

# APPUNTI SUL PRINCIPIO DI OBBLIGATORIETA' DELL'AZIONE PENALE

di Paolo Auriemma \*

(8 aprile 2011)

## I periodo monarchico-liberale

Si può ben dire che il principio di obbligatorietà dell'azione penale è sempre stato quasi immanente nell'ordinamento giuridico italiano, anche se è stato formalmente enunciato solo con la Costituzione repubblicana del 1948.

In effetti, di questo principio lo Statuto Albertino non parlava, sia per i limiti propri di quella carta costituzionale, sia perché all'epoca (1848) la moderna teoria dell'azione penale non era ancora stata compiutamente teorizzata, essendo necessario in Italia che si arrivasse a Chiovenda (1872-1937) perché si affermasse il principio della piena autonomia, anche dell'azione penale, rispetto al diritto che mediante l'azione si vuol far valere.

La teoria dell'azione penale si affermò però in modo assai veloce, tant'è che all'inizio del secolo già si poteva leggere in un testo di larga diffusione fra i giuristi italiani, che l'azione penale è "l'impulso che il rappresentante della legge, nell'interesse della società, dà alla funzione a lui demandata di promuovere la punizione di chi viola la legge penale" (cfr. Enciclopedia Giuridica Italiana, voce "azione penale", 1904).

Manzini, poco più tardi, definirà l'azione penale come "l'attività processuale del pubblico ministero diretta ad ottenere dal giudice una decisione in merito alla pretesa punitiva dello Stato derivante da un reato" e tale definizione è praticamente arrivata sino a noi.

Dunque, sin da quegli anni ormai lontani del primo novecento, le caratteristiche dell'azione penale sono ormai individuate nella pubblicità, personalità, irrevocabilità.

Come si può leggere nel testo citato, l'azione penale è pubblica sia perché esercitata da pubblici funzionari (il pubblico ministero), sia perché è nell'interesse pubblico che viene esercitata (il che non impedisce la previsione di un'azione penale complementare e sussidiaria di carattere privato).

Va detto che all'epoca (cioè all'inizio del 900) si riteneva comunemente che il promuovimento dell'azione penale fosse funzione propria del potere esecutivo ma si aveva ben presente anche che "se l'esercizio dell'azione penale è funzione propria del potere esecutivo, perché il magistrato vero e proprio giudica, non eseguisce o fa eseguire leggi,

ciò non ostacola che per la eccezionale delicatezza ed importanza di tale funzione esecutiva di chi rappresenta l'accusa ufficiale non debba e possa essere circondato di speciali garanzie, atte ad assicurare la sua autonomia ed indipendenza nell'esercizio dell'azione penale e sovrana guarentigia presentasi appunto quella della inamovibilità" (cfr. Enciclopedia Giuridica Italiana, *ibidem*).

Non solo, ma già allora c'era chi sosteneva (anticipando di decenni certi discorsi) che l'esercizio dell'azione penale "è funzione di giustizia e giuridica, anche se non giudiziaria... essa deriva dal reato per comando di legge, cioè è necessaria; perché necessaria è normalmente affidata ad un pubblico ufficiale, il pubblico ministero che ha l'obbligo di promuoverla, è accompagnata da una presunzione di imparzialità appunto perché affidata a persona non mossa da privato interesse ma dal dovere di procurare l'applicazione della legge e segue con norme determinate dalla legge; non avendo quindi l'azione penale il carattere dell'arbitrarietà propria delle funzioni politiche, ma essendo obbligatoria regolata dalla legge e mirando allo stesso oggetto della legge, qual è la retta applicazione della legge penale, è funzione giuridica e funzione di giustizia come quella del giudice; se non che egli richiede il giudizio dell'accusa da lui mossa ma non giudica, per modo che la sua è bensì un'azione di giustizia ma non un'azione giudiziaria" (cfr. Impallomeni, L'azione penale, 1901).

