

QUESTIONI APERTE

Prescrizione del reato e archiviazione

La decisione

Prescrizione del reato – decreto di archiviazione – diritto al processo (C.p. art. 157; C.p.p. artt. 408, 411).

Azione e difesa (diritti di) - In genere - Diritti dell'imputato - Diritto a difendersi provando, rinunciando ad amnistia e prescrizione - Estensione dello stesso diritto alla persona indagata - Esclusione - Necessità comunque di tutelare la sua reputazione da provvedimenti di archiviazione lesivi (nel caso di specie: non fondatezza, nei sensi di cui in motivazione, della questione avente ad oggetto l'art. 411, comma 1-bis, cod. proc. pen, nella parte in cui non prevede che, a fronte di una richiesta di archiviazione per intervenuta prescrizione del reato, sia omesso l'avviso da parte del PM alla persona indagata e alla persona offesa; necessità di predisporre rimedi processuali a fronte di provvedimenti di archiviazione che indugino in apprezzamenti sulla fondatezza della notizia criminis, a tutela della reputazione della persona interessata).

CORTE COSTITUZIONALE, 24 gennaio 2024 (11 marzo 2024), n. 41 - BARBERA, Presidente - VIGANÒ, Redattore.

Estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

La Corte costituzionale mette ordine: il decreto di archiviazione non è una sentenza e l'indagine non è il giudizio

Con la sentenza 41/2023 la Corte costituzionale nega la possibilità di estendere all'indagato il diritto di rinunciare alla prescrizione e di riconoscere un inedito "diritto al processo" all'incolpato che ambisca a una sentenza sul merito della *notitia criminis*, non ritenendo costituzionalmente necessaria la previsione di un previo obbligo informativo a carico del p.m. che avanzi istanza di archiviazione. La decisione è coerente con il sistema nel quale si iscrive l'archiviazione ordinaria, i cui marcati tratti di neutralità devono essere preservati dall'Autorità giudiziaria, pena l'attivazione di rimedi a tutela del diritto dell'indagato a non essere presentato come colpevole senza avere potuto difendersi.

Extinction of the crime due to lapse of the statute of limitations. Constitutional Court sets order: the decree of dismissal is not a judgment and investigation is not judgment

*With sentence 41/2023, the Constitutional Court denies the possibility of extending to the suspect the right to waive the statute of limitations and to recognize an unprecedented "right to trial" for the accused who aspires to a ruling on the merits of the *notitia criminis*, not deeming it constitutionally necessary to provide for a prior information obligation on the prosecutor who makes a motion to dismiss. The decision is consistent with the system in which the ordinary filing is inscribed, whose marked traits of neutrality must be preserved by the Judicial Authority, under penalty of activating remedies to protect the suspect's right not to be presented as guilty without having been able to defend himself.*

SOMMARIO: 1. La vicenda all'origine dell'incidente di costituzionalità - 2. I precedenti e il corretto contesto di riferimento - 3. Avvio e conclusione del procedimento: atti neutri - 4. Circa la non esistenza di un diritto all'instaurazione del processo - 5. L'improprio parallelismo con l'archiviazione per tenuità dell'offesa - 6. Decreto di archiviazione e accertamento ivi contenuto - 7. Il decreto di archiviazione deve rispettare la promessa di neutralità - 8. I possibili rimedi.

1. *La vicenda all'origine dell'incidente di costituzionalità.* L'indagato viene a conoscenza del decreto di archiviazione emesso *de plano* dal g.i.p. «per le ragioni analiticamente esposte dal p.m. nella sua richiesta, ritenute corrette in fatto e in diritto e, perciò, pienamente condivise». Queste si fondano sulla riscontrata estinzione per prescrizione del delitto di corruzione in atti giudiziari. La ricostruzione in fatto sarebbe suffragata da «molteplici elementi di riscontro documentali» elencati nella richiesta di archiviazione, a fronte dei quali soltanto l'avvenuto decorso del termine di prescrizione escluderebbe «la possibilità di giungere ad una archiviazione con una formula diversa che attinga il merito della vicenda».

Appreso casualmente del decreto, l'indagato deposita dichiarazione di rinuncia alla prescrizione, quindi presenta reclamo al tribunale lamentando, da un lato, la violazione del principio del contraddittorio per non essere stato posto in condizione di esercitare il proprio diritto a rinunciare alla prescrizione e a esercitare il «“diritto al processo”» e alla prova tutelati dall'art. 24 Cost. e, dall'altro, la lesione della presunzione di innocenza, «anche in relazione al suo concreto interesse a essere giudicato nel merito in ordine alle accuse rivoltegli, suscettibili di produrre grave nocimento alla sua sfera professionale e lavorativa»¹.

Il giudice del reclamo solleva la questione di costituzionalità oggetto della pronuncia in esame ed evidenzia come, correttamente, né la richiesta di archiviazione, né il decreto sono stati comunicati all'indagato e dunque, in ragione della tassatività delle cause di nullità di cui all'art. 410-*bis* c.p.p., il reclamo dovrebbe essere rigettato. A differenza di quanto accade nell'ipotesi in cui l'archiviazione sia richiesta per particolare tenuità dell'offesa, infatti, il sistema di controllo sull'inazione non prevede un obbligo del p.m. di informare l'indagato onde assicurargli la possibilità di rinunciare alla prescrizione prima che il procedimento sia concluso e di ottenere una pronuncia sul merito degli addebiti preliminari.

¹ La presente citazione, come le precedenti e quelle che seguiranno sono tratte dal § 1 del *considerato in diritto* della sentenza annotata.

Proprio tale omissione costituisce l'oggetto della questione di legittimità, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, comma 2 e 111, commi 2 e 3 Cost., dell'art. 411, comma 1-*bis* c.p.p. «nella parte in cui non prevede che, anche nel caso di richiesta di archiviazione per estinzione del reato per intervenuta prescrizione» il p.n. sia tenuto ai medesimi obblighi informativi che la legge gli impone in caso di archiviazione per tenuità dell'offesa. La ritenuta necessità costituzionale dell'assetto cui aspira il rimettente deriverebbe, in via primaria, dall'esigenza sottesa al principio di eguaglianza, violato dall'irragionevole disparità di trattamento di situazioni analoghe, laddove l'ordinamento riconosce all'imputato, ex art. 157, comma 7 c.p., la possibilità di rinunciare in ogni caso alla prescrizione, e la nega all'indagato il quale sovente è addirittura ignaro delle stesse indagini e del loro esito archiviativo. L'indebita sperequazione si avvertirebbe anche rispetto all'indagato destinatario di una richiesta di archiviazione per particolare tenuità dell'offesa rispetto al suo omologo per essersi il reato estinto per prescrizione: a parità di inazione, infatti, solo il primo è posto in condizione di contraddire e di fare valere le proprie argomentazioni finalizzate a ottenere un provvedimento totalmente liberatorio.

