

Le ragioni di fondo della sentenza della Corte costituzionale 41/2024 nel quadro dogmatico del rapporto punitivo

The underlying reasons for Constitutional Court judgment 41/2024 within the doctrinal framework of punitive relationship

Ali Abukar Hayo

Ordinario di Diritto Penale nell'Università degli studi di Roma Niccolò Cusano

Sommario 1. La questione giuridica sulla quale si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 41/2024 - 2. L'inesistenza del diritto di rinuncia dell'indagato alla prescrizione nel quadro dogmatico del rapporto punitivo - 3. Il diritto dell'indagato all'informazione, come premessa del suo diritto di interlocuzione, in presenza di un *vulnus* alla sua sfera personale - 4. Breve conclusione

ABSTRACT

La richiesta di archiviazione del pubblico ministero deve essere vista come la modalità negativa di esercizio del potere di impulso al processo, ossia come rinuncia all'esercizio dell'azione penale. In questa logica è facile intendere che non è riconosciuto all'indagato analogo diritto di rinuncia alla prescrizione, che paralizzerebbe la rinuncia del pubblico ministero all'azione penale; e non perché non abbia interesse ad opporsi, ma per il dominio esclusivo del pubblico ministero sull'esercizio dell'azione penale. Il paradigma del rapporto punitivo, che si instaura solo nel momento in cui l'azione penale viene esercitata, si rivela idoneo a differenziare la posizione dell'indagato da quella dell'imputato, sebbene entrambi abbiano il medesimo (eventuale) interesse a opporsi alla richiesta di archiviazione. La questione del diritto all'informazione è diversa; tale diritto compete all'indagato, quando la richiesta di archiviazione sia motivata dalla particolare tenuità del fatto; o quando abbia subito, nella fase delle indagini, la custodia cautelare. Entrambi i casi sottendono un pregiudizio ai diritti personali, sul quale l'indagato ha diritto di interloquire, mentre la decorrenza del termine di prescrizione non porta alcun pregiudizio e l'interlocuzione sul punto non ha alcuna giustificazione.

The prosecutor's request for dismissal must be seen as a negative exercise of the power to initiate proceedings, i.e. as a waiver of prosecution. In this logic, therefore, it is easy to understand why a suspect is not recognised as having a similar right to waive the statute of limitations, which would paralyse the prosecutor's waiver of prosecution; not because he has no interest in opposing it but because of the prosecutor's exclusive power to initiate prosecution. The paradigm of the punitive relationship, which is established only when the criminal action is initiated, is sufficient to distinguish the position of the suspect from that of the accused, although both have the same (possible) interest in opposing the request for dismissal. The question of the right to information is different; this right belongs to the suspect when the request for dismissal is grounded on the particularly slight nature of the circumstances of the case or when they have been remanded in custody during the investigation phase. In both cases, there is an impairment of the suspect's personal rights, to redress which they have the right to intervene, whereas the expiry of the statute of limitations does not involve any impairment and cannot therefore justify any intervention on the matter.

1. La questione giuridica sulla quale si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 41/2024

La sentenza n. 41/2024 della Corte costituzionale, dichiarando infondata la questione sollevata dal Giudice rimettente e, per l'effetto, la legittimità costituzionale dell'art. 411, co. 1 *bis*, c.p.p. nell'attuale formulazione, ha enunciato il principio di diritto, secondo il quale il pubblico ministero non ha alcun onere informativo, relativo alla sua richiesta di archiviazione per intervenuta prescrizione del reato, nei confronti della persona sottoposta a indagini preliminari. La questione era stata sollevata¹, dal momento che nella richiesta di archiviazione *de qua* si asseriva che

¹ Con ordinanza del 21 novembre 2022, il Tribunale ordinario di Lecce, seconda sezione penale, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 411, co. 1 *bis* c.p.p., in riferimento agli artt. 2, 24 co. 2, 111 co. 2 e 3, della Costituzione «nella parte in cui non prevede che, anche in caso di richiesta di archiviazione per estinzione del reato per intervenuta prescrizione, il pubblico ministero debba darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, estendendo a tale ipotesi la medesima disciplina prevista per il caso di archiviazione disposta per particolare tenuità del fatto, anche sotto il profilo della nullità del decreto di archiviazione emesso in mancanza del predetto avviso e della sua reclamabilità dinanzi al Tribunale in composizione monocratica».

erano stati acquisiti consistenti elementi di prova a carico dell'indagato², per corruzione in atti giudiziari, la quale sarebbe stata commessa negli anni 2010 e 2011, e tuttavia era sopraggiunta una causa estintiva del reato, per decorso del termine di prescrizione; sicché l'indagato, magistrato in servizio, avendo già subito conseguenze pregiudizievoli nella fase delle indagini, in virtù delle propalazioni accusatorie, aveva interesse a rinunciare alla prescrizione, affinché il Giudice di merito potesse pronunciare una sentenza assolutoria. Ovviamente, solo se fosse stato tempestivamente informato, l'indagato avrebbe potuto rinunciare alla prescrizione per instaurare il contraddittorio sui fatti dei quali era accusato, dunque invocava una sentenza additiva, con la quale la Corte dichiarasse il contrasto tra l'art. 411 co. 1 *bis* c.p.p. e gli artt. 3, 24 c. 2. e 111 co. 2 e 3 della Costituzione, nella parte in cui non si prevede di estendere all'archiviazione per prescrizione l'onere informativo previsto nel caso di archiviazione per tenuità del fatto³.

