



**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FIRENZE  
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DISCIPLINE PENALISTICHE  
DIRITTO E PROCEDURA PENALE  
IUS/16**

**XXIII CICLO**

**L'azione penale tra principio di legalità e principio di opportunità:  
l'esperienza francese**

**Coordinatore del dottorato:**  
Chiar.mo Prof. Francesco Carlo Palazzo

**Tutore:**  
Chiar.mo Prof. Gian Marco Baccari

**Candidata:**  
Dott.ssa Carmen Di Stefano

# INDICE

Introduzione	5
--------------	---

## -PARTE I-

### *IL SISTEMA FRANCESE*

## CAPITOLO I

### *EVOLUZIONE STORICA DEL PARQUET*

1) Le origini medioevali del <i>Parquet</i>	8
2) Evoluzione del <i>Parquet</i> nel periodo pre-rivoluzionario	12
3) Il <i>Parquet</i> sotto la rivoluzione (1789-1799)	17
4) Il <i>Parquet</i> nel <i>code d'instruction criminelle</i>	25
5) Il <i>Parquet</i> nel <i>code de procédure pénale</i> del 1958	29
6) La natura "ibrida" del <i>ministère public</i>	34

## CAPITOLO II

### *LE CARATTERISTICHE DEL MINISTERE PUBLIC*

1) Subordinazione gerarchica al potere esecutivo	37
2) Il principio gerarchico	38
3) Il principio d'unità e d'indivisibilità del <i>Parquet</i>	44

## CAPITOLO III

### *IL REGIME DELL' "ACTION PUBLIQUE"*

1) Il principio « <i>d'opportunité des poursuites</i> »	47
2) Origini del principio di opportunità dell'azione penale	49
3) Il <i>classement sans suite</i> ; l'archiviazione e la <i>poursuite</i> ; l'esercizio dell' <i>action publique</i>	57
4) L'influenza della "riparazione" nella repressione penale e il ruolo della vittima	70
5) Il principio di "graduazione" nella risposta penale; la cosiddetta "terza via"	78
6) La riparazione come alternativa alla <i>poursuite</i>	82
7) La mediazione penale ( <i>la médiation pénale</i> )	87
8) La <i>composition pénale</i>	96
9) La <i>justice réparatrice</i> e la <i>médiation</i> come strumenti d'innovazione del sistema penale	114

## -PARTE II-

### *IL SISTEMA ITALIANO*

## CAPITOLO I

### *L'ESIGENZA DÌ UNA REVISIONE CULTURALE*

- |   |     |
|---|-----|
| 1) Inquadramento istituzionale del pubblico ministero<br>e esercizio dell'azione penale | 124 |
| 2) L'incidenza del principio di obbligatorietà dell'azione penale                       | 130 |
| 3) La scelta nei diversi sistemi processuali tra obbligatorietà<br>e discrezionalità    | 141 |
| 4) La necessità di raccordare la “domanda e l'offerta” di giustizia                     | 148 |

## CAPITOLO II

### *LA RICERCA DI STRUMENTI ALTERNATIVI ALLA TRADIZIONALE AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA*

- |  |     |
|--|-----|
| 1) Possibili “soluzioni” e alternative vigenti al promovimento<br>dell'azione penale                             | 156 |
| 2) Perfezionamento delle soluzioni archiviate nel tentativo<br>di avviare un percorso di giustizia “alternativo” | 165 |
| 3) Profili dell'archiviazione “condizionata” e garanzie<br>costituzionali  | 173 |

## CAPITOLO III

### *LA COMPOSIZIONE DEI CONFLITTI NEI CONFINI DEL SISTEMA PENALE “PERIFERICO”*

1) Gli istituti vigenti nel rito minorile e del giudice di pace	182
2) La composizione dei conflitti nel diritto penale	195
3) Le ipotesi ispirate alla riparazione	197
4) Osservazioni sul ruolo e sulla collocazione delle clausole di “irrilevanza del fatto”	201
5) Considerazioni conclusive	215
 Bibliografia	 227

## INTRODUZIONE

Condurre una riflessione sulla figura del pubblico ministero obbliga ad interrogarsi sui modelli di processo penale adottati nel corso dei secoli e, in particolare, sull'opzione tra sistemi processuali privilegianti il principio di "obbligatorietà" dell'azione penale e quelli che invece prediligono il principio di "opportunità" come accade in Francia.

Brevemente, nella figura moderna il *ministère public* costituisce un prodotto napoleonico ereditato dalla Restaurazione: uomo del governo, operante in una struttura burocratica, esercita il monopolio della domanda penale; e sotto quest'identità passa in Italia (legge Rattazzi, 13 novembre 1859, poi ord.giud. 6 dicembre 1865)<sup>1</sup>. Solo nell'ultimo dopoguerra esso verrà ad acquisire lo *status* dei giudici.

E' necessario pertanto individuare le origini e le funzioni attribuite all'organo d'accusa nel corso dei secoli, al fine di comprendere meglio l'alternativa tra "obbligatorietà" e "opportunità" dell'esercizio dell'azione penale; considerando che, questa *summa divisio*, dipende sostanzialmente dalla concezione sul ruolo, sull'organizzazione e collocazione istituzionale del motore dell'azione penale: il pubblico ministero.

Come vedremo, un sistema sorretto dal principio di opportunità, allo stato "puro", concede al pubblico ministero la sola scelta tra l'esercizio dell'azione penale o l'archiviazione. In Francia, invece, tra questi due estremi, il legislatore ha introdotto una serie di strumenti che consentono di graduare ulteriormente l'intervento del *ministère public*, grazie all'impiego di percorsi alternativi non solo all'instaurazione del processo, ma anche al *classement sans suite* (archiviazione). Questi strumenti rispondono tutti a un principio fondamentale che è quello della "graduazione" della risposta penale.

La *ratio* dell'introduzione di misure ispirate alla logica della graduazione non è, però, solo quella di offrire una risposta alternativa alla *poursuite* o al *classement sans suite*, ma anche quella di sviluppare una politica della "riparazione" del pregiudizio provocato alla società o alla vittima, attraverso un percorso di "moralizzazione" del responsabile.

Il principio di opportunità consente, infatti, al magistrato inquirente di apportare una risposta penale diversificata, potendo beneficiare dell'opzione sul "se" e "come" intervenire, che gli consente di far fronte alle situazioni più disparate e in relazione alle circostanze concrete.

---

<sup>1</sup> F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, Giuffrè, pp. 189 ss.

Tale principio permette, poi, di concentrare le risorse umane e finanziarie su episodi realmente gravi e meritevoli di un approfondimento processuale.

In altre parole, in Francia si è al cospetto di forme di archiviazione “*meritata*”<sup>2</sup>; una sorta di “terza via” tra archiviazione *tout court* e esercizio dell’azione penale.

Tuttavia, dietro questo progressivo accrescimento di poteri, il *parquet* francese soffre a livello statutario della mancanza d’indipendenza dal potere esecutivo.

Ed è per questo motivo che il tema riguardante lo statuto del *parquet* è al centro dei dibattiti politici e dottrinali, lasciando aperti alcuni importanti interrogativi circa le possibili modifiche apportabili allo stesso.

Diversa è invece la situazione presente in Italia, dove a fronte dell’indipendenza esterna del pubblico ministero rispetto al potere esecutivo, vige il principio di obbligatorietà dell’azione penale che impedisce, in teoria, l’introduzione di misure alternative al promovimento dell’azione penale ispirate alle forme di archiviazione “condizionata”.

Invero, ci sono situazioni che in concreto possono far risultare oggettivamente “non pagante” per la società il perseguire penalmente dei fatti, che a causa della loro scarsa rilevanza sociale, potrebbero essere risolti attraverso l’impiego di misure alternative al promovimento dell’azione penale.

In altre parole, anche di fronte a fatti riconducibili a tipi astratti di reato, entrano in gioco una serie di elementi- come ad esempio, le modalità della condotta criminosa, l’entità degli eventi che ne sono conseguiti, il pregiudizio sofferto dalla persona offesa, i precedenti penali del responsabile e valutazioni più complesse come quelle che analizzano i costi del processo in rapporto alla gravità dell’illecito- che di fatto sono in grado di influenzare le scelte della pubblica accusa. Senza dimenticare, poi, che a queste valutazioni si aggiungono altri fattori, di natura non giuridica, che nella prassi orientano l’attività dei pubblici ministeri. Infatti, l’impossibilità di perseguire efficacemente tutti i reati, conduce questi ultimi a compiere delle scelte discrezionali nell’uso dei mezzi d’indagine e ovviamente nell’esercizio dell’azione penale.

In estrema sintesi, il punto comune tra sistemi ad azione penale obbligatoria e quelli ad azione penale discrezionale, risiede nel fatto che nessuno dei due sistemi può garantire l’effettiva punizione di tutti i reati. “La differenza consiste nell’accettazione laica di questo insuccesso nei Paesi ove vige la discrezionalità e la fustigazione etica che

---

<sup>2</sup>J. Pradel, “*La rapidité de l’instance pénale. Aspects de droit comparé*”, in *Rev. Pénit. Et de droit pén.*, n.4, 1995, p. 216. Il tema sarà approfondito successivamente.

consegue alla frequente declaratoria di prescrizione del reato nei sistemi ad azione penale obbligatoria”<sup>3</sup>.

Pertanto, nel corso del presente lavoro, si cercherà dapprima di analizzare il principio di opportunità dell’azione penale vigente nel sistema processuale francese, al fine di individuare le modalità con cui gli uffici della pubblica accusa utilizzano tale discrezionalità. In seguito, saranno evidenziate le principali caratteristiche del principio di obbligatorietà dell’azione penale e le ripercussioni prodotte dallo stesso all’interno del sistema processuale italiano, allo scopo di verificare se siano concepibili interpretazioni dell’art. 112 Cost. meno rigide e in grado di renderlo globalmente più credibile.

In conclusione, come vedremo, ciò che rileva è evitare che la cristallizzazione del principio di obbligatorietà possa disincentivare qualsiasi operazione normativa ed organizzativa diretta ad introdurre strumenti in grado di apportare una risposta penale più celere, ma ugualmente efficace.

---

<sup>3</sup>V. sul punto N. Saracino, *La giustizia italiana, tra obbligatorietà dell’azione penale e processi arbitrari*, 2009, in [www.adiantum.it](http://www.adiantum.it)

## - PARTE I -

### *IL SISTEMA FRANCESE*

## CAPITOLO I

### *EVOLUZIONE STORICA DEL PARQUET*

#### 1) LE ORIGINI MEDIOEVALI DEL *PARQUET*

Durante tutta la sua storia e, ancora oggi, il *Parquet* francese assume una posizione ambigua; una funzione d'interfaccia tra il potere esecutivo e l'autorità giudiziaria<sup>4</sup>.

Questa è la ragione per la quale il *ministère public* riveste ancor oggi un ruolo discusso e discutibile.

Precisare le fasi d'evoluzione della figura del pubblico ministero, al fine di scoprire in quale misura e secondo quali modelli si è avuta la nascita di una "politica penale", permette di evidenziare come la figura in esame risulta essere fortemente influenzata dal contesto storico-politico di riferimento<sup>5</sup>.

Malgrado qualche opinione contraria, si è d'accordo oggi nel ritenere che la figura del pubblico ministero contemporaneo sia nata in Francia con il *Code d'instruction criminelle* del 1808.

Tuttavia, per comprendere meglio le funzioni e gli strumenti di cui il pubblico ministero dispone per regolare l'anzidetta politica penale, occorre fare un passo indietro e soffermarsi brevemente sulle origini di tale figura.

In generale, se si considera il pubblico ministero come un'istituzione autonoma incaricata sul piano giudiziario di difendere la società e di vigilare sull'applicazione delle regole di diritto, essa appare in realtà come una creazione del Medio Evo, piuttosto che la resurrezione di un'istituzione di diritto romano di cui il sistema giuridico continentale

---

<sup>4</sup>In Francia l'ufficio del « *ministère public* » (procureurs généraux, procureurs de la République e substituts) è indicato anche con il termine « *parquet* » che, storicamente, indicava il luogo della sala d'udienza dove il *ministère public* esercitava le sue funzioni. Il *ministère public* si trovava, infatti, sul *parquet*; cioè su un piccolo palco o *enclos* (recinto) e ivi svolgeva le proprie requisitorie "in piedi" innanzi al giudice. Invero il *ministère public* è designato ancora oggi come magistratura "*debout*", cioè in piedi, in opposizione alla magistratura "*assise*", ovvero ai giudici *du siège*, che restano seduti.

<sup>5</sup>Sul concetto di "*politique pénale*", v. C. Bruschi, *Parquet et politique pénale depuis le XIX siècle*, ed. Puf, Paris, 2002, pp 12 ss.

risulta essere fortemente influenzato. A Roma, infatti, la procedura ordinaria era di tipo accusatorio; l'accusa era pubblica e aperta a tutti. Pertanto non troviamo a Roma tracce del *Parquet* nel significato cui siamo abituati a intendere tale figura. Solo a partire dallo sviluppo della procedura inquisitoria si iniziano ad intravedere gli antecedenti della stessa.

Più da vicino, se vogliamo sintetizzare il tipo di procedura dominante dalla caduta dell'Impero romano d'Occidente alla fine del XII secolo, possiamo osservare che la procedura ordinaria era chiaramente di tipo accusatorio, sia in materia civile sia in materia penale.

Come precisato, è importante ricordare che proprio dalla presa di coscienza delle carenze riscontrate in tale modello, è apparsa la figura del pubblico ministero.

Infatti, davanti ai tribunali laici dell'epoca feudale, l'assenza di un accusatore privato non permetteva di reprimere un crimine, né tantomeno un rappresentante del potere giudiziario, salvo in caso di flagranza, poteva sostituirsi all'iniziativa privata. Il processo penale non era che un dibattito tra due privati<sup>6</sup>. Pubblica, orale e formale, davanti alle corti feudali, l'accusa richiedeva in materia penale il rispetto di certe formalità, e ciò valeva ugualmente dinanzi ai tribunali della Chiesa.

In breve ritroviamo, l'*inscriptio*, che rendeva pubblica l'accusa, il *libellus* che esponeva i fatti a carico dell'accusato con accettazione obbligatoria e, infine, la pena detta, impropriamente del "talione" che l'accusatore rischiava nell'ipotesi in cui la procedura non avesse seguito a causa, ad esempio, della mancanza di prove. L'insuccesso del processo assoggettava, infatti, l'accusatore alla stessa pena prevista per i fatti ritenuti commessi dall'accusato. Solo in caso di flagranza, di crimini di lieve entità o notori, la procedura risultava svincolata dal rispetto di tali formalità.

La procedura accusatoria non era pertanto senza rischi per l'accusatore e, a ciò, occorre aggiungere la presenza di un sistema probatorio non sempre governato dalla logica, e la circostanza che, anche nell'ipotesi in cui vi fosse stata la consapevolezza della commissione di un crimine resa nota dal "rumore" del popolo, non sarebbe stato giuridicamente possibile per la macchina giudiziaria attivarsi autonomamente al fine di accertare l'esistenza del reato e la responsabilità del suo autore.

---

<sup>6</sup>G. Leyte, *Les origines médiévales du ministère public, Histoire du Parquet*, a cura di J. M. Carbasse, Paris, ed. Puf, 2000, pp. 23 ss.; A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882, réimpr. Francfort-sur-le Main, 1969, pp. 43 ss.

Invero, per liberare i privati dai rischi procedurali, sarebbe stato necessario che la macchina giudiziaria, presa conoscenza della verifica di un crimine, a seguito dei sospetti generati dalla voce del popolo, potesse procedere direttamente all'apertura di un'indagine al fine di verificare la veridicità o meno dell'accaduto.

Ed è proprio sull'oggetto della procedura d'inchiesta, o d'*inquisitio*, che riemerge una visione pubblica e non più meramente privata della giustizia e della repressione delle infrazioni. Questa rappresenta, infatti, una tappa fondamentale per comprendere l'apparizione della figura del pubblico ministero.

Il modello del processo inquisitorio era l'*inquisitio haereticae privitatis* ecclesiastica; una procedura processuale formalizzata in seguito all'esplosione dell'eresia catara in Linguadoca e Aquitania.

Al Concilio di Tours nel 1163, Papa Alessandro III istituiva la prima legislazione universale in materia; ossia valida per tutti i cristiani.

Tuttavia, il primo ad aver schematizzato e ordinato il rito inquisitorio, attraverso una serie di decreti, fu Papa Innocenzo III.

Nel 1198 Innocenzo III condannava per *simonia* l'arcivescovo di Milano a seguito di un'indagine avviata *ex officio* senza la presenza di un accusatore. Nel 1199, il decreto *Licet Heli*, permetteva al Papa di ritornare ancora sulla procedura criminale. Egli riprendeva così le tre modalità di *poursuite*: *l'accusation*; la *dénonciation* e *l'enquête* attivabile quando si era di fronte ad una "insinuazione manifesta".

In quest'ultimo caso, quando il "clamore" perveniva alla conoscenza del prelado, sia per il "pubblico rumore" sia per le frequenti "allusioni", esso era inderogabilmente chiamato a "*descendre et voir si la clameur est conforme à la vérité*"<sup>7</sup>.

La legislazione papale consacrante la procedura *de accusation*, *dénonciation* e *enquête*, veniva confermata poi dal Concilio Laterano IV nel 1215 e ripresa nel *Liber extra* di Gregorio IX nel 1234, dando vita così ai tribunali dell'inquisizione; giurisdizione ecclesiastica d'eccezione.

Nel 1215 Innocenzo III fissava la procedura inquisitoria in maniera quasi definitiva, perfezionando il dettato conciliare di cinquant'anni prima.

Fra le caratteristiche principali dell'*inquisitio haereticae privitatis* ritroviamo l'iniziativa d'ufficio del giudice, basata sul presupposto della fama del reo o della sua sottrazione alla giurisdizione episcopale nelle diocesi.

---

<sup>7</sup>Per approfondimenti storici v. ancora, G. Leyte, *Les origines médiévales du ministère public*, in *Histoire du Parquet*, a cura di J. M. Carbasse, ed. Puf, Paris, 2000, pp.32 ss.

Per l'*inquisitio* furono istituite regole eccezionali per l'epoca, quali il divieto di rivelare i nomi dei testimoni, la possibilità di utilizzare la tortura e di comminare la pena di morte, sebbene mitigabile ad arbitrio del giudice. Da quest'ultima caratteristica iniziava ad intravedersi il carattere genetico di paterna correzione dell'inquisito che pervadeva la giustizia inquisitoriale ecclesiastica e che più tardi interesserà anche il modello inquisitorio laico.

Orbene, alla fine del '200 nasceva, quindi, dalla saldatura fra l'ordine processuale del diritto romano, le varie tipologie di giustizia penale diffuse nell'Europa continentale e la procedura inquisitoriale ecclesiastica, il processo romano-canonico vero e proprio.

Il modello-base di processo inquisitorio penale, ispirato appunto a quello ecclesiastico, è rintracciabile nel *Tractatus de meleficiis* di Alberto da Gandino, elaborato fra il 1287 e 1301.

Brevemente è possibile indicare, in maniera del tutto generale, i caratteri distintivi del processo inquisitorio:

- istruttoria segreta e destinata ad accumulare le prove a carico;
- importanza centrale attribuita alla confessione del reo, considerata come risolutiva del processo;
- predeterminazione del valore giudiziario delle prove;
- largo impiego della scrittura;
- possibile utilizzo della tortura.

Le caratteristiche suesposte saranno accolte poi nelle leggi penali emanate da imperatori, da re e principi fra il '500 e il '600; dalla *Constitutio criminalis carolina* emanata da Carlo V nel 1532, sino all'*Ordonnance criminelle* di Luigi XIV nel 1670.

In conclusione, la procedura inquisitoria preposta alla repressione dell'eresia, nata per volontà della Chiesa, ha fortemente influenzato dal XII sec. anche le giurisdizioni laiche, le quali ritorneranno ad abbracciare una visione "pubblica" della giustizia che reputa la repressione dei crimini come un'esigenza collettiva a beneficio della società.

Ed è proprio questa visione della giustizia che ha contribuito alla nascita di un accusatore, la cui figura andrà meglio a delinearsi nel corso dei secoli, fino ad arrivare all'attuale *ministère public*.

## 2) EVOLUZIONE DEL *PARQUET* NEL PERIODO PRE-RIVOLUZIONARIO

Orbene, più da vicino, possiamo osservare che il periodo anteriore alla Rivoluzione francese può essere comodamente diviso in due parti, dove la discriminante è data dall'*Ordonnance criminelle* del 1670, la quale costituisce la prima codificazione della procedura penale in Francia.

Lo scopo principale dell'*Ordonnance criminelle* era quello di razionalizzare la procedura esistente derivante, come abbiamo osservato, dalle più disparate fonti normative. Tuttavia, attraverso la stessa si è pervenuti all'affermazione di nuovi principi orientati anch'essi in senso inquisitorio.

Brevemente è possibile anticipare che il processo poteva essere attivato attraverso una denuncia del cittadino oppure con una querela (*plainte*) della persona offesa, dal procuratore del re<sup>8</sup> o, infine, d'ufficio dallo stesso giudice. Seguiva una procedura preparatoria denominata, *information*, che aveva la funzione di raccogliere le prove a carico dell'accusato. Terminata questa fase, il giudice comunicava gli atti al procuratore del re, il quale entro tre giorni doveva restituirli con le sue requisitorie scritte, chiedendo la liberazione dell'accusato, oppure un decreto di comparizione, di arresto o il rinvio all'udienza affinché si procedesse con il rito civile, laddove il reato risultava passibile solo di pena pecuniaria<sup>9</sup>.

In particolare, i testimoni erano sentiti dal giudice, il quale provvedeva altresì ad arrestare l'imputato e a interrogarlo senza la presenza del difensore. L'imputato doveva prestare giuramento e rispondere secondo verità<sup>10</sup>. Al termine di tale attività, il giudice comunicava il relativo verbale al procuratore del re e alla parte civile per le loro conclusioni. A questo punto veniva adottata una nuova decisione; se procedere con le forme del rito ordinario (cioè del processo civile) o con la procedura straordinaria prevista per i reati punibili con pena afflittiva o infamante. In quest'ultima ipotesi iniziava l'*istruzione definitiva*, la quale aveva lo scopo di stabilire l'esistenza o meno del reato e la relativa responsabilità del suo autore. In tale fase, che si svolgeva sempre in segreto, il giudice inquisitore procedeva con i *récolements*, ovvero con le reiterazioni delle testimonianze e con la *confrontation* mediante la quale si presentavano i testimoni

---

<sup>8</sup>Figura che verrà analizzata successivamente.

<sup>9</sup>F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle en France*, I, 2 ed., Paris 1866.

<sup>10</sup>P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 17 ss.

all'accusato, affinché quest'ultimo potesse conoscere i fatti ed esporre le prove contrarie. Il procuratore del re e la parte civile dovevano, poi, presentare nuove conclusioni; l'accusato ne riceveva copia e poteva rispondere con una domanda di attenuazione. Di fronte al collegio giudicante l'inquisitore svolgeva la sua relazione sul processo. Alla fine gli atti erano rimessi al collegio giudicante per l'ultimo interrogatorio dell'imputato e l'emanazione della sentenza. L'imputato poteva essere sottoposto alla tortura preparatoria a condizione che il delitto comportasse la pena di morte e vi fosse una prova considerevole contro l'accusato. In seguito alla condanna poteva essere disposta la "tortura preliminare" allo scopo di rivelare il nome dei complici.

La sentenza di assoluzione non poteva dar luogo in nessun caso al giudicato; l'imputato era prosciolto allo stato degli atti. Contro la condanna, invece, l'imputato poteva fare appello e in seguito poteva presentare impugnazione al consiglio del re<sup>11</sup>.

Orbene, a questo punto occorre fare un passo indietro e approfondire la figura del procuratore del re, la quale pur sviluppandosi lentamente ha finito per assumere un peso notevole ai fini dell'affermazione del pubblico ministero.

Se è arduo stabilire con esattezza se è nella procedura laica o in quella della Chiesa che l'apparizione del pubblico ministero ha giocato un ruolo determinante, non è fuori luogo chiedersi davanti a quale tribunale la figura in esame si è imposta per prima.

Alcuni studiosi ritengono che l'apparizione del *ministère public*, in seno ai tribunali ecclesiastici, denominato "*promoteur*", abbia preceduto il "*procureur du roi*"<sup>12</sup> (procuratore del re) presente nella procedura laica. Ciò nondimeno, nessun testo permette di stabilire con esattezza un ordine di apparizione tra le due figure.

In Francia, infatti, esse si erano affermate più o meno nello stesso periodo. Inoltre, non era presente una reale divisione tra le due giurisdizioni; le persone presenti nei tribunali dell'epoca ricevevano la stessa formazione giuridica ed erano perciò perfettamente al corrente degli sviluppi procedurali che interessavano reciprocamente le due giurisdizioni. Malgrado ciò è lecito ipotizzare che il *procureur du roi* abbia impiegato più tempo ad affermarsi nello scenario giuridico comune come "difensore dell'interesse pubblico", rispetto al *promoteur* della Chiesa.

---

<sup>11</sup>V. ancora, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 18 ss.

<sup>12</sup>V. G. Leyte, *Les origines médiévales du ministère public*, op.cit., pp. 40ss e P. Fournier, *Les officialités au Moyen âge*, Paris, 1880, pp. 30 ss.

Quest'ultimo, infatti, aveva rivestito il ruolo d'accusatore pubblico con considerevole disinvoltura attivandosi *ex officio*, individuando le infrazioni, ricercando le prove a carico e denunciando egli stesso i crimini<sup>13</sup>.

Per quanto riguarda, invece, l'organizzazione laica, i rappresentanti del re sul piano giudiziario erano scelti tra i migliori avvocati e *procureurs* delle giurisdizioni impiegate nel regno per la difesa dei bisogni dello stesso.

Non esiste alcun testo ufficiale a carattere normativo nel quale l'azione del pubblico ministero dell'*Ancien Régime* sia stata definita con precisione. Esistono solo delle indicazioni di carattere generale, all'inizio del XIV secolo, provenienti da una lettera datata 13 luglio 1319, nella quale Filippo V *Le Long*, vietava espressamente ai suoi *procureurs* di costituirsi come parti nelle cause che non avessero avuto ad oggetto il patrimonio o i diritti del re, salvo il caso in cui ciò fosse richiesto per tutelare l'interesse generale.

Questo, in via di prima approssimazione, era il campo d'azione di coloro che verranno designati con il nome di "*gens du roi*"<sup>14</sup>.

La funzione principale del *parquet* dell'epoca consisteva nel difendere sempre i diritti della corona e di vigilare all'integrità del demanio reale<sup>15</sup>.

Dal XIII secolo i *procureurs du roi* erano regolarmente chiamati ad intervenire nei contenziosi concernenti i diritti del patrimonio reale. In seguito, il campo d'intervento dei *procureurs* iniziava ad espandersi anche sotto il profilo della gestione del suddetto patrimonio. Invero, se in origine il *procureur* agiva come mero rappresentante *ad litem* del monarca -parte del processo- muovendosi nei limiti previsti dal mandato conferitogli, a partire dal XIV secolo il re non agirà più a proprio nome, ma sotto quello del suo procuratore; "parte" principale ed unica del processo<sup>16</sup>.

Inoltre, occorre ricordare che è stato soprattutto di fronte alla giustizia ecclesiastica che il pubblico ministero ha dato prova della propria efficacia nell'affermazione dell'autorità reale. Bisognava, infatti, far riconoscere alla Chiesa la distinzione tra la materia spirituale e quella temporale, al fine di ottenere una ripartizione equa delle rispettive competenze.

---

<sup>13</sup>Per approfondimenti sulla figura del *promoteur*, v. ancora G. Leyte, *Les origines médiévales du ministère public*, in *Histoire du parquet*, ed. Puf, Paris, 2000, pp. 44 ss.

<sup>14</sup>Per approfondimenti v. J. P. Royer, *L'évolution historique du parquet*, in *Quel avenir pour le ministère public?*, ed. Dalloz, Paris, 2008, pp 21 ss. Per una ricostruzione storica, v. anche F. Cordero, *Procedura penale*, pp. 199 ss.

<sup>15</sup>Per ulteriori approfondimenti v. S. Dauchy, *De la défense des droits du roi et du bien commun à l'assistance aux plaideurs: diversité des mission du ministère public*, in *Histoire du parquet*, a cura di J.M. Carbasse, ed. Puf, Paris, 2000, pp. 55-75.

<sup>16</sup>V. ancora S. Dauchy, *De la défense des droits du roi et du bien commun à l'assistance aux plaideurs: diversité des mission du ministère public*, cit., pp. 59 ss.

La Giustizia, in quanto attività di competenza reale, era rappresentata nell'immaginario medioevale dalla "potenza" del monarca.

Per questo motivo, a partire dal Medioevo, il pubblico ministero non ha cessato di acquistare importanza con un notevole accrescimento delle proprie funzioni in numerosi campi.

Ai fini del presente lavoro é interessante analizzare brevemente lo sviluppo delle competenze nel settore penale.

Come abbiamo visto, è stato proprio a seguito della trasformazione della procedura da accusatoria in inquisitoria che è apparsa la formula "*action publique*".

Orbene, l'antico diritto distingueva tra "*grand criminel*" e "*petit criminel*", senza offrire però una delimitazione precisa delle fattispecie ricomprese tra le due categorie. In generale, nella prima categoria venivano inclusi i crimini capaci di turbare *les fondements de la société*, di attentare alla vita, all'onore o alla sicurezza dei suoi membri. Nella seconda, invece, rientravano i delitti meno gravi che, senza attaccare direttamente la società, erano ugualmente in grado di arrecare pregiudizio alla libertà personale.

Il pubblico ministero nel primo caso era sempre parte del processo, poiché, a causa della loro idoneità a minacciare l'ordine pubblico e l'interesse della società, giustificavano un intervento più incisivo<sup>17</sup>.

L'attività volta alla repressione di un crimine poteva essere avviata attraverso una querela della vittima, la quale poteva costituirsi così parte civile, oppure con una denuncia. In mancanza di queste due modalità, la giustizia avrebbe potuto attivarsi d'ufficio in modo da impedire l'impunità dei responsabili di gravi crimini.

In altri termini, in assenza di una denuncia o di una querela della vittima, il giudice poteva agire *ex officio* e, come evidenziato dalla dottrina, questa possibilità faceva di lui un *procureur* secondo il diffuso pensiero per il quale "*tout juge est officier du ministère public*".

In tutti i casi, *le procureur du roi* era parte del processo.

Questa confusione di funzioni cominciava a venir meno dal XVI secolo.

L'*ordonnance* del 1670 affermava chiaramente che, nel caso in cui fosse mancata la parte civile, il processo avrebbe potuto essere avviato sotto la diligenza e in nome dei

---

<sup>17</sup>Marie-Yvonne Crépin, *Le rôle pénal du ministère public: l'exemple du Parlement de Bretagne*, in *Histoire du Parquet*, a cura di J. M. Carbasse, Paris, ed. Puf, 2000, pp. 78 ss.

*procureurs*<sup>18</sup>. Invero, le funzioni del procuratore del re, si accrebbero proprio in questo periodo per supplire alla negligenza della parte privata e all'inerzia del giudice.

Dall'originario scopo di difesa degli interessi economici del monarca, essi si spostarono verso la difesa dell'interesse della Nazione. Tuttavia, i poteri del procuratore del re erano ancora piuttosto circoscritti; egli poteva presentare la *plainte*, come la persona offesa, e obbligare il giudice a iniziare il processo. Inoltre, al pari della parte civile, egli poteva ottenere dal giudice una delega al fine di far compiere le prime *informations* da *sergents* e *huissiers*. A seguito di tale attività e presa visione dei verbali, egli decideva se costituirsi come parte; in caso affermativo si costituiva come parte "aggiunta", quando già sussisteva la parte civile, o come parte "principale", quando la parte civile mancava.

Per quanto riguarda, invece, la repressione dei crimini leggeri, "*petit criminel*", essa era lasciata alla libera iniziativa dei privati. Senza una parte civile pronta ad anticipare e a pagare le spese del processo, quest'ultimo non avrebbe avuto luogo.

In conclusione, come abbiamo visto, il fattore principale che ha dato origine alla trasformazione della procedura penale, risiedeva proprio nella posizione rivestita dalla monarchia, la quale ha utilizzato la Giustizia come strumento di centralizzazione del proprio potere.

Come anticipato, l'*Ordonnance* del 1670, emanata nel periodo di maggior potenza della monarchia, avrebbe dovuto semplicemente unificare le forme di procedura penale esistenti. In realtà essa ha finito per consacrare definitivamente gli elementi del sistema inquisitorio che avevano convissuto con i vecchi istituti del sistema accusatorio. In parallelo si era affermata anche la figura del pubblico ministero incaricato di perseguire d'ufficio le infrazioni in nome del re.

Questo movimento di centralizzazione andava di pari passo con l'affermazione dell'idea di tutela dell'"*interesse pubblico*" che si era diffusa a partire dal XIII secolo fino al XVIII secolo.

Proprio lo sviluppo delle *enquêtes* e la diversificazione dei modelli di attivazione dei giudici del regno, sempre più potenti, hanno consentito la nascita dell'"agente del potere": il pubblico ministero.

---

<sup>18</sup>Parte della dottrina, tuttavia, ha interpretato l'*Ordonnance* in esame accogliendone un'interpretazione estensiva, secondo la quale sotto il nome di "*nos procureurs*" sarebbero ricompresi anche i giudici, i quali avrebbero potuto attivarsi anche senza richiesta della parte pubblica. Per approfondimenti storici sul punto, v. Marie-Yvonne Crépin, *Le rôle pénal du ministère public: l'exemple du Parlement de Bretagne, Histoire du Parquet*, a cura di J. M. Carbasse, Paris, ed. Puf, 2000, pp. 82 ss.

Come già chiarito in precedenza, la porta attraverso la quale il *procureur du roi* era riuscito ad introdursi nel circuito della giustizia, fu quella della “rappresentanza”, in nome del sovrano, per la salvaguardia degli interessi economici di quest’ultimo. Tuttavia, a poco a poco le sue funzioni iniziavano a trasformarsi e ad indirizzarsi grazie alle *enquêtes* d’ufficio, verso la repressione dei crimini.

### 3) IL *PARQUET* SOTTO LA RIVOLUZIONE (1789-1799)

Nel periodo, piuttosto breve, che va dal 1789 alla proclamazione dell’impero (1804), la Rivoluzione francese ha sperimentato diversi regimi politici, i quali hanno influenzato inevitabilmente anche molteplici istituti del processo penale.

Il trasferimento della sovranità dalla monarchia verso il popolo, voluto dai rivoluzionari nel 1789, ha comportato altresì una modificazione nell’organico del pubblico ministero. La Costituente, preoccupata di assicurare la separazione dei poteri, consacrata nell’art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo, decise allora di smembrare l’istituzione del pubblico ministero. Al “*parquetier*” dell’*Ancien Régime* subentrava così un “*commissaire*” nominato dal re.

La legge del 24 agosto 1790, al titolo VIII, riservava, infatti, al “*commissaire du roi*”, agente del potere esecutivo presso il tribunale, inamovibile, la missione di sorvegliare l’applicazione della legge e l’esecuzione delle sentenze e rimetteva, invece, ad un accusatore pubblico eletto dalla Nazione, il compito di sostenere l’accusa davanti la magistratura giudicante<sup>19</sup>.

Uno portava la voce del monarca costituzionale presso i tribunali, l’altro aveva il compito di vendicare la Nazione “ferita” dagli atti che arrecavano pregiudizio all’ordine sociale. Pertanto, venne a crearsi un *parquet* “royal” e un *parquet* “nazionale”, dove il primo era formato da ufficiali, nominati dal re ma istituiti a vita, incaricati di esercitare il *ministère public*, come disponeva il decreto dell’8 maggio 1790.

Più da vicino, per rintracciare le funzioni attribuite ai “commissari del re” è possibile affermare, innanzitutto, che essi non svolgevano il ruolo di pubblici accusatori.

---

<sup>19</sup>C. Bruschi, *Parquet et politique pénale depuis le XIX siècle*, ed. Puf, Paris, 2002, pp. 73 ss.; J.P. Royer, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 2<sup>a</sup> ed., mise à jour, 1997; E. de Mari, *Le parquet sous la Révolution, 1789-1799*, in *Histoire du Parquet*, a cura di J.M. Carbasse, ed. Puf, Paris, 2000, pp. 221 ss. e A. Perrodet, *Etude pour un ministère public européen*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 14 ss.

In materia penale essi non erano competenti a redigere l'atto di accusa, ma potevano opporsi ad esso grazie al potere di "visto" ed ottenerne, conseguentemente, il rigetto da parte del tribunale. Inoltre, ricevevano gli atti e i fascicoli dei processi, assistevano ai giudizi, potevano rivolgere le requisizioni ai giudici e, se non ascoltati, potevano ricorrere anche in Cassazione. Erano invitati, poi, a denunciare un certo numero di crimini, secondo la loro gravità.

Come risulta dalle competenze loro attribuite, essi non erano chiamati ad occuparsi principalmente dell'esercizio dell' "*action publique*"; ciò rappresentava il maggior punto di debolezza del "*commissarie du roi*".

Mentre, la creazione di un "*accusateur public*" eletto dal popolo e operante presso il *tribunal criminel*, rappresentava un'innovazione evidentemente straordinaria: grazie ad esso il popolo (sebbene per il momento solo la casta degli elettori di secondo grado) occupava finalmente un posto nel *parquet*.

Bisognerà attendere l'autunno del 1791, ovvero le leggi sulla procedura criminale, per scoprire in realtà la ristrettezza dei poteri che la Costituente attribuì al *ministère public*. Infatti, mentre il *ministère public*, tanto pre-Rivoluzione che post-Rivoluzione, amava porsi come difensore della società e, allo stesso tempo, secondo una retorica complementare, come "protettore" anche dell'accusato, l'"*accusateur public*" rivoluzionario poteva agire solo "accusando".

In seguito, negli anni notoriamente conosciuti come quelli del Terrore (1792-1794), l'*accusateur public* tornerà ad assumere un ruolo largamente predominante<sup>20</sup>.

Invero, il periodo storico in esame, ha intrattenuto un rapporto quasi paradossale con la giustizia. Da un lato, era incoraggiato un atteggiamento ostile nei confronti dei magistrati e, dall'altro lato, venivano moltiplicate le giurisdizioni per reprimere in massa la contro-rivoluzione e legittimare tale repressione.

Il Terrore giudiziario prendeva le mosse nei primi giorni del settembre 1792 a seguito della presa di Verdun da parte dei Prussiani.

Ma già prima, il 10 agosto 1792, la folla sospinta dalla Comune insurrezionale, assaliva il palazzo delle Tuileries, da cui re Luigi XVI di Borbone si era allontanato con la famiglia per porsi sotto la protezione dell'Assemblea legislativa. Con la messa in giudizio del re, la *Convention* inaugurava il periodo dei processi "fuori" dalle norme. La Comune imponeva, infatti, l'elezione di un nuovo corpo assembleare e la decadenza del re: l'Assemblea terrorizzata, sospendeva il re, fino a che non sarebbe intervenuta la

---

<sup>20</sup>E. de Mari, *Le parquet sous la Révolution, 1789-1799*, in *Histoire du parquet*, a cura di J.M. Carbasse, ed. Puf, Paris, 2000, pp. 225 ss.

Convenzione nazionale. Con l'elezione dei membri della Convenzione, sorgeva la nuova "legalità" repubblicana. Il terrore andava pian piano ad assumere forme più raffinate allo scopo di diventare "legale".

Il 21 settembre 1792 la Convenzione proclamava all'unanimità la caduta della monarchia, il 25 settembre la Repubblica era dichiarata come "una e indivisibile". Sennonché, l'odio comune per la religione cattolica e la tradizione storica della Francia, occultavano i feroci contrasti presenti fra le fazioni. Già il 25 ottobre Robespierre, accusato in assemblea di volersi fare tiranno, rivendicava orgogliosamente la contrarietà al diritto di tutta la Rivoluzione. Il Terrore- religioso, politico, militare, giuridico ed economico- era stato abilmente organizzato per accelerare sistematicamente il corso della Rivoluzione. Consapevoli di essere una minoranza a Parigi e, ancor più nel Paese, i membri della setta Giacobina arrivarono a terrorizzare la Francia intera. Il regime di annichilimento era diretto dal Comitato di Salute pubblica che esercitava, di fatto, il governo del Paese.

A partire dal marzo 1793 il Comitato creava e si avvaleva del Tribunale criminale straordinario (futuro tribunale rivoluzionario) a Parigi, con il quale veniva così inaugurata la fase della procedura "*hors la loi*", destinata alla repressione locale<sup>21</sup>.

Sul piano giudiziario, la ragione di Stato, sollecitava la nascita di un *Parquet* rivoluzionario.

Dal 1793, anno che ha segnato le prime vittorie della Repubblica, quest'ultima esige un *parquet* dotato di maggiori poteri in modo da metterlo a servizio della propria politica di "ripulitura".

A livello organizzativo, sospesi i commissari del re, essi furono sostituiti "provvisoriamente" da dei commissari del potere esecutivo presso i tribunali criminali e del distretto. I primi erano eletti dai consigli generali di dipartimento, i secondi, invece, dai consigli di distretto.

Il 19 ottobre 1792, la *Convention*, riunitasi decideva di mettere i corpi amministrativi e giudiziari sotto l'elezione a suffragio universale: nascevano così i commissari "*nationaux*". L'elezione a suffragio universale non modificava, però, l'origine sociale dell'*accusateur public*; esso proveniva dalla categoria dei professionisti del diritto o da anziani avvocati.

Il decreto 20-22 ottobre 1792 provvedeva a trasferire all'accusatore pubblico quei poteri che spettavano appunto al commissario del re; di conseguenza l'accusatore estendeva

---

<sup>21</sup>Per approfondimenti, v. P. Tonini, *Polizia giudiziaria e magistratura*, 1979, Milano, Giuffrè, pp. 50 ss.; E. de Mari, *Le parquet sous la Révolution, 1789-1799*, cit., pp. 226 ss

notevolmente i suoi interventi, perché poteva finalmente incidere anche sull'istruzione che si svolgeva davanti al direttore del *jury*.

Questo corpo, tutto sommato tradizionale, vedeva oscillare le proprie funzioni entro due poli estremi: da un lato, veniva richiesto loro un attivismo ereditato dagli anziani riflessi delle proprie competenze e, dall'altro lato, una "inazione" imposta, talvolta, per agevolare il potere politico.

Con la Costituzione del 5 fruttidoro anno III (22 agosto 1795) iniziava la terza fase rivoluzionaria, che prendeva il nome dal nuovo organo posto al vertice del potere esecutivo; ovvero il Direttorio<sup>22</sup>.

In estrema sintesi è possibile anticipare che il periodo del Direttorio (1795 al 1799) vedeva la nascita di un *parquet* che affondava le proprie origini dall'osservazione degli errori della fase precedente.

Il quadro costituzionale era caratterizzato, in sostanza, dal ritorno ai principi della Costituzione del 1791.

A seguito delle infelici esperienze della fase del Terrore, i rivoluzionari, che non volevano né il ritorno alla monarchia, né la dittatura del potere legislativo, tentarono di portare a termine un lavoro di compromesso fra i principi della sovranità popolare e della separazione dei poteri.

Per quanto riguarda quest'ultimo principio, nonostante la sua riaffermazione nella nuova Costituzione, esso non trovò un'attuazione normativa completa e soddisfacente dopo la parentesi del Terrore.

Infatti, la separazione venne assicurata solo fra potere legislativo e potere amministrativo, cioè fra il potere politico e l'amministrazione. Per quanto attiene, invece, al potere giudiziario, esso non fu dotato d'autonomia; i giudici erano ancora di nomina elettiva ed erano condizionati direttamente dal potere politico.

Invero, le modifiche introdotte in tema di ordinamento giudiziario, muovevano dall'idea di aumentare la forza dell'esecutivo. Tale tendenza si era palesata proprio nella riforma del pubblico ministero; organo sottoposto a continue modifiche legislative.

Con la caduta della monarchia, le funzioni del commissario del re furono attribuite all'accusatore pubblico elettivo<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup>V. ancora E. de Mari, *Le parquet sous la Révolution, 1789-1799*, cit. pp. 241 ss.

<sup>23</sup>J. P. Royer, *L'évolution historique du parquet*, in *Quel avenir pour le ministère public?*, ed. Dalloz, Paris, 2008, pp. 21 ss.

La Costituzione dell'anno III (22 agosto 1795) reintroduceva la duplicità degli organi del pubblico ministero e attribuiva al commissario del potere esecutivo le funzioni prima esercitate dal commissario del re.

Il *parquet* ritrovava, quindi, nell'anno III la dualità instaurata nel 1790; l'*accusateur public* "uomo del popolo" e i *commissaires* del Direttorio presso i tribunali, "uomini del Governo".

Il presupposto teorico dell'innovazione era chiarito nell'art. 147 secondo cui il Direttorio aveva il compito di "sorvegliare e assicurare l'esecuzione delle leggi nelle amministrazioni e nei tribunali tramite commissari de esso nominati". Evidentemente il cumulo di funzioni posto in capo all'accusatore pubblico non aveva dato esito positivo, invece, la ripristinata dualità e separazione degli organi del pubblico ministero, consentiva l'instaurazione di una parziale responsabilità politica dell'esecutivo. Tuttavia, occorre rilevare che il vincolo gerarchico che gravava sul commissario del potere esecutivo fu reso più forte; il "commissario del re", era, infatti, inamovibile, i "commissari del governo" erano nominati e destituibili dal Direttorio.

L'influenza dell'esecutivo sul pubblico ministero trovava un limite nel fatto di aver salvaguardato la figura dell'"accusatore pubblico", cui spettava il compito di sostenere l'accusa in dibattimento davanti al *tribunal criminel*. L'idea di fondo risiedeva nella constatazione che "l'azione pubblica apparteneva essenzialmente al popolo" ed era esercitata "in suo nome da funzionari specialmente incaricati a tale scopo"<sup>24</sup>.

Alla separazione delle funzioni di pubblico ministero corrispondeva, a livello teorico, l'accoglimento del principio della sovranità popolare e della separazione dei poteri.

Pertanto si è di fronte ad un *Parquet* composto, da un lato, da commissari del governo e, dall'altro, da accusatori pubblici.

I primi rappresentavano "*l'occhio del potere fisso sull'amministrazione giudiziaria*", "*braccia e mani*" dei ministri secondo l'interpretazione tradizionale del 1791, diventando così i pionieri di un nuovo modello che pian piano iniziava ad affermarsi; uomini della Giustizia e amministratori inseriti in una gerarchia ancora non completamente disegnata. In altre parole, la figura del commissario del Direttorio iniziava ad abbozzare i grandi tratti del pubblico ministero moderno<sup>25</sup>.

Per quanto riguarda, invece, la figura dell'accusatore pubblico, la Costituzione dell'anno III sembrava fare di quest'ultimo un semplice duplicato dell'istituzione immaginata nel 1790. Senza grandi cambiamenti rispetto alla Costituzione del 1791, l'art. 248 dell'anno

---

<sup>24</sup>Art. 5 *Code des délits et de peines* del 3 brumaio anno IV; E. de Mari, *op.cit.*, pp. 227 ss.

<sup>25</sup>V. ancora, E. de Mari, *Le parquet sous la Révolution, 1789-1799*, *cit.*, pp. 251 ss.

III indicava semplicemente che l'accusatore pubblico "deve perseguire i delitti sugli atti d'accusa ammessi dai giurati, sorvegliare gli ufficiali di polizia dei dipartimenti e trasmettere loro le denunce che sono indirizzate direttamente ad essi".

L'accusatore ritrovava apparentemente il legame con la concezione ideale dei Costituenti: essere "l'uomo del popolo" allontanato dalla funzione di *poursuite* e fornito di un limitato potere di sorveglianza sugli ufficiali di polizia.

Il legislatore, in realtà, trasformò rapidamente tali funzioni. Dato che nella pratica criminale i giudici di pace furono integrati in una gerarchia implicita ma rigorosa, il miraggio di un pubblico ministero "cittadino" si affievoliva e il ruolo di accusatore si rinforzava.

Questa estensione di attività fu consacrata nell'art. 281 del codice del brumaio dell'anno IV. Esso riconosceva, infatti, non solo la possibilità di ricevere le denunce, ma anche di sorvegliare "*à ce qu'elles soient poursuivies*": la funzione di sorveglianza risultava alquanto ampia, laddove offriva l'occasione di intervenire non solo nel momento della *poursuite* ma, più in generale, nel corso dell'istruzione.

A livello di organizzazione giudiziaria l'*accusateur public* era in pratica isolato; non esisteva alcuna collegialità in tale ufficio, né tra esso e i *commissaires*. Il punto in comune con questi ultimi era dato dall'appartenenza al *parquet* e dalla loro missione comune in seno all'ufficio del "*ministère public*".

Questo isolamento organizzativo porterà presto a dubitare della loro legittimità anche sotto il profilo della durata del mandato.

Orbene, il quadro che emerge da questa sintetica ricostruzione è piuttosto chiaro: da molto tempo ormai l'*accusateur* non era più semplicemente "l'uomo del popolo", ma il rappresentante di una casta di fortunati repubblicani fedeli alla politica del momento.

Con l'espansione delle funzioni di sorveglianza sugli ufficiali di polizia giudiziaria e in seguito sui giudici di pace, l'*accusateur* era chiamato ad occuparsi sempre di più dell'istruzione.

Tuttavia tale figura, istituita all'inizio della Rivoluzione per riempire un posto di prestigio nell'apparato giudiziario, diventava lentamente un retaggio dello Stato: oggetto di svariate pressioni, posta solo al di sopra del giudice di pace ed inferiore ai *Commissaires* presso i tribunali civili e criminali, essa non sembrava più essere indispensabile<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup>Per approfondimenti, v. ancora E. de Mari, *Le parquet sous la Révolution, 1789-1799*, cit. pp. 259 ss.

Il colpo di Stato del 18 brumaio dell'anno VIII (9 novembre 1799) poneva fine ad un regime caratterizzato da una forte instabilità.

Il *Consolato* era, infatti, il regime politico che aveva ribaltato quello del Direttorio, partendo proprio dalla constatazione della necessità di creare un sistema autoritario sul quale sarebbe riposato uno Stato solido con una struttura capace di tutelare i cittadini. Invero, i punti fondamentali del progetto politico del Consolato, erano rappresentati proprio dal voler ripristinare la pace, assicurare l'affermazione dello Stato e creare un nuovo inquadramento della società civile attraverso un'importante opera di codificazione, civile e penale.

Tale regime era diretto da tre consoli, ma in realtà i poteri effettivi erano esercitati dal Primo console Napoleone Bonaparte, il quale diventerà console a vita nel 1802. Il consolato durerà fino al 18 maggio 1804, data della fine della Prima Repubblica francese e della proclamazione del Primo Impero.

Più da vicino, a seguito del colpo di Stato del 18 brumaio dell'anno VIII, veniva proclamato un consolato provvisorio composto da Bonaparte, Ducos e Sieyès. Quest'ultimo, in particolare, diede l'impronta al progetto della nuova Costituzione, preso atto degli anni d'instabilità che avevano caratterizzato il Paese sotto il Direttorio. Il punto di partenza era quello di voler rafforzare il potere esecutivo e di facilitare il funzionamento del regime.

La nuova Costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII (26 dicembre 1799) fu in sostanza opera di Sieyès che nel 1789 era stato uno dei più forti sostenitori del principio di sovranità popolare. Il nuovo regime aveva come caratteristiche principali, da un lato, quella di aver rafforzato il potere esecutivo centralizzandolo nelle mani del primo Console; dall'altro lato, quella di aver attenuato il potere legislativo, ritenuto una delle cause dell'ingovernabilità del Paese, non godendo di una maggioranza omogenea e durevole.

Orbene, per quanto riguarda la figura del pubblico ministero, occorre sottolineare come il movimento di politicizzazione del *parquet* risultava essere anteriore al XIX secolo. Esso era riscontrabile già sotto il periodo del Terrore per accentuarsi, poi, sotto il Direttorio fino ad arrivare al Consolato, il quale ne aveva completato, appunto, l'evoluzione riconducendolo ad un unico "sistema" grazie alla riunificazione dell'ufficio del pubblico ministero.

Infatti, la ripartizione funzionale che era stata adottata sotto la Rivoluzione non rispondeva più al modello di potere del Consolato d'ispirazione autoritaria e ansioso di ristabilire l'ordine.

Il *ministère public* doveva essere necessariamente in armonia con la Costituzione in vigore. L'ordinamento del pubblico ministero venne di conseguenza modificato in sintonia con i nuovi principi costituzionali<sup>27</sup>. In base all'art. 63 Cost., la funzione di accusatore pubblico presso il *tribunal criminel* era esercitata dal "commissario del governo".

Questa modifica rappresentava una delle più importanti innovazioni dell'ordinamento giudiziario.

Difatti, fino a quel momento restava in piedi la teoria dell'Assemblea costituente, secondo la quale, il potere d'accusa, come tutti i poteri statali, doveva derivare dal popolo. Con la Costituzione dell'anno VIII si ammetteva, invece, che il potere d'accusa sarebbe spettato al potere esecutivo, il quale lo avrebbe esercitato delegandolo ai suoi agenti. La ragione di tale scelta risiedeva nell'insoddisfazione del costituente sulla gestione dell'ordine e della sicurezza pubblica fornita dagli organismi prima esistenti. L'esigenza di tranquillità e sicurezza invocata dal Paese, richiedeva che tale compito fosse addossato direttamente all'esecutivo. Tutto ciò comportava, però, anche la perdita dell'azione penale popolare.

In altre parole, era attribuita un'importanza centrale al nuovo ruolo del governo, il quale era il solo in grado di "assicurare la libertà e di mantenere la tranquillità pubblica", a condizione di poter beneficiare di un magistrato del pubblico ministero nominabile e revocabile dallo stesso potere esecutivo.

Pertanto, una volta riunito il *parquet*, l'idea essenziale era quella per cui al governo sarebbe spettata la *conception*, mentre al pubblico ministero l'*exécution*; ciò all'interno di una funzione e di una posizione che interesserà l'ufficio del *parquet* durante tutto il XIX secolo<sup>28</sup>.

In conclusione è possibile affermare che fino al 1801 l'organizzazione della giustizia era rimasta in sostanza quella concepita dai rivoluzionari, dal 1804, invece, il Consiglio di Stato iniziava i lavori per la redazione del codice di procedura penale.

---

<sup>27</sup>Per approfondimenti sul punto, v. P. Tonini *Polizia giudiziaria e magistratura*, 1979, Milano, Giuffrè, pp. 70 ss

<sup>28</sup>J.P. Royer, *Histoire du ministère public. Evolutions et ruptures, Le Parquet dans la République*, ENM, 1996.

#### 4) IL *PARQUET* NEL « *CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE* »

Il *code d'instruction criminelle* venne promulgato nel 1808 ma entrò in vigore nel 1811. Con esso la procedura penale risultava profondamente modificata, dando vita a quello che verrà definito come “sistema misto”; vale a dire un sistema nato dalla combinazione tra il sistema inquisitorio e quello accusatorio. Tale sistema permetteva di contemperare le esigenze di difesa della società con le esigenze di garanzia in favore dell'imputato.

In estrema sintesi, la fase anteriore al dibattimento, denominata istruzione, era prevalentemente inquisitoria, sebbene temperata da alcuni istituti presenti nel sistema accusatorio.

La fase del dibattimento era, invece, prevalentemente accusatoria, salvo alcuni temperamenti in senso inquisitorio<sup>29</sup>. In definitiva, il sistema “misto” era caratterizzato dalla “separazione delle funzioni” tra accusa e giudizio, ma non dal principio della “separazione delle fasi processuali”; la mancata attuazione di quest'ultimo principio rappresentava, infatti, il maggior difetto del sistema napoleonico.

Ciò che preme rilevare in questa sede, è verificare il ruolo assunto dal pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale.

Infatti, sebbene egli avesse come missione quella di ricercare le infrazioni, l'istruzione sfuggiva ancora al suo controllo per essere condotta, invece, dal giudice istruttore; magistrato *du siège* incaricato di dirigere l'inchiesta penale.

Con il *code d'instruction criminelle*, il giudice istruttore diventava una figura emblematica del processo penale, poiché la fase dell'istruzione, collocata tra la scoperta dell'infrazione e il rinvio a giudizio, determinava la “sorte” del processo stesso. Incaricato di condurre l'inchiesta, il giudice istruttore (al tempo qualificato come ufficiale di polizia giudiziaria e sottoposto al controllo del *parquet*) poteva utilizzare tutte le misure coercitive, compresa la detenzione. Nel periodo in esame, dove circa il 40 % degli affari penali passavano sotto il suo controllo, il giudice istruttore rappresentava “l'uomo più potente della Francia”<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup>Per approfondimenti sul sistema « misto », v. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 22 ss.

<sup>30</sup>Come vedremo, si discute attualmente sull'opportunità di sopprimere la figura del giudice istruttore, per conferire la totalità dei poteri d'indagine al *parquet* (tuttavia, quest'ultimo non è un organo indipendente ma risulta sottoposto al potere di direzione e controllo del potere esecutivo). Oggi, infatti, circa il 95% degli affari penali sono sottratti alla fase dell'istruzione condotta dal giudice istruttore. Questo dato, però, non dipende da una generalizzata semplificazione delle fattispecie

Ebbene, fatte queste precisazioni di carattere generale sulla nuova struttura del processo penale, è possibile notare come il passaggio dal Consolato all'Impero, accentuando i tratti autoritari del regime, aveva richiesto inevitabilmente una serie di innovazioni anche nell'ordinamento giudiziario.

In particolare, sull'organizzazione del pubblico ministero, organo ormai riunificato e già ricompreso nella sfera d'azione dell'esecutivo, il senatoconsulto dell'anno X riconosceva, al commissario del governo presso la Cassazione, il potere di sorvegliare i commissari presso i tribunali d'appello e presso i *tribunaux criminels*. A loro volta i commissari presso i tribunali d'appello avevano il potere di sorvegliare i commissari presso i tribunali di prima istanza.

Il senatoconsulto successivo (28 floreale dell'anno XII) modificava semplicemente i nomi dei rappresentanti del pubblico ministero; in particolare i commissari del governo presso la Cassazione, i tribunali d'appello e le *cours de justice criminelle* (nuovo nome dei *tribunaux criminels*) assumevano il titolo di procuratori generali imperiali e gli altri commissari del governo quello di "procuratori imperiali".

I decreti del 20 aprile e 6 luglio 1810 perfezionavano l'ordinamento del pubblico ministero, regolando altresì i rapporti fra i vari organi.

All'interno dell'ufficio, il principio gerarchico comportava che i sostituti esercitassero le loro funzioni sotto la sorveglianza e la direzione del capo dell'ufficio. Il potere di

---

criminose o da un loro agevole accertamento. Anzi, risulta inverosimile immaginare che, nell'era della mondializzazione, della delinquenza finanziaria e dei grandi traffici internazionali, le indagini possano aver subito una tale semplificazione. Le ragioni sono, evidentemente, altre e possono essere brevemente rintracciate in chiave storica. Si tratta, però, di una lunga storia che rimonta da un lato, con "l'ingresso" dell'avvocato nell'ufficio del giudice istruttore nel 1897, rendendo l'istruzione maggiormente "contraddittoria". Mentre, dall'altro lato troviamo un'inchiesta condotta dalla polizia giudiziaria sotto la direzione del *parquet* e senza la partecipazione dell'avvocato, la quale veniva ad assumere un'importanza crescente.

Dapprima "ufficiosa", poi legalizzata, come vedremo, nel codice del 1958 sotto il nome di "*enquête préliminaire*", essa permetteva al *parquet* di rinviare direttamente un affare in giudizio senza l'intermediazione del giudice istruttore (salvo in materia di crimini). A poco a poco, perciò, la fase dell'istruzione incominciava ad essere più garantista, conformemente ai principi costituzionali e europei, mentre, in parallelo, si sviluppavano procedure alternative, a detrimento dell'istruttoria, che passava, ad esempio dal 20% degli affari trattati nel 1960, a circa l'8% nel 1989, e al 4% nel 2009.

Inoltre, la questione circa la soppressione della figura del giudice istruttore, affonda le sue radici in una considerazione di fondo legata alle funzioni esercitate da quest'ultimo. Esso, infatti, come "inquirente" deve compiere le indagini ed avanzare ipotesi sulla colpevolezza o innocenza del soggetto, invece, come "giudice" deve ritornare ad essere imparziale nel momento in cui si tratta di prendere decisioni di natura giurisdizionale o valutare se rinviare in giudizio la persona interessata. Questa situazione, unitamente ad altre problematiche, ha dato vita ad una serie di riforme parziali, con le quali il legislatore francese ha cercato di trovare un equilibrio tra le due "missioni" affidate al giudice istruttore. Purtroppo, l'accumulazione incessante dei vari testi legislativi ha reso il codice attuale estremamente complesso, al punto da far avvertire l'esigenza di una riforma d'insieme dell'intero codice di procedura penale. V. M. Delmas.- Marty, *La phase préparatoire du procès pénal, pourquoi et comment réformer?* Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, Paris, 2009, per approfondimenti [www.asmp.fr](http://www.asmp.fr).

quest'ultimo incontrava, tuttavia, due limiti. Innanzitutto, il sostituto, cui era ingiunto di procedere, era tenuto ad esercitare l'azione penale, ma poteva presentare in udienza le conclusioni orali dettate dalla sua coscienza. In secondo luogo, in caso di disaccordo fra il procuratore generale e il suo sostituto, vi era una specifica procedura da seguire, prima che il capo potesse sottrarre al sostituto il processo.

Tenendo presenti questi due limiti è possibile affermare che l'ufficio del pubblico ministero era strutturato secondo il principio di unità delle funzioni.

Nei rapporti tra gli uffici, ovvero tra procuratore generale e procuratore imperiale, il principio gerarchico attribuiva all'ufficio superiore un potere disciplinare e un potere direttivo su quello inferiore. Il primo era disciplinato dall'art. 60 della legge del 20 aprile 1818, secondo cui gli ufficiali del pubblico ministero erano chiamati al dovere dal procuratore generale; quest'ultimo ne dava conto al *Grand juge* (Ministro della Giustizia) il quale, in base alla gravità del caso, poteva farli ammonire dal procuratore generale o li faceva chiamare innanzi a sé<sup>31</sup>. Il potere del ministro era piuttosto ampio, perché il pubblico ministero non beneficiava a differenza del giudice, della garanzia dell'inamovibilità.

Il potere direttivo si traduceva nell'ordine di intraprendere l'azione pubblica per un determinato fatto di reato. Più precisamente, il ministro poteva ordinare l'esercizio dell'azione penale o che fossero presentate determinate richieste scritte al giudice. Le direttive del ministro erano trasmesse al procuratore generale che non poteva, però, personalmente esercitare l'azione penale, pur essendo investito del potere di direzione dell'*action publique* in tutto il distretto. Il procuratore generale poteva solo incaricare dell'esecuzione il procuratore imperiale competente, il quale a sua volta ordinava l'esercizio dell'azione penale al commissario di polizia, investito delle funzioni di pubblico ministero presso il giudice di pace relativamente alle contravvenzioni di *police*. L'esercizio del suddetto potere direttivo, incontrava però un limite ben preciso. Il legame gerarchico non dava al magistrato dell'ufficio superiore il potere di compiere gli atti attribuiti all'ufficio inferiore. Vigeva, infatti, una regola secondo la quale ogni ufficio era l'unico competente a svolgere le funzioni di pubblico ministero presso il relativo organo giudiziario. Tale aspetto era particolarmente importante perché il procuratore generale non poteva avocare a sé le indagini, né sostituirsi al pubblico ministero di grado inferiore. Nel caso in cui quest'ultimo non avesse obbedito alle direttive ricevute, il procuratore

---

<sup>31</sup>Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1845-1860, vol.9; J.P. Royer, *Histoire de la justice en France*, ed. Puf, Paris, 1997.

generale avrebbe potuto soltanto sollecitare il ministro ad adottare un provvedimento disciplinare.

Altro limite, che incontrava il potere direttivo del Ministro della Giustizia, era dato dal fatto che l'azione penale era attribuita al pubblico ministero direttamente dalla legge in maniera tale che, di regola, il pubblico ministero avrebbe potuto attivarsi d'ufficio e procedere senza ricevere alcuna richiesta o sollecitazione. In altre parole, il ministro concorreva a dirigere l'azione penale, ma non poteva sospenderla o annullarla<sup>32</sup>. Gli atti, eventualmente contrari alle direttive del ministro, erano perfettamente validi ai fini del processo.

Orbene, ciò che è possibile rinvenire dalla disciplina in esame è che il risultato complessivo della stessa fu di rendere il pubblico ministero un organo di raccordo tra potere giudiziario e potere esecutivo, evitando così di attribuire l'esercizio dell'azione penale direttamente a quest'ultimo. Contemporaneamente il ministro rimaneva politicamente responsabile di quello che faceva, o che non faceva, l'ufficio del pubblico ministero.

I notevoli poteri attribuiti al procuratore generale (e al ministro) erano bilanciati da un altro controllo che aveva luogo all'interno della magistratura.

Secondo l'art. 11 della legge 20 aprile 1810, la corte d'appello a camere riunite, sulla base di una denuncia presentata da uno dei suoi membri, poteva rivolgersi al procuratore generale per ordinargli di procedere o per essere informato sui procedimenti che erano stati iniziati. In questo modo il procuratore generale era indotto ad agire non solo a causa di un meccanismo giuridico collegato alla responsabilità politica del Ministro, ma anche indipendentemente da ciò, a causa di un controllo giurisdizionale, forse meno penetrante ma significativo.

Per quanto riguarda la struttura del processo penale, il *code d'instruction criminelle* mantenne la configurazione che si era affermata nel corso della Rivoluzione.

A livello di organizzazione giudiziaria fu mantenuto il tribunale correzionale per i delitti e il giudice di pace per le contravvenzioni. Per quanto riguardava i crimini, fu conservato il *jury* del giudizio, mentre il *jury* d'accusa scomparve. Al posto di quest'ultimo venne istituita una camera d'accusa; la *chambre d'accusation* composta di giudici togati presso la corte d'appello, con il compito di controllare la regolarità della procedura e, in particolare, di garantire all'imputato un controllo giurisdizionale sulla richiesta di rinvio a giudizio. Nuove modifiche furono operate anche sui nomi di alcuni organi processuali;

---

<sup>32</sup>Per approfondimenti v. ancora Hélie, *Traité*, I.

*l'ex tribunal criminel* diventava *Cour d'assises*; il direttore del *jury* prendeva appunto il nome di *juge d'instruction*.<sup>33</sup>

## 5) IL PARQUET NEL CODE DE PROCEDURE PENALE DEL 1958

Il *code d'instruction criminelle*, nonostante il continuo mutamento dei vari regimi politici, sopravvisse in Francia fino al 1958, sebbene con modifiche di rilievo intervenute nel corso della III Repubblica.

Invero, già dal 1930, diverse commissioni erano state riunite allo scopo di trovare soluzioni adeguate per colmare le lacune del codice napoleonico.

Come anticipato, la tendenza alla riforma del processo penale era fortemente presente nella Terza Repubblica.

Fra il 1870 e il 1935 furono emanati numerosi provvedimenti che toccavano in primo luogo la procedura istruttoria, per poi passare alla protezione della libertà personale, alle innovazioni sulla giuria e al ruolo della parte civile.

L'ideologia liberale ebbe nondimeno un grave declino nel periodo successivo che va dal 1935 al 1945 durante il governo di Vichy. Le restrizioni che vennero introdotte riguardavano sia la libertà personale dell'imputato, sia l'organo della giuria. Durante la liberazione si ebbe l'abrogazione soltanto di quelle norme che erano particolarmente lesive dei diritti dell'individuo all'interno del processo.

I vari progetti di riforma succedutisi già dal 1879 videro una prima concretizzazione nel testo stilato nel 1949 da Donnedieu de Vabres<sup>34</sup>. Tuttavia, il progetto definitivo, che in pratica costituisce la struttura portante del codice attuale venne votato il 31 dicembre 1957 ed entrerà in vigore il 2 marzo 1959.

Il codice di procedura penale francese attualmente in vigore, si caratterizza per aver messo "*le délinquant*" al centro del processo penale; ciò anche a seguito delle ripetute condanne in capo alla Francia da parte della Corte di Strasburgo.

---

<sup>33</sup>Per un'analisi del processo penale secondo il *code d'instruction criminelle*, v. ancora P. Tonini, *Polizia giudiziaria e magistratura*, Milano, 1979, Giuffrè.

<sup>34</sup>Per approfondimenti, v. C. Bruschi, *Parquet et politique pénale depuis le XIXe siècle*, ed. PUF, Paris, 2002 e Besson, *L'origine, l'esprit et la portée du code de procédure pénale*, in *Rev. Sc. Crim.*, 1959, pp. 271ss; S. Guinchard e J. Buisson, *Manuel de Procédure pénale*, v éd., Litec, Paris, 2009, pag. 49 ss. Il progetto Donnedieu de Vabres conteneva una normativa che prevedendo, ad esempio, la concentrazione dei poteri istruttori e di *poursuite* nel pubblico ministero e ammettendo l'intervento della difesa solo dopo il primo interrogatorio dell'imputato, sembrava attuare un'involuzione anziché un progresso dei principi processuali.

Con tale codice il legislatore ha cercato di realizzare una serie di ambiziosi ed importanti obiettivi, i quali hanno spesso richiesto ripetute modifiche legislative<sup>35</sup>.

In estrema sintesi nel nuovo codice troviamo un rafforzamento delle libertà individuali, con una parziale attenuazione delle forme inquisitorie; un accrescimento dei poteri del giudice; una migliore attuazione del principio della separazione delle funzioni giudiziarie; una maggiore indipendenza del giudice istruttore e, più in generale, un rispettabile equilibrio tra le libertà individuali e gli interessi della società.

Per quanto riguarda la figura del pubblico ministero, a livello di ordinamento giudiziario, occorre fare brevemente qualche considerazione di carattere generale.

Infatti, l'organizzazione dell'ufficio del giudice istruttore e del pubblico ministero ha risentito del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato liberale-democratico.

Nell'originario sistema napoleonico il giudice istruttore era, in quanto giudice, inamovibile, mentre la funzione istruttoria era lasciata alla piena discrezionalità del potere esecutivo. Il giudice istruttore era, infatti, investito della funzione istruttoria con decreto del Ministro della Giustizia, il quale avrebbe potuto spossessarlo della stessa in qualsiasi momento. Nei rapporti con il pubblico ministero il giudice istruttore, in quanto ufficiale di polizia giudiziaria, si trovava in una posizione di inferiorità che si manifestava nel potere di sorveglianza del procuratore generale. Inoltre, era il procuratore imperiale a scegliere il giudice istruttore che avrebbe condotto l'istruzione.

Con la legge del 1958 sullo statuto della magistratura e con le modifiche intervenute nel corso degli anni, la situazione è sensibilmente modificata, grazie al riconoscimento di una maggiore indipendenza del giudice istruttore.

Quest'ultimo è nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro della Giustizia a seguito di un parere (*avis conforme*) del Consiglio Superiore

---

<sup>35</sup>Tra gli interventi più significativi degli ultimi anni troviamo la legge del 4 gennaio 1993 con cui il legislatore ha permesso l'assistenza dell'avvocato durante la *garde à vue*, ha previsto la collegialità per la decisione sulla *mise en examen* ed ha privato il presidente della *juridiction de jugement* della direzione dei dibattiti, attribuendogli solo la funzione di sorveglianza ai fini del "buon svolgimento" degli stessi; la legge del 24 agosto 1993 con la quale è stata soppressa la camera di *mise en détention*, vengono restituiti i poteri al presidente della *juridiction de jugement* e viene creato lo statuto del testimone assistito; la legge del 30 dicembre 1996 sulla riforma della *détention provisoire*; la legge del 15 giugno 2000 sul rafforzamento della presunzione d'innocenza e dei diritti delle vittime; la legge del 9 settembre 2002 nota come "*loi Perben I*" con cui è stata modificata la legge del 15 giugno del 2000 ed è stata creata la giurisdizione "*de proximité*"; la legge del 9 marzo 2004 "*loi Perben II*", con la quale sono stati toccati diversi punti della procedura penale attraverso la creazione di procedure particolari in tema di criminalità organizzata e soprattutto è stata introdotta la procedura della "*comparution volontaire sur reconnaissance préalable de culpabilité*"; la legge del 5 marzo 2007 relativa al rafforzamento dell'equilibrio della procedura penale, alla prevenzione della delinquenza e sul reclutamento, formazione e responsabilità dei magistrati. Sulle recenti riforme (in particolare sul progetto di riforma del codice di procedura penale) relative alla soppressione del giudice istruttore e alla riforma dello statuto del pubblico ministero, verrà dedicato un apposito paragrafo.

della Magistratura<sup>36</sup>. La sorveglianza sul giudice istruttore è affidata a un magistrato che è il presidente della *Chambre de l'instruction*<sup>37</sup>. Quest'ultima è una camera speciale della corte d'appello composta di tre magistrati di cui uno ne è il presidente<sup>38</sup>. La *Chambre de l'instruction* è un organo giurisdizionale di secondo grado con funzioni di controllo sulla regolarità della fase istruttoria. In particolare, essa è incaricata di controllare la regolarità degli atti dell'istruzione e degli atti del giudice istruttore, sia sotto il profilo della regolarità in diritto che dell'opportunità in fatto<sup>39</sup>. Essa rappresenta, quindi, la giurisdizione d'appello delle decisioni del giudice istruttore e del giudice delle libertà e della detenzione.

Orbene, per tornare sulla figura del pubblico ministero, occorre sottolineare che le modifiche apportate alla stessa sono poche, e ciò si spiega agevolmente sulla base del fatto che si è preferito non alterare i tratti essenziali della sua collocazione istituzionale.

Tuttavia, la tendenza generale è quella di attribuire al pubblico ministero il ruolo di garante dell'intera società, piuttosto che quello di mero rappresentante del potere esecutivo. Infatti, secondo l'art. 31 del *cod.proc.pén.*, "*le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi*"; egli, dunque, è chiamato a difendere l'ordine pubblico e l'interesse generale della collettività, turbata dalla verifica delle infrazioni penali<sup>40</sup>.

Invero, per quanto concerne le funzioni svolte dal pubblico ministero, il codice del 1958 non contiene innovazioni significative, sebbene più volte si è manifestata la tendenza del legislatore a volerne aumentare i poteri processuali<sup>41</sup>.

Orbene, prima di passare alla trattazione riguardante lo "*statuto*" del *ministère public*, occorre analizzare brevemente il potere disciplinare spettante al Ministro della Giustizia;

---

<sup>36</sup>Per approfondimenti v. sito [www.conseil-superieur-magistrature.fr](http://www.conseil-superieur-magistrature.fr)

<sup>37</sup>Prima dell'entrata in vigore della legge del 15 giugno 2000 la Camera era denominata *Chambre d'accusation*. A seguito di tale legge (a partire dal 1 gennaio 2001) essa ha cambiato nome diventando *Chambre de l'instruction*.

<sup>38</sup>Lo stesso presidente è designato con decreto a seguito di un parere conforme del Consiglio Superiore della Magistratura.

<sup>39</sup>Per approfondimenti sul ruolo e sulle funzioni della *Chambre de l'instruction*, v. H. Angevin, *La pratique de la chambre d'accusation*, Litec, Paris, 1994; Ch.Guèry, *Les pouvoirs de la chambre d'instruction et du magistrat instructeur*, in. D. 2007, Chron. p. 603; W. Jeandidier, *La juridiction d'instruction du second degré*, Cujas, Paris, 1983.

<sup>40</sup>J. Bossan, *L'intérêt général dans le procès pénal*, in *Rev. Pénit.* 2008, pp. 37 ss.

<sup>41</sup>In particolare tale linea è stata condivisa dalla commissione presieduta da Donnedieu de Vabres. Secondo tale progetto, pubblicato nel 1949, sarebbe spettato al Procuratore della Repubblica, oltre alla funzione di accusa e di polizia giudiziaria, anche una vera funzione istruttoria. In altre parole, il pubblico ministero avrebbe avuto il compito di raccogliere vere e proprie prove e il giudice istruttore, da parte sua, non avrebbe più svolto la sua funzione tradizionale, bensì avrebbe controllato gli atti più gravi, come le perquisizioni, i sequestri e la custodia cautelare preventiva. In conclusione, il pubblico ministero avrebbe acquistato tutti quei poteri coercitivi che nel codice del 1808 poteva esercitare solo in caso di flagranza. Le critiche mosse a tale progetto erano racchiuse nella preoccupazione di contravvenire al principio della separazione delle funzioni processuali.

ciò anche al fine di comprendere meglio il legame esistente, nel sistema processuale francese, fra potere esecutivo e *parquet*.

Già in base alle norme del 1810, al ministro spettava la pienezza del potere disciplinare consistente nella possibilità di trasferire, retrocedere o revocare i magistrati del pubblico ministero senza alcun controllo. In seguito, al fine di mettere al riparo il pubblico ministero dai capricci della politica fu emanato il decreto del 5 giugno 1934, il quale sottoponeva tutte le misure disciplinari come la destituzione, la retrogradazione e il trasferimento, al parere di una “commissione consulente”, comprendente tre membri scelti dal ministro ed uno eletto dai magistrati del pubblico ministero. Tuttavia, era evidente l’insufficienza della suddetta garanzia, la quale venne ancor più limitata dai decreti del 10 gennaio 1935 e 31 ottobre 1936, secondo cui solo la misura della destituzione doveva essere sottoposta al parere della commissione.

Nel 1958, con l’entrata in vigore del nuovo statuto della magistratura, il Ministro della Giustizia resta l’autorità investita del potere disciplinare, ma viene ristabilito l’originario potere della commissione.

Con la legge del 17 luglio 1970 (n. 70-642), sono state introdotte ulteriori modifiche volte ad aumentare le garanzie del pubblico ministero.

In particolare, la commissione disciplinare è presieduta dal procuratore generale presso la corte di Cassazione ed è composta di sei magistrati scelti dal ministro all’interno di liste elettive che comprendono un numero triplo di nominativi. La legge del 25 febbraio 1992 ha mantenuto il principio elettivo elevando il numero dei magistrati componenti la stessa<sup>42</sup>.

Se la commissione ritiene addebitabile una colpa professionale al magistrato, emetterà un parere motivato indicando la sanzione che il fatto comporta. Il parere viene trasmesso al ministro, il quale nel caso in cui decida di applicare una sanzione più grave, dovrà nuovamente interpellare la commissione con una richiesta motivata. La nuova decisione della commissione è inserita nel fascicolo personale del magistrato.

Invece, se la commissione disciplinare non ravvisa alcuna colpa nella condotta del magistrato, il ministro non potrà pronunciare nessuna sanzione se non dopo aver sottoposto la questione a una diversa commissione istituita presso la corte di Cassazione, in cui vi è una prevalenza di magistrati giudicanti.

---

<sup>42</sup>Per approfondimenti sull’attuale regime disciplinare, v. A. Perrodet, *Etude pour un ministère public européen*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 68 ss.

La decisione in tal caso s'impone sia al ministro, sia alla commissione disciplinare, sia, in caso di ricorso contenzioso, allo stesso Consiglio di Stato<sup>43</sup>.

La riforma del 27 luglio 1993 (*loi constitutionnelle* n. 93-852) ha attribuito, inoltre, al Consiglio Superiore della Magistratura, il potere di esprimere un parere semplice (*avis simple*) sulle sanzioni disciplinari indicate dal ministro. La riforma *de qua* non ha avuto il merito di accrescere le competenze del Consiglio Superiore della Magistratura in materia disciplinare. Al contrario essa ha avuto come effetto generale quello di diminuire le garanzie esistenti.

Infatti, è scomparsa la disposizione del 1970 che prevedeva la richiesta obbligatoria da parte del ministro alla commissione speciale istituita presso la corte di Cassazione, nell'ipotesi in cui la commissione disciplinare avesse stimato l'inesistenza di un'infrazione. Pertanto ne consegue che, attualmente, se il Ministro della Giustizia intende adottare una sanzione disciplinare più grave rispetto a quella indicata dal Consiglio Superiore della Magistratura, dovrà investire nuovamente quest'ultimo con decisione motivata. Il Consiglio allora renderà un altro parere, ugualmente non vincolante (*avis simple*).

In tal modo è evidente che il ministro torna ad avere un potere molto forte potendo apprezzare, infatti, discrezionalmente sia la natura, che la qualificazione giuridica dell'infrazione disciplinare. Apprezzamento che, in più, può essere oggetto di un ricorso al Consiglio di Stato solo in caso d'eccesso di potere.

---

<sup>43</sup>V. ancora, P. Tonini, *Polizia giudiziaria e magistratura*, pp. 125 ss.

## 6) LA NATURA “IBRIDA” DEL *MINISTÈRE PUBLIC*

La figura del pubblico ministero risulta fortemente legata alla storia della Francia a partire dal Medioevo, dove la stessa ha tratto le proprie origini.

La sua affermazione coincide con la centralizzazione dello Stato francese e con l'edificazione dell'organizzazione giudiziaria. Come abbiamo visto, essa è stata in parte influenzata dalla procedura ecclesiastica, al punto che il *ministère public* è inquadrato storicamente all'interno del sistema inquisitorio<sup>44</sup>.

Dal punto di vista statutario, i membri del *parquet* furono, dalla “*grande ordonnance*” di *Philippe le Bel* (Filippo IV detto “il Bello”) del 15 marzo 1303, integrati alla magistratura.

Da rappresentanti del re, chiamati a difendere gli interessi economici del regno, i *procureurs* furono in seguito chiamati a perseguire d'ufficio gli autori dei crimini che provocavano turbamento all'ordine sociale, di cui il sovrano era “garante”.

In tale momento compariva la funzione tipica del pubblico ministero: l'esercizio dell'azione penale in nome di un “interesse superiore”.

Come osservato in precedenza, durante la Rivoluzione francese il *parquet* si è trovato all'interno del tormento generale; “vittima” del trasferimento di sovranità dalla monarchia alla nazione<sup>45</sup>.

Dal dogma della separazione dei poteri, “*les Constituants*”, avvertirono la necessità di assicurare anche la separazione funzionale del *ministère public*; il controllo dell'applicazione della legge e dell'esecuzione della pena rientrando, infatti, tra le funzioni tipiche dell'esecutivo, doveva essere esercitato per mezzo di commissari nominati direttamente dal re. L'*accusation publique* diventava, invece, una funzione popolare esercitata da rappresentanti eletti dalla nazione.

Durante gli anni conosciuti come del “Terrore”, l'*accusateur public* ebbe un ruolo largamente predominante.

Dal Direttorio, il movimento diretto all'accrescimento dei poteri di quest'ultimo inizierà a cambiare, fino ad arrivare con la Costituzione dell'anno VIII (art.63), alla concessione

---

<sup>44</sup>Jean Pierre Dintilhac, *Rôle et attributions du procureur de la République*, in *Rev. Sc. Crim.*, 2002, n. 1, p. 35-46

<sup>45</sup>J. Alix, *Quels visages pour le parquet en France*, in *Figures du parquet*, C.Lazerges, Le voies du droit, ed. PUF, 2006 pp. 68 ss; J. P. Royer, *Histoire du ministère public. Evolutions et ruptures*, in *Le parquet dans la République. Vers un nouveau ministère public ?*, Bordeaux, E.N.M, 1996, pp. 12 ss.

delle funzioni d'*accusateur public* ai commissari del governo, portando a termine così la riunificazione delle attività del pubblico ministero.

Di conseguenza, i magistrati del *parquet* venivano nominati direttamente dal Ministro della Giustizia e sottomessi gerarchicamente al suo potere.

Tale situazione di dipendenza gerarchica è rimasta, nella sostanza, pressoché invariata, al punto che il *ministère public* è considerato ancor oggi, in diversa misura, come uno strumento del potere esecutivo.

Come vedremo, le problematiche contemporanee intorno alla figura del pubblico ministero francese, nascono con la Costituzione del 1958 e con l'*ordonnance* n. 58-1270 del 22 dicembre 1958 (*loi organique relative au statut de la magistrature*).

Secondo tali testi il *parquet* è membro dell'autorità giudiziaria e a questo titolo garante delle libertà individuali (art. 66 Cost.). Tuttavia, nonostante l'appartenenza del *parquet* al "corpo giudiziario" (insieme ai magistrati *du siège* ex art. 64, 65 Cost), esso è sottoposto ad uno statuto differente che, di fatto, lo subordina all'autorità gerarchica del Ministro della Giustizia.

Già da queste brevi considerazioni di carattere storico è possibile cogliere l'ambivalenza della natura di tale organo; a mezza strada tra l'autorità giudiziaria e il potere esecutivo.

Tuttavia, è solo a partire dagli anni Ottanta che lo statuto del pubblico ministero ha iniziato ad essere avvertito come un problema<sup>46</sup>. Non a caso la riforma costituzionale del 27 luglio 1993<sup>47</sup> è intervenuta proprio al fine di rendere il pubblico ministero meno dipendente dall'esecutivo, grazie ad un accrescimento delle competenze del Consiglio Superiore della Magistratura sulla nomina, sulla carriera e sull'esercizio del potere disciplinare sui magistrati del *parquet*.

Ciò nonostante, la riforma in esame non ha raggiunto l'obiettivo in maniera esaustiva; essa ha creato due formazioni distinte in seno al Consiglio Superiore della Magistratura, una competente per i magistrati *du siège*, l'altra per quelli del *parquet*. Riguardo a questi ultimi, il Consiglio ha competenze minori: esso dispone solo di un potere *d'avis* sulle nomine<sup>48</sup>, il quale non è vincolante per il potere esecutivo, contrariamente a quello reso per i magistrati *du siège*.