2. *I precedenti e il corretto contesto di riferimento.* La Corte giudica non fondate le questioni così riassunte, muovendo dalla considerazione che l'assunto del giudice *a quo* - secondo cui la persona sottoposta alle indagini, come l'imputato, sarebbe titolare di un diritto costituzionale a rinunciare alla prescrizione, per garantire il quale occorrerebbe riconoscere anche il preliminare diritto a ottenere l'introduzione di un giudizio sul merito dei fatti oggetto di indagine - è «solo apparentemente ovvio».

Il percorso motivazionale si snoda a partire dal richiamo di due precedenti. Con le sentenze del 1971, n. 175² e del 1990, n. 275³, il giudice delle leggi ha riconosciuto che la rinuncia, rispettivamente, all'amnistia e alla prescrizione del reato costituisce espressione del diritto di difesa e ha rilevato come in quel diritto trovino riconoscimento anche le connesse libertà di dedurre le prove a discolorpa, nel pieno esplicarsi del contraddittorio tra le parti. Per tale via, trova tutela il diritto dell'imputato a ottenere «il riconoscimento della completa innocenza, da considerare il bene della vita costituente l'ultimo e vero oggetto

² Corte cost., 5 luglio 1971, n. 175.

³ Corte cost., 31 maggio 1990, n. 275.

della difesa, rispetto al quale le altre pretese al giusto procedimento assumono funzione strumentale».

La Corte, tuttavia, evidenzia come le *rationes decidendi* dei precedenti citati sono profondamente influenzate dal contesto in cui maturarono i rispettivi incidenti di costituzionalità. Disconoscendo il diritto «dell'imputato» a rinunciare alle cause di estinzione del reato, infatti, verrebbe compromessa la sua aspirazione «ad ottenere una sentenza di merito», costringendolo a un esito proscioglitivo che «non scende ad accertare... la fondatezza dell'accusa». Manifestata la rinuncia alla causa estintiva già maturata, invece, il giudice è tenuto a «dare ingresso alle prove richieste e pronunciarsi sull'imputazione»⁴.

Mette correttamente in rilievo la Corte, dunque, che tutto l'impianto, lessicale e giuridico, delle motivazioni di riferimento è nel senso di riconoscere rilevanza alla sola fase processuale, in cui cioè un imputato è stato ormai tratto a giudizio e formalmente accusato di un reato.

Nonostante sia anche una questione terminologica, la tematica tuttavia la trascende. Al fine di giungere alle conclusioni auspiccate dal rimettente, infatti, non è neppure utile rilevare come l'art. 157, comma 7 c.p. si riferisca all'«imputato» e come, in virtù dell'art. 61 c.p.p., alla persona sottoposta alle indagini si estendono i diritti e le garanzie riconosciute dall'ordinamento a favore «dell'imputato». Da un lato, non è seriamente dubitabile che, laddove il codice penale, peraltro riscritto sul punto nel 2005, riconosca facoltà all'imputato si stia riferendo soltanto a chi abbia già assunto formalmente tale qualifica, così perimetrando temporalmente l'esercizio del diritto in esame a partire dal momento di avvenuto esercizio dell'azione penale sino a quello in cui la sentenza diviene irrevocabile⁵. È il principio di legalità in materia penale a suggerire un'interpretazione rigorosa del termine in esame, che escluda i significati che in nessun modo lo stesso può ricomprendere. Dall'altro, invece, la Corte si mostra legittimamente scettica in ordine alla indiscriminata possibilità di trapiantare una regola generale predisposta dal legislatore per lo specifico segmento processuale in un contesto affatto eterogeneo, qual è quello sostanziale al quale l'istituto della prescrizione certamente appartiene.

⁴ V. § 3.2 del *considerando in diritto* della pronuncia in commento, che richiama i precedenti citati.

⁵ Per un approfondimento del concetto di imputato, si v. CANESCHI, *L'imputato*, Milano, 2021, in particolare 195 s.

Critica circa questa interpretazione, giudicata a «compartimenti stagni», MARANDOLA, *Prescrizione non rinunciabile in sede d'archiviazione: una discutibile argomentazione conduce ad una dubbia conclusione*, in *www.penaledp.it*, 28 marzo 2024, 4 e 8.

Neppure, a parere di chi scrive, è in gioco la negazione *tout court* del diritto di difesa, nell'accezione di difendersi provando (e ricercando) già in fase di indagini preliminari⁶. La tematica involge la possibilità per l'indagato di introdurre in fase investigativa elementi di prova a lui favorevoli, così da spezzare il monopolio del p.m. nella conduzione dell'inchiesta e alterarne la monodirezionalità cognitiva⁷. Se però, da un lato, il tema non è strettamente pertinente rispetto all'oggetto dell'incidente di legittimità costituzionale in commento – il caso è infatti caratterizzato da un indagato ignaro della pendenza del procedimento a suo carico, di cui viene a conoscenza a decreto di archiviazione già emesso e rispetto al quale, dunque, la pretesa di introdurre elementi di prova difensivi è eccentrica – dall'altro, rischia di essere malinteso.

Non si dubita cioè che il principio di completezza delle indagini, se rettamente inteso, e il dovere di evitare forme di esercizio soltanto apparente dell'azione penale postulano che l'indagine non sia strutturalmente monca o parziale, bensì il più possibile esaustiva. Tale obiettivo si consegue favorendo una visione binoculare, aperta anche allo svolgimento effettivo di indagini difensive, connotate dalla finalità di «ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito»⁸, con il riconoscimento di una loro valenza esplorativa analoga strutturalmente, seppure non teleologicamente, a quella delle indagini del p.m.

Eppure, non può non cogliersi un'anomalia laddove si ponga mente al fatto che, nel caso di specie – in cui l'indagato archiviato si duole di non essere stato tratto a giudizio ove ambire a una sentenza di merito che lo scagioni completamente dalle accuse – le indagini difensive non avrebbero spostato alcun-

⁶ CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti tecnici*, Padova, 2013, 266 e, in una prospettiva precedente all'introduzione delle attuali indagini difensive nell'ordinamento, AMODIO, *Le indagini difensive tra nuovi poteri del g.i.p. e obblighi di lealtà del p.m.*, in *Cass. pen.*, 1997, 2284 s.

⁷ Spunti e rilievi critici, ampiamente condivisibili, in VALENTINI, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, 18 che rileva come «i numeri delle assoluzioni nel merito sono così alti perché si giunge in dibattimento con una raccolta probatoria univoca in senso accusatorio che per fortuna spesso (anzi, non abbastanza!) rivela tutta la sua vacuità dinanzi alle prove addotte da una difesa rimasta del tutto assente e/o inascoltata durante le indagini preliminari».

Spunti critici sulla riforma in NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1 s. e DI CHIARA, *Le linee prospettive del "difendersi ricercando": luci e ombre delle "nuove" investigazioni difensive*, in *Leg. pen.*, 2002, 1 s.