A ben considerare, la questione *de qua* si può scomporre in due: a) se il soggetto indagato abbia il diritto di rinuncia alla prescrizione; b) se il pubblico ministero abbia un onere informativo, pur in assenza del diritto dell'indagato. È chiaro che il diritto dell'indagato alla rinuncia postula necessariamente l'onere informativo a carico del pubblico ministero, giacché tale diritto potrebbe essere esercitato solo da colui che fosse informato della richiesta di archiviazione, cosicché la risposta affermativa alla prima questione implica necessariamente anche la risposta affermativa alla seconda; ma non vale l'inverso, giacché l'onere informativo potrebbe preludere a una mera facoltà di opposizione all'archiviazione, da parte dell'indagato, senza facoltà di veto alla richiesta del pubblico ministero.

Le due questioni sottendono, a loro volta, un interrogativo di fondo, che verte sulla natura degli atti del pubblico ministero, in particolare di quelli attinenti all'esercizio dell'azione penale. A nostro avviso, il paradigma della pretesa punitiva,

² Sul punto la Corte osserva: «il caso concreto oggetto del giudizio *a quo* è emblematico di una specifica patologia, rappresentata da una richiesta di archiviazione per prescrizione, le cui argomentazioni sono integralmente fatte proprie dal GIP, nella quale si indugia [...] in apprezzamenti sulla fondatezza della *notitia criminis*» (punto 4).

³ Osservava il giudice rimettente che un onere informativo, a carico del pubblico ministero, a favore della persona sottoposta alle indagini, è previsto dall'art. 411 co. 1 *bis* c.p.p., nell'ipotesi in cui l'archiviazione sia richiesta per particolare tenuità del fatto, assunta come «preciso punto di riferimento, già presente nel sistema legislativo, in grado di orientare l'intervento della Corte costituzionale verso una soluzione non arbitraria».

la quale costituisce uno dei poli del rapporto punitivo, può rivelarsi utile per affrontare le questioni di cui sopra.

2. L'inesistenza del diritto di rinuncia dell'indagato alla prescrizione nel quadro dogmatico del rapporto punitivo

Fin quando il diritto penale è visto come un insieme di norme precettive, che descrivono fattispecie astratte, il suo dinamismo interno è pressoché nullo, poiché non viene esercitato, ma solo dichiarato nel verbale legislativo, e dunque non instaura alcun rapporto giuridico tra soggetti; se il diritto sostantivo coincide con la norma astratta, il dinamismo appartiene solo alla sfera procedimentale (endoprocedurale e processuale), nella quale fanno ingresso il pubblico ministero e l'indagato-imputato⁴. In questa logica, la questione se, nella fase preliminare, il soggetto sottoposto a indagini abbia gli stessi diritti di cui gode l'imputato nella fase dibattimentale-processuale riguarda solamente l'architettura del processo penale, ma non attiene all'ambito del diritto sostanziale e non tira in ballo i suoi paradigmi. Quando, invece, il diritto penale è visto nella sua dimensione sanzionatoria, come diritto di un soggetto (pubblico ministero) ad ottenere, per via giudiziaria, la punizione del reo, la questione *de qua* investe non solo il versante processualpenalistico, ma anche quello (sostanziale) della pretesa punitiva⁵.

In questa logica, il rapporto punitivo avvince due soggetti, uno dei quali esercita la pretesa, l'altro la subisce; il diritto al contraddittorio nasce dopo l'esercizio della pretesa, non prima. Il momento di esercizio dell'azione penale è parimenti il momento di esercizio del diritto del pubblico ministero che si sostanzia nella pretesa punitiva. Prima di questo momento non si instaura il rapporto punitivo, sicché non sorge il diritto della parte pubblica a pretendere, per via giudiziaria, la punizione dell'altra parte, nei modi previsti dalla legge; né il corrispondente diritto (dell'imputato) di resistere alla pretesa del pubblico ministero, con le prerogative difensive e nei modi previsti dalla legge. Il riflesso della pretesa è il diritto di difesa, ma se non c'è pretesa, non c'è nemmeno diritto di difesa. Ebbene, entro le coordinate del diritto penale, inteso come diritto punitivo esercitato dal pubblico ministero nei

⁴ In questo senso cfr. A. MARANDOLA, *Prescrizione non rinunciabile in sede d'archiviazione: una discutibile argomentazione conduce ad una dubbia conclusione*, in www.penaledp.it, 28.03.2024.