---

<sup>46</sup>V. ancora J. Alix, *Quels visages pour le parquet en France*, in *Figures du parquet*, C.Lazerges, Le voies du droit, ed. PUF, 2006, pp 70 ss.; Commission Justice pénale et Droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, Paris, *La documentation française*, 1991, pp. 132-140.

<sup>47</sup>*Loi constitutionnelle* n. 93-852 del 27 luglio 1993, la quale ha modificato la composizione del Consiglio Superiore della Magistratura.

<sup>48</sup>Per quanto riguarda la competenza del Consiglio Superiore della Magistratura in materia disciplinare v. in particolare, A. Perrodet, *Etude pour un ministère public européen*, cit. pp. 67 ss.

Per quanto riguarda, invece, la posizione dei procuratori generali, va segnalata la riforma costituzionale del 2008, riguardante la modernizzazione delle istituzioni della Repubblica, la quale occupandosi anche della riforma del Consiglio Superiore della Magistratura, ha stabilito che l'avviso del Consiglio sarà sollecitato per tutti i magistrati del *parquet*, comprese le designazioni dei procuratori generali, i quali sono nominati direttamente dal Consiglio dei ministri.

Come vedremo, lo statuto ibrido<sup>49</sup> del *ministère public* risulta dalla sua subordinazione gerarchica al potere esecutivo, mitigata dal fatto di godere nell'esercizio delle sue funzioni, di alcune prerogative derivanti direttamente dalla legge e capaci di determinarne una "emancipazione" di fronte ai magistrati *du siège*.

---

<sup>49</sup>L'espressione è di J-P. Jean, *Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen*, *Rev. Sc. Crim.*, 2005, p. 670.

## CAPITOLO II

### *LE CARATTERISTICHE DEL MINISTÈRE PUBLIC*

#### 1) SUBORDINAZIONE GERARCHICA AL POTERE ESECUTIVO

Una caratteristica ereditata direttamente dal modello napoleonico è quella che vede il *ministère public* sottoposto all'autorità gerarchica e funzionale del Ministro della Giustizia.

Tale scelta si spiega agevolmente tenendo presente che per tradizione la Francia, considera l'esercizio dell'azione penale come una funzione strettamente legata al potere esecutivo. Come vedremo, l'intensità di questo legame si misura sulla base dell'estensione della direzione funzionale esercitata dal ministro sul *parquet*.

Innanzitutto, occorre precisare che con l'espressione *ministère public* si fa riferimento ad una "funzione", mentre con il termine *parquet* si designa un "corpo". In altri termini, a differenza della funzione che determina gli atti del *ministère public*, la qualità di magistrato interessa la carriera dei membri del *parquet*.

Lo statuto della magistratura, quanto alle fonti, appare relativamente eterogeneo. Esso risulta dalla Costituzione che, all'art. 64, stabilisce il principio dell'"indipendenza dell'autorità giudiziaria", istituendo come garante della stessa il Presidente della Repubblica assistito dal Consiglio Superiore della Magistratura; dall'*ordonnance* n. 58-1270 del 22 dicembre 1958 (concernente lo statuto della magistratura); da diverse disposizioni contenute nel codice dell'organizzazione giudiziaria ed, infine, dal codice di procedura penale che, specificamente per il pubblico ministero, disciplina l'organizzazione gerarchica e le modalità d'esercizio dell'azione penale.

Come precisato, la Francia considera l'esercizio dell'azione penale come una funzione rientrante tra quelle di competenza statale; una funzione spettante al potere esecutivo. Pertanto, nella misura in cui il pubblico ministero è chiamato a esercitare l'azione penale, egli si trova ad assolvere un compito ricompreso tra le funzioni del Governo, diventando così "un agente del potere esecutivo presso il tribunale".

Da ciò deriva la duplice conseguenza di un "pubblico ministero" avente una situazione statutaria completamente differente da quella dei magistrati *du siège* (i quali possono esercitare le loro funzioni in totale indipendenza dal potere esecutivo) e subordinato al

Governo, sia nella maniera in cui esercita le proprie funzioni, sia sotto il profilo disciplinare.

## 2) IL PRINCIPIO GERARCHICO

Orbene, fatte queste precisazioni, occorre soffermare la nostra attenzione sul principio gerarchico vigente nel sistema giudiziario francese. Tale principio chiarisce l'essenza dell'organizzazione dell'ufficio del *ministère public*<sup>50</sup>.

Infatti, il *ministère public* da un lato, rappresenta la società all'interno delle giurisdizioni competenti, grazie alla titolarità dell'esercizio dell'azione penale, dall'altro lato, però, esso rappresenta un elemento di "legame" tra il potere esecutivo e quello giudiziario. Legame, quest'ultimo, derivante per l'appunto dal principio gerarchico, previsto espressamente nell'art.5 dell'*ordonnance* n.58-1270 del 22 dicembre 1958 riguardante lo statuto della magistratura, in cui è affermato chiaramente che "i magistrati del *parquet* sono sottoposti all'autorità del Ministro della Giustizia".

Per quanto riguarda, invece, l'autonomia nell'esercizio dell'azione penale, è il codice di procedura penale che, agli articoli 30, 33, 36 e 37, definisce le modalità concrete di operatività del principio gerarchico.

L'art. 30-3 del *c.p.p* afferma che "il Ministro della Giustizia può denunciare al procuratore generale le infrazioni di cui è a conoscenza e ordinare al procuratore generale di esercitare o di fare esercitare l'azione penale o di investire direttamente la giurisdizione competente, delle requisitorie scritte che lo stesso ministro giudica opportune"<sup>51</sup>. L'art. 36 *c.p.p* riconsosce lo stesso potere di cui all'art. 30-3 *c.p.p.* al *procureur général* nei confronti dei *procureurs de la République* di "enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de

---

<sup>50</sup>V. per approfondimenti v. *La situation du ministère public français (pour une réforme du ministère public)*, Syndicat de la Magistrature, in [www.syndicat-magistrature.org](http://www.syndicat-magistrature.org)

<sup>51</sup>Art. 30 *c.p.p.* «Le Ministre de la Justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence e son application sur le territoire de la République.

A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique.

Il peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes ». V. anche A. Perrodet, *op. cit.* pp. 61 ss.

*saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le procureur général juge opportunes ».*

La dottrina dominante interpreta il testo di legge nel senso di riconoscere al Ministro della Giustizia (e ai *procureurs généraux*) il potere di ordinare il promovimento dell'azione penale, ma non di poterne impedire l'esercizio una volta che il pubblico ministero abbia deciso in tal senso. Infatti, il codice ha previsto espressamente la possibilità per il Ministro e per i *procureurs généraux*, di ordinare la *poursuite*<sup>52</sup>. Di conseguenza, l'autorità gerarchicamente superiore può ordinare di “*mettre en mouvement l'action publique*” per una qualsiasi infrazione penale. Al contrario non vi è alcuna indicazione nel codice di procedura penale, che lasci supporre la legittimità di un ordine di “*ne pas poursuivre*”. Invero, un ordine di tal genere sarebbe idoneo a bloccare in maniera indiscriminata l'esercizio dell'azione penale, senza alcun appiglio normativo che possa legittimarne la decisione.

Una volta esercitata l'azione penale, la formula “*de telles réquisitions que le ministre (o i procureurs généraux) juge opportunes*” contenuta nel *c.p.p.* agli artt. 30 e 36, sembra autorizzare quest'ultimo (e i procuratori generali) a dare delle direttive *aux officiers du ministère public* durante lo svolgimento della procedura, anche “orientate”, eventualmente, verso una maggiore indulgenza nelle requisitorie. Tali direttive risultano ammissibili nella misura in cui, da una parte, non siano contrarie alla lettera della legge e, dall'altra, non impediscano il corso della giustizia ostacolando il compimento di determinate attività.

In altre parole, il Ministro della Giustizia è al vertice del *parquet* senza esserne membro; esso ha autorità sui procuratori generali presso le corti d'appello, i quali a loro volta hanno autorità sui procuratori della Repubblica nei distretti di loro competenza. Inoltre, occorre osservare che non sussiste un legame diretto tra il Ministro della Giustizia e il *parquet* presso la corte di Cassazione: l'art. 30 del *c.p.p.* prevede, infatti, la possibilità per il ministro di denunciare al procuratore generale presso la corte d'appello le infrazioni della legge penale di cui è a conoscenza. Allo stesso modo non esiste un legame diretto tra il ministro e i procuratori della Repubblica; per “toccare” un procuratore, il ministro deve passare per il procuratore generale presso la corte d'appello.

L'art. 37 prevede, appunto, che il “*procureur général a autorité sur tous les officiers du ministère public du ressort de la cour d'appel*”.

---

<sup>52</sup>Per approfondimenti, v. Serge Guinchard, Jacques Buisson, *Manuel procédure pénale*, 5<sup>ème</sup> éd. Litec, Paris, 2009.

Infine, l'art. 33 dispone che “il pubblico ministero è tenuto a seguire le requisitorie scritte in conformità alle istruzioni ricevute in applicazione degli articoli 36, 37 e 44 e a sviluppare liberamente le osservazioni orali che egli ritiene opportune per il bene della giustizia”<sup>53</sup>.

Pertanto, la posizione del pubblico ministero all'interno del *parquet*, risulta essere fortemente condizionata dall'esistenza del principio gerarchico. Infatti, si è di fronte ad un'organizzazione “piramidale”, dove il legame tra *chef du Parquet* (procuratore generale o procuratori della Repubblica) e suoi *substituts e procureurs adjoint* è particolarmente importante. Il primo, non solo può dare gli ordini più disparati (come quello di agire o di agire in un “certo senso” piuttosto che in un altro) ai secondi, ma può anche nel corso di un affare sostituirsi ad essi e compiere direttamente gli atti che ritiene più opportuni, o ancora recuperare un dossier affidato ad un sostituto per assegnarlo ad un altro. Tale sistema, caratterizzato da una robusta concentrazione di poteri in seno al *parquet*, può riassumersi nell'immagine secondo cui “il *parquet* può avere diverse braccia ma necessariamente una sola testa”<sup>54</sup>. Tuttavia, l'aspetto riguardante la possibilità per il pubblico ministero di “sviluppare liberamente le osservazioni orali che egli ritiene opportune per il bene della giustizia”, è particolarmente interessante poiché rappresenta il limite principale alla subordinazione gerarchica. Il principio della libertà di parola in udienza del magistrato risponde al tradizionale pensiero riassunto dalla giurisprudenza con la celebre formula: “*la plume est servie, mais la parole est libre*”<sup>55</sup>. Probabilmente, tale pensiero deriva dallo sdoppiamento di funzioni tra il *procureurs du Roi* e gli *avocats du Roi*, esistente nel periodo dell'*Ancien Régime*, dove la libertà di parola rappresentava la manifestazione tipica dell'autonomia del magistrato del *ministère public*, malgrado il peso del principio gerarchico e gli inconvenienti sull'avanzamento di carriera in caso di disobbedienza.

In altre parole, se il *ministère public* nelle requisitorie scritte è tenuto ancor oggi ad obbedire alle direttive ricevute, in quelle orali egli recupera la libertà di parola; « *les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la Justice. A l'audience, leur parole est libre* » (art. 5 ordonnance n. 58-1270, 22 dicembre 1958).

---

<sup>53</sup>Art. 33 *c.p.p.* le *ministère public* « est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données en applications des articles 36, 37 et 44. Il développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice ».

<sup>54</sup>Ortolan e Lebeau, *Le ministère public en France. Traité et code de son organisation, de sa compétence et de ses fonctions de l'ordre politique, judiciaire et administratif*, Paris, 2 vol. 1830 e 1831.

<sup>55</sup>Crim., 7 juillet 1949, B n. 230.

Pertanto, “*la plume est serve*” perché il magistrato, gerarchicamente sottoposto all’autorità del ministro della giustizia, applica, in nome e per conto della società che rappresenta, le direttive di politica criminale predisposte dal potere esecutivo. Ma la “*parole est libre*” in quanto esiste comunque il principio delle separazione dei poteri che impedisce una totale dominazione del potere esecutivo su quello giudiziario<sup>56</sup>. Il potere esecutivo può imporre al *parquet* degli “atti”, ma non delle opinioni, può prescrivere di esercitare la *poursuite*, ma non obbligare a sostenere nel dibattito giudiziario un pensiero diverso o a richiedere una pena (o un’assoluzione) che l’organo dell’accusa reputi ingiusta<sup>57</sup>. Ovviamente questa libertà di parola deve coordinarsi con il dovere di *loyauté* che caratterizza l’organizzazione gerarchica e l’indivisibilità del *parquet*. Infatti, la pratica rivela che ogni qual volta tra il sostituto e il suo superiore s’insatura, in via preliminare, un dialogo schietto e sincero, il dovere di lealtà che contraddistingue il principio della libertà di parola in udienza, è pienamente rispettato. Invero, non va dimenticato che la libertà di parola non può che manifestarsi in udienza e che, come abbiamo visto, lo *chef* del *parquet* può impedire ad un suo sostituto di esprimersi, semplicemente provvedendo lui stesso a trattare il caso oppure attribuendo il dossier ad un altro collega, di conseguenza il principio in esame non può prescindere dal riconoscimento e dal rispetto dei poteri spettanti allo *chef* del *parquet*.

Pertanto, la questione non è quella per il sostituto di dover chiedere l’autorizzazione ad esprimersi liberamente, ma più semplicemente di avvisare il proprio superiore circa le modalità con le quali si appresta a farlo, soprattutto per quanto riguarda la trattazione di casi più delicati. In una decisione del 9 ottobre 1987 l’anziana commissione disciplinare del *parquet*, ha ricordato che la libertà di parola in udienza costituisce una “deroga al principio di subordinazione gerarchica dei magistrati del *parquet*, che ha come effetto quello di sottrarre questi ultimi alla direzione e al controllo dei loro capi gerarchici e all’autorità del ministro, rimettendoli ai soli comandamenti della propria coscienza”, aggiungendo che “questo principio non costituisce un’immunità a vantaggio dei magistrati del *parquet* [...]. Il rappresentante del *ministère public* non può affrancarsi dalle obbligazioni legate al *devoir de réserve*, né è autorizzato a tutte le licenze”<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> “La parola del pubblico ministero all’udienza è libera. Egli ha il diritto di produrre tutti i documenti e di esprimere tutti i chiarimenti che gli sembrano utili, resta salvo il diritto di discussione delle parti in causa”; *Ch.Crim.* 16 ottobre, 1974.

<sup>57</sup> M. Rolland, *Le ministère public en droit français*, *JCP G* 1956, I, 1281 ; P. Lemoine, *Le statut et le rôle du ministère public dans le système judiciaire française*, conférence à Amman (Jordaine), 13 novembre 2007, in [www.pogar.org](http://www.pogar.org)

<sup>58</sup> C.S.M., 9 ottobre, 1987, *avis* n. P13.

Va ricordato, infatti, che i membri del *ministère public* hanno la qualità di “magistrati” e che, secondo l’art.66 Cost., l’autorità giudiziaria alla quale appartiene l’ufficio del *ministère public* è “*gardienne de la liberté individuelle*” ed è quindi “*organe de la loi*”.

In conclusione, da siffatta ricostruzione risulta evidente la natura ibrida dell’ufficio del pubblico ministero francese; da un lato, in qualità di magistrato esso appartiene all’autorità giudiziaria e beneficia delle garanzie afferenti a tale statuto<sup>59</sup>, dall’altro lato, l’esercizio di una funzione pubblica fa del *ministère public* il rappresentante dello Stato. Di conseguenza, quest’ultimo ha sentito la necessità di controllarne l’azione facendo del *parquet* un corpo gerarchizzato con a capo il Ministro della Giustizia, il quale, come abbiamo visto, ai sensi dell’art. 30 *c.p.p.*, “*conduit la politique d’action publique déterminée par le gouvernement et veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République*”. A questo fine egli indirizza ai procuratori generali delle istruzioni a carattere generale *d’action publique* e delle istruzioni di *poursuite* negli affari individuali.

L’art. 30 del *c.p.p.* attribuisce, pertanto, al Ministro della Giustizia il potere di condurre la politica *d’action publique* determinata dal governo e di sorvegliarne la coerente applicazione su tutto il territorio della Repubblica, anche attraverso la possibilità di indirizzare ai magistrati del *parquet* delle *instructions générales* e delle *instructions individuelles*.

Come vedremo, la legge del 9 marzo 2004 (conosciuta come la *loi* Perben II sull’adattamento della giustizia all’evoluzione della criminalità) ha chiarito il contenuto di tali disposizioni, rinforzando l’organizzazione piramidale del *ministère public*.

Più da vicino, occorre distinguere tra istruzioni a carattere generale *d’action publique* e istruzioni individuali.

Le “istruzioni generali” hanno come scopo quello di determinare le priorità di politica criminale e di permettere l’applicazione coordinata e coerente della legge penale sull’intero territorio nazionale. La trasparenza, nell’applicazione della politica penale, viene garantita, da un lato, dal dovere posto in capo ai procuratori e procuratori generali di rendere pubbliche le condizioni di applicazione della stessa, e dall’altro lato, dal dovere di informazione incombente sul Ministro della Giustizia, di comunicare, ogni

---

<sup>59</sup>V. in generale la manualistica, F. Fourment, *Procédure pénale*, x ed., Paradigme, Paris, 2010.

Essi ricevono la stessa formazione dei magistrati *du siège*; ovvero provengono dall’*Ecole nationale de la magistrature*, prestano lo stesso giuramento ed appartengono quindi allo stesso corpo professionale. Tuttavia come abbiamo visto, non vi sono le medesime garanzie per quanto riguarda l’organizzazione e l’amministrazione della carriera.

anno, al Parlamento l'andamento d'attuazione degli obiettivi di politica penale decisi dal Governo<sup>60</sup>.

Le istruzioni "individuali" sono, invece, quelle più contestate. Esse, secondo l'opinione del Governo, non sarebbero altro che la logica conseguenza derivante dalle istruzioni generali. Attraverso le istruzioni individuali si andrebbe, quindi, a garantire, caso per caso, l'applicazione della politica generale decisa dal potere esecutivo. A tal riguardo è intervenuta appunto la legge del 9 marzo 2004, la quale ricalcando le precedenti disposizioni dell'art. 36 *c.p.p* (che disciplinava il potere del ministro della giustizia di denunciare al procuratore generale le infrazioni della legge penale e di ingiungere allo stesso tramite istruzioni scritte da versare nel dossier di esercitare o far esercitare l'azione penale<sup>61</sup> o di investire la giurisdizione competente e, che oggi, fanno riferimento al medesimo potere riconosciuto in capo al procuratore generale nei confronti dei procuratori della Repubblica), ha trasposto le stesse nell'art. 30 *c.p.p*<sup>62</sup>, offrendo appunto la possibilità al ministro di indirizzare ai procuratori generali, istruzioni individuali scritte da inserire nel dossier della procedura<sup>63</sup>.

Infine, per completezza va ricordato un progetto di legge presentato dal governo nel 1998 concernente l'esercizio dell'"*action publique*" in materia penale. In estrema sintesi, il progetto, mai concretizzato, prevedeva l'abolizione dei poteri del Ministro della Giustizia in ordine alla possibilità di dare delle istruzioni ai magistrati del *ministère public* negli affari individuali. In contropartita il ministro avrebbe potuto esercitare *l'action publique*,

---

<sup>60</sup>A titolo di esempio d'istruzioni generali *d'action publique*, chiamate istruzioni collettive prima della legge del 9 marzo 2004, si può citare la circolare *CRIM. 01.04/E* del 9 maggio 2000 intitolata "*action publique et sécurité*" dove si sottolineava la necessità di un maggior intervento in tema di fenomeni urbani violenti, richiedendo al *parquet* l'impegno ad accentuare gli sforzi verso la ricerca e la repressione di una delinquenza meno visibile che si alimenta nella strada e che contribuisce così allo sviluppo, nei quartieri urbani, di una economia sotterranea dedita al traffico di stupefacenti, lavoro nero, riciclaggio ecc.

<sup>61</sup>Art. 36 « *Le Ministre de la justice peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance, (l. n. 93-1013 del 24 agosto 1993) « lui enjoindre par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le procureur général juge opportunes ».*

<sup>62</sup>Art. 30 « *Le ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique. Il peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance, lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes ».*

<sup>63</sup>Va ricordato che queste istruzioni possono riguardare solo l'ordine di *poursuivre* e non il contrario. Inoltre, per maggior completezza, va precisato che la forma scritta richiesta per le istruzioni individuali era stata già introdotta con la legge del 4 gennaio 1993, mentre l'obbligo di introdurle nel dossier con la legge del 24 agosto 1993.

nell'ipotesi in cui avesse stimato che l'assenza di *poursuite* non sarebbe stata conforme all'interesse generale.

### 3) IL PRINCIPIO D'UNITA' E D'INDIVISIBILITA' DEL *PARQUET*

L'istituzione in esame si caratterizza, inoltre, per il doppio principio dell'unità e dell'indivisibilità.

I magistrati del pubblico ministero sono ai sensi dell'art.66 Cost. "magistrati garanti del rispetto delle libertà individuali" allo stesso modo di quelli *du siège*. Il principio dell'"unità del corpo giudiziario", unificante i magistrati del *parquet* a quelli *du siège* (magistratura giudicante), ha assunto oggi indubbio valore costituzionale.

La riforma costituzionale del 1993 ha avuto, infatti, per effetto quello di sopprimere ogni ambiguità circa l'appartenenza del *parquet* all'autorità giudiziaria<sup>64</sup>; ciò grazie all'estensione delle competenze del Consiglio superiore delle magistrature anche nei confronti dei magistrati del *ministère public*, sebbene con alcune differenze sotto il profilo dell'ampiezza e dell'incisività dei poteri riconosciuti allo stesso Consiglio. Come abbiamo visto l'art. 65 della Costituzione organizza, in seno al Consiglio, due formazioni distinte, una competente per i magistrati *du siège*, l'altra per quelli del *parquet*. Un potere consultivo è riconosciuto a quest'ultima formazione sulla nomina della maggior parte dei magistrati del *parquet*, eccetto quella relativa alla nomina delle cariche più elevate, ovvero del Procuratore generale presso la corte di Cassazione e del procuratore generale presso la corte d'appello, nominati direttamente dal Consiglio dei ministri<sup>65</sup>. Tuttavia, come già segnalato, va ricordata la riforma costituzionale del 2008, la quale occupandosi anche della riorganizzazione del Consiglio Superiore della Magistratura, ha stabilito che l'avviso del Consiglio sarà sollecitato per tutti i magistrati del *parquet*, comprese le nomine dei procuratori generali.

---

<sup>64</sup>Tuttavia, come vedremo la Corte europea dei diritti dell'uomo, in una recente pronuncia ha contestato alla Francia la non conformità dello statuto del *ministère public* rispetto all'art. 5 c.3 Cedu, in quanto il *procureur de la République* non è secondo la giurisprudenza della Corte una autorità giudiziaria, perché carente della caratteristica dell'indipendenza nei confronti del potere esecutivo. V. sent. Cedu, *Medvedyev c/ France*, 10 luglio 2008.

<sup>65</sup>Per approfondimenti, v. A. Perrodet, *Etude pour un ministère public européen*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 54 ss.

Per quanto riguarda la nomina del *ministère public*, essa è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro della Giustizia e dietro il parere, non vincolante, del Consiglio Superiore della Magistratura. In altri termini, la nomina dei magistrati del *parquet* richiede solo un *avis* obbligatorio del Consiglio, il quale però non limita il potere del *Garde des Sceaux*.

Altro principio, che si combina con quello dell'unità, è quello dell'"indivisibilità" del *ministère public*.

L'indivisibilità, operante in seno alla medesima giurisdizione, comporta che un atto o un'attività compiuta da uno dei magistrati del pubblico ministero di uno stesso *parquet*, si considera come posta in essere dall'intero *parquet* e più precisamente dal suo "capo", il procuratore della Repubblica (o dal procuratore generale), il quale beneficia della possibilità di delegare determinate attività ad uno o più sostituti (o sostituti generali). Questi ultimi, infatti, esercitano le loro funzioni mediante delega dello "*chef de parquet*", il cui potere in materia di organizzazione e di funzionamento dei servizi, compresi quelli relativi all'attribuzione di determinate procedure è, in linea di massima, totale. D'altronde, i magistrati del *ministère public* sono sotto la direzione e il controllo dei loro capi gerarchici (procuratore della Repubblica per il tribunale di *Grande Instance* e procuratore generale presso la Corte d'appello) e, come già precisato, sotto l'autorità del Ministro della Giustizia.

Il rispetto degli ordini gerarchici è imperativo; il pubblico ministero deve seguire gli ordini e le direttive scritte che riceve dal suo superiore, poiché lo scopo perseguito dal legislatore è quello dell'unità delle decisioni per ottenere una politica penale uniforme su tutto il territorio della Repubblica. Tuttavia, in concreto, è possibile che il singolo magistrato non esegua le direttive impartitegli proprio perché l'indivisibilità implica anche il riconoscimento di una relativa autonomia decisionale che impedisce al *parquet* generale di obbligare il procuratore della Repubblica a *poursuivre*<sup>66</sup> o a sostituirsi ad esso. È chiaro però che l'attitudine del magistrato a non ottemperare agli ordini ricevuti, possa avere delle conseguenze sul piano disciplinare e sull'avanzamento di carriera. Va rilevato, invero, che contrariamente ai magistrati *du siège*, quelli del pubblico ministero non sono inamovibili; ed è proprio attraverso la garanzia dell'inamovibilità che si ottiene anche quella dell'indipendenza prevista per i giudici. I magistrati del *parquet* sono invece

---

<sup>66</sup>Quando ci si riferisce alla *poursuite*, si fa riferimento "all'insieme degli atti attraverso i quali il *ministère public* esercita l'*action publique* e richiede l'applicazione della legge e degli atti di competenza del giudice istruttore, al fine di scoprire l'autore dell'infrazione penale, riunire le prove e rinviare il responsabile innanzi al giudice del giudizio"; V. G. Cornu, "*Vocabulaire juridique*", Association Henri Capitant, PUF, ed. 2000.

“dipendenti” nella misura in cui sono amovibili e revocabili: essi possono essere spostati, retrocessi o revocati a seguito del procedimento disciplinare di cui abbiamo parlato<sup>67</sup>. L’indivisibilità significa, inoltre, che i magistrati di uno stesso *parquet* sono in qualche modo “interscambiabili” nella conduzione di un medesimo affare e possono, a differenza dei magistrati *du siège*, sostituirsi in ogni momento senza formalità nell’esercizio delle loro funzioni. Infatti, ogni atto compiuto da un magistrato del *ministère public* si considera come compiuto dall’intero *parquet*.

Tale principio riveste indubbiamente una grande utilità pratica: nella gestione di un dossier, i membri del *parquet* possono sostituirsi o rimpiazzarsi nel corso di tutta la procedura<sup>68</sup>. Grazie al principio d’indivisibilità, i sostituti del procuratore della Repubblica hanno, nella loro qualità e, al di fuori di ogni delega di poteri, il diritto di rappresentare il *ministère public* per tutti gli atti rientranti nell’esercizio dell’azione penale.

---

<sup>67</sup>Quando si fa riferimento al concetto di indipendenza del *ministère public*, si allude, però, anche alla circostanza che, in ragione del principio della separazione dei poteri, esso è indipendente nei confronti della giurisdizione *d’instruction* e di *jugement*. I magistrati *du siège* non possono, infatti, dare al pubblico ministero alcun ordine o direttiva.

<sup>68</sup>Come evidenziato dalla giurisprudenza, ad esempio « *un prévenu ne peut donc se faire un grief, dès lors que l’acte d’appel portant mention de la comparution du procureur de la République a été signé par l’un des ses substitut* » ; o ancora « *un réquisitoire introductif comportant une signature illisible ne saurait encourir aucune critique, puisqu’en raison du principe d’indivisibilité, tout substitut du procureur de la République peut dans sa seule qualité, en dehors de toute délégation de pouvoirs, a le droit d’accomplir les actes rentrant dans l’exercice de l’action publique* » ; Crim. 5 mai 1997, B. n. 168, Crim. 3 juill. 1990, B. n. 275.

## CAPITOLO III

### *IL REGIME DELL' "ACTION PUBLIQUE"*

#### 1) IL PRINCIPIO « *d'opportunité des poursuites* »

Al fine di comprendere meglio il regime sotteso all'esercizio dell'azione penale<sup>69</sup>, è opportuno sottolineare che il *parquet* francese ha assunto nel corso dei secoli una importanza sempre maggiore, al punto tale da essere considerato dalla dottrina come il "centro di gravità" della procedura penale<sup>70</sup>.

Le funzioni del *parquet* incominciano, innanzitutto, con la direzione dell'attività *d'enquête* della polizia giudiziaria, volta all'accertamento della commissione di un'infrazione penale, fino ad arrivare al controllo sull'esecuzione delle decisioni giudiziarie, rivelando così una sorta di "onnipresenza" in ogni fase del processo.

Tale "onnipresenza" richiederebbe un'analisi approfondita di tutti i momenti processuali ove la presenza del *ministère public* è maggiormente significativa. Tuttavia, questo amplierebbe notevolmente i confini della presente ricerca, offuscandone quello che è l'oggetto principale; ovvero l'analisi delle funzioni e degli strumenti a disposizione del *parquet* in grado di influenzare l'andamento della politica penale all'interno di ciascun distretto di competenza; ciò anche grazie all'adozione del principio di opportunità che consente al pubblico ministero una maggiore flessibilità in punto di esercizio dell'azione penale.

Per questa ragione l'attenzione sarà rivolta principalmente sulla fase iniziale del processo; cioè sul momento fondamentale nel quale il *ministère public* è chiamato a decidere se esercitare l'azione penale. Scelta, quest'ultima, estremamente delicata in quanto sorretta dal principio di "opportunità", il quale come vedremo, offre al *parquet* un margine d'apprezzamento piuttosto ampio, sebbene mitigato da alcune "sfumature" dovute all'esistenza del principio gerarchico.

---

<sup>69</sup>*L'action publique* è definita come: "l'azione esercitata in nome della società, da parte di un corpo speciale di magistrati; *le ministère public*, che ha per oggetto l'applicazione della legge penale nei confronti di un soggetto ritenuto responsabile di un fatto delittuoso e la riparazione del danno causato alla collettività", V. G. Cornu, "Vocabulaire juridique", Association Henri Capitant, PUF, ed. 2000.

<sup>70</sup>Mireille Delmas-Marty, Michèle Guilbot-Sauer, *L'organisation des parquets et ses incidences en matière de gestion et de politique criminelle*, Université Paris Sud, Centre de recherche en politique criminelle, rapport de recherche au ministère de la Justice, novembre 1987, pp. 165 ss.

Prima di affrontare quest'ultimo aspetto occorre fare qualche premessa di carattere generale, allo scopo di delimitare i confini delle variabili sulle quali può fondarsi un sistema processuale nel momento relativo all'esercizio dell'azione penale.

In estrema sintesi, in alcuni Paesi, come appunto la Francia, il pubblico ministero dispone della scelta tra esercitare l'azione penale o disporre l'archiviazione dell'affare, anche in presenza di elementi che ne permetterebbero l'esercizio; trattasi appunto del principio di "*opportunità*".

In altri, invece, quali l'Italia, il pubblico ministero è sottoposto all'obbligo di esercitare l'azione penale nel momento in cui lo stesso si trovi di fronte ad un'infrazione prevista come tale dalla legge, ed ha raccolto elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio; ciò a prescindere dalla gravità dell'affare o dalle circostanze concrete. Trattasi del principio "*di legalità*" o "*obbligatorietà*" dell'azione penale.

Ovviamente, presi nelle forme "pure" nessuno dei due sistemi appare pienamente soddisfacente. In particolare, applicato senza "correttivi", il principio di legalità rischia di affollare eccessivamente i tribunali, costringendo il pubblico ministero ad esercitare l'azione penale anche nei casi di lieve gravità o comunque non offensivi al punto tale da necessitare la messa in moto della macchina giudiziaria. In tali casi, infatti, può prodursi un turbamento dell'ordine pubblico maggiore rispetto al reale disvalore dell'infrazione commessa.

Dall'altro lato, il principio di opportunità sembra violare un altro importante principio; *le principe de la légalité criminelle*. Invero, sotto la "copertura" dell'opportunità, potrebbe farsi strada un intollerabile arbitrio, laddove il pubblico ministero proceda ad archiviare taluni affari ritenuti più "sensibili" al fine di obbedire alle istruzioni del governo.

Fatte queste premesse, occorre altresì sottolineare che in entrambi i sistemi si impongono al pubblico ministero le medesime valutazioni logico-giuridiche ed, in particolare, in via preliminare l'esame degli elementi costitutivi del fatto commesso, la qualificazione penale dello stesso, l'identificazione del presunto autore, la verifica circa la completezza o meno del materiale raccolto e della presenza (o dell'assenza) di cause ostative all'esercizio dell'azione penale.

E' solo dopo l'accertamento della sussistenza di tutte le condizioni giuridiche necessarie all'esercizio dell'azione penale, che i due sistemi si differenziano; nel sistema della *legalità* il pubblico ministero, strumento della legge, è obbligato ad esercitare l'azione penale, in quello *dell'opportunità*, invece, la legge consente al rappresentante dell'accusa

d'apprezzare l'utilità concreta della repressione e l'interesse della società a vedere punita l'infrazione commessa.

Va, infine, aggiunto che per le ragioni già viste in precedenza, lo statuto del *ministère public* francese e le problematiche istituzionali ad esso collegate, hanno finito per inglobare anche il tema relativo all'esercizio delle sue funzioni, poiché l'alternativa tra l'adozione dell'uno o dell'altro principio, è esposta alle variazioni legate al grado di indipendenza di cui gode il pubblico ministero all'interno del proprio ordinamento nei confronti del potere esecutivo.

Infatti, l'attuazione del principio di legalità e, quindi, la "sottomissione" del pubblico ministero soltanto ai vincoli previsti dalla legge per l'esercizio dell'azione penale, richiede e presuppone una notevole indipendenza "esterna" dello stesso sul piano funzionale. Diversamente da come accade, invece, nei sistemi ove vige il principio di opportunità, nei quali l'azione del pubblico ministero, pur essendo governata da una certa discrezionalità, risulta limitata proprio dalla mancanza di una reale indipendenza rispetto al potere esecutivo.

## 2) ORIGINI DEL PRINCIPIO D'OPPORTUNITÀ' DELL'AZIONE PENALE

In Francia, come abbiamo visto, il *procureur de la République* dispone del diritto di apprezzare l'*opportunité* dell'esercizio dell'azione penale.

In estrema sintesi, di fronte a delle infrazioni perseguibili, il *procureur* non è obbligatoriamente tenuto ad esercitare l'azione penale<sup>71</sup>.

Per "infrazioni perseguibili" s'intendono quelle infrazioni rientranti in una fattispecie penale, commesse da una persona di cui l'identità e il domicilio sono conosciuti e per la quale alcuna disposizione legale come, ad esempio, la prescrizione, il giudicato, l'amnistia, la querela della vittima o la necessità di una autorizzazione, fa da ostacolo all'esercizio della stessa.

Ebbene, l'alternativa tra esercitare o meno l'azione penale contiene in sé, come evidenziato dalla dottrina, un duplice interrogativo<sup>72</sup>. In primo luogo e, in assenza di

---

<sup>71</sup>Il tema sarà sviluppato successivamente.

criteri definenti *a priori* la nozione di opportunità, la domanda va posta in negativo, perché occorre chiedersi quali siano le ragioni che giustificano un *classement sans suite* (archiviazione) e, in positivo, poiché bisogna verificare quali siano le modalità d'esercizio della stessa.

Per tentare di rispondere a tali quesiti conviene rintracciarne le ragioni in chiave storica.

Orbene, nella misura in cui il *ministère public* moderno è il frutto dell'opera di codificazione napoleonica, è utile condurre la ricerca partendo proprio dal *code d'instruction criminelle* del 1808.

In realtà il *code d'instruction criminelle* non conteneva alcuna disposizione in materia. Anzi, alcune norme apparivano come consacranti la regola della "legalità"; l'art. 47 *C.I.C* prevedeva, infatti, che « ...le procureur instruit qu'il a été commis un crime ou un délit...sera tenu de requérir le juge d'instruction ». Sulla base di tale disposizione, alcuni commentatori ne avevano tratto l'adozione del principio di legalità dell'azione penale, altri, invece, dall'analisi dei lavori preparatori, l'avevano interpretata come una norma chiarificatrice della ripartizione dei poteri tra giudice istruttore e pubblico ministero: al primo sarebbe spettato il compito di condurre l'istruttoria, al secondo quello di esercitare l'azione penale, ma non vi riscontravano alcuna limitazione al potere del pubblico ministero di decidere se esercitare o meno la stessa<sup>73</sup>.

A ben vedere, tuttavia, il *C.I.C* risultava lontano dal consacrare espressamente in uno dei suoi articoli il principio d'opportunità, al contrario esso era fortemente persuaso dall'idea che il *parquet* dovesse esercitare l'azione penale ogni qual volta una infrazione fosse stata portata alla sua conoscenza. Tale visione era pienamente conforme allo spirito della legislazione napoleonica; legislazione di rigore che aveva come preoccupazione quella di assicurare, nella maniera più efficace possibile, la repressione di tutte le infrazioni. E ciò risultava anche dalle numerose norme sui rimedi in caso di inazione del *ministère public*. Ad ogni modo il dibattito tra l'adozione del principio di legalità o d'opportunità dell'azione penale nel *C.I.C*, ha trovato dei sostenitori per entrambi.

Partendo dal dato normativo, esso non conteneva alcun riferimento dal quale risultava l'adozione dell'uno o dell'altro principio. Pertanto, occorre rintracciare la risposta analizzando le ragioni che consentivano al pubblico ministero di utilizzare la facoltà di archiviare.

---

<sup>72</sup>V. ancora per approfondimenti, A. Perrodet, *Etude pour un ministère public européen*, LGDJ, Paris, 2001, pp.144 ss

<sup>73</sup>V. A. Perrodet, *op. cit.*; F. Hélie, *Tr. Inst. crim.*, I, Paris, p. 514 ss.; Garraud, *Tr. Inst. crim.*, I, n. 152-11; J. A. Roux, II, p. 186; *Crim.*, 8 dicembre 1826. B.C., n. 250.

Tale questione è particolarmente importante perché aiuta a comprendere come si è passati, in effetti, all'adozione del principio di opportunità dell'azione penale.

Una circolare del ministero della Giustizia dell' 8 marzo 1817 ammetteva implicitamente la pratica del *classement sans suite* (archiviazione). Essa "invitava" i magistrati del *parquet* a utilizzare con maggior frequenza l'archiviazione, domandando loro di esercitare l'azione penale solo quando si fosse trattato di delitti capaci di mettere in pericolo l'ordine pubblico. Al contrario, cioè di fronte a delitti riguardanti solo l'interesse dei privati, la circolare suggeriva al *ministère public* di esortare il querelante a *poursuivre* lui stesso l'infrazione costituendosi parte civile; ciò perché si registrava un eccessivo numero d'*informations* e di *poursuites d'office* su dei fatti leggeri e spesso insignificanti<sup>74</sup>. Questa circolare fu seguita da altre circolari, tutte affermanti lo stesso principio e dalla *Chambre criminelle* la quale, con una decisione dell'8 dicembre 1826, si occupava finalmente dell'art. 47 del *C.I.C.*, offrendone una interpretazione in sintonia con le circolari ministeriali.

In estrema sintesi, la *Chambre criminelle* in tale decisione affermava che l'art. 47 non obbligava i magistrati del *parquet* ad esercitare sistematicamente l'azione penale su tutte le infrazioni, comprese quelle più banali, senza l'intervento della parte lesa, poiché questo avrebbe procurato una spesa eccessiva per lo Stato senza alcuna utilità concreta per l'ordine pubblico.

A poco a poco iniziava ad avvertirsi una propensione verso il *principio di opportunità*: permettendo, infatti, al pubblico ministero di effettuare una valutazione sulla necessità o meno di *poursuivre* le infrazioni portate alla sua conoscenza, si consentiva allo stesso di gestire, nel proprio distretto, una politica penale adeguata al contesto della criminalità locale, secondo quelle che erano le risorse disponibili.

Detto ciò occorre tornare, quindi, sull'interrogativo di partenza; ovvero se l'esercizio dell'azione penale non era più obbligatorio, quali erano allora le ragioni che consentivano al *ministère public* di *classer l'affaire*?

Due ragioni sostanziali possono essere rintracciate dalla pratica giudiziaria.

Da un lato, vi era stato un eccessivo sviluppo delle *enquêtes officieuses* (inchieste d'ufficio) e, dall'altro lato, la necessità di regolare il flusso della giustizia penale.

Il *C.I.C.*, infatti, riposava sul principio secondo cui l'istruzione era separata dalla *poursuite*, cioè dall'esercizio dell'azione penale. Di conseguenza *les procureurs* non

---

<sup>74</sup>V. C. Bruschi, *Parquet et politique pénale depuis le XIX siècle*, ed. PUF, Paris, 2002, pp 90 ss ; Gillet, *Analyse des circulaires, instructions et décisions diverses émanées du ministère de la Justice*, 3<sup>ème</sup> éd., par Demoly, Paris, 1876, 2 volumes, I, n.1152 e A. Perrodet, *op. cit.* pp.150 ss.

potevano arrogarsi il diritto di condurre autonomamente l'istruttoria degli affari portati alla loro conoscenza. Se questo rappresentava il principio teorico, la pratica giudiziaria fece presto a modificarne in parte il contenuto, consentendo al pubblico ministero di immischiarsi nelle funzioni del giudice istruttore, grazie allo sviluppo delle anzidette *enquêtes officieuses*.

In breve, la separazione dell'*enquête*, condotta dalla polizia giudiziaria, dall'istruzione, propriamente detta, non appariva espressamente nel *C.I.C.* La fase della procedura rimessa alla conduzione della polizia giudiziaria si sviluppava al di fuori del *C.I.C.* Il codice, infatti, si accontentava di affermare che della stessa erano competenti le autorità di polizia giudiziaria, senza però regolamentarne gli atti. In altri termini, il codice ne offriva la base giuridica ma non ne precisava i contenuti e i limiti<sup>75</sup>.

In assenza di un quadro giuridico più preciso, il modello napoleonico d'indagine (*enquête judiciaire*) agevolava, pertanto, lo sviluppo di una pratica parallela<sup>76</sup>. Infatti, la necessità di garantire una pronta ed efficace repressione delle infrazioni penali, richiedeva giustappunto un completamento della disciplina, il quale fu messo in atto direttamente dalla pratica giudiziaria.

Poiché il codice napoleonico metteva il giudice istruttore al centro del processo penale (il quale, evidentemente, non poteva assicurare un intervento adeguato e tempestivo su tutte le infrazioni), la polizia giudiziaria e il *parquet* iniziavano ad uscire dai limitati confini di intervento loro consentiti, ed essenzialmente rivolti alla repressione dei *flagrants délits* (*l'enquête sur infraction flagrante*), per dar vita alla pratica delle cosiddette *enquêtes officieuses* (chiamate poi "*préliminaires*").

Tali incursioni del *ministère public* nelle prerogative dell'ufficio del giudice istruttore, erano lontane dal provocare lo sdegno di quest'ultimo, ma al contrario sembravano essere accettate. Inoltre, anche sul versante delle *enquêtes sur infraction flagrante*, una legge del 1863, andava a consacrare una pratica già in corso, attribuendo chiaramente al *procureur* l'istruzione preparatoria in caso di *flagrant délit*, senza necessità dell'intervento del *juge d'instruction*.

Questo accrescimento di poteri e di spazi d'intervento del *ministère public*, ebbe come conseguenza una forte riduzione del numero di affari rinviati alla fase dell'istruzione e un aumento di citazioni dirette innanzi al tribunale *correctionnel*.

---

<sup>75</sup>Art. 8 *C.I.C.* « *la police judiciaire recherche les crimes, les délits et les contraventions, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir* »

<sup>76</sup>Per approfondimenti sulla nascita e sullo sviluppo delle *enquêtes officieuses*, v. Jean-Claude Farcy, Dominique Kalifa et Jean-Noel Luc, *L'enquête judiciaire en Europe au XIX siècle. Acteurs, imaginaires, pratiques*, Paris, Creaphis, 2007, pp. 392 ss.

In altre parole, il *ministère public* trasmetteva al giudice istruttore solo i casi più complessi e richiedenti un maggior approfondimento. Per gli affari più lievi o, comunque non necessitanti un supplemento istruttorio, le indagini condotte dalla polizia giudiziaria, sotto la direzione del pubblico ministero, consentivano allo stesso di decidere se evitare l'istruzione e citare l'interessato direttamente in giudizio, oppure di *classer sans suite* (archiviare) il caso<sup>77</sup>.

In un rapporto inviato al ministero della Giustizia, relativo all'amministrazione della giustizia criminale in Francia dal 1826 al 1880, il ministro constatava che la media degli affari rinviati all'istruzione era notevolmente diminuita, mentre era aumentato il numero dei *classement sans suite*. Secondo il Ministro della Giustizia, tali risultati erano assolutamente positivi perché evidenziavano, da un lato, la cura e l'attenzione che il pubblico ministero impiegava nel decidere di rinviare solo gli affari più complessi, gravi o poco chiari innanzi al giudice istruttore e, dall'altro lato, la parsimonia con la quale egli esercitava l'azione penale<sup>78</sup>.

L'effetto provocato dal crescente sviluppo delle *enquêtes officieuses*, fu quello di mettere a disposizione del pubblico ministero, grazie a dei dossier di polizia giudiziaria più completi, un insieme di elementi di riflessione che consentivano al magistrato d'apprezzare realmente la necessità o meno di dar seguito all'affare.

Pertanto, come dimostrato, il *ministère public* era ormai totalmente staccato dal principio di legalità, o secondo alcuni di automaticità dell'azione penale<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup>L. Lambert, *Traité théorique et pratique de police judiciaire*, 3.ed. Lyon, 1951, p.351ss. L'autore sottolinea che le il *classement sans suite*, da parte del pubblico ministero, costituiva un *non-lieux* facile ed economico.

<sup>78</sup>Infatti dal 1831 al 1835, 41% degli affari di cui il *parquet* veniva a conoscenza erano rinviati all'istruzione e il 31% venivano archiviati, crf. Perrot M., Robert P., *Commentaire du compte général de l'administration de la justice criminelle en France pendant l'année 1880 et rapport relatif aux années 1826 à 1880*, Gèneve/Paris, Slaktine reprints, 1989.

<sup>79</sup>C. Bruschi, *Parquet et politique pénale depuis le XIXe siècle*, ed. PUF, Paris, 2002, pp. 94 ss ; J.P. Royer, *Histoire du ministère public. Evolutions et ruptures, Le Parquet dans la République*, ENM, 1996 e E. Mathias, *Les procureurs du droit, de l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, Paris, ed. CNRS, 1999, pp. 70 ss. Secondo l'autore il *C.I.C* non avrebbe optato per il "principio di legalità" dell'esercizio dell'azione penale, ma per quello dell' "automaticità" della repressione. Infatti, la legalità suppone, al di fuori di ogni considerazione sull'opportunità, che il pubblico ministero sia comunque in grado di apprezzare la legalità del fatto portato alla sua attenzione e, se lo stesso non costituisce reato secondo la legge penale, di abbandonare la *poursuite*. L'autore mostra come, in realtà, il *C.I.C* obbligava il pubblico ministero ad investire di ogni infrazione il giudice istruttore, senza potersi interrogare su una sua eventuale qualificazione penale, come invece era consentito al giudice di pace in virtù del decreto del 29 settembre e 21 ottobre 1791. Il *parquet*, prosegue Mathias, nello spirito del codice, non sarebbe stato altro che un intermediario tra i servizi di polizia e i giudici, ma privo di ogni facoltà di selezione e valutazione dei fatti. Tuttavia per le ragioni suesposte, è possibile sostenere che, il pubblico ministero, sebbene formalmente sprovvisto di un tale potere decisionale da parte del codice, fosse comunque riuscito nella pratica a recuperare una certa autonomia nell'apprezzare la necessità o meno di perseguire le infrazioni di cui era a conoscenza.

In conclusione, egli era in grado di operare una selezione dei fatti penalmente rilevanti prima di portarli alla conoscenza del giudice istruttore o davanti la *jurisdiction de jugement*, evitando l'apertura sistematica di una informazione giudiziaria su tutte le infrazioni.

Come abbiamo detto, accanto all'espansione delle *enquêtes officieuses*, l'altra ragione che agevolò l'adozione del principio d'opportunità dell'azione penale, era rappresentata dalla preoccupazione di regolare il flusso della giustizia penale. Pertanto, per comprendere pienamente le cause del crescente utilizzo da parte del *parquet* del *classement sans suite*, facilitato appunto dall'accoglimento del principio di opportunità, occorre avere a mente entrambi gli aspetti.

L'accrescimento dei poteri del pubblico ministero andava di pari passo con un altro fattore: il considerevole aumento del numero di agenti e ufficiali di polizia giudiziaria e di gendarmeria. In particolare, tra il 1845 e il 1869, la gendarmeria aumentò il proprio organico di un terzo e il numero delle forze di polizia triplicò. Questo fenomeno ebbe come conseguenza immediata un'inflazione del numero dei *procès-verbaux* redatti dalle forze dell'ordine e trasmessi sistematicamente al *parquet*<sup>80</sup>.

Di fronte al considerevole aumento del numero di contenzioso portato all'attenzione del *ministère public*, quest'ultimo, al fine di una migliore gestione della politica penale all'interno del proprio distretto, si vedeva spesso "costretto" a rispondere, negli affari meno complessi e di limitata rilevanza, con un abbandono della *poursuite*, privilegiando la strada del *classement sans suite*. Tale strada permetteva al *procureur* di oltrepassare largamente la sola funzione di parte *poursuivante* "privilegiata", offertagli dal C.I.C.

Di fatto, alla funzione d'istruzione acquisita grazie allo sviluppo delle *enquêtes officieuses* e alla legge del 20 maggio 1863, andava ad aggiungersi lo strumento, ormai sempre più radicato nella pratica giudiziaria, dell'*opportunité des poursuites*, il quale

---

<sup>80</sup>In estrema sintesi, viene chiamato *procès-verbal* l'atto referente la commissione di una infrazione o descrittiva delle ricerche effettuate in seguito alla commissione della stessa, di cui un magistrato, un ufficiale o agente di polizia è competente a redigere in quanto venuto a conoscenza del fatto, oppure per avervi assistito direttamente. La polizia giudiziaria, infatti, riporta per iscritto non soltanto le infrazioni constatate, ma anche i risultati delle operazioni compiute all'interno del quadro delle proprie competenze. I *procès-verbaux* che riferiscono, appunto, ciò che le persone hanno visto, udito o fatto, vengono inseriti nel *dossier* della procedura e rivestono una parte essenziale dello stesso.

L'espressione *procès-verbal* può apparire, invero, come un controsenso poiché si tratta in realtà di atti scritti. Essa tuttavia deriva dalla pratica invalsa nel XIV sec., dove gli agenti inferiori abilitati a constatare alcune infrazioni, erano spesso incapaci di scrivere e pertanto riferivano al giudice i fatti da loro appresi in via orale. La base giuridica dei *procès-verbaux* si trovava nell'art. 29, I C.I.C. Per approfondimenti, v. M. Franchimont, Ann Jacobs, A. Masset, *Manuel de procédure pénale*, 2 ed., Larcier, pp. 247 ss.

consentiva al *ministère public* di accostarsi sempre più a una funzione per certi versi “giudicante”.

Come osservato dalla dottrina, il *ministère public* non si limitava a offrire una qualificazione giuridica dei fatti a lui comunicati e a richiedere, di conseguenza, l’applicazione della legge penale. Per valutare l’opportunità o meno di esercitare l’azione penale, il pubblico ministero doveva necessariamente conoscere a fondo la vicenda processuale, allo stesso modo del giudice chiamato a decidere sulla responsabilità dell’imputato. E’ in questo senso che è possibile affermare che il *ministère public* “s’intromette nella funzione del giudice del giudizio”<sup>81</sup>.

I motivi del *classement* erano vari. La valutazione sull’opportunità di esercitare l’azione penale richiedeva, infatti, l’analisi di tutta una serie di parametri da parte del *parquet* prima di scegliere l’abbandono della *poursuite*.

In altri termini, se la decisione di *classer* era discrezionale, poiché non inquadrata dalla legge, essa tuttavia non appariva arbitraria. Infatti, il *classement* (archiviazione) era sempre preceduto da un esame riguardante in primo luogo, la legalità dell’infrazione “*nulla poena sine lege*” e, in secondo luogo, sull’esistenza o meno di cause d’estinzione dell’*action publique* come l’amnistia, la prescrizione, la morte dell’indagato o la formazione del giudicato. Solo a seguito di tali valutazioni il pubblico ministero procedeva all’esame dell’opportunità di esercitare l’azione penale.

I motivi di un *classement* di pura opportunità erano difficilmente classificabili, perché dipendevano anche dalla personalità del *procureur* e dalle priorità repressive di politica penale predilette all’interno di ciascun distretto.

Dunque, anche nell’ipotesi in cui il *ministère public* avesse accertato la legalità dell’infrazione e l’inesistenza di cause estintive dell’*action publique*, egli avrebbe potuto ugualmente privilegiare la strada del *classement* piuttosto che quella della *poursuite*, laddove l’esercizio di quest’ultima fosse stato capace di turbare maggiormente l’ordine pubblico o comunque apparire sproporzionato rispetto all’infrazione commessa.

Orbene, a partire dal XIX secolo, il *classement sans suite* iniziava a presentare l’enorme vantaggio di lasciare al pubblico ministero la duplice alternativa tra una via preventiva ed una via repressiva.

Infatti, in teoria, il principio di opportunità non consentiva altra possibilità che quella di *poursuivre* o quella di abbandonare la *poursuite*, lasciando impunita l’infrazione

---

<sup>81</sup>M. L. Rassat, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, thèse de droit, Paris, 1965, LGDJ, 1967; 2<sup>ème</sup> ed. 1975, pp. 50 ss e C. Bruschi, *Parquet et politique pénale depuis le XIXe siècle*, ed. Puf, Paris, 2002, pp. 97 ss.

commessa. Invece, proprio grazie allo sviluppo di un potere “d’ammonizione” preventivo offerto al *ministère public*, iniziava a prendere le mosse la cosiddetta “terza via”, la quale andava a collocarsi in una posizione intermedia tra l’abbandono della *poursuite* puro e semplice, e l’esercizio dell’azione penale.

Questo potere “d’ammonizione” era, ed è, generalmente utilizzato negli affari meno gravi (spesso coinvolgenti solo interessi privati), e non idonei a provocare un serio turbamento dell’ordine pubblico<sup>82</sup>.

Il potere d’ammonizione permette(va) al pubblico ministero di precisare le condizioni di un’eventuale archiviazione e di “richiamare” il responsabile, convocato nell’ufficio del magistrato, suggerendogli l’adozione di una condotta “prudente” al fine di evitare una ricaduta nella commissione dell’infrazione penale.

In conclusione, il *classement sans suite* non sarà più “secco” ma, come vedremo, prenderà sempre più le sembianze di una misura di prevenzione; in altre parole, lo scopo era, ed è, quello di fare notare al responsabile, da un lato, l’importanza del fatto criminoso commesso per impedirgli di rinnovare la propria condotta e, dall’altro, ordinargli di riparare eventualmente il danno provocato alla vittima o alla comunità.

---

<sup>82</sup> C. Bruschi, *Parquet et politique pénale depuis le XIX siècle*, ed. Puf., Paris, 2002, pp.100 ss.

### 3) IL *CLASSEMENT SANS SUITE*; l'archiviazione e la *POURSUITE*; l'esercizio dell'*action publique*

Prima di passare all'analisi dell'anzidetta “*terza via*”, intesa come percorso alternativo non solo all'instaurazione del processo ma anche all'archiviazione semplice, è d'obbligo fare qualche precisazione proprio in merito a quest'ultimo istituto; il *classement sans suite*.

Il *classement sans suite* si sostanzia in un'archiviazione del dossier della procedura e rappresenta una decisione puramente amministrativa insuscettibile di passare in giudicato e di essere oggetto di un ricorso giurisdizionale. Infatti, il pubblico ministero può, nei limiti del termine di prescrizione dell'*action publique*, ritornare sul *classement* e decidere di *poursuivre* senza la necessità di dover giustificare in modo particolare la sussistenza di elementi nuovi o di speciali esigenze investigative sopravvenute (anche se è evidente che, nella pratica, è proprio la scoperta di nuovi elementi che rende comprensibile la scelta del pubblico ministero di esercitare l'azione penale).

Fino all'entrata in vigore della legge n. 204 del 9 marzo 2004, il pubblico ministero non aveva l'obbligo di formulare una motivazione in caso di *classement sans suite*, salva l'ipotesi di reati commessi contro i minori. In seguito a tale legge, il *ministère public*, ai sensi dell'art. 40-2, 2 *c.p.p.*, laddove scelga la strada del *classement sans suite*, ha l'obbligo di informare la vittima e/o il querelante (se identificati) dei motivi di diritto o di opportunità che giustificano la sua decisione<sup>83</sup>. Allo stesso modo, il pubblico ministero è tenuto ad avvertirli in caso di *poursuite* o della scelta di adottare una misura alternativa alla *poursuite*<sup>84</sup>. Sempre grazie alla legge in esame è stata introdotta la possibilità per “*toute personne ayant dénoncé des faits au procureur de la République*”<sup>85</sup> di attivare, ex art. 40-3 *c.p.p.*, un ricorso gerarchico innanzi al procuratore generale presso la Corte d'appello competente, contro la decisione del *classement sans suite* adottata dal pubblico ministero.

In quest'ultimo caso, il procuratore generale ha il potere di ingiungere al *procureur de la République d'engager la poursuite*, mediante istruzioni scritte da inserire nel dossier

<sup>83</sup>Art. 40-2, 2 “*Lorsqu'il décide de classer sans suite la procédure, il les avise également de sa décision en indiquant les raisons juridiques ou d'opportunité qui la justifient*”.

<sup>84</sup>Art. 40-2 “*Le procureur de la République avise les plaignants et les victimes si elles sont identifiées, ainsi que les personnes ou autorités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 40, des poursuites ou des mesures alternatives aux poursuites qui ont été décidées à la suite de leur plainte ou de leur signalement*”.

<sup>85</sup>Il termine “*personne*” viene interpretato estensivamente ed è quindi comprensivo della vittima, del “*plaignant*” (querelante) e dell'*informateur* (denunciante) di cui all'art. 40 *c.p.p.*

della procedura, alle condizioni di cui all'art.36 *c.p.p.* In caso contrario, se il procuratore generale reputi il ricorso infondato, egli ha l'obbligo d'informarne l'interessato<sup>86</sup>.

Per completezza va, infine, ricordato che un altro contrappeso alla decisione del pubblico ministero di archiviare il caso, può provenire anche dalle istruzioni scritte (da inserire sempre nel dossier della procedura) da parte del Ministro della Giustizia indirizzate al procuratore generale "di esercitare o di far esercitare l'azione penale o di investire la giurisdizione competente, in merito alle infrazioni penali portate alla sua conoscenza e che egli giudica opportune" *ex art. 30 c.p.p.*

Per rispondere all'altro interrogativo dal quale siamo partiti nel paragrafo precedente; ovvero su quali siano le modalità concrete di esercizio dell'azione penale, bisogna innanzitutto precisare che nel sistema francese i reati (*infractions*) vengono suddivisi in crimini, delitti e contravvenzioni e, a seconda del tipo di infrazione commessa, il pubblico ministero può esercitare differentemente l'azione penale.

La *poursuite*, prima tappa del processo penale, può essere definita come l'atto processuale con il quale una parte, esercitando la sua azione, investe dell'affare una giurisdizione d'istruzione o di giudizio, aprendo formalmente il processo penale.<sup>87</sup>

In tutti i casi, sia si tratti di investire dell'affare una giurisdizione d'istruzione sia di giudizio, il pubblico ministero non può esercitare l'azione penale che attraverso un atto formale *d'accusation*, con il quale vengono resi noti i fatti addebitati alla persona e riportati i relativi articoli di legge violati con le sanzioni ivi previste. L'atto di *poursuite* (d'esercizio dell'azione penale) si sostanzia in una "requisitoria" introduttiva (*réquisitoire introductif d'instance*), se rivolta al giudice istruttore, oppure in una citazione, se indirizzata all'interessato, nell'ipotesi in cui il magistrato decida di procedere direttamente con la strada del giudizio.

Ad ogni modo, la *cour de Cassation*<sup>88</sup> ha ricordato in svariate pronunce che, ai sensi dell'art. 388 *c.p.p.*, una volta esercitata l'azione penale, la decisione del pubblico ministero è irrevocabile; egli non può, in seguito, optare per un'archiviazione o per una modalità alternativa alla *poursuite*. In altre parole, *l'action publique* una volta esercitata è indisponibile.

---

<sup>86</sup>Il procuratore generale dovrà anch'egli, *a priori*, indicare le ragioni di fatto o di diritto che impediscono l'accoglimento del ricorso.

<sup>87</sup>Per approfondimenti, v. Serge Guinchard, Jacques Buisson, *Manuel procédure pénale*, 5<sup>ème</sup> éd. Litec, Paris, 2009, pp. 735 ss.

<sup>88</sup>Cass. Crim., 20 febbraio 2007; Juris Data, n. 2007-037893, Cass. Crim., 24 settembre 2008; Juris Data, n. 2008-045672.

Anche se il pubblico ministero si rendesse conto, in seconda battuta, dell'infondatezza della *poursuite*, egli non avrebbe altra soluzione che quella di richiedere il rilascio (*relaxe*) in udienza o un'*ordonnance de non-lieu* al giudice istruttore (il quale non è tuttavia vincolato da tale richiesta).

Orbene, prima di affrontare più in dettaglio il tema delle "vie alternative" alla *poursuite*; argomento capace di mettere in risalto le peculiarità del principio d'opportunità, è utile analizzare brevemente le differenti modalità d'esercizio dell'azione penale a disposizione del *ministère public*.

L'art. 40-I *c.p.p.* afferma: « *lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance en application de l'article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun :*

- 1) *Soit d'engager des poursuites* (esercitare l'azione penale) ;
- 2) *Soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites en application des articles 41-1 ou 41-2* (attivare una procedura alternativa all'esercizio dell'azione penale) ;
- 3) *Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient* » (archiviare il caso).

È chiaro, pertanto, che la prima possibilità rimessa alla valutazione del pubblico ministero è quella riguardante l'opportunità o meno di esercitare l'azione penale.

Com'è stato poc'anzi precisato, in Francia, i reati sono suddivisi in crimini, delitti e contravvenzioni, secondo la loro gravità.

In materia di crimini, infatti, il pubblico ministero, nell'ipotesi in cui decida di esercitare l'azione penale, non ha altra scelta che quella di richiedere al giudice istruttore l'apertura di una "istruzione", attraverso una requisitoria introduttiva, firmata e datata, riportante i fatti oggetto della *poursuite* e la loro qualificazione penale, *ex art. 80 c.p.p.* Essa può riguardare una persona già identificata oppure ancora sconosciuta; in quest'ultimo caso si parla di requisitoria "contro x".

In conclusione, quando si tratta di crimini, non è possibile investire del caso direttamente la corte d'assise, ma occorre chiedere l'intervento del giudice istruttore, il quale ha l'obbligo di aprire un'istruttoria e di istruire "à *charge et à décharge*" (art. 81 *c.p.p.*).

Lo scopo dell'istruzione è, appunto, quello di raccogliere le prove della commissione di un'infrazione e di ricercarne l'autore; più specificamente, tale fase ha come obiettivo quello di accertare se esistono prove a carico sufficienti per rinviare il responsabile

dinanzi la giurisdizione competente (che in materia di crimini è appunto la corte d'assise). Inoltre, va ricordato che il giudice istruttore è investito dei “fatti” (*il est saisi in rem*) così come descritti nella requisitoria del pubblico ministero (o nella querela con costituzione di parte civile presentata dalla *partie lésée*; persona offesa) e non “*in personam*”. Ciò vuol dire che il giudice istruttore, a differenza del giudice del giudizio, non è vincolato à *mettre en examen*<sup>89</sup> le sole persone indicate nella requisitoria del pubblico ministero (o nella querela con costituzione di parte civile) o à *mettre en examen* obbligatoriamente le persone indicate negli stessi. Infine, occorre segnalare che il giudice istruttore mantiene comunque la libertà di (ri)qualificare giuridicamente i fatti portati alla sua attenzione, compresa la possibilità di istruire su dei fatti connessi a quelli denunciati e che costituiscono circostanze aggravanti degli stessi<sup>90</sup> (ad esempio, se chiamato ad occuparsi di un fatto descritto dal pubblico ministero come furto, egli è libero di riqualificarlo come truffa)<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup>Occorre precisare brevemente che assumono rilievo nel corso dell'istruttoria due categorie di “sospetti”; *le mis en examen* (l'indagato o sospettato “maggiore”) il quale, ai sensi dell'art. 80 *c.p.p.*, è la persona contro la quale esistono degli indizi gravi o concordanti che lasciano verosimilmente supporre che la stessa abbia potuto partecipare, come autore o come complice, ai fatti di cui è investito il giudice istruttore e le *témoins assistés* (l'indiziato o il sospettato “minore”) il quale non è “parte”, ma è ugualmente titolare di diritti di difesa nel corso della procedura; ciò in quanto pur essendo raggiunto da indizi, che lasciano presumere un coinvolgimento nei fatti criminosi, essi non assumono tuttavia lo spessore della “gravità o concordanza” richiesta ai fini della *mise en examen*. La decisione di *mettre en examen* è presa dal giudice istruttore a seguito di un interrogatorio di prima comparizione, nel quale il giudice raccoglie le osservazioni dell'interessato assistito dal proprio avvocato, se presente (il quale può visionare il dossier e comunicare con il proprio assistito). La persona viene convocata con un atto formale nel quale viene indicata la data e l'ora della convocazione, con la qualificazione dei fatti per i quali il giudice istruttore ritiene di procedere ad una *mise en examen*. L'avvocato deve essere convocato almeno 5 giorni prima della data fissata per l'interrogatorio. In assenza, il giudice istruttore, dopo aver ricordato il diritto all'assistenza difensiva, se l'interessato ne fa richiesta, procede alla nomina di un difensore d'ufficio. Inoltre il giudice informa la persona del suo diritto di restare in silenzio, della facoltà di rilasciare delle dichiarazioni e, all'avvocato, di presentare osservazioni e richieste. Va sottolineato, poi, che se la persona sceglie liberamente di non essere assistita da un avvocato, la stessa può tacere o rilasciare dichiarazioni, ma in nessun caso potrà divenire oggetto di un interrogatorio *stricto sensu*. Solo a seguito di questa procedura, in contraddittorio con l'interessato, il giudice istruttore è in grado di decidere la *mise en examen* (o di ricorrere allo statuto di *témoins assistés*). In particolare, la *mise en examen* produce l'effetto di far divenire “parte” il soggetto interessato dalla stessa, con tutti i relativi diritti legati a tale *status*; tra i quali il diritto di difesa (all'assistenza dell'avvocato), l'accesso al dossier della procedura (art. 114 *c.p.p.*) e il diritto di chiedere al giudice istruttore il compimento di tutti gli atti necessari alla manifestazione della verità, sempre in presenza del proprio avvocato (prima della legge del 15 giugno del 2000, il diritto delle parti era limitato alla richiesta di determinati atti: gli interrogatori, le audizioni, i confronti, il trasporto sui luoghi e la produzione di documenti). Resta ferma, però, la possibilità per il giudice istruttore di rifiutare il compimento degli stessi, con ordinanza motivata, da emettersi entro un mese dal ricevimento della richiesta di parte.

Il tema è piuttosto complesso e meriterebbe una trattazione autonoma, pertanto si rinvia alla manualistica; Serge Guinchard, Jacques Buisson, *Manuel procédure pénale*, 5ème ed., Litec, Paris, 2009 ; F. Fourment, *Procédure pénale*, x ed., Paradigme, 2010 ; Coralie Ambrosie Castérot, *La procédure pénale*, 2ème ed., Gualino, 2009.

<sup>90</sup>Cass. Crim., 27 luglio, 1970: Bull. 249; Cass. Crim. 20 ottobre 1993: Bull. 180.

<sup>91</sup>Occorre segnalare che vi sono, tuttavia, dei divieti espressamente previsti dalla legge in merito alla possibilità di riqualificazione dei fatti da parte del giudice istruttore; in particolare in materia di reati di

Per quanto riguarda, invece, l'esercizio dell'azione penale in materia di delitti, la competenza è del *tribunal correctionnel* e il pubblico ministero dispone di una maggiore scelta.

Egli può, infatti, decidere di investire del caso il giudice istruttore mediante una requisitoria introduttiva<sup>92</sup>, similmente a quanto previsto in materia di crimini, oppure rinviare l'autore direttamente innanzi al *tribunal correctionnel*, attraverso una delle seguenti modalità: *l'avertissement; la citation directe; la convocation per procès-verbal e la comparution immédiate*<sup>93</sup>. Accanto a queste modalità tradizionali, vanno segnalate due

---

stampa, di frode e falsificazione. Per approfondimenti, v. Serge Guinchard, Jacques Buisson, *Manuel procédure pénale*, 5ème ed., Litec, Paris, 2009, pp. 846 ss.

<sup>92</sup>Questa strada è utilizzata normalmente quando l'autore dei fatti è sconosciuto, quando gli elementi costitutivi dell'infrazione non sono stati ancora riuniti, oppure quando si è di fronte a dei casi complessi necessitanti un maggior approfondimento probatorio.

<sup>93</sup>Per approfondimenti sulle diverse modalità di esercizio dell'azione penale mediante rinvio alla *jurisdiction de jugement*, si rinvia alla manualistica citata in nota 78. Inoltre, anche per quanto riguarda le modalità di *poursuite* in materia di contravvenzioni, il pubblico ministero beneficia di diverse possibilità. In breve, le contravvenzioni possono essere sottoposte ad una procedura semplificata; la "*procédure simplifiée de l'ordonnance pénale*", applicabile a tutte le contravvenzioni, ad esclusione di quelle appartenenti alla quinta classe commesse da un minore o a quelle rientranti nel codice del lavoro. Più da vicino, il pubblico ministero nel momento deputato alla valutazione sull'*opportunité de la poursuite*, può decidere di esercitare l'azione penale rinviando direttamente il responsabile innanzi al *tribunal de police*, comunicando contestualmente al tribunale il dossier con le sue requisizioni. Va segnalato che tale procedura non è più attivabile quando la persona offesa ha già investito del caso il tribunale di polizia mediante citazione diretta del responsabile.

Orbene, il giudice competente (tribunale di polizia), sulla base del dossier contenente le requisitorie del pubblico ministero, pronuncia in segreto un'ordinanza penale di rilascio o di condanna. Tuttavia, nel caso in cui il giudice ritenga necessario un dibattito in contraddittorio con l'interessato o che altre sanzioni, oltre l'ammenda, meriterebbero di essere applicate, egli è tenuto a rinviare il dossier al pubblico ministero al fine di permettergli di esercitare l'azione penale nelle forme ordinarie.

Una volta pronunciata l'ordinanza penale, il pubblico ministero ha dieci giorni per presentare opposizione, la quale rimette automaticamente l'affare al tribunale di polizia secondo la procedura ordinaria. Se il pubblico ministero non presenta opposizione, l'ordinanza è notificata al responsabile mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. A questo punto il contravventore può scegliere tra il pagamento dell'ammenda entro un termine di trenta giorni a partire dalla notificazione dell'ordinanza penale con estinzione dell'*action publique*, o presentare opposizione nello stesso termine di trenta giorni ( in questo caso la procedura si svolgerà innanzi al tribunale di polizia). Nell'ipotesi in cui egli non provveda al pagamento dell'ammenda, né a presentare opposizione entro il termine previsto, l'ordinanza acquista l'efficacia di un giudizio di condanna con effetto di giudicato e quindi immediatamente esecutiva. Va precisato, poi, che una volta intrapresa tale procedura, essa non permette alla vittima di intervenire contestualmente innanzi al giudice penale nel momento della decisione, ma potrà agire solo in un secondo momento per ottenere il risarcimento dei danni. Ciò si spiega perché l'ordinanza penale non ha autorità di giudicato riguardo all'azione civile (anche se l'ordinanza penale dovesse contenere una pronuncia di rilascio, sarebbe ugualmente possibile per la vittima investire il tribunale di polizia dell'azione civile tendente a ottenere il ristoro per il pregiudizio sofferto).

L'altra procedura prevista in tema di contravvenzioni è la "*procédure de l'amende forfaitaire*", la quale è ancor più sommaria della precedente, non prevedendo nemmeno l'intervento del giudice. Essa è applicabile per le contravvenzioni rientranti nelle prime quattro classi e a condizione che siano punite solo con pena dell'ammenda. Ad esempio si può pensare alle contravvenzioni previste nel codice della strada, a quelle per inosservanza della regolamentazione dei parchi o riserve naturali. L'ammenda può essere pagata direttamente nelle mani dell'agente verbalizzante o, entro un termine di trenta giorni, nel corso del quale il responsabile può presentare una richiesta di esonero al pubblico ministero. In tal caso quest'ultimo potrà sia procedere al *classement sans suite* (archiviazione), sia ricorrere alla procedura dell'ordinanza penale, sia, infine, utilizzare la procedura ordinaria. In caso di condanna, l'ammenda pronunciata non potrà essere inferiore a quella forfettaria nominale.

novità introdotte rispettivamente dalla legge del 9 settembre del 2002 e dalla legge del 9 marzo 2004.

La prima ha introdotto una modalità di giudizio inedita per alcuni delitti: “la procedura semplificata”, ispirata alla medesima procedura prevista per le contravvenzioni. In breve, essa è accordata al pubblico ministero solo per alcuni delitti previsti dal codice della strada e per i delitti in materia di regolamentazione del trasporto terrestre. Tale procedura semplificata consiste per il pubblico ministero nel comunicare al presidente del tribunale correzionale, il dossier dell'affare con le proprie requisitorie.

Il presidente decide, in assenza di contraddittorio, mediante un'ordinanza penale motivata, con la quale stabilisce il rilascio o la condanna al pagamento di un'ammenda, anche eventualmente unita ad una o più pene complementari. Sono previste ugualmente delle garanzie rimesse alla valutazione del presidente. Infatti, se il presidente considera necessario un dibattito in contraddittorio con l'interessato, oppure ritiene di dover comminare la pena *d'emprisonnement*, egli è tenuto a rinviare il dossier al pubblico ministero, al fine di permettere a quest'ultimo di *poursuivre* mediante le forme ordinarie.

L'interessato ha quarantacinque giorni dal ricevimento dell'ordinanza (per lettera raccomandata con avviso di ricevimento) per formare opposizione e instaurare un dibattito in contraddittorio davanti al tribunale correzionale, con possibilità d'assistenza difensiva. Anche il pubblico ministero può proporre opposizione entro un termine di dieci giorni dalla comunicazione dell'ordinanza. Inoltre, questa procedura semplificata non impedisce alla persona offesa di costituirsi parte civile, attraverso una citazione dinanzi al tribunale correzionale.

L'altra legge, invece, ha introdotto la procedura detta di “*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*” (CRPC), ispirata alla procedura anglosassone del “*plea bargaining*” e adattata al sistema processuale francese<sup>94</sup>.

Tale procedura è applicabile ai delitti puniti con la pena dell'ammenda e/o della reclusione inferiore o eguale a cinque anni, eccetto i delitti commessi dai minori di diciotto anni, di omicidio involontario, dei delitti politici, di stampa o dei delitti di cui la procedura è prevista direttamente dalle leggi speciali (ad esempio la materia fiscale).

---

Va precisato che in assenza di pagamento o di richiesta di esonero, entro il termine di trenta giorni, l'ammenda forfettaria sarà automaticamente maggiorata (in tal caso il contravventore si troverà nuovamente nella duplice possibilità o di pagamento o di opposizione innanzi al pubblico ministero). Resta fermo che il pagamento dell'ammenda entro un termine che va dai tre ai sette giorni, determina una riduzione della stessa.

<sup>94</sup>J. P. Céré e P. Remillieux, « *De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le plaider coupable à la française* », AJ Pénal 2003, p. 45. V. in generale, Serge Guinchard, Jacques Buisson, *Manuel procédure pénale*, 5<sup>ème</sup> éd. Litec, Paris, 2009, pp. 775 ss.

Un aspetto che merita di essere segnalato, onde poi ritornarvi quando affronteremo l'istituto della composizione penale, è che a differenza di quest'ultima, la *CRPC* presuppone la scelta del pubblico ministero di esercitare l'azione penale, questo rivela che i fatti portati alla sua conoscenza sono più gravi di quelli sottoponibili a una composizione penale<sup>95</sup>.

L'iniziativa per l'attivazione di tale procedura è presa d'ufficio (dal pubblico ministero) o su richiesta di parte (dall'interessato o dal suo avvocato). Resta fermo, secondo una giurisprudenza consolidata, che il pubblico ministero, una volta prescelta questa strada non può contemporaneamente investire dell'affare anche il tribunale correzionale<sup>96</sup>. Il pubblico ministero potrà scegliere un'altra via procedurale solo in caso di fallimento della *C.R.P.C.*; vale a dire nell'ipotesi in cui l'interessato non accetti la proposta del pubblico ministero, il giudice rifiuti di omologare la misura o se il *ministère public* non accolga la domanda con la quale la persona interessata sollecita l'applicazione della procedura "*de reconnaissance préalable de culpabilité*"<sup>97</sup>.

Il presupposto fondamentale per dar vita alla procedura in esame è, come si evince già dal nome della stessa, il riconoscimento della responsabilità da parte del soggetto dei fatti a lui addebitati nel corso dell'*enquête*.

Più in dettaglio, l'interessato (o il suo avvocato) ha facoltà di indirizzare al procuratore della Repubblica una lettera raccomandata con avviso di ricevimento, mediante la quale egli dichiara di riconoscere la propria responsabilità e contestualmente chiede l'applicazione di tale procedura<sup>98</sup>. In ogni caso la procedura *de qua*, sia se attivata su

---

<sup>95</sup>J. Dallest, « *Les différents modes de poursuites du parquet* », AJ pénal 2005, p.21ss.; C. Saas, « *De la composition pénale au plaider coupable : le pouvoir de sanction du procureur* », RSC 2004, p. 827.

<sup>96</sup>Tuttavia occorre segnalare che il legislatore ha previsto, con legge del 12 maggio 2009, la possibilità per il pubblico ministero di ordinare una convocazione in giudizio a mezzo di ufficiale o agente di polizia giudiziaria; "*convocation par procès verbal en justice*" (*par officiel ou agent de police judiciaire*) simultaneamente alla messa in movimento della *C.R.C.P.* La convocazione in tribunale perderà efficacia solo nel caso in cui la persona accetti la proposta di pena avanzata dal pubblico ministero (con riconoscimento di responsabilità dei fatti addebitati) e vi è l'omologazione della stessa da parte del giudice.

La *convocation par procès verbal* è una citazione in giudizio notificata, a mezzo di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria su ordine del pubblico ministero, alla persona posta in *garde à vue*. Essa contiene i fatti addebitati all'interessato, il luogo, la data e l'ora dell'udienza. Inoltre contiene l'avviso del diritto all'assistenza di un avvocato. Tale procedura presenta il vantaggio di contenere meno formalità rispetto alla citazione diretta, di essere più rapida e d'offrire la possibilità di sottoporre l'interessato alle obbligazioni del *contrôle judiciaire* in attesa dell'udienza in tribunale. In ogni caso quest'ultima deve aver luogo entro un termine non inferiore a 10 giorni e non superiore a 2 mesi che decorrono dalla convocazione. Tale procedura è esclusa nei confronti dei minori di anni 18, per i delitti politici o stampa.

<sup>97</sup>Art. 495-12 "*Lorsque la personne déclare ne pas accepter la ou les peines proposées ou que le président du tribunal de grande instance ou son délégué rend une ordonnance de refus d'homologation, le procureur de la République saisit, sauf élément nouveau, le tribunal correctionnel selon une des procédures prévues par l'article 388 ou requiert l'ouverture d'une information*".

<sup>98</sup>Va precisato che questa facoltà non è riconosciuta alla persona rinviata a giudizio innanzi al tribunale correzionale da parte del giudice istruttore.

richiesta di parte, sia d'ufficio, richiede la comparizione del soggetto dinanzi al procuratore della Repubblica.

Al momento della comparizione, il magistrato informa la persona della maniera in cui intende esercitare l'azione penale (in tal caso mediante la *C.R.P.C.*), raccoglie le dichiarazioni di quest'ultima obbligatoriamente alla presenza del difensore (di fiducia o d'ufficio), comunica la pena o le pene che saranno richieste e, infine, avvisa l'interessato che ha diritto a un termine di dieci giorni per riflettere e per far conoscere la propria risposta. Inoltre, nel caso in cui la richiesta provenga dall'interessato, essa non ha come effetto quello di porre nel nulla *ipso facto* un'eventuale *poursuite* esercitata in precedenza dal pubblico ministero. La legge ha, infatti, lasciato al procuratore della Repubblica un'ampia latitudine di scelta in merito alle modalità della *poursuite*, nel pieno rispetto del principio di opportunità. Solo la decisione da parte di quest'ultimo di utilizzare la *C.R.P.C.*, in caso di riuscita della stessa, è in grado di caducare una differente modalità d'esercizio dell'azione penale già avanzata. Ciò si pone come eccezione all'importante principio della separazione delle funzioni di "*poursuite*" e di "*jugement*", secondo cui una volta investito dell'affare il tribunale, mediante citazione o convocazione, il pubblico ministero non dispone più della *poursuite*. Infatti, come visto in precedenza, una volta esercitata l'azione penale, questa non appartiene più al *ministère public*; diventando la scelta, di investire dell'affare la giurisdizione d'istruzione o di giudizio, irreversibile. In altre parole, il pubblico ministero non ha il potere d'annullare una citazione o una convocazione. Come precisato, nel caso della *C.R.P.C.* la caducità di una citazione anteriore è subordinata alla riuscita della stessa. Invero, il rifiuto della richiesta avanzata dall'interessato da parte del pubblico ministero o il rigetto d'omologazione da parte del giudice, hanno come conseguenza, se intervenute dieci giorni prima della data fissata per l'udienza prevista per la *poursuite* iniziale, quella di far rivivere quest'ultima. Così come il rifiuto della proposta da parte del responsabile, impone al *ministère public* di citare lo stesso innanzi al tribunale correzionale<sup>99</sup>, salvo nuovi elementi.

---

<sup>99</sup>In ogni caso il tribunale correzionale non potrà, in caso di non riuscita della procedura della *C.R.P.C.*, utilizzare e, quindi, opporre all'accusato, il precedente riconoscimento di responsabilità. L'art. 495-14 *c.p.p.* prevede, infatti, che se la persona rifiuta la pena proposta o il giudice non omologa la misura, il verbale (che riporta lo svolgimento della procedura) non potrà essere trasmesso alla giurisdizione competente e né il pubblico ministero, né le parti, potranno richiamare innanzi a quest'ultima le dichiarazioni fatte o i documenti prodotti nel corso della CRPC. In altre parole, la dichiarazione di colpevolezza, inserita nel verbale al momento dell'accettazione della procedura *de qua*, non potrà essere utilizzata, successivamente, contro il *prévenu* (ovvero contro la persona perseguita rinviata innanzi al tribunale correzionale). Il riconoscimento della responsabilità si giustifica solo all'interno della procedura della CRPC, dietro la "promessa legale" di una pena più clemente, altrimenti torneranno ad applicarsi le vie procedurali tradizionali, con le relative regole. Questa conclusione è avallata anche dalla giurisprudenza della CEDU, la quale ha ricordato, nella sentenza dell'8 febbraio, 1996, J. Murray c.

Il pubblico ministero non dispone più, in quest'ultimo caso, *dell'opportunité* della *poursuite*, poiché l'azione penale è già stata esercitata al momento della proposta.

Dall'art. 495-8 *c.p.p.*, si evince che il pubblico ministero può abbandonare la via della *C.R.P.C.*, purché ciò intervenga prima di aver informato l'interessato della proposta di pena. Infatti, questa modalità d'esercizio dell'azione penale, a differenza delle altre modalità, si caratterizza per avere una sorta di fase preparatoria costituita dalla convocazione della persona innanzi al pubblico ministero, durante la quale quest'ultimo conserva la facoltà di abbandonare tale forma di *poursuite*, senza contravvenire al principio d'indisponibilità dell'azione penale. Invero, l'indisponibilità si verifica solo al momento dell'effettivo rinvio del responsabile innanzi la giurisdizione di *jugement* e non ad uno stadio anteriore, come appunto nel momento della proposta di pena da parte del pubblico ministero.<sup>100</sup>

Brevemente, la procedura si sviluppa in tre fasi: la proposta del pubblico ministero (o la richiesta dell'interessato), l'accettazione della stessa con il riconoscimento della responsabilità da parte dell'autore dell'infrazione e l'omologazione del presidente del tribunale di *grande instance*.