⁸ Così GAITO-VALENTINI, *Stato senza diritto e difesa smaterializzata: la sostanziale inutilità del diritto alla prova*, in *Arch. pen.*, 2020, 3, 10-11.

ché, né in relazione alla posizione dell'indagato, né in merito ai rapporti tra p.m. e g.i.p. in fase di archiviazione.

Anzitutto, suonerebbe eccentrico rispetto alla *ratio* dell'istituto un indagato che si affrettasse a ricercare e poi produrre elementi di prova in forza dei quali stimolare, da parte del g.i.p. richiesto dell'emissione di un decreto di archiviazione, l'imputazione coatta. Lo scopo primario delle indagini difensive è quello, anzitutto, di evitare l'esercizio dell'azione penale nei confronti dell'indagato e, soltanto in un secondo momento, garantire che, nell'eventualità in cui il giudice debba adottare una decisione di merito, egli possa beneficiare della stereofonia del contraddittorio (anche soltanto cartolare).

Inoltre, anche laddove il fascicolo sulla cui base il g.i.p. è richiesto di provvedere sulla richiesta di archiviazione fosse implementato da elementi di tale natura il risultato non cambierebbe, in quanto ugualmente non verrebbe celebrato il giudizio. Oggi, infatti, è molto più avvertita la consapevolezza che il processo penale sia una «risorsa scarsa» (par. 3.9 sentenza in commento), dagli incredibili costi collettivi e individuali, cui ricorrere con parsimonia maggiore che in passato. Sembrerebbe, quindi, rimanere privo di adeguate tutele proprio l'indagato che versi nella situazione dalla quale l'incidente di costituzionalità ha preso le mosse. Egli, ignaro che il p.m. sta raccogliendo elementi contro di lui, non ha di regola ragione di ricercarne a sé favorevoli e il provvedimento archiviativo potrebbe risultargli oltremodo sgradito. Eppure, il rimedio approntato dal sistema è quello di intendere rettamente la sequenza di atti che, dall'iscrizione nominativa, culmina nel decreto con cui il g.i.p. manda la *notitia criminis* in archivio.

3. *Avvio e conclusione del procedimento: atti neutri.* Se il dato normativo non è di per sé risolutivo e neppure soccorre in aiuto dell'interprete la disamina della giurisprudenza di legittimità, che mai è stata chiamata a pronunciarsi direttamente su un caso analogo⁹, è doveroso inquadrare correttamente la questione nel contesto sistematico di riferimento.

I due poli posti in correlazione sono tenuti dalla Corte logicamente ben distinti. Un conto, infatti, è riconoscere a un «imputato» tratto a giudizio per rispondere, in udienza pubblica, di un'«accusa formalizzata nei suoi confron-

⁹ V. § 3.4 del *considerando in diritto*, cui si rimanda.

ti» il diritto a una pronuncia di merito che riconosca la sua estraneità ai fatti contestatigli mediante il ricorso all'esplicazione delle facoltà cui la locuzione «diritto di difendersi provando» rimanda¹⁰. Tutt'altro, invece, è assumere che un analogo diritto debba estendersi, per necessità costituzionale, anche alla persona soltanto indagata.

Siamo al cuore del ragionamento svolto dalla Corte che, almeno in questa occasione¹¹, tiene ferma la mano con cui traccia il confine tra gli istituti coinvolti. Nonostante il giudice delle leggi si mostri consapevole dell'«attuale spaventosa afflittività dell'inchiesta penale»¹², il sistema codicistico è informato a differenti scelte che sottendono un diverso quadro valoriale. La sola iscrizione di una notizia nell'apposito registro non implica ancora alcuna valutazione del p.m. in ordine alla sua fondatezza. A maggior ragione a seguito della recente riscrittura dell'art. 335 c.p.p., la notizia di reato riveste «natura meramente formale», esaurendosi in un enunciato rappresentativo di un fatto di reato¹³, ipotetico e specifico¹⁴, il cui portato individualizzante richiede l'emersione nei confronti dell'iscrivendo di specifici «indizi a suo carico»¹⁵.

L'intento garantistico perseguito è evidente, ponendosi la novella l'obiettivo di evitare, da un lato, il ricorso a iscrizioni nominative frettolose, sovente contrabbandate per atti dovuti e, dall'altro, di ridurre la prassi di ricorrere all'iscrizione a mod. 45 al fine di indagare senza curarsi delle tempistiche investigative e senza dovere rendere conto al g.i.p. degli esiti conseguiti¹⁶. Stretta

¹⁰ Da ultimo, v. Corte cost., 3 dicembre 2020, n. 260, in particolare, 3084.

¹¹ Il riferimento è a Corte cost., 10 maggio 2023, n. 116.

¹² CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio: l'archiviazione conseguente al rigetto della richiesta cautelare*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, a cura di Marchetti, Napoli, 2007, 16.

¹³ CASSIBBA, *Le indagini preliminari fra innovazione e continuità*, in *La riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di Castronuovo, Donini, Mancuso, Varraso, Milano, 2023, 609.

¹⁴ MARANDOLA, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1569. V. anche, più di recente, VERGINE, *L'iscrizione della notizia di reato nel registro: ordine del PM e adempimenti di segreteria. L'incipit investigativo nel "nuovo" assetto normativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 4, 516 s.

¹⁵ Così anche la Relazione finale della c.d. Commissione Lattanzi, in www.sistemapenale.it, 25 maggio 2021, 19. A giudizio di VALENTINI, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari*, cit., 20, questa è «una delle parti della riforma che non delude».

¹⁶ La letteratura sul tema è quanto mai vasta. Si v., tra gli altri, MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero, tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001; più di recente, a seguito della cd. Circolare Pignatone, SCHENA, *La registrazione della notizia di reato alla luce della circolare Pignatone*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 791 s. e VALENTINI, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, in particolare, 17 s.

tra due fuochi, la riforma si muove nel tentativo di contenere questo secondo scenario, consapevole del rischio che l'innalzamento dello standard tipizzato nell'art. 335, commi 1 e 1-*bis* c.p.p. implichi anche una maggiore attendibilità per l'attribuzione del fatto, determinando il rischio di incorrere in una singolare eterogeneità dei fini a detrimento dell'indagato.

Conscio del delicato equilibrio da mantenere, il legislatore ha introdotto l'art. 335-*bis* c.p.p. per negare espressamente che la semplice iscrizione nel registro delle notizie di reato possa, di per sé, originare «effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito». Il senso di ricerca di un precario equilibrio è evidente: con una mano si impone al p.m. l'iscrizione nominativa al ricorrere di più chiari e lineari requisiti, non fraintendibili, ma con l'altra ci si affretta a sterilizzare gli effetti extraprocessuali di un numero prevedibilmente molto maggiore di iscrizioni nominative che la riforma produrrà (anche semplicemente per la riconduzione a mod. 21 della quota patologica di iscrizioni a mod. 45).