⁵ Il legame tra la funzionalità sanzionatoria della norma penale e la dogmatica del rapporto punitivo è evidenziato da A. ABUKAR HAYO, *Il rapporto punitivo*, Torino, 2023, pp. 55 ss.

confronti del reo, nell'ambito di un rapporto sottoposto alla pronuncia del Giudice terzo e *super partes*, le argomentazioni e la *ratio* della sentenza in commento, a nostro avviso, si possono apprezzare meglio.

Come detto, la prima questione attiene alla possibilità dell'indagato di rinunciare alla causa estintiva del reato. La Consulta ha escluso che la persona sottoposta alle indagini preliminari abbia il diritto di rinuncia, che appartiene invece all'imputato. Solo quest'ultimo può rinunciare alla prescrizione e chiedere la pronuncia del Giudice che accerti la sua innocenza, mentre l'indagato non può in alcun modo opporsi alla richiesta di archiviazione, quand'anche, come nel caso di specie, sia stato attinto da accuse infamanti, non smentite e perfino avvalorate nell'atto del pubblico ministero e nel decreto di archiviazione del GIP. Insomma, in un caso la tutela dell'onorabilità si esplica in tutta la sua latitudine, nell'altro è minusvalente.

Le argomentazioni della Corte sembrano ineccepibili. Le doglianze dell'indagato in fondo vertevano su una richiesta di archiviazione "anomala", contenente espressioni pregiudizievoli della sua onorabilità. Non si può pensare che sia questa la "regola"⁶. Il pubblico ministero che chiede l'archiviazione per decorrenza del termine di prescrizione deve astenersi dall'esprimere giudizi opinabili sulla colpevolezza dell'indagato, proprio perché costui non ha avuto alcuna possibilità di aprire il contraddittorio e difendersi dalle accuse⁷. Inoltre, il decorso del tempo è un fatto neutro, che sfugge alla volontà dell'uomo e nulla

⁶ La regola è ben diversa, come si desume dal testo dell'art. 115 *bis* c.p.p., comma 2: «Nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, che presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza, l'autorità giudiziaria limita i riferimenti alla colpevolezza della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento», e comma 3 « In caso di violazione delle disposizioni di cui al comma 1, l'interessato può, a pena di decadenza, nei dieci giorni successivi alla conoscenza del provvedimento, richiederne la correzione, quando è necessario per salvaguardare la presunzione di innocenza nel processo».

La Corte costituzionale chiosa che la disposizione richiamata «prevede un rimedio *ad hoc* per il caso in cui la persona sottoposta a indagini o l'imputato sia indicata quale colpevole in provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, come, per l'appunto, la richiesta o il decreto di archiviazione per prescrizione, in cui *l'autorità giudiziaria è semplicemente tenuta a prendere atto dell'avvenuto decorso del tempo*» (punto 4.2)».

aggiunge o toglie al quadro indiziario venuto fuori dalle indagini, sicché il pubblico ministero non deve motivare la richiesta di archiviazione con riferimento alla responsabilità dell'indagato, ma solo legarla alla circostanza fattuale, non opinabile, della decorrenza del termine⁸. Ne deriva che il fatto meramente accidentale del pregiudizio sofferto dall'indagato, nelle concrete circostanze del caso, non può giustificare un principio generale, che consenta di porre rimedio a una sorta di *iniuria*, la quale giammai si dovrebbe verificare in altri casi. Ciò posto ed escluso che la richiesta avalutativa e neutra del pubblico ministero, giustificata dalla sola scadenza temporale, possa arrecare pregiudizio all'indagato, non si può escludere tuttavia che costui subisca un *vulnus* alla sfera dell'onore e della reputazione sociale già in fase pre-processuale, per altre vie. Anzi può dirsi, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, che, proprio in quella fase, l'indagato subisce il massimo approfondimento del danno d'immagine, derivante dalla diffusione di notizie di cronaca⁹; mentre nella successiva fase processuale si stempera l'attenzione dei *mass media* sulle vicende trascorse. E poiché l'indagato è perfino più esposto dell'imputato al danno di immagine, l'interesse del primo al giudizio di merito dovrebbe ricevere tutela non meno che quello del secondo. Guardando solo all'interesse della persona, attinta dalle accuse, è difficile dunque giustificare la differenza di tutela nelle due fasi (endo-processuale e processuale)¹⁰.

