni a prima lettura della Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, p. 1. Sui diritti fondamentali, F. Falato, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, Napoli, ESI, 2012; Id., *Scritti di cooperazione giudiziaria penale*, F. Falato-F. Caringella (a cura di), Roma, Dike, 2018; T. Rafaraci, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 1.

⁶¹ Come già rilevato a nota 7, con la Riforma "Orlando", scompare il comma 6 dell'art. 409 c.p.p., per far spazio alla neo introdotta disciplina di cui all'art. 410-bis c.p.p. La nuova norma contempla anzitutto espresse ipotesi di nullità del decreto di archiviazione, che – come afferma la Relazione all'originario d.d.l. di riforma (Cfr. la Relazione al d.d.l. n. 2798, in *Atti Parlamentari*, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti, p. 5) – sono sostanzialmente ricognitive dei casi già elaborati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità. La prima riguarda il decreto emesso in mancanza dell'avviso, alla persona offesa, di presentazione della richiesta di archiviazione (art. 408, commi 2 e 3-bis, c.p.p.), oppure dell'omologo avviso, dovuto – in materia di particolare tenuità del fatto (art. 411, comma 1-bis, c.p.p.) – sia alla persona sottoposta alle indagini sia alla persona offesa. Il decreto è poi nullo, se emesso «prima che il termine di cui ai commi 3 e 3-bis del medesimo articolo 408 sia scaduto senza che sia stato presentato l'atto di opposizione». L'intento è quello di lasciare alla persona offesa la possibilità di sfruttare tutto il tempo concesso dall'art. 408 c.p.p.; per questo motivo, viene stabilita l'invalidità del provvedimento di archiviazione emesso prima dell'esaurimento di tale periodo (venti o trenta giorni dalla ricezione dell'avviso, a seconda del reato perseguito), salvo naturalmente il caso in cui pure la vittima sia stata piuttosto celere e abbia presentato opposizione antecedentemente alla decisione. Infine, scatta la nullità anche qualora il giudice abbia deciso sulla richiesta di archiviazione, omettendo di pronunciarsi sull'ammissibilità dell'opposizione presentata, oppure – si legge nel codice – l'abbia dichiarata «inammissibile, salvi i casi di inosservanza dell'articolo 410, comma 1». Viene dunque ribadita, anche a livello positivo, l'obbligatorietà di una pronuncia sull'ammissibilità dell'opposizione, ma il giudice resta pur sempre libero – almeno sotto il profilo delle sanzioni processuali – di ignorarne il merito. La seconda fattispecie – caratterizzata da un testo di difficile lettura – sembra significare che il giudice può dichiarare l'inammissibilità dell'opposizione solo nelle ipotesi ex art. 410, comma 1, c.p.p., vale a dire qualora non siano stati indicati «l'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova»; non comporta invece l'automatica irricevibilità dell'opposizione il solo spirare del termine di cui all'art. 408 c.p.p., che conferma una natura squisitamente dilatoria, anziché perentoria. Per quanto riguarda la nullità dell'ordinanza di archiviazione, il legislatore si è limitato a rimodellare l'abrogato art. 409, comma 6, c.p.p., stabilendo, al comma 2 del nuovo art. 410-bis, che «l'ordinanza di archiviazione è nulla solo nei casi previsti dall'articolo 127, comma 5»: si tratterà dunque delle ipotesi di «mancato avviso dell'udienza; mancata indicazione dei destinatari dell'avviso se comparsi; mancato rinvio dell'udienza se l'imputato legittimamente impedito ha chiesto di essere sentito personalmente». Totalmente innovativa è la disciplina da seguire per eccepire le invalidità sopra illustrate (comma 3). Sparisce il ricorso per Cassazione – come emerge dall'abrogazione dell'art. 409, comma 6, c.p.p. – e deve essere presentato, «entro quindici giorni dalla conoscenza del provvedimento», un «reclamo innanzi al tribunale in composizione monocratica». La procedura successiva è molto snella: il tribunale decide «con ordinanza non impugnabile, senza intervento delle parti interessate», le quali avranno soltanto la possibilità di «presentare memorie non oltre il quinto giorno precedente l'udienza». Il soggetto legittimato a impugnare è qualificato dal codice semplicemente come «l'interessato»: si tratta, in sostanza, della persona offesa e, in caso di richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, anche della persona sottoposta alle indagini. Il tribunale ha a disposizione tre diverse decisioni: può anzitutto dichiarare inammissibile il reclamo, ad esempio perché presentato fuori termini; se invece la doglianza è fondata, procede all'annullamento, ordinando poi la restituzione degli atti al giudice, mentre, in caso contrario, si limita a confermare il provvedimento. I riformatori hanno quindi opportunamente sgravato la Corte di cassazione di uno dei suoi precedenti compiti, tramite la creazione di un rimedio – a prima vista di natura impugnatoria –, finora inedito per il codice di procedura penale. Resta comunque ancora preclusa la possibilità di censurare il merito del provvedimento archiviativo, quale che sia la forma da esso assunta; a ben vedere, tale assetto poteva forse essere almeno parzialmente rimeditato, proprio alla luce del passaggio di consegne fra la Corte di legittimità e il tribunale in composizione monocratica. Nel comma 1 dell'art. 411 c.p.p. è stato semplicemente aggiunto un rinvio alla disciplina del nuovo art. 410-bis, c.p.p.

esame, il provvedimento del giudice rappresenti l'epilogo di un contesto dialettico in cui si è discusso sull'archiviazione di reati diversi da quelli poi specificati nell'ordine di imputazione coatta, trattandosi di un atto dagli effetti pregiudizievoli non altrimenti impugnabile, in quanto avulso dagli schemi normativi.