Il pubblico ministero propone una pena al responsabile, la quale, in caso di reclusione, non può eccedere la metà della pena prevista per l'infrazione commessa e, in ogni caso, non può essere superiore a un anno di reclusione ferma o sospesa (*avec ou sans sursis*). La pena dell'ammenda, invece, ha come limite quello del massimo previsto dalla legge. Ovviamente, il pubblico ministero dovrà tener conto del principio di "personalizzazione" della pena; in particolare dovrà valutare le circostanze dell'infrazione e la personalità del responsabile. Nel caso di pena pecuniaria la valutazione verterà essenzialmente sulle risorse finanziarie e sulle spese a carico dell'autore dell'infrazione. Le limitazioni previste alla pena applicabile possono spiegarsi in un duplice modo. Sia come la volontà del legislatore di veder pronunciate pene minori in ragione del riconoscimento dei fatti da parte dell'autore (interpretazione offerta dalla circolare del 2 settembre 2004), sia come scelta del legislatore di riservare a questa procedura i fatti di minore gravità che in ogni caso non giustificherebbero una pena della reclusione maggiore di un anno.

---

Regno Unito, che la persona sospettata d'essere l'autore di una infrazione, ha il diritto di tacere nel corso di un interrogatorio e di non contribuire alla propria incriminazione. Questo diritto, aggiunge la Corte europea, si applica al processo penale, in relazione ad ogni tipo di infrazione; dalla più complessa, alla più semplice.

<sup>100</sup>J. Pradel, "Défense du plaidoyer de culpabilité", in *JCP* 2004, éd. G., Aperçu rapide, 58 ; P.-J. Delage, « *Plaider coupable* » : la clarification par l'entérinement de pratiques, *D.* 2009, p. 1650.

Il riconoscimento di responsabilità innanzi al pubblico ministero deve svolgersi obbligatoriamente alla presenza del difensore dell'interessato, il quale non può rinunciare all'assistenza difensiva<sup>101</sup>.

Il soggetto potrà accettare o rifiutare la proposta immediatamente davanti al pubblico ministero, oppure a seguito di un termine di dieci giorni. Durante questo termine, su richiesta (facoltativa) del *ministère public*, il responsabile potrà essere sottoposto sia ad una misura di “*contrôle judiciaire*”, (ordinata dal giudice della libertà e della detenzione) sia, a titolo eccezionale, in detenzione provvisoria (custodia cautelare) se la pena proposta è uguale o superiore a 2 mesi di reclusione ferma con esecuzione immediata.

L'omologazione della proposta del pubblico ministero con accettazione da parte del responsabile è rimessa alla competenza del presidente del tribunale di grande istanza.

Quest'ultimo, ai fini dell'omologazione, è chiamato a verificare una serie di elementi, tra i quali la materialità dei fatti, la loro qualificazione giuridica e l'accertamento che la persona, in presenza del proprio difensore, abbia riconosciuto la propria responsabilità accettando la pena proposta dal pubblico ministero<sup>102</sup>.

Infine, il presidente in caso d'omologazione è chiamato a valutare anche la congruità della pena proposta rispetto all'infrazione commessa e alla personalità dell'autore. In una decisione del 2004, il *Conseil Constitutionnel* ha affermato che il presidente può rifiutare l'omologazione se egli stima che la natura dei fatti, la personalità del responsabile, la situazione della vittima o gli interessi della società, giustificerebbe un'udienza ordinaria innanzi al tribunale correzionale<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup>L'avvocato ha il diritto di consultare contestualmente il dossier e di intrattenersi con il proprio cliente.

<sup>102</sup>Infatti il giudice competente deve, in una udienza pubblica, ascoltare il responsabile ed il suo avvocato prima di procedere all'omologazione. Inizialmente la legge prevedeva lo svolgimento dell'udienza in camera di consiglio, tuttavia il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato tale disposizione contraria alla Costituzione in quanto contrastante con gli art. 6, 8, 9 e 16 della Dichiarazione del 1789. Ciò perché, trattandosi di un giudizio penale, in grado di condurre ad una privazione della libertà personale, esso deve svolgersi in una udienza pubblica, salvo casi eccezionali. L'omologazione, appunto, aggiunge il Consiglio, rappresenta una decisione giurisdizionale capace di limitare o privare la libertà personale dell'individuo. *Cons. const.*, 2 marzo 2004, *déc.* n. 2004-492. Tale pronuncia è interessante perché, come vedremo, affronta anche il tema, sviluppato successivamente, dei poteri riconosciuti al giudice in punto di omologazione. La legge n. 2005-847 del 26 luglio 2005 ha previsto espressamente nell'art. 495-9 *c.p.p.* la pubblicità dell'udienza di omologazione. Resta tuttavia ancora aperto il dibattito circa la necessità della presenza obbligatoria del pubblico ministero in tale udienza, nonostante (sempre con la legge del 26 luglio 2005) il legislatore abbia messo fine alla questione inserendo espressamente nell'art. 495-9 *c.p.p.* la regola della presenza non obbligatoria del *ministère public* nell'udienza di omologazione. Tale previsione è stata riconosciuta come conforme alla Costituzione dal *Conseil Constitutionnel* in una pronuncia del 22 luglio 2005 n. 520. Per approfondimenti, v. *Cour de cassation, avis*, 18 aprile 2005, n. 005 0004 p; D. 2005, p. 1200, nota di Pradel; RSC 2005, p. 592, osservazioni di Giudicelli.

<sup>103</sup>*Conseil constitutionnel*, decisione n. 2004-492, 2 marzo 2004. E' interessante notare come il *Conseil constitutionnel* non abbia preso in considerazione, in tale pronuncia, l'eventualità che lo stesso presidente possa nutrire dei dubbi sulla colpevolezza del soggetto o sulla qualificazione penale dei fatti. In queste ipotesi, infatti, il tribunale correzionale sarebbe tenuto a pronunciare il rilascio dell'interessato. Tuttavia

L'ordinanza di omologazione produce gli stessi effetti di una pronuncia di condanna (compresa l'iscrizione della stessa nel casellario giudiziale) ed è immediatamente esecutiva, nonostante la possibilità per il condannato di proporre appello nel termine di 10 giorni. Il pubblico ministero potrà, a sua volta, proporre appello incidentale.

Detto ciò, bisogna verificare brevemente il ruolo riservato alla vittima all'interno di tale procedura.

Orbene, è allo stadio dell'udienza di omologazione che la vittima potrà decidere se costituirsi parte civile. Quest'ultima, infatti, se identificata, è informata senza ritardo dell'udienza ed è invitata a comparire insieme al proprio avvocato (la cui presenza non è però obbligatoria). Se la stessa decide di costituirsi parte civile, il presidente statuirà anche sulla domanda riguardante il risarcimento del danno. Nel caso in cui la vittima non sia stata contattata in tempo per l'udienza, il pubblico ministero dovrà informarla ugualmente del suo diritto a chiedere di citare il condannato innanzi al tribunale correzionale, il quale deciderà, in tal caso, solo sugli interessi civili (*ex art.495-13 al.2 "Si la victime n'a pu exercer le droit prévu à l'alinéa précédent, le procureur de la République doit l'informer de son droit de lui demander de citer l'auteur des faits à une audience du tribunal correctionnel statuant conformément aux disposition du quatrième alinéa de l'article 464, dont elle sera avisée de la date, pour lui permettre de se constituer partie civile. Le tribunal statue alors sur les seuls intérêts civils, au vu du dossier de la procédure qui est versé au débat"*).

Inoltre, va segnalato che la decisione di omologazione, avendo gli effetti di un giudizio di condanna, ha efficacia di giudicato sul giudizio civile.

Infine, occorre verificare la compatibilità della procedura in esame con il principio della presunzione d'innocenza.

A questo fine è interessante analizzare il ragionamento svolto dal Consiglio di Stato (chiamato a occuparsi della legittimità di alcune circolari emanate dal Ministro della giustizia relative alla procedura della *CRPC*) e dalla Corte Costituzionale (*Conseil constitutionnel*).

Come abbiamo visto, la *CRPC* richiede che l'individuo riconosca la propria responsabilità in un momento anteriore all'esercizio della *poursuite*.

Di solito, al termine dell'*enquête* o della *garde à vue*, quando la persona è tradotta o convocata innanzi al *Procureur de la République*, quest'ultimo ha la possibilità di valutare adeguatamente se esercitare l'azione penale ricorrendo a tale procedura. Il

---

nel codice e, di conseguenza, nell'interpretazione offerta dal *Conseil*, non compare espressamente questa possibilità per il presidente di rifiutare l'omologazione e di rinviare l'affare innanzi al tribunale.

presupposto necessario affinché il pubblico ministero possa mettere in moto la *CRPC*, è che la persona riconosca contestualmente la propria responsabilità in merito ai fatti che gli sono addebitati. Per questo motivo solo un magistrato del *parquet* è autorizzato a proporre la *CRPC*.

Orbene, una circolare del 2 settembre 2004 “*portant présentation des dispositions relatives à la procédure de CRPC*” è stata ritenuta illegittima da parte del Consiglio di Stato con una decisione del 2006, nella parte in cui quest’ultima prevedeva che « *la décision du procureur de la République de recourir à une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité suppose [...] que la personne est susceptible de donner son accord aux peines qui lui seront proposées par le parquet, et qu’elle se trouve dans une état d’esprit d’acceptation de sa responsabilité pénale lui permettant d’adhérer à une sanction. Il n’y a ainsi que des avantages à ce que l’enquête permette de vérifier ce point, afin d’éviter que le parquet ne mette en œuvre une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité qui serait vouée à l’échec* ».

Questo punto della circolare metteva dunque in risalto il rapporto tra la fase delle indagini e quella della *comparution* dinanzi il *procureur*. In particolare, lo scopo perseguito dalla circolare in esame era di far accertare già dalla polizia giudiziaria se l’interessato fosse disposto ad accettare un’eventuale *CRPC*, in maniera tale da evitare di presentare al *procureur* persone refrattarie a questo tipo di procedura.

Tuttavia, così facendo, si era affidato alla polizia giudiziaria (o alla gendarmeria) il compito di “selezionare” i vari dossier, provocando una rottura all’interno della struttura dell’istituto *de quo* costruito sulla base del rispetto delle garanzie procedurali.

Infatti, sebbene non sia difficile comprendere come la circolare in esame, ispirata da ragioni pragmatiche, facesse leva sulla necessità per la polizia di verificare “globalmente” lo stato d’animo del soggetto al fine di rendere più celere la procedura, il Consiglio di Stato, interrogato sulla legittimità di una simile scelta, ha affermato che “il limite invalicabile è dato dal divieto di richiedere una sorta di formalizzazione dell’accordo, raggiunto in una fase antecedente a quella della presentazione del soggetto innanzi al magistrato del *parquet*”. Ciò perché “un’attività di questo genere, laddove fosse svolta nei locali della polizia o della gendarmeria, non sarebbe contornata dalle stesse garanzie legali previste per la *CRPC* compiuta nell’ufficio del *procureur* prima fra tutte la necessaria presenza dell’avvocato. Del resto anche l’art. 495-8 *c.p.p.* prevede

espressamente che la dichiarazione *de reconnaissance de culpabilité* sia fatta innanzi al *procureur de la République* e alla presenza dell'avvocato”<sup>104</sup>.

Questa fase, secondo il Consiglio di Stato, è evidentemente una fase cruciale della procedura, perché la “confessione rappresenta uno degli anelli più fragili della catena penale, dove la preoccupazione più grande è proprio quella di evitare una confessione non sincera o alterata a causa della pressione psicologica oppure per la semplice prospettiva di ottenere una pena più leggera”.

Ed è per questo motivo che anche il *Conseil Constitutionnel*, occupandosi delle garanzie predisposte nella procedura in esame, ha evidenziato l'importanza del ruolo rivestito dal giudice nella fase d'omologazione, il quale è chiamato a verificare non solo l'esistenza del riconoscimento della responsabilità da parte del soggetto, ma altresì il suo carattere libero e sincero<sup>105</sup>.

Il riconoscimento di responsabilità per essere libero e sincero deve avvenire, infatti, solo alla presenza dell'avvocato: “presenza” che rappresenta da un lato, un *diritto* del soggetto e, dall'altro lato, un *obbligo* a cui non può rinunciare. A ciò va aggiunta l'ulteriore garanzia che, in caso di rifiuto della pena proposta o di mancata omologazione da parte del giudice, il verbale contenente le dichiarazioni del soggetto e la proposta del pubblico ministero, viene eliminato dal dossier in modo tale che la *juridiction de jugement* non possa avere alcuna conoscenza del riconoscimento di responsabilità effettuato nel corso della *CRPC*. Inoltre, durante il giudizio, vige il divieto per le parti di fare riferimento alle informazioni contenute nei verbali della procedura di *CRPC*.

A conclusione di questa breve ricostruzione, volta a verificare la compatibilità della *CRPC* con la presunzione d'innocenza, possiamo affermare che sebbene questa procedura sia stata costruita facendo attenzione ai diritti della persona coinvolta, essa postula comunque il riconoscimento della responsabilità da parte di quest'ultima in un momento antecedente alla *poursuite*. Questo dato, secondo una parte della dottrina, rappresenterebbe un elemento pericoloso per il rispetto del principio in esame; infatti, in questi casi, l'onere della prova che dovrebbe incombere sul *ministère public*, quale regola elementare in materia processuale, verrebbe a mancare completamente<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup>Per un approfondimento della posizione assunta dal Consiglio di Stato sulle circolari del ministro della Giustizia relative alla procedura della *CRPC* v. *CE. Ord. réf.*, 11 maggio 2005, n. 279833 e 279834, *Synd. des avocats de France* : *JCP G* 2005 act. 273. V. inoltre le conclusioni presentate da Yann Aguila, *commissaire du Gouvernement*, sulle circolari in questione.

<sup>105</sup>*Cons. const.* 2 marzo 2004, dec. n. 2004-492 DC : *JO* 27 luglio 2004.

<sup>106</sup>Per approfondimenti sul tema si rinvia alla manualistica citata in precedenza e a François Fourment, *Procédure pénale, Paradigme*, 2009-2010, p. 153.

Tuttavia, il *Conseil Constitutionnel* ha scartato senza difficoltà la critica riguardante la violazione della presunzione d'innocenza, affermando: « *Considérant que, s'il découle de l'art.9 de la Déclaration de 1789 que nul n'est tenu de s'accuser, ni cette disposition ni aucune autre de la Constitution n'interdit à une personne de reconnaître librement sa culpabilité. Librement, l'adverbe a une double portée. Une portée d'abord symbolique : le justiciable est promu maître de son destin procédural, l'intercession du juge dans l'établissement de la culpabilité disparaît. La portée est ensuite pratique : la mise en œuvre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité doit garantir que l'intéressé y adhère librement, c'est-à-dire sincèrement et de façon éclairée* ».

#### 4) L'INFLUENZA DELLA “RIPARAZIONE” NELLA REPRESSIONE PENALE E IL RUOLO DELLA VITTIMA

L' emergere del paradigma compensatorio all'interno dei sistemi di giustizia penale è un fenomeno registrabile su scala internazionale. L'immagine di una giustizia “riparatrice”, edificante un nuovo modello penale consensuale e partecipativo, opposto a quello tradizionale di tipo retributivo e riabilitativo, nasce in ambienti diversificati per rispondere a problemi non solo di natura giuridica ma anche sociale<sup>107</sup>. Ovviamente, ai fini della presente ricerca, l'interesse sarà concentrato prevalentemente sugli aspetti legati alle difficoltà concrete della giustizia a gestire il carico giudiziario e alla necessità di trovare strumenti alternativi al modello di repressione tradizionale.

Problema pressante della giustizia penale è quello, infatti, della “ragionevole durata dei processi”. Durata, che diventa spesso “irragionevole”, con inevitabili ripercussioni negative, sia sulla condizione dell'imputato, sia su quella della vittima e, più in generale, sulle esigenze di tutela della collettività; la quale, qualora i processi terminino con una sentenza dichiarativa d'estinzione del reato, resta insoddisfatta e delusa nell'aspettativa di ottenere una tutela penale effettiva ed efficace.

---

<sup>107</sup>Per un'analisi socio-giuridica del fenomeno ripartivo, ed in particolare della mediazione penale nell'ordinamento francese, v. J. Faget, *La médiation pénale. Une dialectique de l'ordre et du désordre, Déviance et société*, XVIII, 1993, 3, pp. 221 ss.

Consapevole di ciò la dottrina, italiana e straniera, ha aumentato i suggerimenti di natura penale e processuale al legislatore, in maniera tale da consentire a quest'ultimo la sperimentazione di strumenti normativi in grado di fronteggiare tale situazione<sup>108</sup>. Tra le diverse strade percorribili, quella della “deprocessualizzazione”<sup>109</sup> risulta essere uno strumento utile ad alleggerire il numero dei processi, soprattutto di fronte alle ipotesi in cui l'offesa all'interesse sociale appare esigua o irrilevante. Tuttavia, come evidenziato dalla dottrina, quest'aspetto della *déjudiciarisation*<sup>110</sup>, ovvero della possibilità di introdurre delle deviazioni alla normale sequenza di atti del processo penale prima della pronuncia sull'imputazione o di prevedere delle procedure alternative all'esercizio dell'azione penale, in Italia stenta ad attecchire a causa della rigida interpretazione attribuita al principio di obbligatorietà dell'azione penale<sup>111</sup>.

Proprio per questo è utile, prima di passare all'analisi delle problematiche legate all'adozione del principio d'obbligatorietà nel sistema processuale italiano, affrontare il tema riguardante gli istituti creati dal legislatore francese, in grado di attuare una *déjudiciarisation* che permette alla macchina giudiziaria di economizzare le risorse disponibili e di concentrarsi sui casi più complessi e meritevoli di un incisivo intervento penale. Tutto ciò tenendo presente che, nella realtà giudiziaria francese, nonostante l'adozione di procedure “alternative” all'esercizio dell'azione penale, è da sempre riservata alla vittima una particolare attenzione non solamente sotto il profilo della *réparation du dommage*.

In Francia, infatti, proprio per bilanciare il potere conferito al pubblico ministero di non esercitare l'azione penale anche per ragioni di opportunità, alla vittima<sup>112</sup> è concessa, da un lato, la possibilità di rivolgersi direttamente al giudice penale per *déclencher l'action publique* e, dall'altro lato, le vengono riconosciuti a una serie di diritti durante tutta la

---

<sup>108</sup>Per approfondimenti sul tema, V. Grevi, *La “durata ragionevole” del processo penale*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 217ss.

<sup>109</sup>Termine adoperato come sinonimo di “deflazione processuale”. V. più ampiamente M. G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 8 ss.

<sup>110</sup>J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris, 1995, pp. 147 ss.

<sup>111</sup>M. G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 9 ss.

<sup>112</sup>Gli artt. 1 alinéa 2 e 2 del *c.p.p.*, fanno riferimento alla “*partie lésée*” per indicare tutte le persone che hanno “*personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction*”. Pertanto essa può, in alcuni casi, anche non corrispondere alla “vittima” in senso stretto, ovvero al soggetto che ha sopportato l'infrazione direttamente sulla propria persona. Tuttavia, in questa sede si utilizzerà il termine *vittima* in senso atecnico; atto cioè a ricomprendere entrambe le qualifiche. Non a caso, anche parte della manualistica francese utilizza il termine “*victime*” per indicare, in generale, il titolare dell'azione civile avente la possibilità di costituirsi parte civile davanti al giudice penale.

procedura, grazie all'encomiabile sforzo profuso dal legislatore francese nel cercare soluzioni tendenti ad ottenere un sostanziale equilibrio tra gli interessi delle parti.

Invero, ancor prima dell'intervento della legge del 15 giugno del 2000 che ha introdotto *l'article préliminaire* in apertura al codice di procedura penale, diretto a rinforzare la presunzione d'innocenza e i diritti delle vittime, l'espressione "equilibrio dei diritti delle parti", era già stata utilizzata dal *Conseil constitutionnel* in una decisione del 1999, relativa alla costituzionalità del trattato sullo statuto della Corte penale internazionale<sup>113</sup>. Oggi, questo equilibrio tra i diritti delle parti è consacrato per l'appunto nell'articolo preliminare che apre il codice di procedura penale, diventando un principio "guida" per l'interprete.

Anzi, il legislatore francese nel corso degli anni ha cercato di proteggere "le parti private", sia la persona *poursuivie* sia la *victime* costituitasi parte civile, in misura più ampia rispetto a quanto offerto dalle norme internazionali. Infatti, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, troviamo un marcato interesse soprattutto per la protezione dei diritti dell'accusato, le cui libertà sono suscettibili di subire importanti limitazioni nel corso del processo penale.

Merita poi di essere sottolineato che oltre ai diritti strettamente processuali accordati alla "parte civile", il legislatore ha riconosciuto anche dei diritti propri alla "vittima" in quanto tale. Infatti, dopo l'entrata in vigore della legge del 15 giugno del 2000, tutti i grandi progetti di legge di natura penale hanno incluso uno "spazio" consacrato alla vittima, agevolando così il passaggio da una politica penale di semplice "aiuto" ad una politica penale dei "diritti" delle vittime<sup>114</sup>.

Non a caso, l'articolo preliminare (*article préliminaire*) che apre il codice di procedura penale francese, a differenza della Cedu, afferma chiaramente che "*l'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale*".

Orbene, prima di affrontare quest'ultimo aspetto, è utile offrire qualche chiarimento sul ruolo rivestito dall'*article préliminaire* all'interno del sistema processuale francese.

---

<sup>113</sup>Decisione, nella quale il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto rispettata questa esigenza costituzionale. Nella pronuncia in esame, il *Conseil constitutionnel* ha affermato che il Presidente della Repubblica, durante il periodo nel quale esercita le proprie funzioni, è giustiziabile solo dinanzi la *Haute Cour de justice*. V. *Cons. const.* decisione del 22 gennaio 1999, JO 1999, p. 1317: "*que les exigences constitutionnelles relatives au respect des droits de la défense et à l'existence d'une procédure juste et équitable, garantissant l'équilibre des droits des parties, sont ainsi satisfaites*".

<sup>114</sup>Robert Cario, "*L'évolution des droits des victimes: de la reconnaissance formelle à l'application concrète*", *Regards sur l'actualité* n. 287, *La documentation française*, janvier 2003.

Più da vicino, nello scenario di un intenso dibattito culminato nei lavori della Commissione *Justice pénale et des droits de l'homme*, il Parlamento francese è riuscito ad approvare, nel giugno del 2000, una importante riforma finalizzata a rafforzare la presunzione di innocenza e i diritti delle vittime (*loi* n.2000-516)<sup>115</sup>.

Grazie a tale legge l'elenco delle garanzie riconosciute dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stato inserito nel codice di procedura penale mediante l'introduzione di nove disposizioni di principio atte a rivelare la scala di valori su cui è stata modellata la legge processuale.

In particolare, la legge n. 2000-516, "*renforçant la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes*", ha inserito in apertura al codice di procedura penale un *article préliminaire* nel quale sono enunciati i principi fondamentali che ispirano la procedura penale<sup>116</sup>.

Siffatta legge, come emerge dalla sua intitolazione, è preordinata a rafforzare la "presunzione d'innocenza". Si tratta di disposizioni volte a consolidare: i diritti della difesa e il rispetto del carattere *contradictoire* della procedura, le garanzie in materia di *détention provisoire*, il diritto ad essere giudicati in un tempo ragionevole e ad offrire maggiori garanzie per la difesa all'interno delle udienze. Inoltre, è stata riconosciuta la possibilità di un ricorso in materia criminale<sup>117</sup> ed è stato creato l'istituto del riesame delle decisioni penali conseguenti alla pronuncia di una sentenza di condanna della Corte

---

<sup>115</sup>V. per ulteriori approfondimenti sul tema M. G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 65 ss.

<sup>116</sup>L'*article préliminaire* collocato in apertura al codice di procedura penale afferma che :

I) *La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement. Les personnes se trouvant dans les conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles .*

II) *L'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale.*

III) *Toute personne suspectée ou poursuivie est présumé innocent tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévues, réparées, et réprimées dans le condition prévues par la loi.*

*Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur.*

*Les mesures de contraintes dont cette personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne.*

*Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable.*

*Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction.*

<sup>117</sup>La legge in esame ha instaurato la possibilità di un ricorso in materia criminale (*les verdicts des Cours d'assises peuvent faire l'objet d'un appel devant une nouvelle cour d'assises désignée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, composée de 3 juges professionnels et de 12 jurés*); pertanto dal 1 gennaio 2001, in Francia, le decisioni della Corte d'assise possono essere appellate (art. 380-1, *c.p.p.*). V in generale, M. G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 80 ss.

europea dei diritti dell'uomo (*réexamen consécutif au prononcé d'un arrêt de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme*).

La fissazione nell'esordio del codice dei principi ricalcanti gli articoli 5 e 6 della CEDU, rappresenta una sorta di "internazionalizzazione" del diritto che ha avuto origine in Francia con la ratifica della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, avvenuta nel 1974 e proseguita nel 1981 con quella del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

La Francia, nonostante abbia proceduto a dette ratifiche con un certo ritardo rispetto agli altri Paesi europei, attribuisce alle norme convenzionali (in forza dell'art.55 della Costituzione)<sup>118</sup> un valore superiore rispetto alla legge ordinaria. Questo ha di conseguenza fatto avvertire come improrogabile il problema dell'adeguamento della normativa processuale alle disposizioni convenzionali, al fine di estrarne i principi fondamentali sui quali si sarebbe dovuta costruire la procedura penale.

Come anticipato, l'*article préliminaire*, riassume i principi del giusto processo ed adempie alla funzione di esplicitare "*l'esprit de la procédure*" francese, rispondendo così ad un intento "pedagogico" che è quello di rendere visibili le linee di forza di cui le regole tecniche non sono che dei riflessi più o meno intellegibili<sup>119</sup>.

In altri termini l'*article* rappresenta da un lato, il completamento di un percorso volto alla internazionalizzazione della procedura penale (una sorta di "*memorandum*" dei valori affermati a livello convenzionale o costituzionale) e, dall'altro lato, disegna una chiave di lettura per i giudici nazionali nell'interpretazione delle regole procedurali.

Detto ciò, conviene adesso tornare brevemente sul tema dei diritti delle vittime.

Diversi Paesi e, in particolare quelli di *common law*, ignorano generalmente la difesa penale dei diritti delle vittime. Queste ultime sono sentite come semplici testimoni al momento del processo e possono ottenere una riparazione del danno solo rivolgendosi al giudice civile. Ed è per questo motivo che l'assenza di un riferimento espresso ai diritti delle vittime all'interno della Cedu, non appare sorprendente<sup>120</sup>.

Il legislatore francese ha irrobustito, invece, il catalogo dei diritti spettanti alla vittima nel corso del processo penale, a prescindere dal fatto che la stessa si sia costituita parte civile.

---

<sup>118</sup>Art. 55 "I trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, una volta pubblicati, efficacia superiore a quella delle leggi, con riserva, per ciascuno accordo o trattato, della sua applicazione dall'altra Parte".

<sup>119</sup>M. Delmas-Marty, C. Lazerges, C. Vallee, « *Une nouvelle procédure pénale ? Etude de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection d'innocence et les droits des victimes* » in *Rev.sc.crim*, 2001, pag. 1-149.

<sup>120</sup>M-L Lanthiez, « *La clarification des fondements européens des droits des victimes* » in *La victime sur la scène pénale en Europe*, sotto la direzione di G. Giudicelli-Delage e C. Lazerges, PUF, Le voies du droit, 2008, p. 145.

Invero, bisogna non confondere i diritti della vittima diventata “parte” del processo e quelli della vittima *es qualites*<sup>121</sup>, vale a dire del soggetto che ha subito una infrazione e a prescindere dal seguito che verrà dato alla procedura.

I diritti della vittima *es qualites* sono principalmente indirizzati a offrirle un’informazione adeguata circa l’esistenza degli stessi. Ad esempio, se la vittima decide di sporgere querela contro una persona sconosciuta, essa ha il diritto di ricevere un avviso mediante il quale è informata della circostanza che il *procureur de la République* le comunicherà gli eventuali sviluppi della procedura nel caso in cui l’autore dell’infrazione venga identificato. Essa ha anche il diritto ad essere informata della decisione del *procureur* di archiviare il caso; decisione contro la quale può presentare un ricorso gerarchico al procuratore generale presso le corti d’appello, il quale potrà, in caso di accoglimento, intimare il pubblico ministero ad agire.

Ancora, gli articoli 53-1 *c.p.p.* (*enquête de flagrance*) e 75 *c.p.p.* (*enquête préliminaire*) prevedono l’obbligo per gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria d’informare la vittima del diritto a ottenere la *réparation du préjudice* sofferto<sup>122</sup>, della possibilità di costituirsi parte civile *de manière initiale*, oppure di unirsi all’azione penale già esercitata dal pubblico ministero<sup>123</sup>, e del diritto, se costituitasi parte civile, ad essere assistita da un difensore di fiducia o designato d’ufficio.

---

<sup>121</sup>Espressione di S. Guinchard e J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, 5ed., 2009 e utilizzata altresì da M. Méchin, « *Le double visage de la victime en France, entre quête de reconnaissance et quête d’un véritable rôle procédural* », in *La victime sur la scène pénale en Europe*, sotto la direzione di G. Giudicelli-Delage e C. Lazerges, PUF, Les voies du droit, 2008, p. 104.

<sup>122</sup>Per completezza va ricordato che l’art. 2 del *c.p.p.* francese, prevede che “*l’action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l’infraction*”(e dunque del diritto di costituirsi parte civile). Mentre è nell’art. 3 comma 2 *c.p.p.* che viene precisato ciò che la vittima può chiedere: “[...] *tous les chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux qui découlent des faits objets de la poursuite*”.

<sup>123</sup>In particolare, nel primo caso si tratta di agire in “via d’azione” attraverso una *plainte avec constitution de partie civile* innanzi al giudice istruttore, oppure con una citazione diretta davanti al tribunale correzionale o di polizia (secondo il tipo d’infrazione: delitto o contravvenzione). In tali ipotesi la vittima prende l’iniziativa di *déclencher l’action publique*, imponendo al *parquet* ad agire (in tal caso il *ministère public* diventa *l’organe d’exercice de l’action publique déjà déclenchée* dalla parte civile).

Inoltre, va ricordato che il giudice istruttore (o il tribunale in caso di citazione diretta), ai fini della ricevibilità della *plainte avec constitution de partie civile* (o della citazione diretta), deve fissare una somma di danaro (*le montant d’une consignation*) a garanzia del pagamento di una ammenda civile suscettibile d’essere pronunciata contro l’autore della *plainte*, in caso di abuso di costituzione di parte civile (o di azione civile abusiva). In assenza del versamento della somma fissata entro il termine stabilito dal giudice (o dal tribunale), salvo il caso in cui la parte civile abbia ottenuto *l’aide juridictionnelle*, non si ha la *mise en mouvement de l’action publique*.

Orbene, come già ricordato, se per i crimini l’istruzione è obbligatoria, in caso di delitti essa è facoltativa. Pertanto, il legislatore al fine di evitare azioni civili abusive o inutili attraverso l’utilizzo della *plainte avec constitution de partie civile* dinanzi al giudice istruttore, ha introdotto in materia di delitti (con la legge del 5 marzo 2007) delle condizioni di ricevibilità della stessa. In particolare, l’art. 85 *c.p.p.* (modificato dalla suddetta legge) prevede l’onere per la *victime* di giustificare o che il pubblico ministero ha archiviato il caso o che un termine di tre mesi è trascorso dal momento in cui essa ha sporto una

Inoltre, la vittima è avvisata della possibilità di essere sostenuta da un “*service d’aide aux victimes*” e della circostanza che, all’occorrenza, essa potrà rivolgersi a una *Commission d’indemnisation des victimes d’infraction*.

In particolare, le vittime di alcune infrazioni possono essere indennizzate da un “Fondo di garanzia”, il quale agisce come strumento “alternativo” ai mezzi ordinari offerti dal diritto in caso d’esercizio dell’azione civile.

Infatti, in alcuni casi, l’azione civile esercitata al fine di ottenere la riparazione del danno sofferto, non offre alcuna speranza alla vittima, o perché l’autore dei fatti resta ignoto, o perché insolubile (e non sempre le assicurazioni sono disposte a coprire anche il rischio scaturente dalla commissione di un fatto intenzionale). Per questi motivi, sulla falsariga degli strumenti alternativi alla *poursuite*, il legislatore francese ha creato delle “alternative” alla riparazione dei danni provocati dalla commissione di una infrazione penale.

In breve, esse sono volte a indennizzare le vittime oggetto d’infrazioni particolari come, ad esempio, quelle derivanti dalla circolazione stradale, da atti di terrorismo, quelle contro la persona<sup>124</sup> o i beni<sup>125</sup>. Sul punto, la *Cour de cassation* ha affermato che l’indennità accordata dal Fondo di garanzia per le vittime di atti terroristici o di altre infrazioni, non ha il carattere di *dommages-intérêts*, ma di un “aiuto” concesso in virtù di un dovere di solidarietà<sup>126</sup>. Infatti, queste due forme di riparazione hanno una natura e una funzione differente; *les dommages-intérêts* sono delle somme di danaro accordate alla vittima, come ristoro per il pregiudizio sofferto a seguito dell’infrazione penale, a carico del responsabile o delle persone civilmente obbligate<sup>127</sup>, mentre la somma

---

ordinaria querela. Sebbene il diritto della vittima di *mettre en mouvement l’action publique* rappresenti un’importante conquista, ottenuta sotto l’impero del *Code d’instruction criminelle*, grazie alla pronuncia della *Chambre criminelle* dell’8 dicembre 1906 “*Laurent-Atthalin*”, la legge del 2007, attraverso le sue poste condizioni, ha prodotto notevoli restrizioni (in materia di delitti), impedendo che la *plainte avec constitution de partie civile* innanzi al giudice istruttore possa sortire gli stessi effetti immediati di una citazione diretta al tribunale correzionale.

Nel caso, invece, di un’azione civile “*par voie d’intervention*”, la vittima può formulare la richiesta di *dommages-intérêts* costituendosi parte civile nel corso dell’*enquête*, dell’istruzione o direttamente davanti la *jurisdiction de jugement*, unendosi all’*action publique déjà déclenchée par le ministère public*.

<sup>124</sup>La lista delle infrazioni contro la persona è inserita nell’art. 706-3 del *c.p.p.*

<sup>125</sup>La lista delle infrazioni contro i beni è contenuta nell’art. 706-14 *c.p.p.* (furto, truffa, circonvenzione d’incapace, estorsione, danneggiamento ecc.). Tuttavia, a differenza delle infrazioni contro la persona, per ottenere il sussidio occorre in questi casi che la riparazione del danno accordata sia insufficiente o addirittura assente, al punto tale che la vittima si trovi in una “situazione materiale o psicologica grave” nonché economicamente debole.

<sup>126</sup>Civ. 2, 21 ottobre 1987, n. 86-14.366, 85-14.723 e 86-11.548; Bull. Civ. II, n. 204.

<sup>127</sup>*Les personnes civilement responsables* sono coloro che devono garantire legalmente la riparazione del danno provocato dall’infrazione (si tratta ad esempio dei genitori per i fatti commessi dai figli minorenni, dei committenti per i fatti commessi dai loro preposti, del tutore ecc.).

liquidata dal Fondo di garanzia è un sussidio riconosciuto dalla collettività al fine di aiutare ed assistere una persona in difficoltà<sup>128</sup>.

In estrema sintesi, il ricorso è diretto al Fondo di garanzia ed è presentato alla CIVI; *Commission d'indemnisation des victimes d'infractions* (essa è una *juridiction* istituita presso ogni tribunale di grande istanza) al fine di ottenere *l'indemnisation*. La commissione competente *rationae loci* è quella del domicilio del richiedente o quella della giurisdizione penale già investita della *poursuite* dell'infrazione. La richiesta deve essere presentata entro tre anni dalla data dell'infrazione, o se l'azione penale è stata esercitata, entro un anno dalla decisione penale definitiva.

Un aspetto interessante è quello concernente l'influenza delle rispettive azioni, civile e penale, sul ricorso dinanzi la Commissione. In linea generale, la Commissione non è tenuta a sospendere la procedura nell'attesa della decisione penale o civile definitiva. Tuttavia, nel caso in cui la giurisdizione penale sia chiamata a decidere anche sull'azione civile oppure la giurisdizione civile conceda un'indennità superiore rispetto a quella accordata dalla Commissione, la vittima potrà reclamare a quest'ultima il suo diritto ad avere un supplemento d'indennità.

Il Fondo di garanzia, una volta erogata l'indennità, è surrogato nei diritti spettanti alla vittima nei confronti del responsabile dell'infrazione e può chiedere a quest'ultimo il rimborso della somma versata.

Esso può esercitare l'azione surrogatoria sia in sede civile sia in sede penale, costituendosi in quest'ultimo caso parte civile, indipendentemente dall'esercizio dell'azione civile da parte della vittima. Il legislatore ha accordato a tale organismo la possibilità di agire dinanzi al giudice penale come parte "*intervenante*" (cioè di unirsi alla *poursuite déjà engagée*) senza poter, però, *déclencher l'action publique*.

Fatte queste precisazioni, inevitabilmente sintetiche, occorre prendere atto di come il legislatore francese abbia nel corso degli anni aumentato gli istituti in favore delle vittime, mettendole progressivamente al centro del processo penale.

A dimostrazione di tale percorso, il decreto n. 2007-1605 del 13 novembre 2007 ha istituito il "*juge délégué aux victimes*" (detto *JUDEVI*).

Tale giudice è chiamato a svolgere tre funzioni principali: innanzitutto una funzione giurisdizionale, poiché presiede la *Commission d'indemnisation des victimes d'infractions* e veglia affinché i diritti delle vittime siano adeguatamente rispettati; esso esercita poi una funzione d'amministrazione giudiziaria giocando il ruolo di

---

<sup>128</sup>Per approfondimenti sul tema dei *Fonds de garantie des victimes*, v. Francois Fourment, *Procédure pénale*, Paradigme, 2009-2010, pp. 207 ss.

“intermediario” tra le vittime e le istituzioni giudiziarie<sup>129</sup>, ed infine, svolge anche funzioni amministrative nella misura in cui è chiamato a verificare in concreto le condizioni nelle quali le parti civili vengono informate dei loro diritti e partecipa all’elaborazione e alla messa in atto dei dispositivi d’aiuto alle vittime, formulando un rapporto annuale sull’esercizio di tali attività.

## 5) IL PRINCIPIO DI GRADUAZIONE DELLA RISPOSTA PENALE; la cosiddetta “terza via”.

Come abbiamo visto, la regola dell’opportunità dell’azione penale permette al *parquet* di operare valutazioni in concreto e di rispondere con lo strumento dell’archiviazione nei casi in cui l’infrazione è lieve o è scarsa la lesione dell’interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice.

Non vi sono, infatti, dei criteri fissi che guidano la scelta archiviativa del *ministère public*; essa rappresenta una opzione strettamente legata all’esiguità lesiva dell’infrazione, alla presenza di ostacoli di diritto all’esercizio dell’azione penale e al comportamento, considerato globalmente, dell’autore dei fatti.

Orbene, abbiamo già precisato che allo stato “puro”, un sistema sorretto dal principio di opportunità dell’azione penale, concede al pubblico ministero la sola alternativa tra l’esercizio dell’azione penale o l’archiviazione<sup>130</sup>. Tra questi due estremi il legislatore francese, ispiratosi alla prassi inaugurata ufficiosamente da diversi *parquets*, ha introdotto una serie di strumenti che consentono di graduare ulteriormente l’intervento del pubblico

---

<sup>129</sup>Ad esempio, su richiesta della vittima, il *JUDEVI* può chiedere al giudice dell’esecuzione, *juge d’application des peines (JAP)* informazioni sullo svolgimento o mancato assolvimento degli obblighi incombenti sul condannato. O, ancora, in caso di misure alternative alla *poursuite* o in seguito al giudizio, la vittima può presentare al *JUDEVI* tutte le domande riguardanti tali misure che, quest’ultimo, a seconda dei casi trasmetterà all’autorità interessata (ai magistrati *du siège* o del *parquet*, territorialmente competenti). Una volta ottenute le risposte, il *JUDEVI* provvede ad informarne la vittima e il suo avvocato.

<sup>130</sup>Il *classement sans suite* come abbiamo analizzato in precedenza, è una misura *d’administration judiciaire* (e non giurisdizionale) non rivestita dell’autorità del giudicato e non suscettibile, pertanto, di un ricorso giurisdizionale. E’ possibile solo un ricorso gerarchico al procuratore generale presso la corte d’appello, il quale può ordinare al pubblico ministero di *poursuivre*.

Il pubblico ministero può ritornare sulla propria decisione e decidere di esercitare l’azione penale senza limiti di tempo, salvo quello di prescrizione e senza dover motivare la stessa, ad esempio giustificandola sulla base di nuovi elementi sopravvenuti.

ministero. Come vedremo meglio successivamente, questi strumenti rispondono tutti ad un principio di fondo che è quello della “graduazione”<sup>131</sup>.

Il principio di graduazione vuole che il pubblico ministero valuti la possibilità di contrastare l’infrazione attraverso misure “alternative” all’esercizio dell’azione penale, laddove le circostanze concrete in funzione della lieve gravità dei fatti, della personalità dell’autore o del modesto pregiudizio arrecato alla società o alla vittima, gli consentono di rispondere, grazie all’impiego di tali “alternative”, in maniera più rapida ed efficace alla domanda di giustizia penale<sup>132</sup>.

In conclusione, le anzidette misure sono delle alternative non solo al processo classico, ma ancor più al *classsement sans suite* tradizionale; si tratta, secondo il linguaggio utilizzato dal ministero della giustizia, della “terza via”, tra l’esercizio dell’azione penale e l’archiviazione, che suscita, a torto o a ragione, immense speranze<sup>133</sup>.

Invero, di fronte alle lungaggini dei processi, all’affollamento dei tribunali e alle numerose archiviazioni d’infrazioni, non gravi ma meritevoli ugualmente di una risposta sanzionatoria poiché espressione della cosiddetta “piccola” delinquenza in forte espansione, il legislatore francese si è lanciato nella creazione di strumenti giuridici legati all’idea di rinforzare l’efficacia della procedura penale<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup>J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 2 éd., pp. 421 ss.

<sup>132</sup>Il principio di graduazione della repressione penale è precisato nell’art. 40-1 *c.p.p.*, il quale prevede, per il pubblico ministero, come prima tappa la valutazione sulla *poursuite*, in secondo luogo la valutazione circa la possibilità di applicare delle modalità alternative alla stessa ed, infine, la scelta archiviativa.

<sup>133</sup>M.-E Cartier, « *Les modes alternatifs de règlement de conflits en matière pénale* », *RGDP* 1998, p.2.

<sup>134</sup>Al fine di offrire un’idea sull’utilizzo in concreto della “terza via” nell’ordinamento francese, si riportano alcuni dati interessanti (*source: Les chiffres-clés de la Justice*. 2008). V. anche S. Guinchard, J. Buisson, *Manuel de procédure pénale*, 5ed., Litec, Paris, 2009, p. 21.

Invero, nel 2007 su 5. 273.909 *procès-verbaux* ricevuti (di cui 3.082.620 a carico di soggetti ignoti), sono stati trattati 4.903.537 affari. In particolare, 3.427.002 casi, sono stati archiviati perché non perseguibili (es. mancanza di una condizione di procedibilità, mancanza di elementi sufficienti, o ancora ipotesi di “*infractions mal caractérisées*”); 1.476.535 i casi perseguibili: per 684. 734 è stata esercitata l’azione penale; 59.770 sono stati trattati con la procedura della *composition pénale* (la quale verrà analizzata successivamente); 490.434 sono stati sottoposti ad una misura “alternativa” alla *poursuite* e i restanti 241.597 sono stati archiviati (*classement sans suite*), ad esempio, perché l’autore del fatto è rimasto ignoto, o perché le indagini si sono rivelate infruttuose, per mancanza di un elemento costitutivo della fattispecie, o ancora per la sussistenza di una causa d’irresponsabilità dell’autore (si tratta della “*trouble psychique*” o “*neuropsychique*” in grado di abolire la capacità di discernimento della persona ex art 122-1 c. pén. Il legislatore francese, con la legge del 25 febbraio 2008, “*loi relative à la rétention de sureté et à la déclaration d’irresponsabilité pénale pour trouble mental*”, ha previsto la possibilità di utilizzare, già nella fase dell’istruttoria, una procedura *ad hoc*, al fine di stabilire la sussistenza della *trouble mental*, legittimante una dichiarazione di irresponsabilità, la quale permette addirittura di applicare alla persona dichiarata irresponsabile, delle sanzioni. Pertanto, oltre all’ospedalizzazione d’ufficio che può ormai essere ordinata direttamente dall’autorità giudiziaria, la *chambre de l’instruction* o le *juridictions de jugement*, possono pronunciare tutta una serie di “*mesures de sureté*” di natura interdittiva come, ad esempio, il divieto di incontrare la vittima, di frequentare certi luoghi ecc. v. per approfondimenti, Xavier Pin, *Droit pénal général*, 3ème ed. Dalloz, Paris, 2009, p. 212).

La filosofia di base che ha ispirato la nascita e lo sviluppo di tali misure non è, però, solo quella di offrire una risposta alternativa alla *poursuite* o al *classement sans suite*, ma anche quella di dare vita ad una politica della “riparazione” del danno provocato alla società o alla vittima, attraverso un percorso di ri-socializzazione del responsabile o di indennizzo del pregiudizio arrecato.

Proprio per questo, ai fini della presente ricerca, è utile precisare che alcune di queste misure possono essere inquadrare all’interno della logica della “riparazione”, altre, invece, presentano un carattere maggiormente “punitivo”. In altre parole, alcune misure si pongono come reali alternative alla *poursuite*, apportando una autentica ma graduale reazione penale, mentre altre misure, essendo a carattere punitivo, rappresentano una sorta di “scorciatoia” alla *poursuite* classica<sup>135</sup>.

Orbene, tali misure, presuppongono tutte che il pubblico ministero non abbia ancora esercitato l’azione penale, ed esprimono lucidamente la caratteristica fondamentale del principio d’opportunità; permettere all’organo d’accusa di valutare in concreto la necessità di una risposta sanzionatoria e di scegliere le modalità attraverso cui esercitare la stessa<sup>136</sup>.

Prima di iniziare l’analisi degli strumenti creati dal legislatore per attuare la “terza via”, occorre fare ancora qualche precisazione preliminare.

Come chiarito in precedenza, nel momento in cui un fatto di reato è stato commesso, il pubblico ministero è libero di valutare l’opportunità di esercitare l’azione penale; ciò anche se l’infrazione non ha causato alcun danno materiale o morale alla vittima e quest’ultima ha scelto di non agire. Nondimeno, se l’infrazione ha una vittima e il pubblico ministero decide ugualmente di non agire, la persona offesa ha la possibilità di attivarsi, sia citando direttamente l’autore della stessa innanzi la giurisdizione *de*

---

<sup>135</sup>V. per approfondimenti, S. Guinchard, J. Buisson, *Manuel de procédure pénale*, 5ed., Litec, Paris, 2009, pp. 744 ss.

<sup>136</sup>Va precisato che l’attuazione di tali misure “alternative” sospende il termine di prescrizione dell’*action publique*; in altre parole l’esecuzione delle stesse non provoca l’estinzione dell’*action publique* (ad eccezione della composizione penale, la quale se rispettata estingue l’azione penale). Pertanto, in teoria, l’autore dei fatti non è messo al riparo da ulteriori *poursuite*. Solo a titolo informativo è utile ricordare che il termine di prescrizione dell’*action publique* varia a seconda dei casi: salvo eccezioni (piuttosto numerose; come ad esempio nel caso di crimini di terrorismo o di traffico di stupefacenti il termine è di 30 anni, mentre i crimini contro l’umanità sono imprescrittibili) il termine di prescrizione è di 10 anni per i crimini, di 3 anni per i delitti e di 1 anno per le contravvenzioni. Quindi, il non esercizio dell’azione penale per un certo periodo di tempo (che decorre dalla data di commissione del reato) o la non continuità a seguito del suo esercizio, provoca l’estinzione per prescrizione dell’azione penale. L’effetto estintivo è permanente e definitivo. Occorre anche sottolineare che in Francia la prescrizione è una causa d’estinzione dell’azione penale e quindi di natura processuale, mentre in Italia rappresenta una causa di estinzione del reato, regolata dagli artt. 157 e seguenti del codice penale. Per approfondimenti sul sistema penale francese, v. Xavier Pin, *Droit pénal général*, 3ème ed. Dalloz, Paris, 2009.

*jugement*, sia costituendosi parte civile dinanzi al giudice istruttore<sup>137</sup>. In un sistema governato dal principio di opportunità dell'azione penale, l'espresso riconoscimento del

---

<sup>137</sup>Per approfondimenti sul tema, v. R. Parizot, « *Vers une action pénale partagée?* » in *La victime sur la scène pénale en Europe*, sotto la direzione di G. Giudicelli-Delage e C. Lazerges, PUF, *Les voies du droit*, 2008.

Come anticipato, l'art. 2 *c.p.p.* afferma chiaramente che « *l'action publique peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée* » e l'art. 85 *c.p.p.* che « *toute personne qui se prétend lésée par un crime ou délit peut en portant plainte se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent* ».

Come accennato in precedenza, la particolarità offerta alla vittima di agire in "via d'azione" è quella di consentirle di mettere in moto l'azione penale; ciò presuppone che la persona offesa agisca innanzi al giudice prima che il pubblico ministero abbia esercitato l'azione penale, oppure nel caso in cui quest'ultimo non abbia voluto esercitarla. Più da vicino, in caso di delitto o di contravvenzione, la parte civile può usare la citazione diretta davanti il tribunale di polizia o davanti il tribunale correzionale, allo stesso modo del pubblico ministero, salvo due aspetti: essa può indicare nella stessa citazione la richiesta di risarcimento danni e deve obbligatoriamente eleggere un domicilio nel distretto di competenza del tribunale. Se la parte civile non ha ottenuto l'aiuto giurisdizionale (*l'aide juridictionnelle*), il tribunale fissa l'ammontare della somma che essa deve consegnare, a pena d'inammissibilità della citazione diretta. Tale somma serve a garanzia del pagamento dell'ammenda civile che la stessa può essere tenuta a pagare in caso d'azione civile abusiva (art. 392-1 *c.p.p.*). La strada della citazione diretta è, evidentemente, impossibile in materia di crimini, poiché in tale ipotesi l'istruzione è obbligatoria. Infatti, in presenza di un crimine (o anche di un delitto), la vittima può esigere l'apertura di un'istruzione preparatoria, attraverso la querela con costituzione di parte civile; *la plainte avec constitution de partie civile*, innanzi al giudice istruttore. Essa permette alla vittima di esercitare l'azione penale mettendo in movimento *l'action publique*. Orbene, una volta ricevuta la *plainte*, il giudice istruttore con ordinanza di "*soit-communicé*" la trasmette al pubblico ministero affinché lo stesso prenda le proprie requisitorie. Prima di tale momento, il giudice può sentire la vittima al fine di farle precisare o completare la *plainte* (l'audizione può essere richiesta al giudice anche in seguito da parte del pubblico ministero). È evidente che *la plainte avec constitution de partie civile* non solo consente alla stessa di mettere in movimento *l'action publique*, ma costringe anche il giudice a condurre l'istruzione sui fatti denunciati. Il pubblico ministero è tenuto obbligatoriamente a prendere una posizione sulla *plainte avec constitution de partie civile*. Le requisitorie del pubblico ministero possono essere di quattro tipi: di non ricevibilità, di incompetenza del giudice istruttore, di "non informare" o di "informare" quest'ultimo (cioè sia rispetto ad una persona identificata sia rispetto ad ignoti). Merita di essere sottolineato che il pubblico ministero può decidere di "non informare" il giudice istruttore in due ipotesi: o perché i fatti denunciati nella querela non sono suscettibili di essere perseguiti per ragioni legate a difetti dell'*action publique*, come ad esempio la prescrizione, oppure perché i fatti non sono inquadrabili in alcuna fattispecie penale. Di fronte ad una requisitoria del *ministère public* di non informare, il giudice istruttore può decidere comunque di andare avanti solo attraverso un'ordinanza motivata.

Anche nell'ipotesi in esame è prevista, a pena di non ricevibilità della *plainte avec constitution de partie civile*, la consegna di una somma di danaro a garanzia del pagamento di una eventuale ammenda nel caso di abuso (o temeraria) di costituzione di parte civile. Il giudice determina la somma da versare in base alle risorse economiche della stessa e il termine entro il quale deve essere versata. Inoltre va precisato che, il legislatore, in caso di delitti (ove, infatti, l'apertura di una istruzione non è obbligatoria), al fine di mettere un freno alle querele con costituzione di parte civile inutili o abusive, ha modificato, con legge del 5 marzo 2007, l'art. 85 *c.p.p.* aggiungendo altri requisiti a pena di non ricevibilità della stessa. La ricevibilità è oggi subordinata, in materia di delitti, al fatto che la persona dimostri, o che il pubblico ministero ha archiviato *tout court* l'affare, o che un termine di tre mesi è inutilmente trascorso, dal momento in cui essa ha presentato querela ordinaria innanzi al procuratore della Repubblica, senza alcuna risposta giudiziaria. Pertanto, come abbiamo visto, il diritto incondizionato della vittima di mettere in movimento *l'action publique* ricorrendo al giudice istruttore, è stato limitato, in caso di delitti, al punto tale che *la plainte avec constitution de partie civile* non sembra più il "parallelo" della citazione diretta innanzi al tribunale correzionale. Invero quest'ultima non è subordinata alla condizione che la persona giustifichi il fatto che il pubblico ministero ha archiviato il caso o non ha risposto in alcun modo entro un termine di tre mesi dal giorno del deposito della querela ordinaria innanzi al procuratore della Repubblica. Per completezza occorre ricordare che resta fermo il principio generale *ex art 5 c.p.p.*, secondo cui "*la partie qui a exercé son action devant la juridiction civile compétente ne peut la porter devant la juridiction répressive*". L'irrevocabilità della scelta opera dunque a senso unico: se la vittima ha scelto inizialmente di rivolgersi al giudice civile, essa non può più abbandonarla per seguire la via penale; è il principio indicato con l'espressione latina "*electa una via*". Al contrario, l'opzione è revocabile se la

diritto di agire ad una persona che si ritiene vittima di un'infrazione, è indispensabile per tutelare i cittadini da eventuali rifiuti di attivazione da parte del pubblico ministero. Allo stesso tempo, però, la vittima una volta esercitata l'azione penale non può paralizzare l'attività del *ministère public*<sup>138</sup>.

## 6) LA RIPARAZIONE COME SOLUZIONE ALTERNATIVA ALLA *POURSUITE*

Proprio in applicazione del principio di opportunità dell'azione penale alcune procure negli anni Ottanta avevano immaginato, in alternativa al *classement* “secco” (archiviazione), delle pratiche di *classement sans suite* “condizionate” (*sous conditions*). In altre parole, l'idea era di superare la banale alternativa tra esercizio dell'azione penale/archiviazione, per cercare delle alternative adattate alle situazioni concrete.

Iniziava così a svilupparsi, nelle varie procure, la cosiddetta “terza via” attraverso la quale si dava spazio a forme di archiviazione “condizionata” alla riparazione del danno causato alla vittima, alla mediazione penale o ancora, al collocamento presso strutture sanitarie, sociali o professionali.

Pertanto nella prassi nascevano e si diffondevano forme di archiviazione “meritata”<sup>139</sup> in grado di offrire un intervento penale rapido ed efficace di fronte a forme di criminalità di lieve o media gravità.

Il Ministero della Giustizia<sup>140</sup> e il legislatore, preso atto del frequente utilizzo di tali “pratiche”, hanno finito per consacrare in legge alcune di esse<sup>141</sup>.

---

persona offesa ha inizialmente scelto la strada penale. La regola “*electa una via*” soffre tuttavia di alcune eccezioni, tra le quali una in particolare merita di essere segnalata. Nel caso in cui la vittima ha preferito seguire la via civile quando il pubblico ministero ha già esercitato l'azione penale, il giudice civile è tenuto a sospendere il giudizio e ad attendere la decisione penale definitiva, poiché *la chose jugée au pénale a autorité sur le civil*. In tale ipotesi si riconosce alla vittima la possibilità di scegliere la strada penale trasferendo la sua azione innanzi al giudice penale. L'azione civile diviene così accessoria a quella penale. Per approfondimenti si rinvia in generale alla manualistica; S. Guinchard, J. Buisson, *Manuel de procédure pénale*, 5ed., Litec, Paris, 2009; Coralie Ambroise-Castérot, *La procédure pénale*, 2 ed. Gualino, Paris, 2009 e F. Fourment, *Procédure pénale*, Paradigme, Paris, xéd., 2010.

<sup>138</sup>Resta ferma, ovviamente, l'ipotesi in cui è la legge stessa (*ex art. 6 c.p.p.*) ad impedire al pubblico ministero di esercitare l'azione penale, richiedendo la presenza di una querela della persona offesa; *la plainte*. L'art. 6-3 *c.p.p.* stabilisce, poi, che *l'action publique s'éteint (si estingue) par le retrait de la plainte de la victime, lorsque celle-ci est une condition nécessaire de la poursuite*. Tale regola riguarda tutte le infrazioni tutelanti gli interessi particolari dei privati che non turbano l'ordine pubblico generale.

<sup>139</sup>Espressione utilizzata da J. Pradel, “*La rapidité de l'instance pénale. Aspects de droit comparé*”, in *Rev. Pénit. Et de droit pén.*, n.4, 1995, p. 216 e M. G. Aimonetto, *op. cit.* pp. 12 ss.

Orbene, come già precisato, talune di queste misure presentano un carattere “punitivo” altre, invece, si pongono come delle alternative alla *poursuite* di natura “riparatrice”. In altri termini, il pubblico ministero privilegia con queste ultime l’aspetto della riparazione del danno, largamente inteso, piuttosto che la strada della repressione penale.

La legge del 23 giugno 1999 n. 515, completata poi dalla legge del 9 marzo 2004 n. 204, ha introdotto nell’art. 41 *c.p.p.* alcune misure alternative alla *poursuite*<sup>142</sup>.

Iniziando l’analisi con quelle privilegianti il momento della riparazione, occorre ricordare che prima di tale legge esisteva già un meccanismo alternativo all’esercizio dell’azione penale; si tratta *dell’injonction thérapeutique* creata con legge del 31 dicembre 1970 n. 1320.

Questa misura permette al *procureur de la République* di proporre al tossicodipendente l’assoggettamento a una cura di disintossicazione, in “cambio” del non esercizio dell’azione penale. Essa si avvicina alle misure consacrate nel codice di procedura penale, poiché mira a trovare un regolamento del conflitto giudiziario prima dell’esercizio dell’azione penale. Tuttavia, anche se *l’injonction thérapeutique* rappresenta una concreta alternativa all’esercizio dell’*action publique*, essa si distacca dalle altre misure introdotte dalla legge del 23 giugno 1999, perché non è in alcun modo ispirata alla volontà di riparare un potenziale danno causato alla vittima o di mettere fine al “turbamento” risultante dall’infrazione.

Ebbene, è proprio la volontà di “riparazione” a rendere originali le misure create con la suddetta legge; anche se, a ben vedere, esse vengono utilizzate di fronte a reati di debole o media gravità, ove il desiderio di ottenere la riparazione del torto subito è avvertito principalmente dalla sola vittima.

Occorre precisare, inoltre, che ci sono altre misure che vengono ricomprese all’interno del “*classement sous condition*”, ma che in sostanza rappresentano forme di *classement sans suite* (ovvero di archiviazione) subordinate al compimento di una particolare azione (o comportamento) da parte dell’autore dell’infrazione.

Il procuratore della Repubblica, nel mettere in atto queste particolari modalità di intervento ha, a propria disposizione, diversi strumenti che può utilizzare lui stesso,

---

<sup>140</sup>V. Circolare del 2 ottobre 1992 e nota di orientamento, “*Un mode d’exercice de l’action publique: le classement sous condition et la médiation en matière pénale*”, Multigraph., p.16, 17 e 13.

<sup>141</sup>Aurore Bureau, “*Etat de lieu d’un dispositif procédural atypique: la composition pénale*”, in *Archives de politique criminelle*, éd. A. Pedone, 2003, n. 27 ; M. G. Aimonetto, *op. cit.* pp. 13 ss.

<sup>142</sup>*Loi n. 99-515 du 23 juin 1999*, JO n. 144 du 24 juin 1999, p. 9247.

affidare ad un mediatore, ad un ufficiale di polizia giudiziaria o delegare ad un suo sostituto o a un *délégué* (cd. *délégué du Procureur*)<sup>143</sup>.

Ai sensi dell'art. 41-1 *c.p.p.*, il pubblico ministero può avvalersi delle misure che andremo ad analizzare, qualora ritenga che esse siano suscettibili di assicurare la riparazione del danno causato alla vittima, di mettere fine al turbamento risultante dall'infrazione o di contribuire al reinserimento dell'autore dei fatti.

La prima misura è chiamata "*rappel à la loi*". Essa è senza dubbio una delle misure più anziane e più praticate, poiché consiste in un semplice richiamo "alla legge" dato dal pubblico ministero o da un suo sostituto (o più spesso da un ufficiale di polizia giudiziaria o dal *délégué du procureur*), mediante il quale egli informa la persona convocata dell'obbligo di ogni cittadino di osservare e rispettare la legge e, in particolare, quella da essa violata (richiamandone gli articoli). Lo scopo è di far prendere coscienza all'autore dell'infrazione *l'illegalità* del fatto commesso e i rischi in caso di recidiva. Infatti, oltre a ciò, viene reso noto all'interessato che in caso di reiterazione del comportamento vietato o di ulteriori inosservanze della legge, potrà darsi luogo alla *poursuite* immediata sia per la nuova che per la vecchia infrazione. In genere, tale misura è utilizzata quando non ci sono vittime e il fatto è di lieve entità. La misura del *rappel à la loi*, non essendo una condanna, non viene iscritta nel casellario giudiziale.

Sempre all'interno di tali forme particolari di *classement* troviamo "l'orientamento dell'autore dell'infrazione presso una struttura sanitaria, sociale o professionale", attraverso il quale il pubblico ministero indirizza il soggetto verso strutture specializzate in grado di aiutare la persona a uscire dalla situazione che aveva determinato o agevolato la commissione dell'infrazione. Il *classement* è subordinato all'accettazione e all'ottenimento dei risultati cui tende la misura. Nel 2003 è stata aggiunta con legge del 12 giugno n. 495, per i casi d'infrazioni commesse al volante di veicoli terrestri a motore, la facoltà di sottoporre l'autore, a sue spese, ad uno *stage* di sensibilizzazione sulla

---

<sup>143</sup>A causa dell'imprecisione legislativa, le misure in esame non conoscono un campo di applicazione specifico; esse, in teoria, potrebbero essere utilizzate per tutte le infrazioni. Tuttavia è evidente che esse sono impiegate in caso di delitti e di contravvenzioni, e non logicamente per i crimini.

Inoltre, al fine di una migliore comprensione, occorre precisare brevemente che il cd. *délégué du Procureur* e il *médiateur*, rientrano nella categoria dei "*collaborateurs de la justice pénale*". Il primo è un soggetto (abilitato dal tribunale e generalmente formato direttamente dal *Parquet*) delegato dal *procureur de la République* a mettere in atto, sotto il suo controllo, una delle misure alternative alla *poursuite*. Il secondo è una persona fisica indipendente (o un'associazione) incaricata dal pubblico ministero a mettere in relazione l'autore di un'infrazione e la vittima, al fine di trovare un accordo sulle modalità di riparazione del pregiudizio sofferto da quest'ultima, cercando altresì di responsabilizzare il primo in merito a quanto accaduto, in modo da evitare la reiterazione del fatto. Entrambe le figure devono rispettare le seguenti condizioni: di non esercitare un'attività giudiziaria a titolo professionale; di non essere stata oggetto di una condanna o di un'incapacità (menzionate nel bollettino n.2 del casellario giudiziale) e di rispettare le garanzie d'indipendenza, imparzialità e competenza.

sicurezza stradale. La legge del 9 marzo 2004 ha previsto poi anche la possibilità di far seguire uno *stage* o una formazione all'autore dell'infrazione, presso un organismo sanitario, sociale o professionale, o uno *stage* di "*citoyenneté*" (si tratta di una sorta di sensibilizzazione al rispetto delle regole di educazione civica). Inoltre, il pubblico ministero può chiedere all'autore dei fatti di "regolarizzare" la propria situazione, rispetto ai testi di legge o di regolamento da esso violati. Il magistrato, quindi, al posto di esercitare immediatamente l'azione penale, fissa in termine entro il quale il soggetto deve provvedere a tale regolarizzazione (ad esempio può trattarsi di uno straniero senza documenti di soggiorno, o di un soggetto sprovvisto di patente).

Infine, con la legge n. 399 del 2006 il legislatore ha introdotto tra le misure *ex art.* 41-1 *c.p.p.*, anche la possibilità per il pubblico ministero di intimare al soggetto responsabile di un'infrazione commessa contro il coniuge, il convivente o il partner legato ad esso da un patto civile di solidarietà o nei confronti della prole, di lasciare l'abitazione familiare e di risiedere fuori dal luogo di residenza abituale, astenendosi dal presentarsi presso la stessa o nei luoghi ad essa adiacenti. A ciò può essere aggiunto, se necessario, l'obbligo per il soggetto di sottoporsi a una cura sanitaria, sociale o psicologica. Tale disciplina è applicabile anche nei confronti dell'ex coniuge, convivente o partner legato ad esso da un patto civile di solidarietà. In quest'ultimo caso il domicilio nel quale è fatto divieto di rientrare è quello della vittima.

A questo punto è possibile affrontare più da vicino i meccanismi alternativi all'esercizio immediato dell'azione penale, ispirati all'idea di riparazione del danno.

In particolare, troviamo due misure riparatrici all'interno dell'art. 41-1 *c.p.p.*

La prima prevede la possibilità per il pubblico ministero di proporre direttamente al responsabile dell'infrazione di riparare il danno causato alla vittima (art. 41-1, 4° *c.p.p.*).

La seconda, particolarmente interessante, è quella di mettere in moto una procedura di mediazione tra l'autore dei fatti e la vittima (art. 41-1, 5° *c.p.p.*)<sup>144</sup>.

Come anticipato, tutte le misure alternative alla *poursuite*, possono essere utilizzate in presenza di tre condizioni<sup>145</sup>: l'idoneità della misura ad assicurare la riparazione del

---

<sup>144</sup>La quale, a causa delle notevoli peculiarità, verrà trattata separatamente.

<sup>145</sup>Dal tenore letterale del codice, sembra che le tre condizioni siano alternative e non cumulative, contrariamente a quanto previsto dal codice penale francese che, per quanto attiene alle condizioni richieste per ottenere una dispensa di pena, fa riferimento ai medesimi requisiti utilizzando però la congiunzione "*et*" piuttosto che "*ou*", impiegata nel codice di procedura penale. V. anche B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, ed. L.G.D.J, Paris, 2007, p. 156.

danno causato alla vittima; a mettere fine al turbamento sociale causato dall'infrazione o a contribuire ad una risocializzazione (*reclassement*) dell'autore dei fatti<sup>146</sup>.

Si tratta di una sorta di “negoziazione” tra il *parquet* e il responsabile, poiché quest'ultimo è tenuto ad accettare e ad eseguire la misura che gli viene proposta. Infatti, in caso di non esecuzione, il pubblico ministero, tenuto conto del comportamento dell'autore dei fatti, potrà attivare una procedura di composizione penale oppure esercitare l'azione penale, salvo nuovi elementi.

Occorre evidenziare poi che nella norma in esame non è prevista alcuna modalità specifica di riparazione, ciò lascia intendere la volontà del legislatore di lasciare ampio spazio al *parquet* nel determinare lo strumento più appropriato per riparare il danno (ad esempio, risarcimento monetario più interessi oppure restituzione o rimessa in pristino).

In conclusione, questa disposizione non è altro che l'espressione tangibile della filosofia di fondo che ispira tutto l'articolo; ovvero assicurare la riparazione del pregiudizio risultante dall'infrazione, cercando altresì di ricomporre adeguatamente i dissidi con lo Stato, la comunità e la vittima<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup>Un aspetto merita di essere segnalato. L'art. 41-1 *c.p.p* parla di « *auteur des faites* », piuttosto che di « *coupable* »; ciò si spiega perché, in realtà, queste misure non implicano una decisione sulla colpevolezza del soggetto. Anche se dietro le stesse c'è la volontà del *procureur* di *reclasser* l'individuo.

<sup>147</sup>V. B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, ed. L.G.D.J, Paris, 2007, pp. 157 ss.

## 7) LA MEDIAZIONE PENALE (*la médiation pénale*)

Il legislatore, desideroso di offrire al *procureur* strumenti in grado di soddisfare efficacemente il bisogno di risposta penale, ha sviluppato un ulteriore rimedio per accedere all'obiettivo della riparazione. Si tratta della cosiddetta "mediazione" penale<sup>148</sup>, la quale rappresenta una modalità *informale* di risoluzione dei conflitti<sup>149</sup>.

La mediazione in Francia ha sempre dato dei risultati soddisfacenti, sia per i minori che per gli adulti<sup>150</sup>. In Italia, invece, all'ora attuale il settore maggiormente interessato dalla mediazione riguarda la giustizia penale dei minori (sebbene ispirata a finalità particolari e secondo modalità diverse)<sup>151</sup>.

Non va sottaciuto, inoltre, che l'Italia si trova ancora in una situazione molto delicata per quanto attiene alla "mediazione", soprattutto sotto il profilo della tutela delle vittime. In particolare, la decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 15 marzo 2001, riguardante la posizione della vittima nel procedimento penale<sup>152</sup>, obbliga (va), l'Italia e

---

<sup>148</sup>Sul tema della mediazione penale, v. G. Blanc, *La médiation pénale*, JCP 1994, I, 3760; J. Leblois-Happe, *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance: état des lieux et perspectives*, *Rev. Sc. Crim.* 1994, p. 525.

<sup>149</sup>Si è soliti far risalire le origini della mediazione al 1974, a Kitchener in Ontario, dove venne messo in opera il primo programma di "*Victim Offender Reconciliation Project*". In particolare, nel 1974 in Canada, alcuni giovani, oltre al pagamento di una multa e di una somma di danaro stabilita come forma di compensazione alle vittime di alcuni atti vandalici da loro commessi, furono condannati ad incontrare queste ultime per spiegare e chiarire i motivi del loro gesto. A seguito di questa esperienza nel 1975, nacque una proposta di programma di mediazione dal nome appunto di "*Victim Offender Reconciliation Project*". Secondo lo schema proposto in tale progetto, la mediazione rappresenta una possibilità d'incontro faccia a faccia tra vittima e autore del fatto, agevolato da un mediatore di provenienza del tessuto della comunità locale interessata. V. per approfondimenti, *Victim offender mediation* (VOMA), in [www.voma.org](http://www.voma.org); *Centre de la politique concernant les victimes*, in [www.canada.justice.gc.ca/victime](http://www.canada.justice.gc.ca/victime).

<sup>150</sup>A seguito di una indagine realizzata dal ministero della giustizia francese, sul sentimento di soddisfazione delle vittime circa la risposta giudiziaria offerta dalle misure alternative, la mediazione è risultata la procedura maggiormente appagante: il 55% delle vittime affermano di essere soddisfatte da tale procedura. V. Belmokhtar, *Les victimes face à la justice: le sentiment de satisfaction sur la réponse judiciaire*, *Infostat Justice, Bulletin d'information statistique* n. 98, décembre 2007.

<sup>151</sup>Gli approfondimenti sul tema della mediazione in Italia saranno sviluppati successivamente.

<sup>152</sup>Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea relativa alla "posizione della vittima nel procedimento penale", (2001/220/GAI, 15 marzo 2001) adottata nell'ambito del cosiddetto "terzo pilastro" dell'Unione europea, sulla scorta delle determinazioni assunte nel vertice di Tampère. Con essa gli Stati membri si sono impegnati ad adottare una regolamentazione relativa al trattamento da riservare alle vittime del reato. Più da vicino, la decisione quadro oltre a definire il concetto di vittima ed i diritti legati a tale posizione, chiarisce cos'è la mediazione ed impegna gli Stati membri ad assicurare l'adeguata preparazione professionale degli operatori facenti parte dei servizi specializzati chiamati ad assistere le vittime in ogni fase del procedimento penale. Inoltre, essa vincola gli Stati membri a fare entrare in vigore le disposizioni ivi contenute entro scadenze ben determinate e vincolanti. In particolare, per quanto riguarda l'implementazione della mediazione nell'ambito del procedimento penale e l'indicazione dei reati ritenuti idonei per questo tipo di misure, la scadenza prevista datava il 22 marzo 2006.

gli altri Paesi europei, non provvisti di una legislazione in materia, a farlo entro marzo 2006.

Più da vicino, la decisione quadro evidenzia l'importanza di introdurre una legislazione in grado di trattare le esigenze della vittima in maniera *“globale e coordinata, evitando soluzioni frammentarie o incoerenti che possano arrecarle pregiudizi ulteriori”*. Ed aggiunge che *“le disposizioni della presente (decisione quadro) non hanno come unico obiettivo quello di salvaguardare gli interessi della vittima nell'ambito del procedimento penale in senso stretto. Esse comprendono altresì talune misure di assistenza alle vittime, prima, durante e dopo il procedimento penale, che potrebbero attenuare gli effetti del reato. Le misure di aiuti alle vittime della criminalità e, in particolare, le disposizioni in materia di risarcimento e di mediazione non riguardano le soluzioni che sono proprie del procedimento civile”* [...] *“appare importante l'intervento di servizi specializzati e di organizzazioni di assistenza alle vittime prima, durante e dopo il processo penale”*.

La decisione quadro offre, inoltre, una definizione di “mediazione nelle cause penali”, descrivendola come: *“la ricerca, prima o durante il procedimento penale, di una soluzione negoziata tra la vittima e l'autore del reato, con la mediazione di una persona competente”* e prescrive, appunto, agli Stati membri di provvedere a *promuovere la mediazione* nell'ambito dei procedimenti penali per i reati ritenuti idonei a questo tipo di misura e a garantire che, eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore del reato nel corso della mediazione, nell'ambito dei procedimenti penali, vengano presi in considerazione. Per il momento, nonostante le molteplici proposte formulate dalla dottrina e tutta una serie di progetti di legge, in Italia non si è ancora pervenuti ad una legislazione *ad hoc* in grado di introdurre di strumenti orientati verso la “riparazione” e la “riconciliazione”.

Brevemente, quando si parla di giustizia riparatrice<sup>153</sup> si fa riferimento ad un movimento, relativamente nuovo, sviluppatosi principalmente nel settore della vittimologia e della criminologia, dove l'accento viene posto sul “pregiudizio” causato alla vittima attraverso l'infrazione commessa. L'idea centrale riposa, innanzitutto, sull'accettazione del fatto che la criminalità danneggia non solo la comunità globalmente considerata ma, soprattutto, le singole persone che ne fanno parte, ed insiste perciò sull'importanza della “riparazione”,

---

<sup>153</sup>Sul tema della mediazione e della giustizia riparatrice la letteratura è vastissima, v. Laura Messina, *Médiation et justice réparatrice dans le système pénal des mineurs italien et français*, doctorat franco-italien, Un. Paul Cézanne Aix-Marseille III, faculté de droit et science politique, 2004-2005, [www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it); R. Cario, *Justice restaurative. Principe set promesses*, ed. L'Harmattan, Coll. *Traité de sciences criminelles*, vol. 8, 2<sup>e</sup> ed. 2010, p. 300; F. Vianello, *Per uno studio socio-giuridico della mediazione penale*, in *Sociologia del diritto*, XXVI/19922, pp. 81-93.

la quale è concepita come un “dovere” posto direttamente a carico dell’autore. Nel quadro della giustizia riparatrice, il delitto non è considerato solo come infrazione della legge penale, giustificante quindi l’intervento di una giustizia “retributiva”, ma principalmente come un atto capace di causare un torto alla persona che lo subisce e, talvolta, anche allo stesso autore. Pertanto tale “torto” deve essere riparato, in maniera materiale o morale, in vista di un’eventuale ricostituzione dei rapporti tra l’autore del fatto e la vittima. La giustizia ripartiva rappresenta un concetto alternativo alla cultura della punizione in senso stretto; essa offre la possibilità al reo di riparare il danno causato alla vittima, favorendone allo stesso tempo una reintegrazione nella comunità, attraverso un percorso avente come obiettivo primario la ricostituzione di un equilibrio, interrotto dalla commissione dell’infrazione, e di un legame sociale. Ciò presuppone una rivalutazione globale del ruolo della giustizia, della posizione della vittima all’interno del procedimento penale, del concetto di responsabilità dell’autore del reato, dell’inserimento di nuove figure professionali e, più in generale, di un recupero dell’amministrazione della giustizia da parte della collettività. Le azioni, caratterizzanti la filosofia della riparazione, sono molteplici; si fa riferimento alla restituzione, alla compensazione dei danni, alla pura riconciliazione, al risarcimento monetario, alle scuse formali ecc. In altre parole, la riparazione non deve essere intesa solo come una riparazione materiale o pecuniaria, ma il pregiudizio può essere riparato anche in maniera simbolica, ad esempio, la vittima può avere interesse anche a ricevere semplicemente delle pubbliche scuse oppure a conoscere le ragioni che hanno spinto l’autore a commettere il fatto<sup>154</sup>.

Orbene, per quanto riguarda in particolare la mediazione, essa è nata e si è sviluppata in Francia come rimedio alla triste constatazione della mancanza d’efficacia della giustizia penale rispetto al dilagare della micro-criminalità e all’eccessivo affollamento dei tribunali, i quali hanno risposto per molto tempo all’“impossibilità” concreta di agire, con un elevato numero di archiviazioni, provocando così un sensibile aumento della sfiducia da parte dei cittadini nei confronti della giustizia penale.

Difatti, l’archiviazione provoca inevitabilmente nell’autore dell’infrazione un senso d’impunità idoneo a favorirne l’istinto alla reiterazione, e nei riguardi della vittima un sentimento d’ingiustizia e di delusione rispetto all’attività dell’autorità giudiziaria, ritenuta incapace di tutelare i propri diritti. L’analisi di questo duplice aspetto ha guidato la dottrina e il legislatore francese verso la ricerca di soluzioni che si pongono a metà

---

<sup>154</sup>V. ancora per approfondimenti Laura Messina, *Médiation et justice réparatrice dans le système pénal des mineurs italien et français*. cit. pp. 9 ss. Il tema concernente la «justice réparatrice» sarà affrontato più dettagliatamente nel paragrafo successivo.

strada tra l'esercizio dell'azione penale e l'archiviazione pura e semplice, come appunto la mediazione penale.

Pertanto, l'origine di questo nuovo modello di giustizia volto alla riconciliazione, sembra nascere dalla consapevolezza dell'inefficacia dei sistemi di giustizia penale fondati esclusivamente su politiche di deterrenza, e incentrati sull'idea della sanzione come unica risposta possibile al fenomeno criminale. Di conseguenza, in tale ottica, l'obiettivo irrinunciabile dell'intervento penale diventa quello di tentare una restaurazione del legame sociale attraverso la riparazione del danno (inteso in senso ampio) sofferto dalla vittima; la quale viene così a recuperare una posizione centrale all'interno della giustizia penale, in precedenza sottovalutata.

Lo scopo della mediazione è quello di un utilizzo della legge come punto di riferimento capace di conciliare i diversi punti di vista. In questo senso, "essa non si situa perciò né nella legge, né al di fuori della legge, ma all'ombra di un diritto di cui viene così rinforzata la dimensione metaforica"<sup>155</sup>.

La mediazione, infatti, pur sostanziandosi in una ristorazione del danno, impiega una tecnica differente per pervenirvi<sup>156</sup>. L'art. 41-1, 4° c.p.p., che abbiamo analizzato in precedenza, permette al pubblico ministero di proporre direttamente all'autore dell'infrazione di riparare il danno, mentre la mediazione è una transazione conclusa tra l'autore dell'infrazione e la vittima, dietro iniziativa del *procureur*. La mediazione penale è intesa, quindi, come una "*entremise destinée à mettre d'accord, à concilier ou à réconcilier des personnes*"<sup>157</sup>.

In altre parole, sebbene la mediazione permetta di ottenere la riparazione del danno, il suo vero ed ambizioso obiettivo è quello di riconciliare le parti. Essa, pertanto, tende ad una duplice riparazione; materiale e morale della vittima<sup>158</sup>.

In passato, infatti, la mediazione penale era stata sperimentata soprattutto nei casi di conflitti tra membri di una stessa famiglia, nei rapporti di vicinato, tra impiegati di una medesima azienda e, più in generale, in tutte le ipotesi in cui tra l'autore dei fatti e la vittima, vi sarebbero stati sicuramente ulteriori occasioni di incontro e di scontro.

Con la legge del 4 gennaio 1993 il legislatore, che aveva già creato per i minori una misura identica alla mediazione, (aggiungendo un articolo 12-1 *all'ordonnance* del 2

---

<sup>155</sup>V. ancora, J. Faget, *La médiation pénale. Une dialectique de l'ordre et du désordre, Déviance et société*, XVIII, 1993, 3.

<sup>156</sup>B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, ed. L.G.D.J, Paris, 2007, pp. 157 ss.

<sup>157</sup>Definizione proposta dalla prof.ssa M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF; Thémis, 1992, p. 147. Tale definizione può essere tradotta intendendo la mediazione come una "interposizione destinata a mettere d'accordo, a conciliare o a riconciliare le parti".

<sup>158</sup>M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF; Thémis, 1992.

febbraio 1945) istituisce, appoggiandosi sulla pratica condotta da alcuni *parquets*, la figura della mediazione penale all'art. 41-7 *c.p.p.*<sup>159</sup> In effetti, il diritto penale dei minori è da sempre il terreno ideale per sperimentare tutte le possibilità alternative all'esercizio dell'azione penale, considerato che lo scopo, in questi casi, è la rieducazione del soggetto piuttosto che la punizione pura e semplice.

La legge del 23 giugno 1999 abroga formalmente l'art. 41-7 *c.p.p.* sopraindicato, per trasportarne il contenuto nel nuovo articolo 41-1, 5° *c.p.p.*, dove la mediazione si trova in compagnia delle altre modalità alternative alla *poursuite*. Come vedremo, la mediazione è stata oggetto di ulteriori interventi legislativi ed, in particolare, ad opera della legge del 9 marzo 2004 e della legge del 9 luglio 2010 n. 769.

Più da vicino, la mediazione penale presuppone innanzitutto il consenso della vittima e, conseguentemente, la volontà dell'autore dei fatti di addivenire ad una soluzione "condivisa" del conflitto. In altre parole, la mediazione necessita dell'accordo di tutte le parti; iniziativa del *parquet*, consenso della vittima e accordo con il responsabile dell'infrazione. In mancanza, il pubblico ministero torna ad essere libero nella sua decisione di esercitare *l'action publique*.

Ed infatti, tale misura, com'è intuitivo, può essere utilizzata esclusivamente come alternativa all'esercizio dell'azione penale; quindi, prima della *poursuite*<sup>160</sup>. Tuttavia la mediazione non è in alcun caso una rinuncia del *ministère public* all'esercizio dell'azione penale, né della vittima all'esercizio dell'azione civile. Invero, il legislatore cosciente dei rischi di non esecuzione della misura *de qua*, ha lasciato intatta la possibilità per il pubblico ministero di attuare una composizione penale<sup>161</sup> o di esercitare l'azione penale. Invero, dal momento che la mediazione non costituisce una causa di estinzione dell'azione penale, l'autore del fatto dovrà essere messo al corrente, in modo chiaro, che la conclusione positiva della procedura non esclude totalmente la possibilità di un successivo promovimento dell'azione penale ad opera del pubblico ministero<sup>162</sup>. Il

---

<sup>159</sup>Per approfondimenti, v. C. Lazerges, « *Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle* », *RSC* 1997; S. Pokora, « *La médiation pénale* », *AJ pénal*, 2003, pp. 58 ss.

<sup>160</sup>Contrariamente alla mediazione prevista per i minori, dove è previsto che essa può essere utilizzata prima del giudizio e durante lo stesso. V. art. 12-1, ordonnance del 2 febbraio 1945: « *Le procureur de la République, la juridiction chargée de l'instruction de l'affaire ou la juridiction de jugement ont la faculté de proposer au mineur une mesure ou une activité d'aide ou de réparation à l'égard de la victime ou dans l'intérêt de la collectivité. Toute mesure ou activité d'aide ou de réparation à l'égard de la victime ne peut être ordonnée qu'avec l'accord de celle-ci* ». V. ancora per la mediazione nel settore minorile Laura Messina, *op. cit.* pp. 40 ss.

<sup>161</sup>La misura della composizione penale verrà analizzata successivamente.

<sup>162</sup>V. anche M. G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 21 ss. Circa la decisione di archiviazione conseguente alla mediazione considerata dalla dottrina francese come "*jamais définitive*", v. G. Blanc, *La médiation pénale*, *J.C.P.*, 1994, 3760, pp. 212 ss.

termine di prescrizione dell'*action publique* rimane sospeso per tutto il periodo di esecuzione della misura: se il responsabile dell'infrazione non ottempera agli obblighi nascenti dalla transazione negoziata, il pubblico ministero, salvo nuovi elementi, potrà esercitare l'azione penale o attivare una composizione penale. Come già evidenziato, occorre ricordare che la mediazione, anche in caso di riuscita, non estingue l'azione penale. Quanto alla posizione della vittima, se si ritiene che la riuscita della mediazione impedisca a quest'ultima, una volta indennizzata, di costituirsi parte civile (salvo forse per contestare la validità dell'accordo), occorre che la stessa ne venga debitamente informata<sup>163</sup>.