Bisogna guardare oltre; non già alla condizione, isolatamente considerata, dell'indagato-imputato, bensì al rapporto che lo lega con il titolare della pretesa

⁸ La Consulta sottolinea il carattere neutro degli atti, compiuti nella fase delle indagini, che prefigurano l'accusa: «la mera iscrizione nel registro delle notizie di reato che consegue all'acquisizione di una *notitia criminis* non implica ancora che il pubblico ministero abbia effettuato alcun vaglio ... l'iscrizione nel registro è un atto neutro ... se neutro è il provvedimento iniziale, altrettanto neutro non può che essere il provvedimento conclusivo» (punto 3.7).

⁹ Il che non sfugge alla Corte costituzionale, "ben conscia della gravità dei danni che possono essere provocati alla reputazione delle persone – e, a cascata, alla loro vita familiare, sociale, professionale – a seguito della indebita propalazione, in particolare tramite la stampa, internet e i *social media*, della mera notizia dell'apertura di procedimenti penali nei loro confronti, così come di eventuali provvedimenti di archiviazione che diano comunque conto degli elementi a carico raccolti durante le indagini" (punto 3.8).

¹⁰ Infatti, A. MARANDOLA, *Prescrizione non rinunciabile in sede d'archiviazione: una discutibile argomentazione conduce ad una dubbia conclusione*, cit., giunge alla conclusione che anche all'indagato, come all'imputato, si debba riconoscere il diritto di rinuncia alla prescrizione, prendendo in considerazione il solo interesse alla tutela dell'onore e della reputazione sociale, identico per entrambi.

punitiva. Questo rapporto incide sulla dinamica processuale e ne spiega la logica: la formulazione del capo d'imputazione segna il momento nel quale si instaura il rapporto punitivo, poiché in quel momento prende vita la pretesa punitiva del pubblico ministero¹¹. Se non c'è la pretesa del pubblico ministero, non sussiste nemmeno il corrispondente diritto di difesa (ossia il diritto di resistere alla pretesa)¹², cosicché l'interesse dell'indagato alla tutela del proprio onore non si esprime come diritto di difesa nel processo e dunque non può esplicarsi nella resistenza alla richiesta di archiviazione del pubblico ministero.

In sintesi, il paradigma del rapporto punitivo si rivela utile per spiegare la differenza di tutela di un interesse, più o meno intenso nel tempo, ma strutturalmente identico in tutte le fasi del procedimento. Beninteso la differenza può essere spiegata comunque, in riferimento alle sole coordinate procedurali. Tuttavia, è ben evidente che il diritto sostanziale trova corrispondenza nel diritto processuale e viceversa. Il diritto del soggetto è vero diritto (e non già mero interesse) in quanto trova protezione processuale, cosicché i paradigmi di diritto sostanziale non sono indipendenti dalla dinamica processuale, anzi concettualmente costituiscono il *prius*. Non avrebbe senso una giurisdizione che non pronunciasse il diritto, omettesse cioè di *jus dicere*; un iter procedurale, che non avesse la finalità di verificare la sussistenza di un diritto, sarebbe del tutto vano e inutile. Ne deriva, a nostro avviso, che, da un punto di vista puramente logico, il paradigma sostanziale è un *prius* rispetto al paradigma processuale. In questo quadro, il riferimento al rapporto punitivo, che si compone dei due poli, è indispensabile per spiegare la

¹¹ Sull'argomento, di recente, C. CONTI, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, pp. 142 ss.; D. CURTOTTI, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, in AA.VV., *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2022, pp. 35 ss.; A. MARANDOLA, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, pp. 1570 ss. Inoltre, sull'argomento, R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010; A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri, effetti*, Torino, 2012.

¹² Anche la Corte costituzionale adotta la terminologia corrispondente alle coordinate concettuali del "rapporto punitivo", giacché non a caso qualifica come "pretesa" punitiva - e non come "potestà" - il compendio dei poteri di iniziativa del pubblico ministero, antecedente alla condanna giudiziale. Si legge infatti nella sentenza in commento: «in effetti, la persona sottoposta alle indagini, se non ha in via generale il diritto di rinunciarvi, ha invece il pieno diritto di avvalersi della prescrizione, che è posta a tutela anche del suo soggettivo interesse a essere lasciata in pace dalla *pretesa punitiva* statale, rimasta inattiva per un rilevante lasso di tempo [...]» (punto 4.4).

dinamica dell'interesse, che trova protezione piena solo in una determinata fase del procedimento. L'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero non incide sull'interesse in sé (alla tutela dell'onore), bensì sulla protezione dell'interesse, in quanto fa sorgere il rapporto punitivo con pretesa, da una parte, e diritto di difesa, dall'altra. Il pubblico ministero entra come soggetto nel diritto penale sostanziale, in quanto rappresenta uno dei poli del rapporto punitivo. Senza riferimento all'attività del pubblico ministero non si spiega la differente tutela dell'interesse, sicché, se si vuole mantenere la corrispondenza tra il diritto sostanziale e quello processuale, si rivela utile il paradigma del diritto penale che si sostanzia nel rapporto punitivo tra due soggetti.