Alla luce delle argomentazioni esposte, è fin troppo evidente l'assai concreto interesse di cui è portatore l'indagato, cioè quello secondo cui l'azione penale sia esercitata nei suoi confronti nel pieno rispetto delle regole costituzionali, relative non solo al riparto dei poteri tra pubblico ministero e giudice nella fase delle indagini preliminari ma anche e soprattutto alla tutela del "contraddittorio" nel pieno esercizio del diritto di difesa. E della irragionevolezza dell'opposto orientamento ermeneutico, la Corte sembra dare esaustiva motivazione, all'uopo richiamando pronunce e principi di rilievo costituzionale.

In conclusione, è opportuno procedere, tuttavia a qualche considerazione circa la regolamentazione attuale dell'imputazione *iussu iudicis*, quale si è delineata proprio a seguito della sentenza in commento.

Per le motivazioni suesposte, la pronuncia delle Sezioni Unite ha sicuramente il pregio di aver definitivamente risolto, nell'unica direzione in grado di contemperare i diversi interessi costituzionali, da un lato la controversa vicenda dei rapporti tra obbligatorietà dell'azione penale e garanzie processuali accusatorie, e dall'altro il contrasto giurisprudenziale sulla legittimazione dei soggetti preposti all'impugnativa del provvedimento giurisdizionale emesso ai sensi dell'art. 409, comma 5 c.p.p.

In ogni caso, è indispensabile notare che la pronuncia determina alcune problematiche, inerenti al potere previsto dall'art. 409, comma 5 c.p.p.; perplessità profilatesi sin dalla sua comparsa nel nostro ordinamento.

La circostanza che il controllo del giudice per le indagini preliminari sia ora sottoposto a limiti molto più serrati implica infatti il pericolo di una più semplice elusione dell'obbligatorietà dell'azione penale da parte del pubblico ministero.

Ci si pone, ad esempio il dubbio circa i rimedi utilizzabili nella eventualità in cui il pubblico ministero si determini illegittimamente a non esercitare l'azione penale e mantenga tale posizione anche a seguito dell'indicazione di nuove indagini e dell'ordine di iscrivere nuovi reati; allo stesso modo ci si chiede quale tutela riceva il principio di obbligatorietà dell'azione penale, in seguito alla limitazione – posta in essere dalla pronuncia in commento – dello strumento dell'imputazione *iussu iudicis*.

Certamente, l'acuirsi del problema non può addebitarsi alla sentenza in esame, sebbene in essa abbiano trovato conferma le contraddizioni, gli imbarazzi e le incertezze che caratterizzano l'istituto dell'imputazione coatta.

Potrebbe addirittura sostenersi che la pronuncia delle Sezioni Unite funga da campanello d'allarme, utile a sollecitare sia una più approfondita e complessiva analisi dell'istituto in oggetto, sia l'adozione di soluzioni idonee a risolvere le questioni ad esso connesse; anche perché nel corso degli anni successivi all'entrata in vigore del "codice Vassalli", la giurisprudenza è più volte intervenuta per garantire una migliore applicazione dell'imputazione *iussu iudicis*, senza riuscire, però, a rimuoverne del tutto le intrinseche contraddizioni.

Tuttavia, un compito così ampio e arduo non può che spettare al legislatore, l'unico legittimato a rinvenire soluzioni innovative in grado di eliminare le incertezze insite nell'istituto, anche perché non è questa la sede per affrontare il delicato tema dell'obbligatorietà costituzionale dell'azione penale.

Qui è solo possibile saggiare altre soluzioni: ad esempio, particolarmente suscettibile di approfondimento appare la soluzione di sostituire il controllo giurisdizionale sulla richiesta di archiviazione con il controllo gerarchico demandato al procuratore generale presso la Corte d'Appello⁶², soluzione su cui appaiono considerevoli i vantaggi processuali, dall'arricchimento della dinamica accusatoria cui tende ad ispirarsi il nostro codice di procedura penale, attraverso una più marcata separazione fra funzione requirente e giudicante, all'eliminazione di ogni incertezza circa la concreta efficacia dell'istituto ed alla maggiore celerità al procedimento.

Certo, il superamento del controllo giurisdizionale nel procedimento archiviativo non rappresenta una soluzione priva di difficoltà e di diffidenze.

⁶² F.R. Dinacci, *Il controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale*, in *Cass. pen.* 1991, II, p. 579 e, volendo, M. Minafra, *Imputazione coatta e omessa formulazione dell'imputazione*, nota a *Cass.*, sez. VI, 31 gennaio 2007, in *Giust. pen.*, 2007.

Esso, tuttavia, trova implicita conferma nella pronuncia in commento, che segna un graduale ma deciso affrancamento della nostra giurisprudenza da quei timori di elusione del principio di obbligatorietà dell'azione penale che contrassegnarono nettamente la stesura del "codice Vassalli". Timori che, a quasi trent'anni dall'introduzione del sistema accusatorio nel nostro ordinamento, appaiono estremamente datati se non del tutto infondati.