Il pubblico ministero per attuare tale misura, può procedere direttamente o delegare, con accordo delle parti, ad una missione (o progetto) di mediazione. L'identificazione e il reclutamento dei mediatori sono regolati dagli articoli R. 15, 33, 30 e seguenti del *c.p.p.*<sup>164</sup>. Può trattarsi di persone fisiche o associazioni regolarmente abilitate come delegati del pubblico ministero.

La dottrina<sup>165</sup> considera come attori principali della mediazione: la vittima, l'autore del fatto delittuoso e il mediatore. Tuttavia non va sottaciuto che, in un'ottica più ampia, entrano in gioco altri personaggi che assumono una rilevanza indiretta all'interno della mediazione; il *parquet*, nella misura in cui lo stesso decida di proporre una mediazione penale, il giudice (nei procedimenti minorili)<sup>166</sup> e gli operatori sociali o municipali, nei casi in cui essi possono influenzare positivamente il processo di mediazione.

---

<sup>163</sup>M. E. Cartier, *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale (la position du droit français)*, relazione svolta all'Incontro internazionale di diritto comparato, svoltosi a Damasco, 5-6 ottobre 1996.

<sup>164</sup>La normativa francese esige che « *le médiateur doit présenter des garanties de compétence, d'indépendance et d'impartialité* ». In estrema sintesi, la procedura di abilitazione inizia con una domanda, che la persona fisica o giuridica, indirizza al pubblico ministero o al procuratore generale, attraverso la quale viene richiesta l'abilitazione ad esercitare l'attività di mediatore all'interno del tribunale o della corte d'appello interessata. Sia che si tratti di una persona fisica sia di una persona giuridica, il candidato dovrà attestare che egli non esercita attività giudiziaria a titolo professionale, che non è stato oggetto di condanne, incapacità o fallimenti e che presenta, appunto, i requisiti di competenza, indipendenza e d'imparzialità. La domanda d'abilitazione viene successivamente esaminata da una assemblea (*assemblée générale*) del tribunale o, a seconda dei casi, dalla corte d'appello, che decide a maggioranza dei membri presenti. Un'abilitazione provvisoria, d'urgenza, può essere concessa direttamente dal *procureur de la République* o dal *procureur général*, fino al giorno stabilito per la successiva assemblea. Il mediatore è tenuto al rispetto del segreto professionale.

<sup>165</sup>V. « *Les acteurs de la médiation* », [www.mediation-net.com](http://www.mediation-net.com)

<sup>166</sup>Va sottolineato che, il regime applicabile ai minori, è parzialmente differente da quello previsto per gli adulti. Infatti, come già precisato, la mediazione per i minori può intervenire prima del giudizio e durante lo stesso. L'art. 12-1 dell'*ordonnance* del 4 gennaio 1993, permette al pubblico ministero, (nel momento relativo alla decisione sull'opportunità di *poursuivre*), al giudice istruttore (nella fase dell'istruttoria) o al giudice del giudizio di proporre al minore una misura o una attività "d'aiuto" o di riparazione nei confronti della vittima o nell'interesse della collettività.

La mediazione è articolata secondo un modello che si sviluppa a partire dall'analisi di una situazione conflittuale, fino ad arrivare alla redazione di un accordo o "progetto" accolto dalle parti. Tutto ciò avviene grazie all'intervento di un terzo, il quale propone alla vittima e all'autore dell'infrazione, delle soluzioni adattate al tipo di litigio e alle loro aspettative.

A livello procedurale, la mediazione ha luogo a seguito di una scelta ponderata da parte del *ministère public*, il quale è chiamato a valutare, appunto, l'adeguatezza della misura rispetto alla natura dell'infrazione<sup>167</sup>.

Ai sensi dell'art.41-1 *c.p.p* il pubblico ministero se ritiene la misura suscettibile di riparare il danno causato alla vittima, di mettere fine al turbamento provocato dall'infrazione o di contribuire al reinserimento dell'autore dei fatti, può [...] far procedere, con l'accordo delle parti, ad un progetto di mediazione tra il responsabile e la vittima. L'affare viene così affidato ad un soggetto (o un'associazione) abilitato a svolgere l'attività di mediatore.

La prima fase consiste nella preparazione di un "incontro" tra la vittima e l'autore. Esso di solito viene condotto dapprima attraverso incontri separati con ambedue le parti, al fine di verificare la reale disponibilità delle stesse a pervenire ad una soluzione del loro conflitto. Solo successivamente avrà luogo l'incontro delle parti, nel corso del quale verrà stilato un accordo contenente la formalizzazione della soluzione raggiunta (ad esempio, una riparazione materiale, finanziaria, simbolica, delle scuse per iscritto, lo svolgimento di un'attività in favore della vittima ecc.). Anche se le fasi in esame sono svolte all'interno di un quadro informale, alcune garanzie d'ordine procedurale vengono ugualmente riconosciute alle parti durante tutto il percorso di mediazione; ciò vale sia per la vittima, ma soprattutto per l'autore dell'infrazione, il quale vede ridotte le garanzie formali che di regola vengono assicurate nel corso del processo penale<sup>168</sup>.

Infatti, l'aspetto fondamentale della procedura in esame è quello del "libero consenso" delle parti di addivenire ad un accordo. Nonostante non sia prevista la necessaria presenza di un avvocato nel corso della procedura di mediazione, occorre comunque sottolineare che, al fine della buona riuscita della stessa, il responsabile deve aver espresso un consenso libero, effettivo e cosciente. Ciò richiede che quest'ultimo abbia

---

<sup>167</sup>Va ricordato che la mediazione è una modalità di riparazione non destinata ad un tipo particolare di infrazione. Anche nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa, n. R (99) 19, non è stata prevista alcuna limitazione al raggio di applicazione della misura in considerazione della gravità dei fatti. La scelta delle infrazioni sottoponibili ad un processo di mediazione è rimessa agli Stati membri, i quali sono chiamati a valutare l'adeguatezza della misura in relazione al reato commesso.

<sup>168</sup>Per approfondimenti v. R. Cario, *La médiation pénale: entre répression et réparation*, ed. L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 1997, pp. 239.

compreso la misura e i suoi effetti, anche da un punto di vista giuridico. Normalmente nel corso dei primi incontri con l'autore dei fatti, il mediatore illustra gli aspetti principali e caratterizzanti della misura. Tuttavia resta fermo che, solo il consiglio tecnico di un avvocato, può chiarire i profili giuridici meno evidenti della mediazione penale ed, in particolare, gli obblighi più o meno stringenti nascenti dalla stessa e le conseguenze in caso di inottemperanza.

Sul tema concernente l'utilità o meno della presenza di un avvocato durante lo svolgimento della mediazione, la dottrina si è spesso interrogata.

In estrema sintesi, l'idea di fondo è quella di considerare come opportuna la consultazione di un avvocato prima di esprimere il consenso all'attivazione della procedura di mediazione e di accettare gli obblighi nascenti dalla stessa. Ciò nondimeno è vista come "sconveniente" la presenza dell'avvocato durante lo svolgimento della procedura, a meno che egli non intervenga semplicemente come osservatore "esterno" senza prendervi parte. Questo si giustifica in quanto la partecipazione attiva di un "uomo di legge" ad una procedura nata come "informale", potrebbe influenzare la buona riuscita della stessa, rischiando di modificare l'atteggiamento delle parti rendendolo meno disteso<sup>169</sup>.

Una volta pervenuti a un accordo, la legge del 9 marzo 2004 (*loi Perben II*), è intervenuta per precisarne le modalità ed il contenuto. Il prodotto della mediazione deve essere formalizzato in un processo verbale firmato dalle parti e dal *procureur* (o da un suo delegato). Una copia del verbale viene consegnata alle parti con facoltà per la vittima, nel caso in cui l'autore si sia impegnato ad indennizzare il danno, di domandare sulla base dello stesso il pagamento secondo la procedura di ingiunzione (*procédure d'injonction de payer*). Nonostante la conclusione della mediazione attraverso la sua formalizzazione mediante verbale, la procedura non è definitivamente chiusa. Infatti, come anticipato, il termine di prescrizione dell'*action publique* è solamente sospeso; se l'autore dell'infrazione non adempie all'accordo raggiunto, ad esempio omette di indennizzare la vittima, il pubblico ministero conserva il potere di esercitare l'azione penale.

Invero, l'art. 41-1 *c.p.p.*, sempre a seguito della legge del 9 marzo 2004, precisa che in caso di non esecuzione della misura (ove il riferimento è per tutte le misure alternative alla *poursuite* contenute nel suddetto articolo) in ragione del comportamento dell'autore dei fatti, il pubblico ministero, salvo nuovi elementi, dà luogo ad una composizione penale o esercita l'azione penale. A contrario, la legge non prevede che in caso di

---

<sup>169</sup>V. più in generale G. Blanc, *La médiation pénale*, JCP, 1994, I, 3760.

esecuzione fedele della misura, *l'action publique* si estingua; in teoria, il responsabile, non è al riparo da *poursuites* ulteriori.

Merita poi di essere ricordato che la legge non richiede un preliminare riconoscimento di responsabilità da parte dell'autore per accedere alla procedura di mediazione.

Infine, come anticipato, il legislatore è intervenuto nuovamente sulla mediazione, modificando il c.5 dell'art. 41-1 *c.p.p.* con la legge n. 769 del 2010, relativa "*aux violences faites spécifiquement aux femmes au sien des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*".

Il legislatore, nei casi riguardanti la violenza commessa a danno delle donne in seno alla coppia, ha limitato il ricorso a tale misura, affermando che il *procureur* possa fare ricorso alla mediazione penale solo "a richiesta o con l'accordo della vittima" e non più "con l'accordo delle parti".

Tale modifica è suscettibile di apportare un cambiamento significativo a quella che è la filosofia di fondo della mediazione penale; ovvero favorire un momento d'incontro incoraggiato dal consenso e dalla volontà delle parti di pervenire ad un accordo. L'originalità della mediazione, come abbiamo visto, risiede proprio nel mettere sullo stesso piano la vittima e il responsabile, richiedendo la partecipazione attiva di entrambi. Come anticipato e, come vedremo meglio in seguito, la mediazione penale grazie alla sua capacità ad apportare una risposta rapida ed efficace al contrasto provocato dall'infrazione, permette di soddisfare sia le esigenze della vittima sia quelle del responsabile. In altre parole, restituendo a queste ultime la possibilità di risolvere adeguatamente il loro conflitto attraverso l'intervento di un terzo imparziale, la mediazione si inserisce nel più ampio modello di giustizia *réparatrice*, il quale mira a favorire il trattamento del turbamento dell'ordine causato dall'infrazione, attraverso la partecipazione della società civile, piuttosto che con il ricorso all'intervento autoritario e retributivo dell'autorità giudiziaria.

Orbene, è proprio il principio fondamentale della mediazione, richiedente la partecipazione volontaria delle parti, che il legislatore ha rimesso in causa con la modifica apportata con la legge del 2010. Infatti, la disciplina estromette il consenso del responsabile e conferisce l'iniziativa ad attivare un percorso di mediazione, esclusivamente alla volontà della vittima<sup>170</sup>. Così facendo il legislatore ha dimenticato, però, che l'evoluzione del conflitto rimesso alla mediazione ha bisogno della partecipazione congiunta dell'insieme dei protagonisti e che "il consenso sincero dei

---

<sup>170</sup>Per approfondimenti sulle modifiche legislative v. R. Cario e P. Mbanzoulou, *La justice restauratrice une utopie qui marche?*, ed. L'Harmattan, Paris, 2010, pp. 15 ss.

giustiziabili è una condizione imperativa per la validità e l'efficacia della mediazione penale"<sup>171</sup>.

Inoltre, la legge in esame ha dimostrato di voler ritagliare alla mediazione, in materia di violenze coniugali, un ruolo sussidiario nella misura in cui prevede che la vittima "*est présumée ne pas consentir à la médiation pénale lorsqu'elle a saisi le juge aux affaires familiales en application de l'article 515-9 du code civil en raison des violences commises par son conjoint, son concubin ou le partenaire avec lequel elle est liée par un pacte civil de solidarité*".

Orbene, pur non potendo in questa sede affrontare nel dettaglio tutti i punti controversi della legge n. 769 del 2010, un aspetto merita ugualmente di essere evidenziato.

La legge in esame, nonostante sia intervenuta in un settore ben preciso come quello delle violenze coniugali, è in grado di produrre effetti molto più ampi sulla struttura dell'istituto. Il rischio è quello, infatti, di operare una frammentazione della disciplina della mediazione penale, che da misura generale e ad ampio raggio d'applicazione, diventa uno strumento sottoposto a presupposti differenti, a seconda della materia interessata, perdendo così l'originaria funzione e lo scopo cui il legislatore del 1993 mirava attraverso la sua introduzione<sup>172</sup>.

## 8) LA COMPOSITION PENALE

Come anticipato, il legislatore francese ha creato alcune misure alternative alla *poursuite* privilegiando l'aspetto della riparazione ed altre, invece, l'aspetto punitivo. La *composition pénale* privilegia quest'ultimo.

La legge del 23 giugno 1999 ha consacrato, infatti, non solo le "pratiche" alternative all'esercizio dell'azione penale esposte in precedenza<sup>173</sup>, ma ha anche introdotto una nuova misura chiamata "*composition pénale*"<sup>174</sup>. Invero, a differenza delle misure

---

<sup>171</sup>P. Milburn, *La médiation pénale en France: quelle place pour les victimes?*, in *Justice « restauratrice » et victimes*, Les Cahiers de la justice, n. 1, pag. 114.

<sup>172</sup>V. ancora R. Cario e P. Mbanzoulou, *La justice restauratrice une utopie qui marche?*, ed. L'Harmattan, Paris, 2010, pp. 18 ss.

<sup>173</sup>Si tratta, come analizzato precedentemente, delle misure di: *rappel à la loi*, della mediazione penale, dell'orientamento verso una struttura sanitaria, sociale o professionale, della regolarizzazione della propria posizione e della riparazione del danno.

<sup>174</sup>V. sul tema della composizione penale B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, ed. L.G.D.J., Paris, 2007 pp. 163 ss.

alternative alla *poursuite*, sperimentate nella pratica giudiziaria ed inserite successivamente nel *c.p.pén*, la composizione penale è frutto di una decisione della *Chancellerie*, la quale superando diversi ostacoli, è riuscita a mettere in atto un nuovo strumento in grado di perfezionare e completare una misura voluta del governo, ma censurata nel 1995 dal *Conseil Constitutionnel*: “*l’injonction pénale*”<sup>175</sup>.

In breve, *l’injonction pénale*, rappresentava un primo tentativo di estensione della logica della *transaction* (misura che, come vedremo, è destinata a regolare materie tecniche, come quella doganale e fiscale, dove la titolarità a transigere è affidata ad alcune amministrazioni statali) ad una sfera predeterminata di reati comuni, la cui gestione sarebbe spettata esclusivamente al pubblico ministero.

Ebbene, l’attuale *composition pénale*, rispettosa dell’ammonimento del *Conseil Constitutionnel* a proposito dell’*injonction*, s’ispira alla logica della “*transaction pénale*”<sup>176</sup> prevista dall’art. 6 *c.p.pén* quale causa eccezionale di estinzione dell’*action publique*, attraverso la quale un’amministrazione incaricata d’esercitare l’azione penale, decide di non farlo, proponendo al soggetto il versamento di una somma di danaro.

La questione concernente la natura della *transaction pénale* è ancora oggi molto discussa nel dibattito scientifico francese. Tuttavia, a causa del suo carattere orientato maggiormente verso la riparazione, essa può essere descritta come una “sanzione amministrativa liberamente accettata”<sup>177</sup>. Infatti, il campo di applicazione della *transaction*, è circoscritto a materie particolari come il diritto penale fiscale e doganale, salvaguardanti il patrimonio dello Stato, e a disposizioni riguardanti la tutela delle acque e foreste che preservano le proprietà demaniali. Pertanto, quando un’infrazione lede gli interessi dello Stato, la transazione penale permette di ottenere la riparazione del pregiudizio sofferto più agevolmente rispetto all’esercizio della *poursuite*. In altre parole, il pregiudizio causato all’amministrazione è totalmente riparato attraverso l’esecuzione della transazione<sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup>P. Milburn, C. Mouhanna, V. Perrocheau, *Controverses et compromis dans la mise en place de la composition pénale*, in *Archives de politique criminelle*, UMR de droit comparé, Paris I, éd. Pedone, n. 27, pp. 151 ss.; A. Bureau, *Etat des lieux d’un dispositif procédural atypique: la composition pénale*, in *Archives de politique criminelle*, UMR de droit comparé, Paris I, éd. Pedone, n. 27, pp. 125-150.

Il tema sarà approfondito successivamente, qui è sufficiente ricordare che il *Conseil Constitutionnel* nel 1995 ha censurato tale istituto, in quanto *l’injonction* rischiava fortemente di compromettere le libertà individuali. Le misure proponibili dal *parquet*, infatti, appartenevano alla categoria delle pene, le quali avrebbero per questo richiesto l’intervento di un giudice.

<sup>176</sup>Per approfondimenti sulla *transaction pénale*, v. J. Leblois-Happe, « *De la transaction pénale à la composition pénale* », JCP 2000, I, 198 ; M. Boitard « *La transaction pénale en Droit français* », *Rev. Sc. Crim.* 1941, p. 150.

<sup>177</sup>V. ancora M. Boitard *op. cit.* p. 151.

<sup>178</sup>In estrema sintesi queste amministrazioni sono abilitate a proporre agli autori del reato l’abbandono della *poursuite*, dietro riconoscimento della loro responsabilità e pagamento di una somma di danaro. In

Inoltre, merita di essere segnalato che il potere concesso ad alcune amministrazioni di esercitare *l'action publique*, rappresenta una deroga alle numerose regole che governano il suo esercizio ad opera del *ministère public*. La legge riconosce a tali amministrazioni il potere d'esercitare l'azione penale, esclusivamente di fronte ad infrazioni che ledono gli interessi da essi protetti. Come anticipato, *l'action publique* esercitata da quest'ultime, presenta caratteristiche diverse da quella esercitata dal pubblico ministero, soprattutto rispetto al fine da esse perseguito. Infatti, le sanzioni comminate dalle amministrazioni sono dirette alla riparazione del danno provocato attraverso la commissione dell'infrazione. In altri termini, *l'action publique* in questi casi ha come scopo quello di applicare non la pena della reclusione, ma un'ammenda; ovvero una pena pecuniaria sicuramente meno afflittiva rispetto alla reclusione, ma più celere e ugualmente efficace. Ciò dimostra che l'amministrazione esercita la *poursuite* per ottenere la riparazione del pregiudizio sofferto, e non per "punire" il colpevole<sup>179</sup>. Possiamo pensare, ad esempio, ad un'infrazione fiscale punita con la sola pena dell'ammenda, rispetto alla quale il potere di esercitare l'azione penale è riconosciuto all'amministrazione dei Contributi indiretti. Quest'ultima non condivide tale prerogativa con il pubblico ministero, il quale viene perciò ad assumere nel processo il ruolo di parte "aggiunta". Infatti, salvo disposizioni contrarie, il pubblico ministero non ha in tali ipotesi l'esercizio esclusivo della *poursuite*<sup>180</sup>. Se, invece, l'infrazione è punita con la sola pena della reclusione, *l'action publique* tornerà ad appartenere al pubblico ministero e l'amministrazione conserverà, in tal caso, lo stesso diritto riconosciuto in generale alla *partie lésée* di citare direttamente il responsabile innanzi al tribunale competente, al fine di *déclencher l'action publique*<sup>181</sup>. Infine, se l'infrazione è punita con la pena dell'ammenda e della reclusione, l'esercizio dell'*action publique* da parte dell'amministrazione competente, non si estende all'applicazione della pena della reclusione, ma riguarda soltanto la pena dell'ammenda<sup>182</sup>. Anche l'amministrazione delle Dogane (*administration des Douanes*)

---

caso di accettazione ed esecuzione della proposta, con il preventivo consenso del pubblico ministero alla conclusione della transazione, l'azione penale si estingue. V. M. Dobkine, "*La transaction en matière pénale*", in *D.*, 1994, *Chr.*, p. 138, il quale osserva che, essendo richiesto l'accordo del pubblico ministero, il *parquet* ne condivide comunque la responsabilità.

<sup>179</sup>Quest'aspetto rende piuttosto problematica l'individuazione giuridica di tale "azione" esercitata dall'amministrazione competente. Il tema è particolarmente complesso e meriterebbe una trattazione specifica che esulerebbe, tuttavia, dal tema del presente lavoro. Per questo si rinvia alla lettura di alcune opere; A. Roger, « *Le rôle de l'administration dans la procès pénal* » thèse, Grenoble, 1980; B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, L.G.D.J., 2007, pp. 56 ss; F. Boulan, *La transaction douanière, études du droit pénal douanier*, in *Ann. Fac. Dr. Aix-en-Provence*, 1968, 219.

<sup>180</sup>B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, pp. 59 ss.

<sup>181</sup>*Cass. Crim.*, 16 juillet 1927, *D.* 1928, 1, 77.

<sup>182</sup>*Cass. Crim.*, 30 mai 1994, *Bull. crim.* n. 209.

ha la possibilità di *poursuivre* le infrazioni in materia doganale, in concorrenza con il pubblico ministero, allo scopo di far condannare il responsabile alla pena dell'ammenda e alla confisca per ottenere la riparazione del pregiudizio causato dalla frode. Tuttavia, il giudice investito dall'amministrazione non può pronunciare la pena della reclusione<sup>183</sup>.

Chiariti questi aspetti preliminari, è opportuno descrivere brevemente la procedura della transazione penale<sup>184</sup>, prima di affrontare più da vicino il tema della composizione penale, al fine di individuare i punti comuni e divergenti delle due misure.

La transazione penale è una procedura che permette di evitare l'esercizio dell'azione penale, apportando una risposta rapida ed efficace di fronte a comportamenti causanti un danno ai beni tutelati dalle rispettive amministrazioni competenti. Si tratta di una procedura più celere e meno onerosa che consente di sfollare i tribunali e di garantire, allo stesso tempo, la riparazione del pregiudizio sofferto e la cessazione della condotta delittuosa. Come evidenziato in precedenza, l'aspetto singolare della procedura in esame è quello di essere affidata all'iniziativa delle autorità amministrative, a differenza delle altre procedure alternative alla *poursuite* che sono rimesse esclusivamente alla decisione dell'autorità giudiziaria. La transazione penale avviene, quindi, tra un'autorità amministrativa abilitata alla sua conclusione e una persona suscettibile di essere *poursuivie* a causa della commissione di un'infrazione rientrante tra i settori tutelati dalla stessa amministrazione. La proposta di *transaction*, ammissibile solo se l'azione penale non è stata ancora esercitata, è formulata in funzione delle circostanze e della gravità dell'infrazione, della personalità del suo autore, delle sue risorse finanziarie e della capacità dello stesso a farvi fronte. L'accordo concluso tra l'autorità amministrativa e l'autore dell'infrazione determina la natura e le modalità di riparazione del pregiudizio arrecato; esso precisa il *quantum* da versare e le obbligazioni imposte al responsabile per mettere fine al comportamento delittuoso. Prima di attivare tale procedura, l'amministrazione competente deve ottenere il consenso del pubblico ministero alla transazione; l'atto attraverso il quale il pubblico ministero dona il proprio accordo alla proposta di transazione è interruttivo della prescrizione dell'*action publique*. L'azione penale si estingue nel momento in cui il responsabile dell'infrazione ha eseguito, entro il

---

<sup>183</sup>Cass. Crim., 16 gennaio 1995, *Bull. Crim.*, n.20

<sup>184</sup>Infatti, per i dettagli della procedura occorre fare riferimento di volta in volta alle rispettive discipline contenute, ad esempio, nel codice dell'ambiente, codice rurale, della pesca marittima o alla legislazione fiscale. Per una ricostruzione esaustiva dell'istituto v. ancora B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, L.G.D.J., Paris, 2007 e S. Guinchard, J. Buisson, *Manuel de procédure pénale*, V ed. Litec, Paris, 2009, pp. 749 ss.

termine fissato nella transazione, l'integralità delle obbligazioni risultanti dall'accettazione della misura.

Orbene, nonostante la composizione penale s'ispiri ad una logica simile, essa in realtà non rappresenta una mera estensione della transazione penale<sup>185</sup>. Infatti, la transazione si è sviluppata all'interno di rami del diritto "tecnici" e speciali, mentre la composizione penale è una misura di diritto penale "comune" che si applica nell'ambito della procedura ordinaria. Inoltre, se la transazione penale non può essere considerata tecnicamente come una pena, dal momento che si sostanzia in una misura esclusivamente pecuniaria, la composizione penale ne presenta numerosi tratti (potendo incidere su alcune libertà fondamentali dell'individuo) senza perdere, tuttavia, la sua caratteristica principale che è quella di una misura "negoziata". Resta fermo però che le misure comprese nella *composition pénale*, non possono essere totalmente assimilate alla pena; poiché salvo la CRPC (*comparution volontaire sur reconnaissance de culpabilité*), di cui abbiamo parlato, la pena non è "negoziabile". L'elemento della "negoziazione" presente sia nella composizione che nella transazione penale, non è sufficiente a qualificare la prima come una sanzione liberamente accettata, allo stesso modo della seconda. Ciò perché le misure caratterizzanti la composizione penale, sono capaci di limitare fortemente i diritti del soggetto, al punto che la stessa composizione, una volta eseguita, è iscritta nel casellario giudiziale. La composizione penale e la transazione penale si distinguono, poi, anche per i loro obiettivi. Abbiamo osservato, infatti, che la transazione è strettamente legata all'idea della "riparazione" del danno in relazione a materie ben precise come, ad esempio, il settore fiscale, doganale, di tutela dell'ambiente, delle acque, della pesca ecc. Invero, in queste materie, non entra in gioco la protezione dell'ordine pubblico inteso nella sua accezione tradizionale; di conseguenza la transazione non ha lo scopo di punire o favorire il reinserimento sociale del responsabile dell'infrazione. Scopo primario è quello di ottenere rapidamente la riparazione del pregiudizio sofferto e di far cessare il comportamento contrario alla legge assunto dal suo autore. L'amministrazione che decide di transigere non perde alcunché ad abbandonare la *poursuite* ma, al contrario, essa può ottenere il *quantum* dovuto in tempi decisamente più rapidi. Allo stesso modo, il pubblico ministero non perde la prerogativa ad autorizzare la transazione penale di fronte ad infrazioni riguardanti particolari rami del diritto che richiedono un intervento più tempestivo<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup>Per queste considerazioni v. B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, cit. pp. 175 ss.

<sup>186</sup>V. ancora B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, pp. 178 ss.

La composizione penale si sviluppa, invece, in un contesto molto differente; ovvero più “repressivo”. In primo luogo, essa non ha come scopo esclusivo la riparazione del danno e, in secondo luogo, interviene in un settore, dove è lesa l’ordine pubblico e non gli interessi protetti da una singola amministrazione. In più, contrariamente alla composizione penale, che richiede la convalida da parte del giudice, la misura della transazione, salvo le eccezioni stabilite espressamente dalla legge, non richiede l’intervento di un magistrato *du siège*, ma solo il consenso del *Procureur de la République* alla sua attivazione.

Infine, le due misure si distinguono, come abbiamo visto, per gli attori. La procedura della composizione penale è puramente giudiziaria, mentre quella della transazione è in gran parte amministrativa. Nella prima è il *parquet* che ha l’iniziativa di attivare la procedura e di scegliere le misure della composizione, nell’altra, è l’amministrazione a transigere la *poursuite*, dietro fissazione dell’ammenda, con il responsabile dell’infrazione<sup>187</sup>. E’ utile ricordare ancora una volta che è richiesto comunque il consenso del pubblico ministero, prima che l’amministrazione possa iniziare una transazione. Ad esempio, l’art. 153-2 del codice delle foreste (*code forestier*) prevede che l’autorità amministrativa incaricata della tutela delle foreste, ha il diritto di transigere “*après l’accord du procureur de la République*”. Quest’ultimo profilo, relativo al consenso preventivo del pubblico ministero alla *transaction*, ha indotto alcuni studiosi a domandarsi se “*la décision de transiger n’est pas en réalité prise par le ministère public*”<sup>188</sup>. Con la conseguenza che, in tal caso, è pubblico ministero abilitato a transigere *l’action publique* ad assumerne la responsabilità. Tale opinione non è tuttavia unanimemente condivisa. Infatti, è stato sottolineato che sebbene la *transaction* richieda l’accordo del pubblico ministero, non è ugualmente possibile imputare la responsabilità della stessa a quest’ultimo. Il consenso del pubblico ministero si giustifica, infatti, perché la transazione ha come effetto quello di estinguere *l’action publique* e le infrazioni che possono costituirne l’oggetto sono quelle che attentano gli interessi finanziari dello Stato. Le amministrazioni che curano tali interessi, agiscono al fine della riparazione degli stessi e *l’action publique* da esse esercitata è molto particolare perché è connotata da un’impronta riparatrice. Ciò è testimoniato anche dall’impossibilità per le amministrazioni in esame, di esercitare l’azione penale per chiedere l’applicazione di

---

<sup>187</sup>B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, cit. pp. 182 ss.

<sup>188</sup>Come già precisato, si tratta di M. Dobkine, “*La transaction en matière pénale*”, in *D.* 1994, *Chr.*, p. 138.

misure privative della libertà personale<sup>189</sup>. In altre parole, l'amministrazione "vittima" dell'infrazione, cerca innanzitutto di ottenere la riparazione del danno provocato. Questa è la ragione per la quale il *parquet* è chiamato a esprimere il proprio consenso solo nel momento iniziale della transazione, lasciando poi all'amministrazione la libertà di scegliere il mezzo più efficace per ottenere tale riparazione. L'accordo del *parquet* sulla decisione dell'amministrazione di procedere ad una transazione, viene accostato all'immagine della remissione di querela della vittima, poiché si è di fronte ad infrazioni che non sono suscettibili di turbare l'ordine pubblico. La responsabilità della transazione incombe, quindi, secondo tale orientamento, sull'amministrazione competente e non sul *parquet*. Al contrario, la composizione penale è rimessa all'iniziativa del pubblico ministero e permette di transigere su un'azione puramente repressiva che mira all'applicazione di misure che non hanno alcun carattere riparatore<sup>190</sup>. La composizione penale si distacca dalla nozione di riparazione che giustifica la transazione per estendersi a tutto il diritto penale.

In conclusione, dall'analisi delle due misure emergono svariati punti divergenti.

L'aspetto comune è dato, invece, dal fatto che entrambe sono misure sostitutive del processo e alternative al promovimento dell'azione penale, volute dal legislatore per ridurre l'affollamento dei tribunali e in grado di produrre un effetto estintivo sull'*action publique*.

Orbene, a questo punto è possibile passare, più specificamente, alla trattazione della *composition pénale*<sup>191</sup>.

Questa misura permette al *parquet*, per alcune infrazioni, di "negoziare" con l'autore dei fatti il non esercizio della *poursuite* di fronte all'adempimento, da parte di quest'ultimo, di alcune obbligazioni.

Come tutte le misure alternative analizzate in precedenza, anche la *composition pénale* può aver luogo solo prima dell'esercizio dell'azione penale. In altri termini, il pubblico ministero non deve aver già *déclenché l'action publique* e, allo stesso tempo, non deve esservi stata una costituzione di parte civile della vittima innanzi al giudice istruttore o un ricorso della stessa al tribunale correzionale mediante citazione diretta.

---

<sup>189</sup>V. ancora le osservazioni di B. Paillard, *op. cit.* pp. 183 ss.

<sup>190</sup>Come vedremo, anche l'ammenda, presente tra le misure della composizione, si riallaccia ad una funzione più "punitiva", senza alcun fine di riparazione del pregiudizio causato dall'infrazione. Essa agisce, infatti, esattamente come un'ammenda penale.

<sup>191</sup>Per una visione d'insieme dell'istituto, v. R. Merle-A. Vitu, "*Traité de droit criminel*", *Procédure pénale*, IV éd. Cujas, Paris, 2002.

L'art 41-2 *c.p.p* prevede che il pubblico ministero possa proporre, direttamente o per mezzo di un soggetto abilitato (un sostituto del *procureur*, un *délégué* o un ufficiale di polizia giudiziaria), ad una persona fisica che riconosca di aver commesso uno o più delitti puniti a titolo principale con la pena dell'ammenda o della reclusione fino a 5 anni, anche in connessione con una o più contravvenzioni, una o più delle misure elencate nell'art.41-2 *c.p.p*<sup>192</sup>.

Occorre precisare che se il pubblico ministero ha già attivato la procedura della *composition pénale*, la vittima non potrà più impedirne lo svolgimento poiché gli atti della stessa sono interruttivi della prescrizione dell'*action publique* e la sua esecuzione, come vedremo, estingue quest'ultima. In questo caso, però, la vittima conserva sempre la possibilità di utilizzare la strada della citazione diretta innanzi al tribunale correzionale, il quale sarà competente a decidere solo sugli interessi civili<sup>193</sup>. Inoltre, la vittima può usufruire della procedura dell'ingiunzione di pagamento (*procédure d'injonction de payer*), nell'ipotesi in cui l'autore dei fatti non esegua l'obbligazione di riparare il danno inserita tra le misure della *composition*.

E' utile evidenziare come la composizione penale ha una connotazione repressiva molto più forte della mediazione o delle altre misure di repressione proponibili dal *parquet*; ciò perché l'esecuzione della composizione penale, incidendo direttamente sulle libertà individuali, è in grado di estinguere l'azione penale<sup>194</sup>. Tal elemento permette di inquadrare la composizione penale come un'azione repressiva *sui generis*<sup>195</sup>. Ed infatti, la presentazione della composizione penale fatta dal legislatore nel 1999, fu quella di una misura "originale" di alternativa alla *poursuite*.

Prima di affrontare la problematica riguardante la "natura" della *composition pénale*, occorre analizzarne gli aspetti procedurali.

La legge del 23 giugno 1999 n. 515 aveva riservato l'applicabilità di tale misura ai soli delitti e contravvenzioni tassativamente indicati e puniti con la pena della reclusione non eccedente i tre anni. In seguito il legislatore, tornando su una politica legislativa volta a ottenere una repressione penale più efficace, ne ha esteso (con la legge del 9 marzo 2004)

---

<sup>192</sup>In particolare l'art. 41-2 *cpp* elenca 17 misure, le quali saranno analizzate successivamente.

<sup>193</sup>*Crim.*, 24 giugno, 2008, D. 2008, act. P. 2146, *AJ pénal*, p. 422, oss. Saas ; S. Détraz, *La juridiction pénale saisie de la seule action civile : une situation en voie de généralisation*, *Procédures* 2008, Etudes 10.

<sup>194</sup>A. Bureau, *Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique : la composition pénale*, in *Archives de politique criminelle*, UMR de droit comparé, Paris I, éd. Pedone, n. 27, pp.125-150.

<sup>194</sup>V. ancora A. Bureau, *op. cit.*, n. 27.

<sup>195</sup>V. B. Paillard, *op. cit.* pp. 175 ss. Inoltre va sottolineato che le altre misure alternative alla *poursuite*, pur operando come la composizione penale, prima dell'esercizio dell'*action publique*, non prevedono l'intervento di un giudice, né estinguono l'azione penale.

il campo di applicazione<sup>196</sup>, ad esclusione delle infrazioni apportanti un grave turbamento all'ordine pubblico. Oggi, quindi, la composizione penale risulta applicabile a:

-tutti i delitti puniti con la pena dell'ammenda o della reclusione inferiore o uguale a cinque anni, e alle contravvenzioni connesse agli stessi<sup>197</sup>;

-tutte le contravvenzioni.

La legge del 9 marzo 2004 ha escluso, inoltre, dal perimetro della composizione penale le infrazioni concernenti i delitti di stampa, di omicidio involontario e i delitti politici.

Quanto ai soggetti cui la composizione penale può essere proposta, si tratta delle persone fisiche maggiorenni che hanno riconosciuto di aver commesso l'infrazione<sup>198</sup>. In altri termini, la via della composizione è percorribile solo con l'accordo della persona *qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits*. L'iniziativa è presa dal *procureur de la République*, il quale direttamente o attraverso un ufficiale di polizia giudiziaria o di un suo sostituto, propone all'autore dei fatti l'assolvimento di una o più "misure" di fronte al non esercizio dell'azione penale<sup>199</sup>. Come visto in precedenza, la cosiddetta "terza via" si è sviluppata all'interno di un contesto politico-sociale volto a rafforzare e a garantire il buon funzionamento della giustizia penale. In altre parole, la "terza via" cerca di combattere non solo il generale senso d'impunità che può radicarsi nell'autore dei fatti di fronte all'assenza di una celere risposta penale, ma anche contro il sentimento di insicurezza e insoddisfazione nutrito dalle vittime. Per questo, al fine di tutelare gli interessi di queste ultime, il pubblico ministero nel momento in cui decide di proporre una composizione, deve indicare all'autore dei fatti la necessità di riparare il danno nel termine di 6 mesi<sup>200</sup>. Tale obbligazione è aggiuntiva rispetto agli obblighi previsti nella composizione penale. Essa, infatti, può cumularsi con una o più delle misure proposte dal

---

<sup>196</sup>Campo d'applicazione già ampliato ad opera delle legge del 9 settembre 2002.

<sup>197</sup>Ad esempio, si tratta dei delitti di violenza determinante una incapacità al lavoro, minaccia, molestia a mezzo del telefono, abbandono della famiglia, danneggiamento, furto semplice, porto illegale di armi, oltraggio a pubblico ufficiale, uso illecito di stupefacenti, ricettazione ecc.

<sup>198</sup>La legge del 5 marzo 2007 n. 297, ha esteso l'applicabilità della composizione penale anche ai soggetti minorenni, purché di anni 13, quando essa "sembra adatta alla personalità dell'interessato", v. art. 7-2 *ordonnance* del 2 febbraio 1945 relativa "*à l'enfance délinquante*", modificato dall'art. 55 della suddetta legge sulla "prevenzione alla delinquenza". La proposta del pubblico ministero deve essere fatta ai rappresentanti legali del minore, che potranno accettarla in presenza di un avvocato. In tal caso, competente a convalidare la misura, è il giudice minorile. Le misure proponibili non possono durare più di un anno e si sostanziano, ad esempio, nel compimento di uno stage professionale, di un corso di formazione civica, della consultazione di uno psichiatra o di uno psicologo o dell'esecuzione di un'attività di giorno.

<sup>199</sup>La legge del 9 settembre 2002 ha abrogato il divieto, in precedenza sanzionato a pena di nullità, di avanzare una proposta di composizione penale ad una persona ristretta in *garde à vue*.

<sup>200</sup>La vittima conserva, come vedremo, il suo diritto a chiedere la riparazione del danno e degli interessi innanzi al tribunale correzionale. In particolare, se il pubblico ministero non ha provveduto a tutelare gli interessi della vittima (o se quest'ultima viene identificata solo successivamente) essa potrà, anche in seguito alla conclusione della composizione penale, rivolgersi al tribunale correzionale, il quale statuirà solo sugli aspetti civili concernenti la riparazione del danno.

*ministère public*. Occorre aggiungere però che non tutte le infrazioni hanno una vittima in senso stretto o, in alcuni casi, essa non viene identificata; ragion per cui è possibile concludere che, quest'ultima, può essere considerata come una protagonista "eventuale" della procedura in esame.

Orbene, come anticipato, le misure previste dal legislatore per la composizione penale, sono restrittive o limitative di alcuni diritti riconosciuti alla persona. Per questo motivo è stato previsto il diritto all'assistenza di un avvocato nel corso della procedura. Ciò permette di assicurare che il consenso espresso dall'autore dei fatti, necessario per mettere in atto la composizione penale, sia frutto di un'effettiva e cosciente volontà. Pertanto, il soggetto prima di manifestare il proprio consenso, ha il diritto di consultare un avvocato e di beneficiare, dietro richiesta, di un termine di 10 giorni di riflessione. Tuttavia, la pratica giudiziaria dimostra che la presenza dell'avvocato, peraltro facoltativa, non è sempre in grado di apportare un reale contributo difensivo<sup>201</sup>. Questo si spiega agevolmente riflettendo sul ruolo che lo stesso è chiamato a rivestire all'interno della procedura di composizione. Non si tratta, infatti, di compiere un'arringa difensiva innanzi ad un giudice, ma più semplicemente di "insistere" su alcuni elementi della situazione personale del responsabile che potrebbero mitigare la scelta delle misure da applicare. Pertanto l'avvocato assume il ruolo di "consigliere": egli dovrà illustrare al suo cliente se la sanzione proposta dal pubblico ministero è giustificata rispetto ai fatti presenti nel dossier, e sulla pena che potrebbe essergli inflitta dal tribunale correzionale. In altre parole, viene effettuato un bilancio tecnico dei "costi-vantaggi" prima di accettare o rifiutare la proposta. L'avvocato dovrà, di conseguenza, essere capace di apprezzare la pertinenza della misura scelta dal *parquet* sulla base della giurisprudenza del tribunale correzionale; ciò comporta una profonda e meticolosa conoscenza della stessa. Questo dato permette di rilevare come il ruolo del difensore sia piuttosto delicato all'interno della procedura di composizione. Basti riflettere sull'impatto che un consiglio giuridico errato o azzardato potrebbe avere sulla posizione del cliente. Infatti, se l'avvocato consiglia al proprio assistito di rifiutare la composizione penale e il tribunale, in seguito, infligge a quest'ultimo, per i medesimi fatti, una sanzione più severa rispetto alle obbligazioni proposte nella composizione penale, egli viene a trovarsi in una posizione piuttosto imbarazzante di fronte al cliente<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup>V. le osservazioni di A. Bureau, *Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique : la composition pénale*, in *Archives de politique criminelle*, UMR de droit comparé, Paris I, éd. Pedone, n. 27, pp. 141 ss.

<sup>202</sup>V. ancora A. Bureau, *op. cit.*, n. 27, pp. 143 ss.

La seconda fase della procedura si apre a seguito dell'accettazione della proposta avanzata dal *parquet*. Accettazione che viene suggellata in un verbale firmato dal pubblico ministero (o da un suo sostituto) e dall'autore dei fatti (al quale viene consegnata una copia) contenente la natura ed il *quantum* della o delle misure proposte.

Orbene, a questo punto occorre chiedersi quale sia il contenuto di questa proposta, la quale, se eseguita, è in grado di estinguere l'azione penale.

Sotto l'unica denominazione di "composizione penale" sono in realtà ricomprese diverse misure enumerate dalla legge, le quali vengono indicate come "misure" al fine di evidenziare che non si tratta di "pene", in quanto l'azione penale non è stata ancora esercitata. Tali misure sono cumulabili tra loro e ad esse può aggiungersi, come poc'anzi precisato, la riparazione del danno provocato alla vittima.

- La prima misura è quella del versamento di un'ammenda al *Trésor public*<sup>203</sup>, il cui ammontare è proporzionato alla gravità dei fatti e alle risorse economiche del soggetto interessato. Ciò è stato previsto per evitare che tale misura alternativa alla *poursuite* non fosse riservata alle sole persone economicamente benestanti.

- Altra misura è quella dello spossessamento a profitto dello Stato, dietro restituzione spontanea, della cosa che è servita o è stata utilizzata per commettere l'infrazione. La restituzione spontanea della cosa permette al soggetto di poter beneficiare della composizione penale in luogo di una *poursuite*, la quale avrebbe come conseguenza una confisca forzata; potendo essere quest'ultima pronunciata cumulativamente a una pena restrittiva o limitativa dei diritti.

- La restituzione di un veicolo (*remise d'un véhicule*) a fini d'immobilizzazione è una misura limitata a un periodo di 6 mesi.

- La restituzione (o il deposito) presso la cancelleria del tribunale di *Grande Instance* della patente di guida o dell'autorizzazione all'esercizio della caccia. Questa misura può trovare applicazione per un periodo di 4 mesi nel caso di delitti e di 3 mesi in caso di contravvenzioni.

---

<sup>203</sup>E' interessante notare fin d'ora la terminologia utilizzata dal legislatore nell'elencare le misure facenti parte della composizione. Invero, al fine di rimarcare che non si tratta tecnicamente di "pene", poiché l'azione penale non è stata ancora esercitata, la norma fa riferimento ad esempio ad una "ammenda di composizione penale" (*amende de composition*), piuttosto che di ammenda *tout court*, o, non parla di confisca, ma di spossessamento (*dessaisissement*), così come di lavoro a "profitto della collettività", in luogo di lavoro d'interesse generale. Queste misure, infatti, trovano applicazione prima dell'esercizio dell'azione penale in una funzione preventiva, in maniera non dissimile dalle misure previste per il controllo giudiziario (*contrôle judiciaire*) le quali, però, vengono utilizzate successivamente all'esercizio dell'*action publique* ed, in particolare, quando il giudice istruttore abbia già deciso la *mise en examen* dell'individuo.

- Esecuzione, a profitto della collettività, di un lavoro non remunerato. Esso può essere ordinato per un tempo massimo di 60 ore e non eccedente i 6 mesi in caso di delitti. La durata massima è di 30 ore, in un periodo non eccedente i 3 mesi, per le contravvenzioni.
- Esecuzione di uno stage o di una formazione in un servizio o in un organismo sanitario, sociale o professionale (per un periodo massimo di tre mesi) o di compiere, a proprie spese, uno stage di cittadinanza (*citoyenneté*).
- Effettuare, a proprie spese, uno stage di sensibilizzazione sui danni provocati dall'uso di sostanze stupefacenti (legge del 5 marzo 2007 n. 297).
- Sottomettersi a una misura d'ingiunzione terapeutica, secondo le norme previste nel codice della salute pubblica, nel caso di utilizzo eccessivo di sostanze stupefacenti o di consumazione eccessiva di alcool.
- Divieto, per una durata massima di 6 mesi, d'emissione d'asegni e di utilizzo di carte di credito.
- Divieto di tornare sul luogo o sui luoghi dove è stata commessa l'infrazione indicati dal pubblico ministero, per un periodo di 6 mesi, salvo se si tratti di un luogo ove la stessa risieda abitualmente.
- Divieto di incontrare, di ricevere o di avere relazioni con la vittima o le vittime indicate dal *ministère public* per un periodo massimo di 6 mesi.
- Svolgere un'attività d'inserzione professionale o di scolarizzazione presso un istituto pubblico, privato o in un'associazione abilitata allo svolgimento di tali attività.
- Divieto di incontrare, di ricevere, o di avere relazioni, per una durata di 6 mesi, con i coautori o i complici eventualmente indicati dal procuratore.
- Divieto di lasciare il territorio nazionale con obbligo di consegnare il proprio passaporto per un periodo massimo di 6 mesi.
- Lasciare il domicilio familiare con divieto di farvi ritorno. La legge del 12 dicembre 2005 n. 1549 ha aggiunto la facoltà per il pubblico ministero di obbligare la persona coinvolta nella commissione di un'infrazione contro il proprio congiunto, il convivente, il partner con il quale è stato stipulato un patto civile di solidarietà, o contro la propria prole o quella di questi ultimi, di allontanarsi dal domicilio della famiglia o della coppia. Tale misura può essere utilizzata anche contro l'ex congiunto, compagno o partner della vittima, al quale è vietato avvicinarsi al domicilio di quest'ultima.
- Sottoporsi ad una terapia sanitaria, sociale o psicologica. La legge suesposta ha previsto ugualmente per la persona responsabile di un'infrazione contro il coniuge, il compagno o il partner legato da un patto civile di solidarietà, nonché contro la propria prole o quella

del congiunto (o del convivente o partner) l'obbligo si sottoporsi ad una cura sanitaria, sociale o psicologica.

Il pubblico ministero può proporre una composizione penale consistente nell'esecuzione di una o più delle misure sopra elencate e contenute nell'art. 41-2 *c.p.p.*

Come anticipato, la seconda fase si apre a seguito dell'accettazione della misura (o delle misure) stabilite nella composizione. Tale fase si sostanzia nella convalida da parte del giudice (presidente del tribunale di grande istanza per i delitti o, a seconda del tipo di contravvenzione, davanti al giudice del tribunale di polizia o della giurisdizione di *proximité*).

Questa è una rilevante differenza della composizione penale rispetto all'ingiunzione penale che, come detto in precedenza, non prevedeva l'intervento di un giudice.

L'intervento di un giudice, ai fini della convalida, è posto, infatti, come condizione di legittimità della procedura in esame; tuttavia egli viene ad assumere un ruolo piuttosto ridotto che si riassume nell'alternativa tra rifiutare la composizione o convalidarla. Solo in quest'ultimo caso la misura (o le misure) ivi contenuta può trovare esecuzione.

Prima di decidere, il magistrato ha altresì la possibilità di ascoltare il responsabile dell'infrazione e la vittima<sup>204</sup>. L'art. 41-2 disponeva, inoltre, che se l'audizione fosse stata richiesta espressamente da questi ultimi, essa sarebbe stata obbligatoria. La legge n. 1138 del 9 settembre 2002 ha tuttavia abrogato quest'ultima previsione.

Come anticipato, se il giudice convalida la proposta contenente la misura o le misure stabilite dal *parquet*, la composizione diventa esecutiva, altrimenti resta priva di ogni effetto.

A questo punto merita di essere evidenziata l'importanza della “*validation*” da parte del giudice. Quest'ultima rappresenta, infatti, una fase necessaria volta a evitare la medesima censura operata dal *Conseil constitutionnel* nel 1995<sup>205</sup> relativa alla misura dell’*“injonction pénale”*.

La pronuncia del *Conseil* è particolarmente interessante dato che la prima fase della procedura dell'*injonction pénale*, era identica a quella della composizione, mentre era completamente assente la fase della *validation*. Il legislatore, infatti, per quest'ultima misura non aveva previsto l'intervento di un giudice a seguito della proposta e dell'accettazione dell'*injonction*. Il *Conseil constitutionnel*, pertanto, ebbe modo di affermare che, considerando l'idoneità, di alcune misure ricomprese nell'*injonction*, a incidere sulla libertà individuale del soggetto; che nell'ipotesi in cui tali misure siano

---

<sup>204</sup> Anche la vittima ha il diritto di farsi assistere da un avvocato nel corso dell'audizione con il magistrato.

<sup>205</sup> *C.const.*, déc. n. 95-360 del 2 febbraio, 1995.

pronunciate da un tribunale, esse rappresentano delle sanzioni penali; che la pronuncia e l'esecuzione di queste misure, anche previo accordo con la persona, sono in astratto suscettibili di essere perseguite penalmente, non possono, trattandosi della repressione di delitti, intervenire solo sulla base della volontà di un'autorità incaricata di esercitare l'azione penale, ma richiedono la decisione di un'autorità *de jugement*, conformemente alle esigenze costituzionali<sup>206</sup>. Per questi motivi, il legislatore ha introdotto l'istituto della convalida della *composition pénale* da parte del giudice, come segmento obbligatorio e indefettibile della procedura.

Anche la *Chambre criminelle* ha recentemente affermato che quando l'autore dei fatti ha donato il proprio consenso alle misure proposte dal pubblico ministero, quest'ultimo è tenuto a richiedere l'intervento del presidente del tribunale ai fini della convalida della composizione penale e recupera la possibilità di esercitare l'azione penale solo se il magistrato rifiuta di convalidare la stessa o se, a seguito della convalida, l'interessato non esegua integralmente le misure stabilite<sup>207</sup>.

Come visto in precedenza, se il responsabile dell'infrazione esegue la misura o le misure contenute nella composizione penale, il pubblico ministero avvisa lo stesso e la vittima dell'avvenuta esecuzione, con conseguente estinzione *dell'action publique*. La *composition*, pertanto, rappresenta una risposta penale definitiva, assoggettata alla regola del *ne bis in idem*. Le composizioni penali eseguite sono iscritte nel bollettino n. 1 del casellario giudiziale<sup>208</sup>.

Nell'ipotesi di non esecuzione o di esecuzione parziale delle misure ordinate, l'art. 41-2 *c.p.p* prevede la possibilità per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale. Ciò

---

<sup>206</sup>*C.const.*, déc. n. 95-360 del 2 febbraio, 1995 “*Considérant que certaines mesures susceptibles de faire l'objet d'une injonction pénale peuvent être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle; que dans le cas où elles sont prononcées par un tribunal, elles constituent des sanctions pénales; que le prononcées et l'exécution de telles mesures, même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne peuvent, s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées*”.

<sup>207</sup>*Crim.*, 20 novembre 2007, n. 07-82808.

<sup>208</sup>Brevemente va segnalato che in Francia esistono tre tipi di “*bulletins*” che permettono di conoscere il passato giudiziario di un individuo o di una persona morale. Il bollettino n. 1 ( B. 1) rileva, integralmente, tutto il trascorso giudiziario del soggetto, ed è destinato esclusivamente alle autorità giudiziarie. Il bollettino n. 2 (B.2) è, invece, un rilevatore parziale; esso non ricomprende le condanne per contravvenzioni, le condanne sospese (*condamnations avec sursis*) o ancora le condanne assistite da una dispensa di pena e, più in generale, tutte le condanne cui l'autorità giudiziaria ne ha escluso l'iscrizione. Tale bollettino è destinato alla conoscenza della sola autorità giudiziaria, amministrativa e di alcuni organismi elencati nell' art.776 cpp. Infine vi è il bollettino n. 3 ( B.3), il quale può essere rilasciato solo alla persona cui lo stesso concerne, la quale eventualmente potrà presentarlo, se richiesto, ai fini di un impiego lavorativo. Esso contiene solo un estratto, molto succinto, del casellario giudiziale. In particolare sono iscritte le sole condanne ad una pena privativa della libertà personale, uguale o superiore a 2 anni di reclusione, alle quali non è stata concessa la sospensione (*sursis*) o è stata revocata e le condanne alla pena della reclusione inferiore a 2 anni di cui l'autorità giudiziaria ha ordinato l'iscrizione.

nondimeno, se una parte delle misure è stata eseguita, di essa viene tenuto conto come parte di lavoro non remunerato già compiuto o come somme già versate. In tutti i casi di fallimento della composizione penale, gli atti tendenti alla sua attuazione sono interruttivi della prescrizione.

Orbene, a questo punto è possibile approfondire alcuni profili peculiari relativi alla natura della composizione penale.

Il primo è quello riguardante la logica sottesa all'accettazione delle misure della composizione, previo riconoscimento della responsabilità da parte dell'autore dei fatti. Il secondo è quello del rimodellamento dei ruoli e dei rapporti tra *parquet* e giudici *du siège*.

Nel 1999, la composizione penale è stata presentata come un primo passo verso la realizzazione di un "*plaider-coupable*" alla francese<sup>209</sup> frutto di una nuova concezione più umanista della giustizia. Invero, anche se la formula del "*plaider-coupable*" ricorda gli eccessi dell'esperienza americana, l'idea di base del sistema creato dal legislatore, non è avvertita come negativa o pericolosa. Da una parte, infatti, il riconoscimento della responsabilità dimostrerebbe una sorta di emendamento dell'autore dei fatti. Dall'altra parte, prestare il consenso per una decisione che lo concerne in prima persona, permette a quest'ultimo di partecipare ad un meccanismo inserito in una logica di responsabilizzazione<sup>210</sup>. In tal modo, la risposta dell'istituzione giudiziaria diventa più efficace e più pedagogica<sup>211</sup>. Inoltre, il riconoscimento di responsabilità, costituisce il fondamento giuridico di un circuito procedurale semplificato che, pur sviluppandosi al di fuori dell'esercizio dell'azione penale, è in grado di comportarne l'estinzione. Più in dettaglio, va osservato che la composizione penale, sia riuscita che mancata, non è in alcun modo inquadrabile come una modalità particolare d'esercizio dell'azione penale. Infatti, *l'action publique* è definita dall'art.1 del *c.p.p.*, come "l'azione per l'applicazione delle pene"; pertanto è la richiesta di applicazione di una pena che caratterizza l'azione penale. Partendo da questa constatazione, è evidente che la composizione penale non si pone come uno strumento "alternativo" all'applicazione della pena, anche se in realtà

---

<sup>209</sup>J. Pradel, "*Une consécration du plea bargaining à la française: la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999*", *D.* 1999, *chron.*, p. 379

<sup>210</sup>A. Bureau, *Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique: la composition pénale*, in *Archives de politique criminelle*, UMR de droit comparé, Paris I, éd. Pedone, n. 27, pp. 146 ss.

<sup>211</sup>P. Fauchon, seduta del 17 giugno 1998, *J.O. Sénat*, p. 3305. V. anche M.G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 28 ss.

alcune delle misure analizzate si avvicinano molto alla finalità cui tende quest'ultima<sup>212</sup>. Tuttavia, deve essere mantenuto fermo il principio secondo cui la pena è una sanzione pronunciabile a seguito della dichiarazione di colpevolezza da parte di un giudice (*jurisdiction de jugement*). Per queste ragioni, le misure comprese nella composizione penale non possono qualificarsi giuridicamente come delle pene; esse sono, infatti, decise dal pubblico ministero (sebbene sia richiesta la convalida successiva da parte del giudice) e non richiedono un accertamento giudiziario sulla colpevolezza, malgrado suppongano il riconoscimento di responsabilità da parte dell'autore dell'infrazione. L'elemento del consenso è di conseguenza la condizione indispensabile ai fini della riuscita della procedura; e ciò non solo al momento della proposta, ma anche durante tutta la fase del suo svolgimento.

Se questo è in teoria lo spirito guida della procedura in esame, occorre notare che l'elemento del consenso *a priori* importante, è in realtà, all'atto pratico, piuttosto limitato. Ciò si spiega considerando che l'autore dei fatti viene a trovarsi, al momento della proposta, in una situazione di "passività" rispetto al pubblico ministero. Innanzitutto, è solo quest'ultimo ad avere il potere di decidere se l'affare sia suscettibile o meno di essere regolato con la procedura della composizione<sup>213</sup> e, in secondo luogo, l'autore dei fatti è messo di fronte ad una scelta (circa le misure da eseguire) già compiuta dal *ministère public*, sebbene con possibilità di rifiuto. Rifiuto, che in pratica avviene raramente poiché la composizione penale è presentata come uno strumento che consente di evitare il tribunale correzionale e tutte le conseguenze, anche economiche, derivanti dall'attivazione di un processo. Infine, occorre considerare che spesso la proposta del *parquet* avviene in un momento molto vicino alla commissione dell'infrazione, nel quale l'autore è particolarmente vulnerabile e turbato dalla circostanza che in caso di rifiuto il pubblico ministero potrà rivolgersi direttamente al tribunale correzionale. Quindi, a ben vedere, la composizione penale non s'inserisce in una logica "contrattuale" classica, ma piuttosto in quella di un contratto d'adesione, dove la controparte (l'autore dell'infrazione) non ha un effettivo margine di manovra o, per usare una terminologia

---

<sup>212</sup>V. ancora le osservazioni di A. Bureau, *Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique: la composition pénale*, in *Archives de politique criminelle*, UMR de droit comparé, Paris I, éd. Pedone, n. 27.

<sup>213</sup>A differenza della *CRPC* che, come abbiamo visto, consente al responsabile di chiedere la messa in moto della procedura *de qua*. L'art. 495-7 *c.p.p.* disciplina, infatti, due ipotesi distinte di richiesta; la prima d'ufficio, a seguito della decisione del pubblico ministero di utilizzare tale forma di *poursuite*; la seconda, è quella della richiesta del responsabile o del suo avvocato di voler accedere alla *CRPC*, dietro riconoscimento della responsabilità dei fatti che gli sono contestati. Nella *composition pénale*, invece, l'art. 41-2 *c.p.p.*, non prevede espressamente il diritto dell'autore dei fatti di chiedere l'apertura della stessa.

civilistica, un reale potere contrattuale<sup>214</sup>. Per questo motivo parte della dottrina si è interrogata sulle ambiguità nascoste dietro la condizione di ottenere il consenso dell'autore dei fatti, come elemento imprescindibile ai fini della composizione penale. Il consenso, infatti, che tecnicamente rappresenta un'adesione all'altrui volontà, per essere tale, dovrebbe essere espresso in una situazione psicologicamente "libera", mentre in questi casi esso è dato dietro la "minaccia" dell'esercizio dell'azione penale<sup>215</sup>. In altre parole, l'accordo del responsabile alla proposta di composizione penale effettuata dal *parquet*, sembra inserirsi nella strategia d'ispirazione americana<sup>216</sup> dell'ottenimento di una confessione, la quale rappresenta un grave pericolo specialmente nei casi in cui è un innocente a "confessare" per evitare il rischio di un giudizio<sup>217</sup>.

Sebbene un tale rischio non sia, *a priori*, da escludere, occorre comunque ricordare che, da un lato, le sanzioni cui potrebbe incorrere, in teoria, il soggetto innanzi al tribunale correzionale, vengono prese in esame *ex ante* dagli avvocati al momento della valutazione della proposta avanzata del pubblico ministero e, quindi, prima dell'accettazione, dall'altro lato, la misura viene presa in esame da un magistrato *du siège* al momento della convalida.

L'estensione degli spazi concessi all'autore dell'infrazione, attraverso la sua partecipazione con il pubblico ministero ad una dinamica basata sul consenso, è spesso avvertita come un fenomeno in grado di spostare i poteri attribuiti ai magistrati *du siège* verso il *parquet*<sup>218</sup>. Infatti, anche se è il pubblico ministero ad avere un ruolo predominante all'interno di tale procedura, è interessante osservare come quest'ultima sia riuscita a provocare una trasformazione dei ruoli di entrambi. Proprio quest'ultima considerazione ci permette di introdurre l'altro profilo concernente la composizione penale; ovvero quello del "rimodellamento" dei ruoli e dei rapporti tra *parquet* e giudici *du siège*<sup>219</sup>.

La composizione penale ha segnato un cambiamento importante nella distribuzione classica delle funzioni tra magistrati *du siège* e magistrati del *parquet*. Infatti, i primi intervengono solo alla fine della procedura, vale a dire al momento della convalida,

---

<sup>214</sup>A. Bureau, "Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique: la composition pénale", *Archives de politique criminelle*, UMR de droit comparé Paris I, ed A. Pedone, 2003, n. 27.

<sup>215</sup>La giurisprudenza tuttavia ha affermato che "la minaccia d'azionare le vie di diritto non costituisce un caso di violenza ai sensi dell' art. 1112 del *code civil*", C. Civ. 3ème, 17 gennaio 1984, Bull. III, n. 13. Inoltre, non rappresenta una ipotesi di "costrizione" o obbligo, ai sensi dell'art. 6 della CEDU, secondo C. Saas, "De la composition pénale au plaider coupable: le pouvoir du procureur", *R.S.C.*, 2004, p. 827.

<sup>216</sup>J. P. Richert, "La procédure de plea bargaining en droit américain", *RSC*, 1975, p. 375.

<sup>217</sup>A. Bureau, *op. cit.*, pag.147.

<sup>218</sup>A. Maes, "La contractualisation du droit pénal mythe ou réalité?", *RSC*, 2002, p. 514.

<sup>219</sup>Per approfondimenti su tali aspetti v. A. Bureau, *op. cit.* pp. 148 ss.

esercitando un ruolo di “controllori” *a posteriori*, mentre i secondi, mantengono il controllo su tutto lo svolgimento della stessa: non solo decidono se attivare una composizione penale, ma stabiliscono anche la natura e il *quantum* della misura, dominando l’integralità della procedura. Com’è stato precisato, l’intervento del giudice è giuridicamente indispensabile poiché rappresenta la condizione di costituzionalità della procedura, capace di garantire il rispetto del principio della separazione delle funzioni; giudicante e requirente.

Tuttavia, la maggiore preoccupazione del legislatore era quella di evitare la creazione di un meccanismo procedurale lungo e complesso che avrebbe potuto appesantire l’efficacia di questo nuovo strumento alternativo alla *poursuite*. Per questo motivo l’intervento del giudice è stato ridotto allo stretto necessario; esso opera come “valvola di sicurezza” funzionante *ex post*, volta a verificare il corretto esercizio da parte del pubblico ministero del potere di stabilire una o più misure capaci di limitare alcuni diritti dell’individuo e, quindi, in qualche maniera “sanzionatoria”. Questa marginalizzazione del ruolo del giudice a vantaggio del *parquet* deve essere tuttavia precisata. Invero, tra gli stessi viene a crearsi una sorta di “contrattualizzazione” necessaria ai fini del buon funzionamento della composizione penale. In altri termini, nella pratica, occorre che entrambi collaborino affinché le misure proposte siano proporzionate all’infrazione commessa, in maniera tale da poter concedere e, *a fortiori*, ottenere la convalida. In mancanza di un “dialogo” effettivo tra pubblico ministero e giudice, il rischio d’insuccesso della composizione penale, con un ritorno alle vie procedurali classiche, non è peregrino<sup>220</sup>.

In altre parole, i magistrati *du siège* ritrovano in tal modo il potere perduto allo stadio della convalida, poiché i magistrati del *parquet* sono tenuti a discutere con essi le linee di politica penale seguite in materia di composizione e, correlativamente, dei settori che devono essere, preferibilmente, deferiti al tribunale correzionale o ad altre vie alternative alla *poursuite* tradizionale.

Pertanto attraverso un dialogo che consente il recupero di una procedura più equilibrata, il giudice non è un mero controllore delle decisioni del *parquet*, ma diventa colui che sorveglia l’adeguatezza della proposta avanzata da quest’ultimo, rispetto alle pene che potrebbero, in astratto, essere pronunciate in udienza per una determinata infrazione. L’azione del giudice retroagisce, in tal modo, sulla scelta della modalità di *poursuite* operata dal pubblico ministero. Infatti, una sistematica negazione della convalida da parte

---

<sup>220</sup>V. ancora le osservazioni sviluppate da A. Bureau, “*Etat des lieux d’un dispositif procédural atypique: la composition pénale*”, *Archives de politique criminelle*, UMR de droit comparé Paris I, ed A. Pedone, 2003, n. 27.

del giudice, obbliga il *ministère public* a rivedere le proprie decisioni in merito alle misure proposte con la composizione penale. Inoltre, non va trascurato che un affare non convalidato torna a essere sottoposto all'attenzione di un giudice, all'interno di una classica udienza correzionale, con l'inevitabile rischio di un affollamento dei tribunali; anche quest'aspetto spinge i magistrati *du siège* e quelli del *parquet* a trovare forme bilanciate di accordo. Esiste, in altri termini, una sorta di "responsabilizzazione" di entrambi i magistrati a voler garantire il corretto funzionamento della procedura.

Infine, questa interdipendenza in grado di far scemare in concreto la portata del principio della separazione delle funzioni (di *poursuite* e di *jugement*) tra *parquet* e *siège*, può essere colta anche attraverso l'analisi dell'art. 41-2 *c.p.p.*, laddove la norma prevede che in caso di rifiuto o di non esecuzione delle misure proposte nella composizione penale da parte dell'autore dell'infrazione, o di non convalida da parte del giudice, il pubblico ministero esercita l'azione penale, salvo nuovi elementi.

Orbene, nel 1999 la scelta fu di non obbligare il pubblico ministero a esercitare l'azione penale in caso di fallimento della procedura in esame. Infatti, costringere il pubblico ministero (nel caso, ad esempio, di mancata convalida da parte del giudice) ad esercitare sistematicamente l'azione penale, significava non solo consentire al giudice di "orientare" l'esercizio *dell'action publique*, ma anche annullare il principio d'opportunità della *poursuite* riconosciuto al *parquet*, il quale si sarebbe trovato costretto ad investire dell'affare il tribunale. Malgrado ciò, la legge "*Perben II*" del 9 marzo 2004 ha modificato la norma nel senso sopraindicato ed ha inserito l'obbligo per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale, in caso di fallimento della procedura, "salvo nuovi elementi".

## 9) LA "*justice réparatrice*" e la "*médiation*" COME STRUMENTI D'INNOVAZIONE DEL SISTEMA PENALE

Prima di iniziare l'analisi del sistema di *poursuite* italiano, è utile affrontare brevemente il tema relativo alla "*justice réparatrice*" la quale, nonostante sia nata in Paesi aventi una tradizione giuridica e culturale molto diversa da quella europea, sta lentamente entrando nel panorama scientifico francese.

In tale sede, data l'impossibilità di esaminare in maniera esaustiva questo nuovo modello di giustizia, si cercherà di mostrare in quale misura la *justice réparatrice* in generale, e la *médiation pénale* in particolare, possono essere realmente considerati come strumenti capaci di contribuire attivamente alla costruzione di una giustizia penale efficiente e attenta, allo stesso tempo, sia alla condizione del soggetto responsabile dell'infrazione sia a quella della vittima<sup>221</sup>.

La *justice réparatrice*, per utilizzare le parole di Walgrave, può essere considerata come un modello di giustizia essenzialmente orientato verso la riparazione del danno provocato attraverso la commissione di un atto<sup>222</sup>. Questa concezione privilegia tutte le forme d'azione, individuali e collettive miranti alla riparazione delle conseguenze vissute all'occasione di una infrazione o di un conflitto<sup>223</sup>.

L'introduzione della *justice réparatrice* nella cultura giuridica occidentale è iniziata verso gli anni Ottanta del secolo scorso, a partire da Paesi come la Nuova Zelanda e l'Australia. Sicuramente il movimento di decolonizzazione ha avuto una certa influenza nella nascita di questo fenomeno, ma anche altri fattori hanno contribuito al suo sviluppo: basti pensare al fallimento nella risoluzione dei problemi legati all'impunità, al sovraccarico di lavoro nei tribunali, all'affollamento delle prigioni, alle notevoli difficoltà di reinserzione nella società degli ex-detenuiti, all'inefficacia degli strumenti atti a evitare la recidiva e all'assenza di risposte adeguate di fronte a particolari delitti riguardanti l'amministrazione pubblica<sup>224</sup>.

Tutte queste inefficienze riscontrate nel sistema "classico" di repressione penale hanno rivelato la necessità di indirizzare lo sguardo verso la ricerca di altri tipi di soluzioni che possono affiancarsi o sostituirsi all'attuale sistema.

Una molteplicità di fattori ha favorito l'emergere della *justice réparatrice*; come ad esempio l'accrescersi dei movimenti critici nei confronti delle istituzioni repressive nate in America del nord verso gli anni Sessanta e che hanno trovato un eco in Europa, a partire dai lavori di Foucault (1975)<sup>225</sup>. Anche i movimenti in favore dei diritti delle

---

<sup>221</sup>Per approfondimenti sulle osservazioni svolte in questo par. si rinvia a M. Jaccoud, "Innovations pénales et justice réparatrice", *Champ pénal, nouvelle revue internationale de criminologie*, in <http://champpenal.revues.org>.

<sup>222</sup>L. Waggrave, *Restorative justice and the Law*, Cullompton, Devon: Willan Publishing, 1997.

<sup>223</sup>M. Jaccoud, *Justice réparatrice et réforme de l'action pénale*, in *Les réformes en santé et en justice : le droit et le gouvernement*, P.Noreau, M.Rioux, G. Rocher e P. Laborier, 2001.

<sup>224</sup>F. Carvajal Sánchez, *La justice Restauratrice comme moyen émancipateur*, in <http://justicereparatrice.org.news>

<sup>225</sup>M. Foucault, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Paris, 1975, Gallimard.

vittime, hanno avuto una influenza importante nell'agevolare l'introduzione di risposte penali ispirate alla logica della riparazione<sup>226</sup>.

Orbene, il termine “*restorative justice*” o “*justice réparatrice*” è stato proposto nel 1975 da Eglash<sup>227</sup> per distinguerlo dal modello di giustizia “punitiva” largamente dominante ed incentrato sulla punizione del soggetto, e dal modello di giustizia “distributiva” finalizzato principalmente al trattamento del delinquente. L'idea di una *restorative justice* scaturisce dalla nozione di “*creative restitution*” (“*restitution créative*”) che Eglash ha elaborato in un testo pubblicato nel 1958, per suggerire una rivisitazione del programma di riabilitazione<sup>228</sup>. Modellato sui principi guida del programma di riabilitazione redatto per gli alcolisti anonimi, la *creative restitution* costruisce una “tecnica di riabilitazione” secondo cui il detenuto “*is helped to find some way to make amends to those he has hurt by offense, and 'to walk a second mile' by helping other offenders*”<sup>229</sup>.

Purtroppo, le fonti concettuali della giustizia riparatrice, vengono raramente rintracciate e aggiornate. Invece, come abbiamo visto, esse sono utili a comprendere meglio il significato della nozione di *restorative justice* (o *justice réparatrice*), la quale è solitamente ricondotta a una matrice penal-punitiva, mentre in realtà essa ha preso corpo dalla riforma di un modello “terapeutico-riabilitativo”. Ovviamente, con il passare del tempo, altri fattori esterni e interni al sistema penale, hanno favorito l'emersione della giustizia riparatrice e hanno partecipato alla sua diversificazione. Nel sistema di giustizia penale attuale, infatti, il crimine è considerato come un atto che attenta ai valori protetti dallo Stato. La giustizia mette l'accento sulla responsabilità del soggetto e sulla ricostruzione del fatto, allo scopo di applicare la pena prevista dalla legge. Inoltre, il sistema “classico” di giustizia è caratterizzato dall'opposizione tra “avversari” (autori e vittime) che cercano di dimostrare la veridicità o meno dell'accaduto attraverso uno scontro dialettico spesso connotato da toni aspri.

Secondo la filosofia riparatrice, invece, il crimine è innanzitutto un “evento negativo” che danneggia tutte le persone che ne sono coinvolte e nuoce altresì alle relazioni interpersonali. Lo scopo, quindi, della giustizia riparatrice è quello di identificare i bisogni delle parti e creare un percorso alternativo per giungere alla riparazione attraverso il contributo di tutti i protagonisti della vicenda. Grazie alla responsabilizzazione di questi

---

<sup>226</sup>J. Faget, *La médiation. Essai de la politique pénale*, Ramonville Saint-Agne, France, 1997, éd. Erès.

<sup>227</sup>Tale concetto è stato sviluppato dallo psicologo Albert Eglash negli anni Cinquanta, mentre si trovava in alcune prigioni americane per attuare dei programmi di recupero per detenuti adulti con delle situazioni personali difficili o delle dipendenze.

<sup>228</sup>Per approfondimenti, v. il sito [www.realjustice.org](http://www.realjustice.org)

<sup>229</sup>A. Eglash, *Creative restitution: some Suggestions for Prison Rehabilitation Programs*, American Journal of Correction, 1959 pp. 20-34.

ultimi è possibile pervenire a delle soluzioni consensuali in grado di dirimere i conflitti in maniera più profonda, scoraggiando la reiterazione del comportamento delittuoso.

Le pratiche ispirate alla riparazione possono, in teoria, essere utilizzate in ogni stato della procedura penale, in quanto il loro scopo è quello di ristabilire l'armonia sociale. Così concepita la *justice réparatrice* s'inserisce all'interno del sistema penale per prendere in conto gli aspetti legati alle attese delle parti e ai valori sociali sottesi al conflitto. Tuttavia, essa potrebbe svilupparsi anche all'esterno del sistema penale, attraverso ad esempio una depenalizzazione massiccia delle infrazioni che sono espressione di disagio, di devianza o di altre inciviltà, rispetto alle quali un intervento penale esclusivamente punitivo, potrebbe addirittura rivelarsi controproducente.

Orbene, come ricordato, il concetto di *justice réparatrice* nasce all'interno di correnti di pensiero particolarmente critiche nei confronti del sistema repressivo. I primi teorici del modello "riparatore", influenzati dalle suddette correnti criminologiche, assegnarono al crimine lo statuto di un "atto generatore di conseguenze". In tal modo, però, essi hanno imposto una trasformazione delle finalità dell'intervento penale; infatti, non è possibile utilizzare la logica punitiva se il crimine viene inserito nel registro esclusivo delle *conseguenze* di cui esso è portatore, diventando così una sorta di "situazione-problema". Concepire il crimine come un "problema", rinvia direttamente all'idea di mobilitazione delle pratiche di risoluzione dei conflitti di natura riparatrice. Nondimeno, esso potrebbe essere risolto anche con lo strumento classico della punizione del responsabile (pena), oppure attraverso l'utilizzo di misure educative.

La funzione punitiva risulta, però, incompatibile all'interno di una prospettiva basata principalmente sulle conseguenze dell'atto. Il registro delle conseguenze invita, infatti, a mettere in moto azioni o pratiche che tendono all'attenuazione o all'annullamento degli effetti negativi dell'atto compiuto (come, ad esempio, la riparazione materiale o simbolica, un intervento psicologico o un sostegno morale). Nel modello riparatore, invece, l'autore dell'atto è posto al centro del programma in parallelo con la vittima. In altre parole, vengono prese in considerazione entrambe le sofferenze; quelle sopportate dalla vittima e quelle maturate nella coscienza del responsabile, considerato come un soggetto avente, molto spesso, un percorso di vita complesso e difficile.

Alcuni studiosi della giustizia riparatrice, pur riconoscendo l'importanza della trasformazione della nozione di crimine, non hanno adottato la prospettiva legata alle conseguenze dell'atto, ma hanno preferito intendere il crimine come una rottura del legame sociale o ancora come un "conflitto".

Questa concezione pone tuttavia altri problemi non facilmente risolvibili, come ad esempio, la spiegazione di cosa debba intendersi per “legame sociale” e che tipo di “legame” occorre considerare, del “legame” che lega il cittadino allo Stato o alla comunità?<sup>230</sup>

In estrema sintesi, i primi teorici del modello riparatore hanno modificato la categoria giuridica del crimine mettendone in risalto l’aspetto relazionale e conflittuale sussistente tra persone legate da comportamenti problematici. I secondi, invece, pur partendo da una nozione di crimine costruita sulla base della rottura del legame sociale, hanno ammesso poi che se il crimine è un conflitto, allora tutti i conflitti sono suscettibili di diventare dei crimini<sup>231</sup>.

Infatti, l’incursione della giustizia riparatrice nel sistema penale non ha rimpiazzato necessariamente i meccanismi punitivi previsti dalla società civile. Ad esempio, in alcune scuole dove sono stati sperimentati diversi programmi ispirati alla “riparazione”, essi sono stati affiancati alle pratiche tradizionali di espulsione e di sanzione.

La giustizia riparatrice può inserirsi in continuità con il movimento di *communautarisation* della giustizia che, com’è stato ben evidenziato da Crawford, consiste nel delegare la responsabilità della gestione dell’ordine sociale alle istanze della società civile, pubbliche o private, in una logica di “*sécurisation et de resserrements des dispositifs de contrôles sociaux formels et informels*”<sup>232</sup>. La giustizia riparatrice evidenzia, quindi, l’importanza della *communauté*, sia per la gestione dei programmi di riparazione, sia per il suo statuto di vittima indiretta dell’infrazione.

Alcuni studiosi sostengono, tuttavia, l’impossibilità di scavalcare *tout court* il carattere trasgressivo del comportamento tenuto dal soggetto, e pongono l’accento sull’importanza di intendere il crimine in maniera “bipolare”; ovvero tenendo conto sia dell’aspetto legato alla trasgressione, che a quello delle conseguenze da esso prodotte.

L’idea di reintrodurre il carattere della trasgressione del comportamento all’interno della corrente riparatrice, ci permette di rilevare come esso non è più concepito come un modello contrapposto a quello punitivo, ma è complementare a quest’ultimo, soprattutto per non sacrificare le aspettative della vittima.

---

<sup>230</sup>Considerando la complessità del tema si rinvia ancora a M. Jaccoud, “*Innovations pénales et justice réparatrice*”, *Champ pénal, nouvelle revue internationale de criminologie*, in <http://champpenal.revues.org>

<sup>231</sup>Per approfondimenti sulle diverse teorie relative alla giustizia riparatrice, v. M. Jaccoud, “*Innovations pénales et justice réparatrice*”, *Champ pénal, nouvelle revue internationale de criminologie*, in <http://champpenal.revues.org>

<sup>232</sup>A. Crawford, *Appels à la “communauté” et stratégie de responsabilisation*, in Wivekens, A. Faget, *La justice de proximité en Europe. Pratique et enjeux*, Trajet, Erès, Ramonville Saint-Agne, 2001.

Invero, la preoccupazione di tutelare adeguatamente la posizione di quest'ultima, ha giocato un ruolo non indifferente nello sviluppo del modello riparatore, anche se non sempre le associazioni in difesa dei diritti delle vittime ne hanno agevolato il percorso. Anzi, esse si sono spesso opposte alla messa in atto di programmi di riparazione o di mediazione, di fronte a determinate categorie d'infrazioni (ad esempio nelle violenze familiari o sessuali).

Tutto ciò evidenzia come, in realtà, la giustizia riparatrice è un modello di giustizia "asimmetrico", costruito sul presupposto secondo il quale da un lato, vi sono le vittime che hanno dei bisogni e delle ferite di cui occorre occuparsi, e dall'altro lato, troviamo i responsabili che devono partecipare a questo cammino prendendo in carico il dovere di "riparare" le conseguenze del loro gesto. Tuttavia, si assiste pian piano ad un indebolimento delle finalità propriamente di riparazione, per accentuare invece quelle della partecipazione della vittima all'interno del processo decisionale nel sistema della giustizia.

Pertanto, come abbiamo visto, siamo al cospetto di un modello di *justice réparatrice* altamente frammentato dalla polisemia della nozione di crimine e dal mutevole ruolo assegnato alla vittima.

Ciò nonostante, attualmente, sussistono tre modelli di giustizia riparatrice: un modello incentrato sulle "*finalités*"; un modello basato sui "*processus*" e uno costruito sia sulle *finalités* che sui *processus négociés*.

Il primo modello è senza dubbio quello maggiormente rispettoso dei principi fondatori del paradigma della riparazione.

Secondo tale modello l'obiettivo della giustizia riparatrice è quello di giungere alla riparazione delle conseguenze provocate dall'infrazione, indipendentemente dai processi e dai meccanismi messi in atto per pervenirvi. Tale rappresentazione corrisponde alla prospettiva massimalista del modello riparatore concepita da Walgrave<sup>233</sup>.

Quest'ultimo assegna alla *justice réparatrice* la funzione di *cambiamento* del sistema penale. Per Walgrave, la trasformazione del sistema penale non può prodursi se le finalità punitive sottese allo stesso non vengono sostituite da finalità riparatrici e se i crimini gravi vengono esclusi dal sistema della riparazione. Infatti, affinché questi ultimi possano entrare nel filone della riparazione, occorre garantire il rispetto di un grado di obbligatorietà e di coercizione delle sanzioni "riparatrici" non negoziabili, e capaci di diventare la porta d'ingresso della riforma *de qua* nel sistema penale. In tal modo,

---

<sup>233</sup>L. Walgrave, *La justice réparatrice: à la recherche d'une théorie et d'un programme*, Criminologie, 1999, vol. 32.

secondo Walgrave, si evita di relegare la *justice réparatrice* a dei processi di negoziazione richiedenti la partecipazione volontaria delle parti (le quali sono propense a manifestare tale volontà solo situazioni di minore gravità) e si allarga il raggio d'azione della stessa.

Tuttavia, questa impostazione è stata criticata da altri studiosi, ed in particolare da Daly, il quale respinge ad esempio la distinzione proposta dai sostenitori del modello massimalista tra “pena” e “obbligo” (o costrizione), rifiutando così l'idea di una netta rottura tra prospettiva punitiva e prospettiva riparatrice<sup>234</sup>.

Il secondo modello valorizza, invece, la partecipazione della comunità e della vittima all'offerta di giustizia che diventa il frutto di una congiuntura complessa influenzata sia dalle lobby delle vittime, che dal sentimento comune nella gestione dell'ordine pubblico. L'inserimento dei cittadini e delle vittime nel processo decisionale o consultativo nell'amministrazione della giustizia, viene interpretato come una forma di giustizia riparatrice.

In estrema sintesi, l'emanazione della sentenza, viene concepita come una pratica da inserire nel paradigma riparatore, attraverso un processo di consultazione tra le parti toccate dalla commissione del crimine (autore, vittima e rispettivi *entourages*), impegnate direttamente nella ricerca di soluzioni e di mezzi appropriati per giungere alla riparazione. Il progetto “consensuale” elaborato dalle parti, viene poi trasmesso al giudice, il quale dispone della facoltà di tenerne conto nel momento dell'emanazione della sentenza. Ciò non esclude, ovviamente, la possibilità di disporre la sanzione della reclusione.

In tale modello i gruppi *consultatifs* e i comitati dei cittadini sono inquadrati come una sorta di “istituzionalizzazione” della giustizia riparatrice.

In Canada, le disposizioni previste dalla legge sul sistema di giustizia penale per gli adolescenti, dimostrano che i gruppi *consultatifs* mirano a fornire al giudice degli elementi sulle modalità ritenute più idonee a riparare il pregiudizio provocato alla vittima, ma non esimono o impediscono al magistrato di assortire tali misure con altre di tipo punitivo.

Questo dimostra che la partecipazione *citoyenne* e *communautaire* non è veramente indicativa di un cambiamento significativo rispetto al modello punitivo classico.

---

<sup>234</sup>K. Daly, *Revisiting the relationship between Retributive and Restorative Justice*, in Strang, H. Braithwaite, J. *Restorative Justice, Philosophie to Practice*, 33-54, 2000, Dartmouth, Ashgate.

L'ultimo modello delimitante i confini della giustizia riparatrice, corrisponde a quello che Walgrave ha definito come una prospettiva “*minimaliste*”<sup>235</sup>.

Quest'orientamento di *justice réparatrice* difende la tesi secondo cui la partecipazione dello Stato compromette e modifica le fondamenta del modello *riparatore*. Per tale ragione, occorrerebbe assegnare alla *justice réparatrice* una funzione “esclusiva” e di alternativa al sistema penale.