Al contrario il diritto penale, inteso semplicemente come norma astratta, fa riferimento a un solo soggetto e implica una prospettiva statica, che non può differenziare la tutela dell'interesse. Le considerazioni di opportunità politica, formulate su un versante processuale, del tutto staccato dal diritto sostanziale, rimangono prive di una *ratio* di fondo; solo il riferimento all'esercizio dell'azione penale (del pubblico ministero) consente di ravvisare la logica della scelta politica; ma questo riferimento trova corrispondenza, nel diritto sostanziale, nella dinamica del rapporto punitivo.

Alla luce di quanto sopra, la pronuncia della Consulta che risponde negativamente alla prima questione - se l'indagato abbia diritto di rinunciare alla prescrizione - si inquadra perfettamente all'interno della dogmatica del rapporto punitivo. L'esercizio dell'azione penale appartiene all'organo pubblico titolare del diritto di punire; allo stesso modo gli appartiene la rinuncia all'esercizio¹³, ma se gli appartiene, non può appartenere contemporaneamente all'indagato. Infatti, se costui avesse il diritto di paralizzare la richiesta di archiviazione, annullerebbe il

¹³ La richiesta di archiviazione è l'altra faccia della medaglia dell'esercizio dell'azione penale; l'una e l'altro esprimono il dominio del pubblico ministero sull'azione penale, che si può leggere, a nostro avviso, come titolarità esclusiva della pretesa punitiva. L'archiviazione può essere pronunciata nei seguenti casi: qualora la notizia di reato risulti infondata (art. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p.); qualora sia rimasto ignoto l'autore del reato (art. 415 c.p.p.); qualora risulti mancante una condizione di procedibilità, il reato sia estinto ovvero il fatto non sia previsto dalla legge come reato (art. 411 comma 1 c.p.p.); qualora il fatto sia particolarmente tenue (art. 131 bis c.p. e 411 comma 1 bis c.p.p.). Sul punto, S. DE FLAMMINEIS, *La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del pubblico ministero*, in *Sist. Pen. (online)*, 23.05.2023; A. LARUSSA, *Archiviazione del procedimento penale*, in *AltalexPedia*, voce agg. al 26.07.2018.

diritto del pubblico ministero di rinunciare all'azione penale. E poiché la rinuncia all'esercizio è un modo d'essere dell'esercizio stesso, paralizzare la rinuncia equivarrebbe a inibire l'esercizio dell'azione penale, che è espressione del diritto punitivo del pubblico ministero. La fase pre-processuale è ordinata all'esercizio dell'azione penale, sicché l'indagato subisce l'iniziativa del pubblico ministero, alla cui esclusiva prerogativa appartiene tale esercizio¹⁴. Al contempo, nel quadro di questa dogmatica, risulta chiaro che la posizione dell'imputato è ben diversa, proprio perché l'azione penale è già stata esercitata. Essendosi instaurato il contraddittorio delle parti, l'imputato non subisce l'iniziativa del pubblico ministero e ha il pieno diritto di difendersi innanzi al Giudice, nel quale rientra evidentemente la facoltà di far proseguire il processo¹⁵, al fine di una sentenza assolutoria.

3. Il diritto dell'indagato all'informazione, come premessa del suo diritto di interlocuzione, in presenza di un *vulnus* alla sua sfera personale

Questione diversa è se l'indagato abbia diritto di essere informato della richiesta di archiviazione del pubblico ministero. Ovviamente l'unico parallelismo possibile riguarderebbe analogo diritto di informazione dell'indagato, poiché non ha senso prendere in considerazione la posizione della persona offesa (avente il diritto all'informazione *ex art. 408 co. 2 c.p.p.*), ben diversa e portatrice di un interesse contrapposto a quello dell'indagato. È opportuno ribadire ancora una volta che il diritto d'informazione è ben diverso dal "diritto al processo", espresso in forma di

¹⁴ Il principio è solennemente sancito dall'art. 112 Cost.; *ex multis* G. D'ELIA, *Commento all'art. 112*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, UTET Giuridica, Milano, 2006, 2126 ss.. Per gli sviluppi più recenti del dibattito politico e dottrinale sull'esercizio dell'azione penale cfr. S. PANIZZA, *Se l'esercizio dell'azione penale diventa obbligatorio... nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge*, in *Quest. Giust. (online)*, 05.01.2022; F. PALAZZO, *Sul pubblico ministero: riformare sì, ma con giudizio*, in *Quest. Giust. (online)*, 08.06.2021, pp. 59 ss..

¹⁵ Si parla in questo caso di diritto di "difendersi provando". Sul punto la Corte costituzionale osserva che "il diritto alla prova può fisiologicamente esercitarsi nell'ambito del processo" (...) "la sussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'azione penale, nel singolo caso concreto, resta affidata dalla legge vigente alla prudente valutazione dello stesso pubblico ministero, sotto il controllo del GIP, ed eventualmente del giudice dell'udienza preliminare" (punto 3.9). In dottrina cfr. *ex multis* V. GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in *Alla ricerca di un processo penale "giusto". Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, p. 13; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, Torino, 2004, p. 175. Più recentemente, A. GAITO - C. VALENTINI, *Stato senza diritto e difesa smaterializzata: la sostanziale inutilità del diritto alla prova*, in *Arch. Pen.*, 3/2020, con richiami di dottrina e giurisprudenza a cui si rinvia.

rinuncia all'archiviazione, in ragione della titolarità monopolistica dell'azione penale in capo al pubblico ministero, sotto il controllo del GIP e del GUP. Se ne trova conferma nella disposizione del codice di rito, secondo la quale il pubblico ministero esercita l'azione solo quando ritenga ragionevolmente probabile una sentenza di condanna. Il vaglio di questa probabilità compete al pubblico ministero sotto il controllo del Giudice, cosicché quand'anche la parte offesa o l'indagato si opponga alla richiesta di archiviazione, non viene meno in ogni caso il dominio esclusivo del pubblico ministero sul potere di impulso processuale¹⁶.

Dunque, il diritto di informazione dell'indagato (o della persona offesa) giammai potrebbe preludere all'esercizio di un ipotetico diritto al processo, che entrerebbe in contrasto con il "monopolio" del pubblico ministero. Il suddetto diritto è previsto, in taluni casi, solo come premessa strumentale per esercitare un semplice diritto di interloquire, ossia di esporre le proprie ragioni in opposizione alla richiesta. Si comprende perciò che il diritto di interlocuzione è legato a due presupposti: l'interesse a interloquire e la ragionevolezza dell'interlocuzione. L'interesse sussiste solo quando l'indagato abbia subito o subisca un reale pregiudizio, in conseguenza dell'archiviazione; l'interlocuzione poi ha senso solo in quanto sussista una "materia del contendere", ossia un oggetto opinabile sul quale interloquire. Non sussiste né l'interesse, né la ragionevolezza, quando l'archiviazione è richiesta dal pubblico ministero per il decorso del termine di prescrizione, poiché lo scorrere del tempo è una circostanza di fatto non opinabile, sulla quale non è ragionevole discettare, e assolutamente neutra, non sintomatica di colpevolezza¹⁷. Occorre precisare in proposito che neppure ad altri fini - di diritto civile, amministrativo, disciplinare - la richiesta di archiviazione per intervenuta prescrizione può risultare pregiudizievole per l'indagato. Sul punto l'interpretazione della Corte costituzionale non ammette alcun dubbio e risulta vincolante non solo per il giudice penale, ma anche per le altre giurisdizioni e le

¹⁶ Cfr. Corte costituzionale, Servizio Studi, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto processuale penale)*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid 13 - 15 ottobre 2011, a cura di P. Gaeta, p. 66 ss..

¹⁷ Sul tema cfr. A. NATALE, *Ragionevole previsione di condanna e ragionevole prognosi di prescrizione: un'ordinanza del GIP di Siena*, in *Quest. giust.*, 30 novembre 2023.

autorità amministrative¹⁸. Le fonti di prova, raccolte nella fase delle indagini preliminari, non sono state sottoposte al contraddittorio e l'indagato non ha potuto far valere le sue ragioni difensive, se non in minima parte; pertanto, non possono essere utilizzate in alcun modo come presupposto per provvedimenti che incidono sulla sfera personale del medesimo¹⁹. Ne consegue l'assenza dell'interesse della persona sottoposta a indagini a opporsi a siffatta archiviazione per prescrizione, che costituisce un fatto neutro e non valutativo, dal quale non può ricevere alcun pregiudizio.

I due presupposti, di interesse e ragionevolezza, sussistono, invece in due casi. Il primo è previsto, nel nostro codice di rito, nel caso in cui il pubblico ministero richieda l'archiviazione per particolare tenuità del fatto²⁰.

Risulta evidente fin da subito la differenza tra le due archiviazioni: nel caso di prescrizione, il fatto di reato non risulta in alcun modo accertato nella richiesta del pubblico ministero; nel caso di particolare tenuità, il fatto di reato sussiste, secondo le indicazioni della richiesta. Insomma, in un caso il pubblico ministero non asserisce alcuna reità, nell'altro asserisce la reità, seppure di tenue gravità. In un caso, l'archiviazione non costituisce in alcun modo un precedente penalmente rilevante; nell'altro, ha una qualche rilevanza, sia pure attenuata, di "precedente" sintomatico di "abitualità" (che preclude una successiva archiviazione per tenuità del fatto)²¹.