Nonostante siano stati manifestati dubbi circa la concreta efficacia della norma, in bilico tra il sibillino e l'ineffettivo¹⁷, la Corte muove dal dato normativo per istituire un collegamento tra il provvedimento di archiviazione, da un lato, e l'iscrizione nel registro delle notizie di reato, dall'altro.

Poiché l'iscrizione è atto «neutro», cioè non produttivo di effetti di per sé giuridicamente pregiudizievoli per l'indagato, e il p.m. non ha ancora svolto alcun vaglio in merito alla fondatezza della *notitia criminis*, la stessa «non può in alcun modo essere equiparat[a] ad una “accusa”». Così delineata la fisionomia dell'iscrizione, specularmente si osserva che il provvedimento con cui

¹⁷ GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in www.sistemapenale.it, 2 novembre 2022, 40.

Sibillino perché la disposizione sembra alludere all'ipotesi che possa esistere un momento in cui la semplice notizia di reato nominativa potrebbe, insieme ad altri atti, acquisire una valenza pregiudizievole automatica per l'indagato. Così anche CASSIBBA, *Le indagini preliminari*, cit., p. 612.

Ineffettiva perché è dubbio che il problema della particolare valenza pregiudizievole della (lecita) conoscenza, nella società dei *mass media*, dell'avvenuta iscrizione nel registro degli indagati possa essere adeguatamente fronteggiato soltanto con un tratto di penna legislativa.

Non ci pare convincente, invece, la tesi di MARANDOLA, *Prescrizione non rinunciabile*, cit., 5 ove ritiene che il principio di cui all'art. 335-*bis* c.p.p. possa essere «derogato» dall'art. 110-*quater* disp. att. c.p.p. Quest'ultima norma si riferisce a istituti, quali l'ordinanza applicativa di una misura cautelare personale e l'atto con cui è esercitata l'azione penale, che si fondano su ben altri elementi oltre alla semplice iscrizione della notizia nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., giudicati non arbitrariamente idonei a propagare effetti pregiudizievoli per il destinatario in sede civile, amministrativa, contabile o disciplinare.

il g.i.p. dispone l'archiviazione rappresenti «nella sostanza null'altro che un *contrarius actus* rispetto a quello... che determina l'apertura delle indagini preliminari»¹⁸.

In dottrina è stato da tempo messo in evidenza il rapporto rigorosamente alternativo tra esercizio dell'azione penale e archiviazione, i cui presupposti coincidono sia pure a rime invertite¹⁹. Il punto di riferimento rimane l'esercizio dell'azione, quale atto idoneo a provocare l'avvio della fase processuale; rispetto a quello, l'archiviazione – quale semplice «autorizzazione a non agire»²⁰ – consta soltanto della pronuncia mediante la quale si statuisce che non v'è nulla da decidere. Traendosi da questo connotato il suo portato di rigorosa neutralità, ecco che alla Corte si apre la possibilità, ripercorrendo a ritroso lo sviluppo ideale del procedimento, di qualificare come parimenti neutro l'atto che costituisce l'avvio formale dell'indagine: se l'atto con cui ha inizio la fase delle indagini preliminari è neutro, in quanto adottato quando ancora difetta la valutazione circa la fondatezza della notizia di reato, e quello di riferimento è l'«accusa» con cui il p.m. attiva il controllo giurisdizionale sull'imputazione, ecco che l'atto a questo speculare, cioè l'archiviazione, dovendosi caratterizzare in negativo rispetto all'azione, si colora di neutralità al pari dell'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. Neutralità, si ripete, soltanto agli effetti giuridici che, nonostante il danno reputazionale in senso lato all'interessato dall'iscrizione a registro e pur consci delle ripercussioni extraprocessuali che questa può avere, deve essere preservata al fine di non alimentare distorsioni e abusi.

4. *Circa la non esistenza di un diritto all'instaurazione del processo.* Questo corposo *excursus* è necessario alla Corte per evidenziare che soltanto di fronte a un'accusa propriamente detta si staglia il diritto dell'imputato a un accertamento negativo sulla *notitia criminis* che lo riguarda. Laddove, invece, vi sia una serie di atti neutri, il riconoscimento di un analogo diritto non costituisce un obbligo costituzionale.

¹⁸ I virgolettati sono tratti da § 3.7 del *considerando in diritto*.

¹⁹ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, 328 e 337; GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1280; NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 71 e 89; GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, II ed., Torino, 1994, 11 e, più di recente, GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato e istanze di deflazione processuale*, Torino, 2017, V.

²⁰ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., 477.

Un conto, infatti, è la consapevolezza 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»; tutt'altro è trarre da questo dato di fatto l'esistenza di un obbligo costituzionale di predisporre meccanismi rimediali, per l'indagato, tali da ricomprendere anche «la rinuncia alla prescrizione, allo scopo di ottenere una pronuncia liberatoria sul merito della *notitia criminis*»²¹.

La fase in cui l'imputato può propriamente esplicitare il diritto di difendersi provando è quella processuale in senso stretto e il «giudizio» in particolare. Al fine di potere rinunciare alla prescrizione e ambire a una pronuncia ampiamente liberatoria, il riconoscimento di tale diritto all'indagato implicherebbe individuare a suo favore anche altro e peculiare diritto, quello cioè di «provocare l'instaurazione di un processo» in cui potrà rinunciare alla causa estintiva del reato e ambire a una sentenza che lo scagioni completamente dal fatto addebitatogli. L'esistenza di un simile diritto, tuttavia, è smentita dall'ordito codicistico e non imposta dalla Costituzione.

Il sistema che presiede alle scelte sull'azione o sull'inazione è, infatti, rimesso soltanto alla valutazione del p.m., sotto il controllo del g.i.p. Lo spartito dettato dall'art. 408 c.p.p. attribuisce al p.m. prima e al g.i.p. poi la disamina sul se «gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna». L'accesso al giudizio e l'attivazione degli spazi di giurisdizione a quello connesso costituiscono, dunque, materie sottratte alla disponibilità delle parti private interessate dalla vicenda penale sostanziale sottostante. In particolare, all'indagato non è riconosciuto alcun potere di provocare l'approdo a giudizio della notizia di reato al fine di ambire a una sentenza liberatoria e, circostanza ben più rilevante, un simile potere non gli sarebbe riconosciuto neppure all'esito dell'accoglimento dell'incidente di costituzionalità.