Tuttavia, Walgrave ha evidenziato i limiti di un simile approccio volto a isolare e a trasformare la giustizia riparatrice come una semplice alternativa al sistema penale. Riconducendo, infatti, la *justice réparatrice* a un modello di giustizia negoziata, semplicemente alternativo a quello classico, si finisce per confinarne la competenza ai reati meno gravi e alle sole situazioni non suscettibili di essere adeguatamente trattate dal sistema penale. In altre parole, verrebbe a prodursi un paradosso: più le conseguenze delle infrazioni sono gravi e meno la giustizia riparatrice verrebbe applicata.

In conclusione, possiamo affermare che la giustizia riparatrice rappresenta un'innovazione i cui effetti sono condizionati da un lato, dal modello di giustizia riparatrice adottato e, dall'altro, dalla funzione e dal ruolo assegnatoli rispetto al sistema penale classico<sup>236</sup>.

E' chiaro che se la giustizia riparatrice è intesa come strumento complementare al sistema penale, essa può intervenire su due piani differenti: su un piano verticale; in quanto l'iniziativa riparatrice si aggiunge alla sanzione penale all'interno della stessa filiera, e su un piano orizzontale, perché agisce parallelamente alla filiera penale, a titolo supplementare, in modo da non alterare le attività e le funzioni del sistema penale. In altre parole, la complementarietà verticale aggiunge alla sanzione penale la “riparazione”, mentre quella orizzontale allarga lo spettro dell'intervento penale.

La mediazione, introdotta in Francia con la legge del 4 gennaio 1993, ha rappresentato la prima forma d'intervento ispirata alla filosofia riparatrice. Invece, in altri Paesi, troviamo come modalità di *justice réparatrice* o *restorative justice*, le cosiddette “*family group conferences*”, nel corso delle quali i protagonisti del conflitto nato dall'infrazione (il responsabile, la vittima, i familiari più prossimi e le persone nei cui confronti i primi

---

<sup>235</sup>L. Wagrave, *La justice réparatrice: à la recherche d'une théorie et d'un programme*, Criminologie, 1999, vol. 32.

<sup>236</sup>Per approfondimenti su questo vastissimo tema si rinvia ancora a M. Jaccoud, “*Innovations pénales et justice réparatrice*”, *Champ pénal, nouvelle revue internationale de criminologie*, in <http://champpenal.revues.org>

nutrono una particolare fiducia)<sup>237</sup>, assistono attivamente e direttamente alla regolazione del conflitto. La specificità di tale modello risiede nel richiedere la partecipazione di un gruppo familiare “allargato” che interviene al fianco dei rispettivi congiunti; la vittima o il responsabile. Come le “*family group conferences*” anche la mediazione penale può essere considerata come un’istanza di regolazione del conflitto, benché ibrida, in quanto situata all’interno delle regole del sistema penale, ma informale quanto alle modalità di svolgimento. Inoltre, la mediazione penale può giocare il ruolo di “intermediario” tra il diritto e la morale, quando nel corso della stessa vengono identificati i sentimenti tipici della *culpabilité* e della vergogna per l’atto compiuto.

Pertanto, la mediazione penale può essere intesa come strumento tipico della giustizia riparatrice. In essa troviamo il decentramento dei “poteri” nella gestione del conflitto affidato alle parti con l’ausilio di un terzo, il riconoscimento della situazione vissuta dell’altra parte e la necessaria apertura a un dialogo pacifico nel quale esprimere i propri punti di vista, agevolati da un clima disteso, senza l’estremo “tecnicismo” che invade il processo penale<sup>238</sup>.

Le osservazioni che precedono e quelle che verranno sviluppate successivamente, potrebbero rivelarsi come suggerimenti utili, *de iure condendo*, per il legislatore italiano. L’Italia, infatti, rappresenta uno dei rari Paesi europei ancora sprovvisto di una regolamentazione in materia di mediazione penale.

Occorre sottolineare, invece, come ormai tutti gli ordinamenti dei Paesi caratterizzati da una elevata complessità di conflitti e di relazioni sociali (come ad esempio la Francia e gli Stati Uniti) hanno sviluppato una ricerca per superare il sistema di regolazione dei comportamenti, imperniato sull’esercizio del potere giudiziario, che non si è limitata ai confini del penale, ma ha coinvolto tutte le materie sottese alla cognizione dell’autorità statale. L’esigenza di nuove forme di composizione dei conflitti nasce certamente dalla constatazione dell’inadeguatezza della risposta giudiziaria. Tuttavia, sarebbe un’illusione pensare che i problemi della giustizia possano essere risolti semplicemente attraverso le forme stragiudiziali di regolazione dei conflitti.

---

<sup>237</sup>Non è possibile affrontare in questa sede il complesso tema delle “*family group conferences*” (e il loro sviluppo in diversi Paesi quali la Nuova Zelanda, il Canada, gli Stati Uniti e il Belgio) il quale richiederebbe un trattamento separato. Pertanto si rinvia alla lettura di: R. Cairo e P. Mbanzoulou, *La justice restaurative une utopie qui marche?*, ed. L’Harmattan, Parigi, 2010; R. Cairo, *La médiation pénale: entre répression et réparation*, ed. L’Harmattan, Parigi, 1997; K. Daly, H. Hayes, *Restorative justice and conferencing*, in G. Graycar, P. Grabowsky (eds.), *The Cambridge handbook of Australian criminology*, Cambridge Univ. Press, 2002.

<sup>238</sup>V. per ulteriori osservazioni F. Vianello, *Per uno studio socio-giuridico della mediazione penale*, in *Sociologia del diritto*, XXVI/1999/2, pp 81-93.

Detto ciò, bisogna precisare che la mediazione rappresenta uno strumento interessante, perché definisce la propria fisionomia non tanto come supporto del modo di regolazione tipico del conflitto costituito dall'atto giurisdizionale, ma interviene come modo del tutto autonomo di regolazione del conflitto stesso; il suo scopo è la *restituzione* ai soggetti protagonisti della vicenda, del potere e della responsabilità di assumere la decisione in ordine allo scontro che li oppone. In altri termini, la mediazione si propone di ristabilire una relazione interrotta tra più parti, e non, a differenza dell'atto giurisdizionale, di stabilire un vincente ed un perdente, una ragione o un torto<sup>239</sup>.

Questa filosofia d'intervento nasce proprio dalla considerazione che il sistema attuale di regolazione dei conflitti definisce una serie di operazioni che allontanano progressivamente le parti dal "fatto" conflittuale che le riguarda, a beneficio dell'autore della violazione e a tutto svantaggio della persona offesa che vede soddisfatte sempre meno le proprie aspettative di giustizia. In conclusione, se il processo non garantisce la completa composizione del conflitto, non v'è oggi alcun altro luogo per la sua regolazione.

Dall'esposizione fin qui condotta si è potuto comprendere come nella nozione di mediazione-riparazione, vengono fatti rientrare tutti gli istituti potenzialmente idonei a risolvere i conflitti e a ristabilire la pace. Tuttavia è evidente che nel concetto di *riparazione* rientrano in particolare gli istituti della restituzione in forma specifica, del risarcimento del danno, delle prestazioni in favore della vittima e del lavoro d'interesse generale. E' intuitivo poi che tali istituti possono trovare un'applicazione generalizzata senza distinzioni tra minori e adulti e tra offese a beni giuridici pubblici o privati.

Ed è chiaro altresì che essi potranno essere utilizzati soprattutto di fronte alla media e piccola criminalità.

Discorso in parte diverso vale per la mediazione tra vittima e autore del reato. In teoria non dovrebbero sussistere limiti relativi alla natura del reato, anche se la scelta verso una applicazione generalizzata o specifica dell' istituto spetterà al legislatore.

Le condizioni legali da soddisfare sono legate, invece, come sottolineato dalla dottrina, a problemi di altro tipo. Occorre valutare innanzitutto la condizione personale del soggetto attivo e passivo del reato, al fine di rinvenire nel loro comportamento la volontà di ricercare una soluzione extragiudiziaria del conflitto che li oppone. Infatti, è proprio il carattere imprescindibile del consenso che, come vedremo, impedisce alla mediazione (e

---

<sup>239</sup>V. per approfondimenti le osservazioni di M. Bouchard, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Quest. gius.* n. 3-4, 1992, pp. 771ss.

alle altre “misure”) di *convertirsi* in sanzione<sup>240</sup>. Infine, non va sottaciuto l’aspetto riguardante la loro collocazione all’interno del procedimento penale. Nel sistema francese abbiamo visto che tali strumenti sono inseriti all’interno della “terza via” e si pongono pertanto come valide alternative all’esercizio dell’azione penale. In Italia, tuttavia, la vigenza del principio di obbligatorietà dell’azione penale sembrerebbe, almeno in teoria, ostacolare *aperture* in tal senso.

## - PARTE II -

### *IL SISTEMA ITALIANO*

## CAPITOLO I

### *L’ESIGENZA DÌ UNA REVISIONE CULTURALE*

#### 1) INQUADRAMENTO ISTITUZIONALE DEL PUBBLICO MINISTERO E ESERCIZIO DELL’AZIONE PENALE

Il pubblico ministero riveste anche in Italia una posizione istituzionale delicata dovuta alla necessità di dover garantire valori di grande rilievo costituzionale spesso in contrasto tra loro e che devono, pertanto, essere adeguatamente bilanciati.

Da un lato, infatti, vi è il valore dell’indipendenza esterna che mira ad assicurare il regolare e uniforme esercizio dell’azione penale, al di fuori di ogni rapporto di subordinazione gerarchica rispetto al potere esecutivo. Il legame con il Governo è regolato, appunto, direttamente dall’art.110 della Costituzione, il quale prevede che la predisposizione, l’organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia spettano al Ministro della Giustizia e, dall’art 107, che attribuisce allo stesso ministro la sola facoltà di promuovere l’azione disciplinare nei confronti dei magistrati. Allo stesso tempo la magistratura è costruita come un ordine indipendente la cui autonomia è

---

<sup>240</sup>V. ancora le osservazioni di M. Bouchard, *op. cit.*, pag. 780.

custodita e difesa attraverso l'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura, organo competente, secondo le norme sull'ordinamento giudiziario, in materia di assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni e provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati *ex art.105 Cost*<sup>241</sup>.

Dall'altro lato, troviamo i valori della trasparenza e della responsabilità che i magistrati del pubblico ministero sono chiamati ad osservare nell'esercizio delle loro funzioni, onde evitare un uso arbitrario e discrezionale dei poteri ad essi conferiti.

In Italia, se al principio dell'indipendenza esterna è attribuito notevole rilievo, minore spessore è dato, invece, a quello della trasparenza nelle scelte operate dal pubblico ministero. L'azione penale è esercitata, infatti, in piena autonomia da un corpo burocratico che in nessun modo può essere chiamato a rispondere delle valutazioni che compie nell'ambito del processo penale<sup>242</sup>.

Il corpo della magistratura requirente in Italia è reclutato per concorso e, quindi, senza legittimazione democratica; per questo, lasciare ad esso delle valutazioni completamente discrezionali, significherebbe attribuire delle competenze politiche ad un corpo totalmente indipendente e, dunque, non responsabile del suo operato di fronte ai cittadini<sup>243</sup>. Di conseguenza, come vedremo, il principio di obbligatorietà dell'azione penale è la risposta offerta dal Costituente per controbilanciare il valore dell'indipendenza esterna riconosciuto al pubblico ministero<sup>244</sup>. Al tempo stesso, però, ove il pubblico ministero fosse assoggettato ai poteri di direzione del Guardasigilli (come accadeva prima che l'art. 69 ord. giud. venisse modificato dall'art. 39 r.d. lgs 31 maggio 1946, n. 511), l'obbligo di agire (pur allora formalmente sancito; art. 1 c.p.p del 1930) assumerebbe contorni deboli, prestandosi alle mutevoli correnti della "ragion di Stato"<sup>245</sup>. Ciò premesso, va sottolineato come l'indipendenza dal potere esecutivo e l'obbligo sancito dall'art. 112 Cost., non mostrano una duplicità di aspetti scissi l'uno dall'altro, ma al contrario danno vita ad una sorta di coppia dialettica i cui termini si giustificano vicendevolmente. Sul piano teorico, infatti, l'obbligo di esercitare l'azione penale

---

<sup>241</sup>Per approfondimenti, v. M.Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del P.M.*, in *Cass. pen.*, 1996, II, pp. 2025 ss.

<sup>242</sup>V. per queste osservazioni G. Gargani, *Una discussione serena sulla giustizia italiana*, in [www.ircocervo.it](http://www.ircocervo.it).

<sup>243</sup>V. G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, 2009, in [www.difederico-giustizia.it](http://www.difederico-giustizia.it) e [www.giustiziaemagistratura.it](http://www.giustiziaemagistratura.it)

<sup>244</sup>V. le osservazioni di G. Canzio, *Controllo politico del pubblico ministero o riforma del processo penale?*, in *La magistratura*, 1983, pp. 38 ss.

<sup>245</sup>G.Fiandaca- G.Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 236 ss.

scaturisce dal principio d'indipendenza e costituisce il più importante baluardo a presidio dell'indipendenza medesima<sup>246</sup>.

In altri termini, il dato costituzionale conferma “la fisionomia di un impianto bicefalo fondato sul principio d'indipendenza e sull'obbligo di agire”: il pubblico ministero, in quanto magistrato collocato nell'ordine giudiziario, prende parte dell'autonomia e dell'indipendenza esterna della magistratura (art. 104 Cost.) e gode della garanzia dell'inamovibilità (art. 107 Cost.)<sup>247</sup>. A completamento di tale indipendenza, il sistema è presidiato dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, sancito nell'art. 112 Cost., dal quale è agevole desumere l'enunciazione di uno *status* soggettivo dell'organo dell'accusa. Quest'ultimo, laddove risultino integrati i presupposti per il promovimento dell'azione penale, è tenuto a darvi corso, essendo esclusa, *a priori*, ogni valutazione di opportunità, calibrata sul caso concreto, circa la proposizione o meno della domanda di giudizio<sup>248</sup>. All'indipendenza esterna del pubblico ministero, intesa come autonomia del corpo giudiziario rispetto al potere esecutivo, va aggiunto anche il singolare rapporto di dipendenza gerarchica presente all'interno dell'ufficio (del pubblico ministero) e volto a contemperare due esigenze contrapposte. La prima, diretta a garantire la posizione d'indipendenza del singolo magistrato del pubblico ministero, che ha l'obbligo di osservare la legge. La seconda, altrettanto importante, tende ad assicurare la buona organizzazione all'interno dell'ufficio della pubblica accusa, il quale non ha solo funzioni decisorie ma anche oneri di iniziativa e di impulso del procedimento penale<sup>249</sup>.

Orbene, occorre precisare che il modello di configurazione della pubblica accusa nel corso degli anni ha subito diverse trasformazioni.

Prima della Seconda Guerra mondiale, il pubblico ministero italiano ricalcava il modello napoleonico; espressione del potere esecutivo presso quello giudiziario, sottomesso perciò all'autorità e alla direzione del Ministro della Giustizia. Allo stesso tempo esisteva un forte legame gerarchico tra procuratore generale e procuratore della Repubblica, così come all'interno di ogni singola procura, tra procuratore della Repubblica e sostituti procuratori. Un simile legame esisteva già alla stregua dell'ordinamento giudiziario del 1923 e, ovviamente, in quello del 1941.

Va ricordato poi che, sotto il profilo delle garanzie, sussisteva una netta differenza tra la

---

<sup>246</sup>V. G.Fiandaca- G.Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata, cit.*, pag. 237.

<sup>247</sup>Così G.Fiandaca- G.Di Chiara, *op.cit.*, pag. 238.

<sup>248</sup>V. ancora G.Fiandaca-G.Di Chiara, *op. cit.* pp. 240 ss.

<sup>249</sup>Per approfondimenti sul tema dei rapporti all'interno dell'ufficio del pubblico ministero, a seguito della legge del 24 ottobre n. 269 del 2006, v. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 107 ss.

disciplina riguardante i giudici e quella dei magistrati del pubblico ministero. Questi ultimi, infatti, esercitavano le loro funzioni sotto la direzione del Ministro di Grazia e Giustizia e non fruivano della garanzia dell'inamovibilità (poiché poteva esserne disposto il trasferimento su iniziativa del ministro, legittimato altresì a individuare la sede disponibile per il singolo magistrato collocato in aspettativa). Il vincolo di dipendenza rispetto al potere esecutivo era forte. Il ministro poteva, ad esempio, ordinare di archiviare un processo e il pubblico ministero non poteva disattendere tale direttiva, pena la possibilità per il ministro di disporre il trasferimento<sup>250</sup>.

Tale vincolo è stato ridotto con il d.l. n. 288 del 14 settembre 1944 ai sensi del quale il pubblico ministero non poteva più disporre direttamente l'archiviazione del processo. In tal modo veniva meno, quindi, anche il potere del ministro di ordinare al magistrato del pubblico ministero l'archiviazione<sup>251</sup>.

Questo percorso verso l'ottenimento della garanzia d'indipendenza del pubblico ministero è stato completato, implicitamente, con il r.d.l. 31 maggio 1946 n. 511, poiché alla "direzione" fu sostituita la semplice "vigilanza" del Ministro di grazia e giustizia, ed inoltre, fu prevista una garanzia d'inamovibilità del pubblico ministero.

La Costituzione del 1948, nell'intento di rompere ogni rapporto con il periodo fascista, ha consacrato l'autonomia della magistratura attraverso un reticolo di disposizioni che, come abbiamo visto, mirano a garantire la totale indipendenza del pubblico ministero rispetto al potere esecutivo. Inoltre, come anticipato, il potere del Ministro della Giustizia, riguardo ai trasferimenti dei magistrati del pubblico ministero, è stato definitivamente eliminato con la legge 24 marzo del 1958 n. 195, che ha equiparato completamente, sotto il profilo della garanzia della inamovibilità, i magistrati requirenti ai magistrati giudicanti, posto che tutte le delibere concernenti trasferimenti, assegnazione di sede, promozioni e

---

<sup>250</sup>Il magistrato del pubblico ministero nel codice Rocco e fino alla modifica del 1944 godeva, infatti, di un potere di auto-archiviazione. Per approfondimenti v. A. Allegro, *I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria: autonomia investigativa e dipendenza funzionale*, tesi di dottorato di ricerca in Politiche penali dell'Unione Europea, ciclo XXII 2006-2009, Univ. degli Studi del Molise, facoltà di Giurisprudenza, in <http://rod.unimol.it>, pp. 5 ss.

<sup>251</sup>Il d. lg. 14 settembre 1944, n. 288, prevedeva, tuttavia, che il magistrato del pubblico ministero ove ritenesse di non dover esercitare l'azione penale, aveva l'obbligo di richiedere l'archiviazione al giudice istruttore, totalmente indipendente dal potere esecutivo, il quale poteva accogliere detta richiesta oppure disporre con ordinanza l'istruzione formale. V. ancora A. Allegro, *I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria: autonomia investigativa e dipendenza funzionale*, tesi di dottorato di ricerca in Politiche penali dell'Unione Europea, ciclo 2006-2009, Univ. degli Studi del Molise, facoltà di Giurisprudenza, pp. 6 ss.

sanzioni disciplinari sono state attribuite unicamente alla competenza del Consiglio Superiore della Magistratura<sup>252</sup>.

Con questa innovazione si è voluto escludere un rapporto di tipo gerarchico tra i due organi, per denotare piuttosto un dovere di attenzione rispetto alle condotte dei magistrati, cui il Ministro della Giustizia, titolare dell'azione disciplinare, secondo l'art. 107 c. 2 Cost., è tenuto sia nei confronti dei giudici sia dei magistrati del pubblico ministero. In tale direzione la Costituzione, affermando il principio della distinzione dei poteri, rifiuta la supremazia del potere esecutivo e qualifica il potere giudiziario come un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere<sup>253</sup>.

Come corollario di questa indipendenza, abbiamo visto, che la Costituzione ha previsto nell'art. 112 l'adozione del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Sebbene i motivi di fondo che hanno influenzato la scelta dell'Assemblea costituente a prediligere un sistema contrassegnato dall'obbligatorietà dell'azione penale risultano condivisibili, tuttavia, oggi, per le ragioni che vedremo, una interpretazione rigida di tale principio, completamente decontestualizzata dalle dinamiche socio-operative, rischia di far riemergere ugualmente sul piano pratico valutazioni completamente discrezionali da parte del pubblico ministero, necessarie per garantire una efficace amministrazione della giustizia.

In altre parole, come ricordato anche dalla dottrina, l'art. 112 Cost. che bandisce, in teoria, ogni forma di "opportunità" nell'esercizio dell'azione penale rispetto alla singola fattispecie, è suscettibile, in pratica, di trasformare qualsiasi atto discrezionale del pubblico ministero in una sorta di "atto dovuto". Per cui, ad esempio, lo svolgimento di indagini improduttive o inefficienti, anche di notevole costo o di processi avviati per fatti di scarso rilievo sociale e di modesta gravità, non possono dar luogo ad alcuna forma di responsabilità diretta del magistrato procedente, "coperto" dalla necessità di dover rispettare la norma costituzionale<sup>254</sup>.

Invero, già lo stesso magistrato Giovanni Falcone rimarcava la necessità di razionalizzare e coordinare l'attività del pubblico ministero "finora reso praticamente irresponsabile da

---

<sup>252</sup>V. per approfondimenti, M. Scarpone, *Pubblico ministero*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988; Sottani, *Il pubblico ministero in Trattato di procedura penale* a cura di Spangher, Torino, 2009, vol. I, 363.

<sup>253</sup>V. ancora A. Allegro, *I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria: autonomia investigativa e dipendenza funzionale*, pp. 7 ss.

<sup>254</sup>G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in AA.VV. *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. Gaito, Jovene, Napoli, 1991; Di Federico G. *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, 2009, in [www.difederico-giustizia.it](http://www.difederico-giustizia.it) e G. Gargani, *Una discussione serena sulla giustizia italiana*, pag. 38, in [www.ircocervo.it](http://www.ircocervo.it).

una visione feticista dell'obbligatorietà dell'azione penale e dalla mancanza di efficaci controlli sulla sua attività", ciò anche per evitare di offrire una immagine della giustizia "che a fronte di interventi talora tempestivi soltanto per fatti di scarsa rilevanza sociale, e talora tardivi per episodi di elevata pericolosità, appare all'opinione pubblica come una variabile impazzita del sistema"<sup>255</sup>.

Ora, è evidente che l'obbligatorietà nella pratica giudiziaria non funziona efficacemente di fronte all'elevato numero di notizie di reato (o presunte tali) che quotidianamente pervengono negli uffici delle procure, per cui il magistrato del pubblico ministero in mancanza di criteri certi e fissati a monte, è costretto a stabilire le priorità secondo valutazioni necessariamente discrezionali. In altri termini, la conseguenza derivante dalla rigidità interpretativa dell'art. 112 Cost., è quella di un pubblico ministero che si trova a svolgere, di fatto, una selezione delle notizie di reato, operando inevitabilmente a vantaggio di alcune e a svantaggio di altre<sup>256</sup>.

In tal modo, però, il principio di obbligatorietà dell'azione penale, non è più a garanzia dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, ma diventa fonte di disparità "mascherate" dal rispetto di un principio che, in realtà, dovrebbe essere stimato in base alla sua capacità di adattamento di fronte ai problemi della giustizia penale<sup>257</sup>. Problemi, questi ultimi, che si sostanziano per un verso, nell'incapacità di tutelare efficacemente gli interessi della persona offesa, sempre più spesso costretta a subire le verbosità burocratiche e, più in generale, la non effettività dell'intervento penale. E, per un altro verso, nella difficoltà di deflazionare il carico della giustizia penale, il quale nel vigente sistema processuale viene smaltito soltanto attraverso l'utilizzo dei riti alternativi, piuttosto che con meccanismi, simili a quelli vigenti nel sistema processuale francese, in grado di incidere sul problema prima ancora che il processo abbia inizio.

---

<sup>255</sup>G. Falcone, *Evoluzione del principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Il giusto processo*, 1990.

<sup>256</sup>V. ancora le osservazioni di G. Gargani, *Una discussione serena sulla giustizia italiana*, pag. 39, in [www.ircocervo.it](http://www.ircocervo.it).

<sup>257</sup>Per approfondimenti v. A. Rossi, *Per una concezione "realistica" dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Quest. Giust.*, 1997, pp. 314 ss.

## 2) L'INCIDENZA DEL PRINCIPIO D'OBBLIGATORIETA' DELL'AZIONE PENALE

L'art. 112 Cost. è tra gli articoli più sintetici della Carta costituzionale<sup>258</sup>. Si tratta, infatti, di una sola disposizione da cui possono trarsi due norme certe; ovvero che l'esercizio dell'azione penale è un obbligo e non una facoltà e che il suo esercizio compete al pubblico ministero<sup>259</sup>.

Tale disposizione, a causa della sua laconicità, ha dato luogo a molteplici dispute interpretative. Ciò nondimeno, punto fermo nell'analisi dell'art. 112 Cost., è che esso tratteggia una norma di natura strumentale anziché finale. La stessa Corte Costituzionale ha definito il principio di obbligatorietà come "punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale"<sup>260</sup>.

La *ratio* della norma è, infatti, riconducibile a tre diversi valori di rango costituzionale: al principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, poiché vieta discriminazioni in base a valutazioni puramente soggettive, concernenti la qualità della fattispecie criminosa, le condizioni sociali dell'imputato e reciprocamente della persona offesa (art. 3 Cost.); al principio di legalità che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, stabilendo la legalità nel procedere (art. 25 c. 2 Cost.) e al principio dell'indipendenza esterna del pubblico ministero<sup>261</sup>.

Se i primi due valori sono componenti ineliminabili del principio di obbligatorietà, non altrettanto può dirsi per il terzo. Esistono, infatti, sistemi dove vi è un grande rapporto di fiducia tra società, poteri pubblici e magistratura, tale da rendere possibile una pacifica compresenza ed accettazione sia del principio di obbligatorietà, sia di quello della

---

<sup>258</sup>V. per un'analisi esaustiva dell'art. 112 Cost. M. Chiavario, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 2658 ss.

<sup>259</sup>M.Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del P.M.*, in *Cass. pen.*, 1996, II, pp. 2038 ss. La Corte Costituzionale ha precisato che la titolarità dell'azione penale può essere conferita anche ad altri soggetti, pubblici o privati, ma soltanto in via sussidiaria o concorrente e purché ciò non vanifichi il dovere pubblico ministero di esercitarla. V. sentenze Corte cost. 1967, n. 61; 1979, n. 84; 1982, n. 114. In altri termini, gli spazi consentiti dal Costituente alle iniziative penali collocate al di fuori dell'ordinamento giudiziario, devono essere valutate non nella prospettiva di una gestione autonoma dell'azione, con il rischio della prevalenza di interessi particolaristici nelle decisioni sulla perseguibilità penale di determinate condotte, bensì in quella della creazione di contraltari ad eventuali inerzie del pubblico ministero, il quale resta sempre titolare dell'azione penale. V. anche articolo di A. Peri, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, in *Forum di quaderni costituzionali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) e P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, XI ed. 2010, pag. 545.

<sup>260</sup>Corte cost., sent. 28 gennaio 1991, n. 88, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 249.

<sup>261</sup>V. ancora più ampiamente Corte Cost. sent. 28 gennaio 1991, n. 88 e sent. n. 84 del 1979 consultabili sul sito [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

dipendenza della magistratura al potere esecutivo. Tali combinazioni vanno inquadrare però all'interno di altri sistemi politici<sup>262</sup>.

Il principio di obbligatorietà è stato introdotto per la prima volta nell'ordinamento processuale tedesco del 1879, per compensare il monopolio pubblico dell'accusa, organizzata come unità burocratica subordinata al Ministro della Giustizia<sup>263</sup>. Nel corso degli anni però la legislazione tedesca si è ispirata molto al principio di opportunità, introducendo tutta una serie di eccezioni al principio di legalità, nei casi relativi dapprima alla "piccola criminalità" e, in seguito, anche a quella "media", dimostrando così il crescente ruolo giocato dal suddetto principio nell'amministrazione della giustizia.

Il legislatore italiano, invece, si è mostrato sempre particolarmente legato al principio di obbligatorietà, il quale è stato inserito direttamente nella Carta costituzionale, rendendone più complicata un'eventuale modifica volta ad attenuare la rigidità della regola ivi prevista.

Orbene, il codice Rocco aveva concepito tale principio in termini di assolutezza: il pubblico ministero aveva l'obbligo di esercitare l'azione penale quando ne ricorressero le condizioni. Il sistema, infatti, era costruito sull'idea che la legge penale, massima esplicitazione della potestà dello Stato sull'individuo, dovesse presidiare valori irrinunciabili come quello della difesa dell'assetto statale. Il "potere" dell'azione penale rappresentava, pertanto, il collegamento nella società dell'autorità punitiva enucleata dalla legge penale<sup>264</sup>.

Come abbiamo già analizzato in precedenza, l'apparato del pubblico ministero, come qualsiasi altra branca dell'amministrazione, era collocato alle dipendenze del potere esecutivo, il quale poteva dirigerne l'azione anche sotto il profilo dell'assolvimento delle funzioni, demandando alla magistratura requirente di "promuovere la repressione dei reati", "di vegliare all'osservanza delle leggi e alla pronta e regolare amministrazione della giustizia" *ex art.* 139 r.d. n. 2626. La subordinazione della pubblica accusa al Governo, era giustificata sulla base del fatto che, il potere esecutivo, poiché aveva il

---

<sup>262</sup>V. A. Peri, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, in Forum di quaderni costituzionali, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>263</sup>M.Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del P.M.*, in *Cass. pen.*, 1996, II, pp. 2024 ss.

<sup>264</sup>V. Oreste Dominioni, *L'obbligatorietà dell'azione penale: Dal feticismo alla realtà: l'irrilevanza sociale del fatto*, contributo agli Studi in onore di Mario Pisani; A.D. Tolomei, *I principi fondamentali del processo penale*, Padova, Cedam, 1931.

compito di assicurare la prevenzione e la repressione dei reati, doveva poter dirigere l'apparato incaricato di promuovere siffatta repressione<sup>265</sup>.

Conclusa l'esperienza fascista, l'ordinamento della Repubblica ha disegnato quella concezione italiana di "pubblico ministero", che molti avevano indicato come indispensabile per sottrarre l'esercizio dell'azione penale e, più in generale, l'amministrazione della giustizia, dalle interferenze del potere politico<sup>266</sup>. In realtà, abbiamo osservato che un passo in questa direzione era già stato compiuto con il r.d.lg. 31 maggio 1946 n. 511 (sulle guarentigie della magistratura), il quale per ridurre l'influenza del potere esecutivo sul pubblico ministero, sostituì nell'art. 69 ord. giud. la funzione di "direzione" del Ministro della Giustizia, con una più blanda "vigilanza" e abolì sia il potere del Consiglio dei ministri di collocare i procuratori generali di corte d'appello a disposizione, in aspettativa e a riposo per motivi di servizio, sia il potere del Ministro di trasferire di sede, per motivi di servizio, qualsiasi magistrato del pubblico ministero.

In altre parole, i magistrati requirenti furono equiparati a quelli giudicanti quanto alla garanzia dell'inamovibilità<sup>267</sup>.

Orbene, l'art. 112 Cost. nasce, come già precisato, dalla volontà di discostarsi da un passato autoritario, dove la soggezione dei pubblici ministeri al Ministro della Giustizia annullava di fatto la concreta applicabilità del principio di obbligatorietà, nonostante fosse formalmente espresso.

Come evidenziato dalla dottrina, l'art. 112 Cost. riconduce l'attività del pubblico ministero al principio di legalità, allo stesso modo di quanto dispone l'art. 101 Cost. per il giudice. Tali norme sono simmetriche e pongono le due funzioni dell'ordine giudiziario sotto il controllo di una medesima fonte: ovvero la legge, conferendo così ad entrambe un'eguale misura d'indipendenza funzionale<sup>268</sup>.

La Costituzione ha, pertanto, raffigurato un assetto della repressione penale molto differente da quello poc'anzi descritto. Essa ha cercato di risolvere i problemi del passato attraverso il riconoscimento, da un lato, della massima indipendenza esterna dei pubblici ministeri e, dall'altro lato, cercando di contenere tale indipendenza con l'introduzione espressa del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Come ricordato, bisogna non

---

<sup>265</sup>D'Addio, *Politica e magistratura*, Milano, 1966, p. 70.

<sup>266</sup>M. Scarpone, *Pubblico ministero*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 1095 ss.

<sup>267</sup>F. Siracusa, voce, *Pubblico ministero*, in *Novissimo Digesto italiano*, XIV, pp. 540 ss.

<sup>268</sup>M. Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del P.M.*, in *Cass. pen.*, 1996, II, pag. 2039. In particolare per approfondire il tema sulle garanzie costituzionali e i diritti fondamentali, v. V Grevi, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1997.

dimenticare l'ambiente nel quale la norma prese corpo alla Costituente. Da meno di due anni era stata, infatti, abolita nei confronti del pubblico ministero la potestà di direzione delle indagini del Guardasigilli, per lasciare spazio ad una più generica vigilanza, e i rischi di un condizionamento potevano ancora sussistere nella diretta adozione di misure disciplinari in sede ministeriale<sup>269</sup>. Per questo fu naturale costruire il principio di obbligatorietà dell'azione penale come garanzia dell'indipendenza del pubblico ministero. La Costituzione italiana è l'unica, infatti, a prevedere espressamente un nesso indissolubile tra obbligatorietà e indipendenza del pubblico ministero<sup>270</sup>. Essa, inoltre, a chiusura dell'apparato di norme dirette a tutelare tale indipendenza, afferma nell'art. 107 c. 4 Cost. che il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario.

In particolare, l'art. 112 Cost. tutela l'interesse alla persecuzione penale non come valore assoluto e preminente su ogni altro, ma come principio inserito all'interno di un assetto equilibrato di altrettanti principi garanti delle libertà individuali e dei diritti fondamentali della persona<sup>271</sup>. In altri termini, la norma costituzionale fissa la regola a presidio della legalità del potere di esercizio dell'azione penale; potere che viene disciplinato nei presupposti e nelle modalità dalla legge ordinaria in modo da evitare che il pubblico ministero possa discrezionalmente venir meno al rispetto di tale regola. Ed è per questo motivo che la legge ordinaria nel dare attuazione all'art. 112 Cost. deve farsi carico anche di bilanciare gli altri valori costituzionalmente protetti<sup>272</sup>. Pertanto l'art. 112 Cost. non costituisce una norma a sé stante, che si esaurisce nella mera previsione di un obbligo, ma è una disposizione organica all'interno di un sistema di garanzie<sup>273</sup>.

Orbene, in questa sede più che soffermarsi sull'analisi delle varie teorie sul concetto di "azione" e sulla complessità di adattamento al tessuto processualpenalistico, si cercheranno di individuare i riflessi organizzativi e funzionali che tale principio è in grado di produrre all'interno del procedimento.

Più da vicino, l'art. 112 cost. afferma che "il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale"; in estrema sintesi, una volta verificata la non infondatezza della notizia di reato, al termine delle indagini preliminari, la regola contenuta nell'art. 112 impone al pubblico ministero di formulare l'imputazione ed esercitare l'azione penale attraverso un

---

<sup>269</sup>V. M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica*, Cedam, Padova, 1995, pp. 39 ss.

<sup>270</sup>V. ancora M. Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del P.M.*, pag. 2025.

<sup>271</sup>V. per ulteriori osservazioni Corte Cost. sent. n. 420 del 1995.

<sup>272</sup>V. Oreste Dominioni, *L'obbligatorietà dell'azione penale: Dal feticismo alla realtà: l'irrelevanza sociale del fatto*, contributo agli Studi in onore di Mario Pisani; A. Virgilio, *Considerazioni sull'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. pen.*, 1990, 117 ss.

<sup>273</sup>M. Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del P.M.*, pag. 2040 ss.

atto di impulso che contenga le generalità dell'imputato, l'enunciazione del fatto, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge (art. 417 c.p.p.).

Nel codice Rocco, invece, l'imputazione era soggetta ad una formazione progressiva a cui provvedeva l'istruzione. In particolare, nella struttura del codice Rocco, acquisita una notizia di reato, il pubblico ministero doveva verificare che la stessa non fosse "manifestamente" infondata attraverso le indagini pre-istruttorie. Se a seguito di quest'ultime, fosse risultata l'infondatezza della notizia *criminis*, il pubblico ministero poteva emettere un decreto di archiviazione, di sua esclusiva competenza *ex art. 74 c.p.p. 1930*<sup>274</sup>.

Dopo la caduta del regime fascista, con la riforma del 1944, l'art. 6 del d.d.l 14 settembre 1944 n. 288, riformulava l'art. 74 del c.p.p. 1930, introducendo l'obbligo per l'organo requirente di richiedere al giudice istruttore l'emissione del relativo decreto. Il giudice istruttore, a sua volta, in caso di dissenso poteva disporre l'istruzione formale<sup>275</sup>.

Nel vigente codice, la diversa collocazione procedimentale dell'atto cui si dà inizio all'azione penale, ovvero solo al termine delle indagini preliminari, obbliga il pubblico ministero a tradurre gli elementi probatori raccolti in termini di maggiore "consistenza" dell'ipotesi accusatoria. Il pubblico ministero esercita, infatti, l'azione penale quando ha elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio; il paradigma logico ricavabile dall'art 125 disp. att. cpp<sup>276</sup> dà concretezza al dettato codicistico di cui agli artt.50, 405, 408, 411 e 417 c.p.p., laddove stabilisce che il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene sussistere l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti durante le indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

Il controllo esercitato dal giudice per le indagini preliminari sulla richiesta di archiviazione consente di rispettare pienamente il dettato costituzionale. In altre parole, il pubblico ministero è tenuto a chiedere il provvedimento di archiviazione al giudice, poiché è questa "richiesta" lo strumento che consente il riesame delle conclusioni negative da lui tratte circa l'inesistenza dei presupposti dell'obbligo di esercitare l'azione

---

<sup>274</sup>Per approfondimenti v. M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica*, Cedam, Padova, 1995, pp. 105 ss.

<sup>275</sup>V. F. Cordero, voce "Archiviazione", in *Enc. del dir.*, Giuffrè, Milano, 1993.

<sup>276</sup>Per approfondimenti, v. G. Giostra, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 1994; V. Grevi, *Archiviazione per "inidoneità probatoria" e obbligatorietà dell'azione penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, II, pp. 1275-1327.

penale<sup>277</sup>. Questo controllo da parte del giudice sulla diagnosi del pubblico ministero d'infondatezza della *notitia criminis* si pone, pertanto, a tutela dei valori sottesi all'art. 112 Cost.

A contrario, in caso di esercizio dell'azione penale, l'enunciazione del fatto dovrà essere arricchita da ulteriori indicazioni storiche, in maniera tale da poter apprezzare la compiutezza dell'imputazione, sotto il profilo della descrizione delle modalità della condotta, di causazione dell'evento, di qualificazione psicologica, nonché di collocazione temporale e spaziale dell'episodio criminoso.

In altri termini, un'azione penale esercitata al termine delle indagini preliminari, che devono essere tendenzialmente complete, è un'azione penale sicuramente diversa da quella che s'inseriva nel precedente impianto codicistico e che non può essere considerata come una semplice richiesta di decisione sulla notizia di reato come se non si conoscessero ancora i risultati investigativi<sup>278</sup>.

La stessa Corte Costituzionale nel 1991 ha affermato, infatti, che il "principio di obbligatorietà dell'azione penale esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice: ed in esso è insito, perciò, quello che in dottrina viene definito *favor actionis*. Ciò comporta non solo il rigetto del contrapposto principio di opportunità che opera, in varia misura, nei sistemi ad azione penale facoltativa, consentendo all'organo dell'accusa di non agire anche in base a valutazioni estranee all'oggettiva infondatezza della *notitia criminis*; ma comporta, altresì, che in casi dubbi l'azione penale vada esercitata e non omessa[...].

Azione penale obbligatoria non significa, però, consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, né dovere del pubblico ministero di iniziare il processo per qualsiasi *notitia criminis*. Limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo: regola, questa, tanto più vera nel nuovo sistema, che pone le indagini preliminari fuori dall'ambito del processo, stabilendo che, al loro esito, l'obbligo di esercitare l'azione penale sorge solo se sia stata verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione, che è appunto non esercizio dell'azione (art. 50 cpp).

---

<sup>277</sup>V. ancora M. Chiavario, *op.cit.*, pp. 56 ss.; M. Murone, *Obbligatorietà dell'azione penale e formulazione dell'imputazione di cui all'art. 409 c.p.p.*, in *Giust. pen.*, 1991, III, pp. 213 ss.

<sup>278</sup>Per approfondimenti, v. T. Bene, *Prime riflessioni su archiviazione e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Arch. pen.*, 1992; I. Frioni, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 2002.

Il problema dell'archiviazione sta nell'evitare il processo superfluo senza eludere il principio di obbligatorietà ed anzi controllando caso per caso la legalità dell'azione. Il che implica di verificare l'adeguatezza tra i meccanismi di controllo delle valutazioni di oggettiva non superfluità del processo e lo scopo ultimo del controllo, che è quello di far sì che i processi concretamente non instaurati siano solo quelli oggettivamente superflui. Tale verifica opera su due versanti: da un lato, quello dell'adeguatezza al suddetto fine della regola di giudizio dettata per individuare il discriminante tra archiviazione ed azione; dall'altro, quello del controllo del giudice sull'attività omissiva del pubblico ministero, si da fornirgli la possibilità di contrastare le inerzie e le lacune investigative di quest'ultimo ed evitare che le sue scelte si traducano in esercizio discriminatorio dell'azione (o inazione) penale<sup>279</sup>.

Punti salienti del ragionamento della Corte sono: per un verso, il riconoscimento del nuovo ruolo che l'archiviazione viene ad assumere in un sistema processuale nel quale l'esercizio dell'azione penale è inquadrato come punto di collegamento tra le indagini preliminari e il processo e, per altro verso, la rinnovata interpretazione dell'art. 125 disp. att. c.p.p., preoccupata di non appiattare il significato di quest'ultimo, nel senso di imporre al pubblico ministero di chiedere l'archiviazione ogniqualvolta lo stesso ritenga che gli elementi acquisiti nelle indagini non siano sufficienti al fine di ottenere la condanna dell'imputato. Infatti, uno dei passaggi più interessanti della sentenza in esame, è proprio quello relativo alla affermata non automaticità tra notizia di reato e processo, con il conseguente dovere del pubblico di non iniziare un processo per qualsiasi *notitia criminis*, ma solo nel caso in cui lo stesso si appalesi non oggettivamente superfluo<sup>280</sup>. In altri termini, se è vero che da un lato la Corte rifiuta il principio di opportunità dell'azione penale, dall'altro lato, essa ribadisce che il principio di obbligatorietà non implica una consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo.

Infatti, come vedremo, l'alternativa tra obbligatorietà e discrezionalità non può essere accolta in termini assoluti, poiché comunque s'intenda il principio di obbligatorietà è "impossibile escludere *a priori* certi spazi di discrezionalità dall'azione del pubblico ministero"<sup>281</sup>. In altre parole, nonostante il dato normativo, l'esercizio dell'azione penale non può essere totalmente al riparo dall'apprezzamento dell'organo d'accusa<sup>282</sup>.

---

<sup>279</sup>Corte Cost. sent. n. 88/ 1991, reperibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>280</sup>M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica*, Cedam, Padova, 1995, pp.113 ss.

<sup>281</sup>Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, Cedam, 1984, p.133.

<sup>282</sup>V. anche le osservazioni di F. Saverio Borrelli, *Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in AA.VV., *Il Pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 34.

Tuttavia, al fine di evitare equivoci, occorre fare attenzione sul significato che la “discrezionalità” assume nel nostro ordinamento. Essa risulta spesso legata non tanto ad elementi di carattere giuridico-normativo, quanto ad una serie di caratteristiche di tipo organizzativo, inevitabilmente insite nell’esercizio dell’azione penale, che di fatto però riducono il portata della norma costituzionale.

Pertanto, nonostante l’interpretazione per certi versi restrittiva dell’art. 112 Cost. accolta dalla Corte Costituzionale e finalizzata a ridurre il più possibile i margini di discrezionalità dell’organo dell’accusa<sup>283</sup>, essa permette ugualmente di cogliere degli “spazi” nei quali collocare tutte quelle ipotesi in cui un fatto, pur presentandosi oggettivamente criminoso, non necessita di una conseguente risposta penale in termini di “processo”, ma possa, in realtà, beneficiare di misure alternative più flessibili e capaci ugualmente di soddisfare le esigenze sottese alla logica processual-penalistica.

In caso contrario, vale a dire con l’accoglimento di una lettura intransigente della norma costituzionale in termini di *favor actionis*, il rischio potrebbe essere quello di un promovimento automatico dell’azione penale, pur in assenza di una prognosi rigorosa circa i possibili esiti in giudizio, di fronte a fattispecie dubbie o incerte.

Com’è stato evidenziato dalla dottrina, il costo, in termini di risorse concrete, diventerebbe molto elevato, perché si tratterebbe, infatti, di assegnare al processo penale

---

Basti pensare, ad esempio, all’art. 347 c.p.p. che impone alla polizia giudiziaria, acquisita la notizia di reato, di informare senza ritardo il pubblico ministero. L’impossibilità per la polizia giudiziaria di operare un filtro preliminare sulle notizie acquisite (sebbene dal tenore della norma l’obbligo per la polizia di informare il pubblico ministero scatti solo in presenza degli “elementi essenziali del fatto” e quando sia possibile “indicare le fonti di prova”) pone il pubblico ministero di fronte ad un numero esorbitante di notizie di reato che non può trattare tutte allo stesso modo. Messo al centro di una difficile scelta tra: l’obbligo di esercitare l’azione penale ex art. 112 Cost. e impraticabilità concreta ad occuparsi della totalità delle infrazioni, il pubblico ministero è costretto a trovare una sorta di “compromesso”: in teoria tutto viene trattato, mentre in realtà si sono sviluppate delle pratiche, più o meno formali, che gli permettono di attenuare l’obbligo costituzionale.

Ad esempio, l’arrivo dell’informativa proveniente dalla polizia giudiziaria, fa sorgere in capo al pubblico ministero l’obbligo di iscrivere, ai sensi dell’art.335 c.p.p., la notizia di reato che gli perviene nell’apposito registro. Va precisato, però, che esistono tre registri; quello ordinario poc’anzi citato ex art. 335 c.p.p.(denominato anche modello “44”); quello degli atti non costituenti notizie di reato, dove vengono iscritti tutti quegli esposti dai quali non sia possibile ipotizzare in alcun modo un fatto di reato (detto anche modello “45”) e il registro delle notizie anonime ex art. 108 disp.att di cui non può esser fatto alcun uso nel procedimento penale, salvo se costituiscono “corpo del reato” o “provengono comunque dall’imputato” ex art. 240 c.p.p.

Orbene, data la complessità del tema e l’impossibilità di affrontarlo in questa sede, ciò che rileva è osservare come il legislatore abbia riservato al pubblico ministero il potere esclusivo di ordinare alla segreteria in quale registro debba essere iscritta la notizia di reato ed, eventualmente, se debba essere annotato il nome di un indagato (art. 109 disp.att.). Questo significa che la prima valutazione compiuta dal pubblico ministero, viene svolta già nel momento in cui egli è chiamato ad apprezzare il contenuto stesso della “notizia di reato”, al fine di poter decidere in quale registro iscrivere. E’ innegabile, quindi, che la scelta operata dal pubblico ministero di convogliare un determinato “fatto” in un registro piuttosto che in un altro- nonostante rientri nello spazio valutativo di cui quest’ultimo può legittimamente fruire nel corso della propria attività- apra la porta ad una attenuazione “di fatto” dell’obbligatorietà.

<sup>283</sup>Per approfondimenti v. G. Turone, *Obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale*, in *Quest. giust.*, 1991, pp. 898 ss.

una funzione eminentemente dialettica, con l'inconveniente di determinare una dispersione di risorse umane ed economiche in mere questioni di principio. Possono esistere, infatti, anche cause pilota, portate avanti semplicemente per delineare le linee d'evoluzione dell'ordinamento nel contesto sociale, oppure per estendere o ritardare la soglia della tutela penale<sup>284</sup>. Una scelta di precedenze potrebbe apparire come una scelta eversiva di magistrati che diventano padroni della legge, anziché esservi soggetti<sup>285</sup>.

In altri termini, intendere superfluo il processo solo nelle ipotesi in cui risulti evidente l'innocenza dell'indagato e richiedere la celebrazione del giudizio per ogni situazione in cui gli elementi raccolti sono scarsi, incerti o contraddittori, sulla premessa che il dibattimento debba avere la funzione di fornire sempre una risposta giurisdizionale, significa sottovalutare il peso che il legislatore ha attribuito all'istituto dell'archiviazione nell'attuale assetto processuale. Tale istituto, come vedremo, è in grado di attivare un controllo, in alcuni casi, molto penetrante sulla richiesta del pubblico ministero, e che potrebbe per questo consentire delle "aperture" a forme alternative al promovimento dell'azione penale capaci di salvaguardare il principio *ex art. 112 Cost*<sup>286</sup>.

E' evidente allora che non si tratta di ammettere l'introduzione *tout court* di un sistema ad azione penale facoltativa, incompatibile, al momento, con il dettato costituzionale, ma più semplicemente di ravvisare all'interno dell'art. 112 Cost. uno spazio applicativo che non viva di pura teoria, ma che acquisisca consapevolezza della differenza reale che corre tra dimensione realistica del principio di obbligatorietà e patologiche deviazioni dalla *ratio* della scelta costituzionale<sup>287</sup>. Del resto, anche nelle sollecitazioni provenienti dalle fonti sovranazionali, apparentemente schierate in favore del principio di opportunità dell'azione penale, ciò viene fatto con una certa cautela.

Infatti, nella Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa R (87) 18, era auspicata l'adozione del suddetto principio, precisando però che ciò avrebbe

---

<sup>284</sup> V. M. Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del P.M.*, in *Cass. pen.*, 1996, II, pp. 2050 ss.

<sup>285</sup> Così M. Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del P.M.*, *cit.*, pag. 2050.

<sup>286</sup> La Corte Costituzionale con l'importante sentenza n. 88 del 1991, ha evidenziato, infatti, la centralità del principio di "completezza" delle indagini, stabilito dal criterio direttivo n. 37 delle legge-delega. Tale canone da un alto, è finalizzato ad evitare il cd. esercizio "apparente" dell'azione penale, basato su indagini troppo superficiali, lacunose o monche, che si risolverebbe in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale; da un altro lato, vuole evitare che il pubblico ministero opti per l'archiviazione in un momento in cui l'inchiesta si trova ancora ad uno stadio iniziale.

<sup>287</sup> L. Magliaro, *Discrezionalità e obbligatorietà nell'esercizio dell'azione penale*, in *Quest. giust.* 1991, pag. 140 ss.

dovuto compiersi nel “rispetto delle tradizioni giuridiche nazionali”, mettendo altresì in evidenza la necessità di prefissarne i criteri orientativi di matrice legale<sup>288</sup>.

In conclusione, vi è la consapevolezza che nonostante l’alto valore politico e culturale sotteso al principio di obbligatorietà, il carattere sostanzialmente valutativo dell’atto di accusa non potrà mai essere eliminato, sicché “la linea di confine tra legalità ed opportunità risulta, nella pratica, assai meno netta, di quanto una rigida contrapposizione, sul piano della dogmatica, lasciasse prevedere”<sup>289</sup>.

Da tempo, infatti, la necessità di deflazionare il processo, travolto dalla massa delle procedura giacenti e dalle domande dei cittadini che restano senza risposta, produce un senso di impotenza delle istituzioni giudiziarie. L’arbitrarietà della giustizia diventa così sempre più forte, soprattutto quando a causa dell’inefficienza delle procedure, non si riesce ad arrivare ad una compiuta definizione dei procedimenti<sup>290</sup>.

Di fronte ad amnistie, prescrizioni e scadenza dei termini delle indagini, le situazioni criminose, si consolidano nei rapporti sociali, diventando pressoché imm modificabili. Tutto ciò offre l’immagine di un principio di obbligatorietà schiacciato dal carico ingestibile delle pendenze, dando luogo a una sorta di “falsità autorizzata” che nasconde, in realtà, una discrezionalità di fatto.

Per questo motivo non appare conveniente mantenere il principio in esame così come interpretato attualmente: nella quotidianità i pubblici ministeri non possono fare a meno di operare scelte che in qualche modo finiscono per contraddire il proposito del Costituente. Sarebbe, invece, opportuno impedire che tali scelte siano lasciate al caso o alla volontà di pochi soggetti, senza adeguati controlli<sup>291</sup>.

Pertanto, alla luce di quanto esposto è legittimo interrogarsi su fino a che punto l’attuale assetto, riscontrato nella pratica, sia in grado di rispettare la vera *ratio* dell’art. 112 Cost.

La risposta non può che essere deludente.

Tuttavia, siffatta conclusione non deve essere un elemento volto a scoraggiare la ricerca di soluzioni soddisfacenti ed equilibrate. Infatti, il principio di obbligatorietà dell’azione penale presenta una doppia “anima”; da un lato, è un valore volto a bilanciare l’indipendenza esterna riconosciuta al pubblico ministero e, dall’altro lato, esso si pone

---

<sup>288</sup>V. sul tema A. Giarda, *Riforma della procedura penale e riforme del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1399.

<sup>289</sup>V. M. Nobili, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di G. Conso, Bologna, 1972, pag. 121.

<sup>290</sup>V. anche le osservazioni di G. Riccio, *Il nuovo pubblico ministero e l’obbligatorietà dell’azione penale*, in *Il giusto processo*, 1990, 18 ss. e *Azione penale e politica delle riforme*, in *Arch. pen.*, 1992, pp. 373 ss.

<sup>291</sup>Per approfondimenti v. M. Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell’azione penale. Ruolo del P.M.*, cit. pp 2046 ss; M. Patrono, *Il p.m. nella riforma istituzionale*, in *Doc. giust.*, 1992.

come garanzia di tale indipendenza, nel senso che le scelte compiute da quest'ultimo sono al riparo da condizionamenti del potere esecutivo e la sua decisione di non agire è sottoposta al controllo imparziale di un altro magistrato, ugualmente indipendente. Pertanto, non dovrebbero esserci ostacoli ad ammettere che, in presenza di determinate condizioni fissate dal legislatore, il pubblico ministero possa operare valutazioni in merito alle modalità con le quali intervenire, tenendo fermo il principio di obbligatorietà dell'azione penale di fronte ad episodi criminosi richiedenti un accertamento giudiziale ritenuto non "oggettivamente superfluo".

Quindi, se da un lato per la Costituzione il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, dall'altro lato, l'adozione di una legge ordinaria che si facesse carico di introdurre dei meccanismi alternativi al classico sistema costruito in termini di esercizio dell'azione penale/archiviazione (completando così il contenuto dell'art. 112 Cost in maniera tale da adattarlo alle esigenze concrete e al dovere logico, ancor prima che giuridico, di lasciare al processo solo i casi davvero meritevoli dello stesso), non contrasterebbe con l'attuale sistema processuale basato sul principio di obbligatorietà dell'azione penale, ma renderebbe più equilibrato e meno arbitrario l'intervento giudiziale, al momento incentrato solo sul sistema delle precedenze nella trattazione degli affari penali, il quale lascia ai dirigenti degli uffici la completa discrezionalità in ordine al "se" e al "come" stabilire i criteri di priorità<sup>292</sup>.

Inoltre, occorre anticipare che solo se la decisione tra azione o inerzia fosse lasciata all'insindacabile volontà dell'organo d'accusa, in assenza di un reale controllo giurisdizionale sul mancato esercizio dell'azione penale, essa darebbe luogo ad un evidente contrasto con la norma costituzionale<sup>293</sup>.

---

<sup>292</sup>E come vedremo, anche una introduzione in via legislativa dei criteri di priorità non sarebbe soddisfacente perché potrebbe provocare una modifica dell'intero assetto dei rapporti tra i poteri dello Stato. In particolare quelli tra potere giudiziario ed esecutivo.

V. in generale per un'analisi esaustiva M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica*, Cedam, Padova, 1995.

<sup>293</sup>V. T. Bene, *Prime riflessioni su archiviazione e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Arch. pen.*, 1992, pp. 45 ss; P.Ferrua, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, in *Dif. Pen.*, 1989, pp. 55 ss; F.Dinacci, *Il controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale*, in *Cass. pen.* 1991, II, p. 582; G.Tranchina, *Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale*, in *Ind. Pen.*, 1990, p. 392.

### 3) LA SCELTA NEI DIVERSI SISTEMI PROCESSUALI TRA OBBLIGATORIETA' E DISCREZIONALITA'

La scelta tra obbligatorietà e discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale riguarda direttamente l'assetto dell'organizzazione statale, in quanto chiarisce a che livello debbano essere prese le scelte in materia di politica criminale. Esse possono, infatti, essere prese a livello decentrato nel caso in cui l'organo di accusa abbia la possibilità di scegliere se promuovere o no l'azione penale. Uno dei vantaggi della discrezionalità risiede proprio nel consentire all'organo d'accusa di operare una selezione dei reati contro cui procedere, decidendo autonomamente le strategie da seguire. In questa prospettiva è possibile soddisfare maggiormente le istanze di giustizia a livello locale della comunità<sup>294</sup>.

A questo proposito la scelta tra obbligatorietà e discrezionalità ha un riflesso diretto non solo sulle scelte di politica criminale ma, come abbiamo visto, anche sulla posizione d'indipendenza o dipendenza dall'esecutivo dell'organo di accusa.

L'adozione del principio di obbligatorietà implica invece, a livello teorico, che al pubblico ministero sia precluso un simile *modus operandi*, perché in presenza di determinati requisiti questi dovrà esercitare l'azione penale<sup>295</sup>.

Come già anticipato, infatti, nei sistemi in cui vige il primo principio, all'organo di accusa si prospetta un imperativo categorico circa l'esercizio dell'azione penale, derivato dalla sua subordinazione esclusiva alla legge e volto ad evitare consapevoli inerzie da parte del pubblico ministero. In tale ottica si parla anche di legalità dell'azione penale, proprio per indicare che tra le scelte legislative di incriminare determinate condotte e il comportamento del titolare della pubblica accusa, non devono esservi spazi lasciati a valutazioni circa l'opportunità o meno di esercitare l'azione penale<sup>296</sup>.

La subordinazione esclusiva alla legge non esclude però, almeno in teoria, che l'organo d'accusa possa essere soggetto a direttive dell'esecutivo o addirittura da esso dipendere.

---

<sup>294</sup>Per le osservazioni del presente paragrafo v. più ampiamente il lavoro di P. Tacchi Venturi, *L'esercizio dell'azione penale negli organi di giustizia internazionale: i Tribunali ad hoc e la Corte Penale Internazionale*, (2000/2001) pp. 33 ss. pubblicazioni in Centro studi per la pace, [www.studiperlapace.it](http://www.studiperlapace.it); C. Vitalone, *La funzione d'accusa tra obbligatorietà e discrezionalità*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di Gaito, Jovene Editore, Napoli, 1991, p. 292.

<sup>295</sup>P. Tacchi Venturi, *L'esercizio dell'azione penale negli organi di giustizia internazionale: i Tribunali ad hoc e la Corte Penale Internazionale*, pag. 34.

<sup>296</sup>V. ancora in questo senso, P. Tacchi Venturi, *L'esercizio dell'azione penale negli organi di giustizia internazionale: i Tribunali ad hoc e la Corte Penale Internazionale*, pubblicazioni in Centro studi per la pace, [www.studiperlapace.it](http://www.studiperlapace.it), pp. 35 ss.

Si tratta, infatti, di fattori indipendenti. La circostanza che il nostro ordinamento veda sancite a livello costituzionale sia l'obbligatorietà sia l'indipendenza del pubblico ministero non è dimostrazione del contrario, ma semplicemente indice di una scelta contingente, probabilmente influenzata dal periodo storico in cui venne presa come testimoniano i lavori preparatori<sup>297</sup>.

Abbiamo osservato in precedenza che una critica, spesso sollevata nei confronti del principio di obbligatorietà, individua proprio nell'attività condotta dal pubblico ministero la porta d'ingresso verso scelte discrezionali, come ad esempio, la selezione "implicita" nel considerare un fatto corrispondente o meno ad una fattispecie di reato, la scelta di impiegare determinati strumenti investigativi o ancora l'affrontare con urgenza certi casi perché ritenuti prioritari rispetto ad altri<sup>298</sup>. Questa situazione, è poi aggravata dalla crescente criminalità che affligge le società moderne e dalla sproporzione tra carico di lavoro e quantità del personale a disposizione. Inevitabilmente gli spazi di discrezionalità, "di fatto", danno luogo a rilevanti attenuazioni del sistema dominato a livello formale dall'obbligatorietà.

Alla luce di queste considerazioni si parla dunque di una "obbligatorietà nel reale" per indicare che il principio, così come tracciato in teoria, non regge l'impatto con la realtà e addirittura non rende possibile individuare e controllare le scelte discrezionali dell'organo di accusa, "mascherate" dietro l'aurea dell'obbligatorietà<sup>299</sup>.

Inoltre, la dottrina ha posto in evidenza come già l'attività d'interpretazione sia in realtà un procedimento di creazione di diritto. In particolare, l'operatore giuridico si trova ad interpretare una disposizione che diventerà norma solo a seguito del procedimento ermeneutico. Il pubblico ministero è indubbiamente interprete della fattispecie legislativa

---

<sup>297</sup>P. Tacchi Venturi, *L'esercizio dell'azione penale negli organi di giustizia internazionale: i Tribunali ad hoc e la Corte Penale Internazionale*, cit. pp 35 ss e per approfondimenti si veda inoltre, *La Costituzione della repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, a cura della Camera dei Deputati - Segretariato generale, VIII, Roma, 1971 pp. 1969 e 1992, nonché A. De Mattia, *Bilancio di un convegno*, in AA.VV., *La riforma del pubblico ministero, Atti del Convegno, Mantova 5-6 maggio 1973*, Milano, 1974, p. 20; M. Chiavario, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass.Pen.*, 1993, 2568 e L. Masucci, *L'azione penale*, in *Enc.dir.pen.it.*, a cura di E. Pessina, III, Milano, 1906, p. 110.

<sup>298</sup>C. Valentini Reuter, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Cedam, Padova, 1996 p. 40, e G. Conso, *Introduzione alla riforma*, in A.A.V.V., *Pubblico ministero e accusa penale*, a cura di G. Conso, Zanichelli, Bologna, 1979, p. XI, nonché O. Dominioni, voce *Azione penale*, in *Dig.it.*, Discipline penalistiche, I, Torino.

<sup>299</sup>Così P. Tacchi Venturi, *L'esercizio dell'azione penale negli organi di giustizia internazionale: i Tribunali ad hoc e la Corte Penale Internazionale*, cit. pag. 35; C. Valentini Reuter, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, cit. pp. 39 ss.; vedi anche G. Barone, *Il Pubblico ministero in un recente convegno*, in *Cass.Pen.*, 1993, p. 1610, parla di "insanabile contraddizione tra il valore assoluto del principio e la carenza delle risorse per renderlo operante". G. Di Federico, *L'indipendenza del pubblico ministero e il principio democratico della responsabilità in Italia: l'analisi di un caso deviante in prospettiva comparata*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, pag. 235.

incriminatrice e quindi protagonista di quest'opera creatrice, la quale, però, non è un'attività assolutamente libera<sup>300</sup>.

La legge, infatti, fornisce sempre un parametro cui far riferimento, in tal senso si può parlare di un'attività vincolata. Queste osservazioni presentano indubbiamente degli aspetti di verità, ed effettivamente mostrano l'esistenza di spazi discrezionali ineliminabili anche in attività che potremmo chiamare appunto "vincolate". L'importante è che questa discrezionalità, il cui riconoscimento è inevitabile se si ammette un certo grado di creatività connaturato al processo d'interpretazione, non diventi arbitrio<sup>301</sup>.

Fino a questo punto si è parlato del principio di obbligatorietà nella sua accezione classica, e ciò si spiega perché il nostro ordinamento è l'unico a prevedere nella Costituzione il principio di obbligatorietà dell'azione penale senza alcuna deroga.

L'altro aspetto della problematica in esame, è costituito dall'opposto principio della "discrezionalità", secondo cui il pubblico ministero decide autonomamente se esercitare l'azione penale, non sulla base di rigidi criteri legali.

La differenza tra i due principi non risiede esclusivamente nell'autonomia dell'organo d'accusa, ma anche nei criteri in base ai quali viene assunta tale scelta. Per questo è interessante trattare brevemente della discrezionalità esaminando i modi in cui essa si concretizza nei diversi ordinamenti<sup>302</sup>.

Orbene, nonostante, in linea generale, la discrezionalità del pubblico ministero dovrebbe essere ricondotta sempre ad una responsabilità politica, e quindi ad una dipendenza dello stesso dal potere esecutivo, l'alternativa tra titolare dell'azione penale indipendente e

---

<sup>300</sup>M. Cappelletti, *Giudici legislatori ?*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 13 ss; v. sul punto che A. Cristiani, *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 57, e F. Cordero, *Le situazioni giuridiche soggettive*, Giuffrè, Milano, 1955.

<sup>301</sup>V. ancora Pietro Tacchi Venturi, *L'esercizio dell'azione penale negli organi di giustizia internazionale: i Tribunali ad hoc e la Corte Penale Internazionale*, cit. pag. 37; C. Guarnieri, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 24-26.

<sup>302</sup>In Francia, come abbiamo visto nella prima parte del presente lavoro, il pubblico ministero è l'organo chiamato a valutare l'opportunità di esercitare l'*action publique*. Egli, infatti, secondo l'art. 31 del *c.p.pén.* "esercita l'azione pubblica e richiede l'applicazione della legge". In particolare, il *ministère public* decide di esercitare l'azione penale se ritiene che sussistano tutte le condizioni stabilite dalla legge e se stima che sia opportuno procedere. Ai sensi dell'art. 40 del *c. p. pén.*, il pubblico ministero ha il potere di valutare il seguito da dare ai reati portati alla sua attenzione. Il bilanciamento di questi ampi poteri riconosciuti all'ufficio del pubblico ministero risiede nella dipendenza dal potere esecutivo e nel fatto di essere organizzato in maniera gerarchica e unitaria. Il Ministro della giustizia può interferire nell'attività degli organi inquirenti e precisamente può impartire ordini al procuratore generale presso la corte di Cassazione, e ai procuratori generali presso le corti d'appello, dai quali dipendono i pubblici ministeri dei singoli uffici. Al capo della Procura spetta, inoltre, un potere di "resistenza", ovvero della possibilità di soprassedere ad un ordine impartitogli dal procuratore generale, il quale non potrà ad esso sostituirsi, ma potrà unicamente promuovere un'azione disciplinare nei confronti del capo della procura che non abbia eseguito l'ordine. E' possibile osservare, in definitiva, che in Francia il pubblico ministero gode di una notevole autonomia decisionale circa la promozione dell'azione penale e il principale controllo della sua attività è dato proprio dalla struttura gerarchica dell'ufficio che trova al suo vertice il Ministro della giustizia.

sottomesso solo alla legge o dipendente dall'esecutivo ma dotato di discrezionalità, non è assoluta. Il *public prosecutor* americano, ad esempio, opera in ampia autonomia, nonostante rappresenti, almeno formalmente, il potere esecutivo. Nella prassi, infatti, i poteri di controllo e di vigilanza che spettano agli organi superiori, denominati *Attorneys Generals*, non vengono da essi esercitati<sup>303</sup>. In America l'accusa è organizzata pubblicamente, ma, contrariamente a quanto avviene nei sistemi di *Civil Law*, l'organo di accusa è considerato come un rappresentante della comunità locale piuttosto che dell'autorità centrale. Anche per questo motivo diversi Stati hanno sancito costituzionalmente l'eleggibilità del *public prosecutor*, che gode quindi, a livello locale, di una solida base politica. E' proprio questo legame diretto con la comunità, dalla quale egli ha ricevuto il compito di amministrare la giustizia, che consente all'accusa sia di mantenere una marcata indipendenza dagli organi centrali sia di adattare la sua attività alle concrete esigenze della comunità. Inoltre, l'elezione periodica del pubblico ministero è vista come una forma di controllo sul suo operato.

Questi brevi riferimenti sulla collocazione istituzionale del *public prosecutor* permettono di comprendere meglio la caratteristica primaria della sua attività : la c.d. *prosecutorial discretion*, ovvero la possibilità di decidere se esercitare o meno l'azione penale, per quali reati esercitarla, ed anche di interromperla una volta esercitata. La discrezionalità dell'organo di accusa è vista dai giuristi americani come *inevitable and desirable*, proprio per garantire una migliore e più efficace applicazione della legge<sup>304</sup>.

In Inghilterra la pubblica accusa ha il potere di ponderare l'opportunità di esercitare l'azione penale, analogamente al modello americano, ma questa valutazione deve ruotare attorno a due criteri indicati dal *Code for Crown Prosecutions*: la pertinenza delle prove raccolte durante le indagini (*evidential sufficiency*) e la sussistenza di un pubblico interesse (*public interest*). Inoltre, alla polizia, che gode di ampi poteri di indagine, sono indirizzate delle circolari specificanti gli elementi (c.d. *guidelines*) da prendere in considerazione per assumere l'iniziativa e quelli che invece devono essere ignorati<sup>305</sup>.

Ai fini del nostro discorso risulta interessante esaminare rapidamente anche l'istituto del

---

<sup>303</sup>V. ancora P. Tacchi Venturi, *L'esercizio dell'azione penale negli organi di giustizia internazionale: i Tribunali ad hoc e la Corte Penale Internazionale*, pp. 38 ss.; V. Vigoriti, *Pubblico ministero e discrezionalità dell'azione penale negli Stati Uniti d'America*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1978, p. 848. Quanto detto fa riferimento al *prosecutor* a livello statale, nonostante qualche differenza tra i diversi Stati. La situazione è molto diversa a livello federale: il *prosecutor* è di nomina governativa, non elettiva, ed a ciascun *Attorney General* spetta un ampio potere di controllo e coordinamento.

<sup>304</sup>F. Corbi, *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1980, p. 1049.

<sup>305</sup>V. sul punto M. Delmas- Marty - M. Chiavario (edizione italiana a cura di), *Procedure penali d'Europa*, Cedam, Padova, 2001.

*guilty plea* (in Gran Bretagna) o del *plea bargaining*<sup>306</sup>. Esso rappresenta, infatti, il simbolo della “giustizia negoziata” che s’inserisce senza particolari problemi proprio nei sistemi processuali governati dal principio di opportunità dell’azione penale.

In breve, l’organo d’accusa ha il potere di decidere non solo “se”, ma anche “come” procedere e, quindi, valutare l’opportunità di una determinata qualificazione giuridica del fatto piuttosto che un’altra, graduando altresì la contestazione in diritto. Tale scelta viene effettuata nella prospettiva di ottenere una dichiarazione di colpevolezza dell’imputato, la quale presenta due benefici: uno snellimento della procedura e una vittoria quasi certa per la pubblica accusa, che potrà quindi dare al proprio mandato il crisma dell’efficienza in vista di una successiva rielezione<sup>307</sup>.

Nella prassi la dichiarazione di colpevolezza è oggetto di una vera e propria negoziazione tra le parti, entrambe interessate a raggiungerla. L’interesse delle parti s’inserisce comunque all’interno del più ampio “interesse generale” di pervenire ad una efficiente amministrazione della giustizia.

E’ chiaro, allora, che quello appena accennato è un sistema molto diverso dal nostro, che affonda le sue radici in una mentalità differente, vale a dire in una filosofia processuale attenta probabilmente più all’economicità e all’efficienza, che alla forma e all’astrattezza<sup>308</sup>.

E’ utile, poi, fare qualche riferimento al modello tedesco, il quale di regola, pur facendo del principio di obbligatorietà dell’azione penale, un valore primario da perseguire, cerca di temperare questa scelta di fondo con valutazioni realistiche dei rapporti “mezzi fini” e dei problemi legati alla piccola e media criminalità.

Il sistema tedesco ha, quindi, in comune con quello italiano la vigenza del principio di obbligatorietà, anche se in Germania tale principio non ha rilevanza costituzionale e

---

<sup>306</sup>Per approfondimenti sul tema v. V. Vigoriti, *Pubblico ministero e discrezionalità dell’azione penale negli Stati Uniti d’America*, cit. pp. 864 ss., V. Fanchiotti, *Origini e sviluppo della “giustizia contrattata” nell’ordinamento statunitense*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1984, pp. 56 ss., R. Gambini Musso, *Il plea bargaining tra Common law e Civil law*, Giuffrè, Milano, 1985. Lo stesso istituto è conosciuto anche in Inghilterra, anche se in tale ordinamento non si assiste ad una contrattazione tra accusa e imputato, la dichiarazione di colpevolezza influisce solo sulla procedura, che in caso di ammissione di colpevolezza risulta più rapida, in questo senso M. Delmas- Marty - M. Chiavario (edizione italiana a cura di), *op.cit.*, p. 254.

<sup>307</sup>P. Tacchi Venturi, *L’esercizio dell’azione penale negli organi di giustizia internazionale: i Tribunali ad hoc e la Corte Penale Internazionale*, pag. 40 ss.

<sup>308</sup>L’analisi economica, propone l’applicazione di tali concetti anche al diritto penale. V. B. Blemennicier, *Economie du droit*, Cujas, 1991, pp. 123-148 e P. Robert - T. Godefroy, *Le coût du crime ou l’économie poursuivant le crime*, in *Médecine et Hygiène*, 1977. In generale sul concetto di efficienza del diritto v.: Blekenborg - Lenk, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna, 1978 e P. Tacchi Venturi, *L’esercizio dell’azione penale negli organi di giustizia internazionale: i Tribunali ad hoc e la Corte Penale Internazionale*, cit. pag. 41.

soprattutto non è assoluto<sup>309</sup>, nel senso che per i reati minori il pubblico ministero decide discrezionalmente se procedere o no. In altre parole, l'articolato sistema tedesco, offre una rete ormai piuttosto fitta di eccezioni al principio di obbligatorietà, dove accanto alla “*Nichtverfolgung von Bagatellsachen*” che dà corpo a un vero e proprio “non esercizio” dell'azione penale e a previsioni di “abbandono parziale” dell'azione penale, troviamo il “*Vorläufiges Abschen von Klage*”, ovvero una “provvisoria desistenza” del titolare dell'azione consistente in una sorta di “archiviazione condizionata”, legata alla prognosi del successivo comportamento dell'incolpato ed all'imposizione di obblighi, tra i quali il risarcimento del danno alla vittima o il pagamento di una somma pecuniaria che, in conformità ad uno schema legale, vengono addossati all'interessato contestualmente al provvedimento sospensivo<sup>310</sup>.

Sotto il profilo statutario, gli organi d'accusa dipendono dall'esecutivo, sono organizzati in un assetto rigorosamente gerarchico e sottostanno al potere di direzione del superiore gerarchico, al quale spetta inoltre un potere di avocazione e sostituzione del procuratore incaricato<sup>311</sup>. Da questi brevi cenni è possibile intuire la diversa portata del principio d'obbligatorietà nel nostro ordinamento e in quello tedesco.

Come già anticipato, infatti, il principio in questione non ha rilevanza costituzionale, ma viene ricavato dal principio di eguaglianza, messo in relazione con il principio di proporzionalità, che va a delimitare il primo<sup>312</sup>.

All'interno di questo contesto è possibile individuare le ragioni delle eccezioni subite dal principio di obbligatorietà nell'ordinamento tedesco. Corollario del principio di proporzionalità è, infatti, l'opportunità in base alla quale, se il reato è ritenuto di lieve entità e non sussiste un effettivo interesse pubblico all'esercizio dell'azione penale, il pubblico ministero può autonomamente e legittimamente decidere di archiviare il

---

<sup>309</sup>In questo senso v. P. Tacchi Venturi, *op. cit.* pp. 41 ss.

<sup>310</sup>M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica*, Cedam, Padova, 1995, pp. 129 ss e H.H. Jescheck, *Grundgedanken der neuen italienischen Strafprozessordnung in rechtsvergleichender Sicht*, in *Strafgerichtsbarkeit - Festschrift für Arthur Kaufman*, Heidelberg, 1993.

<sup>311</sup>R. Muhm, *Il caso Kohl - Il ruolo del pubblico ministero in Germania*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, p. 1030. Il superiore gerarchico può essere a seconda dei casi: il Procuratore capo della procura della Repubblica, il Procuratore capo della Corte d'Appello o il Ministro della giustizia del *Land*.

<sup>312</sup>Un aspetto singolare risiede nel fatto che sia i sostenitori dell'obbligatorietà sia quelli della discrezionalità ritengono che la scelta a favore di uno o dell'altro principio garantisca effettività al principio di uguaglianza. V. a tale proposito A. S. Agro', *Commento all'art.3*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), Zanichelli, Bologna, 1975, pp.153 ss. Analizzando le diverse posizioni sembra poi che l'obbligatorietà tuteli l'uguaglianza in senso formale, mentre la discrezionalità, consentendo di trattare in maniera differente situazioni differenti, realizzerebbe l'uguaglianza in senso sostanziale. Circa i due aspetti del principio in questione v. G. Amato - A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1994.

procedimento<sup>313</sup>. L'intenzione è quella di garantire l'effettività del principio di obbligatorietà per i reati più gravi, introducendo deroghe allo stesso principio, in caso di reati minori.

La rapida analisi dell'esercizio dell'azione penale nel sistema tedesco, mostra come il carattere dell'obbligatorietà, se interpretato in maniera meno rigida, non impedisce l'adozione di soluzioni procedurali dirette ad attenuare il lavoro degli organi requirenti.

Su una linea, in parte non dissimile da quella tedesca, si muovono altre legislazioni, in particolare quella austriaca e quella portoghese, che a loro volta configurano ipotesi di desistenza dell'azione penale a volte "condizionate" e altre incondizionate.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, invece, abbiamo visto che il discorso non può trascurare la portata rivestita dall'art. 112 Cost. A tal proposito v'è chi ritiene, non a torto, che sia sufficiente una lettura non enfatica del dettato costituzionale per ottenere un'attenuazione del suo carattere assoluto, senza bisogno quindi di modificarlo<sup>314</sup>.

Orbene, a questo punto sembra evidente che, nel sistema processuale i modelli non sono mai "puri" e quindi discrezionalità e obbligatorietà, se intesi in senso assoluto, rappresentano due modelli astratti, ciascuno con i propri vantaggi e i propri limiti. Per analizzare a fondo i due principi sarebbe necessario approfondire in maniera dettagliata le strutture politiche nelle quali sono stati sperimentati e soprattutto i sistemi processuali in cui operano<sup>315</sup>.

Sebbene l'oggetto della presente ricerca non ci consenta questo approfondimento, la rapida analisi sull'esercizio dell'azione penale nei diversi ordinamenti, ha permesso di evidenziare come le soluzioni adottate siano differenti anche in ordinamenti facenti parte della stessa tradizione giuridica.

In altre parole, le valutazioni e le attività compiute dall'organo d'accusa non dipendono esclusivamente dalla scelta in favore dell'obbligatorietà o della discrezionalità, ma esistono altri fattori capaci di influenzare tali aspetti, ad esempio i rapporti con il potere

---

<sup>313</sup>Secondo C. Guarnieri, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Il Mulino, Bologna, 1992, il pubblico ministero in Germania decide se esercitare l'azione penale discrezionalmente. Ed è orientato dal principio di obbligatorietà soltanto per quanto riguarda i reati più gravi. In senso contrario, invece, G. Cordero, *Oltre il "patteggiamento" per i reati bagatellari? La limitata discrezionalità dell'azione penale nell'ordinamento tedesco federale e il "nostro" art. 112 Cost*, in *L.P.*, 1986, p. 663. Secondo cui i differenti modi in cui l'organo d'accusa esercita l'azione penale, nel sistema tedesco, si inseriscono in un sistema di "diversion", inteso come risposta differenziata alle differenti esigenze di politica criminale, e tale "diversion" introdurrebbe delle deroghe al principio di obbligatorietà senza tuttavia introdurre l'opportunità.

<sup>314</sup>V. ancora P. Tacchi Venturi, *L'esercizio dell'azione penale negli organi di giustizia internazionale: i Tribunali ad hoc e la Corte Penale Internazionale*, cit. pag. 42 ss. e M. Menna, *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafprozessordnung*, in *Archivio penale*, 1992/2, p. 178.

<sup>315</sup>V. per queste osservazioni le considerazioni riportate da P. Tacchi Venturi, *op. cit.* pp. 45ss.

esecutivo, i criteri di selezione del personale giudiziario e le regole che governano l'istituto dell'archiviazione.

Inoltre, nel generale contesto europeo, la vigenza del principio di obbligatorietà è destinata probabilmente ad affievolirsi all'interno del percorso di armonizzazione delle legislazioni nazionali<sup>316</sup>. A sostegno di tale preferenza vi è anche una parte della dottrina che addirittura nega un'effettiva opposizione tra discrezionalità e obbligatorietà dell'azione penale, ritenendo entrambi come diverse graduazioni del medesimo principio<sup>317</sup>.

Tale teoria non è tuttavia condivisa dalla dottrina maggioritaria, la quale distingue ancora tra legalità, che potrebbe ammettere al massimo una discrezionalità di tipo tecnico, e opportunità, la quale invece, aprirebbe la strada a una discrezionalità politica e, in tal senso, ad autentiche scelte di politica criminale<sup>318</sup>.

#### 4) LA NECESSITA' DI RACCORDARE LA "DOMANDA E L'OFFERTA" DI GIUSTIZIA

La difficoltà del processo penale è quella, allora, di cercare un punto di equilibrio stabile tra garanzie e efficiente esercizio dell'azione penale. La ricerca di tale equilibrio è complessa per definizione, perché ad ogni ampliamento delle garanzie corrisponde, solitamente, un arretramento sul fronte dell'efficacia dell'azione penale e viceversa<sup>319</sup>. L'esigenza di una maggiore funzionalità della giurisdizione ha portato, anche nel nostro Paese, al varo una disciplina legislativa diretta ad introdurre meccanismi in tema di criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale e nella formazione dei ruoli d'udienza. Le norme di riferimento sono da un lato, l'art. 227 del d.lgs 51/1998 (cd. riforma sul giudice unico) e, dall'altro, l'art. 132 *bis* disp.att. c.p.p., così come modificato dal d.l. 92/2008, convertito nella l. 125 del 2008 ("decreto sicurezza").

---

<sup>316</sup>Sul punto, A. Peri, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, Forum di quaderni costituzionali, pag. 4, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); R.E. Kostoris, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 875 ss.

<sup>317</sup>C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, 1984, p.145.

<sup>318</sup>V. ancora le osservazioni di R.E. Kostoris, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale* in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 876 ss.

<sup>319</sup>V. anche le considerazioni di M. Di Napoli in, *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Atti del Convegno, Bari, 29 novembre 2008, a cura di V. Garofoli, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 45.

L'art. 2-*bis* della l. 125/2008 introduce tre categorie di reati a cui occorre dare precedenza assoluta<sup>320</sup>.

In particolare, la prima riguarda determinati reati individuati in base al titolo: si tratta dei delitti di associazione per delinquere o di associazione mafiosa, di delitti in tema di prevenzione contro gli infortuni in materia d'igiene e d'infortuni sul lavoro, nonché di reati legati alla circolazione stradale e di immigrazione. La seconda categoria riguarda reati individuati in base al *quantum* di pena, ove questa non sia edittalmente inferiore a quattro anni. E, infine, la terza categoria di processi a trattazione prioritaria è identificata da criteri strettamente processuali; si fa riferimento a processi a carico d'imputati detenuti o sottoposti ad arresto o fermo d'indiziato di delitto, ovvero a misura cautelare personale. Di rilievo è poi l'art. 2-*ter* della l. 125/2008 che funge da sostegno alla reale attuazione della disposizione esaminata (quantomeno nella prima fase della sua applicazione). La norma attribuisce, infatti, ai soli dirigenti degli uffici, la competenza a rinviare la trattazione dei processi per i reati commessi fino al 2 maggio 2006 in ordine ai quali sussistono le condizioni per l'applicazione dell'indulto.

I dirigenti sono chiamati a decidere il rinvio sulla base degli stessi criteri individuati nell'art. 227 del d.lgs. 51/1998, vale a dire ad effettuare per ogni singolo procedimento non solo una prognosi sulla pena in concreto irrogabile, ma altresì a verificare una serie di parametri, ponderati sullo specifico oggetto trattato, come la gravità e la concreta offensività del reato, del pregiudizio che può derivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti, nonché dell'interesse della persona offesa. Inoltre, si evince come le ipotesi preferenziali indicate nell'art. 2-*bis* sono in una quantità tale da rendere quasi ordinario "l'eccezionale". In tal modo, come evidenziato dalla dottrina, i criteri normativi potrebbero avere una minima capacità d'influenza, dimostrandosi una sorta di vera e propria delega in bianco ai dirigenti degli uffici<sup>321</sup>.

Orbene, il Parlamento italiano nel 2008 ha affrontato la problematica in esame attraverso l'individuazione dei cosiddetti "criteri di priorità" nella trattazione degli affari penali, operanti con riferimento al processo. Nondimeno la questione si pone, com'è evidente,

---

<sup>320</sup>Antonella Peri, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, in *Forum di quaderni costituzionali*, pp 4 ss., [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>321</sup>F. Dinacci, *Criteri di priorità nella formazione dei ruoli d'udienza e rinvio dei processi in corso*, in *AA.VV. Il decreto sicurezza*, a cura di Scalfati, Giappichelli, Torino, 2008 e Antonella Peri, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, in *Forum di quaderni costituzionali*, pag. 5, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

anche rispetto al procedimento; cioè alla fase delle indagini preliminari<sup>322</sup>. Infatti, l'art. 112 Cost. non sembrerebbe ostacolare *tout court* la possibilità per il pubblico ministero di compiere un apprezzamento differenziato delle notizie di reato, e ciò non solo con riferimento ai criteri di priorità ma, più in generale, attraverso strumenti ispirati, come vedremo successivamente, alla logica della riparazione o conciliazione<sup>323</sup>.

