

Sui possibili rimedi alla nullità del decreto di archiviazione emesso de plano in violazione del contraddittorio ex art. 409 c.2 c.p.p.

di *Mario Iannuzziello*

Sommario: 1. Rilevi preliminari. – 2. Sui possibili vizi del procedimento di archiviazione. – 2.1. (*segue*) Sulla nullità del decreto di archiviazione emesso *de plano* in violazione del contraddittorio ex art. 409 co. 2 c.p.p. – 3. Sul possibile potere di revoca. – 4. Orientamenti giurisprudenziali. – 5. Obiezioni e rilevi conclusivi.

1. Rilevi preliminari.

Il procedimento di archiviazione, ex artt. 408 – 415 c.p.p., inserito nel titolo VIII del libro V del codice di rito penale, costituisce la determinazione altrà dell'esercizio dell'azione penale (artt. 50 e 405 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p.) e configura, al contempo, "l'ipotesi negativa" della dinamica dell'imputazione¹.

Azione penale, imputazione ed archiviazione costituiscono un sistema dinamico ed alternativo della fase procedimentale dove si concreta il principio costituzionale dell'esercizio obbligatorio dell'iniziativa penale ex art. 112 Cost. Tale norma, infatti, fa sintesi dei principi di cui agli artt. 3, 25 co. 2, 101, 102 e 111 co. 2 Cost., volti all'uguaglianza, alla legalità, alla giurisdizionalità, alla contraddittorietà e terzietà dell'agire penale, che deve esser suffragato da un corredo probatorio idoneo a sostenere l'accusa in giudizio (art. 125 disp. att. c.p.p.).

In questo contesto normativo, il dato probatorio, che volto a bilanciare l'azione penale con gli altri principi che ne sovrintendono l'esercizio, costruisce "limite implicito alla stessa obbligatorietà" poiché non consente l'instaurarsi di un processo quando si profili "oggettivamente superfluo"². L'istituto dell'archiviazione, pertanto, costituisce la "chiave d'accesso"³ a questioni di più ampio respiro: infatti, si inserisce in un sistema volto sia ad accertare l'inutilità del processo⁴ sia a sottoporre l'attività, *recte* inattività, del pubblico ministero al controllo di un soggetto terzo, il giudice per le indagini preliminari. Tutto ciò in applicazione del principio di legalità processuale. L'art. 112 Cost. viene integrato, nell'assiologia propria dello Stato di diritto ed in conformità ai dettami del diritto penale moderno, dalla presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost.⁵ Difatti,

¹ Così CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 428.

² Cfr. Corte cost., sent. 28 gennaio 1991, n. 88, in www.giurcost.org.

³ CAIANIELLO, voce *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir. Annali 2007*, Milano, 2007, 59.

⁴ CORDERO, voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 1030.

⁵ *Amplius* DOMINIONI, *Art. 27, 2° comma, Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna – Roma, 1991, p. 162 e ss

interpretando sistematicamente la normativa costituzionale in tema di agire penale ne discende che la prima disposizione prescrive l'*an*, mentre la seconda il *quantum* del dato probatorio necessario e sufficiente ad escludere 'la pena del processo'⁶ per l'indagato nei cui confronti non sono stati raccolti elementi di prova idonei a sostenere l'accusa in giudizio. Queste disposizioni costituzionali hanno un profilo oggettivo e soggettivo che, insieme, formano un sistema dialettico: la presunzione di non colpevolezza assurge a diritto soggettivo e costituisce, al contempo, il piano di azione del futuro processo penale. L'obbligatorietà dell'azione penale e l'istituto dell'archiviazione, invece, accanto al momento oggettivo della persecuzione del reato, esprimono, sul versante soggettivo, il diritto della persona a non subire un processo penale senza quegli elementi di prova, il cui *minimum* è prescritto dall'art. 125 disp. att. c.p.p., che, in base ad un giudizio prognostico, possa portare a ritenere inutile il processo, ossia una verifica processuali dei fatti dedotti nell'imputazione⁷. La dommatica dell'archiviazione può essere costruita secondo due diverse angolazioni: giurisdizionale e, *latu sensu*, amministrativa⁸. Questa doppia prospettiva investe anche il provvedimento conclusivo (decreto emanato *de plano* o ordinanza) sia per natura che per effetti⁹.

Il primo approccio sembrerebbe accomunare il provvedimento di archiviazione alla sentenza istruttoria di proscioglimento, prevista dal codice abrogato¹⁰, e, pertanto, spiegherebbe degli effetti preclusivi¹¹ simili a quelli previsti dalla sentenza di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. A sostegno di tale impostazione dommatica e secondo i principi di legalità processuale e di completezza delle indagini, riassunti nell'art. 112 Cost.¹², si adducono sia la posizione sistematica del procedimento di archiviazione, collocato al termine della fase investigativa (come era per la sentenza istruttoria di proscioglimento), sia la possibilità di porre in essere un contraddittorio circa la richiesta di archiviazione. Secondo questo modello, quindi, l'archiviazione assume la forma di un giudizio vero e proprio, che ha ad oggetto un fatto non penalmente rilevante, e si configura come "un'udienza preliminare in negativo"¹³. Da ciò traspare una nozione astratta di azione penale¹⁴, intesa come "domanda di giurisdizione"¹⁵, che si ritiene esercitata anche nelle forme dell'inazione¹⁶ così da far nascere una preclusione processuale sulla vicenda archiviata.

⁶ CALAMANDREI, *Elogio dei giudici. Scritto da un avvocato*, Firenze, 1999.

⁷ *Amplius* CONTI, *Archiviazione*, in G. GARUTI (a cura di) *Trattato di procedura penale*, vol. III *Indagini preliminare e udienza preliminare*, Torino, 2011, p. 731 e ss.

⁸ In dottrina si veda CAIANIELLO, *Archiviazione*, cit., p. 61 e ss.

⁹ DEL POZZO, voce *Decreto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 827.

¹⁰ *Amplius* CORDERO, *ult. op. cit.*, cit., p. 1027 e ss.

¹¹ La giurisprudenza ha riconosciuto, Corte cass. V sez. pen., sent. n. 32676/15, gli effetti 'limitatamente' preclusivi del decreto di archiviazione.

¹² Cfr. Corte cost., sent. 28 gennaio 1991, n. 88, cit.

¹³ Così CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 407.

¹⁴ *Amplius* sull'azione penale si veda DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1999, p. 398 e ss.

¹⁵ Cfr. CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 62 e ss.

¹⁶ *Amplius* LEONE, voce *Azione penale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 852 e ss.

Nell'ottica *latu sensu* amministrativa, invece, applicando una concezione concreta di azione penale¹⁷, si costruisce l'archiviazione come un provvedimento atto a stabilire che “non c'è nulla da decidere”¹⁸, posto, nella sistematica del codice, nella prima fase del procedimento penale, dove ancora non si è formulata alcuna imputazione, e che è orientata esclusivamente affinché il pubblico ministero possa determinarsi se agire o meno ossia ad un “mero accertamento di superfluità del processo”¹⁹. Per tale ragione, dal provvedimento di archiviazione non discenderebbe alcun effetto preclusivo poiché non vi è stato l'esercizio del potere di azione e non possiede nessun contenuto giurisdizionale²⁰. Tale indirizzo è stato accolto anche da alcuna giurisprudenza di legittimità, laddove afferma che “il provvedimento [di archiviazione] in nessun caso può assumere natura sostanziale di sentenza, per diversità di natura e di effetti” e “le differenze tra il decreto (o l'ordinanza) di archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere giustificano una diversa disciplina dei contenuti e degli effetti dei due provvedimenti”²¹. A ciò valga la conferma promanante dalla sistematica del codice di rito penale, in cui azione ed inazione sono nettamente contrapposte: gli artt. 50, 405 co. 1, 411 co. 1bis, 412 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p. nonché, nella legislazione complementare, fra tutte, l'art. 17 d.lgs. 274/00 e art. 58 d.lgs. 231/01, significano la netta separazione fra archiviazione, *rectius* inazione, ed esercizio dell'azione penale, che si spiega nelle forme dell'imputazione. Di conseguenza, attribuire la medesima efficacia preclusiva che possiede una sentenza ad un provvedimento di archiviazione mistifica la natura dell'istituto stesso e tradisce il disposto normativo. Inoltre, stante la ricorribilità dei provvedimenti giurisdizionali, il decreto di archiviazione emesso *de plano*, quando non incorre in patologie, è di per sé privo di alcun mezzo di impugnazione²². Difatti, ex art. 409 ult. co. c.p.p., il ricorso per cassazione è previsto nel caso di violazione delle forme del procedimento camerale (come può essere l'archiviazione disposta *de plano* senza tener conto dell'opposizione della persona offesa), ma non per un possibile vizio del decreto di cui al co. 1.

Tuttavia, è da notare come in sede di legittimità si è ammesso tale rimedio anche per violazioni che esulano propriamente da questa ipotesi: infatti, in nome dell'inosservanza del contraddittorio, si sono accolti ricorsi anche perché il g.i.p. ha archiviato in base a valutazioni prognostiche sull'esito delle investigazioni suppletive²³ oppure sul merito della vicenda²⁴ o ancora circa la fondatezza della notizia di reato o l'esito delle investigazioni suppletive²⁵, ma anche perché ha

¹⁷ Cfr. RUGGIERI, voce *Azione penale*, in *Enc. Dir., Annale III*, Milano, 2010, p. 130 e ss.

¹⁸ CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 65.

¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. 28 gennaio 1991, n. 88, cit.

²⁰ Cfr. CORDERO, *ult. op. cit.*, p. 1029; DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3839 e ss.

²¹ Cfr. Corte cass., III sez. pen., sent. 47685/14.

²² Cfr. CAIANIELLO, *op. cit.*, cit., p. 71.

²³ Cfr. Corte cass., II sez. pen., sent. n. 42671/15.

²⁴ Cfr. Corte cass., II sez. pen., sent. n. 83/16.

²⁵ Cfr. Corte cass., VI sez. pen., ord. n. 40593/08.

motivato l'archiviazione *de plano* stigmatizzando come apodittici i contenuti dell'atto di opposizione²⁶.

2. Sui possibili vizi del procedimento di archiviazione.

Stante la configurazione dell'istituto in parola e le prerogative dei soggetti coinvolti, va fatta una premessa. I vizi che possono insorgere in tale fase del procedimento penale vanno dalla mera irregolarità alla nullità assoluta e ciò pone la questione sui rimedi volti a sanarli nel rispetto della legalità processuale. È, in questa sede, solo il caso di accennare che la categoria dommatica delle nullità, ex artt. 177 e ss. c.p.p., è governata dal principio di tassatività²⁷ e costituisce un "sistema a fattispecie chiuse"²⁸ per cui la corrispondenza fra l'atto ed il modello legale dell'atto è condizione di validità e di efficacia, mentre la difformità del primo rispetto al secondo ne comporta l'invalidità e l'inefficacia soltanto quando ciò è previsto da una disposizione normativa. In caso contrario, l'atto sarà imperfetto e quindi irregolare, ma ugualmente valido ed efficace²⁹. Dal sistema della nullità, quindi, emerge con chiarezza che dalla divergenza dal paradigma legale dell'atto ne deriva una nullità tipica che, per esser sanata, necessita di un atto previsto dalla legge idoneo a ricondurre il procedimento nel solco della legge processuale.

Prima di affrontare il tema della genesi dei vizi che possono colpire il provvedimento di archiviazione è da osservare che tale procedimento riconosce alla persona offesa (*rectius* chi afferma d'esserlo)³⁰, che abbia fatto richiesta ex art. 408 co. 2 c.p.p.³¹ di esser informata circa la richiesta di archiviazione del p.m., un potere di intervento, "il più incisivo"³² tra quelli attribuiti dal codice in capo all'offeso. Infatti, al titolare del bene giuridico leso è riconosciuto un "autonomo spazio di partecipazione attiva al processo, affrancato dallo schema della pretesa risarcitoria"³³, che si esplica nella forme dell'opposizione ex art. 410 c.p.p. Tale atto, infatti, è idoneo ad incidere sia sulla forma del provvedimento di archiviazione sia sul procedimento stesso. Infatti, ricorrendo di presupposti fattuali, ossia l'inidoneità probatoria, art. 408 c.p.p., e giuridici, art. 411 c.p.p.,³⁴ l'opposizione, qualora sia ammissibile e la notizia di reato non sia infondata, non consente al g.i.p. di adottare *de plano* il decreto di archiviazione, ma lo obbliga a fissare l'udienza camerale di cui all'art. 409 co. 2 c.p.p., in contraddittorio, al cui esito emanerà un'ordinanza con cui dispone

²⁶ Cfr. Corte cass., VI sez. pen., sent. n. 48276/15.

²⁷ RAFARACI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir., Agg. II*, Milano, 1998, p. 598 e ss.

²⁸ MARABOTTO, voce *Nullità nel processo penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1998, p. 270.

²⁹ Cfr. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 1180 e ss.

³⁰ *Ibidem*, p. 428.

³¹ Nelle ipotesi di reati commessi con violenza alla persona, il co. 3bis prevede la notifica della richiesta di archiviazione a prescindere dal fatto che la persona offesa abbia dichiarato di volerne essere informata ex co. 2. Inoltre, in tale specifico caso, il termine per proporre opposizione si raddoppia: da dieci a venti giorni.

³² CONTI, *op. cit.*, p. 772.

³³ PANSINI, *Contributo dell'offeso e snodi procedurali*, Padova, 2004, p. 33.

³⁴ Nella manualista, RICCIO- SPANGHER, *La procedura penale*, Napoli, 2002, p. 340 e ss.

l'archiviazione del procedimento, oppure ordina ulteriori indagini o ancora ordina al p.m. di formulare l'imputazione. Tale complesso procedimento, in cui devono contemperarsi varie ed opposte esigenze, può incorrere, nella prassi, in una serie di patologie, che possono viziare l'ordinanza di archiviazione. A ciò il codice di rito pone come unico rimedio il ricorso per cassazione ex art. 409 co. 6 c.p.p., negli stringenti limiti di cui all'art. 127 co. 5 c.p.p.

2.1 (segue) sulla nullità del decreto di archiviazione emesso *de plano* in violazione del contraddittorio ex art. 409 co. 2 c.p.p.

Non di rado si assiste a decreti di archiviazione emessi *de plano*. La genesi della nullità di tali provvedimenti e le violazioni del contraddittorio camerale possono esser di varia natura, esser causate da diversi soggetti e portare a molteplici soluzioni. Si faccia il caso in cui il p.m. presenti, ex art. 408 c.p.p., richiesta di archiviazione e, ex co. 2, la notifici alla persona offesa che ne abbia fatto richiesta. Quest'ultima proponga opposizione ex art. 410 c.p.p. e la segreteria del p.m., ex art. 126 disp. att. c.p.p., trasmetta gli atti alla cancelleria del g.i.p. Tale giudice, tuttavia, senza previa valutazione circa l'ammissibilità dell'opposizione e la fondatezza della notizia di reato ai sensi del co. 2 dell'art. 410 c.p.p., emetta *de plano* decreto di archiviazione senza fissare l'udienza camerale di cui all'art. 409 co. 2 c.p.p.

Tale particolare ipotesi patologica trova, quindi, origine nell'omessa fissazione dell'udienza in contraddittorio fra le parti, quando, cioè, sia il p.m. sia la persona offesa ed il suo difensore hanno adottato il contegno procedurale prescritto³⁵. Il decreto di archiviazione, pertanto, emanato *de plano* in tale circostanza altera il corretto esplicarsi del paradigma dell'archiviazione stessa e risulta affetto da nullità, qualificata a regime intermedio dalla Suprema Corte³⁶, alla stessa stregua di quella prevista dagli artt. 409 co. 6 e 127 co. 5 c.p.p., poiché ledono l'instaurarsi del contraddittorio sulla richiesta formulata dalla pubblica accusa³⁷.

A fronte di questa patologia, sembra lecito chiedersi quali possano essere i possibili rimedi, se la dichiarazione della nullità dell'atto e rinnovazione dello stesso oppure ed esclusivamente il ricorso per cassazione. O, ancora, se sia riconoscibile il potere di revoca al g.i.p. per sanare tale nullità cui egli stesso ha dato corso oppure no. E, più in generale, se sia possibile adottare, in questo caso, una soluzione di 'parte generale', ex art. 185 c.p.p., oppure bisogna valersi esclusivamente dei rimedi specifici previsti nel procedimento di archiviazione ex art. 409 co. 6.

La questione è di particolare interesse poiché investe l'estensione dei poteri del g.i.p. su un proprio atto viziato da nullità di ordine generale a regime intermedio. L'art. 328 c.p.p., infatti, subordina i provvedimenti di questo giudice alla previsione legale del provvedimento da emanare ed alla richiesta di parte. *In limine* è da precisare che nella fase delle indagini la nozione di parte e la sua legittimazione a chiedere

³⁵ *Amplius* PANSINI, *ult .op. cit.*, p. 40 e ss.

³⁶ Cfr. Corte cass., IV sez. pen., sent. n. 23185/03.

³⁷ In tal senso, Corte cost., sent. 11 luglio 1991, n. 353, in www.giurcost.org.

l'intervento del g.i.p. assumono un significato diverso rispetto a quello di parte in senso dibattimentale. Infatti, il primo segmento del procedimento penale, non avendo il requisito della giurisdizionalità, non riconosce i soggetti, che diverranno parti, quali titolari di interessi contrapposti. Pertanto, la nozione di soggetto legittimato a porre richieste al g.i.p. ricomprende le parti necessarie del processo, ossia il pubblico ministero, l'indagato e la persona offesa³⁸, ciascuno dei quali, o per tipo di atto da richiedere o per l'attività da compiere, è portatore di un interesse a cui questo giudice deve dare riconoscimento e tutela. In particolare, alla persona offesa sono riconosciuti degli ambiti di intervento all'intero della fase delle indagini preliminari: ex art. 328 c.p.p. può presentare richieste al g.i.p., come quella di promuovere incidente probatorio ex art. 394 c.p.p.³⁹, e, interpretando sistematicamente gli artt. 90 e 367 c.p.p.⁴⁰, può presentare memorie e richieste al pubblico ministero. Il caso posto in analisi coinvolge tanto la questione della riserva di legge processuale quanto quello della legittimazione del soggetto alla richiesta. Seguendo la linea normativa individuata dagli artt. 177, 178, 185, 328, 409 co. 2 c.p.p. ne discende che l'omessa fissazione dell'udienza camerale fa sì che il decreto di archiviazione emanato *de plano* sia affetto da una nullità tipica di ordine generale a regime intermedio, creatasi dinanzi al g.i.p., il cui provvedimento si è discostato dal paradigma normativo. Dinanzi a questo atto viziato o comunque irregolare, le parti legittimate, anziché ricorrere per cassazione ex art. 409 ult. co. c.p.p., potrebbero esercitare il proprio potere di sollecito, ex art. 328 c.p.p., affinché il giudice accerti la nullità di cui all'art. 178 c.p.p. (patologia rilevabile anche d'ufficio) e ristabilisca la legalità processuale violata. Pertanto, il possibile intervento del g.i.p. si esplicherebbe previa richiesta di parte, persona offesa o anche pubblico ministero, e nelle forme di cui all'art. 409 co. 2 c.p.p. In questo modo, il provvedimento dichiarativo della patologia di cui è affetto il decreto di archiviazione e la relativa rinnovazione risulterebbero emessi a seguito di un'udienza camerale richiesta da una delle parti legittimate come, del resto, accade nella fisiologia del procedimento archiviativo.

3. Sul possibile potere di revoca.

In via generale, è da rilevare che il provvedimento di revoca non è completamente estraneo al codice di rito penale⁴¹: l'art. 29 c.p.p., fra tutti, lo riconosce come rimedio per prevenire la formazione di un conflitto in ordine alla giurisdizione ed alla competenza del giudice. La stessa Corte di cassazione, elaborando in maniera estensiva quest'ultima disposizione normativa, ha ammesso l'esistenza di un potere

³⁸ Cfr. BRESCIANI, voce *Giudice per le indagini preliminari*, in *Dig. Disc. Pen.*, V, Torino, 2000, p. 482 e ss.

³⁹ Sul punto si veda PANSINI, voce *Persona offesa dal reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, *Aggiornamento 6*, Torino, 2011, p. 416.

⁴⁰ Cfr. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007, p. 83.

⁴¹ *Amplius* MAFFEO, *L'abnormità*, in A. MARANDOLA (a cura di) *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Torino, 2015, p. 245 e ss.

di revoca per escludere dal fascicolo dibattimentale quegli atti ritenuti, in ragione di una nuova valutazione della vicenda processuale, inutili o ininfluenti⁴². Ancora, il supremo collegio⁴³, pur escludendo la configurazione di un potere di autotutela in capo al g.i.p.⁴⁴, ha riconosciuto la revoca come un provvedimento non estraneo all'ordinamento giuridico⁴⁵, che non crea nessuna stasi procedimentale ma, al contrario, è volta a riportare nel corretto paradigma processuale l'atto viziato. Tale istituto, infatti, tende anche per evidenze di economia processuale a ricondurre la vicenda procedurale nella logica e nella sistematica del rito penale. E' sufficiente, allora, l'analisi delle varie ipotesi di revoca contemplate nella legge processuale per poterle riconoscere cittadinanza come atto tipico del procedimento penale.

4. Orientamenti giurisprudenziali.

Con particolare riguardo alla revoca del provvedimento archiviativo, in sede di legittimità si sono profilati due orientamenti contrapposti. Il primo, minoritario, pur ammettendo il ricorso per cassazione ex art. 409 ult. co. c.p.p., riconosce in capo al g.i.p. il potere di revoca del decreto di archiviazione emesso *de plano* in caso di mancata fissazione dell'udienza camerale poiché il provvedimento di revoca non sarebbe affetto da alcun vizio di abnormità né strutturale né funzionale e né, tantomeno, crea una stasi processuale⁴⁶. Il secondo, invece, apparentemente maggioritario, nega tale potere al g.i.p. e prescrive come unico rimedio a tale vizio il ricorso per cassazione ex art. 409 co. 6 c.p.p., poiché individua nell'atto di revoca un provvedimento affetto da abnormità sia strutturale sia funzionale, idonea a creare una stasi procedimentale, originata da un sovvertimento dei ruoli procedurali di p.m. e g.i.p. e dalla consumazione del potere decisionale del giudice⁴⁷.

Nello specifico, l'orientamento minoritario fonda la sua conclusione sul fatto che la revoca del decreto di archiviazione concreta il disposto dell'art. 185 co. 2 c.p.p. sulla rinnovazione dell'atto nullo, facendo ricorso al potere riconosciuto al g.i.p. di riaprire le indagini ex art. 414 c.p.p. e, pertanto, lungi dall'originare una stasi procedimentale, è funzionale a ricondurre la procedura di archiviazione stessa nel corretto paradigma codicistico.

A ragione di questo filone giurisprudenziale militano argomenti di ordine dommatico e sistematico, per la verità non tutti sempre sovrapponibili. Sotto il primo profilo, basti considerare sia la natura dell'atto – decreto, sia il regime della nullità intermedia di cui è connaturato il provvedimento di archiviazione emesso *de plano* nel caso di omessa fissazione dell'udienza camerale richiesta dall'art. 409 co.2. c.p.p. Il decreto, ex art. 125 c.p.p., è atto a forma vincolata e quindi perché sia efficace, è

⁴² Cfr. Corte cass., VI sez. pen., sent. n. 30775/07.

⁴³ Cfr. Corte cass., II sez. pen., sent. n. 40229/05.

⁴⁴ Cfr., fra tutte, Corte cass., II sez. pen., sent. n. 8465/11.

⁴⁵ *Amplius* MAFFEO, *op. cit.*, p. 247.

⁴⁶ cfr. Corte cass., V sez. pen., sent. n. 45161/10; Corte cass., V sez. pen., ord. n. 41366/04; Corte cass., VI sez. pen., sent. n. 41994/04.

⁴⁷ *Ex multis*, Corte cass., V sez. pen., sent. n. 32676/15 e pronunce ivi richiamate.

necessario che contenga quanto stabilito della legge: nel caso di specie, l'art. 409 co. 1 c.p.p. prevede la pronuncia di un decreto motivato solo quando non c'è stata richiesta di opposizione ex art. 410 c.p.p. Tale atto, quindi, è legittimo solo quando non vi sia stata la richiesta di instaurare un'udienza in contraddittorio sulla richiesta di archiviazione oppure quando l'opposizione sia stata dichiarata inammissibile per le ragioni di cui all'art. 410 co. 2 c.p.p. Legittimità e, quindi, efficacia dell'atto che non ricorrono nel caso in ipotesi.

Invero, l'atto – decreto, in questo caso, assume una natura decisoria ed è 'dotato di – sia pur limitata – stabilità e di effetto – limitatamente – preclusivo'⁴⁸, ma sempre revocabile ed impugnabile. La nullità dell'atto *de quo* potrebbe farsi rientrare nella disciplina dell'art. 180 c.p.p., qualificato dalla giurisprudenza come nullità intermedia e, quindi, rilevabile anche d'ufficio. Nel caso di specie, la nullità del decreto di archiviazione, non potendo sanarsi secondo il dettato degli artt. 183 e 184 c.p.p., può essere dichiarata dal giudice anche *ex officio*, quando non è possibile la sua deducibilità, e quindi si impone su questi anche il dovere, ex art. 185 co. 2 c.p.p. di rinnovarlo non producendo alcuna regressione del procedimento allo stato o al grado in cui è sorto l'atto nullo né, tantomeno, una stasi processuale. Infatti, l'omessa fissazione dell'udienza ex art. 409 co. 2 c.p.p. non comporta le conseguenze di cui al co. 3 dell'art. 185 c.p.p. poiché la revoca del decreto di archiviazione d'ufficio non fa regredire un procedimento già archiviato. In tal senso, la revoca del decreto, atto tipico e legale, consente semplicemente di riportare nell'alveo della legalità processuale un atto non legale poiché, nell'ipotesi considerata, il giudice dell'archiviazione, oltre a non fissare l'udienza, non si è espresso sull'ammissibilità della richiesta di opposizione, circostanza, questa, che avrebbe reso perfettamente legale il decreto⁴⁹ ed evitato l'emissione di un atto nullo.

L'opposto orientamento, invece, riconosce nel ricorso per cassazione l'unico rimedio idoneo a sanare la patologia in questione poiché la configura come violazione del diritto al contraddittorio ex art. 409 co. 6 c.p.p. Tuttavia, nel caso di omessa fissazione dell'udienza di cui all'art. 409 co. 2 c.p.p., la persona offesa non ha contezza dell'epilogo della richiesta di archiviazione, con tutto ciò che ne consegue in tema di circostanze da cui ricavare la conoscenza del provvedimento e quindi il *dies a quo* per proporre ricorso per cassazione nonché della natura e dell'estensione del termine stesso. La giurisprudenza ricorre al canone dell'effettiva conoscenza del provvedimento di archiviazione⁵⁰, da desumersi secondo criteri incerti, demandati alla prassi (si presume dal deposito dell'istanza di revoca presso la cancelleria del g.i.p.⁵¹, oppure dalla notifica di una richiesta di archiviazione per un diverso procedimento penale⁵² o ancora da una certificazione della segreteria

⁴⁸ Cfr., *ex multis* Corte cass., V sez. pen., sent. n. 32676/15.

⁴⁹ Circa l'incidenza che l'atto di opposizione ha sul procedimento di archiviazione, si veda PANSINI, *Contributo dell'offeso*, cit., p. 59 e ss.

⁵⁰ Cfr., *inter alios*, Corte cass., II sez. pen., sent. n. 19524/12 nonché sent. n. 46134/15.

⁵¹ Cfr. Corte cass., V sez. pen., sent. n. 30375/12.

⁵² Cfr. Corte cass., II sez. pen., sent. n. 46134/15.

della Procura della Repubblica⁵³). Il termine, pertanto, è, pacificamente, da identificarsi nel momento in cui l'offeso apprende dell'archiviazione *aliunde*, ma circa natura e decorrenza nonché estensione vi è contrasto. Una prima linea di legittimità configura il ricorso per cassazione ex art. 409 ult. co. c.p.p. come un vero e proprio gravame e, pertanto, assegna al termine una natura perentoria, posto a pena di decadenza che, ex art. 585 co. 1 lett. a), è di quindici giorni dall'effettiva conoscenza del provvedimento⁵⁴. Altro filone, invece, rilevando che nel caso *de quo* si ha una nullità insanabile ex art. 127 co. 5 c.p.p., consente di impugnare per cassazione il provvedimento di archiviazione senza la necessità di osservare detto termine⁵⁵, che, quindi, assume natura ordinatoria.

Poste sullo sfondo queste considerazioni meramente formali sul ricorso per cassazione, gli arresti dell'orientamento maggioritario, invero, sono stati occasionati per casi procedurali diversi da questo qui ipotizzato e le soluzioni ivi elaborate rispondono a violazioni procedurali diverse dalla mancata fissazione dell'udienza camerale⁵⁶. Questi giudizi di legittimità, infatti, si sono instaurati o per il mancato avviso ex art. 408 c.p.p.⁵⁷, o per l'omesso avviso dell'udienza camerale⁵⁸, o perché il g.i.p., in presenza di più opposizioni, si è pronunciato sull'ammissibilità di una sola di esse⁵⁹, o ancora perché l'atto di opposizione era inammissibile⁶⁰ e sulla motivazione della sua inammissibilità⁶¹, oppure perché l'archiviazione è stata disposta prima della scadenza del termine per la presentazione dell'opposizione⁶² o, infine, sulla rilevanza degli elementi adottati dall'opponente per la prosecuzione delle indagini. In alcune pronunce, invece, il tema *de quo* viene incidentalmente sfiorato poiché viene ricorso per cassazione, deducendo il vizio dell'abnormità, il provvedimento emanato a seguito dell'udienza camerale fissata dopo che il g.i.p. ha disposto la revoca del decreto di archiviazione emesso *de plano*⁶³. Più che sul potere di revoca, tema affrontato incidentalmente, tali arresti si soffermano sul provvedimento emanato all'esito dell'udienza: infatti, in queste sentenze si cassa

⁵³ Cfr. Corte cass., V sez. pen., sent. n. 17201/08.

⁵⁴ Cfr. Corte cass., II sez. pen., sent. nn. 28613/07, 16212/14, 46134/15; IV sez. pen., sent. nn. 38004/02, 13708/03; VI sez. pen., sent. nn. 1663/00, 37905/04,

⁵⁵ Cfr. Corte cass., II sez. pen., sent. n. 46274/03; III sez. pen., sent. n. 3618/97; VI sez. pen., sent. n. 1491/94.

⁵⁶ Sulle varie patologie che possono viziare l'atto di archiviazione si veda PANSINI, *ult. op. cit.*, p. 64 e ss.

⁵⁷ Cfr., Corte cass., V sez. pen., sent. n. 46494/15; sent. n. 30375/12; nonché Corte cass., II sez. pen., sent. n.16212/14 ed in particolar modo sent. n. 32007/15.

⁵⁸ Cfr., Corte cass., II sez. pen., sent. n.46134/15.

⁵⁹ Cfr., Corte cass., VI sez. pen., sent. n.46219/13.

⁶⁰ Cfr., Corte cass., II sez. pen., sent. n. 503/10; nonché sent. n. 32676/15. Si veda, inoltre, Cass. Pen., VI sez. pen., sent. n. 46807/15 circa un'integrazione di querela presentata nell'atto di opposizione.

⁶¹ Cfr., Corte cass., VI sez. pen., sent. n. 48276/15; nonché, Corte cass., V sez. pen., ord. n. 47907/15.

⁶² Cfr., Corte cass., II sez. pen., sent. n. 8465/11.

⁶³ Cfr. *ex multis* Corte cass., II sez. pen., sent. n. 21806/14; Corte cass., V sez. pen., sent. n. 16401/14.

l'ordinanza di cui al comma 4 dell'art. 409 c.p.p., in quanto affetta, si sostiene, da abnormità derivata⁶⁴. Tuttavia, vi è anche un filone nomofilattico che non riconosce la ricorribilità del provvedimento di revoca del decreto di archiviazione perché “proposto contro un provvedimento non ricorribile, non essendo contemplato avverso siffatto provvedimento alcun mezzo di impugnazione”⁶⁵.

Esclusa tale ultima ipotesi, il filone giurisprudenziale maggioritario prescrive, supinamente, il ricorso per cassazione, senza considerare la specificità del caso in questione, stigmatizzando come abnorme il provvedimento di revoca ed argomentando circa il già esplicato esercizio dell'azione penale insieme alla consumazione del potere decisorio del g.i.p. sulla questione, delle preclusioni⁶⁶ da questa derivanti ed, infine, alla distinzione dei ruoli di ogni soggetto processuale⁶⁷.

5. Obiezioni e rilievi conclusivi.

L'ipotesi di revoca del decreto di archiviazione emanato *de plano* per omessa fissazione dell'udienza di cui all'art. 409 co. 2 c.p.p., al contrario, non presenta nessuna delle circostanze che potrebbero viziare l'atto.

La tesi della distinzione dei ruoli processuali, addotta in sede di legittimità per negare la possibilità al g.i.p. di revocare il proprio decreto, poggia sulla netta separazione, propria di un processo tendenzialmente accusatorio, fra il ruolo di pubblico ministero e di giudice, cui è di regola precluso qualsiasi potere di impulso dell'azione penale, anche nel procedimento di archiviazione⁶⁸. Invero, quest'ultimo, nella lettura di sistema che si è data, è funzionalmente volto a selezionare i fatti dotati di rilievo penale e ad attuare un controllo dell'organo giurisdizionale sul corretto adempimento dell'obbligo, negativo, di esercitare l'azione penale, ma anche di ricevere l'apporto della persona offesa nelle forme di cui all'art. 410 c.p.p.⁶⁹

Tali finalità non risultano lese dalla revoca del decreto di archiviazione emesso *de plano*, senza la fissazione dell'udienza camerale richiesta dall'opponente ma, anzi, ne sono garantite. Infatti, l'istituto in parola, in questo caso, si concreta carente nella struttura, poiché omette un atto dovuto, e inidoneo allo scopo, in quanto si priva dell'apporto dell'offeso, risultando, in tal modo, viziato da nullità intermedia, come riconosciuto dalla giurisprudenza.

Inoltre, non vi è alcuna confusione fra i ruoli di g.i.p. e p.m., come ipotizzato, fra tutte, nella sentenza della Corte di cassazione, V sez. pen., n. 32676/2015: infatti, il giudice, richiamando a sé il decreto di archiviazione emesso in violazione dell'art. 409 co.1 c.p.p., fissa l'udienza camerale in contraddittorio all'esito della quale potrà pronunciare ex co. 4 o 5 oppure emanare un provvedimento sulle determinate

⁶⁴ Cfr., sul punto, il successivo arresto della Suprema Corte, IV sez. pen., sent. n. 45070/15.

⁶⁵ Corte cass., VII sez. pen., ord. n. 6209/12.

⁶⁶ *Amplius*, SILVESTRINI, *Le preclusioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 1.

⁶⁷ Cfr., fra tutte, Corte cass., II sez. pen., sent. n. 49839/13.

⁶⁸ Cfr. *ex multis* Corte cass., V sez. pen., sent. n. 32676/15, nonché sent. n. 32007/15 dove si sostiene che riconoscere tale potere al g.i.p. snaturerebbe la struttura e la funzione dell'archiviazione stessa.

⁶⁹ *Amplius* PANSINI, *ult. op. cit.*, p. 61 e ss

dell'azione penale. Tutto ciò per concretare il disposto codicistico ed in osservanza del principio del contraddittorio. Con la revoca del decreto, sul p.m. non grava nessuna delle attività previste dall'art. 414 c.p.p. Così, ciascun attore procedimentale esplica il ruolo attribuitogli dal codice, senza alcuna ingerenza o sovvertimento dei ruoli. La ripartizione dei ruoli, infatti, è garantita e non alterata dal disposto dell'art. 185 co.2 c.p.p.: il provvedimento di revoca è emesso dallo stesso soggetto che ha creato l'atto nullo senza l'apporto del pubblico ministero, che non ha esercitato l'azione penale. Inoltre, l'atto di revoca riporta il procedimento allo stato procedurale in cui il giudice ed il magistrato della pubblica accusa rivestono, come stabilito dal rito penale, ciascuno il proprio ruolo, senza sovrapposizioni o confusioni. A ragione di ciò, l'art. 414 c.p.p., richiamato dall'orientamento contrario alla tesi ed alla giurisprudenza che ammette la revoca del provvedimento di archiviazione, disciplina l'ipotesi della riapertura delle indagini su richiesta del p.m., che è supportata da ragioni altre e tipiche: infatti, il co. 2 dell'art. 414 c.p.p. prescrive che, in caso di riapertura delle indagini, si deve effettuare una nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato ex art. 335 c.p.p.⁷⁰. In tale ultimo caso, a procedimento archiviato legittimamente, la riapertura delle indagini si colloca in un momento successivo a quello disciplinato dall'art. 409 co.2 c.p.p.

Nel caso *de quo*, invece, la revoca servirebbe soltanto a ripristinare la legalità violata e a riportare il procedimento nell'operatività dell'art. 409 co.2 c.p.p. ovvero né nella fase investigativa né in quella, successiva, dell'udienza preliminare, non creandosi, così, alcuna stasi processuale, dove il p.m. esprimerà le proprie determinazioni e la persona offesa apporgerà il proprio contributo, elementi su cui il giudice deciderà. Tutto nel rispetto dei canoni di legge.

Altra argomentazione contraria alla revocabilità addotta dall'orientamento maggioritario verte sulla consumazione del potere di decisione del giudice sul primo provvedimento di archiviazione, o, per meglio dire, sulla estinzione del potere processuale del giudicante e sulla preclusione creatasi in ordine alla domanda di inazione fatta dalla pubblica accusa⁷¹, che ha esercitato l'azione penale (nozione astratta). Invero, il potere decisorio del giudice deve esplicarsi secondo i crismi della legalità processuale, ovvero deve essere attivato da una richiesta, nel caso fatta dal pubblico ministero circa l'archiviazione del procedimento, ma anche, nella circostanza di cui all'art. 410 c.p.p., dalla parte persona offesa e nelle forme dell'udienza camerale. Se, infatti, il g.i.p. consuma il potere riservatogli dalla legge, deve farlo per ambedue i soggetti che possono attivare tale potere. Nell'ipotesi qui considerata, invece, pur ammesso che tale indirizzo giurisprudenziale sia corretto, è valido solo a metà e quindi rientra nei canoni del 'ragionevole limite'⁷²: il giudice ha consumato il suo potere decisorio in merito alla richiesta del pubblico ministero, ma non quello originato dall'opposizione della persona offesa, su cui non vi è stata

⁷⁰ *Amplius* DIES, *op. cit.*, *passim*.

⁷¹ Cfr. SILVESTRINI, *op. cit.*, p. 3.

⁷² Cfr. SS.UU., sent. n. 5307/08, n. 12 (cd. SS.UU. Battistella).

alcuna pronuncia. La preclusione, pertanto, inquadrata nel più ampio concetto di autoresponsabilità delle parti, opera nei confronti di una sola di queste⁷³. Revocando il proprio decreto, il giudice pone le condizioni per esercitare il potere di decisione sollecitato dalla parte privata, che non ha ancora utilizzato e quindi che non ha ancora consumato e su cui non si è formata alcuna preclusione processuale. Ciò trova conferma dalla sistematica del codice di procedura penale: infatti, quelle che nel libro I sono le facoltà di impulso processuale ed i poteri di intervento riconosciute alle parti private, divengono, nel *corpus* della legge processuale, diritti a cui il giudice deve dare concretezza⁷⁴.

Il tema della consumazione del potere di esercizio dell'azione penale⁷⁵, poi, non è accoglibile nella ricostruzione sistematica qui delineata: infatti, superata la dottrina dell'astrattezza del concetto di azione⁷⁶, in tal caso ci si trova dinanzi ad una inazione, confermata dalla sistematica del codice di procedura penale come innanzi ricostruita. Il dato normativo (art. 414 c.p.p.), richiamato dalla giurisprudenza⁷⁷ per suffragare la consumazione del potere di azione è ultroneo: tale norma, infatti, disciplina il caso in cui vi siano altri elementi che giustifichino la riapertura delle indagini. Inoltre è da rilevare come il legislatore, inserendo, all'art. 411 c.p.p. il comma *1bis*, l'istituto dell'archiviazione cd. garantita in caso di particolare tenuità del fatto, convalida la tesi del non esercizio dell'azione penale con la richiesta di archiviazione. La disciplina di tale ultima forma di inazione, che obbliga il pubblico ministero a notificare all'indagato ed all'offeso la richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto con l'avviso della possibilità di prendere visione degli atti e di presentare opposizione, che si svolge secondo i dettami dell'art. 409 c.p.p., è costruita sulla falsa riga degli artt. 408 e ss. c.p.p. Pertanto è evidente come la tesi dell'esercizio dell'azione penale nel caso *de quo* non può trovare accoglimento.

Tali argomentazioni portano, quindi, ad escludere l'abnormità dell'atto di revoca del provvedimento di archiviazione⁷⁸ e dell'atto successivo⁷⁹, come riconosciuto dalla prevalente giurisprudenza di legittimità sia sotto il profilo strutturale che funzionale. Il primo attiene a quel vizio di cui è affetto un atto⁸⁰, che viola la legalità processuale, per la singolarità e stranezza del contenuto. Il secondo, invece, si definisce come una stasi o regresso processuale, determinato da un atto esplicito fuori dai casi e dalle ipotesi consentite dalla legge. Ne consegue, pertanto, che il provvedimento di revoca del decreto di archiviazione si inserirebbe appieno nella sequenza logica 'potere –

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Cfr. PANSINI, *ult. op. cit.*, p. 18 e ss.

⁷⁵ Cfr., *ex multis*, Corte cass., II sez. pen., sent. n. 32007/15.

⁷⁶ Sul punto si veda RUGGIERI, *op. cit.*, p. 131 e ss.

⁷⁷ Fra tutte, Corte cass., II sez. pen., sent. n. 49839/13.

⁷⁸ *Ex multis* Corte cass., II sez. pen., n. 8465/11 e n. 21806/14.

⁷⁹ Corte cass., II sez. pen., sent. n. 32007/15.

⁸⁰ Si vedano, fra tutti, SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003; MAFFEO, *op. cit.*, p. 231 ss.

atto – scopo’, che denota l’attribuzione di un potere, la struttura dell’atto e lo scopo che esso svolge nella progressione processuale⁸¹.

Inoltre, siccome il decreto di archiviazione, nel caso di ipotesi, diverge dal modello legale prestabilito dalla legge (profilo statico del vizio), le conseguenze da esso discendenti rimangono precluse: l’atto imperfetto è inidoneo allo scopo legale e lede la posizione soggettiva tutelata (profilo dinamico del vizio), nel caso di specie della persona offesa. “La proiezione finalistica della fattispecie trascende il singolo atto viziato, collocandosi nell’ambito più ampio dello sviluppo del processo, inteso come forma di esercizio della funzione di *ius dicere*”⁸². Pertanto, la revoca del decreto di archiviazione emesso *de plano*, senza una previa pronuncia sull’ammissibilità dell’opposizione della persona offesa, si inserisce appieno nella sequenza logica. Non esula il potere del g.i.p. perché, ex art. 185 c.p.p., ha il potere di dichiarare la nullità del decreto ed è sia necessario per riportare il procedimento nella legalità (profilo statico) e consentire alla persona offesa di apportare il proprio contributo sia possibile poiché la revoca non pregiudica alcun soggetto procedurale, ma, anzi, reinserisce nel corretto divenire procedurale l’atto nullo (profilo dinamico).

Nel provvedimento di revoca del decreto di archiviazione, pertanto, non si presenta nessuno dei profili di abnormità paventati dalla suprema Corte, occasionati da altre questioni di fatto. Infatti, questo non sarebbe né strutturalmente abnorme in quanto assumerebbe la forma tipica dell’atto – decreto in ragione dell’art. 185 co. 2 c.p.p. né funzionalmente abnorme poiché non violerebbe la sequenza logico – cronologica degli atti, come ricostruita dalle SS.UU. nella sent. n. 5307/07. Il procedimento, infatti, si inquadrirebbe nell’art. 409 co. 2 c.p.p., non trovandosi nella situazione di cui all’art. 185 co.3 c.p.p. poiché l’atto nullo, il decreto che ha disposto l’archiviazione, ha cristallizzato il procedimento in una fase in cui l’attività di indagine è stata già svolta e non vi sono state le determine di cui ai commi 4 e 5 dell’art. 409 c.p.p. Non vi sarebbe, allora, alcuna stasi poiché il procedimento stesso è quiescente e neanche un’indebita regressione in quanto il procedimento si collocherebbe, in conformità all’autorevole orientamento da ultimo richiamato, nella medesima fase in cui è stato emanato l’atto nullo ed in un momento in cui è preclusa al p.m. qualsiasi attività investigativa e quindi è impossibile una regressione del medesimo procedimento.

È evidente, quindi, che il contrasto giurisprudenziale è apparente poiché le diverse pronunce hanno riguardato e riguarderanno casi differenti.

Pertanto, fermo restando il rimedio codicistico del ricorso per cassazione ex art. 409 ult. co. c.p.p. come ipotesi tipica per ristabilire la legalità procedimentale violata, se il g.i.p. in caso opposizione inammissibile o infondata ne da conto nel provvedimento di archiviazione emanato *de plano*, non potrà revocare il proprio decreto. Viceversa, ogni qual volta che senza tenere in alcun conto l’opposizione, decreti l’archiviazione

⁸¹ Sul modello logico si veda RICCIO, *Introduzione allo studio del sistema sanzionatorio nel processo penale*, in *Quaderni di Scienze Penali*, 2, 2006, p. 45.

⁸² *Ibidem*.

senza fissare l'udienza camerale, la persona offesa, oltre a poter ricorrere per cassazione, potrebbe sollecitare il giudice dell'inazione a revocare quel decreto emesso in violazione di legge. Il g.i.p., così, potrebbe caducare l'atto archiviato viziato e procedere alla sua rinnovazione nelle forme dell'art. 409 co, 2 c.p.p.