L'azione penale è poi personale perché soggetto passivo è sempre e comunque una determinata persona fisica (all'epoca non si immaginava la responsabilità penale delle persone giuridiche) escludendosi che possano essere colpiti dalla sanzione penale i familiari o gli eredi (come in certi casi avveniva nell'antico diritto romano) o gruppi collettivi per motivi razziali, politici o religiosi (come capiterà ancora nel XX secolo in Europa!).

Il principio della personalità dell'azione penale, combinato con l'imperativo costituzionale che la legge è uguale per tutti (già affermato dopo la rivoluzione francese nelle costituzioni ottocentesche ed anche nello Statuto) impone poi che una volta scoperto un reato, l'autore dovesse essere perseguito d'ufficio qualunque fosse, con pochissime eccezioni che venivano individuate nel Capo dello Stato (per la cosiddetta "inviolabilità regia" in quanto rappresentante della sovranità dello Stato che riassume nella sua persona fisica che per tale motivo deve essere esclusa da ogni persecuzione giudiziale) e negli alti rappresentanti di Stati esteri secondo la consuetudine del diritto internazionale.

In ossequio al principio della divisione dei poteri, per i membri del potere legislativo l'esercizio dell'azione penale, a norma dello Statuto, era subordinato alla speciale autorizzazione delle Camere di appartenenza, mentre per i vertici del potere esecutivo

(ministri, prefetti, sindaci) la legge ordinaria prevedeva la cosiddetta garanzia amministrativa (che subordinava l'esercizio dell'azione penale all'autorizzazione sovrana, peraltro interpretata restrittivamente dalla giurisprudenza con riferimento ai soli reati connessi all'esercizio delle funzioni).

L'azione penale è infine irrevocabile perché una volta dato impulso ad essa, il suo movimento non si può arrestare o troncarsi se non per le cause tassativamente indicate dalla legge.

La legge penale, che come ogni altra legge, deve essere uguale per tutti impone infatti l'obbligo per il pubblico ministero, quale mandatario della legge che rappresenta, di esercitare l'azione penale ogni qual volta presentasi un fatto cogli estremi di reato.

L'irrevocabilità racchiude dunque il concetto della non disponibilità dell'azione penale nel pubblico ministero, perché tale sistema sarebbe gravido di pericoli e di diffidenze, il che non impedisce, però, che il pubblico ministero possa recedere dall'accusa quando le risultanze processuali fanno esulare gli estremi del reato o si raccolgono solo indizi insufficienti per poter sostenere la reità dell'imputato.

Il pubblico ministero infatti non è mai obbligato a sostenere l'accusa ma esercita l'azione penale nell'esclusivo interesse della società e della giustizia: anche il recesso dunque è un esercizio legittimo dell'azione penale (cfr. Enciclopedia Giuridica Italiana, *ibidem*).

Questo era dunque il sistema dell'azione penale che si andava sviluppando nel regime monarchico costituzionale retto dallo Statuto Albertino, all'inizio dello scorso secolo.

## **Il fascismo**

All'indomani della prima guerra mondiale, la crisi dello Stato liberale sarebbe però sfociata nel fascismo che fra il 1922 ed il 1926 instaurò un nuovo regime, sostanzialmente ed anche formalmente diverso dal precedente, nonostante si conservassero antiche istituzioni, come la monarchia.

Nonostante però il carattere dichiaratamente autoritario del nuovo regime, almeno da un punto di vista formale i principi sopra enunciati in tema di azione penale non vennero abrogati, tant'è che l'art.1 del codice di procedura penale del 1930 (il famoso codice Rocco dal nome del guardasigilli dell'epoca) ribadiva che l'azione penale è pubblica ed è iniziata d'ufficio in seguito alla notizia di reato (pur con alcune significative eccezioni) e l'art.74

stabiliva che il pubblico ministero “inizia ed esercita con le forme stabilite dalla legge l'azione penale”.