Più da vicino, il dibattito su questo tema è nato dalla constatazione della crescente difficoltà pratica delle procure a gestire, con le risorse disponibili, la considerevole mole di lavoro che ne sovraccarica gli uffici, rendendo inevitabile l'adozione in concreto di criteri di selezione delle notizie di reato meritevoli di attenzione.

Pertanto, a fronte di una disciplina legislativa lacunosa, è nata dalla prassi l'idea di stabilire apertamente le linee guida sulla cui base disegnare l'assetto del lavoro giudiziario, facendo progredire le indagini a velocità differenziate. Ad oggi, infatti, gli strumenti più importanti per lo studio della pratica dei criteri di priorità, sono le circolari emesse dai capi dei singoli Uffici giudiziari territoriali<sup>324</sup>.

In particolare, la prima iniziativa che ha introdotto un criterio di gestione del lavoro basato sull'indicazione dei criteri di priorità, è rinvenibile nella nota "circolare Zagrebelsky" del 1990<sup>325</sup>. Tale documento, volto a disciplinare le procedure organizzative della Procura della Repubblica di Torino, ha indicato delle vere corsie preferenziali per alcune tipologie di notizie di reato. Sulla scia di tale circolare, diversi dirigenti di uffici giudiziari hanno sviluppato in seguito un'intensa attività paralegislativa, sostanzialmente avallata anche dal Consiglio Superiore della Magistratura.

In sintesi, secondo il C.S.M, in presenza di una constatata impossibilità materiale di esaurire con scrupolo tutti i procedimenti, "il capo dell'ufficio non può sottrarsi al compito di formulare priorità di tal genere, considerato che il caso o la sopravvenienza sono parametri irragionevoli, mentre gravità e/o offensività sociale delle singole specie di

---

<sup>322</sup>Per approfondimenti sul tema vedi le relazioni di V. Garofoli pp 3-16; A. Gaito pp. 17-22; E. Marzaduri pp. 25-39 e M. Di Napoli pp. 41-50 in, *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Atti del Convegno, Bari, 29 novembre 2008, a cura di V. Garofoli, Giuffrè, Milano, 2009.

<sup>323</sup>Resta fermo, tuttavia, che aperture in quest'ultimo senso sarebbero ammissibili nella misura in cui fosse il legislatore stesso a regolare le opzioni e gli strumenti da affidare alla pubblica accusa nella gestione delle notizie di reato.

<sup>324</sup>Per le osservazioni riportate su tale tema v. Antonella Peri, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>325</sup>V. G. Zagrebelsky, *Una "filosofia" dell'organizzazione del lavoro per la trattazione degli affari penali*, in *Cass. Pen.*, 1991, 362 ss; M. Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del pubblico ministero*, in *Cass. Pen.*, 1996, pp. 2049 ss.

reati, vanno considerati gli unici canoni orientativi delle precedenze che siano compatibili con la soggezione anche dei pubblici ministeri alla legge”<sup>326</sup>.

In seguito è riemersa anche nell’agenda politica l’esigenza di una maggiore funzionalità del sistema giudiziario, sfociata in una embrionale consacrazione normativa nell’indicato art. 227 d.lgs. 19 febbraio 1998 n.51 (riforma sul giudice unico) che ha previsto un catalogo analitico di processi a trattazione prioritaria<sup>327</sup>.

Tale intervento legislativo è particolarmente interessante poiché ha introdotto una disciplina generale, cui gli uffici giudicanti e requirenti devono attenersi in materia di formazione dei ruoli d’udienza, al fine di smaltire efficacemente e in tempi brevi i carichi pendenti, agevolando così la piena attuazione della disciplina sul giudice unico. La norma sembra seguire un’idea di organizzazione delle sopravvenienze sulla base di parametri che, derogando a quello tradizionale della successione cronologica, consente agli operatori di valutare gli affari penali sulla base della gravità e della concreta offensività del reato. Si tratta, in altre parole, di un rimedio volto a rendere trasparenti le precedenze, sottoponendole *a posteriori* all’esame del Consiglio Superiore della Magistratura<sup>328</sup>. La transitorietà della previsione non deve però indurre a sottovalutarne il peso; essa dimostra come il legislatore abbia acceduto, sia pure in forma indiretta, alla “cultura delle priorità” nella gestione del carico giudiziario<sup>329</sup>.

Infine, è utile ricordare un’altra circolare adottata nel 2007, la cosiddetta “circolare Maddalena”.

Si tratta di un atto con il quale, avuto riguardo all’impatto del provvedimento d’indulto sulla gestione del carico giudiziario, sono state impartite istruzioni, interne all’ufficio, finalizzate all’accantonamento dei procedimenti per un catalogo predeterminato di reati marginali e formulati auspici nel segno di una valutazione ampia, da parte del sostituto

---

<sup>326</sup>C. S. M. sez. disc., 20 giugno 1997, Vannucci, in *Cass. Pen.*, 1998 con nota di D. Carcano, *Stabilire i criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti è un dovere dei capi degli uffici*.

<sup>327</sup>C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 42 ss.

<sup>328</sup>C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 43 ss.

<sup>329</sup>Infatti, l’art. 227 d.lgs 19 febbraio 1998 n. 51 in materia di istituzione del giudice unico di primo grado, ha previsto a livello di normativa transitoria l’operatività dei criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti pendenti, fissando appunto dei parametri preordinati a smaltire il carico pendente in vista del funzionamento a pieno regime della riforma. Tale intervento normativo contenente dei criteri orientati verso l’irrilevanza del fatto, la concreta offensività dello stesso o l’interesse della persona offesa, potrebbe essere un utile banco di prova per futuri interventi legislativi. Vedi sul tema, E. Marzaduri, *L’introduzione del giudice unico di primo grado ed i nuovi assetti del processo penale*, in *Leg. Pen.*, 1998, p. 379; C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 43 ss.

assegnatario del fascicolo, dei presupposti per l'archiviazione in ordine ai medesimi reati<sup>330</sup>.

Il Consiglio Superiore della Magistratura, chiamato a intervenire sull'anzidetta circolare, si è pronunciato in termini equilibrati, chiarendo l'importanza del potere-dovere dei dirigenti di individuare i criteri di priorità nella trattazione degli affari; criteri da intendersi non già come strumenti di selezione implicanti inammissibili aprioristiche rinunce ad agire, ma come principi di buona organizzazione del lavoro.

Come segnalato dalla dottrina, un'analisi comparata delle due circolari, Zagrebelsky e Maddalena, mostra come la seconda, a differenza della prima, contenga una selezione rivolta al passato; un accantonamento dei fascicoli relativi a processi già pendenti e non ad una selezione in positivo, rivolta al futuro. Entrambe presuppongono il riconoscimento di una certa discrezionalità del pubblico ministero, ma è nella circolare Zagrebelsky che questa assume un ampio grado di espansione, rendendola il vero prototipo dei criteri di priorità<sup>331</sup>.

Ciò nonostante va anticipato, come sostenuto dalla dottrina, che non appare davvero risolutiva la mera adozione dei criteri di priorità all'interno del procedimento penale, poiché le modalità concrete di svolgimento dei fatti sono estremamente variabili e, quindi, insuscettibili di una preventiva catalogazione, sì da rendere arbitrario qualunque criterio astratto che pretenda di stabilire un ordine di priorità per i vari reati da perseguire<sup>332</sup>.

Inoltre, se il bisogno dei criteri di priorità è quello di controllare e velocizzare l'esaurimento delle pendenze, altro è, invece, introdurre dei meccanismi che consentano di evitare a monte il problema stesso delle pendenze. Infine, occorre mettere in evidenza il "pericolo" a lasciare ai dirigenti degli uffici la completa discrezionalità in ordine al *se* e al *come* stabilire i criteri di priorità. Ciò potrebbe, infatti, condurre ad esiti paradossali nella misura in cui verrebbe a crearsi una sproporzionata diversificazione di discipline.

A questo punto è utile chiedersi se una tale autonomia e differenziazione di disciplina nella gestione del carico giudiziario sia davvero in grado di rispettare la *ratio* dell'art. 112

---

<sup>330</sup>V. Antonella Peri, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>331</sup>V. ancora, A. Peri, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, pp 6 ss, in *Forum di quaderni costituzionali*, pp. 6 ss.

<sup>332</sup>M. Di Napoli, *Tutela dei diritti ed efficace esercizio dell'azione penale: il punto di vista di una procura della Repubblica*, in *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Atti del Convegno, Bari, 29 novembre 2008, a cura di V. Garofoli, Giuffrè, Milano, 2009, pag.48 ss.

Cost. e l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge<sup>333</sup>. Ed è proprio sulla base di queste problematiche che sono state avanzate diverse proposte di riforma costituzionale, volte a modificare direttamente i contenuti dell'art. 112 Cost. e ad aprire la strada, in via legislativa, ai criteri di priorità<sup>334</sup>.

La proposta di legge costituzionale d'iniziativa del deputato Pecorella, presentata nell'ottobre 2008, propone di modificare l'art. 112 Cost. prevedendo che sia la legge a stabilire le condizioni per l'esercizio dell'azione penale. Secondo il proponente, “la vera obbligatorietà sta proprio nello stabilire i criteri, o meglio delle condizioni, che il pubblico ministero è chiamato a rispettare nell'esercizio dell'azione penale; ciò è quanto viene fatto in tutti i modelli di processo accusatorio”<sup>335</sup>.

Nel novembre 2009 è stato presentato un nuovo disegno di legge costituzionale, d'iniziativa dei senatori Perduca e Poretti, il quale prevede che ciascun procuratore generale presso la corte d'appello stabilisca di anno in anno le priorità in attuazione delle linee guida definite a livello nazionale dal Ministro della Giustizia<sup>336</sup>.

Nel dicembre dello stesso anno, il senatore Pera, ha presentato un disegno di legge costituzionale, secondo cui “il Ministro della Giustizia, sentito il Ministro dell'Interno, propone alle Camere ogni triennio i criteri e le priorità ai fini dell'esercizio dell'azione penale”, aggiungendo che “il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale attenendosi ai criteri e alle priorità stabiliti dalla legge che ha approvato la proposta del Ministro della Giustizia”<sup>337</sup>.

Il disegno di legge costituzionale in esame si differenzia dal precedente, perché oltre a prevedere che sia il Parlamento, e non il Governo, ad avere la competenza in materia, quantunque dietro proposta del Ministro della Giustizia, stabilisce la definizione dei criteri con scadenza triennale e non annuale.

---

<sup>333</sup>Antonella Peri, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, cit. pag. 6.

<sup>334</sup>Per l'analisi di tali proposte v. Antonella Peri, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, pag. 7.

<sup>335</sup>Atti Parlamentari, XVI Legislatura, Camera dei deputati, Disegno di legge costituzionale recante “*Modifiche dell'art.112 della Costituzione, concernente le funzioni di pubblico ministero, l'organizzazione delle procure della Repubblica e l'esercizio dell'azione penale*”, a firma del deputato Pecorella, consegnata alla Presidenza il 6 ottobre 2008, stampato n. 1745.

<sup>336</sup>Atti Parlamentari, XVI Legislatura, Senato della Repubblica, in Disegno di legge costituzionale recante “*Modifiche dell'art.112 della Costituzione in materia di abolizione dell'obbligatorietà dell'azione penale*”, a firma dei senatori Perduca e Poretti, consegnato alla Presidenza il 18 novembre 2009, stampato n. 1890.

<sup>337</sup>Atti Parlamentari, XVI Legislatura, Senato della Repubblica, in Disegno di legge costituzionale recante “*Nuove norme costituzionali sulla magistratura*”, a firma del senatore Pera, consegnata il 15 dicembre 2009, stampato n. 1890.

Infine, nel 2010, è stata formulata una successiva proposta di legge costituzionale ad opera del deputato Versace. Secondo tale progetto, “il Ministro della giustizia, sentito il Ministro dell’Interno, presenta un atto d’indirizzo annuale alle Camere recante i criteri di priorità a cui ciascun procuratore dovrà attenersi al fine di stabilire le priorità nel distretto di competenza”. Se l’atto d’indirizzo, prosegue il progetto, non fosse approvato entro il mese di dicembre di ogni anno, verrebbero prorogati di un anno i criteri dell’anno precedente<sup>338</sup>.

Orbene, la *ratio* di queste proposte di riforma è apprezzabile nella parte in cui viene messa in evidenza la necessità di un cambiamento dell’attuale sistema, attraverso una serie di “rimedi” più o meno condivisibili. Tuttavia, occorre interrogarsi sulle conseguenze concrete che tali riforme potrebbero avere sull’equilibrio dei rapporti tra indipendenza esterna e responsabilità dei giudici e, soprattutto, dei pubblici ministeri nel nostro Paese<sup>339</sup>. Infatti, offrire al Parlamento o al Governo il compito di fissare i criteri di priorità nell’esercizio dell’azione penale, potrebbe determinare una limitazione dell’indipendenza del corpo giudiziario.

Ed è per questo motivo che occorre riflettere sul *se* e fino a che punto l’ordinamento sia pronto a sacrificare o, comunque, a limitare il principio dell’indipendenza della magistratura a vantaggio di una maggiore efficienza del sistema giudiziario. E’ evidente allora che la questione tocca profili di rilievo fondamentale; probabilmente, come ricordato dalla dottrina, non basterebbe modificare solo l’art. 112 Cost. per consentire, in questa materia, la competenza del Parlamento o del Governo, ma bisognerebbe incidere sull’intero apparato costituzionale di cui agli artt. 101, 104 e 107 Cost., influenzando, in generale, tutte le norme che attengono ai poteri dello Stato<sup>340</sup>.

---

<sup>338</sup>Atti Parlamentari, XVI Legislatura, Camera dei deputati, Disegno di legge costituzionale recante “*Modifiche dell’art.112 della Costituzione, in materia di abolizione dell’obbligatorietà dell’azione penale*”, a firma del deputato Versace, consegnata il 9 marzo 2010, stampato n. 3278.

<sup>339</sup>Antonella Peri, *Obbligatorietà dell’azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, in *Forum di quaderni costituzionali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>340</sup>V. ancora Antonella Peri, *Obbligatorietà dell’azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, pp 6 ss, in *Forum di quaderni costituzionali*, cit., pag. 8. Peraltro è stata avanzata anche l’idea di risolvere il problema in esame senza provvedimenti di tipo ordinamentale e tabellare richiedenti un intervento legislativo, bensì attraverso dei provvedimenti formali da adottarsi di volta in volta. In altre parole, basterebbe rendere visibile all’esterno, mediante un provvedimento formale, l’adozione di un criterio prioritario di trattazione, in maniera tale che chi ha adottato quest’ultimo, se ne assuma motivatamente la responsabilità. Innumerevoli sono, ad esempio, le ipotesi in cui può intravedersi la necessità di un procedimento a trattazione prioritaria: necessità di richiedere una misura cautelare personale o reale, pericolo concreto di dispersione della prova, pericolo di aggravamento delle conseguenze del reato ecc. Ciò che rileva, secondo l’autore, è rendere visibile e controllabile all’esterno tale scelta, e per questo non occorrerebbe necessariamente una legge che indichi quali siano i casi in cui l’azione penale debba essere esercitata con priorità, ma sarebbe sufficiente appunto un provvedimento formale adottato da *qualcuno*

Di conseguenza è interessante valutare la convenienza, a Costituzione invariata, ad adottare un'interpretazione dell'art. 112 Cost. che consenta delle "aperture" indispensabili per una buona amministrazione della giustizia, per tutelare le aspettative della collettività, per ottenere uno snellimento nella gestione dei procedimenti penali in termini di "ragionevole durata" e, più in generale, per un recupero della primigenia funzione della giustizia penale che non è solo quella di punire, ma prima ancora di offrire delle sedi di confronto volte a salvaguardare i vari interessi coinvolti, sedando i conflitti e riparando i danni cagionati.

La creazione di vari itinerari procedurali "alternativi" alla classica opzione tra esercizio dell'azione penale o archiviazione ha richiesto, in primo luogo, l'analisi del contenuto dell' "obbligazione" previsto dall'art. 112 Cost., al fine di appurare se attraverso un rinnovamento del provvedimento archiviativo e, quindi, senza incidere sulla portata della norma costituzionale sconfinando nell'opposto principio dell'opportunità dell'azione penale, siano prospettabili epiloghi diversi da quelli tradizionali.

Resta fermo, infatti, che interpretazioni tese ad ammettere che il processo possa non aver luogo anche per ragioni di mera opportunità avulse da ogni rapporto con il *fumus* della singola notizia di reato, risultano incompatibili con il principio sancito all'art. 112 Cost.<sup>341</sup>. Mentre, occorre verificare la conciliabilità con un sistema che circoscriva la possibilità di un'archiviazione "condizionata" all'adempimento da parte dell'autore dei fatti di misure riparatrici di natura morale o economica, inserite ad esempio in un percorso di mediazione o di transazione, nelle ipotesi in cui il fatto tipico e antigiusuridico, si presti ad essere trattato con forme alterative al processo, vuoi per l'esiguità del fatto stesso, vuoi per la lieve offesa arrecata, o ancora per ragioni che in concreto lasciano presagire la superfluità di un processo (si pensi, ad esempio, all'assenza di precedenti penali e, in generale, alle modalità della condotta e alla vita del soggetto antecedente alla commissione del fatto).

Sebbene il confine tra mera opportunità e superfluità del processo sia evanescente, non bisogna comunque abbandonare l'idea di coltivare l'introduzione di meccanismi tali da

---

(singolo pubblico ministero o il Procuratore Dirigente) che si assuma la responsabilità di scrivere in calce alla notizia di reato che il procedimento è a trattazione prioritaria, indicando altresì i motivi per i quali è considerato tale. In questo modo sarebbero visibili a tutti i motivi per cui una certa notizia di reato è stata trattata con precedenza rispetto alle altre, offrendo così anche la possibilità di condividere o meno tale scelta; v. per questa riflessione, M. Di Napoli, *Tutela dei diritti ed efficace esercizio dell'azione penale: il punto di vista di una procura della Repubblica*, in *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Atti del Convegno, Bari, 29 novembre 2008, a cura di V. Garofoli, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 49.

<sup>341</sup>V. le osservazioni di M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica*, Cedam, Padova, 1995, pag. 53 ss.

scoraggiare archiviazioni arbitrarie e prassi che conducono, di fatto, all'adozione di forme di discrezionalità nella gestione dell'esercizio dell'azione penale.

In conclusione, come già ricordato, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge potrebbe essere tutelata più efficacemente da provvedimenti di archiviazione i cui presupposti sono tassativamente determinati dalla legge, piuttosto che da archiviazioni "di fatto" o da processi interminabili, avviati anche per fatti di lieve o media gravità. Tali prassi, infatti, da un lato affievoliscono le speranze di giustizia nutrite dalla persona offesa e, dall'altro lato, infondono un generale senso d'impunità nei responsabili.

Inoltre, anche quando si giunge alla conclusione del processo, è sempre più accentuata la divaricazione tra pena edittale, pena irrogata e pena scontata; ciò aumenta conseguentemente la disuguaglianza, l'incertezza e la sostanziale extra-legalità del diritto penale<sup>342</sup>.

## CAPITOLO II

### *LA RICERCA DI STRUMENTI ALTERNATIVI ALLA TRADIZIONALE AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA*

#### 1) POSSIBILI "SOLUZIONI" E "ALTERNATIVE" VIGENTI AL PROMOVIMENTO DELL'AZIONE PENALE

Come rilevato in precedenza, una rigida interpretazione del principio d'obbligatorietà dell'azione penale è in grado di frustrare l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, poiché, in realtà, solo una parte dei crimini che vengono commessi possono essere efficacemente perseguiti. Inevitabilmente, il pubblico ministero è tenuto a compiere delle scelte discrezionali nel decidere se promuovere l'azione penale. Tali scelte restano in concreto affidate alle singole procure e spesso ai singoli sostituti procuratori, i quali nel

---

<sup>342</sup>L. Ferrajoli, *Patteggiamenti e crisi della giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 1989, p. 132

compierle seguono criteri molto diversi tra loro, creando così disarmonie nell'amministrazione della giustizia<sup>343</sup>.

In altre parole, si è di fronte ad una selezione "di fatto" delle notizie di reato: quelle considerate come "meritevoli" di maggiore attenzione sono suscettibili di entrare nell'apparato della giustizia, le altre sono lasciate, invece, ad accumularsi in un arretrato il cui epilogo è spesso la prescrizione. In questi casi, la possibilità di scegliere quali illeciti penali perseguire, fa sorgere il pericolo di valutazioni rimesse completamente alle sensibilità individuali o, peggio, a preferenze guidate da intollerabili favoritismi<sup>344</sup>.

Per questo motivo, abbiamo visto, sono state avanzate svariate proposte di riforma finalizzate all'introduzione legale dei "criteri di priorità" nella gestione dei procedimenti; ossia di criteri ordinatori che, applicati alle notizie di reato pervenute agli uffici della procura, consentono di stabilirne l'ordine di trattazione, sottraendo quest'aspetto al volere del singolo magistrato. Tali criteri non sembrano essere, necessariamente, in contrasto con il principio di obbligatorietà, tenuto conto che l'art. 112 Cost. fa riferimento all'"obbligatorietà dell'azione penale", lasciando così impregiudicata la fase procedimentale; in altri termini, il vincolo costituzionale non riguarderebbe la fase delle indagini preliminari antecedente al provvedimento dell'azione penale. Il paradigma dei criteri di priorità mira a individuare in termini di generalità e astrattezza, ordini di precedenza cronologiche nella trattazione degli affari penali, e non già a consentire forme d'esenzione all'obbligo di agire.

Tuttavia, per completezza, va segnalato che il tema in esame vede fronteggiarsi posizioni diverse in dottrina<sup>345</sup>. Vi è, infatti, chi sostiene che l'adozione dei criteri di priorità sia contraria al principio che imporrebbe al pubblico ministero di trattare con pari completezza e sollecitudine tutte le notizie di reato<sup>346</sup>. Altri, invece, considerano i criteri

---

<sup>343</sup>Per completezza è utile ricordare a riguardo quanto affermato dalla Commissione presidenziale francese, a cui il Presidente Chirac aveva, tra l'altro, domandato di esplorare la possibilità di adottare il principio di obbligatorietà. La Commissione risolve la questione in maniera lapidaria, affermando che nessun Paese era mai riuscito né sarebbe mai potuto riuscire a perseguire efficacemente tutti i reati e che in un Paese democratico le politiche pubbliche in tutti i settori, e perciò anche quello criminale, devono essere definite da organi che ne rispondono politicamente; v. A. Peri, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, in forum di quaderni costituzionali, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) e G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, [www.difederico-giustizia.it](http://www.difederico-giustizia.it).

<sup>344</sup>C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza penale del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 41ss; G. Fiandaca-G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 225 ss. G. Zagrebelsky, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, atti del Convegno di Saint-Vincent, 3-5 giugno 1993, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 101 ss.

<sup>345</sup>C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza penale del fatto nel sistema processuale penale*, cit. pag. 45.

<sup>346</sup>U. Nannucci, *Flusso delle notizie di reato, organizzazione delle risorse, obbligatorietà dell'azione penale*, in *Quad. C.S.M.*, n. 56. 1991, p. 183; F. Pinto, *Obbligatorietà dell'azione penale e organizzazione*

compatibili con il principio di cui all'art. 112 Cost., dal quale si desumerebbe, in realtà, il divieto di individuare il singolo affare da seguire in base ad opzioni indiscriminate, ma non quello di predefinire regole generali che stabiliscano unicamente "l'ordine dei lavori" degli uffici della procura, stando il limite oggettivo di tentare di smaltire il carico di lavoro presente<sup>347</sup>.

Ciò nondimeno, come già evidenziato in precedenza, il problema riguarda semmai l'individuazione dei soggetti a cui compete la determinazione periodica dei criteri di priorità e la selezione dei criteri stessi in termini di ragionevolezza ed efficienza nelle scelte. Il rischio, infatti, di affidare al Parlamento o al Governo il compito di fissare i criteri di priorità, produce inevitabilmente una limitazione dell'indipendenza del corpo giudiziario dando vita ad un problematico assetto nei rapporti tra i poteri dello Stato<sup>348</sup>. Inoltre, le metodologie di fissazione dei criteri, per definizione generali, non possono che limitarsi a semplici elenchi di fattispecie criminose ordinati secondo astratte graduatorie. Un simile metodo, come sottolineato anche dalla dottrina, rischierebbe di distorcere l'obiettivo di preservare l'uguaglianza dei cittadini di fronte la legge, schiudendo altresì paradossali effetti criminologici con riguardo alle fattispecie collocate nelle "zone basse" della scala delle priorità o, addirittura, a queste rimaste estranee: "ove le determinazioni concretizzatrici dei singoli uffici fossero ostensibili, si consumerebbe il rischio di veicolare soglie di prevenzione generale rovesciata, erogando virtuali patenti di impunità in ordine ai reati che può prevedersi non saranno oggetto di investitura processuale in tempi utili per scongiurare la prescrizione"<sup>349</sup>.

Non va sottaciuto, poi, che tutto questo potrebbe provocare la nascita di un altro problema; ovvero la diffusione di un sentimento di scarsa considerazione per la condizione della persona offesa. Quest'ultima, infatti, potrebbe rimanere inappagata semplicemente perché "colpita" da una fattispecie criminosa non rientrante nelle "zone alte" delle priorità.

Orbene, l'esigenza di contenere l'impiego di tempo e di risorse (umane ed economiche) in attività processuali superflue era già presente nelle intenzioni del legislatore del codice

---

delle procure circondariali, in *Quest. Giust.*, 1991, p. 430; A. Rossi, *Per una concezione "realistica" dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Quest. Giust.*, 1997, pag. 315.

<sup>347</sup>V. ancora G. Zagrebelsky, *Stabilire le priorità nell'esercizio dell'azione penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, atti del convegno di Saint Vincent, 3-5 giugno 1993, Giuffrè, Milano, 1994; M. Chiavario, *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, atti del convegno di Saint Vincent, 3-5 giugno 1993, Giuffrè, Milano, 1994, p. 95.

<sup>348</sup>Antonella Peri, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, p. 8.

<sup>349</sup>G. Fiandaca-G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 258 ss.

del 1988. La legge delega prescriveva, infatti, la “massima semplificazione nello svolgimento del processo con eliminazione di ogni atto o attività non essenziale” (art. 2 c.1 n. 1 legge 16 febbraio 1987, n. 81).

In tale direttiva troviamo il richiamo a un pragmatismo processuale finalizzato all'introduzione di una procedura priva di passaggi inutili e diretta al recupero della semplicità delle forme che consentono una rapida definizione dei procedimenti.

Purtroppo è innegabile che l'obiettivo espresso nella direttiva in esame non sia stato adeguatamente raggiunto.

Tutto ciò rinvia al più ampio problema della “deflazione” del carico giudiziario e, di conseguenza, a quello di un'efficienza processuale che consenta di tutelare, da un lato, le garanzie riconosciute all'imputato e, dall'altro lato, i diritti e le aspettative della persona offesa.

Infatti, come ricordato dalla dottrina, va rilevato che spesso la vittima, fattasi “parte diligente” nell'attivare la risposta giudiziaria attraverso una denuncia o una querela, finisce ben presto con l'avvertire un desolante vuoto burocratico, nel quale le sue ragioni vengono sottovalutate e le sue sollecitazioni restano inutili. Ma anche la persona cui il reato viene addebitato, rischia di rimanere a lungo nel limbo giudiziario<sup>350</sup>. Un uso avventato, indebito, superfluo o, più semplicemente, inappropriato dell'iniziativa penale rispetto alla gravità fatto commesso, può produrre conseguenze devastanti sullo *status* sociale, economico, familiare e sulla stessa salute dell'imputato<sup>351</sup>.

In altri Paesi, come ad esempio la Francia, abbiamo visto come al pubblico ministero è consentito valutare caso per caso, secondo le circostanze concrete, la possibilità di non esercitare l'azione penale sul presupposto del compimento da parte del responsabile di determinate misure “alternative”, le quali evidentemente non sono delle “pene”, ma sono strumenti che permettono di assicurare la riparazione del danno alla vittima, di mettere fine al turbamento causato dall'infrazione o di contribuire al reinserimento dello stesso. Vero è che il sistema processuale francese risulta governato dal principio di opportunità dell'azione penale, tuttavia, una volta constatata l'impossibilità pratica nel nostro ordinamento di rispettare adeguatamente il principio di obbligatorietà dell'azione penale, che di fatto lascia ampi spazi discrezionali al pubblico ministero, risulta sicuramente più conveniente riflettere sulla possibilità di introdurre una serie di strumenti legislativi che offrano al pubblico ministero l'alternativa tra esercizio dell'azione penale (di fronte a casi

---

<sup>350</sup>C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza penale del fatto nel sistema processuale penale*, pag. 49.

<sup>351</sup>G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, 2009, [www.difederico-giustizia.it](http://www.difederico-giustizia.it)

oggettivamente complessi e gravi) e archiviazione “condizionata” al soddisfacimento degli obblighi imposti al soggetto stesso, in grado di evitare a quest’ultimo la celebrazione di un processo per fatti rivelatisi in concreto di lieve o scarsa gravità, e alla persona offesa di ottenere in tempi relativamente brevi il soddisfacimento dei propri interessi<sup>352</sup>.

---

<sup>352</sup>Nel nostro ordinamento, l’azione tendente a conseguire l’accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno può essere esercitata, in alternativa, davanti al giudice civile in un autonomo procedimento, oppure davanti al giudice penale solo dopo l’esercizio dell’azione penale. Tuttavia, in caso di archiviazione “condizionata” all’espletamento di determinate prestazioni o comportamenti a carico dell’autore dei fatti, un’eventuale riparazione accordata alla persona offesa non verrebbe inquadrata tecnicamente come una forma di risarcimento dei danni derivante da una condanna penale, ma come una “misura” in grado di “responsabilizzare” l’autore dei fatti consentendogli allo stesso tempo di beneficiare di una archiviazione, e alla vittima di ottenere il *quantum* idoneo a ristorare il pregiudizio sofferto in tempi sicuramente più brevi.

Anche nell’ordinamento francese, dove è accordato alla vittima il potere di *déclencher l’action publique*, superando così l’eventuale inerzia del *parquet*, attraverso la costituzione di parte civile innanzi al giudice istruttore (oppure con una citazione diretta del responsabile innanzi al tribunale correzionale), il *c.p.pén.* nel disciplinare le misure alternative alla *poursuite*, esige che il pubblico ministero prenda in considerazione l’idoneità delle suddette misure a riparare il danno sofferto dalla vittima. Ciò a dimostrazione dell’enorme considerazione che il diritto processuale francese riconosce alla condizione di quest’ultima all’interno del procedimento penale, contrariamente alla maggioranza dei Paesi europei, tra i quali l’Italia, dove nella fase d’indagine i poteri ad essa attribuiti sono meramente sollecitatori, d’informativa e di controllo in caso di inattività del pubblico ministero *ex artt.* 406 c.3 c.p.p., 408 e 410 c.p.p.

Anche da noi, potrebbe, *de iure condendo*, essere rivalutata la possibilità di introdurre dei meccanismi che consentano di tutelare efficacemente la persona offesa in un momento antecedente all’esercizio dell’azione penale, di fronte ai reati rientranti nella competenza del giudice professionale ove vige il principio del monopolio dell’azione penale in capo al pubblico ministero (infatti, il decreto legislativo n. 274 del 2000, che ha attribuito competenze penali al giudice di pace, ha infranto tale principio nella misura in cui ha consentito, per i reati procedibili a querela, la possibilità per la persona offesa di chiedere con ricorso diretto al giudice di pace, la citazione a giudizio del responsabile). Questo non per stravolgere il sistema creato dal legislatore nel 1988, ma per attualizzarlo in relazione alle circostanze concrete, le quali non sempre consentono alla persona offesa, danneggiata dal reato, di instaurare un autonomo e defaticante processo civile. Occorre precisare, infatti, come sottolineato dalla dottrina, che il codice del 1988 ha fatto una scelta singolare, abbandonando sia la tradizione italiana che il modello francese. Alla persona offesa, come anticipato, il codice ha riconosciuto un ruolo meramente penalistico, ovvero volto ad ottenere la persecuzione penale del colpevole del reato; viceversa, al danneggiato che si sia costituito parte civile il codice ha voluto riconoscere un ruolo meramente “civilistico”, tendente ad ottenere il risarcimento del danno. Pertanto durante le indagini è tutelata solo la persona offesa, nel suo interesse penalistico a ottenere il rinvio a giudizio dell’imputato, senza alcuna considerazione per la situazione soggettiva di danneggiato dal reato (neanche nel suo interesse ad ottenere un provvedimento di sequestro conservativo, quale premessa di un futuro risarcimento dei danni). Dopo la formulazione dell’imputazione, invece, la persona offesa che non si sia costituita parte civile, in qualità di danneggiato può soltanto presentare memorie e indicare elementi di prova, ma non può partecipare attivamente all’udienza preliminare o al dibattimento, nei quali un ruolo attivo è riservato solo alla parte civile. In estrema sintesi, lo scopo perseguito dal legislatore con la scelta di impedire al danneggiato di costituirsi parte civile durante le indagini preliminari, è quello di “incentivare” quest’ultimo ad instaurare un separato giudizio civile, in modo da non condizionare l’accertamento della responsabilità penale con profili riguardanti il risarcimento del danno. Una volta eliminata la parte civile dalla fase delle indagini, il legislatore ha dovuto creare uno strumento sostitutivo che tutelasse almeno la persona offesa dal reato. Ciò è avvenuto riconoscendo a quest’ultima la qualifica di “soggetto” con i relativi poteri processuali ricollegati al possesso di tale qualifica. Per approfondimenti, v. P.Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2010, pag. 156 ss.

Resta fermo, però, che anche le forme di archiviazione “condizionata” dovranno ricevere l’avallo del giudice per le indagini preliminari, al fine di ottenere il “recupero” del rispetto dell’obbligo di cui all’art. 112 Cost.

In altri termini, la scelta della pubblica accusa di non esercitare, immediatamente, l’azione penale, deve trovare giustificazione in termini di ragionevolezza, uguaglianza e legalità. Difatti, la violazione del principio di obbligatorietà dell’azione penale, con uno sconfinamento verso forme d’azione penale “facoltativa”, si avrebbe soltanto quando il pubblico ministero, anche se convinto della fondatezza e gravità della *notitia criminis*, fosse lasciato libero di rinunciare discrezionalmente all’esercizio dell’azione penale per insindacabili motivi di mera opportunità<sup>353</sup>.

E’ evidente che é cosa ben diversa parlare di un’archiviazione che si legittima sulla base di presupposti del tutto indeterminati, ed una archiviazione che trova al suo interno dei presupposti fissati, *ex ante*, dal legislatore e, *ex post*, controllati dal giudice al momento della sua richiesta da parte del pubblico ministero<sup>354</sup>.

Ciò che l’art. 112 Cost. esige, è che il pubblico ministero non possa sciogliere il nodo tra azione/inazione in base a valutazioni di mera opportunità, sia personali che politiche, ma non impedisce apprezzamenti basati su una discrezionalità tecnica, la quale implica un potere vincolato a parametri obiettivi e precostituiti, idonei ad assicurare l’equità e a garantirne la controllabilità *a posteriori*<sup>355</sup>. Porre a presidio delle scelte del pubblico ministero l’esame di un organo giurisdizionale, potrebbe rappresentare una valida garanzia per il rispetto della norma costituzionale, soprattutto laddove i criteri che hanno condotto verso una forma di archiviazione “condizionata” siano ben determinati dal legislatore.

---

<sup>353</sup>Si ricordi, infatti, che in Francia ove vige il principio di opportunità dell’azione penale, è il pubblico ministero a valutare direttamente l’opportunità o meno di esercitare l’azione penale, senza subire un controllo preventivo sulla propria scelta. Si tratta di una decisione d’amministrazione giudiziaria che non è soggetta ad alcun ricorso giurisdizionale.

La legge del 9 marzo 2004 ha previsto, tuttavia, la possibilità per la persona offesa di attivare un ricorso gerarchico davanti al procuratore generale presso la Corte d’appello contro le decisioni del *ministère public* di archiviare l’affare.

<sup>354</sup>Per approfondimenti, M. Chiavario, *L’azione penale tra diritto e politica*, Cedam, Padova, 1995, pp. 73 ss.

<sup>355</sup>Così C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza penale del fatto nel sistema processuale penale*, cit., pag. 178 ss.; V. Grevi, *Archiviazione per “inidoneità probatoria” ed obbligatorietà dell’azione penale*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 1990, pp. 1296 ss.; G. Turone, *Obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale*, in *Quest. Giust.*, 1991, p. 906.

Va osservato, infatti, che la centralità del controllo giurisdizionale sugli sbocchi alternativi al processo, non rappresenta una novità assoluta nel nostro ordinamento, riproducendo tale controllo uno snodo necessario della procedura archiviata<sup>356</sup>.

Invero, la procedura di cui all'art. 409, c. 2 c.p.p- che consente al giudice, nell'ipotesi di non accoglimento *de plano* della richiesta di archiviazione, di fissare l'udienza in camera di consiglio con possibilità di instaurare il contraddittorio tra i soggetti interessati- potrebbe consentire una verifica sulle scelte operate dal pubblico ministero più incisiva nei casi "dubbi" (ad esempio, circa la sussistenza del consenso da parte del soggetto coinvolto di voler beneficiare delle forme di archiviazione condizionata o sulla tutela dei diritti della persona offesa), oppure non adeguatamente giustificati; come, nel caso in cui, tenuto conto degli elementi raccolti nelle indagini, della personalità del soggetto, delle circostanze concrete e della gravità dei fatti, la decisione del pubblico ministero di ricorrere ad una archiviazione "condizionata" risulti carente di una valida motivazione. E' chiaro che queste ipotesi di *disaccordo* tra giudice per le indagini preliminari e pubblico ministero andrebbero circoscritte in situazioni *limite*, poiché la valutazione negativa del giudice (intervendo a seguito del compimento da parte dell'autore dei fatti delle misure ad esso imposte) per trovare una valida ragione dovrebbe individuare nella scelta del magistrato inquirente l'intenzione di eludere ingiustificatamente l'obbligo di esercitare l'azione penale.

Ecco perché è innegabile che la garanzia indispensabile per il rispetto del principio di obbligatorietà, è proprio il controllo giurisdizionale operato sulla richiesta di archiviazione<sup>357</sup>.

Pertanto, il giudice investito di una richiesta di archiviazione "condizionata", cui il soggetto ha aderito ed eseguito le misure ivi previste, potrà condividere la scelta del pubblico ministero ed emettere un decreto motivato di archiviazione *ex art. 409 c.1 c.p.p.*, oppure, fissare un'udienza in camera di consiglio e chiedere al magistrato inquirente di completare le indagini (art. 409 c.4) o disporre con ordinanza che il pubblico ministero formuli entro 10 giorni l'imputazione (cd. "coatta").

Resta, infine, da valutare in quest'ultimo caso il problema riguardante la sorte delle *misure* che il soggetto abbia già eseguito.

Innanzitutto, bisognerà verificare quale misura sia stata realizzata (ad esempio se di tipo economico o sociale) e, in seguito, prevedere dei meccanismi restitutori. In caso di

---

<sup>356</sup>V. in questo senso, M.G.Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese, Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 46 ss.

<sup>357</sup>G. Ichino, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *Quest. Giust.*, 1997, p. 304.

condanna, invece, si dovrà tener conto in sentenza delle misure eseguite dall'autore dei fatti, in particolare del lavoro compiuto e delle somme già versate come accade nel sistema francese in caso di *composition pénale* non riuscita.

E' evidente che tutto ciò richieda un intenso lavoro da parte del legislatore consistente nel prevedere, dettagliatamente, le tipologie di misure da inserire all'interno di un progetto di archiviazione "condizionata" e il loro svolgimento. Questo, però, *de iure condendo*, potrebbe rappresentare una importante apertura del sistema processuale italiano verso forme di giustizia più in sintonia con i modelli processuali illustrati in precedenza e con il monito proveniente dalle fonti internazionali.

In altri termini, anziché lasciare cadere in prescrizione fattispecie ritenute "secondarie", operare selezioni di fatto delle notizie di reato senza alcuna valutazione in concreto degli interessi coinvolti o affrontare processi interminabili per fattispecie relativamente semplici, non sarebbe fuori luogo l'idea di utilizzare strategie di risoluzione dei conflitti ispirate a due filosofie di fondo.

La prima, orientata verso meccanismi *conciliativi* o *transattivi* affidati da parte dell'autorità giudiziaria ad organi esterni come mediatori o associazioni di mediazione formate da personale qualificato, del lavoro dei quali l'autorità si troverebbe a beneficiare. Ciò sarebbe possibile, come abbiamo visto, attraverso la creazione di dinamiche procedurali capaci di influire positivamente sul carico di lavoro delle procure già nella fase d'indagine, grazie all'inserimento di casi di archiviazione "condizionata" che consentono il non promovimento dell'azione penale quando lo stesso non risulti oggettivamente necessario e non risponda all'interesse della giustizia, dell'autore dei fatti e della stessa vittima.

La seconda, invece, indirizzata verso l'introduzione nel procedimento ordinario di clausole di "*irrilevanza del fatto*", costruite come formule terminative dello stesso procedimento penale e dirette all'emissione di un provvedimento d'archiviazione.

Come vedremo clausole di questo tipo sono state inserite esclusivamente all'interno di riti particolari, quale quello minorile e quello innanzi al giudice di pace.

Nel prosieguo del presente lavoro si valuteranno, perciò, le suesposte strategie, volte ad affrontare la crisi strutturale della giustizia penale, tenendo conto, altresì, della complessità delle stesse e della loro eventuale compatibilità, in concreto, con il nostro sistema processuale.

Infine, a fronte delle diverse soluzioni archiviate, occorre brevemente domandarsi se qualche istituto ispirato alla stessa logica, sia pure in forme particolari, esista o sia esistito nel nostro ordinamento.

In passato vi era l'archiviazione conseguente alla remissione della querela, che il legislatore del 1988 intese incoraggiare attraverso la previsione, nell'art. 564 c.p.p. di un apposito tentativo di conciliazione, dove "l'incontro delle volontà dell'offeso- disposto a rimettere la querela- e dell'offensore- intenzionato ad accettare la remissione-concretava in sostanza il coronamento di una mediazione volta ad assicurare all'offeso forme di riparazione extragiudiziale, più immediate ed efficaci rispetto alla eventuale inflizione di una pena"<sup>358</sup> (si pensi ad esempio alla pubblicazione di un articolo "riparatorio" nel caso di reato di diffamazione a mezzo stampa).

A seguito della legge n. 479 del 1999 è scomparso il tentativo di conciliazione ad opera del pubblico ministero di cui all'art. 564 c.p.p., ed è stato attribuito al giudice investito di una citazione diretta a giudizio, ex art.555 c.3 c.p.p.

In altre parole, il tentativo di conciliazione oltre ad avere, oggi, come protagonista il giudice, e non più il pubblico ministero, si colloca ad azione penale già esercitata e non rappresenta più un'ipotesi ispirata alla deprocessualizzazione.

Un altro esempio è offerto dalla pronuncia del provvedimento archiviativo che accompagna l'accoglimento della domanda di oblazione nelle contravvenzioni, quando essa si situa nella fase delle indagini ex art. 141 c.4 disp.att.<sup>359</sup>. La procedura in esame non è molto dissimile da ciò che in altri ordinamenti è chiamata "transazione"<sup>360</sup>, posto che in tal caso l'archiviazione è subordinata al pagamento di una somma di danaro allo Stato. L'accoglimento della domanda di oblazione e il pagamento della somma hanno come effetto quello di determinare la rinuncia dello Stato alla persecuzione penale con conseguente estinzione del reato. In particolare, per quanto riguarda l'oblazione "facoltativa" ex art. 162 bis c.p.p., essa mostra come a garanzia del corretto svolgimento della procedura in esame, il giudice possa respingere la domanda di oblazione, avuto riguardo alla "gravità del fatto", in modo da evitare pronunce automatiche e completamente avulse dalla sussistenza di determinate circostanze.

---

<sup>358</sup>V. in questi termini, M.G.Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese, Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 33 ss.

<sup>359</sup>M.G. Aimonetto, *op. cit.*, pag. 34.

<sup>360</sup>Nel corso del presente lavoro, quando si è fatto riferimento alla "transazione", si alludeva non soltanto all'ipotesi del pagamento di una somma di danaro (esistente, come abbiamo visto, anche nell'ordinamento francese e ricompresa tra le misure della *composition pénale*, dove è previsto appunto il versamento di una somma allo Stato: *une amende au Trésor public*), ma più in generale a tutte quelle misure ispirate alla *régularisation* e all'*orientation* dell'autore dei fatti di cui abbiamo parlato.

Il procedimento di oblazione, in fase d'indagine, rappresenta pertanto una forma alternativa al promovimento dell'azione penale<sup>361</sup>.

Alle luce delle precedenti osservazioni possiamo rilevare che, forse, l'introduzione o la generalizzazione nel nostro ordinamento di istituti "alternativi" appare meno ardua, a condizione di rispettare comunque i valori di fondo che sorreggono il sistema processuale.

## 2) PERFEZIONAMENTO DELLE SOLUZIONI ARCHIVIAIVE NEL TENTATIVO DI AVVIARE UN PERCORSO DI GIUSTIZIA "ALTERNATIVO"

Il tentativo di far riacquistare al sistema penale una nuova credibilità in termini di efficienza e ragionevolezza ha aperto l'orizzonte, non solo in Italia, ad un nuovo modello di giustizia fondato su presupposti diversi da quelli tradizionali<sup>362</sup>. Si tratta di un impianto costruito in chiave di "mitezza" e necessarietà dell'intervento penale, nel quale sono collocati una serie d'istituti accomunati da una visione culturalmente nuova della giustizia penale, con ripercussioni anche sulla struttura stessa del rito, al punto tale da indurre a parlare non solo di giustizia "dolce" o ripartiva<sup>363</sup>, ma altresì di tecniche differenti di risoluzione dei conflitti (*alternative dispute resolution*, sinteticamente ADR)<sup>364</sup>.

---

<sup>361</sup>V. ancora le osservazioni di M.G.Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese*, cit. pag. 34 ss.

<sup>362</sup>V. per ulteriori approfondimenti C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, pp. 54 ss.

<sup>363</sup>L'espressione è tratta dall'opera di J.P. Bonafé Schmitt, *La médiation: une justice douce*, Syros Alternatives, Paris, 1992; la formula "*restorative justice*" designa, invece, come sappiamo un paradigma alternativo a quello della giustizia tradizionale, cosiddetta "retributiva", v. per approfondimenti Zagrebelsky, *L'idea di giustizia e l'esperienza dell'ingiustizia*, in G.Zagrebelsky- C. M. Martini, *La domanda di giustizia*, Einaudi, Torino, 2003. L'autore evidenzia come lo scopo della giustizia "dolce" o mite consiste nel ristabilire una comunanza, incrinata o infranta del torto commesso o subito. Mentre, la *restorative justice* ha come obiettivo il ripianamento del torto con una sanzione equivalente. Per ulteriori approfondimenti v. anche C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, G. Giappichelli, Torino, 2005, p. 55.

<sup>364</sup>Per approfondimenti su questo vastissimo tema si rinvia a G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia ripartiva e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003; M. Bouchard, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Quest.giust.* n. 3-4, 1992, pag. 770 ss.

L'acronimo ADR indica una prassi di risoluzione informale delle controversie su base riconciliativa, nate nel nord-America degli anni '60-'70 e, sviluppate, oggi secondo un modello di mediazione umanistico, dialogico e attento non solo alla mera rimozione esteriore della lite o al soddisfacimento degli interessi

Il quadro, ove tali tecniche si situano non è necessariamente quello di una giustizia indulgenziale, ma qualcosa di più ampio e complesso che si inserisce in una rinnovata visione culturale tesa a dare una nuova fisionomia al procedimento penale.

Quando si fa riferimento alla “*restorative justice*” si allude, come abbiamo visto nella prima parte del presente lavoro, ad una precisa idea del rapporto che dovrebbe intercorrere tra i singoli e le istituzioni, dove non ci si limita ad individuare nella rinuncia alla sanzione o nel “punire meno” l’obiettivo principale da perseguire, ma piuttosto di punire in maniera adeguata, proporzionata e utile<sup>365</sup>.

In altri termini, lo scopo di tale modello di giustizia non è quello semplicistico di “evitare la pena”, ma di imporre a coloro che violano la legge penale di affrontare e assumere coscientemente il peso delle conseguenze del loro agire. La visione interessante della giustizia ripartiva, è allora quella che prende le mosse da una concezione del diritto penale come terreno di mediazione e negoziazione tra i diversi interessi coinvolti, al fine di individuare un dialogo comune che assicuri la pacifica convivenza in una società pluralista come quella degli Stati costituzionali moderni<sup>366</sup>.

Orbene, pur essendo nato oltre confine, è possibile dare ugualmente una definizione italiana al modello teorico della “giustizia penale mite”: esso rappresenta un’idea del rendere giustizia a fronte dell’inosservanza della legge penale, che punta primariamente a ricostruire un rapporto positivo tra i singoli coinvolti nella vicenda criminosa, in primo luogo come autori e vittime, e poi tra questi e l’ordinamento<sup>367</sup>.

Sicuramente lo strumento principale, benché non esclusivo, del modello in esame è la *mediazione*, oggetto di numerosi studi anche a livello sovranazionale. In materia è utile ricordare, infatti, la Raccomandazione R (99) 19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, sulla mediazione in materia penale, la quale impegna gli Stati membri ad adottare norme che facilitino la mediazione penale, come “servizio generalmente disponibile”<sup>368</sup> e l’art. 10 della Decisione quadro del Consiglio dell’Unione europea, n.

---

materiali delle parti, ma alla ricostruzione di una pace interpersonale e collettiva. V. C. Mazzuccato, *Mediazione e giustizia ripartiva in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in AA.VV, *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, a cura di G. Così e M. A. Foddai, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 155 ss.

<sup>365</sup>C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, G. Giappichelli, Torino, 2005, pag. 56 ss.

<sup>366</sup>V.G. Zagreblesky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, I ed., 1992, secondo il quale “carattere essenziale del diritto degli Stati costituzionali moderni” è proprio la mitezza. L’autore continua spiegando che i termini cui la mitezza costituzionale è da associare, sono quelli della coesistenza e del compromesso.

<sup>367</sup>V. C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit. pag. 58 ss.

<sup>368</sup>V. il testo integrale, in lingua inglese, sul sito <http://www.restorativejustice.org> ; v. inoltre, Patané, *Note a margine della Raccomandazione n. R. (99) 19 nella prospettiva della mediazione nella giustizia penale italiana*, in *Annali della Facoltà di Economia dell’Università di Catania*, XLV, 1999, p. 813.

2001/220 GAI, sulla posizione della vittima nel procedimento penale, che impone agli Stati membri di “promuovere la mediazione nell’ambito dei procedimenti penali che esso ritiene idonei per questo tipo di misura”<sup>369</sup>.

Nella mediazione le persone coinvolte sono i protagonisti assoluti del procedimento e della decisione che rappresenta il prodotto stesso del loro incontro, favorito ed equilibrato dalla presenza del mediatore<sup>370</sup>. Il tutto viene collocato al di fuori delle sedi istituzionali, favorendo così un confronto diretto e un dialogo informale capace di allentare le tensioni e di “ricucire” i dissidi.

Oltre alla mediazione vera e propria è possibile immaginare tutta una serie di misure, inquadrabili eventualmente come alternative all’esercizio dell’azione penale, ancora più snelle e volte essenzialmente a far riconquistare alla giustizia anche una funzione “pedagogica” attraverso una effettiva risposta penale, proporzionata all’entità del fatto commesso e in grado di contribuire al soddisfacimento dell’interesse della vittima o della stessa collettività. Si pensi, infatti, alle misure atte a ristorare il danno cagionato alla vittima; a far svolgere al responsabile dell’infrazione a favore della comunità un servizio pubblico (presso strutture di diritto pubblico o private); a seguire uno *stage* di responsabilizzazione, di cittadinanza o di formazione presso strutture sanitarie, sociali o professionali per una durata stabilita; ad imporre il divieto di frequentare i luoghi ove l’infrazione è stata commessa o di entrare in contatto con i complici o con le vittime per un periodo di tempo fissato nel provvedimento del magistrato.

Il problema principale, nell’ammettere nel nostro ordinamento come ipotesi di archiviazione “condizionata” misure alternative al percorso processuale tradizionale, ispirate alla mitezza e efficacia dell’intervento penale è rappresentato, come abbiamo visto, dall’esistenza del principio di obbligatorietà, il quale se interpretato restrittivamente impone al pubblico ministero di agire sempre, ed in ogni caso, di fronte ad una notizia di reato munita di elementi idonei a sostenere l’accusa in giudizio e, *a contrario*, a desistere nel caso di quadri probatori incerti. Da tempo, tuttavia, la dottrina ha evidenziato come “una regola di rigido automatismo negli atteggiamenti del pubblico ministero di fronte alle *notitiae criminis* non è il necessario corollario di quella obbligatorietà, che trova un

---

<sup>369</sup>La Decisione quadro summenzionata è stata approfondita nella prima parte del presente lavoro, relativa alla *médiation pénale* nel sistema francese. Per ulteriori riferimenti v. A. Cerretti e C. Mazuccato, *Mediazione e giustizia ripartiva tra Consiglio d’Europa e O.N.U.*, in *Dir. Pen. proc.*, 2001, p. 772

<sup>370</sup>M. Bouchard, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Quest.giust.* n. 3-4, 1992, pp. 771 ss.

limite nella oggettiva superfluità del processo, accertata da adeguati meccanismi di controllo della valutazione operata dall'organo titolare dell'azione penale"<sup>371</sup>.

In altri termini, la traduzione legislativa del principio costituzionale di obbligatorietà, implica non già che il pubblico ministero, ricevuta una notizia di reato, debba sempre esercitare l'azione penale, ma che esso abbia l'obbligo di esercitarla quando ne ricorrano i presupposti<sup>372</sup>. Questi ultimi, però, al fine di razionalizzare l'intervento penale, dovrebbero raggiungere una soglia di gravità tale da meritare un approfondimento giudiziale.

Invero, tra i due estremi, abbiamo visto che vi è un "ponte" sul quale vengono a collocarsi le situazioni più disparate che richiedono un intervento differenziato, capace di ridurre le occasioni che di fatto rimettono alla totale discrezionalità del magistrato il seguito da dare alle notizie di reato. Occorre, infatti, evitare di continuare a fomentare prassi come quelle, piuttosto diffuse, dove per ritenersi in regola con l'obbligo di agire, ci si affretta a compiere, di solito, un atto d'indagine per poi lasciare "in sonno" il procedimento fino alla scadenza dei termini<sup>373</sup> o ad attendere che il trascorrere del tempo faccia sopravvenire la prescrizione o intervenire nel frattempo un' amnistia.

Le difficoltà delle procure a gestire efficacemente le innumerevoli notizie di reato con lo stesso impegno e celerità, crea il rischio, d'altronde inevitabile, di una selezione indiscriminata delle notizie stesse, con conseguenze negative sia sulla condizione della vittima che sull'immagine, in punto di credibilità, della giustizia <sup>374</sup>.

Come opportunamente sottolineato dalla dottrina, è chiaro che una previsione esplicita, a livello costituzionale, di un'attenuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, approberebbe la conformità delle ipotesi di deprocessualizzazione ai principi fissati dalla Costituzione. Eventualmente anche affiancando, all'affermazione della obbligatorietà, la previsione di qualche deroga al principio<sup>375</sup>, ricollegabile a parametri

---

<sup>371</sup>M. Chiavario, *Appunti sulla problematica dell'"azione" nel processo penale italiano: incertezze, prospettive, limiti*, in *Riv. Trim. dir. proc. pen.* 1975, p. 908 ss; E Marzaduri, voce *Azione*, pag. 20.

<sup>372</sup>G. Ubertis, voce *Azione II) Azione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, 1988, p. 4.

<sup>373</sup>M. Chiavario, *Obbligatorietà dell'azione penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, Convegni di studio "Enrico de Nicola": Problemi attuali di diritto e procedura penale. Giuffrè, Milano, 1994, p. 85.

<sup>374</sup>G. Ubertis, voce *Azione II) Azione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, 1988, p. 4.

<sup>375</sup>Come vedremo successivamente parlando della "Bozza Boato", una proposta in tal senso era stata avanzata in seno alla stessa, nel progetto di revisione costituzionale elaborato dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali. In particolare, per quanto riguarda l'inserimento di una deroga al principio di obbligatorietà, nella cosiddetta "quarta bozza Boato", era previsto che a temperare il suddetto principio la legge avrebbe determinato le modalità di deroga all'obbligo di esercizio dell'azione penale se nel corso delle indagini fosse risultata la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento". Con riferimento poi alla versione del giugno 1997, che preconizzava l'improcedibilità nei casi di inoffensività o tenuità del fatto e di occasionalità del comportamento, era stato affermato che "forse non sarebbe male se una prospettiva del genere venisse espressamente recepita nel testo costituzionale", V. Grevi, *Garanzie*

espressi in termini necessariamente elastici, ma agganciati a soluzioni che si autorizza il legislatore ordinario ad adottare, sia sotto il profilo dei presupposti, sia sotto quello della tipologia dei reati, che in rapporto alla specificazione dei diversi percorsi utilizzabili<sup>376</sup>. Tuttavia, abbiamo altresì rilevato come allo stato attuale, vale a dire a Costituzione invariata, conviene valutare innanzitutto la possibilità di trovare “spazi” sufficientemente ampi ad ammettere la compatibilità di strumenti “alternativi” all’interno del procedimento penale<sup>377</sup>, senza la pretesa di ottenere risposte definitive ed appaganti.

La ricerca di modelli processuali capaci di deflazionare il sistema penale e l’insieme delle tecniche in grado di assicurare la deviazione dalla normale sequenza di atti del processo penale, prima della pronuncia sull’imputazione, prendono il nome di *diversion*<sup>378</sup>.

Orbene, *a priori*, abbiamo visto che non sembrerebbero esservi ostacoli ad un intervento legislativo che predeterminasse i requisiti e le condizioni per la pronuncia di un provvedimento d’archiviazione “*semplice*” o “*condizionato*”, laddove la lesione dell’interesse tutelato dalla norma penale si rivelasse, in concreto, nel primo caso, *irrilevante* oppure, nel secondo caso, *esigua* o di *ridotto impatto sociale* ma capace ugualmente di mantenere in vita l’interesse della persona offesa o dello Stato ad un intervento penale di tipo non sanzionatorio; vale a dire ricomponibile attraverso prestazioni *lato sensu* riparatorie o conciliative, ed ispirate a finalità preventive dirette al “reinserimento” dell’autore del fatto<sup>379</sup>.

Infatti, in teoria, non sembrerebbe errato distinguere ciò che è un fatto *tout court* “irrilevante”, da ciò che, invece, è un fatto che in concreto, pur non presentando una

---

*soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998.

<sup>376</sup>V. per queste osservazioni, M.G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese*, pag. 42.

<sup>377</sup>Senza escludere, tuttavia, l’analisi delle proposte legislative volte ad introdurre dei temperamenti al principio di obbligatorietà dell’azione penale in sede di riforma costituzionale. Il punto verrà affrontato successivamente, parlando della previsione di introdurre le cosiddette “clausole di irrilevanza del fatto”. V. su tale tema C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005.

<sup>378</sup>Risoluzioni del XIII Congresso internazionale di diritto penale sul tema “*Diversion e mediazione*”, in *Cass. pen.* 1985, 533. E’ utile sottolineare come di *diversion* si sia cominciato a parlare in chiave criminologica, volta a svelare le cause della criminalità al fine di ridurla. La teoria del *labelling approach* sostiene che è lo stesso sistema penal-repressivo a creare quanto meno la cd. devianza secondaria: nei confronti di colui che ha commesso un primo reato si determina un “etichettamento” per effetto del suo coinvolgimento nel processo penale, che è premessa di ulteriori reati. Quindi l’espansione del diritto penale andrebbe fronteggiata con misure e tecniche che facciano saltare la sequenza reato-processo penale, innestando modalità alternative di risoluzione del conflitto. Tuttavia, nel successivo approfondimento sul tema sulla *diversion*, è emerso anche l’obiettivo di deflazione del carico giudiziario, V. F. Ruggeri, *Diversion: dall’utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, pp. 538 ss.

<sup>379</sup>Vedi anche M.G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese*, pp. 39 ss.

particolare gravità, potrebbe lasciare residuare ugualmente un certo interesse per un provvedimento penale, sebbene attraverso il ricorso a strumenti più “miti” e celeri<sup>380</sup>.

In realtà, il confine tra fatto irrilevante e fatto tenue o esiguo è molto labile, in quanto si tratta di ipotesi nelle quali una condotta umana, in astratto rilevante per l’ordinamento penale, rappresentando un illecito perseguibile, non viene ritenuta meritevole di una risposta punitiva da parte dello Stato. Tuttavia, in questa sede, è preferibile attribuire alla formula “clausole d’irrelevanza”, una definizione atta a indicare più precisamente gli istituti che considerano la scarsissima gravità concreta dell’illecito penale come motivo di desistenza dal processo, dalla sanzione o da percorsi di giustizia alternativi.

Di solito, però, ad essa vengono ricondotte anche le ipotesi nelle quali il reato viene definito come particolarmente tenue, esiguo o bagatellare.

Ciò nondimeno, diventa essenziale ricondurre al momento valutativo del pubblico ministero la distinzione in concreto tra un fatto che, per le sue caratteristiche presenti l’attitudine a un riassorbimento spontaneo sia nella struttura sociale, sia nell’esistenza di chi l’ha commesso o subito, al punto che la legge rinuncia “ragionevolmente” a intervenire, da un fatto che, nonostante la non gravità, mantenga vivo l’interesse dello Stato o della vittima a un intervento penale, sebbene mediante il ricorso ad un approccio diverso e ispirato alla logica della conciliazione e/o riparazione, grazie al quale il suddetto “riassorbimento” possa avvenire in tempi più brevi<sup>381</sup>.

Del resto, potrebbe destare qualche perplessità la legittimità di una norma che consideri il “fatto tenue” come un impedimento insormontabile dell’intervento penale<sup>382</sup>.

Senza poter condurre in questa sede un’analisi del principio di offensività<sup>383</sup>, è utile ricordare, in estrema sintesi, che tale principio, in materia penale, è apprezzabile sotto un

---

<sup>380</sup>In tal caso non si fa riferimento all’art. 34 d.lgs n. 274 del 2000 (sulla competenza in materia penale del giudice di pace), dove infatti il legislatore ha previsto la possibilità per il pubblico ministero di chiedere l’archiviazione per particolare tenuità del fatto, dedotta da una serie di circostanze inserite nella stessa norma. Il tema relativo all’art. 34 d.lgs n. 274 del 2000 verrà affrontato successivamente, all’interno dell’analisi dedicata alle clausole di “irrelevanza del fatto”. In questa sede, invece, l’attenzione è rivolta all’analisi di strumenti “alternativi” all’esercizio dell’azione penale, diretti ad ottenere uno snellimento del procedimento penale e ad un soddisfacimento delle aspettative della persona offesa.

<sup>381</sup>Per ulteriori spunti di riflessione rispetto all’ordinamento processuale francese, v. M.G. Aimonetto, *L’archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione condizionata nell’ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, in *Leg. pen.*, 2000, pp. 99 ss.

<sup>382</sup>M. Chiavario, *L’azione penale tra diritto e politica*, Cedam, Padova, 1995. Inoltre, come vedremo, nel caso del procedimento minorile e in quello innanzi al giudice di pace, rileva il bilanciamento di interessi diversi dove l’art. 34 del d.lgs n. 274 del 2000 è costruito in chiave di improcedibilità, comportante una archiviazione “secca”, fatto salvo l’interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. Semmai, potrebbe essere utile prevedere proprio in quest’ultimo caso, la possibilità per il pubblico ministero di attivare un percorso di mediazione tra le parti fissando un termine per il suo compimento, in grado comunque, in caso di riuscita, di evitare l’esercizio dell’azione penale e al contempo preservare l’interesse della persona offesa. L’art. 35 d.lgs n. 274 del 2000 relativo, invece, all’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, si pone ad azione penale già esercitata ed è una attività rimessa alla competenza del giudice di pace.

duplice profilo: come criterio costituzionale di configurazione legislativa dei fatti punibili e come criterio ermeneutico, utilizzabile in sede di applicazione giudiziale della norma penale. Riguardo al primo profilo, esso ha come destinatario il legislatore, delimitandone *ex ante* l'area d'intervento. Invero, le scelte del Parlamento in ordine all'*an* e al *quomodo* dell'intervento penale non dovrebbero essere libere, ma dovrebbero rispettare un vincolo di contenuto proveniente direttamente dalla Carta costituzionale, secondo cui non è possibile estendere l'area del penalmente rilevante al di là della concreta lesione o messa in pericolo di un bene giuridico significativo.

Per quanto attiene al secondo profilo, il principio si rivolge innanzitutto al giudice, ma deve ragionevolmente estendersi anche al magistrato del pubblico ministero, esortandolo a riservare l'esercizio dell'azione penale solo di fronte a fatti che, concretamente, hanno prodotto una lesione rilevante al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice.

Tra le premesse del principio di offensività vi è l'idea che la sanzione penale sia un male che può trovare giustificazione solo per evitare un male ad essa proporzionato. Di qui il malessere per un'indiscriminata applicazione della pena, a episodi che potrebbero trovare già prima dell'irrogazione della sanzione, una risposta proporzionata alla misura del pregiudizio arrecato al bene tutelato dalla norma violata. Sotto quest'aspetto può ben dirsi, quindi, che la valorizzazione dell'esiguità del reato ai fini di una riduzione degli spazi occupati dalla pena, è un obiettivo aderente alla piena realizzazione dei principi di offensività, proporzionalità e, *ultima ratio* di rieducazione<sup>383</sup>. Principi, questi ultimi, ingiustamente sacrificati da azioni penali esercitate per dar luogo a processi lunghi ed estenuanti al cospetto di offese di modesta gravità e realizzate da autori non bisognosi di una autentica risposta repressiva.

Il sistema francese subordina, come abbiamo visto, il non esercizio dell'azione penale, in primo luogo, ad una valutazione positiva circa la sussistenza dei presupposti legati alla riparazione del danno causato alla vittima, alla cessazione del turbamento sociale provocato dall'infrazione o alla risocializzazione del soggetto e, in secondo luogo, all'assolvimento delle misure decise dal pubblico ministero, fermo restando la possibilità per quest'ultimo, in considerazione del comportamento del soggetto, di esercitare

---

<sup>383</sup>Per una analisi, anche in chiave comparatistica, del principio di offensività, v. Donini, *Prospettive europee del principio di offensività*, in *Offensività e colpevolezza. Verso un codice penale modello per l'Europa* a cura di Cadoppi, Padova, 2003; G. Fiandaca, *L'offensività è un principio codificabile*, in *Foro it.* 2001, V, 1; v. inoltre la manualistica, in particolare F. Mantovani, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2008; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, G. Giappichelli, Torino, 2008.

<sup>384</sup>V. in generale le osservazioni di F. Corbi, *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1048 ss.

l'azione penale, laddove gli adempimenti prescritti non siano stati compiutamente realizzati.

Nel nostro sistema, *de iure condendo*, a tali valutazioni, il legislatore potrebbe aggiungere anche dei limiti<sup>385</sup> oltre i quali una misura alternativa al promovimento dell'azione penale non sarebbe comunque proponibile, tenuto conto delle circostanze presenti nel caso concreto e ricavabili, ad esempio, attraverso l'ausilio dei criteri di cui all'art. 133 c.p.<sup>386</sup>. Invero, se il legislatore provvedesse a determinare i criteri che sottostanno alle ipotesi archiviative "condizionate" agganciandoli a parametri che connotano in concreto la gravità del reato, le alternative al processo non risulterebbero in contrasto nemmeno con il principio costituzionale di uguaglianza.

E' proprio la predeterminazione, *ex ante*, dei parametri che costituisce lo spartiacque tra punibilità e non punibilità e differenzia la situazione dei soggetti che hanno commesso un identico reato<sup>387</sup>.

Onde garantire poi la trasparenza della scelta di voler ricorrere a una procedura archiviativa condizionata, il pubblico ministero dovrebbe motivare tale richiesta in maniera esaustiva indicando le ragioni di fatto e di diritto giustificanti la misura prescelta, al fine di permettere al giudice di svolgere un controllo reale sulla decisione dell'organo d'accusa di non esercitare immediatamente l'azione penale<sup>388</sup>.

In caso di mancato consenso o di non compimento della misura alternativa da parte del responsabile, il pubblico ministero recupererebbe la possibilità di esercitare l'azione penale, ponendo nel nulla il percorso di archiviazione "condizionata". Abbiamo visto, infatti, che anche nel sistema francese in caso di non riuscita di una misura alternativa o della composizione penale, il pubblico ministero è chiamato a esercitare l'azione penale, salvo nuovi elementi.

In breve, questa possibilità offerta alla pubblica accusa di ricorrere, ad esempio, ad una mediazione o ad altre misure "alternative" all'esercizio immediato dell'azione penale, va

---

<sup>385</sup>Limiti, ad esempio, quantitativi (cioè legati al *quantum* di pena previsto dalla legge seguendo le regole stabilite dall'art.4 c.p.p.) o qualitativi (estromettendo per alcune tipologie di reato, volte a tutelare beni giuridici di alto valore costituzionale o tese a proteggere interessi superindividuali come la salute o l'ambiente, la possibilità di concedere al soggetto un percorso alternativo al processo).

<sup>386</sup>V. per approfondimenti, M.G.Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese*, pag. 52 ss.

<sup>387</sup>Vedi anche le osservazioni di F. Ruggieri, *Strumenti deflattivi procedurali*, in *Quest. giust.*, 1991, che afferma come l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge è assicurata molto più efficacemente da provvedimenti di archiviazione i cui presupposti sono legislativamente predeterminati che non dal caso che governa attualmente l'esito delle numerose *notitiae criminis*.

<sup>388</sup>Come osservato, anche nel sistema francese, in tema di composizione penale è previsto l'obbligo per il pubblico ministero (a seguito dell'accordo con il soggetto interessato circa le misure prescelte contenute nella *composition*) di trasmettere il provvedimento *de quo* al giudice ai fini della "validation".

inquadrata come uno strumento complementare a quello tradizionale. Tuttavia, non va sottaciuto che tali strumenti possono provocare dei rischi in antitesi con gli obiettivi per i quali gli stessi sono stati pensati. Innanzitutto, un tentativo di mediazione (o il compimento di un'altra misura riparatrice) può non avere l'esito sperato, sicché il tempo e le risorse impiegate possono rivelarsi *ex post* sprecati, facendo confluire ugualmente il caso nelle maglie della giustizia tradizionale. Inoltre, le pratiche dedite al confronto e al dialogo possono richiedere un lasso di tempo notevole e, di conseguenza, provocare uno stallo del rito e un differimento della decisione giudiziaria<sup>389</sup>.

Siffatti rischi non devono, però, disincentivare l'idea di introdurre strumenti che consentirebbero di ristabilire, in caso di esito positivo, la pace sociale e di creare un clima di fiducia generale verso la giustizia, svolgendo, da un lato, una funzione general-preventiva e, dall'altro, garantendo gli interessi della persona offesa in tempi che possono rivelarsi, nei casi meno ostici, relativamente brevi rispetto al percorso tradizionale.

### 3) PROFILI DELL'ARCHIVIAZIONE "CONDIZIONATA" E GARANZIE COSTITUZIONALI

Dal un punto di vista concettuale, diversa è la *ratio* su cui si fondano le distinte risposte penali. L'archiviazione "secca" si attaglia alle ipotesi in cui la lesione dell'interesse statale tutelato appare penalmente irrilevante, non già in ragione del fatto di reato in sé, bensì in relazione a determinati parametri idonei a misurarne l'impatto in termini di gravità e di interesse alla persecuzione penale, tenendo in considerazione anche il materiale probatorio a disposizione dell'accusa<sup>390</sup>. In altri termini, in tali casi, non sussisterebbero esigenze di prevenzione generale o speciale, capaci di giustificare l'applicazione di una qualsiasi misura nei confronti del soggetto.

---

<sup>389</sup>Si vedano le riflessioni di J. Morineau, *Lo spirito della mediazione*, trad. it. Franco Angeli, Milano, 2000, il quale sottolinea come spesso "l'attività mediatoria per giungere alla fase finale, in cui la pace può essere ristabilita, bisogna aspettare che trascorra del tempo e che ci sia quella presa di distanza che tale intervallo permette". V. anche C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 54.

<sup>390</sup>M. G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 31 ss.

Un'archiviazione "condizionata" (o "meritata") è calibrata, invece, principalmente sulla base di fattispecie criminose che ledono in modo particolare, o comunque prevalente, un interesse privato: pur sussistendo una lesione dell'interesse statale che ne giustifica l'intervento. Tuttavia, quest'ultimo interesse passa in secondo piano e lo Stato rinuncia a procedere quando si realizza una composizione tra i privati coinvolti, ritenendo così tutelato anche, indirettamente, l'interesse pubblico. Infatti, come visto in precedenza, anche nel sistema francese le "vie alternative" all'esercizio dell'azione penale, vengono comunque ponderate in base alla loro idoneità a soddisfare determinati presupposti fissati dal legislatore. In particolare, come ricordato, si fa riferimento alla capacità di assicurare la riparazione del danno causato alla vittima, di mettere fine al turbamento dell'ordine sociale causato dall'infrazione o di contribuire al "*reclassement*" dell'autore dei fatti.

Inoltre, l'archiviazione subordinata alla "soddisfazione" della vittima del reato (a seguito della riuscita della procedura di mediazione) o alla "riparazione penale", nella forma del versamento di una somma di denaro allo Stato ovvero all'esecuzione di prestazioni di pubblica utilità, è in grado di rispondere efficacemente anche alle situazioni in cui il fatto di reato ha sì determinato esclusivamente, o prevalentemente, una lesione dell'interesse pubblico, ma lo Stato rinuncia alla persecuzione "tradizionale" per percorrere una via alternativa, sul presupposto dell'idoneità delle prestazioni richieste a reintegrare l'interesse pubblico leso<sup>391</sup>. Infine, laddove siano praticabili entrambe le ipotesi di archiviazione "condizionata", in quanto il reato abbia leso in egual misura l'interesse privato e quello pubblico, nulla impedirebbe, sul piano logico, che una transazione possa ricomprendere la mediazione, ben potendo il pubblico ministero subordinare l'archiviazione collegata alla transazione, alla riparazione del danno provocato alla vittima<sup>392</sup>. Quest'ultima soluzione, come abbiamo visto, è contemplata nella legislazione francese, dove il pubblico ministero è tenuto ad indicare all'autore dei fatti, in sede di composizione penale, anche l'obbligo di risarcire il danno causato alla vittima (quando essa è identificata) oppure, con l'accordo di quest'ultima, di riparare il bene danneggiato a seguito dell'infrazione commessa.

Resta fermo però che nel nostro ordinamento un'archiviazione "condizionata" a forme di riparazione, non può essere congegnata sul presupposto del riconoscimento espresso o

---

<sup>391</sup>Per una visione più ampia sul tema v. A. Rizzo, *Il risarcimento del danno come possibile risposta penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, v. inoltre, M.V. Del Tufo, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 893.

<sup>392</sup>Vedi ancora, M.G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese*, pag 53 ss; M.G. Aimonetto, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione condizionata nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 99 ss.

implicito, da parte dell'autore dei fatti, della propria responsabilità<sup>393</sup>. L'unico requisito in grado di ammettere tale forma di archiviazione è il “*consenso*” da parte del soggetto di voler aderire alla proposta del pubblico ministero. Infatti, occorre valutare la compatibilità delle procedure di archiviazione “condizionata” anche con il diritto alla garanzia del “*procès équitable*”, riconosciuto tanto dall'art. 6, c.1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quanto dall'art.14 c.1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, valevole sia in materia civile che penale.

Tuttavia, nei due settori la tutela si profila in modo differenziato<sup>394</sup>.

In ambito civile esso rileva soprattutto come diritto di accesso al giudice, trattandosi di un soggetto che agisce in tale sede per far valere un proprio diritto. Nel campo penale, invece, l'accento cade principalmente sul diritto a una “decisione giudiziale” sull'accusa promossa, nel senso che “ *il s'agit moins d'un droit d'accès, que du droit à voir soumettre à un juge, pour une décision, toute accusation portée contre soi*”<sup>395</sup>.

Proprio sotto questo profilo è utile ricordare un importante insegnamento proveniente dalla giurisprudenza della Corte europea, la quale chiamata a valutare la compatibilità di una procedura transazionale con l'art. 6, c.1 della Convenzione, ha affermato preliminarmente che “*le droit à un tribunal*” non è assoluto: le procedure che ne implicano una rinuncia non contrastano, dunque, in linea di principio, con la Cedu, purché detta rinuncia sia caratterizzata da assenza di costrizione, in altri termini dalla volontarietà del consenso<sup>396</sup>. Pertanto, secondo la Corte europea la garanzia del “*procès équitable*” risulta rinunciabile, ma al tempo stesso evidenziando l'importanza che tale garanzia riveste in una società democratica, essa richiede che venga assicurato un controllo particolarmente rigoroso sulla volontarietà del consenso<sup>397</sup>. E' questa, infatti, la valvola di sicurezza e di ammissibilità delle alternative al promovimento dell'azione penale; tutte le garanzie a contorno di tali strumenti vanno costruite sull'elemento del “*consenso*”, il quale per essere libero e consapevole, deve rispondere a dei requisiti minimi che ne garantiscano la genuinità. Essenziale, pertanto, alla manifestazione di un consenso effettivo, è che lo stesso sia espresso da un soggetto in nessun modo limitato

---

<sup>393</sup>Abbiamo visto, invece, che nel sistema francese la *composition pénale*, come strumento alternativo all'esercizio dell'azione penale, si fonda proprio sul presupposto che l'autore dei fatti abbia riconosciuto i fatti ad esso addebitati.

<sup>394</sup>V. le osservazioni sviluppate da M.G.Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese*, pag 43 ss.

<sup>395</sup>V. con riferimento alla giurisprudenza Cedu, M. A. Eissen *Jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention*, Strasbourg, 1985.

<sup>396</sup>V. Corte europea, sent. 27 febbraio, 1980, Deweer, par. 49.

<sup>397</sup>Così M.G.Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese*, pag 45 ss.

nella sua libertà personale. In altre parole, egli deve essere informato in modo da comprendere pienamente l'addebito mosso nei suoi confronti, gli elementi che lo supportano e le conseguenze legate all'accettazione delle misure proposte dal pubblico ministero. A tal fine il soggetto, prima di comunicare la propria decisione, deve essere avvertito altresì del suo diritto all'assistenza difensiva.

In questo modo, la persona interessata, attraverso una libera e cosciente manifestazione di volontà autorizza "la rimozione di un limite all'agire altrui nella propria sfera soggettiva"<sup>398</sup>.

Inoltre, è opportuno fare qualche ulteriore precisazione circa la libertà di autodeterminazione nella prestazione del consenso legittimante le procedure archiviate "condizionate". La manifestazione del consenso, come evidenziato anche dalla dottrina, non si esaurisce nel momento in cui viene raggiunto l'accordo con il pubblico ministero, ma si protrae lungo tutto il periodo necessario all'adempimento dei contenuti concordati nella mediazione o nella transazione. Ciò in quanto colui che ha assunto l'impegno di soddisfare le misure convenute, può recedere dalla "promessa" fintantoché non vi abbia dato completa esecuzione. Come anticipato, un tale comportamento giustifica, com'è ovvio, in un sistema processuale sorretto dal principio di obbligatorietà dell'azione penale, il promovimento di quest'ultima. Né potrebbe essere diversamente, poiché postulare il solo consenso iniziale come elemento vincolante, significherebbe considerare coercitivamente eseguibili le prestazioni oggetto dell'accordo, le quali rischierebbero di conformarsi, quanto meno sul piano dell'esigibilità, alle tradizionali pene, producendo punti di frizione di ordine costituzionale, non solo con l'art. 25 c. 2 della Costituzione, ma anche con l'art. 27 c.2, poiché risulterebbe aggirato, da un lato, il principio *nulla poena sine iudicio* e, dall'altro, il principio della presunzione d'innocenza<sup>399</sup>.

Pertanto è necessario sottolineare ancora una volta, che tali misure non presuppongono il riconoscimento della reità da parte del soggetto, dato che la manifestazione di tale elemento come definitivamente ottenuto dall'organo procedente anteriormente alla conclusione di un regolare processo, contrasterebbe apertamente con la presunzione d'innocenza.

Infine, in caso di fallimento delle procedure *alternative*, una garanzia indispensabile per garantire il rispetto del principio di cui all'art. 24 c. 2 Cost., potrebbe opportunamente consistere nell'introdurre un divieto di conoscibilità e utilizzabilità da parte del giudice,

---

<sup>398</sup>C. Conti, *L'imputato nel processo connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, p.130-131.

<sup>399</sup>V. sul punto M. G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese*, pag.47 ss.

delle constatazioni, delle dichiarazioni e di tutto quanto avvenuto in sede d'esperimento mediatorio o di transazione<sup>400</sup>. Del resto anche nel sistema francese, dove si fa ampio uso del materiale raccolto nelle fasi precedenti il giudizio, nell'ipotesi di una mediazione non riuscita, è vietato richiamare davanti al giudice le rilevazioni del mediatore e le dichiarazioni rilasciate dai soggetti coinvolti all'interno della procedura di mediazione, salvo accordo delle parti<sup>401</sup>.

A completamento dell'apparato di garanzie suesposto, è imprescindibile, come già ricordato, il controllo giurisdizionale operato dal giudice, volto ad accertare la volontarietà del consenso, oltre che a valutare la rispondenza delle ipotesi archiviate ai parametri fissati dalla legge, affinché sia garantito il rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale, di legalità e di uguaglianza. In altre parole, il controllo del giudice andrebbe ad assicurare, da un lato, la presenza dei presupposti di applicabilità delle procedure alternative e, dall'altro lato, la regolarità dell'accordo sotto il profilo della volontarietà e del corretto esercizio da parte del pubblico ministero degli ampi poteri accordatigli dal sistema di giustizia penale "consensuale"<sup>402</sup>.

Pertanto, si tratterebbe di un controllo di legittimità formale e sostanziale, in linea con il vaglio regolarmente effettuato dal giudice per le indagini preliminari in tema di archiviazione.

Prima di terminare, è utile fare qualche osservazione sull'importanza e sul ruolo che nel nostro ordinamento riveste l'elemento del *consenso*. Esso rappresenta un requisito dotato di un valore indiscutibile in svariati momenti processuali; basti pensare al consenso dell'imputato necessario per utilizzare in dibattimento una prova formata fuori dal contraddittorio (*ex art. 111 Cost. c.5*) o ancora al consenso richiesto per accedere ad alcuni riti semplificati che omettono il dibattimento. Infine, merita di essere ricordato, solo a titolo di esempio, che anche in tema di perizia- nel caso in cui si tratti di compiere atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli, di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici- il legislatore è intervenuto con una norma *ad hoc* introducendo

---

<sup>400</sup>Oltre all'inutilizzabilità in sede processuale del materiale formato nel corso della procedura di archiviazione condizionata, potrebbe essere inserita anche un'incompatibilità a testimoniare, sulla falsariga della art. 197 lett. d c.p.p. per il mediatore o per il soggetto incaricato, eventualmente, dal pubblico ministero, di controllare l'adempimento della transazione da parte del soggetto.

<sup>401</sup>« *La constatation du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties* », Crim. 28 févr. 2001 : *Bull. crim.* n. 54 ; *Droit pénal* 2001. Comm. 95, obs. Maron.

<sup>402</sup>V. anche M.G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese*, pp. 56 ss.

l'art. 224 *bis* c.p.p.<sup>403</sup>, nel quale ha dettato la disciplina da seguire proprio nell'ipotesi in cui non vi è il "consenso" della persona da sottoporre all'esame del perito. In tal caso, il giudice può intervenire, anche d'ufficio, disponendone con ordinanza motivata l'esecuzione, quando essa risulta assolutamente indispensabile per la prova dei fatti<sup>404</sup>. Il legislatore, quindi, si è preoccupato di introdurre una disciplina specifica nei casi in cui il consenso della persona da sottoporre ai prelievi manchi, lasciando trapelare come, in realtà, quest'ultimo requisito sia il solo in grado di incidere e comprimere i diritti fondamentali della persona.

In conclusione, l'elemento irrinunciabile per ammettere le procedure di archiviazione condizionata è costituito dal consenso, il quale legittima la rinuncia al processo e alle sue garanzie, giustificando in tal modo l'assunzione di determinati obblighi che altrimenti costituirebbero una pena senza processo<sup>405</sup>.

Le considerazioni che precedono valgono, come già evidenziato, sia per il consenso necessario in tema di mediazione, che per quello in tema di transazione. Sebbene siano presenti elementi peculiari nell'uno e nell'altro istituto.

A garantire la volontarietà nel caso della transazione, è necessario che tra i due estremi dell'alternativa, ovvero esercizio dell'azione penale con le eventuali conseguenze sanzionatorie, ed accettazione dell'offerta del pubblico ministero, non sussista una palese sproporzione tale da "costringere" in modo pressoché inevitabile la scelta nel secondo senso<sup>406</sup>.