Quando l'archiviazione viene disposta per tenuità del fatto, se ne fa annotazione nel casellario giudiziale, poiché, in caso di reiterazione, non può essere

¹⁸ In proposito la Corte osserva che "durante le indagini preliminari la persona sottoposta alle indagini ha possibilità assai limitate per esercitare un reale contraddittorio rispetto all'attività di ricerca della prova del pubblico ministero e ai suoi risultati (riassunti o meno che siano in un provvedimento di archiviazione), i quali dunque *non potranno* sic et simpliciter *esser utilizzati in diversi procedimenti senza che l'interessato possa efficacemente contestarli*, anche mediante la presentazione di prove contrarie" (punto 3.8)

¹⁹ E. MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sist. Pen. (online)*, 14.05.2020.

²⁰ In generale sulla natura della causa di non punibilità in parola cfr. Y. PARZIALE, *La mancata concessione della speciale causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. all'autore del delitto di resistenza a un pubblico ufficiale è costituzionalmente legittima*, in *Cass. pen.*, 6/2021, pag. 2032 ss. e bibliografia ivi citata.

²¹ Le Sezioni Unite penali, con sentenza 24 settembre 2019, n. 38954, hanno stabilito che l'archiviazione per particolare tenuità del fatto deve essere annotata nel casellario giudiziale, affinché il giudice possa vagliare la "non abitualità" della condotta criminosa, ma non deve essere indicata nei certificati.

concessa una nuova archiviazione, ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.²². Si vede bene, dunque, che l'indagato risente di un certo pregiudizio, per questa tipologia di archiviazione, e il suo diritto di essere informato della richiesta del pubblico ministero costituisce il necessario presupposto per far valere le sue ragioni.

Il secondo caso, nel quale si può riconoscere all'indagato il diritto ad essere informato della richiesta di archiviazione, per poter esercitare il diritto di argomentare sul punto, si deve all'elaborazione giurisprudenziale. La CEDU ha riconosciuto tale diritto nel caso in cui l'indagato sia stato attinto, nel corso delle indagini preliminari, da misure coercitive cautelari²³. È evidente, in questo caso, il pregiudizio subito, che non riguarda solo la sfera dell'onore personale e della reputazione sociale, ma anche quella della libertà personale. Ne deriva un interesse attuale alla tutela dell'onorabilità e al risarcimento del danno, in relazione al quale non si può negare la possibilità che l'interessato possa far valere le sue ragioni, in opposizione alla richiesta di archiviazione.

²² Con la riforma Cartabia è stata ampliata la sfera della non punibilità. Al comma 21 dell'art. 1 della l. 27 settembre 2021, n. 134, si dettano le regole per le «*modifiche al codice penale in materia di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*» e segnatamente si prevede in via generale «*come limite all'applicabilità della disciplina dell'art. 131-bis c.p., in luogo della pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, sola o congiunta a pena pecuniaria*». Sulla possibile abolizione dei minimi edittali D. BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma Cartabia: scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in *Sist. Pen. (online)*, 13. 01. 2022; cfr. anche A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: una figura sotto assedio*, in M. Catenacci – V.N. D'Ascola – R. Rampioni (a cura di) *Scritti in onore di A. Fiorella*, vol. I, Roma, 2021, 590. Rimane fermo il requisito di non "abitualità", per il quale ha rilevanza il "precedente" (iscritto nel casellario giudiziale). Testo vigente: «Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, anche in considerazione della condotta susseguente al reato, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale».

²³ La CEDU ha sottolineato che "il diritto di ottenere un giudizio in merito a un'accusa penale non è assoluto, in particolare quando non si è verificato alcun effetto dannoso fondamentale e irreversibile in capo alle parti" (Kart contro Turchia, par. 113; Béres e altri contro Ungheria, par. 13). La Consulta osserva che non sussiste un generale diritto costituzionale dell'interessato a un accertamento negativo sulla mera *notitia criminis* e tuttavia un diritto di rinuncia alla prescrizione può essere riconosciuto a chi sia stato in concreto attinto, durante le indagini preliminari, da misure limitative dei propri diritti fondamentali (punto 3.13).

4. Breve conclusione

Sulla base di quanto sopra, risulta evidente che il diritto dell'indagato a essere informato della richiesta di archiviazione del pubblico ministero, nei due soli casi in cui sussiste, si atteggia come mero diritto di interlocuzione, in opposizione alla richiesta, ed è ben diverso dal diritto a difendersi nel processo ("difendersi provando"). In altri termini, il diritto all'informazione non va confuso con il diritto di rinunciare all'archiviazione e aprire il contraddittorio innanzi al Giudice. Se così fosse, il diritto dell'indagato interferirebbe con l'esercizio dell'azione penale, che introduce il giudizio, spettante al pubblico ministero. In sintesi, il monopolio esclusivo della facoltà di introdurre il processo innanzi al Giudice terzo spetta alla sola parte processuale, costituita dall'organo pubblico titolare del diritto punitivo (pubblico ministero). Questo monopolio non ammette eccezioni; perfino quando il GIP delibera l'imputazione coatta²⁴, ai sensi dell'art. 409, co. 5, c.p.p., è il pubblico ministero che promuove l'azione penale; il GIP demanda comunque al pubblico ministero la formulazione dei capi d'imputazione, nel rispetto della titolarità monopolistica dell'azione penale, la quale compete alla parte pubblica del rapporto punitivo. Orbene, quali conclusioni si possono trarre, osservando codesto "monopolio" del pubblico ministero, non scalfito dall'imputazione coatta del GIP, né dal diritto d'informazione dell'indagato che vuole far valere le sue ragioni in opposizione alla richiesta di archiviazione per tenuità del fatto, né meno che mai dall'interesse dell'indagato di tutelare la propria onorabilità di fronte alla richiesta di archiviazione per decorrenza del termine di prescrizione?

Il paradigma del rapporto punitivo, che lega pretesa e obbligo e dunque si instaura tra il titolare della pretesa, pubblico ministero, e il titolare dell'obbligo, ipostatizzato come reo, nella dogmatica penalistica, come imputato, nella dogmatica

²⁴ Art. 409 co. 5 c.p.p.: «Fuori del caso previsto dal comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione. Entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 418 e 419». Sulla questione dell'imputazione coatta abnorme, si sono pronunciate le Sezioni Unite con sentenza 22 marzo 2018 (dep. 24 settembre 2018), n. 40984, Pres. Carcano, Rel. Bonito, Ric. Gianforte, commentata da D. ALBANESE, *Imputazione coatta per fatti diversi d quelli oggetto della richiesta di archiviazione: per le Sezioni Unite l'atto è abnorme e anche l'indagato può proporre ricorso per cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 3. 10. 2018.

processualpenalistica, è idoneo a spiegare l'“arcano” di una tutela diversificata del medesimo interesse alla propria onorabilità, in ragione di un discrimine ben preciso: l'esercizio dell'azione penale, prima del quale non sussiste il rapporto punitivo, né il corrispondente processo penale, dopo il quale sussiste il rapporto e pertanto la pretesa di una parte incontra il diritto di difesa dell'altra parte, che si esprime anche come diritto al proseguimento del contraddittorio giudiziale in vista di una sentenza assolutoria. Prima dell'esercizio dell'azione penale, proprio perché non si è instaurato alcun rapporto punitivo, sussiste solo il diritto di chi subisce un pregiudizio dall'archiviazione (per tenuità del fatto) a enunciare le ragioni della sua opposizione; il che ovviamente presuppone il diritto a essere informato della richiesta di archiviazione del pubblico ministero; mentre non sussiste analogo diritto di chi non subisce alcun pregiudizio dall'archiviazione per decorrenza del termine di prescrizione, neutra e avalutativa. L'indagato ha, in un caso (archiviazione per tenuità del fatto), un diritto di informazione, che prelude a un diritto di interlocuzione, mentre nell'altro caso (archiviazione per prescrizione), non ha un equivalente diritto, perché la circostanza fattuale del decorso del tempo è inconfutabile. E poiché tale circostanza non è opinabile, non ha senso interloquire su di essa. L'interlocuzione riguarderebbe dunque il solo interesse dell'indagato ad essere processato, ma questo interesse non assurge a diritto, perché solo al pubblico ministero compete l'esercizio dell'azione penale²⁵.

Inoltre, analogamente a quanto previsto in caso di archiviazione per particolare tenuità del fatto, si può riconoscere il diritto della persona sottoposta a indagini, la quale sia stata attinta da una misura cautelare, a essere informata della richiesta di archiviazione del pubblico ministero, per poter far valere le sue ragioni, in opposizione alla richiesta, a tutela del suo diritto all'onore personale e alla reputazione sociale, nonché al risarcimento del danno.

²⁵ La Corte costituzionale sottolinea opportunamente che «il processo penale è una risorsa scarsa, che implica costi ingenti a carico di tutte le persone coinvolte [...] oltre che oneri economici importanti per l'intera collettività». Si tratta dunque di «una risorsa da utilizzare con parsimonia, e che il legislatore ha inteso, non certo irragionevolmente, sottrarre alla disponibilità tanto della persona sottoposta alle indagini, quanto della stessa persona offesa» (punto 3.9).