Negli stessi termini ancora l'Ordinamento Giudiziario del 1941 all'art.74 stabiliva, fra le attribuzioni del pubblico ministero, che “il pubblico ministero inizia ed esercita l'azione penale” (ma l'art.69 indicava espressamente che il pubblico ministero esercitava le sue funzioni “sotto la direzione del Ministro di grazia e giustizia”).

Come avviene in tutti i regimi dittatoriali o comunque autoritari (come lo fu senz'altro il regime fascista) fu piuttosto in punto di fatto che il vecchio sistema venne profondamente modificato, i principi solenni enunciati dallo Statuto (formalmente ancora in vigore) vennero infatti, in concreto stravolti, e ciò a partire proprio da quei principi fondamentali di uguaglianza, di libertà di espressione e di stampa, di libertà di riunione e associazione, che erano state le caratteristiche nel nuovo regime costituzionale che dal 1848 era stato alla base dello spirito del Risorgimento e dell'unificazione nazionale.

Anche l'esercizio dell'azione penale, nonostante i principi sopra ricordati, di fatto, venne quindi subordinata alle direttive politiche del fascismo, che condizionavano la vita dell'intero Paese e delle sue istituzioni, compresa la magistratura.

## **La Repubblica**

Si capisce allora l'esigenza che i costituenti sentirono, all'indomani della caduta del fascismo e della fine della seconda guerra mondiale, di fissare in una Costituzione rigida quei principi fondamentali che, già presenti nella legislazione ordinaria, erano stati poi di fatto disapplicati e stravolti nell'applicazione pratica dal fascismo.

Fra questi principi c'è anche quello dell'obbligatorietà dell'azione penale che, per quanto sopra già visto, è però strettamente connesso alla configurazione ed al ruolo del pubblico ministero che è chiamato ad applicarlo.

All'interno della commissione dei 75, chiamata a redigere, sotto la presidenza di Meuccio Ruini, il progetto di costituzione, vi fu accordo unanime sin dall'inizio sul principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, visto come manifestazione del principio fondamentale di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, adeguandosi “ad un ordine democratico nell'ambito di uno Stato di diritto”, come disse Bettiol.

Si può dunque ben dire che il principio di obbligatorietà dell'azione penale, pur previsto fra le norme sulla giurisdizione, rappresenta uno dei principi fondamentali della Costituzione e dello Stato democratico repubblicano.

Viceversa, il dibattito si incentrò piuttosto sulla conciliabilità di detto principio con la posizione ordinamentale del pubblico ministero (cui è demandato il compito di applicarlo in concreto) .

Così, se per Calamandrei l'affermazione del principio di obbligatorietà e di legalità dell'azione penale comportava necessariamente l'istituzione di un pubblico ministero indipendente ed inamovibile, per altri come Leone l'obbligatorietà dell'azione penale era compatibile con la configurazione del pubblico ministero quale organo del potere esecutivo, purchè il pubblico ministero fosse sganciato dalla dipendenza gerarchica dal potere esecutivo e ne fosse sancita comunque l'inamovibilità (come era già avvenuto con la legge sulle Guarentigie della magistratura emanata ancora nel 1946 – cfr. r.d.leg.vo n.511 del 31 maggio 1946).

Alla fine, in commissione, prevalse l'opinione sostenuta da Calamandrei che non era possibile mantenere il pubblico ministero alle dipendenze dell'esecutivo “se si vogliono evitare i gravi inconvenienti verificatisi sotto il regime fascista e che potrebbero rinnovarsi sotto qualsiasi governo: che si verifichi cioè che gli stessi fatti siano considerati reati per appartenenti ad una determinata tendenza politica e per altri no”.

La proposta di Leone (secondo cui “il pubblico ministero dipende dal Ministro della giustizia”) non venne quindi approvata mentre passò quella proposta da Calamandrei per cui “il pubblico ministero gode di tutte le garanzie dei magistrati”, proposta che venne quindi presentata all'assemblea plenaria.