Nella mediazione, invece, il rischio di una pressione sul soggetto è inferiore, poiché l'archiviazione condizionata subisce in ogni caso l'influenza delle pretese della persona offesa, riequilibrando così le due opzioni. Anzi, come ricordato dalla dottrina, potrebbe addirittura manifestarsi il rischio opposto; ovvero che a seguito delle eccessive pretese da

---

<sup>403</sup>In estrema sintesi, la legge n. 85 del 2009 è intervenuta a disciplinare una materia molto delicata al fine di rispettare le linee direttrici tracciate dalla Corte costituzionale nella sent. n. 238 del 1996, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 224 c.2 c.p.p. nella parte in cui consentiva al giudice di ordinare coattivamente la sottoposizione dell'indagato o di terzi allo svolgimento di attività peritali, idonee ad incidere sulla libertà personale dell'indagato, dell'imputato o di terzi, senza prevedere i casi e i modi in relazione a simili attività ai sensi dell'art. 13 c.2 Cost. Per approfondimenti, v. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 336 ss.

<sup>404</sup>La disciplina è piuttosto complessa e si rinvia per approfondimenti sul tema a Chiara Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, 2009; P. Felicioni, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi o di ricostruzione del fatto*, in AA.VV., *Prelievo del DNA e Banca dati nazionale. Il processo penale tra accertamento del fatto e cooperazione internazionale*, a cura di Scarcella, Padova, 2009; C. Conti, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n.8.

<sup>405</sup>In questi termini v. M. Chiavario *Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1997, p. 431; v. anche M. Bouchard, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Quest.giust.* n. 3-4, 1992, pag. 780, il quale precisa che il carattere imprescindibile del consenso impedisce alla mediazione di convertirsi in sanzione.

<sup>406</sup>V. sempre Corte europea, sent. 27 febbraio, 1980, Deweer, par. 8.

parte della vittima, il soggetto reputi l'archiviazione non conveniente<sup>407</sup>. Inoltre, nella mediazione il consenso deve essere duplice, nel senso che deve provenire da entrambi i soggetti, attivo e passivo del reato. Questo richiede che anche la volontà di quest'ultimo dovrà presentare le caratteristiche di un consenso informato.

Infine, nel caso di reati perseguibili a querela della persona offesa, se il pubblico ministero e i soggetti interessati sono d'accordo ad avviare un percorso di mediazione, l'esito positivo di quest'ultimo è in grado di produrre una remissione della querela che, in tal caso, determina l'estinzione del reato<sup>408</sup>.

Laddove poi si ritenga di voler allargare le maglie della mediazione e della transazione anche ai reati perseguibili d'ufficio, la persona offesa dovrà essere adeguatamente informata sugli effetti di tal percorso, eventualmente prevedendo anche per essa la possibilità di avvalersi dell'assistenza difensiva. Infatti, nel sistema francese abbiamo visto come, ad esempio all'interno della composizione penale, il pubblico ministero, quando la vittima è identificata, deve proporre all'autore dei fatti di riparare il danno provocato a quest'ultima, entro un termine che non può essere superiore a sei mesi, ed informare la stessa vittima di tale proposta, la quale potrà chiedere, sulla base dell'ordinanza di *validation* della composizione penale, *l'injonction à payer* del responsabile che si era impegnato a versarle i *dommages-intérêts*.

In Francia, inoltre, l'art. 41-2 *c.p.p.* fa salva la possibilità per la vittima (che non sia stata avvertita in tempo per l'udienza di *validation*) di procedere con lo strumento della citazione diretta innanzi al tribunale correzionale, il quale però deciderà in tal caso solo sugli interessi civili. Ciò è possibile perché, come abbiamo visto, nel sistema francese oltre al pubblico ministero è riconosciuta la possibilità anche per la "*partie lésée d'une infraction*" di "*déclencher l'action publique*"<sup>409</sup>, ovvero di ricorrere direttamente al giudice competente, costituendosi parte civile, laddove il pubblico ministero non voglia esercitare l'azione penale o non l'abbia ancora fatto. Così facendo la vittima, diventata "parte", fa valere i propri diritti attraverso la messa in moto del processo, "obbligando" il pubblico ministero a seguire tale decisione, in quanto "organo titolare" dell'esercizio dell'*action publique*, benché attivata dalla vittima<sup>410</sup>. Quindi, in sede di composizione penale, non si è voluto frustare il diritto della vittima di poter ricorrere ugualmente al

---

<sup>407</sup>Così M.G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese*, pag 58.

<sup>408</sup>V. ancora M.G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese*, pp. 59 ss.

<sup>409</sup>Per approfondimenti sul tema, v. R. Parizot, "*Vers une action pénale partagée?*", in *La victime sur la scène pénale en Europe*, sotto la direzione di G. Giudicelli-Délage e C. Lazerges, PUF, *Les voies du droit*, 2008.

<sup>410</sup>Il tema è molto vasto ed esulerebbe dai fini del presente lavoro. Si rinvia pertanto alla manualistica in materia, in particolare a S. Guinchard-J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, 2009, pp. 796 ss.

tribunale correzionale, il quale in tale circostanza è chiamato ad occuparsi solo degli aspetti relativi al risarcimento del danno.

Orbene, per concludere il tema relativo all'eventuale compatibilità delle misure alternative all'esercizio dell'azione penale con il principio di cui all'art. 112 Cost., merita di essere ricordata una recente sentenza della Corte costituzionale riguardante la legittimità costituzionale dell'art. 405 comma 1-bis c.p.p., (aggiunto dall'art. 3 della legge n. 46 del 2006) con riferimento agli artt. 3, 111 c.2 e 112 Cost. in cui, pur sempre all'interno dell'esplicito riconoscimento del principio di obbligatorietà come "uno strumento di garanzia che esclude manifestazioni di discrezionalità del pubblico ministero", la Corte si è espressa sottolineando come "l'esigenza di razionalità degli interventi legislativi in materia, risulta ancora più pregnante allorché essi si traducano in una previsione impeditiva dell'esercizio dell'azione penale"<sup>411</sup>.

In particolare, nel caso affrontato dalla Corte, si trattava di valutare la legittimità dell'art. 405 comma 1-bis c.p.p., il quale imponeva al pubblico ministero di chiedere l'archiviazione a fronte dell'accertamento, operato da un altro organo giurisdizionale in sede cautelare, di una situazione probatoria caratterizzata dall'insufficienza dei gravi indizi di colpevolezza. Per tutta una serie di motivi che in questa sede non è possibile affrontare, il Giudice delle leggi ha molto opportunamente dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma in esame perché lesiva dei principi d'eguaglianza (art. 3 Cost.) e di obbligatorietà dell'azione penale.

Nondimeno, tale pronuncia è interessante perché la Corte ha affermato come "il principio di obbligatorietà dell'azione penale, espresso dall'art. 112 Cost., non esclude che l'ordinamento possa subordinare l'esercizio dell'azione penale a specifiche condizioni. Affinché, l'art. 112 Cost. non sia però compromesso, simili canoni devono risultare intrinsecamente razionali e tali da non produrre disparità di trattamento fra situazioni analoghe: e ciò, alla luce dello stesso fondamento dell'affermazione costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, come elemento che concorre a garantire, oltre che l'indipendenza del pubblico ministero nello svolgimento della propria funzione, anche e soprattutto l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale". Inoltre, non viene negata la possibilità per il legislatore di modificare la fisionomia e la funzione degli istituti processuali, tuttavia la norma in questione secondo la Corte, "piegava l'istituto dell'archiviazione ad una logica completamente diversa rispetto a quella di strumento di

---

<sup>411</sup>Corte cost. sent. n. 121 del 2009, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); v. anche per approfondimenti, S. Panizza, *Fondamento e attualità del principio di obbligatorietà per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

controllo volto a verificare, in funzione di garanzia dell'osservanza del precetto dell'art. 112 Cost., che l'azione penale non venga indebitamente omessa”<sup>412</sup>.

In altri termini, l'art. 405 comma 1-*bis* c.p.p., avrebbe avuto come “inaccettabile obiettivo, quello di impedire che l'azione penale potesse essere inopportunamente esercitata, facendo venir meno la condizione minimale di coerenza di qualsiasi meccanismo di controllo, introducendo una irrazionale frattura tra le regole sulla domanda e le regole sul giudizio. Essa costringe, infatti, una parte processuale – il pubblico ministero- a chiedere un provvedimento negatorio del proprio potere di azione anche quando è ragionevolmente convinta che, alla stregua della regola di giudizio applicabile dal giudice, tale provvedimento non si giustifichi”<sup>413</sup>.

Nel caso, invece, di un'archiviazione “condizionata”, come abbiamo evidenziato, il pubblico ministero è, al contrario, ragionevolmente convinto della non necessarietà dell'esercizio dell'azione penale, ed è chiamato a operare una valutazione circa l'idoneità della misura prescelta rispetto all'interesse da tutelare, sulla base dei parametri fissati dal legislatore e successivamente sottoposti al controllo del giudice.

Quindi, sul piano interpretativo, sembra davvero eccessivo pensare che con l'art. 112 Cost. si sia voluta bandire l'inserzione di qualsiasi diaframma tra la notizia di reato e l'iniziativa del pubblico ministero. Al contrario, occorre riflettere sui benefici di un'eventuale introduzione di forme di archiviazione “meritata”, che trovano giustificazione proprio nel momento in cui si è in presenza di un “conflitto” tra privati o in situazioni di “conflitto” con lo Stato, dove l'offesa al bene giuridico, pur presente, non risulta contrassegnata da una consistente gravità, permettendo così al magistrato di risanare i contrasti ed evitare, al tempo stesso, di intasare la macchina giudiziaria.

E' importante ribadire che le proposte volte all'introduzione di strumenti alternativi al percorso processuale tradizionale, non introdurrebbero una discrezionalità assoluta, sconfinante nell'opportunità del pubblico ministero in ordine al “*se*” intervenire, ma piuttosto una discrezionalità vincolata a dei presupposti delineati a monte dal legislatore, in ordine al “*come*” intervenire. In altre parole, con *quali* modalità apportare una risposta penale efficiente ed ispirata ad altri valori costituzionalmente protetti, i quali, in alcuni casi, possono essere senz'altro considerati prevalenti rispetto a quelli meramente repressivi.

Pertanto, ciò che appare decisivo, non è escludere in radice canoni orientativi delle scelte del magistrato in ordine all'esercizio dell'azione penale, ma concepirli in maniera

---

<sup>412</sup>Corte cost. sent. n. 121 del 2009 su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>413</sup>V. ancora Corte cost. sent. n. 121 del 2009.

sufficientemente determinata, in modo che possano funzionare in egual misura per chiunque, senza camuffare gestioni arbitrarie del potere d'azione. In conclusione, da un lato occorre escludere *l'arbitrium merum* dell'organo dell'accusa e, dall'altro lato, consentire un'articolazione di moduli normativi e organizzativi flessibili, di fronte ad episodi non gravemente attentatori del bene giuridico sotteso alla fattispecie incriminatrice interessata<sup>414</sup>.

### CAPITOLO III

#### *LA COMPOSIZIONE DEI CONFLITTI NEI CONFINI DEL SISTEMA PENALE "PERIFERICO"*

##### 1) GLI ISTITUTI VIGENTI NEL RITO MINORILE E DEL GIUDICE DI PACE

Orbene, per proseguire la nostra analisi, occorre dare atto che finora si è cercato di offrire delle soluzioni *de iure condendo* alla luce dell'esperienza francese e nella consapevolezza delle difficoltà applicative che l'introduzione di strumenti orientati verso la mediazione e la riparazione richiedono. Il tutto aggravato da una legislazione non contrassegnata da una visione generale e coerente degli istituti processuali volti a tale scopo. Basti pensare che l'Italia, nonostante le ripetute sollecitazioni provenienti da differenti fonti internazionali, non possiede ancora una legge che disciplini in maniera organica la mediazione e la figura del mediatore. Questa situazione è in larga parte provocata da un "ritardo" culturale; la *restorative justice* o *justice réparatrice* è un concetto che ha

---

<sup>414</sup>Nonostante l'approvazione con il d.lgs. n. 274 del 2000, della competenza in materia penale del giudice di pace, che ha introdotto alcune forme di deprocessualizzazione (analizzate nel prossimo capitolo), non sembrano ugualmente essere prive di utilità le considerazioni sviluppate nei precedenti capitoli e volte a verificare, *de iure condendo*, l'opportunità dell'introduzione, a più ampio raggio, di forme di archiviazione *meritata* ispirate alla "terza via".

cominciato ad interessare la dottrina italiana relativamente tardi rispetto agli altri Paesi europei. I motivi di questo ritardo sono riconducibili ad un triplice ordine di ragioni: innanzitutto, vi è la forza della tradizione che per molto tempo ha impedito alla maggior parte dei giuristi italiani di spezzare il cordone ombelicale con la cultura giuridica interna, per aprirsi allo studio di altri sistemi processuali in grado di sperimentare la validità di nuovi istituti; in secondo luogo, l'immagine del processo penale il cui scopo è quello di tutelare *in primis* lo Stato, "vera vittima" dell'infrazione, ha ridotto l'interesse ad introdurre forme di tutela più attente alla posizione della vittima privata; ed infine, la presenza del principio di obbligatorietà dell'azione penale nella Carta costituzionale, interpretato in maniera massimalista, ha di fatto impedito agli studiosi di immaginare forme diverse di risposta penale, capaci di apportare altresì uno snellimento processuale<sup>415</sup>.

Nonostante ciò, bisogna cercare di riordinare il sistema, senza alcuna pretesa di presentare il "modello migliore" di Giustizia, attraverso l'analisi degli istituti esistenti. Infatti, nel nostro ordinamento processuale, i canoni di una "giustizia mite" ispirata alla riparazione e conciliazione del conflitto sociale, in teoria, sembrano sussistere. Tuttavia essi sono, da un lato, relegati all'interno di procedimenti "speciali" e, dall'altro lato, non sono stati costruiti in maniera tale da garantire un effettivo risparmio di energie processuali, probabilmente per il timore di contravvenire alla regola sancita dall'art. 112 Cost.

Ciò che è auspicabile è, invece, come abbiamo visto, una generalizzazione al procedimento ordinario degli istituti ispirati alla medesima logica, capaci però di intervenire già nella fase antecedente al processo, evitandone l'instaurazione quando in concreto esso si presenterebbe "superfluo".

A questo fine, abbiamo analizzato la possibilità di introdurre nel nostro sistema processuale forme di "archiviazione condizionata" che consentono una sorta di "messa alla prova" dell'indagato, il quale è tenuto a rispettarne il contenuto per beneficiare dell'archiviazione.

Gli obiettivi poc'anzi evidenziati, sembrano aver trovato un terreno fertile, sebbene con i limiti che vedremo, soprattutto nelle aree dei sistemi processuali "periferici", come il rito minorile e quello innanzi al giudice di pace, dedicati rispettivamente ad imputati fragili o ad illeciti bagatellari caratterizzanti ipotesi di microconflittualità<sup>416</sup>.

---

<sup>415</sup>V. M. Vogliotti, *La médiation en Italie*, [http://idt.uab.es/simposio\\_mediacion/images/papers/vogliotti](http://idt.uab.es/simposio_mediacion/images/papers/vogliotti).

<sup>416</sup>V. sul tema, C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 71 ss.

Per quanto riguarda il procedimento a carico di soggetti minorenni (nel contesto di una procedura finalizzata a garantire il rispetto delle esigenze educative degli stessi), il diritto penale consentirebbe spazi di operatività del modello di mediazione piuttosto significativi.

Infatti, sebbene nella legge sul processo minorile, il termine “mediazione” non compare mai espressamente, in realtà l’idea di una risoluzione pacifica e graduata dell’intervento penale, è comunque presente all’interno di un apparato di norme caratterizzato proprio dall’aver messo al centro del sistema il “minore” autore del reato, in un’ottica di recupero e di un rapido reinserimento dello stesso nella vita sociale<sup>417</sup>. Nel rito penale minorile, gli aspetti della giustizia “mite” si colgono proprio attraverso l’analisi degli istituti che permettono il dialogo ed evidenziano una rilevante considerazione per il concetto di effettiva “gravità” del reato, da valutare, però, in relazione al contesto sociale, personale, familiare e ambientale in cui il minore/imputato è inserito.

In altre parole, si tratta, come rilevato dalla dottrina, di una giustizia “dolce” e senza contrapposizioni, grazie all’eliminazione dalla scena processuale delle parti che potrebbero porsi in conflitto con il minorenne, rallentandone il percorso di recupero, come ad esempio la parte civile (*ex art 10 d. P.R. n. 449/1988*). Si evitano poi anche eventuali sedi di dibattito che potrebbero scatenare l’aggressività del soggetto, come l’esame incrociato (*ex art.33 d.P.R. n. 449/1988*). Vengono esclusi, inoltre, gli istituti ispirati alla negoziazione della pena o suscettibili di ridurre quasi totalmente lo spazio d’intervento del minore all’interno del procedimento, come nel caso del decreto penale di condanna<sup>418</sup>.

In Italia, tuttavia, la piena realizzazione del principio della minima offensività del processo penale minorile è sempre stata contrastata dalla previsione costituzionale del principio di obbligatorietà dell’azione penale. Tale principio, come abbiamo visto, sembra rappresentare un rigido vincolo all’apertura di forme alternative di giustizia, ostacolando così la possibilità di conformare fino in fondo le caratteristiche del sistema giudiziario alle condizioni socio-psicologiche del minore. Come vedremo, le soluzioni adottate dal legislatore del 1988, volte a limitare l’offensività del processo, si riferiscono tutte alla fase successiva all’esercizio dell’azione penale.

---

<sup>417</sup>In dottrina, fra i molti v. F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, Giuffrè, Milano, 2002; G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia ripartiva e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003; M. Pavarini, *Il rito pedagogico. Politica criminale e nuovo processo penale a carico di imputati minorenni*, in *Delitti e pene*, 1991, n. 2, pp.127 ss.

<sup>418</sup>C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 74 ss

Quasi tutti i sistemi giudiziari delle democrazie occidentali presentano, invece, misure di *diversion from court*, che hanno come obiettivo l'astensione dell'apparato della giustizia da ogni forma d'intervento, soprattutto nei confronti di soggetti minori.

In tali sistemi la fase delle indagini preliminari è caratterizzata da una vasta gamma di opportunità alternative all'esercizio dell'azione penale. Infatti, la polizia giudiziaria e gli organi della pubblica accusa, oltre a potersi astenere da qualsiasi forma d'intervento nei casi di colpa lieve e in assenza di un interesse pubblico a procedere, possono utilizzare anche modalità d'intervento attenuato<sup>419</sup>. In Italia, invece, non esistono forme di *diversion* analoghe a quelle poc'anzi descritte, e il giudice ha unicamente la possibilità di pronunciare il non luogo a procedere per irrilevanza del fatto con sentenza, solo dopo aver sentito il minore, l'esercente la potestà e la persona offesa dal reato.

Abbiamo visto come, in realtà, sono interessanti i percorsi "alternativi" che bloccano in anticipo lo svolgimento del processo nei casi in cui per l'esiguità in concreto del fatto commesso, esso potrebbe rivelarsi addirittura controproducente.

In particolare, nel rito minorile un istituto ispirato a finalità rieducative è rinvenibile nell'art. 27 d.P.R. n. 449/1988<sup>420</sup>.

Già attraverso una semplice lettura dell'art. 27 d.P.R. n. 449/1988 è possibile osservare come esso sia l'espressione del principio di minima offensività che rappresenta uno dei canoni ispiratori del processo minorile<sup>421</sup>. La struttura dell'art. 27 d.P.R. n. 448/1988 è indicativa della volontà dell'istituto di porsi più sul versante di un recupero di credibilità e idoneità della risposta istituzionale all'illecito commesso dal minore, che su quello di una mera riduzione del lavoro processuale. Non a caso la dottrina ha evidenziato che, in questa sede, la finalità deflattiva è "pedagogicamente orientata" o che si è di fronte ad una "finalità deflattiva qualificata da elementi di fatto e di personalità"<sup>422</sup>.

Infatti, la costruzione dell'irrilevanza del fatto come epilogo procedimentale ad efficacia acceleratoria, avrebbe richiesto una collocazione diversa; ovvero sulla soglia delle indagini preliminari, evitando completamente il passaggio alla fase processuale<sup>423</sup>.

---

<sup>419</sup>Ad esempio (oltre alla Francia) anche in Olanda, Austria, Germania e Stati Uniti, sono piuttosto diffuse misure che consentono alla polizia di ammonire e di avvertire anticipatamente il minore di quali siano le conseguenze della commissione di un reato, coinvolgendo eventualmente i genitori o richiedendo l'intervento dei servizi sociali.

<sup>420</sup>Tale istituto sarà analizzato anche successivamente trattando delle clausole di "irrilevanza del fatto".

<sup>421</sup>M. Colamussi, *La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: punti controversi della disciplina e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1669 ss.

<sup>422</sup>V. per approfondimenti C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 117 e F. Palomba, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 363.

<sup>423</sup>V. ancora C. Cesari, *op. cit.* p. 117.

Questa era, infatti, l'intenzione del legislatore delegato nel progetto preliminare<sup>424</sup>, secondo cui il reato poteva essere dichiarato irrilevante già in sede di archiviazione, con un notevole risparmio di tempo e di lavoro<sup>425</sup>. Nel passaggio dal disegno normativo alla versione definitiva, l'opzione fu modificata a causa del timore di un potenziale conflitto che la norma avrebbe potuto avere con l'art 112 Cost.<sup>426</sup>.

Di qui la scelta di poter considerare il fatto come "irrilevante" già nel corso delle indagini preliminari, dichiarandolo tale, però, solo con sentenza e a seguito della celebrazione di una apposita udienza in camera di consiglio.

In conclusione, l'istituto elaborato nell'art. 27 permette comunque di ottenere un risparmio di risorse, evitando il dibattimento e una laboriosa udienza preliminare, tuttavia esso non è ridotto ai minimi termini, richiedendo in ogni caso l'espletamento delle formalità necessarie all'instaurazione dell'udienza camerale, oltre che ad un contraddittorio delle parti innanzi al giudice per le indagini preliminari e ad una audizione della persona offesa<sup>427</sup>.

Secondo una parte della dottrina, la previsione di un'udienza camerale rappresenta un'inutile complicazione del percorso processuale, che burocratizza un passaggio che l'ordinamento avrebbe dovuto rendere indolore. In altre parole, si tratterebbe di un adempimento che in parte vanifica la necessità d'immediatezza e di massima semplificazione nell'espungere dal circuito penale la vicenda<sup>428</sup>. Tuttavia, è stato ragionevolmente obiettato che la comparizione dinanzi ad un giudice consente al minore un'occasione di confronto con la realtà dell'illecito commesso, in grado di evitare che la precoce fuoriuscita dal circuito processuale possa avere un effetto altamente deresponsabilizzante. Inoltre, l'estrema celerità con la quale verrebbe trattato l'affare in

---

<sup>424</sup>Art. 23 del *Progetto preliminare* sul rito minorile: "Quando, per la tenuità del fatto e per l'occasionalità del comportamento, l'ulteriore corso del procedimento non risponde alle esigenze educative del minore e a quelle di tutela della collettività, il pubblico ministero presenta al giudice richiesta di archiviazione".

<sup>425</sup>Il testo normativo originario prevedeva solo l'audizione del minore, dell'esercente la potestà e della persona offesa dal reato, senza riferimenti alla celebrazione di una udienza camerale; in seguito, la legge 5 febbraio 1992 n. 123, reintroducendo l'articolo espunto dal sistema da Corte cost. sent. n. 250 del 1991, colse l'occasione per una formulazione più chiara, contenente l'esplicito rinvio alle forme della camera di consiglio.

<sup>426</sup>Chiara è sul punto la *Relazione al testo definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, in G.U., 24 ottobre 1988, serie gen. suppl. ord., pag. 221.

<sup>427</sup>V. ancora C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, pag. 118. L'istituto di cui all'art. 27 d. P.R. 448/1988, verrà analizzato successivamente. In questa sede preme solo rilevare gli aspetti relativi alla mitezza e proporzionalità dell'intervento penale, costruito in chiave pedagogica.

<sup>428</sup>Per queste osservazioni v. anche C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, pp. 119 ss; C. Losanna, *Commento all'art. 27*, in AA. VV., *Codice di procedura penale minorile commentato*, coordinato da P. Pazé, in *Esp. giust. min.*, 1989, n. sp.; P. Dusi, *Irrilevanza del fatto e nuova formulazione*, in *Esp. giust. min.*, 1992, n. 1; A. Nicoli, *L'alternativa tra azione penale e diversione nei sistemi di giustizia minorile*, in *Crit. pen.*, 1997, n. 1-2, p. 93.

assenza di una udienza camerale, potrebbe essere avvertito dal minore come un atteggiamento rinunciatorio da parte delle istituzioni<sup>429</sup>.

E' evidente come entrambe le prospettive siano condivisibili; la prima impostazione mette in rilievo il problema dell'appesantimento del procedimento di fronte a fatti lievi da non necessitare una reazione penetrante dell'autorità giudiziaria, la quale potrebbe, in tali ipotesi, addirittura ostacolare il recupero del minore. La seconda, invece, fa leva sull'opportunità di una sede di confronto, a sfondo responsabilizzante, tra il reo, la persona offesa e il giudice, capace di non rendere impercettibile il fatto commesso e di ripristinare il legame di fiducia tra il minore e le istituzioni.

Occorre rilevare che l'idea di rendere più snello il percorso procedimentale che caratterizza la declaratoria anticipata d'irrelevanza del fatto, è una possibilità che viene segnalata da tempo. Ciò non tanto per guadagnarne in efficienza, quanto piuttosto per armonizzare l'istituto *de quo* al canone della minima offensività<sup>430</sup>.

In conclusione, dal quadro appena descritto emerge come l'aspetto della celerità nel rito minorile rimanga in secondo piano, assumendo invece un significato tutto particolare che prescinde dalle tradizionali cadenze della macchina giudiziaria per allinearsi maggiormente agli obiettivi pedagogici che infondono la struttura del procedimento<sup>431</sup>.

Orbene, per passare all'analisi di un istituto in grado di "comporre" i conflitti in un'ottica ispirata di più alla mediazione e alla riparazione, un primo accenno sembra rinvenibile nel combinato disposto di cui agli articoli 28 D.P.R. n. 448/1988 e 27 d.lgs. n. 272/1989, che disciplinano la sospensione del processo minorile con messa alla prova del minore imputato<sup>432</sup>.

La norma prevede che il giudice possa disporre con ordinanza, sentite le parti, la sospensione del processo "quando ritiene di dover valutare la personalità del minore all'esito della messa alla prova". A seguito della sospensione dell'attività processuale, il minore viene affidato ai servizi sociali per lo svolgimento di un apposito programma di recupero. Il giudice può inserire fra le prescrizioni da osservare, anche quelle dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la

---

<sup>429</sup>A. Mestitz, *L'irrelevanza del fatto: criteri e prassi applicative di tre tribunali per i minorenni*, in *Crit. pen.*, 1997, n. I-II, p. 56.

<sup>430</sup>C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale.*, pag 120.

<sup>431</sup>V. ancora, C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale.*, pp 121 ss

<sup>432</sup>M. Bouchard, *Mediazione: diritto e processo penale*, in AA. VV. , *La mediazione penale in ambito minorile*; C. Scivoletto, *Dopo dieci anni la probation minorile verso la conciliazione-riparazione?*, in *Min. giust.*, 1992, n. 2.

persona offesa. In tal caso il minore e la persona offesa entrano a far parte dell'attività di *probation*<sup>433</sup>.

Le concrete modalità di svolgimento della conciliazione sono lasciate alla valutazione degli organi a ciò preposti, i quali sono chiamati a mettere in atto una serie di pratiche dedite a favorire il “riavvicinamento” tra il reo e la vittima; si può pensare alle semplici scuse, al dialogo, alle spiegazioni dei motivi che hanno condotto il minore al “gesto” compiuto o, ancora, al compimento da parte di quest'ultimo di una attività concreta a favore della vittima.

L'istituto in esame offre pertanto un'occasione interessante per meditare sull'opportunità di introdurre una autentica procedura di mediazione (sia nel settore in esame che, come già indicato trattando dell'archiviazione condizionata, nel rito ordinario), quale pratica di *justice réparatrice* in grado di agevolare il dialogo fra le parti, ricucire i dissidi e deflazionare il carico giudiziario.

Infatti, anche nel rito minorile, non siamo di fronte ad una reale procedura di mediazione, poiché le componenti della riparazione del danno e della conciliazione, non sono state costruite come elementi essenziali della procedura.

L'art. 27 D.lgs.n. 272 del 1989 che si occupa di disciplinare le modalità concrete della messa in prova del minore, al comma 2 lett.d. afferma infatti che il progetto di intervento (elaborato dai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia in collaborazione con i servizi socio assistenziali degli enti locali) deve prevedere “tra l'altro [...] le modalità di attuazione *eventualmente* dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa”.

Risulta chiaro che, in tali termini, la componente mediatrice della *probation* minorile non ha in pratica un grande successo. La stessa giurisprudenza spesso ne sottovaluta il valore; omettendo, da un lato, di inserire le pratiche della conciliazione e riparazione come componenti necessari della messa in prova e, dall'altro lato, considerando di scarso rilievo l'eventuale fallimento della procedura, il quale in realtà potrebbe mettere in evidenza la superficialità o l'indifferenza del soggetto verso la condizione della vittima<sup>434</sup>.

Inoltre, anche la completa discrezionalità conferita al giudice di poter semplicemente “aggiungere”, come elemento eventuale e non caratterizzante della messa in prova del

---

<sup>433</sup>C. Cesari, *op. cit.*, pp. 84 ss.; A. Mestitz - M. Colamussi, *Messa alla prova e restorative justice*, in *Min. giust.*, 2000, n. 2, pp. 223 ss.

<sup>434</sup>V. più in generale, M. Bouchard, *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, in *Quest. giust.*, 1995, pp. 897 ss.

minore, le pratiche conciliative o riparatorie, dimostra come in realtà il legislatore abbia solamente “imbastito” una disciplina ispirata per certi versi alla mediazione.

In più, occorre rilevare che l’art.28 D.P.R n.448/1988 introduce uno strumento che trova spazio solo nella misura in cui è il giudice stesso a decidere in tal senso, disponendone l’attuazione nel corso del *processo* e, quindi, senza la possibilità per il pubblico ministero di avviare un percorso di mediazione in un momento antecedente.

In realtà, l’art.9 del D.P.R n.448/1988 (inserito nelle disposizioni generali) consentirebbe un intervento efficace dell’organo d’accusa in un momento anteriore al processo, in quanto stabilisce che “il *pubblico ministero* e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne al fine di accertarne l’imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili”.

In altri termini, la norma offre al pubblico ministero un importante strumento conoscitivo attraverso il quale decidere se adottare delle misure alternative calibrate sulle risorse individuali, familiari e sociali del minore, in relazione al grado di responsabilità e alla rilevanza sociale del fatto<sup>435</sup>. Si potrebbe altresì sostenere che la norma rappresenti un grimaldello per ammettere che i servizi sociali possano assumere anche il ruolo di mediatori, quando il pubblico ministero intraveda, nell’analisi presentata da questi ultimi, la possibilità di comporre il dissidio tra il minore e la persona offesa già in sede di indagini preliminari, senza dover in ogni caso attendere che il giudice sospenda (*ex art. 28 D.P.R n.448/1988*) il processo per mettere in prova il minore, affidandolo ugualmente ai servizi sociali, dove però l’aspetto della mediazione/conciliazione assume un ruolo secondario ed eventuale all’interno della dinamica processuale<sup>436</sup>.

In altre parole, evitare a monte l’ingresso del minore nel processo nei casi in cui risulti possibile già nel corso delle indagini l’adozione di un percorso di mediazione, costruito in chiave pedagogica, che assicuri la soddisfazione degli interessi della persona offesa e il reinserimento sociale del soggetto, è sicuramente una opzione da valutare, *de iure condendo*, nella prospettiva di introdurre una disciplina organica che regoli compiutamente la materia della mediazione.

---

<sup>435</sup>V. per approfondimenti E. Lanza, *Mediazione e procedimento penale minorile*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, a cura di A. Pennisi, Giuffrè, Milano, 2004; G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia ripartiva e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003.

<sup>436</sup>Vedi tuttavia sul punto le osservazioni di C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, pp.126 ss; S. Ceccanti-L. Rabesco-A. Regini, *La mediazione penale minorile nell’esperienza di Venezia*, in AA.VV., *Prassi e teoria della mediazione*, pp. 83 ss.

Più attento nei dettagli normativi è stato, invece, il decreto legislativo sul procedimento penale innanzi al giudice di pace, il quale contiene alcuni istituti propri dei modelli di giustizia “mite”, non nell’ottica di tutelare un soggetto “fragile” (come accade nel rito minorile), ma come metodi alternativi di risoluzione delle controversie<sup>437</sup>.

La neutralità degli strumenti a disposizione del giudice di pace, fa sì che gli stessi potrebbero in futuro rappresentare valide basi di partenza per una loro espansione anche al procedimento ordinario, sebbene con alcuni accorgimenti.

L’art. 2 c. 2 del d.lgs. n. 274 del 2000 afferma che “nel corso del procedimento il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti”. L’art. 29 del d.lgs. n. 274 del 2000, concretizza il principio generale espresso nell’art. 2 c.2.

Orbene, la mediazione è entrata nel sistema processuale penale proprio attraverso l’art. 29 del d.lgs.274/2000, il quale ha costruito l’istituto in maniera piuttosto complessa. Dapprima, infatti, si fa riferimento a un’attività rimessa alla competenza del giudice nel momento in cui egli è chiamato a promuovere il tentativo di conciliazione. Si tratta, in particolare, di un tentativo di conciliazione che il giudice di pace deve svolgere, per i reati perseguibili a querela, nell’udienza di comparizione.

In tale settore il legislatore ha previsto la possibilità per il giudice di favorire la riconciliazione tra le parti, offrendo loro un periodo di riflessione il cui termine massimo è di due mesi. Ed è in questa fase che il giudice può avvalersi dell’opera di strutture pubbliche o private competenti a svolgere propriamente l’attività di mediazione. Tale attività, volta a risanare i contrasti tra vittima e reo, si traduce in seguito a livello processuale in una remissione della querela (o in una rinuncia al ricorso *ex art.21*) e, conseguentemente, con l’estinzione del reato.

All’interno del percorso “conciliativo”, il ruolo rivestito dalla persona offesa è più attivo rispetto a quello giocato nel processo minorile; la partecipazione della persona offesa è indispensabile affinché si possa pervenire ad una remissione della querela.

Gli aspetti particolari del tentativo di conciliazione possono cogliersi nelle modalità di realizzazione dello stesso.

Il giudice gode, infatti, di uno spiccato tasso di discrezionalità nel decidere l’opportunità del rinvio, del periodo di tempo necessario al compimento della pratica di conciliazione e della necessità o meno di avvalersi dell’ausilio di strutture esterne specializzate per dar vita ad una attività di mediazione. In altre parole, è come se la norma avesse creato un

---

<sup>437</sup>C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, pp. 89 ss; D. Chinnici, *Il giudice di pace: profili peculiari della fase del giudizio e riflessioni in margine alla “scommessa” sulla mediazione*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 887 ss.

“doppio” percorso per giungere alla conciliazione; uno *giudiziale*, innanzi al giudice in udienza (dove è prevista la possibilità per quest’ultimo di svolgere direttamente un’attività in tal senso) e uno *extragiudiziale*, con un differimento della decisione e con il ricorso ad un esperto in grado di facilitare l’incontro delle parti<sup>438</sup>.

Tuttavia, la procedura di mediazione non è regolamentata in alcun modo. Essa si trova inserita in uno spazio adiacente al processo, dove, però gli operatori della mediazione, svolgono in piena autonomia le loro funzioni, con il rischio d’interventi del tutto disomogenei<sup>439</sup>. Pertanto sarebbe auspicabile un intervento legislativo capace di organizzare in maniera organica le modalità d’azione degli operatori all’interno della mediazione collegata al settore penale.

Come evidenziato anche dalla dottrina, sono evidenti le differenze tra un’attività giudiziale di conciliazione e un’attività extragiudiziale di mediazione. Nel primo caso si è di fronte ad un contatto diretto delle parti innanzi al giudice, in un’aula giudiziaria, alla presenza dei difensori, dove la documentazione dell’attività svolta viene interamente verbalizzata. Quindi, si è all’interno di un contesto altamente formalizzato.

Nel caso della mediazione, invece, l’attività è svolta all’esterno, in un ambiente sicuramente meno formale e maggiormente idoneo ad agevolare l’incontro delle parti (preferibilmente, almeno nei primi contatti, senza la presenza dei difensori), grazie anche alla non documentazione di ciò che accade in tale sede<sup>440</sup>.

Il punto fondamentale è quello allora di evitare l’equivoco che vede la mediazione come un’attività esercitabile anche dal giudice all’interno del processo. Invero, il tentativo di conciliazione che il giudice è chiamato a svolgere, in caso di esito negativo, dovrebbe limitarsi a dare impulso alle pratiche di mediazione, per poi registrarne semplicemente il risultato finale. Invece, nell’art.29 il giudice interviene in prima persona e può rinunciare completamente al sostegno di personale esperto<sup>441</sup>. Tuttavia, il giudice di pace non ha la competenza necessaria per guidare un percorso di mediazione vero e proprio. Inoltre, è la sua stessa posizione istituzionale “di organo deputato a decidere” che, di fatto, impedisce

---

<sup>438</sup>Per approfondimenti, C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, pp. 90 ss.

<sup>439</sup>V. ancora C. Cesari, *op.cit.* p. 90 e Patané, *La mediazione*, in AA.VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. Giostra e G. Illuminati, Giappichelli, Torino, 2003, secondo cui le modalità di intervento dei mediatori devono ritenersi demandate alla discrezionalità del giudice, sino a quando non intervengano almeno disposizioni sul punto.

<sup>440</sup>C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, pp. 91 ss.

<sup>441</sup>V. ancora sul punto Patané, *La mediazione*, pp. 367 ss ; V. per approfondimenti, C. Sotis, *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, a cura di G. Mannozi, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 47 ss.

la possibilità per lo stesso di assumere il ruolo di soggetto radicalmente estraneo al conflitto (tipica del mediatore)<sup>442</sup>.

Non vanno sottaciuti poi i rischi che una mediazione inserita e svolta all'interno del processo potrebbe comportare.

Invero, se l'art.29 consegna al giudice uno strumento singolare, bisogna non sottovalutare il peso dell'influenza esercitata da quest'ultimo sulle parti e, segnatamente, sul reo, nel momento in cui egli è chiamato ad "agevolare" la composizione del conflitto con la persona offesa. Alcuni commentatori sostengono, infatti, che le pratiche di mediazione richiederebbero un'ammissione di responsabilità da parte dell'autore del reato, poiché questo elemento rappresenterebbe il presupposto logico per dare inizio ad un dialogo costruttivo e ad un pacifico confronto con la vittima<sup>443</sup>. Tuttavia, come evidenziato più volte nel presente lavoro, non si ritiene che nella mediazione, in generale, e per le tecniche di riparazione, in particolare, il soggetto debba ammettere la propria responsabilità<sup>444</sup>.

Quindi, soprattutto quando è il giudice stesso ad intervenire, il soggetto non può essere "costretto" in via esplicita o implicita a riconoscere la propria colpevolezza; pena la violazione del principio della presunzione d'innocenza. L'unico elemento semmai astrattamente compatibile è quello di una "non contestazione" dei fatti da parte del soggetto, dalla quale viene fatto partire il cammino per giungere ad una conciliazione o ad una mediazione.

Piuttosto, va rilevato come in realtà il problema di agevolare il dialogo e il confronto costruttivo fra le parti può trovare un terreno più fertile solo se viene collocato fuori dalla sede processuale e davanti a soggetti esterni al circuito giudiziario.

Molto opportunamente la dottrina ha evidenziato i rischi legati al fallimento di una attività di conciliazione condotta dal giudice di pace.

---

<sup>442</sup>L. Picotti, *Giudice di pace e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Verso una giustizia penale "conciliativa"* e C. Cesari, *op. cit.*, pp. 92 ss.

<sup>443</sup>V. Patané, *La mediazione*, pp 365 ss., secondo cui "se non proprio un esplicito riconoscimento si responsabilità da parte dell'imputato per lo meno l'ammissione dei fatti posti a base dell'imputazione o, al limite, la mancata contestazione degli stessi, dovrebbe rappresentare, la *condicio sine qua non* per la praticabilità dell'ipotesi mediativa". Tale opinione trova, in parte sostegno, nelle fonti internazionali, come ad esempio nella Raccomandazione R (99) 19, dove è affermato che "*the basic facts of a case should normally be acknowledged by both parties as a basic of mediation*", fermo restando che "*participation in mediation should not be used as evidence of admission of guilty in subsequent legal proceedings*".

<sup>444</sup>Del resto, come abbiamo visto, anche nel sistema francese, non è richiesto un riconoscimento di responsabilità da parte del soggetto che intraprende la strada della mediazione.

In quest'ultima ipotesi il processo riprende, infatti, il suo percorso "naturale", portando con sé il pericolo che le dichiarazioni rese nel momento deputato al tentativo di conciliazione, possono ripercuotersi direttamente o indirettamente, sulla decisione finale. Sebbene l'art. 29 c. 4 d.lgs n. 274/2000 assicuri, in caso di fallimento della conciliazione, la non utilizzabilità delle dichiarazioni rese dalle parti, è difficile immaginare che le dichiarazioni pervenute alla conoscenza del giudice possano ritenersi "escluse" dalla psiche di quest'ultimo nel momento in cui è chiamato a decidere. Un giudice che ha cercato un riavvicinamento tra opposti interessi, attraverso un comportamento "attivo", non può essere considerato come un soggetto "non coinvolto", laddove egli, per mettere in contatto le parti, è costretto inevitabilmente a udirne le ragioni e a valutarne gli atteggiamenti. E il rischio diventa maggiore proprio nei casi in cui il giudice oltrepassa il normale *standard* della sollecitazione per giungere ad una conciliazione, inserendosi energicamente nella discussione. In tali casi è lecito dubitare del rispetto del principio d'imparzialità<sup>445</sup>.

Invece, nell'ipotesi in cui il fallimento interviene a seguito di una pratica di mediazione extragiudiziale, il disposto dell'art. 29 c. 4 d.lgs n. 274/2000 deve essere interpretato in maniera rigida, per evitare aggiramenti alla regola dell'inutilizzabilità attraverso, ad esempio, le dinamiche delle testimonianze indirette o per il tramite di relazioni dei mediatori troppo ricche nei dettagli<sup>446</sup>. Per questo in dottrina si sostiene che le relazioni dei mediatori professionali, dovrebbero essere il più sintetiche possibile, dovendo l'operatore limitarsi a riferire l'esito dell'attività di negoziazione svolta, senza illustrare né i termini dell'accordo, né il percorso che ha portato eventualmente alla composizione del conflitto<sup>447</sup>.

Orbene, nonostante esistano nel nostro ordinamento esempi di risoluzione alternativa delle controversie, occorre evidenziare che gli strumenti di "giustizia mite" potrebbero presentare punti di frizione con i principi fondamentali del processo penale, soprattutto a seguito dell'introduzione, con l. cost. del 23 novembre 1999 n. 2, di cinque nuovi commi all'art. 111 Cost., dove al principio dialettico e, in particolare, al contraddittorio nella formazione della prova, è riservato un ruolo centrale all'interno delle garanzie del sistema

---

<sup>445</sup>V. per queste osservazioni C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*. pp. 93-94 ; A. Maneschi, *La giustizia penale riparatoria demandata al giudice di pace*, in *Il giudice di pace*, 2002, p.252; G. Amato, *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, in *Guida al diritto*, 2000, n. 38, p. 112 ss. Si ritiene, tuttavia, che il comportamento del giudice nel tentativo di conciliazione non ne comprometta l'imparzialità al punto tale da far ravvisare nella fattispecie un nuovo caso di incompatibilità *ex art. 34 c.p.p.*

<sup>446</sup>C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit. pag. 93.

<sup>447</sup>G. Fidelbo, voce *Giudice di pace* ( nel dir .proc. pen.), in *Dig. Disc.pen.*, agg., II, Utet, Torino, 2004, p. 291.

processuale. Per questo, nell'ottica di un futuro inserimento delle pratiche "alternative" all'interno del procedimento penale, bisognerà tener conto di ulteriori aspetti, indispensabili per la costruzione di strumenti efficaci.

Invero, nel modello del "giusto processo" disegnato dall'art. 111 Cost., la contrapposizione tra le parti è l'anima della dinamica processuale e il contraddittorio ne rappresenta la manifestazione tipica. Attraverso l'esame incrociato, le parti contribuiscono alla formazione della prova e offrono al giudice gli elementi necessari per la decisione finale<sup>448</sup>. La stessa dottrina ha da tempo sottolineato come il metodo dialettico sia il miglior metodo ideato dagli uomini per l'accertamento della verità degli enunciati, il cui conseguimento, se riguardante le affermazioni fattuali delle parti, costituisce il presupposto storico per poter adeguatamente decidere quale sia la legge applicabile al caso concreto. Garantire a ciascuna di esse di poter presentare alle altre parti e al giudice, l'insieme dei dati probatori, giuridici e argomentativi, ritenuti più idonei a sostenere la propria tesi, intervenendo su analoghi elementi presentati dalle altre o inseriti d'ufficio nel materiale processuale, significa anche consentire un espletamento della funzione giurisdizionale conforme a uno dei canoni fondamentali di qualunque ricerca della verità<sup>449</sup>.

Nella giustizia "mite", invece, le parti si confrontano senza contrapporsi; la comunicazione tra loro non è contraddittorio ma dialogo privo di scansioni rigide, caratterizzato da tempi modulabili, da ritmi non serrati e da toni agevolanti la conciliazione e la transazione, piuttosto che da un'aggressività dialettica derivante da soggetti con punti di vista antitetici<sup>450</sup>. In altre parole, il metodo dialettico, all'interno dei percorsi alternativi, resta ai livelli del dialogo, senza necessariamente trasformarsi in "scontro".

Proprio per questi motivi le pratiche della mediazione (o ripartivo-conciliative) hanno maggiore efficacia quanto più sono collocate a ridosso del fatto commesso, dove gli interessi dei soggetti coinvolti sono ancora suscettibili di essere ricomposti attraverso un'attività meno incisiva. In tal modo, poi, verrebbe a prodursi anche un effetto deflattivo più consistente, proprio perché la risoluzione del conflitto è inserita in una fase precoce

---

<sup>448</sup>Per approfondimenti, v. C. Conti, voce *Giusto processo* (dir. proc. pen.), in *Enc.dir., agg.*, V, Giuffrè, Milano 2001; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>449</sup>In questi termini, G. Ubertis, *Argomenti di procedura penale*, II, Giuffrè, 2006, pp. 13 ss.

<sup>450</sup>In questi termini, C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, pp. 100 ss.

del procedimento<sup>451</sup>. Lasciando, invece, al processo e al metodo del contraddittorio solo ciò che risulta oggettivamente bisognoso di un approfondimento giudiziario; questo, con un recupero in termini di qualità dell'accertamento, potendo il giudice dedicare più tempo ed energie a fatti caratterizzati da notevole complessità.

Infatti, è stato osservato come la collocazione della mediazione in una fase successiva all'esercizio dell'azione penale e quindi in pieno processo, potrebbe snaturarne la funzione, riducendola ad una attività trattamentale, assimilabile alla applicazione di una pena alternativa dopo la condanna<sup>452</sup>. Pertanto, ne consegue che la collocazione procedimentale ritenuta più adatta alla mediazione e alla riparazione è quella delle indagini preliminari, che consente, in caso di successo, di risolvere la controversia totalmente fuori dalla sede giudiziaria, dandone atto nella sequenza procedimentale con la semplice richiesta di archiviazione<sup>453</sup>.

## 2) LA COMPOSIZIONE DEI CONFLITTI NEL SISTEMA PENALE

Fino all'introduzione della legge istitutiva della competenza penale del giudice di pace, parlare di mediazione o di tecniche alternative alla risoluzione di conflitti, sarebbe stato quasi surreale. Per definizione, infatti, il diritto penale ha sempre seguito prevalentemente una logica di tipo sanzionatorio, astrattamente incompatibile con quella della mediazione. Tuttavia, anche prima della promulgazione della legge che ha affidato al giudice di pace la competenza su un nucleo ristretto ma significativo di fattispecie codicistiche, il diritto penale si è avvalso di prassi e strumenti sanzionatori aventi punti di contatto con il paradigma conciliativo<sup>454</sup>.

---

<sup>451</sup>V. C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit. pag. 103; Patané, *Ambiti di attuazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione*, in AA.VV., *Mediazione penale: chi, come, dove, quando*, a cura di A. Mestiz, Carrocci, Roma, 2004, pp. 27 ss.

<sup>452</sup>V. M. Pavarini, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in AA.VV., *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 1998, pp. 17 ss; F. Ruggieri, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 1999, pp. 19 ss.

<sup>453</sup>V. per approfondimenti sul punto C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit. pp. 103 ss; ancora V. Patané, *Ambiti di attuazione*, op. cit. p. 28 e G. Cosi, *Vendetta, pena, mediazione: dalla retribuzione alla restituzione*, in AA.VV., *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, a cura di G. Cosi, M.A. Foddai, Giuffrè, Milano, 2003, p. 126.

<sup>454</sup>V. G. Mannozi, *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 20 ss.

La prima forma di conciliazione all'interno del sistema penale può essere rinvenuta nell'istituto della composizione bonaria dei conflitti prevista dal Testo unico di pubblica sicurezza. Tale modello conciliativo avente natura discrezionale, si sviluppa in una sede del tutto informale. L'art. 1 del T.u.l.p.s, prevede, infatti, che l'autorità di polizia vegli, tra l'altro, sulla sicurezza dei cittadini.

A questo fine, la norma consente che la medesima autorità sia invitata, per mezzo dei suoi ufficiali e a richiesta delle parti, a provvedere alla composizione bonaria dei dissidi privati. In generale, questo accade quando la presa di contatto tra le forze dell'ordine e il presupposto responsabile sfocia, talora alla presenza della vittima, in un accordo che prende forma di un intervento "sospeso" a certe condizioni<sup>455</sup>. Si pensi, ad esempio, ai conflitti legati alla prostituzione o allo spaccio di sostanze stupefacenti che insidiano la sicurezza dei cittadini in determinate zone urbane<sup>456</sup>.

Un altro istituto, presente, però, nel codice di rito era quello, già analizzato in precedenza, del tentativo facoltativo di conciliazione ad opera del pubblico ministero, previsto nell'abrogato art. 564 c.p.p. del rito pretorile.

La norma attribuiva al pubblico ministero un potere specifico di attivazione volto a ricucire il dissidio provocato dal reato, in vista della remissione di querela. In definitiva, tale attività poteva condurre, con accordo della vittima, alla rinuncia statutale a perseguire l'illecito, riportando il conflitto alla sua dimensione privata<sup>457</sup>.

L'attività compiuta dal pubblico ministero non era tecnicamente riconducibile al paradigma della mediazione, ma si avvicinava di più al meccanismo della "conciliazione-riparazione"<sup>458</sup> (analogamente a quello che viene svolto oggi dal giudice di pace ex art. 29 d.lgs. n. 274 del 2000). Abbiamo visto, infatti, che la mediazione in senso proprio implica "l'intervento di una persona che sia in posizione di terzietà rispetto alle parti in causa: cosa che non si può dire del pubblico ministero"<sup>459</sup>.

La riforma istitutiva del giudice unico di primo grado e del rito monocratico, ha portato all'abrogazione della norma in esame, facendo venir meno il tentativo facoltativo di conciliazione del pubblico ministero, ed ha introdotto corrispondentemente all'art. 555 c.

---

<sup>455</sup>V. M. Bouchard, *La galassia delle tutele (ovvero la risoluzione dei conflitti dentro e fuori della giurisdizione)*, in *Questione giustizia*, 1999, p. 687 ss.

<sup>456</sup>V. G. Mannozi, *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 21 ss.

<sup>457</sup>G. Mannozi, *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 22 ss.

<sup>458</sup>Per approfondimenti v. Bonafé-Schimtt, *La médiation: une justice douce*, Parigi, 1992, p. 107.

<sup>459</sup>M. Delmas Marty, *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Chiavario, Padova, 1988, p. 592.

3 c.p.p. l'onere per il giudice di verificare, per i reati perseguibili a querela, se il querelante è disposto a rimetterla e il querelato ad accettarla.

Occorre chiedersi se a seguito di tale norma sia oggi totalmente impedita al pubblico ministero qualsiasi attività a sfondo conciliativo, avendo la stessa incentrato il tentativo di conciliazione in una fase propriamente processuale. In realtà, escludere completamente la possibilità per il pubblico ministero di verificare la sussistenza in concreto dei presupposti necessari per pervenire ad una remissione di querela, appare un'opzione non adeguatamente giustificata. Infatti, è difficile immaginare che il giudice, prima dell'apertura del dibattimento, senza avere accesso agli atti d'indagine e senza conoscere pressoché nulla della controversia, possa rendersi protagonista di una seria ed efficace proposta di definizione anticipata della controversia<sup>460</sup>.

### 3) LE IPOTESI ISPIRATE ALLA RIPARAZIONE

All'interno del sistema penale troviamo poi degli istituti incentrati principalmente sull'idea della riparazione del danno che hanno poco in comune con le logiche del perdono o della riconciliazione.

Sebbene in questa sede non sia possibile compiere un'analisi esaustiva di tali istituti, conviene ugualmente soffermarsi brevemente sugli stessi, al fine di porre in risalto lo spazio accordato dal legislatore a strumenti di tipo riparativo.

In particolare, si fa riferimento da un lato, all'art. 35 del d.lgs. n. 274 del 2000, dove il legislatore ha innestato in seno al procedimento innanzi al giudice di pace un'ipotesi di estinzione del reato che si giustifica per l'eliminazione delle conseguenze negative dell'illecito, attraverso una condotta riparatoria ad esso successiva e, dall'altro lato, al d.lgs. n. 231 del 2001, che ha introdotto una forma di responsabilità amministrativa della persona giuridica *ex crimine*; ovvero per illeciti amministrativi derivanti dai reati commessi da dipendenti o da soggetti che rivestono nella organizzazione della persona giuridica una posizione apicale, prevedendo altresì un autonomo sistema sanzionatorio.

---

<sup>460</sup>V. per approfondimenti G. Mannozi, *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, a cura di G. Mannozi, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 23.

Orbene, partendo dall'art. 35 del d.lgs. n. 274 del 2000, la norma offre all'imputato la possibilità di dimostrare di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento del danno e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato. Qualora, poi, l'imputato provi di non aver potuto procedere alla riparazione del danno (prima dell'udienza di comparizione), egli potrà chiedere al giudice una sospensione del processo a tale scopo.

La sospensione è rimessa alla valutazione del giudice, il quale potrà concederla per un periodo massimo di tre mesi, anche imponendo specifiche prescrizioni, verosimilmente attinenti alle modalità della condotta ripartiva. L'avvenuta riparazione, se idonea a soddisfare le esigenze di riprovazione dell'illecito e quelle di prevenzione, estingue il reato.

Anche in questo caso, il legislatore ha costruito lo strumento della riparazione innestandolo all'interno della fase processuale quando, invece, specialmente per i reati attribuiti alla competenza del giudice di pace, avrebbe potuto collocarlo già nella fase delle indagini, assegnando tale compito al pubblico ministero. Ciò, sulla falsariga di quanto accade nel sistema francese, dove ai sensi dell'art. 41-1 *c.p.pén.* è prevista come forma di archiviazione "condizionata", ispirata alla logica della graduazione dell'intervento penale, la possibilità per il pubblico ministero di domandare all'autore dei fatti di provvedere alla riparazione del danno.

Più da vicino, l'istituto di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 274 del 2000, presenta una spiccata componente "mite" rinvenibile nella circostanza che, una volta cancellati gli effetti sensibili del reato e soddisfatta l'eventuale persona offesa con l'equivalente monetario o naturale del bene giuridico implicato, l'ordinamento reputatosi soddisfatto abbandona la prospettiva di una pena che, come ricordato dalla dottrina, rappresenterebbe una inutile superfetazione retributiva<sup>461</sup>.

Pertanto è condivisibile l'opinione secondo cui l'obiettivo della giustizia mite non è solo quello di ottenere una riconciliazione tra la vittima e l'autore del reato, peraltro non sempre possibile, ma anche quello di dare al reato risposte veloci e significative, facilmente comprensibili dai singoli e dalla collettività. In tale ottica, la riparazione è una delle strategie a disposizione del legislatore per far sì che l'autore del fatto si faccia carico della propria condotta, eliminandone gli effetti negativi, in tempi brevi e senza l'ingresso

---

<sup>461</sup>V. ancora C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit. pag. 94.

nel circuito giudiziario<sup>462</sup>. In altre parole, anche attraverso le forme di riparazione è possibile intravedere la funzione pedagogica che tali strumenti possono contribuire ad infondere nel procedimento penale, ancor prima e, meglio, di quanto potrebbe accadere a processo avviato.

Per quanto riguarda, invece, il d.lgs. n.231 del 2001, occorre ricordare brevemente che gli strumenti punitivi previsti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato commessi dalle persone giuridiche, sono le sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive, la confisca e la pubblicazione della sentenza<sup>463</sup>.

Innanzitutto, bisogna precisare che a prescindere dal tipo di responsabilità e dell'inquadramento sistematico delle sanzioni previste dal d.lgs. n.231 del 2001, ciò che rileva ai fini del presente lavoro è verificare la struttura degli strumenti riparativi presenti nel modello punitivo creato per l'ente.

La prima condotta riparativa è quella prevista dall'art. 12, c.2 d.lgs. n. 231/2001, secondo cui la sanzione pecuniaria irrogabile può essere ridotta da un terzo alla metà se prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado “l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso”<sup>464</sup>.

La seconda ipotesi riparativa è disciplinata dall'art. 17 del d.lgs. 231 del 2001. Tale articolo prevede che l'ente possa non subire le sanzioni interdittive qualora, congiuntamente alle ipotesi di cui all'art.12, n. 2, ricorrano due ulteriori condizioni: l'adozione dei c.d. “protocolli preventivi” e la messa a disposizione, da parte dell'ente, del profitto conseguito ai fini della confisca.

In generale è possibile osservare come l'art. 12 ha introdotto una previsione conosciuta dal diritto penale, essendo dal punto di vista sistematico ascrivibile al paradigma del diritto penale premiale<sup>465</sup>. Basti pensare, infatti, all'attenuante codicistica di cui all'art. 62 n.6 c.p., la quale tuttavia si differenzia dagli articoli 12 c.2 e 17 d.lgs. n. 231/2001 per il fatto che in questi ultimi le condizioni del risarcimento del danno e della riparazione delle conseguenze dannose della condotta, sono richieste cumulativamente e non

---

<sup>462</sup>C. Cesari, *op. cit.* pag. 95.

<sup>463</sup>Le letterature in materia è vastissima. In particolare, v. De Vero, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, a cura di Garuti, *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002; R. Guerrini, *La responsabilità da reato degli enti e la loro natura*, Il Leccio, 2005; Pulitanò, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 415.

<sup>464</sup>V. G. Mannozi, *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 31 ss; V. Folla, *Le sanzioni pecuniarie*, in *La responsabilità amministrativa degli enti: d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2002, a cura di Alessandri.

<sup>465</sup>Per approfondimenti, v. R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 149.

alternativamente. In ogni caso in entrambe le norme viene valutato, a fini premiali, anche lo svolgimento di attività capaci di riparare le conseguenze dannose o pericolose della condotta illecita. In altre parole si è di fronte ad una valorizzazione dell'elemento soggettivo della condotta riparativa che non viene annullato dal mancato raggiungimento oggettivo della completa elisione delle conseguenze dannose o pericolose della condotta<sup>466</sup>.

Inoltre, all'interno della disciplina pensata per la responsabilità amministrativa dell'ente, la condotta riparativa può avere un'efficacia totalmente estintiva rispetto alle sanzioni interdittive e non solo attenuante delle pene principali.

Tale aspetto, come evidenziato anche dalla dottrina, denota il progressivo riconoscimento da parte dell'ordinamento, del crescente rilievo assunto dalla riparazione, incoraggiata, nella specie, grazie ad un'offerta vantaggiosa: la rinuncia ad applicare le sanzioni interdittive (*ex art.13 d.lgs. n.321 del 2001*)<sup>467</sup> che sono quelle più temute dalla persona giuridica.

In altri termini, la condotta riparativa di cui all'art.17 sommata a quella prevista dall'art. 12 c. 2 del d.lgs. n.321 del 2001, consente alla persona giuridica di beneficiare totalmente del "premio" riconosciuto dalle norme in esame, senza che sia richiesta un'effettiva collaborazione processuale come accadeva ad esempio nella legislazione degli anni Ottanta<sup>468</sup>.

In conclusione, nella legge sulla responsabilità amministrativa degli enti, la presenza d'istituti a carattere riparativo, benché modesta, risulta in ogni caso più consistente rispetto a quella che ha caratterizzato la precedente legislazione a struttura premiale.

Invero, è stato osservato come il riconoscimento di un'efficacia premiale ad attività di natura riparatoria sembra essere del tutto autonomo dalla componente confessoria<sup>469</sup>. In altre parole, il vantaggio previsto dal d.lgs. n.231 del 2001 per la persona giuridica che si determina a ristorare il danno, è costruito sulla base della capacità della stessa a porre in essere delle condotte risarcitorie e riparatorie.

---

<sup>466</sup> V. ancora G. Mannozi, *Mediazione e diritto penale*, pp. 31-32.

<sup>467</sup> G. Mannozi, *Mediazione e diritto penale*, *op.cit.* pp. 33 ss.

<sup>468</sup> In particolare nell'art. 2 della legge n.304 del 1982 in tema di collaborazione processuale, oltre "all'elisione delle conseguenze dannose" veniva richiesta anche la "confessione" di tutti i reati commessi e posta in alternativa alla condotta impeditiva della commissione di reati connessi con l'associazione a delinquere. V. ancora G. Mannozi, *op.cit.* pag. 33. Per un'analisi dell'art. 2 della legge n. 304 del 1982, F. Palazzo, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985.

<sup>469</sup> V. G. Mannozi, *Mediazione e diritto penale*, *op. cit.* pag.34.

#### 4) OSSERVAZIONI SUL RUOLO E SULLA COLLOCAZIONE DELLE CLAUSOLE DI “IRRILEVANZA DEL FATTO”

Prima di concludere il presente lavoro volto a valutare se esistono “spazi” nel nostro sistema processuale in grado di comporre la tensione culturale tra l’opzione per una giustizia efficiente e il miraggio di una giustizia mite dedita alla riconciliazione, è utile scorgere lo sguardo su alcuni progetti legislativi dai quali emergono altrettanti spunti di riflessione in relazione ai possibili condizionamenti sull’attività del pubblico ministero.

Sotto questo profilo il richiamo alla legislazione francese appare di minore utilità, poiché siamo all’interno di proposte intese, eventualmente, a incidere sull’archiviazione “secca”, la quale è fisiologica all’interno di un sistema processuale sorretto dal principio d’opportunità dell’azione penale che lascia alla libera valutazione del *procureur de la République* la scelta “*de ne pas poursuivre*” e di rispondere con lo strumento archiviativo di fronte ad episodi non caratterizzati da un rilevante coefficiente di gravità<sup>470</sup>.

All’interno del dibattito scientifico e politico sono state suggerite soluzioni volte a distribuire al meglio le risorse disponibili, attraverso l’introduzione d’istituti fondati sull’“irrilevanza del fatto”, che sembrano porsi come interessanti alternative all’istituzione dei criteri di priorità.

Da tempo si discute, infatti, sull’opportunità di inserire nell’ordinamento previsioni che consentano la non instaurazione del processo penale nelle ipotesi di concreta inidoneità offensiva del fatto, in relazione alle modalità della condotta e al peso delle sue conseguenze<sup>471</sup>. L’obiettivo di fondo è quello di estromettere dall’ambito processuale tutte quelle ipotesi non contrassegnate da una “oggettiva” gravità, in modo da concentrare le risorse disponibili su episodi realmente meritevoli di tutela penale e, allo stesso tempo, di riassegnare funzionalità al sistema in termini di efficienza.

In altre parole, oggi assistiamo ad un fenomeno nel quale la necessità di deflazionare i processi e di rendere più agile la persecuzione dei reati, induce il diritto penale a mutare

---

<sup>470</sup>Tuttavia, come già osservato, le valutazioni operate in concreto dal singolo *parquet*, possono essere “corrette” o “orientate” dal superiore gerarchico, attraverso direttive generali o particolari relative al singolo caso. Sull’organizzazione “piramidale” degli uffici del pubblico ministero francese, sul potere e sui limiti in cui si concreta l’intervento gerarchico del Ministro della giustizia, v. oltre che la prima parte del presente lavoro, anche G. Stefani-G. Levasseur-B. Bouloc, *Procédure pénale*, XVI ed., Dalloz, Paris, 1996 e M.G. Aimonetto, *op. cit.* pp. 47 ss.

<sup>471</sup>I. Frioni, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell’esercizio dell’azione penale*, in *Cass.pen.*, 2002, p. 571; V. Zagrebelsky, *L’obbligatorietà dell’azione penale. Un punto fermo, una discussione mancata, un problema attuale*, in *Cass. Pen.*, 1992.

ruolo e a “servire” il processo<sup>472</sup>. Questo dato sembra essere confermato anche dalle proposte di modifica al codice penale, ispirate ai principi del “diritto penale minimo”, dove l’irrelevanza del fatto viene analizzata come strategia di deflazione complementare alla depenalizzazione e associata, sia pure con le dovute distinzioni, all’inoffensività del fatto di reato<sup>473</sup>.

Pertanto è utile passare rapidamente in rassegna alcuni dei progetti di legge di riforma del codice penale e di procedura penale, nei quali è stato affrontato il problema delle clausole di “irrelevanza del fatto”<sup>474</sup>.

Tra i primi progetti di legge che si sono occupati più da vicino dell’irrelevanza del fatto, troviamo il n. 4625/C del 1998 e il n. 4625-*bis* del 1998.

In particolare, il secondo aveva previsto l’applicabilità dell’istituto “per i reati per i quali la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni ovvero una pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena”, “quando, rispetto all’interesse tutelato, l’esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché le modalità della sua condotta, la sua occasionalità, valutata anche in relazione alla capacità a delinquere del reo, e il grado di colpevolezza, non giustificano l’esercizio dell’azione penale”, sempre che “vi è stata la richiesta del pubblico ministero o dell’imputato”, ed ancora, in caso di avvenuto esercizio dell’azione penale, “se l’imputato non si oppone”<sup>475</sup>.

Gli scopi perseguiti nel d.d.l n. 4625-*bis* venivano chiariti nella relazione di accompagnamento della sua versione originaria, il d.d.l. n. C.4625, dove era precisato che “l’istituto dell’irrelevanza penale del fatto, analogamente a quanto avviene in altri Paesi europei, tende a fornire una risposta, in sinergia con i descritti meccanismi interni ed esterni di autoriduzione, all’istanza di deflazione del sistema penale che costituisce un obiettivo largamente condiviso e irrinunciabile”.

L’irrelevanza del fatto è stata affrontata anche nel Progetto della Commissione Grosso, relativo alla riforma della parte generale del codice penale e presentato il 26 maggio 2001<sup>476</sup>.

---

<sup>472</sup>I. Frioni, *op.cit.*, p. 574; M. Donini, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del “sistema”*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1654.

<sup>473</sup>V. ancora I. Frioni, *ibidem*. Inoltre si veda sul punto la *Relazione della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale* (Commissione “Grosso”) istituita con d. m. 1° ottobre 1998, in [www.giustizia.it/riforma-cp.htm](http://www.giustizia.it/riforma-cp.htm), dove vi è la sintesi della Commissione sul punto, peraltro, affrontato più diffusamente nel documento redatto dalla Sottocommissione Grosso-Palazzo-Siciliano, nella riunione del 21 gennaio 1999.

<sup>474</sup>V. più ampiamente le osservazioni di A. Corbo, *Verso la “scarsa rilevanza del fatto” nel diritto penale. Le indicazioni provenienti dall’ordinamento della responsabilità disciplinare dei magistrati*, in *Cass. Pen.* n. 11, 2010, pp 4061-4072.

<sup>475</sup>V. *Relazione allo schema di disegno di legge*, in *Guida al diritto*, 1998, f. 8, p. 25 s.

<sup>476</sup>Il testo del Progetto e della sua Relazione è stato pubblicato in *Riv.it.dir. e proc. pen.*, 2001, p. 574.

Nell'art. 74 è prevista "la non punibilità del fatto, quando ricorrono le seguenti condizioni: il fatto è di particolare tenuità, per la minima entità del danno o del pericolo nonché per la minima colpevolezza dell'agente; il comportamento è stato occasionale; non sussistono esigenze di prevenzione generale o speciale tali da richiedere una qualsiasi misura nei confronti dell'autore del reato e a condizione che si tratti di reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a due anni".

L'istituto è stato inserito in un rapporto di coesistenza con la clausola interpretativa generale prevista nell'art. 2 c.2, secondo cui "le norme incriminatrici non si applicano a fatti che non determinano un'offesa al bene giuridico", posta a presidio del principio di offensività e dell'estromissione dell'illecito penale in tutti i casi di totale inoffensività<sup>477</sup>.

---

<sup>477</sup>Interessanti sono alcuni passaggi contenuti nell'allegato alla relazione del Progetto Grosso (Commissione Grosso, 1 ottobre 1998, - Inoffensività e irrilevanza del fatto, allegato alla Relazione del 15 luglio 1999). Sottocommissione: Grosso-Palazzo-Siciliano.

*L'esigenza di una "razionalizzazione" del sistema penale, attraverso la concentrazione delle risorse disponibili sugli illeciti maggiormente significativi, è sempre più diffusamente avvertita. Nella stessa opinione pubblica è talvolta percepibile qualche sconcerto di fronte alla natura realmente bagatellare degli illeciti che impegnano finanche i supremi organi giudiziari. Il mezzo prioritario per realizzare siffatta esigenza di "razionalizzazione" è e rimane un adeguato intervento di depenalizzazione dei reati minori. Tuttavia, da qualche tempo, si va facendo strada l'idea che altri due strumenti tecnico-legislativi possano concorrere all'obiettivo della "razionalizzazione" del sistema penale, contribuendo altresì ad affrancarlo da una certa tradizione di eccessivo formalismo. Si tratta dei due strumenti che vanno solitamente sotto il nome della "necessaria offensività" del reato e della "irrilevanza penale del fatto". Rispetto alla strada maestra della depenalizzazione, queste due ultime soluzioni sono caratterizzate dall'operare - per così dire - sul piano concreto-giudiziario invece che su quello astratto-legislativo, e dalla loro relativa maggiore semplicità di realizzazione tecnica non incontrando le ardue difficoltà di scelta legislativa necessariamente implicate in qualunque intervento di depenalizzazione[...]*

*I due istituti della necessaria offensività del reato e della irrilevanza penale del fatto sono indubbiamente caratterizzati da forti componenti valutative capaci di conferire una larga "discrezionalità" agli organi giudiziari. Tuttavia, tali componenti valutative non appaiono più consistenti, quanto a indeterminazione dei criteri di giudizio, di quelle diffusamente presenti in numerosi altri istituti esistenti nel nostro sistema. Ma la circostanza che, nel nostro caso, l'esercizio della "discrezionalità" giudiziaria possa sfociare nell'esclusione della punibilità piuttosto che in una semplice attenuazione delle conseguenze, fa sì che i due istituti vengano avvertiti in potenziale contrasto col principio di legalità sostanziale e processuale. E sebbene non manchino nel nostro sistema numerose cause di non punibilità o di estinzione del reato o della pena costruite in modo palesemente "discrezionale", si tratta solitamente di istituti orientati alla finalità rieducativa della pena. Nel presupposto della ineluttabilità delle componenti discrezionali insite nei giudizi prognostici sulla personalità, il rango costituzionale della finalità rieducativa rende legittimi gli allentamenti della legalità ancorché incidenti sull'andamento della punibilità. In definitiva, le perplessità suscitate dalla necessaria offensività e dalla irrilevanza del fatto si radicano in fondo su una presunta sproporzione tra i benefici perseguiti, in termini di "razionalizzazione" del sistema, e i costi impliciti in quegli strumenti in termini di caduta complessiva della legalità del sistema [...].*

*L'istituto della "irrilevanza penale del fatto" comporta inevitabilmente una vistosa componente di "discrezionalità" in ragione della sua natura di clausola generale.*

*Da ciò il dubbio di un potenziale contrasto tra irrilevanza del fatto e obbligatorietà dell'azione penale. A questo proposito, sembra peraltro di poter dire che a sanare la presunta antinomia non è adeguato l'accorgimento di qualificare l'istituto come causa di non punibilità, invece che di improcedibilità, con la conseguenza così di "spostare in avanti" il momento processuale della sua applicazione al di là del decreto di archiviazione. In primo luogo, perché se l'irrilevanza presenta un intrinseco difetto di legalità per la natura dei criteri di valutazione, certamente siffatto deficit permane anche se l'istituto viene "esteriormente" configurato come causa di non punibilità applicabile con sentenza di proscioglimento. Con la non trascurabile differenza, però, che la qualificazione come causa di non punibilità comporta un consistente ridimensionamento degli effetti deflazionistici dell'istituto. In secondo luogo, la qualificazione*

L'istituto in esame, nonostante i numerosi contrasti emersi in seno alla Commissione Grosso, sembrerebbe tuttavia propendere per un inquadramento tra le cause di non punibilità, vuoi per ragioni di rigore scientifico vuoi, probabilmente, per ragioni di "prudenza costituzionale"<sup>478</sup>.

Infine, l'irrelevanza del fatto è stata inclusa sia nel Progetto di riforma del codice penale della Commissione Pisapia, sia nel Progetto di riforma del codice di procedura penale della Commissione Riccio; commissioni entrambe istituite con d.l. del 27 luglio 2006.

Il primo progetto, nel delineare le caratteristiche essenziali dell'istituto, ha prefigurato nell'art. 3, lett. b) che "l'agente non sia punibile quando risultino la tenuità dell'offesa e l'occasionalità del comportamento", rimettendo invece, come chiarito nella Relazione, al "legislatore delegato (o al legislatore delegante) ogni ulteriore valutazione sulla opportunità, o necessità, di indicare parametri specifici e più tassativi".

Il secondo progetto, affrontando profili strettamente processuali, ha indicato nella direttiva n. 63.1 il "potere-dovere del giudice di disporre, su richiesta del pubblico ministero, l'archiviazione per essere ignoti gli autori del reato o per insostenibilità dell'accusa in giudizio, anche per particolare tenuità del fatto", in modo tale da ammetterne la rilevabilità anche "nelle forme tradizionali della procedura di archiviazione", e da escludere la necessità di una sentenza, secondo quanto previsto dalla direttiva n. 26.2 relativa alle formule dibattimentali di proscioglimento.

Riferimenti sull'opportunità di inserire nell'ordinamento previsioni che regolino le ipotesi di concreta inidoneità offensiva del fatto, sono rinvenibili anche nell'art. 129 comma 2 del progetto di riforma costituzionale, varato dalla Commissione bicamerale istituita

---

*come causa di non punibilità non esonera - almeno secondo autorevole orientamento dottrinale - da un controllo di costituzionalità, oltre che sulla determinatezza della formulazione legislativa, sulla stessa natura sostanziale degli interessi in nome dei quali viene prevista la causa di non punibilità in deroga al principio generale della punibilità di ogni fatto conforme alla fattispecie. D'altro lato, non è detto che la collocazione sistematica dell'istituto al momento delle determinazioni per l'esercizio dell'azione penale, costituisca per ciò solo una violazione dell'art.112 Cost. Come è stato osservato, dallo stesso dibattito alla Costituente e dalle pronunce della Corte costituzionale sembra possibile arguire che il principio di obbligatorietà dell'azione penale non esclude che l'ordinamento preveda ipotesi specifiche e predeterminate in cui l'obbligo del pubblico ministero è subordinato al temperamento tra gli interessi della giustizia ed interessi di altra natura, privatistici e pubblicistici, con la prevalenza dei secondi. Essenziale è che questo bilanciamento non possa avvenire in modo da pregiudicare i valori sottostanti al principio di obbligatorietà quale garanzia di non discriminazione. "Deve trattarsi quindi di situazioni predeterminate dalla legge, di categorie generali, e non di casi in cui al potere politico sia attribuita la facoltà di impedire il promovimento dell'azione penale per motivi contingenti ed estemporanei". Con l'ulteriore precisazione che motivi di tecnica legislativa ben possono rendere impossibile tipizzare a priori le ragioni di convenienza che sottostanno alle condizioni di procedibilità. In conclusione, la valutazione della coerenza sistematica, della plausibilità politica e finanche della costituzionalità della irrilevanza del fatto, s'impenna interamente sulla natura dei criteri e degli elementi assunti a base del giudizio - "discrezionale" - di irrilevanza.*

<sup>478</sup>Così C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, pag. 160 ss.

dall'art. 1 comma 1 l. cost. 24 gennaio 1997, secondo cui “non è punibile chi ha commesso un fatto previsto dalla legge come reato nel caso in cui non abbia determinato una concreta offensività”.

L'elemento significativo offerto dalla regola in esame, è racchiuso nello sforzo di imporre al legislatore ordinario una tecnica di formulazione delle fattispecie incriminatrici incentrate su condotte concretamente lesive dei beni giuridici di alto rilievo; questo anche grazie al primo comma del suddetto articolo, secondo il quale le norme penali devono comunque tutelare beni di rilevanza costituzionale.

Tuttavia, la formulazione della norma ha destato non poche perplessità e difficoltà interpretative in seno alla dottrina.

Secondo un primo orientamento, l'art. 129 avrebbe avuto come destinatario il legislatore ordinario, nella prospettiva di una selezione normativa delle condotte da sanzionare penalmente, ispirata alle logiche del diritto penale minimo<sup>479</sup>. Secondo un altro orientamento, invece, dalla regola *de qua* sarebbe disceso un obbligo di valutazione delle condotte in termini di offensività, incombente sia sul legislatore ordinario, sia in capo al giudice in relazione al caso concreto<sup>480</sup>.

Infine, altra autorevole dottrina, ha osservato come la norma fosse diretta essenzialmente al giudice (sia pure nell'inevitabile presupposto di una legislazione ordinaria che costruisca le fattispecie criminose in chiave d'offesa) come clausola di necessaria offensività, volta a risolvere “i casi concreti di scollamento tra tipicità (formale) del fatto e sua (sostanziale) inoffensività”. E, molto opportunamente veniva sottolineato che non vi sarebbe stato alcun bisogno di una norma costituzionale per rendere non punibile il fatto concretamente inoffensivo, ma sarebbe bastata una norma codicistica ordinaria.

Di conseguenza, secondo l'autore, la previsione avrebbe reso plausibile l'ipotesi che il riformatore costituente abbia visto nella valutazione d'inoffensività del fatto una così alta componente di discrezionalità da rendere la norma indispensabile al fine di attenuare il principio di obbligatorietà dell'azione penale<sup>481</sup>.

---

<sup>479</sup>N. Mazzacuva, *Diritto penale e riforma costituzionale: tutela penale di beni giuridici costituzionali e principio di offensività*, in *Ind. Pen.* 1998, p. 329. V. inoltre, G. Fiandaca, *Intervento*, in *Crit. dir.*, 1998, 1-2, p. 139.

<sup>480</sup>A. Pagliaro, *Cenni sugli aspetti penalistici del recente progetto di riforma costituzionale*, in *Crit. dir.*, 1998, pp. 320 ss.

<sup>481</sup>F. Palazzo, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale (B) Diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.* 1998, p. 41. Osserva, inoltre, l'autore come tale disposizione si sarebbe rivelata il veicolo costituzionale per introdurre una sostanziale eccezione all'obbligatorietà dell'azione penale sotto le mentite spoglie però di un istituto sostanziale, concernente addirittura la struttura generale del reato.

Quest'ultima considerazione è particolarmente interessante perché ci permette di rilevare come il problema sia sempre legato, in realtà, alle modalità di costruzione e di collocazione delle clausole di "irrelevanza del fatto" all'interno del sistema penale, tenuto conto anche della portata del principio di cui all'art. 112 Cost<sup>482</sup>.

Occorre rilevare, infatti, che lo scenario appena descritto lascia il "fatto irrilevante" in bilico tra i due versanti della non punibilità e della improcedibilità.

Sebbene il principio di offensività e quello d'irrelevanza del fatto siano riconducibili al piano del diritto sostanziale - poiché obbligano l'operatore a compiere un'analisi che prende le mosse dai connotati della condotta illecita, al fine di esaminarne le caratteristiche alla luce degli interessi protetti dalla norma incriminatrice e che risultano aggrediti in concreto dalla condotta che l'ha violata - la loro funzionalizzazione processuale è obiettivamente lampante; conducendo così verso una nuova consapevolezza del rapporto tra diritto penale e diritto processuale<sup>483</sup>.

Per questo motivo appare decisivo verificare la possibilità e la ragionevolezza di costruire l'irrelevanza del fatto come formula terminativa del procedimento, capace di operare in una sede anticipata rispetto all'ordinaria cadenza processuale.

Il legislatore può, infatti, configurare tale clausola sia come di "non punibilità" dell'autore, sia come causa ostativa della "procedibilità".

Come osservato dalla dottrina, la ricaduta finale dei due strumenti è notevolmente diversa<sup>484</sup>.

Nel primo caso, il controllo che spetta al giudice è piuttosto complesso, perché presuppone che sia compiuto, in senso positivo, l'insieme dei passaggi valutativi che interessano il giudizio di merito. In particolare, occorre accertare se il fatto esista, se l'imputato l'abbia commesso, se sia previsto dalla legge come reato, se costituisca reato e alla fine determinare se l'imputato sia punibile. Quest'accertamento richiede che il giudice affronti la regiudicanda sia sotto il profilo fattuale sia sotto quello tecnico-giuridico. L'accertamento della non punibilità presuppone, quindi, una procedura più lenta, dove il contraddittorio è pieno, poiché il tema investe la totalità dell'oggetto del

---

<sup>482</sup>Per ulteriori approfondimenti sulla "bozza Boato", nonché sui progetti successivi alla stessa, si rinvia alla vastissima letteratura in materia; G. Spangher, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione, D) Rapporti tra processo penale e Carta costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 51; V. Grevi, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il processo di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 572; M. Chiavario, *Notarelle a prima lettura sul progetto della Commissione Bicamerale in tema di azione penale*, in *Leg. Pen.*, 1998, p. 135.

<sup>483</sup>Ivan Frioni, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 574 ss

<sup>484</sup>Per una ricostruzione esaustiva sul tema in esame si rinvia a C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit., pp. 168 ss.

procedimento. In tali casi, l'economia processuale cede di fronte all'esigenza di garantire alle parti l'esplicazione delle loro facoltà processuali.

In altri termini, la configurazione dell'irrelevanza del fatto come forma di non punibilità, implica l'esercizio dell'azione penale e il passaggio alla fase processuale. Nella sequenza procedimentale, poi, laddove quest'ultima preveda un segmento di filtro come l'udienza preliminare, la non punibilità verrebbe dichiarata con sentenza di non luogo a procedere, permettendo comunque la conclusione anticipata del processo. Mentre, ove il tipo di rito non comprenda il controllo giurisdizionale sul fondamento dell'azione penale prima della fase dibattimentale, la declaratoria d'irrelevanza dovrà collocarsi inevitabilmente all'interno di quest'ultima, tra i vari esiti possibili al termine dell'istruttoria<sup>485</sup>.

Invero, l'art. 129 c.p.p., nonostante la sua rubrica, non ricomprende le cause di non punibilità tra le formule per le quali è consentito il proscioglimento immediato. Questo impedisce di chiudere anticipatamente l'istruzione probatoria<sup>486</sup>.

La qualificazione dell'irrelevanza del fatto come condizione di procedibilità apre, invece, una prospettiva dell'accertamento completamente diversa.

Infatti, il difetto di una condizione di procedibilità determina un ostacolo insuperabile alla celebrazione del processo, in modo tale che il tema di fondo del giudizio non viene neppure considerato. L'improcedibilità richiede una verifica dedicata all'accertamento dell'esistenza o meno del presupposto processuale. Inoltre, in caso di esito negativo non si pone il problema di ottenere una formula di proscioglimento più favorevole, restando il merito del tutto impregiudicato.

Il contraddittorio, in questi casi, può essere ridotto ad una mera eventualità<sup>487</sup>.

Tra i presupposti dell'archiviazione l'art. 411 c.p.p. contempla, infatti, l'improcedibilità; quest'ultima potrebbe ricomprendere la clausola dell'irrelevanza del fatto, favorendo così la chiusura del procedimento in uno stadio molto precoce del procedimento e comunque sempre "controllabile" *ex post* dal giudice per le indagini preliminari, utilizzando gli strumenti di cui all'art. 409 c.p.p.

Pertanto, attraverso una generalizzazione della clausola in esame all'interno del procedimento penale in termini di "non procedere", sarebbe possibile portare compiutamente a termine l'obiettivo deflattivo. Tale obiettivo risulterebbe favorito proprio dall'inserimento tra i motivi della richiesta d'archiviazione, di quello per

---

<sup>485</sup>Si veda ancora, C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit. pp. 169 ss.

<sup>486</sup>E. Marzaduri, *Commento all'art. 530.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit. V, 1991.