Infatti, correttamente la Corte mette in rilievo che, anche accedendo alla tesi prospettata dal rimettente in merito all'art. 411, comma 1-*bis* c.p.p., l'esercizio dell'azione e lo sbocco dibattimentale rimarrebbero eventi incerti ed eventuali. Il p.m., infatti, potrebbe sempre avanzare una nuova istanza di

²¹ V. § 3.8 del *considerando in diritto*.

archiviazione motivata diversamente e il g.i.p. concordare circa la sussistenza di un'ipotesi in cui non è comunque prevedibile una sentenza di condanna sulla base degli elementi raccolti in indagine. A ben vedere, inoltre, anche se il p.m. si decidesse per l'esercizio dell'azione residuerebbe pur sempre il filtro dell'udienza preliminare (o predibattimentale), sede in cui il diritto di difendersi provando è tutt'altro che garantito con pienezza e in cui il giudice è chiamato a una valutazione sulla possibilità di tenuta dell'imputazione in un'ottica analoga a quella che caratterizza il vaglio del g.i.p. in fase di archiviazione.

Questa disparità di trattamento tra imputato e indagato è allora tutt'altro che irragionevole, poiché è proprio l'esercizio dell'azione penale il fattore differenziale. L'indagato è soggetto destinatario di atti neutri, non idonei - negli intenti legislativi - a produrre effetti pregiudizievoli per la sua persona; l'imputato, viceversa, è accusato formalmente della commissione di un reato e naturalmente proiettato verso il processo.

Soltanto in questo secondo scenario il suo diritto a rinunciare alla prescrizione del reato è esplicazione del diritto a difendersi «nel giudizio» da un'accusa già formulata; tale assetto costituzionale non implica però anche il riconoscimento di un anomalo «diritto al giudizio» da fare valere nel primo scenario, cioè un diritto della persona indagata a che sia sempre instaurato un processo al fine di porla nella condizione di rinunciare alla prescrizione pure maturata e di dimostrare l'infondatezza dell'imputazione che lo riguarderebbe. All'inesistenza di un diritto di tale portata consegue, logicamente, anche l'insussistenza di un obbligo costituzionale a predisporre una scansione procedurale che imponga al p.m. di avvisare l'indagato della richiesta di archiviazione per prescrizione del reato, quale necessario presupposto per consentirgli di interloquire e rinunciare alla causa di estinzione del reato²².

5. *L'improprio parallelismo con l'archiviazione per tenuità dell'offesa.* La norma della cui legittimità si dubita costringe a interrogarsi circa il parallelismo avanzato dal rimettente tra la richiesta di archiviazione per essersi il reato

²² In dottrina, così GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., 16 e CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., 381; *contra*, GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici*, cit., 20 s. Secondo MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziali di rigetto*, in *Cass. pen.*, 1998, 2744, la possibilità per l'indagato di rinunciare alla prescrizione «imponendo l'esercizio dell'azione penale» è problema «più teorico che pratico».

estinto per prescrizione e quella per essere il fatto non punibile per il livello particolarmente tenue dell'offesa.

L'invocata estensione della disciplina stabilita per il caso di archiviazione per particolare tenuità del fatto anche alla differente ipotesi di inazione per intervenuta prescrizione del reato potrebbe giustificarsi in ragione di un elemento che, a prima vista, accomunerebbe i due esiti archiviativi. Il presupposto non esplicitato è che, all'interno del *genus* dei provvedimenti liberatori, non tutti hanno la stessa portata e soltanto alcuni sono idonei a soddisfare pienamente gli interessi morali e giuridici dell'imputato²³. Tra le pronunce definitive «idonee ad arrecare all'imputato significativi pregiudizi, sia di ordine morale che di ordine giuridico»²⁴, il giudice delle leggi si riferisce anzitutto alla «sentenza» di proscioglimento per estinzione del reato, in quanto provvedimento che presuppone «un sostanziale riconoscimento di colpevolezza» da parte dell'imputato.

Questo genere di considerazione è però maturato in riferimento alla sentenza ed è più che dubbio sia replicabile anche per il provvedimento che ponga termine alla fase delle indagini preliminari riconoscendo che non v'è materia per esercitare l'azione penale. La ragione poggia di nuovo sul portato di neutralità del decreto archiviativo sopra evidenziato.

Invece, nell'ottica cui ci pare acceda il giudice *a quo*, il provvedimento di archiviazione perché il reato è estinto per prescrizione e quello reso perché l'offesa è particolarmente tenue sarebbero accomunati da una portata liberatoria piuttosto contenuta, se non azzerata. Il parallelismo, tuttavia, è improprio e non persuade. Nonostante la confusione che sembra persistere quando si discute di archiviazione, alcuni punti fermi sono da rimarcare. Istituire una correlazione tra le due ipotesi di archiviazione è errato perché differenti sono i tratti fisiognomici degli istituti. È indubbio che il decreto che archivi riscontrando l'estinzione del reato per prescrizione compatti, inevitabilmente, un giudizio che rimanda *prima facie* a quello che l'art. 129 c.p.p. limita alla fase processuale, ma è altrettanto vero che soltanto la causa di non punibilità «lascia inalterato l'illecito penale nella sua materialità storica e giuridica». Da

²³ La pronuncia di riferimento sul punto è Corte cost., 31 marzo 2008, n. 85.

²⁴ V. § 5.1 del *considerando in diritto* della pronuncia n. 85 del 2008.

questa considerazione deriva la prevalenza della prima causa sulla seconda, in quanto esito più favorevole per l'imputato²⁵.

Infatti, è l'archiviazione per particolare tenuità che «non sembra avere un carattere del tutto neutro»²⁶, tanto per il destinatario quanto per l'ordinamento, e ciò in ragione della struttura che il legislatore ha inteso conferire all'istituto²⁷. Struttura di recente valorizzata dalla stessa Corte costituzionale in una sentenza in cui è stato evidenziato come la «richiesta di proscioglimento» per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 411, comma 1-*bis*, c.p.p. «rappresenta qualcosa di assai prossimo al vero e proprio esercizio dell'azione penale, tale richiesta mirando a una pronuncia soltanto parzialmente liberatoria, con la quale si dà pur sempre atto dell'avvenuta commissione di un fatto di reato, ancorché in concreto non punibile»²⁸.

Si tratta però di una pronuncia censurabile nella misura in cui enfatizza tratti dell'archiviazione *ex art. 131-bis* c.p. che dovrebbero, invece, rimanere anch'essi neutri. Equiparata a una cripto-accusa, il volto dell'archiviazione per particolare tenuità rischia di uscire sfigurato se si pone mente al successivo passaggio motivazionale in cui la Corte sembra sopravvalutare anche gli «effetti pregiudizievoli» per l'indagato prodotti da tale archiviazione: non soltanto questa è iscritta nel casellario giudiziale (al pari di una condanna), ma le sarebbe persino riconosciuta forza «preclusiva di una nuova concessione della causa di non punibilità»²⁹.

Si fatica a condividere simili conclusioni. Se l'osservazione circa l'iscrizione nel casellario non solleva (più) perplessità³⁰, a stupire è l'assertività con cui la

²⁵ Cass., Sez. VI, 16 marzo 2016, n. 11040, Rv. 266505; conf. Cass., Sez. I, 26 novembre 2021, n. 43700, Rv. 282214.

²⁶ GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., 129.

²⁷ CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 luglio 2015, 27-28 ove lucidamente si evidenzia come il g.i.p. possa pronunciare l'archiviazione per tenuità del fatto solo quando consideri complete le indagini e che l'azione penale andrebbe promossa se non fosse ragionevolmente pronosticabile una declaratoria di tenuità in sede processuale.

²⁸ Corte cost., 10 maggio 2023, n. 116, cit., 1330. La terminologia adoperata («richiesta di proscioglimento») è rivelatrice di un'anomala imprecisione che, da lessicale, rischia di divenire anche concettuale. Si rinvia alle osservazioni critiche di CAPRIOLI, *L'azione penale ai tempi del "fatto tenue": nuovi sintomi di un'irreversibile crisi di identità*, 1334 s.

²⁹ Corte cost., 10 maggio 2023, n. 116, cit., 1327, § 5.2 del *considerando in diritto*.

³⁰ Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, n. 38954, Rv. 276463, secondo cui è opportuno conservare memoria dell'applicazione della causa di non punibilità al fine di considerare abituali o meno altri, successivi comportamenti dello stesso tipo ascritti alla medesima persona.

Corte oblitera le conclusioni cui è invece pervenuta da anni la giurisprudenza di legittimità in punto di ritenuta non preclusione a un nuovo riconoscimento della causa di non punibilità. Sono le stesse sezioni unite ad avere negato esplicitamente «che la valutazione pregiudiziale sulla sussistenza del fatto e sulla sua attribuibilità all'indagato», se contenuta in un provvedimento di archiviazione, rappresenti «un accertamento assimilabile a una dichiarazione di colpevolezza», dal momento che la disamina si colloca in una fase anteriore al giudizio. Nei successivi procedimenti, allora, il giudice potrà tenere conto della precedente archiviazione come indice della eventualità che un analogo reato sia già stato commesso dall'indagato, ma per escludere l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. il comportamento abituale deve costituire oggetto di un accertamento condotto quantomeno nella pienezza del contraddittorio³¹.

Rimane da chiedersi come mai la Corte, scrivendo di archiviazione per tenuità, sia incorsa nell'errore di motivare come se l'azione penale sia stata già esercitata, esplicitando un parallelismo non soltanto errato ma sistematicamente pericoloso. Ragioni dogmatiche e di sistema avrebbero indotto a preferire altra, opposta interpretazione: nessuna cripto-accusa, niente “di assai prossimo al vero e proprio esercizio dell'azione penale”, nessuna pseudo-condanna. L'archiviazione per fatto tenue è e rimane «un provvedimento che può certamente riuscire sgradito all'indagato innocente»³², il cui diritto è per l'appunto tutelato riconoscendogli uno spazio di intervento sconosciuto alle altre ipotesi di inazione, ma ciò non determina lo stravolgimento dei connotati dell'atto che continua a certificare soltanto la sussistenza di cause che giustificano l'inazione, in quanto non è possibile formulare una ragionevole previsione di condanna.

6. Decreto di archiviazione e accertamento ivi contenuto. Prima di pervenire all'estensione della disciplina prevista per l'archiviazione per tenuità dell'offesa all'archiviazione per prescrizione del reato occorre dunque chiedersi se le peculiarità insite nell'una siano presenti anche nell'altra ipotesi di inazione. La risposta, a nostro parere, è obbligata, in quanto i tratti dell'archiviazione per tenuità dell'offesa, a maggior ragione per come desunti

³¹ Da ultimo, in tal senso, Cass., Sez. I, 28 settembre 2023, n. 39498, Rv. 285053, la cui motivazione è chiara nel ribadire la «non equiparabilità del decreto di archiviazione, anche se emesso ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen., alla 'sentenza' e al 'decreto penale di condanna».

³² Così CAPRIOLI, *L'azione penale ai tempi del “fatto tenue”*, cit., 1342.

dalla stravagante interpretazione offertane dalla Corte costituzionale nel recentissimo precedente, divergono radicalmente da quelli di cui alla richiesta per essersi il reato estinto per prescrizione del reato.

Nel contesto archiviativo per così dire ordinario, l'art. 129, comma 2 c.p.p. non permette di riconoscere rilevanza alla tematica dei provvedimenti liberatori, ma non soddisfatti³³. È una conclusione pacifica nella giurisprudenza di legittimità che, difatti, nega l'impugnabilità del decreto con cui il g.i.p. disponga l'archiviazione per prescrizione senza dare conto dell'insussistenza di elementi di prova favorevoli all'indagato che avrebbero, in ipotesi, potuto condurre al medesimo epilogo, ma con formula più favorevole³⁴. Il sistema non perde la propria logica: per ragioni di economia processuale, non si celebra un processo nel caso in cui l'estinzione del reato emerga già in indagine *ictu oculi*, né viene in rilievo la possibile lesione dell'art. 27 Cost., dal momento che in nessun caso il decreto di archiviazione può essere equiparato a una condanna emessa senza giudizio e, spesso, anche *inaudita altera pars*.

Eppure, in disparte l'art. 129 c.p.p. la cui inapplicabilità in fase di indagine non è in dubbio, il rischio di scorgere nel decreto di archiviazione emesso *de plano* dal g.i.p. per intervenuta prescrizione un provvedimento, comunque, dai contenuti sostanzialmente pregiudizievole per l'indagato è tutt'altro che ipotetico. Il caso oggetto di reclamo davanti al giudice remittente ne è la prova: il p.m. e il g.i.p., lungi dal prendere meramente atto, con stile asciutto e argomentazione ispirata a *self restraint*³⁵, del decorso del tempo necessario a prescrivere il reato, hanno lungamente indugiato «in apprezzamenti sulla fondatezza della *notitia criminis*», presentandola come se, mediante l'attività di indagine, si fosse accertata la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del reato oggetto di iscrizione e che soltanto il decorso del tempo ostasse a una futura condanna dell'indagato.

³³ Meno convincente è invece un passaggio della motivazione (§ 4.1 del *considerando in diritto*) nel quale la Corte si esprime nel senso che dall'art. 129, comma 2 c.p.p. conseguirebbe il postulato secondo cui, «una volta riscontrato l'avvenuto decorso del termine di prescrizione, gli stessi poteri di indagine e di valutazione del pubblico ministero sui fatti oggetto della vengono meno». Ci pare una semplificazione eccessiva, che non tiene in conto che il p.m. potrebbe nutrire interesse a indagare aspetti del fatto idonei, ragionevolmente, a condurre a un aggiornamento dell'iscrizione della notizia tale da comportare anche una modifica della qualificazione giuridica del reato che si riverberi sul tempo necessario a prescrivere.

³⁴ Cass., Sez. III, 12 gennaio 2016, n. 818, Rv. 266176.

³⁵ In generale, v. DELLA TORRE, *Ritratto di un'archiviazione come atto di (cripto)accusa*, in *Arch. Pen.*, 2021, 1 s.

Da questo punto di vista, le peculiarità della vicenda concreta spiegano bene come si sia pervenuti a un incidente di costituzionalità sotto certi aspetti anomalo. Davanti al giudice del reclamo vi è, infatti, un indagato che lamenta come il p.m. prima e il g.i.p. poi, sulla scorta del solo compendio investigativo e senza che l'interessato sia mai stato posto in condizione di contraddire, abbiano rappresentato la vicenda oggetto dell'inchiesta *come se* egli fosse ritenuto responsabile dai fatti ascrittigli, ostando a un esito diverso - e per lui più favorevole - soltanto una questione di tempo necessario a prescrivere. La richiesta di archiviazione, infatti, analiticamente elenca anche i «molteplici elementi di riscontro documentali» alla denuncia, evidentemente vagliata con criterio che rimanda - atteso il titolo di reato - all'art. 192, comma 3 c.p.p. Richieste e decreti di archiviazione così congegnati evidenziano profonde sgrammaticature sistematiche, lasciando trasparire come dopo trentacinque anni di applicazione del "nuovo" codice non sia ancora introiettato il dato che sulla scorta di atti unilaterali acquisiti dal p.m. senza il vaglio del contraddittorio - o di un suo equipollente costituzionale - non vi è «accertamento».

7. *Il decreto di archiviazione deve rispettare la promessa di neutralità.* Il codice del 1988 ha infatti accettato una premessa fondamentale - l'accertamento giurisdizionale non è indifferente al modo in cui si compie - cristallizzata poi nell'art. 111 Cost., che sposa un'opzione epistemologica ben definita. Laddove, invece, sia in discussione il portato conoscitivo racchiuso in provvedimenti giurisdizionali adottati *inaudita altera pars* e sulla scorta di materiale unilateralmente formato dal p.m., un «elementare principio di civiltà giuridica impone che tutti gli elementi raccolti dal pubblico ministero in un'indagine sfociata in un provvedimento di archiviazione debbano sempre essere oggetto di attenta rivalutazione nell'ambito di eventuali diversi procedimenti (civili, penali, amministrativi, disciplinari, contabili, di prevenzione) in cui dovessero essere in seguito utilizzati, dovendosi in particolare assicurare all'interessato le più ampie possibilità di contraddittorio»³⁶.

Questa prudenza è imposta in quanto l'indagato non gode, normalmente, di adeguate occasioni di intervento in fase di indagine per fornire al giudicante elementi di prova a sé favorevoli o idonei a depotenziare e smentire quelli accusatori ed è proprio la riconosciuta esistenza di limitatissimi spazi in cui

³⁶ § 3.8 del *considerando in diritto*.

«esercitare un reale contraddittorio rispetto all'attività di ricerca della prova del pubblico ministero e ai suoi risultati» a suggerire estrema cautela a chi pretendesse di trarre da quei risultati accertamenti di sorta.

Il tessuto argomentativo adottato dalla Corte costituzionale regge, allora, a condizione che gli operatori del diritto si attengano, nel concreto lavoro quotidiano, a quella promessa di neutralità che il decreto di archiviazione emesso *de plano* dal g.i.p. deve mantenere per non alterare gli equilibri di sistema. Se dalla semplice iscrizione della notizia di reato e dal decreto di archiviazione non deve «discendere alcuna conseguenza giuridica pregiudizievole per l'interessato» occorre evitare prassi distorte in cui il p.m. e il g.i.p. si lasciano andare a inopportuni «apprezzamenti sulla fondatezza della *notitia criminis*»³⁷. La Corte, correttamente, non esita a qualificare simili provvedimenti come «gravemente lesivi dei diritti fondamentali della persona interessata» e ad auspicarne la rimozione.

Richieste e decreti di archiviazione che, lungi dal limitarsi a ricostruire il fatto nei termini necessari a dare conto del decorso del termine di prescrizione, esprimano invece giudizi sulla colpevolezza dell'indagato si pongono in plateale contrasto con l'art. 27 Cost. e con il diritto della persona di difendersi provando: «diritto che è in radice negato dall'affermazione, da parte del p.m. o del g.i.p., del carattere veritiero, o comunque affidabile, degli elementi acquisiti nel corso di un'indagine, senza che sia assicurata all'indagato – che potrebbe anzi essere rimasto del tutto ignaro dell'indagine – alcuna effettiva possibilità di contraddirli, ed eventualmente di provare il contrario».

Valutazioni sulla fondatezza della notizia di reato rappresentano inoltre elementi eterogenei rispetto alla fase in cui il g.i.p. è chiamato a intervenire, denotando, nel migliore dei casi, confusione circa il proprio compito e, nella peggiore, il larvato tentativo di riconoscere *in qualche modo* una forma di responsabilità per il fatto reato che *soltanto* il tempo ha permesso all'indagato di evitare. Provvedimenti giurisdizionali di tal fatta costituiscono flagrante deviazione dai principi informatori della materia e, dunque, devono essere rimossi. E se, anche accedendo a una pura ottica di parte, è anomalo che il p.m. avanzi un'istanza di archiviazione così motivata, è invece grave che un giudice faccia da cassa di risonanza a iniziative tanto improvide quanto asistematiche: esigenze di terzietà nell'assolvimento del proprio ruolo, di rigore e continenza

³⁷ § 4 del *considerando in diritto*.

espositiva impongono al g.i.p. di adottare uno schema mentale differente da quello qui criticato, inducendolo a limitarsi a un mero prendere atto che è maturato il tempo necessario a prescrivere e che difettano le condizioni per l'esercizio dell'azione penale.

A queste sole condizioni è possibile preservare il portato di "neutralità" che deve caratterizzare atti del tipo di quelli di cui si discorre, limitando il più possibile l'eventualità che simili provvedimenti, diffusi nella società *massmediale*, giungano a conoscenza di terzi e producano gravi pregiudizi alla reputazione, alla vita privata, familiare, sociale e professionale, degli interessati ed essere percepiti come una sentenza, pronunciata in assenza del giudizio.

8. *I possibili rimedi.* Lungi dal negare ogni rilievo al diritto di difesa e attenta a non collocare i rimedi alle lesioni del tipo di quelle sopra delineate al di fuori del contesto processuale penale³⁸, la Corte dedica l'ultima parte della pronuncia proprio alla tematica rimediabile.

La Corte muove da due dati che assume come fondamentali. Il primo è che, anche per effetto della direttiva 2016/343/UE, a fronte di «ogni eventuale violazione, da parte dall'autorità giudiziaria, del diritto fondamentale della persona ... a non essere presentata come colpevole senza avere potuto difendersi e presentare prove a proprio discarico» l'ordinamento deve predisporre un rimedio effettivo quale «componente essenziale della sostenibilità costituzionale del delicato bilanciamento tra opposti interessi» di cui si è detto. Il secondo è che l'individuazione dello specifico rimedio esorbita dalle competenze della Corte, spettando al giudice ordinario. I giudici costituzionali, tuttavia, non si sottraggono al confronto e, con spirito collaborativo, si soffermano sui due rimedi prospettabili in astratto.

Soccorre anzitutto la categoria dell'abnormità, nella fattispecie della carenza di potere in concreto³⁹, quale ipotesi di palese deviazione del provvedimento rispetto allo scopo tipico dell'atto, nel senso di «esercizio di un potere previsto dall'ordinamento, ma in una situazione processuale radicalmente diversa da quella configurata dalla legge». Questa ipotesi ricorrerebbe nei casi «in cui un decreto di archiviazione per prescrizione contenga nella sostanza una valutazione di colpevolezza della persona sottoposta a indagini, che il vigente sistema processuale considera invece come contenuto tipico di una sentenza di

³⁸ In senso contrario MARANDOLA, *Prescrizione non rinunciabile*, cit., 6 e 8.

³⁹ Cass., Sez. un., 22 giugno 2009, n. 25957, Rv. 243590

condanna», secondo l'impostazione adottata storicamente dalla giurisprudenza di legittimità¹⁰.

In alternativa, l'interprete potrebbe volgere lo sguardo al nuovo istituto di cui all'art. 115-*bis* c.p.p., una disposizione introdotta dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188 di recepimento della direttiva UE sopra citata e che prevede un rimedio *ad hoc* per il caso in cui la persona sottoposta a indagini sia "indicata" come colpevole in «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato», tra cui può essere ricompresa tanto la richiesta quanto il decreto di archiviazione per prescrizione.

La specialità dell'istituto, la *ratio* di tutela della presunzione di innocenza¹¹, qui intesa nell'accezione di evitare una rappresentazione del soggetto come colpevole, e la tensione concettuale che la categoria dell'abnormità evocata rischia di creare – dal momento che, sia pure motivato erroneamente, il decreto di archiviazione non è radicalmente eccentrico rispetto al suo scopo, che è e rimane quello di autorizzare il p.m. a non agire, polo rispetto al quale non si ravvisa in senso stretto una vera e propria deviazione dell'atto dallo scopo tipico – potrebbero indurre a ritenere preferibile la seconda opzione adombrata.

Il rimedio di cui all'art. 115-*bis* c.p.p. è, infatti, configurato quale istituto a carattere generale, il cui perimetro di applicazione è costruito non "in positivo", cioè mediante l'esplicita indicazione dei provvedimenti reclamabili, ma "in negativo", ossia per sottrazione rispetto ai provvedimenti espressamente esclusi dalla disciplina stessa. L'oggetto cioè va a coincidere con quello dei c.d. "provvedimenti giudiziari colpevolisti"¹², cioè caratterizzati dall'uso indebiti di espressioni lesive della presunzione di innocenza del destinatario.

¹⁰ § 4.2 del *considerando in diritto*.

Si v. Cass., Sez. I, 23 febbraio 1999, n. 1560, Rv. 213880. Sui profili generali dell'atto abnorme, cfr. GIUNCHEDI, *L'atto «abnorme» nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 2002, 1907 s.

¹¹ Sul tema, la letteratura è quantomai vasta. Più di recente, si v. CANESCHI, *La presunzione d'innocenza negli atti del procedimento, tra affermazioni della Corte di Strasburgo e tentativi di codificazione interna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 891 s.; ORLANDI, *La duplice radice della presunzione di innocenza*, *ivi*, 2022, 627 s. Si vedano anche le osservazioni di FERRUA, *La direttiva europea sulla presunzione di innocenza e i provvedimenti cautelari*, in www.ilpenalista.it, 27 ottobre 2021.

¹² Con esclusione dei provvedimenti di altre autorità, prima fra tutte la polizia giudiziaria, o di soggetti terzi (es. giornalisti). Si v. Cass., Sez. V, 18 maggio 2022, n. 19534, Rv. 283217. Per un commento si rinvia a CARCHIETTI, *Tutela endoprocedimentale della presunzione di innocenza: ovvero, del recepimento senza passione*, in www.sistemapenale.it, 25 ottobre 2022.

L'istituto di recente introduzione, per quanto frutto di una tecnica legislativa non impeccabile, eleva una regola di etica e correttezza nella redazione dei provvedimenti giudiziari a regola giuridica, presidiata da apposita sanzione. Per quanto qui rileva, il rimedio approntato dall'art. 115-*bis*, comma 3 c.p.p. può risultare funzionale allo scopo, in quanto il decreto di archiviazione è senz'altro uno dei principali atti «diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato» cui la nuova norma può applicarsi, insuscettibile com'è di essere impugnato nel merito e inidoneo a essere smentito dal successivo corso del procedimento, assente per definizione. Ecco allora che nei confronti del decreto con il quale il g.i.p. - non attenendosi alla direttiva di *self restraint* di cui sopra e venendo meno all'imperativo di neutralità sotteso alla disciplina dell'inazione - si dilungasse nel rappresentare l'indagato come colpevole, l'interessato potrebbe proporre un reclamo finalizzato a «richiederne la correzione, quando è necessario per salvaguardare la presunzione di innocenza». Attraverso la procedura di cui ai commi 3 e 4, l'archiviato è posto in grado di conseguire la correzione del decreto, che potrebbe sfociare, nei casi di più marcata violazione, nell'imporre la rinnovazione della motivazione dello stesso, redatta questa volta nel rispetto della presunzione di innocenza.

Sennonché, l'attribuzione della competenza al “giudice che procede”, cioè al giudice per le indagini preliminari nel corso della fase investigativa, può concorrere a ridurre l'operatività: è stato infatti notato che quella di presentare l'istanza allo stesso giudice che ha redatto il provvedimento lesivo della rappresentazione colpevolista, può non apparire la scelta più opportuna. È scarsamente verosimile, in effetti, che quest'ultimo giudice-persona fisica sia il soggetto più idoneo a riconoscere la denunciata violazione dell'art. 27, comma 2 Cost., “smentendo in questo modo la serietà della propria presa di posizione”⁴³. Da questo punto di vista, il ricorso alla categoria dell'abnormità potrebbe garantire maggiori garanzie di tutela nell'assicurare forme di reazione più efficaci in quanto rivolte a un giudice superiore rispetto a quello il cui provvedimento si censura.

Fuori però da queste ipotesi di franca patologia, invocare la violazione della presunzione di non colpevolezza e permettere all'indagato - archiviato per essersi il reato estinto per prescrizione - di conseguire addirittura l'approdo a

⁴³ CANESCHI, *Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un'estensione della garanzia?*, in *Arch. pen.*, 2021, 14.

giudizio della *notitia criminis* per lì rinunciare alla causa estintiva e ambire a una pronuncia liberatoria, è fuori luogo: nonostante la confusione, il provvedimento con cui si archivia non è equiparabile a una sentenza, né l'indagine preliminare al giudizio.

MARCO MALERBA