Trasferito il dibattito all'assemblea, mentre si manifestò ancora accordo unanime sul principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (che evidentemente sembrava quasi naturale nel nuovo ordinamento democratico), numerosi furono gli interventi sull'ordinamento del pubblico ministero in cui si contrapposero le due tesi già emerse durante i lavori della commissione.

Anche su questo punto, alla fine, si realizzò però una convergenza quasi unanime sulla proposta di compromesso fatta dal guardasigilli Grassi in cui si prevedeva che il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dall'ordinamento giudiziario, così da non pregiudicare le eventuali future modifiche che la legge ordinaria sull'ordinamento giudiziario avrebbe potuto introdurre modificando il ruolo del pubblico ministero (all'epoca

infatti erano riconosciuti dal codice di procedura penale veri e propri poteri giurisdizionali al pubblico ministero).

La norma così riformulata sarebbe diventata il IV comma dell'art.107 della Costituzione.

Lo stesso Calamandrei non intervenne in aula nel dibattito finale, convinto, come aveva detto all'inizio, che il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale escludeva comunque in radice qualsiasi possibilità di un ritorno del pubblico ministero alle dipendenze dell'esecutivo.

Fissati dunque nella Costituzione questi principi, nella pratica l'obbligatorietà dell'azione penale era destinata ad incontrare varie difficoltà di applicazione, soprattutto per l'alto numero di notizie di reato che affluivano ed affluiscono al pubblico ministero, impedendone di fatto il concreto adeguato esame di tutte.

Inoltre, il principio di obbligatorietà dell'azione penale era destinato a convivere con vari istituti preesistenti nel codice di rito e nelle leggi speciali che ne mettevano in discussione l'assolutezza ed il significato di garanzia.

Si pensi in particolare alle condizioni di procedibilità (specie quando esse dipendono dalla manifestazione di volontà di un organo pubblico, esponente del potere esecutivo) o alle condizioni obiettive di punibilità.

Su queste materie non a caso sarebbe successivamente intervenuta la Corte Costituzionale con una giurisprudenza prudente che riconosceva in linea di principio la possibilità che l'ordinamento stabilisca determinate condizioni per il promovimento o la prosecuzione dell'azione penale, anche in considerazione degli interessi pubblici perseguiti dalla pubblica amministrazione, in modo tale però da non alterare i principi costituzionali fondamentali.

Da qui la dichiarazione di incostituzionalità delle norme che prevedevano l'autorizzazione amministrativa per i reati commessi con uso delle armi da parte degli ufficiali ed agenti della pubblica sicurezza e della polizia giudiziaria (cfr. Corte Costit. n.94/1963) e per i reati concernenti l'attività di prefetti, sindaci e presidenti delle giunte provinciali (cfr. Corte Costit. n.4/1965).

Di fatto, il principio di obbligatorietà dell'azione penale ha però continuato a soffrire di rilevanti e probabilmente ineliminabili eccezioni ed attenuazioni, sia di ordine fisiologico che patologico.

La sua concreta operatività si collega poi al rapporto fra pubblico ministero e polizia giudiziaria quale principale canale del flusso di *notitiae criminis* che arriva al pubblico

ministero ed anche su questo punto non sono mancate le discussioni, sin dall'epoca della Costituente.

In tempi recenti la riforma del codice di procedura penale (1989) ha inciso significativamente sul rapporto fra pubblico ministero e polizia giudiziaria, così come la riforma dell'ordinamento giudiziario (2005/2006) ha rafforzato il principio gerarchico del pubblico ministero come strumento di controllo interno sull'effettivo esercizio dell'azione penale.