<sup>487</sup>C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit. pp. 170 ss.

“irrelevanza del fatto”, che consente, a monte, di evitare o quantomeno di ridurre il formarsi di carichi pendenti, grazie ad un esito anticipato del procedimento.

Allo stesso tempo tale estensione, se immessa in una successione procedimentale che richiede lo svolgimento dell’udienza preliminare, agevolerebbe un esame sulla sua sussistenza già prima del dibattimento ai sensi dell’art. 425 c.p.p. Inoltre, anche se non vi fossero filtri anteriori al dibattimento, la fase predibattimentale consentirebbe la declaratoria di cui all’art. 469 c.p.p. per difetto di una condizione di procedibilità<sup>488</sup>. Nello stesso giudizio, poi, l’operatività dell’art. 129 c.p.p. consentirebbe l’immediata chiusura dell’istruzione non appena questa rilevi la sussistenza di un ostacolo all’azione e, quindi, la pronuncia di una sentenza in tal senso<sup>489</sup>.

In altri termini, non vi è dubbio che lo strumento dell’improcedibilità per l’irrelevanza del fatto, rappresenti un’occasione concreta per arrestare il procedimento con maggior anticipo e in svariate occasioni, consentendo un risparmio considerevole di energie processuali. In più, la possibilità di dichiarare l’irrelevanza del fatto già attraverso un provvedimento di archiviazione, permetterebbe di terminare il procedimento senza che vi sia in ogni caso la necessità di instaurare il contraddittorio innanzi al giudice e, nei casi in cui le valutazioni del pubblico ministero e del giudice per le indagini preliminari coincidano, addirittura di chiudere l’*iter* procedimentale in tempi brevissimi<sup>490</sup>.

Il ricorso, invece, al diritto penale sostanziale non sembrerebbe in grado di sortire l’effetto tanto auspicato di una diminuzione del carico dei procedimenti, sebbene sembri offrire maggiori garanzie per l’imputato.

Infatti, come anticipato, la scelta di utilizzare la forma della non punibilità, rende la clausola di “irrelevanza” un meccanismo per non applicare la sanzione penale, senza però poter bloccare l’azione e di conseguenza il processo penale di fronte al fatto dotato di esiguità offensiva. In conclusione, non appare conveniente sotto il profilo dell’economia processuale, la scelta di ricomprendere l’irrelevanza del fatto nell’ambito del diritto

---

<sup>488</sup>V. più ampiamente sul tema, C. Cesari, *op. cit.* pp. 151 ss.

<sup>489</sup>In dottrina si ritiene che l’art. 129 c.p.p. abbia, in giudizio, una “funzione di anticipazione dei tempi della decisione”, implicando la chiusura immediata dell’istruzione nel momento in cui emerga una causa di proscioglimento; v. E. Marzaduri, *Commento all’art. 129, in AA.VV., Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit. II, 1990, p. 122.

<sup>490</sup>V.C. Cesari, *ibidem*. Resta fermo, invece, che nei casi di archiviazione “condizionata” all’espletamento di un “fare” o di un “dare” di cui abbiamo parlato in precedenza (oppure nei casi di opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione), l’intervento dell’indagato diventa assolutamente necessario. V. anche il pensiero di I. Calamandrei, *L’irrelevanza penale del fatto nella prospettiva processuale*, in *Giur. it.*, 2000, p. 2207, secondo cui “una maggior considerazione per i diritti del prevenuto, rispetto alle forme sincopate dell’archiviazione, si renderebbe comunque necessaria, ove si volesse subordinare la dichiarazione conclusiva della procedura ad un *dare* o ad un *facere*”.

penale sostanziale, poiché il portato deflattivo avrebbe una maggiore incidenza solo ove tali rimedi vengano valutati alla stregua di condizioni di procedibilità e, quindi, come ostacoli al procedere.

E' chiaro però che la costruzione dell'irrelevanza del fatto come causa d'improcedibilità la pone in diretto contatto con l'art. 112 Cost.

Infatti, come evidenziato dalla dottrina, se l'esiguità del fatto è configurata come un ostacolo al procedere, essa diventa inevitabilmente una condizione negativa per l'esercizio dell'azione penale e, quindi, un canone orientativo per il pubblico ministero in ordine alla scelta tra la richiesta di rinvio a giudizio o l'archiviazione<sup>491</sup>.

Il principio di obbligatorietà per essere rispettato richiede un'individuazione precisa dei criteri di esiguità da parte del legislatore, giacché trattasi di elementi che guidano la scelta affidata al pubblico ministero tra azione o inerzia. Il legislatore potrebbe, *de iure condendo*, costruire "l'irrelevanza" del fatto sia a livello "qualitativo", attraverso la previsione di una serie di parametri che consentono di individuare in concreto l'esiguità lesiva (sulla falsariga di quanto già previsto all'interno del rito penale di pace), sia "quantitativo", cioè fissando un limite di pena edittale oltre il quale non è giuridicamente possibile per il pubblico ministero ipotizzare una "irrelevanza" del fatto.

L'ordinamento ha già introdotto due diverse forme di particolare tenuità del fatto. In particolare l'art. 27 del d.P.R. del 22 settembre 1988, n. 488 (rito minorile) che, come abbiamo visto in precedenza, prevede la possibilità per il pubblico ministero durante le indagini preliminari, se risulta la *tenuità del fatto* e l'*occasionalità* del comportamento, di chiedere al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto e l'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, in materia di competenza penale del giudice di pace, il quale già in rubrica si esprime in termini di "esclusione della *procedibilità*" nei casi di particolare tenuità del fatto, indicando una serie di criteri di giudizio cui ricondurre la particolare tenuità.

Cominciando ad analizzare il primo intervento, notiamo che l'art. 27 d.P.R. del 22 settembre 1988, n. 488, non offre alcuna indicazione circa l'inquadramento dogmatico dell'irrelevanza, ma si limita a descrivere l'operare dell'istituto come dinamica di risoluzione anticipata del processo in corso di indagine (nei commi 2 e 3) o come meccanismo di proscioglimento in udienza preliminare o nei giudizi direttissimo e immediato (nel comma 4)<sup>492</sup>. Di conseguenza, l'irrelevanza del fatto nel settore minorile ha prodotto una considerevole letteratura, resa difficile anche dalla sottile linea di confine

---

<sup>491</sup>C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, pag. 174.

<sup>492</sup>C. Cesari, *op.cit.*, pp. 153 ss.

sulla quale quest'ultimo è stato inserito; ovvero tra diritto sostanziale e processuale. Da un lato, l'istituto si presenta come una rinuncia alla pena, escludendo la possibilità di applicare una sanzione penale per un fatto pur sempre criminoso<sup>493</sup>, dall'altro lato, è collocato in una sede normativa deputata a disciplinare un particolare tipo di processo penale, avente delle finalità specifiche in relazione ai soggetti che ne risultano coinvolti e alla necessità di agevolare una veloce conclusione<sup>494</sup>. La dottrina, pertanto, interrogatasi sulla natura dell'istituto in esame, in alcuni casi ne ha affermato addirittura una "natura mista"<sup>495</sup>. Generalmente, però, l'istituto in esame è stato ricondotto al diritto penale piuttosto che alla procedura, come sostenuto dalla stessa Corte costituzionale nelle sentenze n. 250 del 1991 e n. 149 del 2003.

In estrema sintesi, la Corte, nella prima sentenza, ha esaminato il problema della qualificazione giuridica dell'irrelevanza qualificando l'istituto in esame come una "nuova causa di non punibilità"<sup>496</sup>.

Nel secondo intervento, la Consulta sembra prendere atto di un'impostazione già consolidata, rilevando, incidentalmente, che l'istituto è "variamente definito come causa oggettiva di esclusione della pena o causa di esclusione della punibilità", e nella difficoltà di assegnargli una configurazione concettuale più precisa, ha rinviato al proprio precedente del 1991.

Nonostante le pronunce della Corte costituzionale, l'ambiguità della natura dell'istituto in esame continua ad interessare la dottrina, tant'è che a volte è definita come una "eccezione all'obbligatorietà dell'azione penale"<sup>497</sup>, altre volte come causa di "estinzione del reato"<sup>498</sup>, come "esimente"<sup>499</sup> o come "causa di non perseguibilità dell'azione penale"<sup>500</sup>. Tuttavia, la dottrina maggioritaria si appoggia alla soluzione offerta dalla Corte costituzionale, giacché l'istituto conduce alla pronuncia di una sentenza e non consente il ricorso diretto all'archiviazione. L'art. 27 ha congegnato, infatti, un rito *ad*

---

<sup>493</sup>V. Patané, *L'irrelevanza del fatto nel processo minorile*, in *Esp. giust. min.*, 1992, f 3, p. 61.

<sup>494</sup>La declaratoria di irrilevanza del fatto, autorizzata nel corso delle indagini, nel rito minorile dall'art. 27, su richiesta del pubblico ministero e con procedimento camerale, è stata espressamente indicata come "procedimento speciale" da L. Pepino, *Commento all'art.27*, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale, Leggi collegate, I, Il processo minorile*, p. 286.

<sup>495</sup>M. Guerrieri, *Il proscioglimento dell'imputato minorene per irrilevanza del fatto*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, p. 655.

<sup>496</sup>V. Corte cost. sent. n. 250 del 1991, reperibile sul sito, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>497</sup>R. Ricciotti, *La giustizia penale minorile*, Cedam, Padova, II ed., 2001, p. 48.

<sup>498</sup>L. M. Marini, *La criminalità minorile: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. pol.* 1996, p. 717.

<sup>499</sup>App. min., Caltanissetta, 24 aprile 1990, AA, in *Giust. pen.*, 1990, II, p. 635.

<sup>500</sup>F. Palomba, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Giuffrè, Milano, 1991, il quale ritiene che l'istituto sia dotato di una "doppia valenza sostanziale e processuale", essendo l'improseguibilità dell'azione fondata su una "esclusione del processo e della pena per insufficiente offensività del fatto".

*hoc* che consente la conclusione precoce del procedimento, rispettando però le peculiarità della formula assolutoria in armonia con le esigenze educative di cui il rito minorile deve farsi carico. Punto di partenza è la richiesta del pubblico ministero della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, come atto d'impulso processuale. La richiesta implica, dunque, che debba essere scartata la possibilità di domandare l'archiviazione. Quest'ultima rappresenta, invece, una scelta obbligata di fronte all'infondatezza della notizia di reato, nei casi di estinzione del reato, quando il fatto non è previsto dalla legge come reato o in mancanza di una condizione di procedibilità.

L'oggetto della decisione affidata al giudice *ex art. 27* è quindi la dichiarazione di una causa di non punibilità, dove le dinamiche del rito camerale sono costruite in modo da assicurare le garanzie indispensabili collegate agli interessi delle parti.

Orbene, senza poter in questa sede addentrarci nella ricostruzione e nelle problematiche legate all'istituto in esame, ciò che rileva, ai fini del presente lavoro, è l'aver evidenziato come la scelta di utilizzare la clausola d'irrilevanza del fatto in termini di non punibilità, rende la stessa un meccanismo per non applicare la sanzione penale senza inibire totalmente l'attività processuale per il fatto esiguo.

Per quanto riguarda, invece, l'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, abbiamo visto come il problema del suo inquadramento dogmatico è facilmente risolvibile grazie alla rubrica stessa della norma che si esprime in termini di esclusione della procedibilità. L'istituto della improcedibilità per la particolare tenuità del fatto, costituisce uno degli aspetti più innovativi del microsistema delineato dal d.lgs. n. 274 del 2000.

In estrema sintesi all'interno dell'art. 34 entra in campo, da un lato, la natura bagatellare del reato, collegata all'esiguità del danno o del pericolo tenuto conto del grado di colpevolezza del soggetto, e dall'altro lato, l'indole del reato dedotta dall'occasionalità del comportamento. Tutto ciò è prospettato come incidente sull'esercizio dell'azione penale, nel senso che sembrerebbe sussistere un legame tra esiguità "oggettiva-soggettiva" e potere-dovere di esercitare l'azione penale<sup>501</sup>. In altri termini è come se quest'ultima presupponesse la non ricorrenza delle condizioni costitutive della particolare tenuità del fatto. Inoltre, nella valutazione dell'irrilevanza occorre tener conto anche del pregiudizio che potrebbe derivare al reo dall'ulteriore corso del procedimento.

---

<sup>501</sup>Per approfondimenti v. S. Dovere, *La particolare tenuità del fatto concreto: aspetti teorici e spunti applicativi*, in [www.csm.it](http://www.csm.it)

In questa sede non è possibile affrontare il tema riguardante gli elementi della particolare tenuità del fatto con tutte le problematiche ivi connesse, ma si cercherà di evidenziare brevemente la struttura del procedimento di archiviazione per la dichiarazione di esiguità. La configurazione della tenuità del fatto quale causa di non procedibilità, dimostra l'intenzione del legislatore di voler potenziare la forza deflattiva dell'istituto. La tenuità del fatto è in grado di giustificare un provvedimento di archiviazione che permette di chiudere il procedimento in uno stadio molto precoce.

La fisionomia dell'istituto può riassumersi sulla base del combinato disposto di cui agli articoli 17 e 34 del d.lgs. n. 274 del 2000; il giudice di pace circondariale, su richiesta del pubblico ministero, archivia la notizia di reato ove ravvisi i presupposti di cui all'art. 34 c. 1 d.lgs. n. 274 del 2000, purché non sussista un interesse della persona offesa alla prosecuzione del rito. Una volta presentata la richiesta di archiviazione, si perviene rapidamente alla chiusura del rito poiché il provvedimento viene adottato *de plano*, non essendo prevista la possibilità per il giudice di fissare un'udienza camerale. Qualora, poi la persona offesa dal reato abbia richiesto di voler essere informata dell'istanza di archiviazione (oppure abbia presentato ricorso immediato al giudice di pace) essa ha il diritto di ricevere comunicazione della richiesta e nell'ipotesi in cui quest'ultima decida di presentare opposizione, il giudice sarà chiamato a valutare la richiesta motivata di prosecuzione delle indagini preliminari (*ex art. 17 c.2*) senza poter avvalersi di una discussione diretta con l'opponente, l'indagato e il pubblico ministero.

In altre parole, come rilevato dalla dottrina, il confronto del giudice con un punto di vista diverso da quello dell'accusa è meramente eventuale, cartolare e limitato al caso dell'opposizione della persona offesa, evidenziando altresì che un tale scenario presenta punti critici sia per l'indagato, dal punto di vista del diritto di difesa e del contraddittorio, sia per la persona offesa, sotto il duplice profilo della comunicazione della richiesta d'archiviazione, dovuta solo in caso di espressa richiesta da parte di quest'ultima (la quale potrebbe incautamente non manifestare il proprio interesse ad essere informata sulla prosecuzione del rito, ignorando l'eventualità di una archiviazione per irrilevanza del fatto) e per la mancanza di un'occasione di confronto con il giudice a seguito della presentazione dell'opposizione<sup>502</sup>.

Per quanto riguarda l'indagato occorre ricordare che all'interno dell'art. 34 non è prevista alcuna possibilità di coinvolgimento. L'indagato può vedere archiviato il procedimento a suo carico senza essere mai stato sentito o anche ignorando l'esistenza di un

---

<sup>502</sup>V. ancora C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, pp. 312 ss.

procedimento in corso. Il consenso dell'indagato non è richiesto dalla norma perché si ritiene che egli non possa essere pregiudicato dal decreto di archiviazione. Tuttavia, l'esito archiviativo *inaudita altera parte* potrebbe giustificarsi solo laddove quest'ultimo non avesse alcun interesse da far valere di fronte all'iniziativa del pubblico ministero<sup>503</sup>. Al contrario, nel caso *de quo*, non sembra essere così. Abbiamo visto, infatti, che le clausole d'irrelevanza richiedono sempre una preliminare valutazione riguardo alla responsabilità penale della persona nei cui confronti si procede, e ciò rappresenta un passaggio logico necessario per dare attuazione alla norma che impone di accertare l'esiguità attraverso una serie di elementi oggettivi e soggettivi legati alla condotta illecita. L'assenza di un momento deputato al confronto dialettico, aumenta poi anche le difficoltà del giudice chiamato al momento della delibazione a valutare gli elementi di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000.

In sintesi, l'improcedibilità per tenuità del fatto è un provvedimento che “copre” l'accertamento di merito, in quanto lascia supporre la responsabilità del soggetto, senza però aver offerto a quest'ultimo la possibilità di esprimere una ricostruzione alternativa dei fatti a lui addebitati, al fine di poter beneficiare di una decisione che ne sancisca l'innocenza. Sotto questo profilo la situazione dell'indagato non è dissimile da quella dell'imputato cui l'art. 34 c. 3 d.lgs. n. 274 del 2000 concede la possibilità, nel caso di azione penale esercitata, di opporsi alla sentenza di non doversi procedere per esiguità del fatto.

Pertanto i dubbi segnalati dalla dottrina, in merito alla costruzione di tale istituto, sono legati principalmente al radicale difetto della mancanza di una qualsiasi forma di confronto dialettico, quantomeno sotto il profilo del rispetto del contraddittorio argomentativo di cui all'art. 111 c. 2 della Cost., di fronte ad un provvedimento che implicitamente riconosce la commissione di un fatto illecito, sebbene esiguo, e al mancato rispetto del diritto di difesa ex art. 24 della Cost., non offrendo alcuna possibilità di interloquire eventualmente con il giudice per opporre una diversa versione dei fatti o semplicemente per sollevare il dubbio sul fondamento dell'addebito mosso dalla pubblica accusa<sup>504</sup>.

Orbene, pur non potendo approfondire in questa sede i nodi problematici della disciplina in esame, occorre ugualmente segnalare che una generalizzazione oltre i confini del rito in questione della previsione di cui all'art. 34 (d.lgs. n. 274 del 2000) in termini di *non*

---

<sup>503</sup>In questi termini, C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, pag. 312.

<sup>504</sup>V. ancora C. Cesari, *op.cit.*, pp. 313 ss.

*procedibilità*, richiederà un'attenta valutazione da parte del legislatore di tutti questi aspetti critici, tenuto conto anche del fatto che si tratterebbe di fattispecie di reato diverse da quelle attribuite alla competenza del giudice di pace, e perciò contrassegnate già in partenza da una maggiore gravità.

Inoltre, va ricordato che se il legislatore deciderà, *de iure condendo*, di optare per la costruzione delle clausole d'irrelevanza come di “*non procedibilità*”, egli dovrà armonizzarle necessariamente con l'art. 112 Cost.

Tale armonizzazione richiede, come abbiamo visto, sempre un controllo da parte del giudice sulla decisione del pubblico ministero di non procedere per “irrelevanza del fatto”, e ciò è possibile grazie all'operatività dell'art. 409 c.p.p.

Quest'ultima è una norma centrale, oltre che nelle ipotesi di non accoglimento della richiesta di archiviazione da parte del giudice, soprattutto nel caso di opposizione della persona offesa, la quale conserverebbe in tal modo il suo diritto a contestare la richiesta di archiviazione per irrilevanza del fatto<sup>505</sup>. In altre parole, l'art. 409 c.p.p., prevedendo al suo interno la possibilità di fissare un'udienza camerale, consente da un lato, il “recupero” del rispetto dell'obbligo di agire sancito nell'art.112 Cost. e, dall'altro lato, la salvaguardia dei diritti dell'indagato e della persona offesa.

La diversa possibilità incentrata, invece, sull'operatività delle clausole d'irrelevanza come cause di “*non punibilità*”, offre il vantaggio di favorire un incontro pieno ed esaustivo tra le parti e il giudice, garantendo così il rispetto di un più alto livello di garanzie procedurali, prima fra tutte il contraddittorio e il diritto di difendersi “provando” (che grazie alla legge n. 397 del 2000 ha riconosciuto al difensore il diritto di compiere investigazioni difensive in modo da “riempire” efficacemente la garanzia costituzionale di cui all'art. 24).

Tuttavia, questa soluzione potrebbe necessitare, come già rilevato in precedenza, di un'attività procedimentale piuttosto lunga e in alcuni casi complessa, in antitesi con l'obiettivo di uno snellimento processuale cui mira l'introduzione delle clausole d'irrelevanza del fatto.

In conclusione, l'alternativa della non punibilità sembrerebbe adattarsi meglio alle ragioni di una irrilevanza il cui obiettivo è spostato maggiormente verso i canoni della mitezza e

---

<sup>505</sup>Si potrebbe tuttavia prevedere, nel caso di un'opposizione per irrilevanza del fatto, un obbligo di motivazione “rinforzato” da parte della persona offesa, la quale dovrebbe specificare anche le ragioni dell'insussistenza dell'irrelevanza del fatto prospettata dal pubblico ministero. Ciò, non è volto a scoraggiare le opposizioni, ma ad evitare opposizioni pretestuose che, di fatto, potrebbero rallentare ingiustificatamente l'obiettivo della rapida definizione del procedimento.

della composizione dialogica del conflitto, piuttosto che dell'economia processuale<sup>506</sup>. Essa avrebbe poi il vantaggio di non porre problemi di compatibilità con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, poiché la relativa declaratoria presupporrebbe comunque l'esercizio dell'azione penale e la decisione sull'imputazione mediante sentenza, ponendosi però al di fuori delle "alternative" al processo.

## 5) CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

A conclusione del presente lavoro è utile sviluppare qualche riflessione, in primo luogo sulla natura "ibrida" del *ministère public* francese e sui riflessi prodotti dalla stessa in un sistema processuale sorretto dal principio di opportunità nell'esercizio dell'azione penale e, poi, sull'adattabilità nel nostro sistema ad azione penale obbligatoria, delle soluzioni trovate nell'ordinamento francese per far fronte ai tradizionali problemi che affliggono l'amministrazione della giustizia in termini di efficienza e di rispetto delle garanzie.

Come abbiamo visto, all'ora attuale, i magistrati del *Parquet* sono sottoposti al potere di direzione e controllo dei loro capi gerarchici (*les chefs hiérarchiques*) e sotto l'autorità del ministro della Giustizia.

A livello statutario essi presentano perciò una doppia "anima"; in qualità di magistrati fanno parte dell'autorità giudiziaria<sup>507</sup>, sono garanti delle libertà individuali e beneficiano delle garanzie riguardanti tale statuto, come l'indipendenza (intesa come non subordinazione nei confronti del giudice istruttore, della magistratura giudicante e delle parti private), la non ricusabilità e la non responsabilità, salvo l'ipotesi di colpa professionale. Tuttavia, il compito ad essi assegnato di esercitare *l'action publique*, fa del pubblico ministero il rappresentante degli interessi protetti dallo Stato e, quindi, partecipa delle linee di politica penale definite dal potere esecutivo. Per questo motivo è sembrato necessario trovare uno strumento giuridico capace di controllarne l'azione; lo strumento è dato, come abbiamo osservato, dall'adozione del principio gerarchico, il quale trova al suo vertice il Ministro della Giustizia che conduce la politica *d'action publique*

---

<sup>506</sup>V. per ulteriori osservazioni C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, pp. 152 ss.

<sup>507</sup>Sebbene, come abbiamo visto in precedenza, la Francia ha ricevuto un forte segnale da parte della CEDU, affermando che il *parquet* non può essere considerato come una "autorità giudiziaria" in quanto carente d'indipendenza nei confronti del potere esecutivo. CEDU, *Medvedyev c. Francia*, 10 luglio 2008, v. osservazioni di Rassat, " *Encore et toujours la Cour européenne des droits de l'homme*", *Rev. sc. Crim* 2009, p. 176. Tuttavia la Grande Camera, come vedremo, ha condannato la Francia sotto un altro profilo.

determinata dal governo e veglia alla sua uniforme applicazione su tutto il territorio della Repubblica; ciò attraverso istruzioni generali e istruzioni di *poursuite* negli affari individuali indirizzate ai procuratori generali i quali, a loro volta, provvedono a comunicarle ai *procureurs de la République*.

Benché a livello statutario essi si caratterizzino per questa doppia “anima”, l’analisi delle funzioni esercitate dal pubblico ministero ha permesso di constatare come il legislatore francese abbia progressivamente aumentato i poteri ad essi conferiti, sia all’interno del processo sia prima della sua instaurazione. Quest’ultimo aspetto è alquanto interessante perché segna uno spazio d’intervento del *ministère public* che supera la tradizionale visione delle attività da esso svolte e legate principalmente all’esercizio dell’azione penale. Infatti, il riconoscimento di poteri che consentono al *ministère public* di operare in maniera incisiva ben prima dell’esercizio dell’azione penale e indipendentemente dalla stessa, tanto da avvicinarlo per certi aspetti alla figura del “giudice”, è dovuto dalla combinazione di due linee di politica criminale; da un lato, la volontà della semplificazione ed accelerazione della procedura penale e, dall’altro lato, la lotta contro alcune forme di delinquenza particolarmente legate al territorio urbano ed in forte espansione.

L’idea, quindi, di un *parquet* “attivo” in grado di salvaguardare gli interessi dello Stato alla repressione delle infrazioni penali, è fortemente radicata nella cultura giuridica francese, al punto che, come vedremo, nel progetto di riforma del codice di procedura penale, esso è rimasto un corpo gerarchizzato al cui vertice è posto il Ministro della Giustizia che conduce la politica *d’action publique* stabilita dal governo.

L’aumento dei poteri del *ministère public* si manifesta, poi, sotto un duplice profilo riconducibile all’adozione di un sistema processuale sorretto dal principio d’opportunità dell’azione penale.

In primo luogo, si tratta del riconoscimento di un maggior potere di scelta nel decidere se, esercitare l’azione penale, secondo quali modalità farlo e, in caso negativo, di apprezzare la possibilità di utilizzare strumenti alternativi al processo ( la cosiddetta “terza via”) in grado di offrire un ristoro (non solo economico) alla vittima e garantire allo stesso tempo l’intervento dell’autorità penale. Lo scopo delle misure alternative all’esercizio dell’azione penale è, infatti, quello di ridurre i casi di archiviazione “secca”, assicurando ugualmente l’intervento statale al di fuori del contenzioso giudiziario davanti ai tribunali già oberati di lavoro.

In secondo luogo, si assiste, come accennato in precedenza, ad un accostamento delle funzioni del *ministère public* a quelle del magistrato giudicante, nella misura in cui al primo viene conferito un potere d'intervento piuttosto importante all'interno della procedura della *C.R.P.C*<sup>508</sup> e della *composition pénale*, tale da far ipotizzare la nascita di un potere “quasi-giurisdizionale”<sup>509</sup>, o comunque “sostitutivo” alla giurisdizione *de jugement*. Entrambe, infatti, si svolgono sotto l'egida del *parquet*<sup>510</sup>, il quale nel proporre una pena o delle “misure” (in caso di *composition pénale*) all'autore dell'infrazione, deve rispettare il principio di personalizzazione nella scelta delle stesse. Ciò evidenzia come, in realtà, la parte più consistente del lavoro è effettuato già a monte dal *parquet*, il quale viene ad assumere così la *maitrise* quasi totale dell'*action publique*, considerato che la maggior parte delle infrazioni di media o lieve gravità<sup>511</sup> vengono sottoposte a tali procedure “ufficialmente” derogatorie di quella comune<sup>512</sup>.

Pertanto, da un lato, troviamo un *ministère public* sprovvisto d'indipendenza in quanto legato al potere esecutivo, e dall'altro lato, abbiamo un *magistrato* che, malgrado tutto, gode di notevoli poteri non solo all'interno del processo ma anche fuori e a prescindere dallo stesso.

Come osservato in precedenza, il principio di opportunità della *poursuite* consente al magistrato inquirente di apportare una risposta penale diversificata, grazie ad un ventaglio di opzioni, sul “se” e “come” intervenire, capaci di fronteggiare le situazioni più disparate in relazione alle circostanze concrete. Esso permette, inoltre, di concentrare

---

<sup>508</sup>*Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, di cui abbiamo parlato nel cap. III, parte I del presente lavoro.

<sup>509</sup>In altri termini, com'è stato evidenziato dalla dottrina francese, il *parquet* diventa talvolta un *enquêteur* come il giudice istruttore e talaltra una “*quasi jurisdiction de jugement*”, attraverso il meccanismo delle misure alternative alla *poursuite*; Mireille Delmas-Marty, *La phase préparatoire du procès pénal, pourquoi et comment réformer?* Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, communications de l'année 2009, in [www.asmp.fr](http://www.asmp.fr)

<sup>510</sup>Sebbene, come abbiamo visto in precedenza, esse necessitano comunque di un intervento *ex post* da parte di un giudice. V. per ulteriori approfondimenti, J. Alix, *Quels visages pour le parquet en France*, in *Figures du parquet*, C.Lazerges, Le voies du droit, ed. PUF, 2006.

<sup>511</sup>Tuttavia è possibile nutrire delle riserve sul concetto di “lieve o media gravità” utilizzato dal legislatore e nella manualistica francese per descrivere il raggio d'applicazione delle procedure *de qua*. Per completezza ricordiamo, infatti, che sono sottoponibili alla procedura della *CRPC*, i delitti puniti con la pena dell'ammenda e/o della reclusione fino a cinque anni, ad esclusione dei delitti commessi dai minori di 18 anni, di omicidio involontario, dei delitti politici o di stampa (o i delitti la cui procedura è prevista direttamente in leggi speciali). Anche la *composition pénale* è applicabile ai delitti puniti con la pena dell'ammenda e/o della reclusione inferiore o uguale a cinque anni, nonché alle contravvenzioni connesse o meno con gli stessi (ad esclusione dei delitti di omicidio involontario, dei delitti politici, di stampa o ai delitti la cui procedura è prevista direttamente in leggi speciali). Inoltre, la legge del 5 marzo 2007, ha previsto la possibilità di applicare la *composition pénale* ai soggetti minorenni, purché di almeno anni tredici. Tuttavia, la *composition pénale*, a differenza della *CRPC*, è una misura alternativa alla *poursuite* perché può essere utilizzata solo se l'azione penale non è stata ancora esercitata. Per approfondimenti si veda il paragrafo dedicato alla *composition pénale*.

<sup>512</sup>V. ancora le osservazioni di Mireille Delmas-Marty, *La phase préparatoire du procès pénal, pourquoi et comment réformer?*, 2009, in [www.aspm.fr](http://www.aspm.fr)

le risorse umane e finanziarie su affari realmente gravi e meritevoli di un approfondimento giudiziario.

In conclusione, lo statuto del *parquet*, che in Francia è al cuore dei dibattiti politici e dottrinali, lascia aperti alcuni importanti interrogativi circa le possibili modifiche apportabili allo stesso: occorre garantire l'indipendenza della Giustizia attraverso la rottura del "cordone ombelicale" che da sempre ha legato il *parquet* al potere esecutivo? oppure bisogna intervenire attraverso la trasformazione del *parquet* in un corpo di "funzionari" ordinari e lasciare la qualifica di magistrati ai soli giudici separando decisamente i due corpi?

Proprio per sottolineare le difficoltà riscontrate nel cercare delle soluzioni adeguate ai summenzionati interrogativi, è utile ricordare la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 10 luglio 2008 (*Medvedyev c. Francia*), con la quale la Corte si è espressa nel senso di non riconoscere la qualifica di "autorità giudiziaria" al *ministère public* francese.

Più in dettaglio la Corte nel caso *de quo* ha sostenuto che il *procureur de la République* non è un'autorità giudiziaria, secondo l'interpretazione delle norme Cedu, perché per essere tale occorrerebbe assicurarne l'indipendenza dal potere esecutivo. Questa concezione di "autorità giudiziaria" affermata dai giudici di Strasburgo, si scontra inevitabilmente con la concezione francese, la quale in virtù dell'art. 66 della Costituzione, considera il *parquet* membro dell'autorità giudiziaria e garante del rispetto della libertà individuale<sup>513</sup>.

In particolare, nel caso in esame ad essere violato, secondo la difesa dei ricorrenti, sarebbe stato l'art. 5 par.1 e 3 della Cedu<sup>514</sup>, perché le persone sottoposte (dopo tredici giorni di custodia in mare) alla misura della *garde à vue*, avrebbero subito una restrizione arbitraria della libertà personale; in quanto dapprima assoggettate alla sorveglianza militare francese senza un effettivo controllo da parte dell'autorità giudiziaria e, poi, per non essere state condotte al più presto innanzi ad un giudice o ad un altro magistrato abilitato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie<sup>515</sup>. La Corte europea con la

---

<sup>513</sup>L'art. 66 della Costituzione francese, inserito nel titolo VIII dedicato all'autorità giudiziaria, afferma che "Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi".

<sup>514</sup>In particolare il par. 3 prevede che ogni persona arrestata o detenuta [...] deve essere, al più presto condotta davanti ad un giudice o ad altro magistrato designato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie [...].

<sup>515</sup>In sintesi, si trattava di un caso di traffico di stupefacenti ad opera di un equipaggio cambogiano sospettato di trasportare un considerevole quantitativo di droga da immettere nelle coste europee. Dietro accordo reso con una nota del 2002 le autorità cambogiane consentivano l'intervento delle autorità francesi. Su ordine del prefetto marittimo e del pubblico ministero di Brest, la nave veniva trasportata

sentenza del 10 luglio 2008 ha affermato la violazione dell'art. 5 par. 1 della Cedu sotto il profilo della privazione arbitraria della libertà personale dell'equipaggio, in quanto non giustificata o sorretta da alcuna valida base legale. L'altro profilo relativo, invece, alla durata della privazione della libertà personale, dietro controllo del *parquet* e, quindi, senza un intervento tempestivo da parte di un'autorità giudiziaria ex art. 5 par. 3 Cedu, è di particolare interesse perché la Corte, pur ritenendo non eccessiva la durata della privazione della libertà personale (avuto riguardo al tragitto necessario alla nave per arrivare in Francia), non ha contestato che la stessa fosse avvenuta sotto il controllo del *parquet*, ma ha affermato in maniera lapidaria che il “*procureur de la République* non è un'autorità giudiziaria”, secondo la giurisprudenza della Cedu.

Tuttavia, occorre rilevare che nella pronuncia in esame la riflessione della Corte sulla qualità di autorità giudiziaria del pubblico ministero francese, appare solo in via incidentale, avendo la stessa riscontrato, a monte, la carenza di una base legale per detenere legittimamente in custodia delle persone per svariati giorni, ai sensi dell'art. 5 par.1 della Cedu.

Ciò nonostante, il rifiuto del riconoscimento della qualità di autorità giudiziaria al *ministère public*, ha intensificato il dibattito presente nel panorama scientifico e politico francese, soprattutto rispetto alle conseguenze pratiche che tale affermazione potrebbe avere sulle funzioni esercitate dal *parquet*<sup>516</sup>.

Orbene, il 29 marzo 2010, la Grande Camera ha confermato la condanna della Francia sull'affare *Medvedyev*, ma solo rispetto all'art. 5 par. 1.

La Corte europea ha ricordato che l'art. 5 della Cedu garantisce i diritti fondamentali della libertà e della sicurezza; diritti che rivestono una grande importanza all'interno di una società democratica, nella quale le eccezioni tassativamente previste nel par. 1 dell'art. 5, devono essere interpretate restrittivamente perché hanno come scopo quello di proteggere l'individuo contro eventuali atti arbitrari.

Nel caso in esame la Grande Camera ha rilevato che la privazione della libertà (per tredici giorni) subita dai ricorrenti, non aveva alcuna valida base legale, perché gli accordi tra il

---

verso il porto francese e l'equipaggio trattenuto in mare sotto il controllo delle autorità francesi. Condotti a Brest, ovvero 13 giorni dopo, i membri dell'equipaggio venivano sottoposti alla misura della *garde à vue* e, quindi, privati della libertà personale ancora per due giorni senza essere stati presentati il giorno stesso del loro arrivo innanzi ad una autorità giudiziaria.

<sup>516</sup>Ad esempio, è sufficiente pensare al controllo sulle modalità della *garde à vue*, al potere di concedere una proroga alla sua durata o ancora alla possibilità di emanare un mandato di ricerca con il quale il pubblico ministero ordina alla polizia giudiziaria di cercare l'individuo al fine di assoggettarlo alla *garde à vue*. Tali attività sono, giustappunto, capaci di incidere sulla libertà personale dell'individuo, sebbene tutte indispensabili per condurre efficacemente le indagini. Per approfondimenti sul tema della riforma dello statuto del *ministère public*, v. *La situation du ministère public français (pour une réforme du ministère public)*, Syndicat de la Magistrature, in [www.syndicat-magistrature.org](http://www.syndicat-magistrature.org)

governo francese e quello cambogiano non erano in alcun modo suscettibili di soddisfare il principio generale della *sécurité juridique*<sup>517</sup>.

I ricorrenti si lamentavano, poi, di non essere stati tradotti entro un breve termine innanzi a un giudice o ad altro magistrato abilitato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie, ai sensi dell'art. 5 par. 3 Cedu. In altre parole, essi denunciavano la circostanza che, dopo un periodo di tredici giorni di fermo in mare, non furono condotti direttamente dinanzi ad un giudice, ma solo dopo due o tre giorni di *garde à vue*, vennero presentati innanzi al giudice istruttore, il quale procedeva alla loro *mise en examen* e, successivamente, alla loro detenzione provvisoria.

La Corte, sotto tale profilo, ha ritenuto non violata la Cedu, considerando l'impossibilità materiale di condurre fisicamente i ricorrenti davanti un'autorità giudiziaria entro il più breve termine e che, comunque, il termine entro il quale gli stessi furono tradotti innanzi al giudice istruttore risultava compatibile con la nozione di "al più presto" ex art. 5 par. 3 Cedu, tenuto conto delle circostanze concrete presenti nella vicenda. Inoltre, secondo la Corte, essi furono in ogni caso condotti, a seguito della *garde à vue*, innanzi al giudice istruttore; giudice totalmente indipendente che ha per missione d'istruire a carico e a discarico, senza poter esercitare l'azione penale, né partecipare a un successivo giudizio<sup>518</sup>.

Pertanto, anche nella pronuncia della Grande Camera, non troviamo un'espressa condanna della Francia per aver mantenuto il legame gerarchico tra il *parquet* e il potere esecutivo. Tuttavia, questo si spiega perché tale aspetto non aveva un'incidenza diretta nella risoluzione della vicenda.

In altri termini, la Grande Camera ha preferito non affrontare direttamente la questione concernente la conformità dello statuto del *parquet* francese con la Convenzione europea. Nondimeno, la pronuncia in esame mantiene tutto il suo spessore perché grazie ad essa la Corte ha avuto la possibilità di ricordare che la nozione di "autorità giudiziaria" è sinonimo di giudice o magistrato che "deve presentare le garanzie d'indipendenza rispetto al potere esecutivo e alle parti".

---

<sup>517</sup>Di conseguenza risultava essenziale, secondo la Corte, che le condizioni di privazione della libertà personale fossero chiaramente definite e che la legge stessa fosse prevedibile nella sua applicazione, in maniera tale da riempire il criterio della "legalità" fissato dalla Convenzione europea, la quale esige che tutte le leggi siano sufficientemente precise per evitare il rischio di atti arbitrari.

<sup>518</sup>Per completezza va segnalato, infatti, che il governo francese non aveva comunicato alla Corte europea le informazioni relative allo svolgimento della *garde à vue*, né i verbali ad essa relativi. Tali informazioni furono presentate per la prima volta innanzi alla Grande Camera, la quale proprio perché vi fu l'intervento del giudice istruttore, poté appurare la non violazione dell'art. 5 par. 3 della Cedu.

Occorre sottolineare, invece, come la Corte abbia riconosciuto tale qualità al giudice istruttore; giudice, che il governo nel progetto di riforma del codice di procedura penale vorrebbe sopprimere concedendo i suoi poteri al *procureur de la République*<sup>519</sup>. E' chiaro però che attraverso siffatta interpretazione dell'art. 5 par. 3 Cedu, in nessun modo la Corte ha approvato lo statuto del pubblico ministero francese, anzi essa ha permesso di evidenziare come il problema del rispetto delle garanzie d'indipendenza nei confronti del potere esecutivo resta un problema aperto e centrale.

Orbene, malgrado ciò, occorre evidenziare che nell'*avant-projet Léger* di riforma del codice di procedura penale, non viene toccato il problema dello statuto del *ministère public*, ma al contrario troviamo un *parquet* ancora più sottomesso al potere esecutivo.

L'idea centrale del progetto di riforma riposa, infatti, nel voler sopprimere la figura del giudice istruttore per trasferirne i poteri al pubblico ministero.

La condizione attuale del *parquet* francese è, in conclusione, caratterizzata da un paradosso riassumibile nella constatazione che, da un lato, vi è un aumento esponenziale delle prerogative riconosciute al *ministère public* e, dall'altro lato, troviamo una precarizzazione crescente del proprio statuto<sup>520</sup>.

Nel progetto del futuro codice di procedura penale assistiamo, infatti, alla creazione di un *parquet* sempre più legato al rispetto del principio gerarchico; in particolare l'art. 221-3 del progetto *de quo* introduce una modifica all'art. 33 *c.p.p.* prevedendo una maggiore subordinazione gerarchica, laddove afferma che “i magistrati del *parquet* devono, nel corso della procedura penale, conformarsi alle istruzioni dei loro capi gerarchici, alle condizioni e sotto le riserve del presente codice”. In altri termini, mentre l'attuale art. 33 *c.p.p.* si accontenta di consacrare il principio di subordinazione sul contenuto delle requisitorie scritte, il nuovo testo impone, invece, apertamente ai magistrati del *parquet* di conformarsi alle istruzioni dei loro capi gerarchici. In questo contesto appare chiaro che le disposizioni riguardanti le istruzioni che il Ministro della Giustizia potrà indirizzare al *parquet*, attraverso i procuratori generali, assumeranno un significato diverso: il ministro potrà non solamente indirizzare delle istruzioni generali ed individuali ai magistrati del

---

<sup>519</sup>Il progetto di riforma del *code de procédure pénale* prevede, oltre alla soppressione della fase dell'*instruction préparatoire*, la creazione di un *juge de l'enquête et de libertés* chiamato a garantire l'equilibrio nella fase d'indagine, tra il *parquet* e le parti (*mise en cause* e *victime*), soprattutto per quanto riguarda l'autorizzazione di atti capaci d'incidere sui diritti fondamentali della persona, come ad esempio le misure coercitive, la *détention provisoire*, il *contrôle judiciaire*, le intercettazioni telefoniche, la proroga della *garde à vue* e le perquisizioni.

<sup>520</sup>V. per approfondimenti, *Vers une réforme de la justice pénale, Regard sur l'actualité* n. 357, janvier 2010, in *La documentation Française*.

*parquet*, ma ugualmente renderli destinatari di “osservazioni” di cui per il momento si ignora il reale valore ed il peso che i *procureurs* intenderanno attribuirgli.

Nei diversi comunicati pubblici, rilasciati dal Ministro della Giustizia (Michèle Alliot-Marie), viene riaffermata la necessità di mantenere un legame gerarchico tra il *parquet* e l'esecutivo, al fine di garantire la messa in atto di una politica penale coerente ed uniforme su tutto il territorio nazionale. Inoltre, pur lasciando aperti degli spazi in merito alla possibilità di discutere su alcuni profili relativi allo statuto del pubblico ministero, il Guardasigilli ha precisato che la complessità e la delicatezza di tale argomento richiederebbe una riforma costituzionale definita come pesante e lunga (“*lourd et long*”)<sup>521</sup>.

Tuttavia, recentemente, la Corte di Cassazione è stata chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla conformità della disciplina della *garde à vue* francese con i principi della Cedu, proprio in relazione allo statuto del *parquet*, a seguito della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 novembre 2010 (*arrêt “Moulin”*)<sup>522</sup>, secondo cui il magistrato del *parquet* (*procureur*) non può essere considerato come una autorità giudiziaria indipendente, sulla falsariga del caso Medvedyev.

Alla luce dell'*arrêt “Moulin”*, la Corte di Cassazione il 15 dicembre 2010<sup>523</sup> ha confermato la posizione della Corte di Strasburgo, affermando che il *ministère public* non è una autorità giudiziaria, secondo l'art. 5 c. 3 della Cedu, poiché egli “*ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante*”.

A questo punto è indubbio che il progetto di legge sulla riforma della *garde à vue*, dovrà tener conto delle pronunce in esame e prevedere, oltre a tutte una serie di garanzie come ad esempio, il diritto al silenzio (che dovrà essere comunicato al soggetto) e la presenza dell'avvocato dall'inizio della misura e durante tutto il suo svolgimento, anche il controllo della stessa da parte di un *juge*, come preconizzato nell'*avant-projet* di riforma del codice, che avrà altresì il potere di rimettere in libertà il *gardé à vue*<sup>524</sup>.

---

<sup>521</sup>Per una visione critica ed approfondimenti sulla riforma del codice di procedura penale francese e sullo statuto del *ministère public*, si segnala il sito [www.syndicat-magistrature.org](http://www.syndicat-magistrature.org).

<sup>522</sup>Nello specifico, si trattava di un avvocato che invocava la violazione dell'art. 5 c. 3 Cedu (al momento della sua sottoposizione in *garde à vue*) per non essere stato tradotto davanti ad un giudice o ad un magistrato abilitato dalla legge ad esercitare la funzione giudiziaria, ma dinanzi al *procureur adjoint* del tribunale di Grande Istanza. Egli invocava, inoltre, la violazione dell'art. 6 della Cedu (diritto ad un processo “*équitable*”), per non aver potuto beneficiare dell'assistenza difensiva durante la *garde à vue*.

<sup>523</sup>*Ch. Crim.*, arrêt n. 7177, 15 décembre 2010, in [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

<sup>524</sup>Va ricordato, inoltre, che anche il *Conseil constitutionnel* nella sentenza del 30 luglio 2010, censurando il regime della *garde à vue* ordinaria proprio perché essa “non garantirebbe adeguatamente i diritti della difesa”, ha concesso al governo un periodo di tempo (fino al primo luglio 2011) entro il quale

Orbene, per quanto riguarda il sistema italiano, abbiamo visto, che i primi segni della configurazione del pubblico ministero in qualche modo analoga a quella attuale risalgono alla Francia del XIII secolo. Mutamenti sostanziali intervengono durante il periodo napoleonico. Il pubblico ministero diviene il monopolista dell'azione penale ed opera in una struttura di tipo burocratico, gerarchicamente sottoposta al Governo. Questa impostazione è quella cui s'ispira in Italia la legge cd. Rattazzi (13 novembre 1859 n. 3781). La fisionomia dell'inquirente è di "rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, sotto la direzione del ministro" che lo nomina e vanta su di lui poteri gerarchici anche di controllo. Esso ha una carriera distinta rispetto a quella dei giudici, che tuttavia non esclude osmosi<sup>525</sup>. Il pubblico ministero può passare nei quadri dei giudicanti e, molto spesso, i vertici dell'apparato giurisdizionale sono di derivazione requirente, evidentemente perché ritenuti più "graditi" al potere esecutivo. Questa tipologia organizzativa è confermata sostanzialmente dalla prima normativa dell'Italia Unita e cioè dal r.d. 6 dicembre 1865 n. 2626 che, fra l'altro, rafforza i poteri di controllo del governo sui pubblici ministeri, giustificati con la considerazione che il Governo, avendo il compito di assicurare la prevenzione e repressione dei reati, doveva poter dirigere l'apparato incaricato di promuovere siffatta repressione. Con la legge 8 giugno 1890 n. 6878 pubblici ministeri e giudici confluiscono nello stesso ordinamento, ma non ne viene modificata molto la struttura, il ruolo e i poteri. Con il primo ordinamento giudiziario, cd. decreto Rodinò, r.d. 14 dicembre 1921 n. 1978, non si ebbe nessun cambiamento significativo; si ribadisce la funzione del procuratore come "rappresentante del potere esecutivo, posto sotto la direzione del ministro" (formula ripetuta nel r.d. del 1923). Una leggera ridefinizione dei rapporti con il ministro, non più influenzati da una rigida gerarchia, si è avuta con il r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, dove all'art. 69 precisa che il pubblico ministero esercita "sotto la direzione del ministro, le funzioni che la legge gli

---

adottare una legge di riforma della *garde à vue* rispettosa dei principi da essa affermati (secondo l'art. 62 della Costituzione il *Conseil* può ritardare, infatti, l'entrata in vigore delle sue decisioni).

La decisione in esame è interessante anche perché essa è stata resa nel quadro della cd. "*question prioritaire de constitutionnalité*" (*QPC*); procedura introdotta nell'ordinamento francese con la riforma costituzionale del 2008 ed entrata in vigore il primo marzo 2010. In estrema sintesi, la *QPC* permette à toute personne qui est partie à un procès ou une instance di sollevare dinanzi ad un giudice la questione di legittimità costituzionale di una disposizione legislativa, quando essa arrechi pregiudizio ai "diritti e alle libertà che la Costituzione garantisce". Il giudice, dopo un primo esame, rinvia la questione di legittimità secondo i casi, alla Corte di Cassazione o al Consiglio di Stato, i quali a loro volta potranno rimettere la questione alla Corte Costituzionale. Per un'analisi del dibattito riguardante la misura della *garde à vue*, v. il sito [www.vie-publique.fr](http://www.vie-publique.fr) e [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr). Per un approfondimento sulla "*question prioritaire de constitutionnalité*" si veda il sito [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr), dove è presente una scheda informativa sui principi e sul funzionamento della *QPC*.

<sup>525</sup>V. per approfondimenti, F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 195 ss.

attribuisce”<sup>526</sup>. Con l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, il pubblico ministero viene finalmente sganciato dal rapporto gerarchico con il Governo. Ha garanzie di autonomia specificamente indicate, sia pure in parte differenti rispetto a quelle dei giudici; per quest’ultimi si prevede, infatti, esplicitamente (art. 101, comma 2) che sono “soggetti soltanto alla legge”, per il pubblico ministero si stabilisce (art. 107, comma 4) che “gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull’ordinamento giudiziario”. Entrambi gli organi, inclusi nell’ordine giudiziario, godono, poi, di una serie di prerogative comuni (come ad es. l’inamovibilità ex art. 107, comma 1).

Per quanto riguarda più da vicino l’esercizio dell’azione penale, abbiamo visto che il sistema italiano ha accolto il principio di obbligatorietà sancendolo direttamente nella Carta costituzionale (art.112 Cost.). Tuttavia, la rigidità interpretativa di quest’ultimo, unita alle problematiche presenti nell’amministrazione della giustizia, ha prodotto delle conseguenze sul piano operativo, tali da portare ragionevolmente a dubitare dell’effettività reale del principio in esame. Di conseguenza si è cercato di offrire un quadro della situazione attuale, al fine di porre l’accento sulla necessità d’interventi legislativi capaci di innovare il sistema nel rispetto della tradizione giuridica italiana, particolarmente legata al principio di obbligatorietà dell’azione penale.

Nel condurre quest’analisi sono stati presi in considerazione alcuni istituti vigenti nell’ordinamento processuale francese, allo scopo di verificare la possibilità di una loro introduzione anche in Italia, sebbene con i dovuti accorgimenti e le dovute cautele. Infatti, da noi, gli istituti ispirati alla *diversion*, intesa come ogni deviazione dalla normale sequenza di atti del processo penale, prima della pronuncia sull’imputazione<sup>527</sup>, stentano ad attecchire, proprio a causa della formale interpretazione del principio di obbligatorietà. In Francia, invece, il principio d’opportunità dell’azione penale, consente la sperimentazione di soluzioni ispirate a percorsi alternativi non solo all’instaurazione del processo ma anche all’archiviazione “semplice”.

Pertanto, è apparso necessario esaminare gli strumenti al momento utilizzati dal legislatore francese per verificarne l’adeguatezza e suggerire, *de iure condendo*, la creazione di vari itinerari procedurali “alternativi” alla classica opzione tra esercizio dell’azione penale o archiviazione *tout court*, attraverso l’analisi dell’“*obbligo*” previsto

---

<sup>526</sup>V. per approfondimenti M.Scaparone, voce *Pubblico ministero* (dir.proc.pen.), in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988.

<sup>527</sup>V. per approfondimenti, F. Ruggieri, *Diversion: dall’utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass.pen.* 1985; C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, pp. 54 ss; M.G. Aimonetto, *L’archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione condizionata nell’ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 99 ss.

dall'art. 112 Cost., il quale ha permesso di constatare che grazie ad un rinnovamento del provvedimento d'archiviazione e, quindi, senza incidere sulla portata della norma costituzionale sconfinando nell'opposto principio dell'opportunità dell'azione penale, sarebbero prospettabili epiloghi diversi da quelli tradizionali. Resta fermo, infatti, che interpretazioni tese ad ammettere che il processo possa non aver luogo anche per ragioni di mera opportunità avulse da ogni rapporto con il *fumus* della singola notizia di reato, sono incompatibili con il principio sancito all'art. 112 Cost.

Sulla base dei rilievi svolti, sembrerebbe sostenibile, pur con tutte le difficoltà evidenziate, l'eventuale introduzione nel nostro ordinamento di nuove ipotesi di archiviazione capaci di rispettare gli imperativi di ordine costituzionale e internazionale; grazie ad una razionalizzazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale che tenga conto sia delle difficoltà reali in cui versa l'attuale amministrazione della giustizia, sia delle esigenze concrete dei soggetti coinvolti nelle vicende giudiziarie. Inoltre, la predeterminazione legislativa dei presupposti e dei parametri cui agganciare le soluzioni archiviate "condizionate", consentirebbe di rispettare altresì gli artt. 3 e 25 c.2 Cost. e di individuare nel "consenso", la condizione necessaria per permettere al titolare dei diritti di rinunciare all'accesso al giudice<sup>528</sup>.

Il ricorso a questi strumenti "alternativi" permetterebbe non solo di ottenere un maggior risparmio nella gestione delle risorse umane e finanziarie disponibili, ma soprattutto di creare la base per una nuova concezione di "giustizia", orientata verso il "recupero" del responsabile in chiave preventiva; vale a dire prima di introdurlo all'interno di un processo, il quale rappresenta molto spesso la più grande sofferenza per quest'ultimo, ma anche per gli altri soggetti coinvolti, come la vittima.

Tutto questo impone, quindi, una più ampia riflessione su cosa voglia dire fare razionalmente "prevenzione" e su quali siano le esigenze dell'ordinamento giuridico e della vittima rispetto alla commissione di un reato.

In altre parole, l'introduzione di un'archiviazione "meritata", mediante lo svolgimento di prestazioni che condizionano lo sbocco alternativo, potrebbe rappresentare un nuovo percorso di politica penale, idoneo a recuperare il "deviante" attraverso una pedagogia della responsabilità in grado di tutelare, allo stesso tempo, l'ordine pubblico<sup>529</sup>.

---

<sup>528</sup>Per approfondimenti, M.G. Aimonetto, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione condizionata nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000.

<sup>529</sup>Una diretta espressione di tale concezione si rinviene, ad esempio, nei motivi che hanno determinato in Francia l'introduzione della mediazione penale. Le misure di deprocessualizzazione permettono, secondo il legislatore francese, di trovare risposte elastiche e personalizzate, a cui si aggiunge, nel caso della

L'analisi, poi, di alcuni istituti privilegiati il percorso della deprocessualizzazione presenti nei procedimenti differenziati, quali quello minorile e del giudice di pace, ha permesso di rilevare come, in realtà, l'introduzione nel procedimento ordinario di strumenti ispirati alla logica della "terza via", potrebbero trovare un appiglio normativo proprio grazie ad un affinamento di tali istituti destinati ad operare in settori più ampi. Infine, anche a voler prescindere dai "suggerimenti" provenienti dal sistema francese o a livello europeo, si è richiamata l'attenzione sul ruolo e sulla funzione che potrebbero rivestire le clausole d'irrelevanza del fatto, al fine di rendere più agile l'alleggerimento del carico giudiziario, imponendo altresì al legislatore di recuperare la qualità nella tecnica di redazione delle fattispecie incriminatrici, punendo solo le condotte concretamente lesive dei beni giuridici di alto rilievo.

---

mediazione, anche la flessibilità di uno strumento che consente non solo l'individualizzazione della sanzione, ma anche la riparazione alla vittima, che viene ascoltata ed interpellata.

V. più in generale, M. Bouchard, *Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, II; Id., *La mediazione dei conflitti penalmente rilevanti*, in *Dir. pen. proc.*, 1998; G. Casaroli, *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, in *Ind.pen.*, 1990, p. 277.

## BIBLIOGRAFIA

- Agro' A. S. (1975) , *Commento all'art.3*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), Zanichelli, Bologna.
- Aimonetto M. G. (1997), *La "durata ragionevole" del processo penale*, Giappichelli, Torino.
- Aimonetto M. G., *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione condizionata nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 99 ss.
- Aimonetto M. G. (2002), *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, Torino.
- Allegro A., *I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria: autonomia investigativa e dipendenza funzionale*, tesi di dottorato di ricerca in Politiche penali dell'Unione Europea, ciclo XXII 2006-2009, Univ. degli Studi del Molise, facoltà di Giurisprudenza, <http://road.unimol.it>.
- Alix J., *Quels visages pour le parquet en France*, in *Figures du parquet*, C.Lazerges, Le voies du droit, ed. PUF, 2006.
- Amato G. – Barbera G. (1994), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna.
- Amato G., *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, *Guida al diritto*, fasc. 4, 2000.
- Angevin H. (1994), *La pratique de la chambre d'accusation*, Litec, Paris.
- Barone G., *Il Pubblico ministero in un recente convegno*, in *Cass.Pen.*, 1993.
- Bene T., *Prime riflessioni su archiviazione e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Arch. pen.*, 1992.
- Besson, *L'origine, l'esprit et la portée du code de procédure pénale*, in *Rev. Sc. Crim.*, 1959.
- Blanc G. (1994), *La médiation pénale*, JCP, Paris.
- Blekenborg – Lenk (1978), *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna.
- Blemennicier B. (1991), *Economie du droit*, Cujas, Paris.
- Boitard M., *La transaction pénale en Droit français*, *Rev. Sc. Crim.*, 1941.
- Bonafé Schmitt P. (1992), *La médiation: une justice douce*, Syros Alternatives, Paris.
- Borrelli F. S., *Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in AA.VV., *Il Pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994.

- Bossan J., *L'intérêt général dans le procès pénal*, in *Rev. Pénit*, 2008.
- Bouchard M., *Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto*, in *Dei delitti e delle pene*, II, 1992.
- Bouchard M., *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?* In *Quest.giust.* n.3-4, 1992.
- Bouchard M., *La mediazione dei conflitti penalmente rilevanti*, in *Dir. pen. proc.*, 1998.
- Bouchard M., *Mediazione: diritto e processo penale*, in AA. VV., *La mediazione penale in ambito minorile*, 1999.
- Bouchard M., *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, in *Quest. giust.*, 1995.
- Bouchard M., *La galassia delle tutele* (ovvero la risoluzione dei conflitti dentro e fuori della giurisdizione), in *Quest. giust.*, 1999.
- Boulan F., *La transaction douanière, études de droit pénal douanier*, *Ann. Fac. Dr. Aix-en-Provence*, 1968.
- Bruschi C. (2002), *Parquet et politique pénale depuis le XIX siècle*, ed. Puf., Paris
- Bureau A., *Etat de lieu d'un dispositif procédural atypique: la composition pénale*, in *Archives de politique criminelle*, ed. A. Pedone, Paris, 2003, n. 27.
- Cairo R. (1997), *La médiation pénale: entre répression et réparation*, ed. L'Harmattan, Parigi.
- Cairo R. e Mbanzoulou P.(2010), *La justice restaurative una utopie qui marche?*, ed. L'Harmattan, Parigi
- Cario R. (2010), *Justice restaurative. Principe set promesses*, ed. L'Harmattan, Coll. *Traité de sciences criminelles*, vol. 8, 2é ed.
- Calamandrei I., *L'irrilevanza penale del fatto nella prospettiva processuale*, in *Giur. it.*, 2000.
- Canzio G., *Controllo politico del pubblico ministero o riforma del processo penale?*, in *La magistratura*, 1983.
- Cappelletti M. (1984), *Giudici legislatori ?*, Giuffrè, Milano
- Carbasse J. M. (2000), *Histoire du Parquet*, ed. Puf., Paris.
- Carcano D. (2004), *Stabilire i criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti è un dovere dei capi degli uffici*, Carocci, Roma.

Cartier M.-E (1998), *Les modes alternatifs de règlement de conflits en matière pénale*, RGDP, Paris.

Casaroli G., *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, in *Ind.pen.*, 1990.

Ceccanti S., Rabesco L., Regini A. (2000), *La mediazione penale minorile nell'esperienza di Venezia*, in AA.VV., *Prassi e teoria della mediazione*, a cura di G. Pisapia, Cedam, Padova.

Céré J. P., Remillieux P., *De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le plaider coupable à la française*, AJ Pénal, 2003.

Cerretti A. e Mazuccato C., *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.

Cesari C. (2005), *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino.

Chiavario M. (1975), *Appunti sulla problematica dell' "azione" nel processo penale italiano: incertezze, prospettive, limiti*, in *Riv. Trim. dir. proc. pen.*, 1975.

Chiavario M. (1995), *L'azione penale tra diritto e politica*, Cedam, Padova.

Chiavario M. (1994), *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, (atti del convegno di Saint Vincent, 3-5 giugno 1993), Giuffrè, Milano

Chiavario M. (1994), *Obbligatorietà dell'azione penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, Convegni di studio "Enrico de Nicola": Problemi attuali di diritto e procedura penale. Giuffrè, Milano.

Chiavario M., *Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1997.

Chiavario M., *Notarelle a prima lettura sul progetto della Commissione Bicamerale in tema di azione penale*, in *Leg. Pen.*, 1998.

Chiavario M., *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass.Pen.*, 1993.

Chinnici D., *Il giudice di pace: profili peculiari della fase del giudizio e riflessioni in margine alla "scommessa" sulla mediazione*, in *Cass. pen.*, 2002.

Colamussi M., *La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: punti controversi della disciplina e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 1996.

Conti C., *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n.8.

Conso G. (1979), *Introduzione alla riforma*, in AA.VV., *Pubblico ministero e accusa penale*, a cura di G. Conso, Zanichelli, Bologna.

Conso G., *Il provvedimento di archiviazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952.

Conti C. (2003), *L'imputato nel processo connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Cedam, Padova.

Conti C., voce *Giusto processo* (dir. proc. pen.), in *Enc.dir.*, agg., V, Giuffrè, Milano, 2001.

Coralie Ambrosie-Castérot (2009), *La procédure pénale*, 2 ed., Gualino, Paris.

Corbi F., *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980.

Corbo A., *Verso la "scarsa rilevanza del fatto" nel diritto penale. Le indicazioni provenienti dall'ordinamento della responsabilità disciplinare dei magistrati*, in *Cass. Pen.* n. 11, 2010, pp 4061-4072.

Cordero F.(1955), *Le situazioni giuridiche soggettive*, Giuffrè, Milano.

Cordero F. (2006), *Procedura penale*, Giuffrè, Milano.

Cordero F. (1993), voce "Archiviazione", in *Enc. del dir.*, Giuffrè, Milano.

Cordero G. *Oltre il "patteggiamento" per i reati bagatellari? La limitata discrezionalità dell'azione penale nell'ordinamento tedesco federale e il "nostro" art. 112 Cost.*, in *L.P.*, 1986.

Cornu G. (2000), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Paris.

Cosi G. e Foddai M. A. (2003), *Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Giuffrè, Milano.

Crawford A. (2001), *Appels à la "communauté" et stratégie de responsabilisation*, in *Wivekens, A. Faget, La justice de proximité en Europe. Pratique et enjeux*, Trajet, Erès, Ramonville Saint-Agne.

Crépin M. Y., *Le rôle pénal du ministère public : l'exemple du parlement de Bretagne*, in *Histoire du parquet*, a cura di J. M. Carbasse, ed. Puf, Paris, 2000, pp 77-103.

Cristiani A (1985), *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, Giuffrè, Milano

Daly K., Hayes H.(2002), *Restorative justice and conferencing*, in G. Graycar, P. Grabowsky (eds.), *The Cambridge handbook of Australian criminology*, Univ. Press., Cambridge.

Dallest J., *Le différents modes de poursuites du parquet*, *AJ pénal*, 2005.

D'Addio (1966), *Politica e magistratura*, Giuffrè, Milano.

Dauchy S., *De la défense des droits du roi et du bien commun à l'assistance aux plaideurs: diversité des mission du ministère public*, in *Histoire du parquet*, a cura di J.M. Carbasse, ed. Puf, Paris, 2000, pp 55-75.

Delage P. J., « *Plaider coupable* » : *la clarification par l'entérinement de pratiques*, D. 2009, p. 1650.

Delmas-Marty M., Michèle Guilbot-Sauer (1987), *L'organisation des parquets et ses incidences en matière de gestion et de politique criminelle*, Université Paris Sud, Centre de recherche en politique criminelle, rapport de recherche au ministère de la Justice.

Delmas-Marty M. (1992), *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, Paris.

Delmas-Marty M. (2009), *La phase préparatoire du procès pénal, pourquoi et comment réformer?* Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, Paris, www.asmp.fr.

Delmas-Marty M. (1988), *Procedura penali d'Europa*, a cura di M. Chiavario, Cedam, Padova

Delmas-Marty M., Lazerges C., Vallee C., *Une nouvelle procédure pénale ? Etude de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection d'innocence et les droits de victimes*, in *Rev.sc.crim.*, 2001.

De Mattia A., *Bilancio di un convegno*, in AA.VV., *La riforma del pubblico ministero*, Atti del Convegno, Mantova 5-6 maggio 1973, Milano, 1974.

De Mari E., *Le parquet sous la Révolution 1789-1799*, in *Histoire du Parquet*, a cura di Carbasse J.M., ed. Puf, Paris, 2000, pp 221-255.

Del Tufo M.V., *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999.

Détraz S., *La juridiction pénale saisie de la seule action civile : une situation en voie de généralisation*, Procédures 2008, Etudes 10.

De Vero (2002), *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, a cura di Garuti, *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova.

Devoto M., *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1996.

Di Federico G. (1991), *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in AA.VV. *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. Gaito, Jovene, Napoli.

Di Federico G., *L'indipendenza del pubblico ministero e il principio democratico della responsabilità in Italia: l'analisi di un caso deviante in prospettiva comparata*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1998.

Di Federico G. *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, 2009, in [www.difederico-giustizia.it](http://www.difederico-giustizia.it) e [www.giustiziaemagistratura.it](http://www.giustiziaemagistratura.it).

Dinacci F. (2008), *Criteri di priorità nella formazione dei ruoli d'udienza e rinvio dei processi in corso*, in AA.VV. *Il decreto sicurezza*, a cura di Scalfati, Giappichelli, Torino.

Dinacci F., *Il controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale*, in *Cass. pen.*, II, 1991.

Di Napoli M. (2009), *Tutela dei diritti ed efficace esercizio dell'azione penale: il punto di vista di una procura della Repubblica*, in *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Atti del Convegno, Bari 29 novembre 2008, a cura di V. Garofoli, Giuffrè, Milano.

Dintilhac J. P., *Rôle et attributions du procureur de la République*, in *Rev. Sc. Crim.*, 2002.

Dobkine V. M. (1994), *La transaction en matière pénale*, in *D.*, 1994, *Chr.*, p. 138.

Dominioni O., voce *Azione penale*, in *Dig.it.*, *Discipline penalistiche*, I, Utet, Torino, 1987.

Dominioni O., *L'obbligatorietà dell'azione penale: Dal feticismo alla realtà: l'irrelevanza sociale del fatto*, contributo agli Studi in onore di Mario Pisani.

Donini M. (2003), *Prospettive europee del principio di offensività*, in *Offensività e colpevolezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di Cadoppi, Padova.

Donini M., *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, in *Dir. pen. proc.*, 2000.

Dovere S., *La particolare tenuità del fatto concreto: aspetti teorici e spunti applicativi*, in [www.csm.it](http://www.csm.it)

Dusi P., *Irrelevanza del fatto e nuova formulazione*, in *Esp. giust. min.*, n. 1, 1992.

Eissen M. A., *Jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention*, Strasbourg, 1985.

Esmein A., *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882, réimpr. Francfort-sur-le Main, 1969.

Faget J. (1993), *La médiation pénale. Une dialectique de l'ordre et du désordre*, *Déviance et société*, XVIII.

Faget J. (1997), *La médiation. Essai de la politique pénale*, ed. Erès, Ramonville Saint-Agne, France.

Fanuele C. (2009), *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, Padova.

Farcy J. (2007), Kalifa D.e Luc J.N. (2007), *L'enquête judiciaire en Europe au XIX siècle. Acteurs, imaginaires, pratiques*, Creaphis, Paris.

Felicioni P. (2009), *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi o di ricostruzione del fatto*, in AA.VV., *Prelievo del DNA e Banca dati nazionale. Il processo penale tra accertamento del fatto e cooperazione internazionale*, a cura di Scarcella, Padova.

Ferrajoli L., *Patteggiamenti e crisi della giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 1989.

Ferrajoli L. (1989), *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari.

Ferrua P., *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, in *Dif. Pen.*, 1989.

Fiandaca G. - Di Chiara G. (2003), *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli.

Fiandaca, *L'offensività è un principio codificabile*, in *Foro it.* 2001, V. 1.

Folla – (Alessandri), *Le sanzioni pecuniarie*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*: d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Milano, 2002.

Fourment F. (2010), *Procédure pénale, x ed.*, Paradigme, Paris.

Fournier P. (1880), *Les officialités au Moyen âge*, Paradigme, Paris.

Fidelbo G. (2004), voce *Giudice di pace* ( nel dir .proc. pen.), in *Dig. Disc.pen.*, agg., II, Utet, Torino.

Foucault M. (1975), *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Paris.

Franchimont M., Jacobs A., Masset A., *Manuel de procédure pénale*, 2ème ed. Larcier.

Friedman L. (1975), *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, a cura di G. Tarello, Il Mulino, Bologna.

Frioni I, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 2002.

Gambini Musso R. (1985), *Il plea bargaining tra Common law e Civil law*, Giuffrè, Milano.

Gargani G., *Una discussione serena sulla giustizia italiana*, in [www.ircocervo.it](http://www.ircocervo.it).

Garofoli V. (a cura di), *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*. Atti del Convegno-Bari, 29 novembre 2008, Giuffrè, Milano, 2009.

Giarda A., *Riforma della procedura penale e riforme del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989.

Gillet, *Analyse des circulaires, instructions et décisions diverses émanées du ministère de la Justice*, 3 éd., Demoly, Paris, 1876, 2 volumes.

Giostra G. (II ed. 1994), *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino.

Giudicelli G. -Delage e Lazerges C. (2008), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, Le voies du droit, Paris.

Grevi V. (1997), *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma.

Grevi V., *Archiviazione per "inidoneità probatoria" ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. It. dir. e proc. Pen.*, 1990.

Grevi V., *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il processo di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998.

Guastini R.(1995), *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Torino.

Guerrieri M., *Il proscioglimento dell'imputato minorenni per irrilevanza del fatto*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992.

Guerrini R. (2005), *La responsabilità da reato degli enti e la loro natura*, ed. Il Leccio.

Guinchard S., Buisson J (2009), *Manuel procédure pénale*, 5 ed., Litec, Paris.

Guarnieri C. (1992), *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Il Mulino, Bologna.

Hélie F. (1866), *Traité de l'instruction criminelle en France*, I, 2 ed., Paris

Hélie F. (1845-1860), *Traité de l'instruction criminelle*, Paris.

Ichino G., *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *Quest. Giust.*, 1997.

Jescheck H.H. (1993), *Grundgedanken der neuen italienischen Strafprozessordnung in rechtsvergleichender Sicht*, in *Strafgerichtsbarkeit- Festschrift für Arthur Kaufman*, Heidelberg.

Jaccoud, M. (2008), *Justice réparatrice et réforme de l'action pénale*, in Noreau, P., Rioux, M., Rocher, G. et P. Laborier (Eds.), *Les réformes en santé et en justice : le droit et la gouvernance*, Québec, Presses de l'Université Laval.

Jaccoud M., *Innovations pénales et justice réparatrice, Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie*, Séminaire Innovations Pénales , mis en ligne le 29 septembre 2007, URL : <http://champpenal.revues.org/1269>.

Jeandidier W. (1983), *La juridiction d'instruction du second degré*, Cujas, Paris.

Kostoris R.E., *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007.

Lambert L. (1951), *Traité théorique et pratique de police judiciaire*, 3.ed. Lyon.

Lanthiez M.L., *La clarification des fondements européens des droits des victimes*, in *La victime sur la scène pénale en Europe*, sotto la direzione di G. Giudicelli-Delage e C. Lazerges, PUF, Le voies du droit, 2008.

Lanza E., *Mediazione e procedimento penale minorile*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, a cura di A. Pennisi, Giuffrè, Milano, 2004.

Lazerges C., *Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle*, *Rev.Sc.Crim.*, 1997.

Lazerges C. (2006), *Figures du parquet*, Le voies du droit, ed. PUF, con le conclusioni di Geneviève Giudicelli-Delage.

Leblois J. - Happe, *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance: état des lieux et perspectives*, *Rev. Sc. Crim.* 1994.

Leyte G. *Les origines médiévales du ministère public*, in *Histoire du parquet*, a cura di Carbasse J.M., ed. Puf, Paris, 2000.

Leblois J. - Happe, *De la transaction pénale à la composition pénale*, *JCP* 2000.

Lemoine P. *Le statut et le rôle du ministère public dans le système judiciaire française*, conférence à Amman (Jordaine), 13 novembre 2007, in [www.pogar.org](http://www.pogar.org).

Losanna C., *Commento all'art. 27*, in AA. VV. *Codice di procedura penale minorile commentato*, coordinato da P. Pazé, in *Esp. giust. min.*, n. sp., 1989.

Lottini R. (2002), *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Cedam, Padova.

Maes A., *La contractualisation du droit pénal mythe ou réalité?*, *Rev.Sc.Crim.*, 2002.

Magliaro L., *Discrezionalità e obbligatorietà nell'esercizio dell'azione penale*, in *Quest. giust.*, 1991.

Maneschi A., *La giustizia penale riparatoria demandata al giudice di pace*, in *Il giudice di pace*, 2002.

Mannozi G. (2003), *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia ripartiva e mediazione penale*, Giuffrè, Milano.

Mannozi G. (2004), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, a cura di G. Mannozi, Giuffrè, Milano.

- Marini L. M. *La criminalità minorile: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. pol.*, 1996.
- Marzaduri E. *L'introduzione del giudice unico di primo grado ed i nuovi assetti del processo penale*, in *Leg. Pen.*, 1998.
- Marzaduri E. (1996), voce *Azione (IV)* (diritto processuale penale) in *Enc. giur.* IV, Treccani, Roma.
- Marzaduri E., *Commento all'art. 129*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit. II, 1990.
- Marzaduri E., *Commento all'art.530.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit. V, 1991.
- Mantovani F.(2008), *Diritto penale*, Cedam, Padova.
- Masucci L (1906). *L'azione penale*, in *Enc.dir.pen.it.*, a cura di E. Pessina, III, Milano.
- Mathias E. (1999), *Les procureurs du droit, de l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, ed. CNRS, Paris.
- Mazzacuva N., *Diritto penale e riforma costituzionale: tutela penale di beni giuridici costituzionali e principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1998.
- Mazzucato C. (2003), *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in AA.VV, *Lo spazio della mediazione Conflitto di diritti e confronto di interessi*, a cura di G. Cosi e M.A. Foddai, Giuffré, Milano.
- Merle R. – Vitu A. (2002), *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, IV éd. Cujas, Paris.
- Mestitz A. – Colamussi M., *Messa alla prova e ristorative justice*, in *Min. giust.*, 2000.
- Mestitz A., *Irilevanza del fatto: criteri e prassi applicative di tre tribunali per i minorenni*, in *Crit. pen.*, n. I-II, 1997.
- Messina L., *Médiation et justice réparatrice dans le système pénal des mineurs italien et français*, Un. Paul Cézanne Aix-Marseille III, faculté de droit et de science politique, 2004-2005, in [www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it).
- Milburn P., *La médiation pénale en France: quelle place pour les victimes?*, in *Justice « restaurative » et victimes, Les Cahiers de la justice*, n. 1.
- Milburn P., Mouhanna C., Perrocheau V., *Controverses et compromis dans la mise en place de la composition pénale*, in *Archives de politique criminelle*, UMR de droit comparé, Paris I, éd. Pedone, n. 27, pp. 151-165.
- Morineau J. (2000), *Lo spirito della mediazione*, trad. it. Franco Angeli, Milano.

- Muhm R., *Il caso Kohl - Il ruolo del pubblico ministero in Germania*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000.
- Murone M., *Obbligatorietà dell'azione penale e formulazione dell'imputazione di cui all'art. 409 c.p.p.*, in *Giust. pen.*, 1991.
- Nannucci U., *Flusso delle notizie di reato, organizzazione delle risorse, obbligatorietà dell'azione penale*, in *Quad. C.S.M.*, n. 56, 1991.
- Nobili M. (1972), *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di G. Conso, Bologna.
- Nicoli A., *Aternativa tra azione penale e diversion nei sistemi di giustizia minorile*, in *Crit. pen.*, n. 1-2, 1997.
- Pagliaro A., *Cenni sugli aspetti penalistici del recente progetto di riforma costituzionale*, in *Crit. dir.*, 1998.
- Paillard B. (2007), *La fonction réparatrice de la répression pénale*, L.G.D.J, Paris.
- Palazzo F. (1985), *La recente legislazione penale*, Cedam, Padova.
- Palazzo F. (2008), *Corso di diritto penale*, Giappichelli, Torino.
- Palazzo F., *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale (B) Diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998.
- Palomba F. (2002), *Il sistema del processo penale minorile*, Giuffrè, Milano.
- Palomba F. (1991), *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Giuffrè, Milano.
- Panizza S., *Fondamento e attualità del principio di obbligatorietà per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).
- Parizot R. (2008), *Vers une action pénale partagée?*, in *La victime sur la scène pénale en Europe*, sotto la direzione di G. Giudicelli-Délagé e C. Lazerges, Le voies du droit, PUF, Paris.
- Patané V., *Note a margine della Raccomandazione n. R. (99) 19 nella prospettiva della mediazione nella giustizia penale italiana*, in *Annali della Facoltà di Economia dell'Università di Catania*, XLV, 1999
- Patané V. (2001), *La mediazione*, in AA.VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. Giostra e G. Illuminati, Giappichelli, Torino.
- Patané V., *Ambiti di attuazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione*, in AA.VV. *Mediazione penale: chi, come, dove, quando*, a cura di A.Mestitz.
- Patané V., *L'irrelevanza del fatto nel processo minorile*, in *Esp. giust. min.*, 1992.

- Patrono M., *Il pm nella riforma istituzionale*, in *Doc. giust.*, 1992.
- Pavarini M., *Il rito pedagogico. Politica criminale e nuovo processo penale a carico di imputati minorenni*, in *Delitti e pene*, 1991.
- Pavarini M., *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in AA.VV., *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 1998.
- Pepino L. (1994), *Commento all'art.27*, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, e, I, coord. da M. Chiavario, *Leggi collegate, I, Il Processo minorile*, Utet, Torino.
- Peri A., *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, Forum di quaderni costituzionali, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- Perrodet A. (2001), *Etude pour un ministère public européen*, LDGJ, Paris.
- Perrot M., Robert P., *Commentaire du compte général de l'administration de la justice criminelle en France pendant l'année 1880 et rapport relatif aux années 1826 à 1880*, Slaktine reprints, Genève/Paris, 1989.
- Picotti L. (2002), *Giudice di pace e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, a cura di L. Picotti e G. Spangher, Giuffrè, Milano.
- Pin X, (2009), *Droit pénal général*, 3 ed. Dalloz, Paris.
- Pinto F., *Obbligatorietà dell'azione penale e organizzazione delle procure circondariali*, in *Quest. Giust.*, 1991.
- Pokora S., *La médiation pénale*, *AJ pénal*, 2003.
- Pradel J. *La rapidité de l'instance pénale. Aspects de droit comparé*, in *Rev. Pénit. Et de droit pén.* n.4, 1995.
- Pradel J., *Défense du plaidoyer de culpabilité*, in *JCP* 2004, éd. G., Aperçu rapide.
- Pradel J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris.
- Pradel J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, 2ème éd. Paris.
- Pradel J. (D.1999), *Une consécration du plea bargaining à la française: la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999*.
- Rassat M. L., *Le ministère public entre son passé et son avenir*, thèse de droit, Paris, 1965, LGDJ, 1967; 2<sup>ème</sup> ed. 1975.
- Riccio G., *Il nuovo pubblico ministero e l'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Il giusto processo*, 1990.

- Riccio G., *Azione penale e politica delle riforme*, in *Arch. pen.*, 1992.
- Ricciotti R. (II ed. 2001), *La giustizia penale minorile*, Cedam, Padova.
- Richert J. P. *La procédure de plea bargaining en droit américain*, *Rev.Sc.Crim.*, 1975.
- Rizzo A., *Il risarcimento del danno come possibile risposta penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997.
- Robert P. – Godefroy T., *Le coût du crime ou l'économie poursuivant le crime*, in *Médecine et Hygiène*, 1997.
- Roger A. (1980), *Le rôle de l'administration dans la procédure pénale*, thèse, Grenoble.
- Rolland M., *Le ministère public en droit français*, JCP, 1956.
- Rossi A., *Per una concezione "realistica" dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Quest. Giust.*, 1997.
- Royer J.P. (1996), *Histoire de la justice en France*, PUF, 2<sup>ème</sup> ed., mise à jour, Paris.
- Royer J.P. (1996), *Histoire du ministère public. Evolutions et ruptures*, in *Le parquet dans la République. Vers un nouveau ministère public?* ENM, Bordeaux.
- Royer J.P., *L'évolution historique du parquet*, in *Quel avenir pour le ministère public?*, ed. Dalloz, Paris, 2008, pp 21-31.
- Royer J.P., *Le ministère public, enjeu politique au XIX siècle*, in *Histoire du parquet*, a cura di J.M. Carbasse, ed. Puf, Paris, 2000, pp. 257-296.
- Ruga Riva V. (2002) *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano.
- Ruggeri F., *Diversión: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985.
- Ruggieri F., *Strumenti deflattivi procedurali*, in *Quest. giust.*, 1991.
- Ruggieri F., *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 1999.
- Saas C., *De la composition pénale au plaider coupable : le pouvoir de sanction du procureur*, *Rev. Sc. Crim.*, 2004.
- Scaparone M. voce *Pubblico ministero (dir.proc.pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988.
- Sammarco A. (1993), *La richiesta di archiviazione*, Giuffrè, Milano.
- Sánchez Carvajal F., *La justice Restauratrice comme moyen émancipateur*, in <http://justicereparatrice.org.news>

Saracino N., *La Giustizia italiana, tra obbligatorietà dell'azione penale e processi arbitrari*, 2010, in [www.adiantum.it](http://www.adiantum.it).

Scivoletto C., *Dopo dieci anni la probation minorile verso la conciliazione-riparazione?*, in *Min. giust.*, 1992.

Siracusa F., voce, *Pubblico ministero*, in *Novissimo Digesto italiano*, XIV.

Sotis C. *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, in *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, a cura di Mannozi G., Giuffrè, Milano, 2004.

Spangher G., *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione, D) Rapporti tra processo penale e Carta costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998.

Stefani G. – Levasseur B. Bouloc (1996), *Procédure pénale*, XVI ed. Dalloz, Paris.

Tacchi Venturi P. *L'esercizio dell'azione penale negli organi di giustizia internazionale: i Tribunali ad hoc e la Corte Penale Internazionale*, 2000/2001, pubblicazioni in Centro studi per la pace, [www.studiperlapace.it](http://www.studiperlapace.it).

Tarello G. (1994), *Organizzazione giuridica e società moderna*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato - A. Barbera, Il Mulino, Bologna.

Tolomei A.D. (1931), *I principi fondamentali del processo penale*, Cedam, Padova.

Tonini P. (1979), *Polizia giudiziaria e magistratura*, Giuffrè, Milano.

Tonini P. (2010), *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano.

Tranchina G., *Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale*, in *Ind. Pen.*, 1990.

Turone G., *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *Quest. giust.*, 1991.

Ubertis G. (1988), voce *Azione II. Azione penale*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. IV.

Ubertis G. (2006), *Argomenti di procedura penale*, II, Giuffrè, Milano.

Valentini Reuter C. (1996), *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Cedam, Padova.

Vianello F., *Per uno studio socio-giuridico della mediazione penale*, in *Sociologia del Diritto*, XXVI/1999/2, pp. 81-93.

Vigoriti V., *Pubblico ministero e discrezionalità dell'azione penale negli Stati Uniti d'America*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1978.

Virgilio A., *Considerazioni sull'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. pen.*, 1990.

Vitalone C., *La funzione d'accusa tra obbligatorietà e discrezionalità*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di Gaito, Jovene Editore, Napoli, 1991.

Vogliotti M., *La médiation en Italie*, in [http://idt.uab.es/simposio\\_mediacion/images/papers/vogliotti](http://idt.uab.es/simposio_mediacion/images/papers/vogliotti).

Waggrave L. (1997), *Restorative justice and the Law*, Cullompton, Devon: Willan Publishing.

Zagrebelsky G., *Una "filosofia" dell'organizzazione del lavoro per la trattazione degli affari penali*, in *Cass. Pen.*, 1991.

Zagrebelsky G. (1994), *Stabilire le priorità nell'esercizio dell'azione penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, (atti del convegno di Saint Vincent, 3-5 giugno 1993), Giuffrè, Milano.

Zagrebelsky G. (1992), *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, II ed.

Zagrebelsky G. *L'obbligatorietà dell'azione penale. Un punto fermo, una discussione mancata, un problema attuale*, in *Cass. Pen.*, 1992.