In concreto, però, il numero delle notizie di reato che arriva sui tavoli del pubblico ministero è tale da continuare a condizionare, di fatto, l'effettivo esercizio dell'azione penale, né sono riuscite a porvi rimedio le varie leggi di depenalizzazione approvate negli scorsi anni. Purtroppo, in questi anni è venuta a mancare proprio una serena riflessione sugli strumenti che, con legge ordinaria o addirittura con semplici provvedimenti amministrativi, potrebbero rendere più effettivo il principio di obbligatorietà dell'azione penale, magari seguendo i suggerimenti della giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale in tema di offensività del reato, di rilevanza del danno etc. .

Sostanzialmente è mancato un ripensamento complessivo sul sistema sanzionatorio penale mentre si è assistito ad un aumento delle fattispecie penali senza alcun criterio logico-giuridico.

Nel pubblico dibattito si è così arrivati al punto di sostenere che, dato che il principio di obbligatorietà dell'azione penale non è effettivo, tanto vale abrogarlo, come a dire che dato che il principio di uguaglianza, notoriamente, non è effettivo, tanto vale abolirlo.

Viceversa, come per il principio di uguaglianza si è ritenuto compito della Repubblica renderlo effettivo (e lo si è scritto a chiare lettere al secondo comma dell'art.3 della Costituzione), si dovrebbe mettersi nell'ottica che è compito della Repubblica rendere effettivo anche il principio di obbligatorietà dell'azione penale, essendo esso irrinunciabile in uno Stato di diritto democratico, fondato sul principio di uguaglianza di tutte le persone davanti alla legge.

In tale prospettiva, potrebbe essere utile anche sviluppare una riflessione seria e scevra da pregiudizi in ordine ai criteri di priorità nelle indagini e nell'esercizio dell'azione penale.

Se è vero, infatti – secondo quanto fino ad ora evidenziato – che l'obbligatorietà dell'azione penale è il principio sul quale si fonda l'indipendenza del pubblico ministero e la sua appartenenza all'ordine giudiziario; è, tuttavia, altresì vero che il carico di lavoro gravante sulle procure della Repubblica ha, di fatto, impedito la trattazione approfondita di

tutte le notizie di reato e costretto ad effettuare scelte di approfondimento o di priorità che - secondo taluni - avrebbero di fatto intaccato il principio di obbligatorietà dell'azione penale<sup>[1]</sup>.

Si tratta allora di verificare se ed in quali termini possano essere elaborati dei criteri di priorità, in ragione della sproporzione fra mezzi e compiti affidati al sistema giudiziario, senza che ciò si trasformi nell'elaborazione di una vera e propria politica criminale attuata dalle Procure della Repubblica.

\* Componente del Consiglio superiore della Magistratura

---

<sup>[1]</sup>C.F. Grosso, G. Neppi Modona, L. Violante, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Milano 2002 p. 97 e ss.: "Tuttavia obbligatorietà non può significare, in pratica, che a ogni notizia di reato non palesemente infondata corrisponda un processo; osta l'inadeguatezza dei mezzi e degli organici, mentre la frequenza delle amnistie e dell'estinzione dei reati per prescrizione dimostra la differenza tra capacità di promettere un processo per ogni notizia di reato fondata e la capacità di mantenere questa promessa. Ma la situazione non è priva di vie d'uscita. Scartata la modifica costituzionale dell'art. 112 per sostituire il principio di obbligatorietà con il principio di opportunità, che sarebbe fonte di gravi disparità di trattamento, vanno affrontate due esigenze, ormai indilazionabili: a) riduzione e riqualificazione dell'intervento penale; b) determinazione delle priorità per l'esercizio dell'azione penale...L'art. 227 del decreto legislativo istitutivo del giudice unico di primo grado prevede, per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico, alcuni criterio di priorità per l'esercizio dell'azione penale e per la successiva conduzione del procedimento. La norma riguarda solo i procedimenti

che pendono al momento della data di efficacia del provvedimento e tuttavia si tratta di una innovazione di portata strategica per la nostra politica criminale”.

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali