

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**44**

(2015)

TOMO I



**GIUFFRÈ EDITORE**

GIOVANNI CHIODI

IL TEATRO DELLE PASSIONI.  
L'AZIONE PRIVATA E POPOLARE  
NELLA PENALISTICA ITALIANA DI FINE OTTOCENTO

1. Ruggenti anni '70. — 2. Atavismo accusatorio. — 3. Il liberalismo alla prova. — 4. Due archetipi a confronto. — 5. Sulle orme di Carrara. — 6. Un procuratore generale « allo specchio ». — 7. La stagione dei fiori. — 8. Un « modo semplicissimo » di garantire la persona offesa. — 9. Conciliare diritti individuali e sociali. — 10. Le due azioni al Congresso fiorentino e una conversione. — 11. Un « peccato giovanile ». — 12. Scenari di fine secolo. — 13. Il teatro delle passioni.

1. *Ruggenti anni '70.*

La grande via della riforma, che si inizia con l'accogliere il principio dell'azione penale popolare [...] nel presente progetto non è per anco tentata. [...] eppure era il campo in cui il legislatore avrebbe potuto osare una grande riforma, appunto perché l'azione penale è uno dei pochissimi argomenti che hanno formato oggetto di studio accurato da parte dei nostri migliori giuristi, ed è stato esaminato in tutti i suoi aspetti e in tutte le sue conseguenze. [...] quell'azione popolare, che il legislatore aveva rifiutato nella sua interezza, ritorna ora indirettamente, ma tanto limitata, tanto ristretta, e, soprattutto, tanto difforme dai principî fondamentali <sup>(1)</sup>.

Queste considerazioni, del magistrato palermitano Pietro Mirto, esprimono bene la sensazione provata da molti giuristi di fronte alla parabola discendente subìta dall'azione penale privata e popolare nel corso dei lavori preparatori del futuro codice liberale del 1913, a fronte della contraria tendenza ascensionale che aveva pervaso il dibattito dottrinale <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> *Sul Progetto del nuovo codice di procedura penale. Referendum della Rivista Penale*, C. (Pietro Mirto), in « Rivista Penale », LXXVI (1912), pp. 19-23.

<sup>(2)</sup> Sulla gestazione del codice del 1913 è fondamentale la corposa indagine di M.N. MILETTI, *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, I,

In effetti, quella a favore dell'azione privata e/o popolare nel processo penale era stata una grande battaglia della scienza penalistica italiana di fine Ottocento. Una delle tante intraprese subito dopo il varo del codice nel 1865 e generate dall'insoddisfazione per un impianto processuale ancora arretrato sul piano delle garanzie fondamentali di libertà e verità.

Pur nella diversità degli approcci, le critiche ai meccanismi della procedura penale vigente dopo il 1865 sono lo specchio di un periodo di transizione <sup>(3)</sup>. Per chi si propone di riformare il processo affrettatamente codificato, ragione e storia, comparazione e statistiche giudiziarie sono armi indispensabili per dare lievito ed ala ai pensieri di rinnovamento. È in questo clima di tensione e di sempre più temuta eclissi della libertà civile che, anche in Italia, si scende in campo per invocare la rottura del granitico monopolio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, considerato fonte, se non di tutti, almeno di molti mali e disfunzioni della giustizia postunitaria. La stagione di fine Ottocento sembra propizia al mutamento, riforme della procedura penale sono in atto in tutta Europa, le critiche al monopolio del pubblico ministero sbocciano un po' ovunque, i venti sono favorevoli all'accusa privata, che diventa un tema alla moda non solo in Austria e in Germania, più avanzate sulla strada del cambiamento, ma anche in Francia.

---

*L'attesa*, Milano, Giuffrè, 2003. All'azione penale nell'Italia postunitaria hanno prestato attenzione, tra gli altri studiosi, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2001<sup>6</sup>, n. 48, pp. 413-419; M.G. DI RENZO VILLATA, *Un pubblico ministero 'figlio della politica'? Azione penale e Pubblico ministero tra dipendenza e libertà nell'Italia postunitaria*, in *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, hrsgb. von B. Durand, L. Mayali, A. Padoa Schioppa und D. Simon, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, pp. 203-310; M.N. MILETTI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive. Premessa storica*, in «Criminalia», 2010, pp. 304-326. Profili storici dell'azione penale privata e popolare sono rievocati anche negli studi di M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, Cedam, 1995; F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994, pp. 3-27; M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, Giappichelli, 2003.

<sup>(3)</sup> Per un efficace quadro d'insieme, v. ora M.N. MILETTI, *La giustizia penale*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Ottava appendice, *Diritto*, Roma, 2012, pp. 467-474, che per riferirsi allo stato d'animo della penalistica civile dell'epoca ha coniato la pertinente formula di « retorica dello scontento ».

Negli anni Settanta, di azione popolare parla con decisione Lucchini e di azione privata Carrara: entrambi gli interventi hanno il sapore di un manifesto, l'uno per l'azione popolare e l'altro per l'azione privata. Comincia dunque da questi due apporti simbolici il filo del racconto.

## 2. *Atavismo accusatorio.*

Lucchini approda al quesito nell'ambito di quell'attacco profondo, totale e globale, al processo misto, che è il perno su cui ruota il suo libro-denuncia sul carcere preventivo <sup>(4)</sup>.

Egli formula la sua proposta di allargamento dell'azione penale a tutti i cittadini all'interno di un programma di riforma, che tocca anche altri aspetti negativi del processo misto. Il giovane polemista non è avverso al pubblico ministero e all'azione penale esercitata da un pubblico ufficiale in nome della società (un dato, questo, comune a tutti i penalisti coevi). Combatte piuttosto il sistema istruttorio basato sul dualismo pubblico ministero-giudice istruttore, sul segreto inquisitorio e sul monopolio dell'azione nelle mani del pubblico ministero.

Per eliminare il primo inconveniente, vorrebbe che l'istruttoria fosse tutta delegata al pubblico ministero, togliendola al giudice istruttore, di fatto non autonomo rispetto al primo e non responsabile. Il dualismo infatti comporta ritardi, lungaggini e non serve a niente, poiché il giudice istruttore non è affatto un organo indipendente ed è anche fonte di errori giudiziari: « il gabinetto segreto del giudice istruttore è il ricettacolo dell'arbitrio e può esserlo della

---

(4) L. LUCCHINI, *Il carcere preventivo ed il meccanismo istruttorio che vi si riferisce nel processo penale. Studio di legislazioni comparate antiche e moderne seguito da uno schema-progetto di legge*, 2<sup>a</sup> edizione accresciuta degli Atti del Congresso Giuridico Italiano sull'argomento (adunanze 30 nov. e 1° dic. 1872 in Roma), Venezia, Ferdinando Ongenia, 1873. Quel pilastro del sistema inquisitorio che è l'istruttoria segreta è oggetto di dura requisitoria nei capitoli II, *L'ufficio del giudice e la pubblicità dell'istruttoria*, e III, *L'ufficio del pubblico ministero*. Sulla figura poliedrica dell'Autore, v. da ultimo l'eccellente ritratto di M.N. MILETTI, *Lucchini, Luigi*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, dir. da I. Biocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, v. II, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 1207-1211.

corruzione, ed esso offre adito eziandio alla falsità delle testimonianze » (5).

Per azzerare il secondo difetto, vorrebbe l'istruttoria aperta anche ai privati, e, si noti, al massimo grado, poiché si tratterebbe di consentire anche a loro (accusatori e accusati) di rivolgersi alla polizia giudiziaria, sottraendola al controllo del potere esecutivo, facendone fruire ai cittadini come al pubblico ministero: « la polizia dev'essere, non il braccio del pubblico ministero, ma il braccio della giustizia — essa non deve essere a disposizione soltanto dell'accusa e del potere esecutivo, per diventare arma di arbitrio e di dispotismo, ma deve trovarsi al servizio di tutti i cittadini » (6).

I privati dovrebbero poter collaborare con il pubblico ministero, poterlo prevenire o, in caso di inerzia, sostituire. Lucchini è dunque a favore di un'azione promossa dai cittadini, non necessariamente sussidiaria, ma anche preventiva oppure adesiva (mai invece esclusiva). Il pubblico ministero, infatti, qualora il privato esercitasse l'azione penale, non perderebbe i suoi poteri, dovendo vigilare e avendo facoltà di esercitare anch'egli l'azione penale in adesione all'accusatore, come risulta chiaramente dall'art. 23 del progetto di legge pubblicato alla fine del libro: « Il pubblico ministero allorché intervenga il privato accusatore sorveglierà con diligenza l'andamento del processo, ed ove lo creda opportuno, si associerà allo stesso, promovendo di conserva l'azione penale » (7).

L'istruttoria, inoltre, dovrebbe svolgersi *pubblicamente* e non segretamente: e dovrebbe realizzarsi in pieno contraddittorio con l'accusato, con il vantaggio anche di ristabilire prontamente la sua reputazione in caso di calunnia (8). È dalla proposta di pubblicità integrale dell'istruttoria, di matrice anglosassone, che si sviluppa anche il discorso favorevole all'azione popolare.

Per Lucchini, la diagnosi è chiara: tutti i mali di cui sono

(5) LUCCHINI, *Il carcere preventivo* cit., p. 292.

(6) Ivi, p. 307.

(7) Ivi, p. 313.

(8) Specifica sul tema l'approfondita ricerca di M.N. MILETTI, *Ombre d'inquisizione. L'intervento della difesa nell'istruttoria penale italiana (1865-1913)*, in «Quaderni fiorentini», 36 (2007), *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, t. II, pp. 901-955, che parla di crociata 'neoilluminista' di Lucchini (pp. 909-912, 915).

testimonianza le statistiche (alto numero di archiviazioni e di sentenze di assoluzione) provengono « da quel cancro roditore della giustizia, che sono le denunce segrete od anonime di privati calunniatori, ed i rapporti della bassa polizia posta in moto da malignità o da soverchio zelo. La segretezza della procedura agevola queste false imputazioni ». Con la pubblicità dell'istruzione e dell'accusa, « i processi iniqui ed ingiusti, le querele e le denunce dettate dalla malignità, dalla vendetta e dalla cupidità scomparirebbero quasi del tutto »: « chi ardirebbe accusare un onesto cittadino, allorché l'accusatore dovesse nel primo inizio della causa presentarsi innanzi al giudice e somministrargli le prove della colpeabilità? ». Troppe archiviazioni e troppe assoluzioni, per Lucchini, sono il sintomo di una giustizia che funziona male, a discapito anche della « pubblica sicurezza », mentre la pubblicità è garanzia di « imparzialità delle investigazioni » e di tempi più brevi <sup>(9)</sup>.

Quali privati, però, si devono ammettere ad esercitare l'azione penale, come vere parti accusatrici, accanto al pubblico ministero?

Premessa indiscutibile per Lucchini (una petizione di principio che gli sarebbe stata rimproverata da Carrara) è l'esclusiva rilevanza pubblica dell'azione. Se essa è sempre pubblica, ad esercitarla non si possono ammettere le vittime del reato, perché il processo penale verrebbe ad essere contaminato da interessi personali e privati. Viceversa l'accusa deve essere estesa a qualsiasi cittadino non offeso dal reato, che offrirebbe una garanzia di imparzialità. « Ogni cittadino incensurabile [...] può costituirsi parte accusatrice ed esercitare l'azione penale e pubblica contro qualsiasi cittadino nazionale od estero »: così proclama l'art. 22 del suo schema di legge <sup>(10)</sup>. La libera accusa popolare sarebbe, insieme alla pubblicità dell'istruttoria, la più efficace forma di controllo e di contrappeso al potere, altrimenti senza freni, del pubblico ministero.

Il punto di vista in cui si pone Lucchini è quello, a suo dire, dei principi di ragione: sfiducia nelle vittime del reato, sfiducia nel giudice istruttore, fiducia nel pubblico ministero, purché operante in pubblica udienza e con la cooperazione di tutti i cittadini. Una vera

---

<sup>(9)</sup> LUCCHINI, *Il carcere preventivo* cit., pp. 294-295 (per tutte le frasi riportate nel testo).

<sup>(10)</sup> *Ivi*, p. 313.

e propria irruzione dei cittadini « nel tempio di Astrea » è quella che Lucchini entusiasticamente si augura <sup>(11)</sup>. Egli, anzi, è fermamente convinto che, più della giuria, sia proprio l'azione penale popolare ad assicurare la partecipazione dei cittadini, già riconosciuta nell'attività legislativa, anche all'esercizio della giustizia penale <sup>(12)</sup>.

Il modello che così prende forma, non scervo da slancio astratto e utopistico, è quello di un'azione popolare sussidiaria o concorrente per ogni reato <sup>(13)</sup>.

Sembra chiara, dunque, la motivazione che spinge il giurista veneto a sollecitare l'estensione dell'azione penale ad ogni cittadino: non la tutela dei sacri diritti della persona offesa, ma un'amministrazione della giustizia più efficiente, grazie anche alla pubblicità e al più attivo concorso dei cittadini (non solo individui, ma anche *associazioni* <sup>(14)</sup>), sul modello dichiarato della giustizia anglosassone e americana. Lucchini sogna l'intervento delle masse nei giudizi penali, accanto al p.m.

---

<sup>(11)</sup> Ivi, p. 290: « Fate [...] che il bisogno di associarsi attivamente alla tutela dell'ordine e della pubblica tranquillità, tenuto oggi dal monopolio delle amministrazioni, diventi costume nelle masse, ed in allora vedrete che mediante i potenti mezzi che la civiltà offre all'umano consorzio, mediante le rapide comunicazioni, l'efficace soccorso della stampa, le convenzioni internazionali, la leva dell'associazione privata, la società, posta quotidianamente a giorno di quanto si compie nel tempio di Astrea, non avrà d'uopo della virtù romana per tutelare i propri interessi, la propria sicurezza, e offrire un valido appoggio all'amministrazione della giustizia ».

<sup>(12)</sup> Ivi, p. 345: « Non già nel monco istituto della giuria [...] possiamo vedere associati i cittadini al governo della giustizia, ma nella intera pubblicità della procedura e nel diritto dei privati di esercitare l'azione penale. La pubblicità senza l'accusa libera d'ogni cittadino sarebbe un non senso ».

<sup>(13)</sup> La partecipazione dei cittadini al processo penale aveva naturalmente bisogno di garanzie. In questa fase del pensiero di Lucchini (1873), esse si riducono all'assistenza di un avvocato (art. 22), alla sorveglianza del pubblico ministero (art. 23) e all'obbligo di non desistere dall'accusa, a pena di calunnia (art. 24).

<sup>(14)</sup> Ivi, p. 344: « tutti i cittadini presteranno mano forte alla persecuzione penale [...] precisamente nell'egual modo che suole farsi in Inghilterra ed in America. Siccome avviene presso quei popoli, non soltanto si otterrà il tributo diretto degli individui, ma numerose associazioni sorgeranno alla tutela degli interessi delle varie classi della società ». La precisazione è estremamente significativa, in relazione alle successive vicende legislative italiane.

La tesi sarà riproposta anche nel 1886, ne *I semplicisti del diritto penale* <sup>(15)</sup>.

Considerazioni precise si trovano esposte, in forma limpida e compiuta, anche negli *Elementi di procedura penale*, dove entrano a far parte di un lucido atto di accusa del « patrio codice », accompagnato da un vibrante e consapevole invito a far assumere quanto prima al processo forma accusatoria <sup>(16)</sup>. La predilezione per questo metodo è dichiarata ad ogni passo, in ogni luogo dell'opera; il confronto tra 'essere' e 'dover essere' conduce a giudizi tanto netti, quanto impietosi, ad una denuncia per nulla pacata, anzi vigorosa, dei pericoli del processo inquisitorio, contro il quale la ragione, la storia, l'esperienza e la comparazione offrono copiosi argomenti.

Di nuovo, l'attrazione di Lucchini per un'azione penale che includa, tra i suoi titolari, oltre al pubblico ministero, tutti i cittadini, deriva dalla persuasione che essa non possa dirsi che *pubblica* e giammai *privata*. L'azione penale è pubblica oggettivamente « perché si concepisce e definisce e si esercita nell'interesse e in confronto di tutta la società ». È pubblica soggettivamente « quando se ne attribuisca la spettanza e l'esercizio a tutti consociati » (n. 25).

Se la società civile è il soggetto attivo dell'azione penale, quanto all'esercizio la società ha necessità di essere rappresentata. Questa rappresentanza, spiega Lucchini (n. 76), storicamente ha assunto tre forme, a seconda che l'azione sia stata delegata ad ogni cittadino (con le opportune cautele), alla persona offesa o danneggiata dal reato, ad un pubblico funzionario.

Ripudiato in quanto contrario « ai principî più elementari del

---

<sup>(15)</sup> Di cui fa parte un passo conosciutissimo per la sua incisiva forza polemica: « ormai lo sanno anche gli idioti, che il nostro meccanismo procedurale è quello che di più antiquato, di più illogico, di più inefficace si possa immaginare. Ma non mica per quelle scarse e monche guarentigie dell'orale giudizio e per quelle eccezionali concessioni che si fanno all'imputato nel periodo istruttorio; sebbene per la prolissità e discontinuità degli atti, per le interminabili complicazioni e formalità, e più di tutto appunto per tutta quella zavorra inquisitoria che ingombra ancora il nostro procedimento, isolando dal concorso efficace dei cittadini e rendendo impotente la polizia giudiziaria » (L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale. Saggio critico*, Torino, Utet, 1886, pp. 254-255).

<sup>(16)</sup> L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, G. Barbèra, 1895: per le citazioni, mi avvalgo del n. del paragrafo.



procedimento da non meritare discussione » l'esercizio dell'azione in capo al giudice, Lucchini obietta che pure la « rappresentanza esclusiva in apposito ufficiale [...] costituisce una specie di monopolio, pieno di pericoli e d'insidie, per l'arbitrio che vi è inerente ». Perciò « il metodo più razionale e conforme ai principi processuali e ai caratteri e fini dell'azione penale è certamente quello di attribuire a ogni cittadino il diritto all'azione, mercé la libera accusa, sia pure col succedaneo, ove faccia difetto l'iniziativa privata, del pubblico funzionario ».

Nel 1895, Lucchini si limita a concludere che il codice vigente, in base alla « regola fondamentale » enunciata dall'art. 2, affida l'esercizio dell'azione penale esclusivamente al pubblico ministero (17). Nel 1899 aggiungerà che alla vittima non è bene ritagliare ulteriore spazio nel processo penale: « esclusa qualunque prerogativa della parte lesa, che nel processo penale non può aver titolo se non per reclamare il risarcimento del danno e può essere troppo pericoloso interessare oltre una certa misura nell'esercizio dell'azione penale » (18).

Le critiche di Lucchini al monopolio dell'azione penale vengono reiterate al momento di delineare i tratti dell'accusatore. Premesso che « la pubblicità soggettiva dell'azione penale trae seco, teoricamente, il diritto in ogni cittadino di esercitarla, e quindi la possibilità di essere accusatore », secondo il « principio razionale della libera accusa » accolto dalla procedura anglo-americana; premesso che tale civico dovere deve essere circondato di opportune garanzie e che occorre comunque completare la libera accusa con l'istituzione del pubblico ministero (n. 192), Lucchini non può tuttavia tacere i pericoli insiti nel monopolio dell'azione penale, conferito dall'art. 2 del codice. Questa funzione « a prescindere dall'esorbitante potestà, non è circondata dalle opportune garanzie per il suo retto adempimento ». Ecco dunque sopravvenire, anche in questa sede, la proposta: « nel nostro pensiero il pubblico ministero

---

(17) Art. 2: « L'azione penale è essenzialmente pubblica. Essa si esercita dagli ufficiali del pubblico ministero presso le Corti d'appello e d'assise, i tribunali, i pretori. È esercitata d'ufficio in tutti i casi nei quali l'istanza della parte danneggiata ed offesa non è necessaria a promuoverla ».

(18) L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, Barbèra, 1899, n. 76.

dovrebbe avere la rappresentanza complementare e sussidiaria dell'accusa, abbandonando quella iperbolica e incoerente della legge » (n. 192).

Lucchini perviene quindi a discorrere dell'istruttoria, dove ha occasione di completare il quadro, riaffermando le sue idee, contrapponendo l'organismo « razionale » a quello « positivo » (n. 220). In un « sistema razionale di procedura » (n. 217), spezzato il monopolio dell'accusa, caduta la segretezza dell'istruttoria, pubblico ministero e parti devono vicendevolmente completarsi nella ricerca della verità.

La ragione va di pari passo con l'esperienza: è infatti sperimentato che nei paesi dove vige il metodo accusatorio « la giustizia procede assai meglio che non sia in quelli soggetti al sistema opposto, ispirato al vieto e gretto pregiudizio che gli uomini non si possano governare se non col terrore, col mistero e con la diffidenza » (n. 220).

Il riformista, è vero, non si nasconde alcune obiezioni, come quella, facilissima, secondo cui il sistema accusatorio non sarebbe adatto ai costumi e all'educazione del popolo italiano. Ma gli sembra preoccupazione in fin dei conti superabile, bastando all'uopo introdurre i convenienti temperamenti: « Certamente non si può pretendere che le stesse istituzioni, le quali fanno buona prova in un paese debbano ottenere lo stesso effetto se applicate in un altro; ciò che qui si propugna è soltanto in linea di principî e di criterî generali, fondati sulle condizioni comuni e costanti dell'uomo e della società, e i quali poi devono adattarsi naturalmente, nell'applicazione, alle circostanze di luogo, di tempo, di civiltà e via dicendo » (19). Parole che si possono ritenere valide anche per quanto concerne i timori contro la libera accusa popolare.

Le speranze di cambiamento risuoneranno con maggior forza quando Lucchini indosserà i panni del legislatore. Il suo itinerario, infatti, giungerà al culmine con la relazione sull'azione penale, a lui affidata in seno alla commissione del 1898: sintetica ed efficace *summa* del suo pensiero, pronto a tradursi in norma giuridica. Di nuovo, il giurista veneto non farà mistero della sua predilezione per

---

(19) Accenti analoghi nell'ed. del 1899, p. 249, pur con varianti formali.

il modello inglese e della sua insofferenza per l'« atavismo accusatorio », restaurato in Austria e in Germania. Una cosa buona, però, dell'esperienza tedesca, gli sembra il ricorso giurisdizionale della parte offesa di fronte al rifiuto di procedere della procura <sup>(20)</sup>. Il rimedio gli piace e gli sembra adottabile anche in Italia <sup>(21)</sup>. Ricordando Carrara, nello stesso anno 1899, sarà ancora l'azione penale popolare il centro delle sue riflessioni: « perché il giudizio non sia opera vana e astratta, esso deve conquistarsi la fiducia e il rispetto delle masse [...] solo in questa guisa si ravviverà nel cittadino la sollecitudine di cooperare alla cosa pubblica » <sup>(22)</sup>. E ancora nel 1901, di fronte agli sviluppi della vicenda codificatoria nel pieno della disputa con Garofalo, non defletterà coerentemente dalla sua scelta <sup>(23)</sup>.

### 3. *Il liberalismo alla prova.*

Dopo l'allievo, la voce più autorevole che interviene nella diatriba è quella del maestro, Francesco Carrara, che si esprime innanzitutto in un saggio brillante, poi citatissimo, datato maggio 1875, accolto nella *Rivista Penale* di Lucchini <sup>(24)</sup>.

<sup>(20)</sup> V. *infra*, §. 8.

<sup>(21)</sup> L. LUCCHINI, *Azione penale. Appunti di riforma legislativa*, in « Rivista Penale », XLIX (1899), pp. 5-15, p. 10: « ciò che è cosa ben diversa dall'attribuirle senz'altro la potestà di esercitare l'azione penale ». Poche righe prima, egli aveva riproposto lo stereotipo della vittima: « la parte lesa [...] può essere animata soltanto da un sentimento, quello della rappresaglia e della vendetta, non suole mirare che a un fine, la riparazione dell'offesa e il risarcimento del danno. E quindi viene completamente snaturata l'azione penale, che à indole e finalità essenzialmente pubbliche ».

<sup>(22)</sup> L. LUCCHINI, *Somme finalit  del giure penale*, in *Per le onoranze a Francesco Carrara. Studi giuridici...*, Lucca, Marchi, 1899, pp. 403-422, 415 e 417.

<sup>(23)</sup> L. LUCCHINI, *Giustizia per tutti*, in « Rivista Penale », LIV (1901), pp. 489-505, p. 497: « un coefficiente essenziale, e tanto manchevole fra noi, di una buona ed efficace giustizia penale   la cooperazione larga, incessante, cordiale delle popolazioni, quale si ottiene non gi  isolando l'amministrazione giudiziaria e la magistratura [...] bensì organizzandole in modo che appariscano presidio e tutela dei deboli, sempre operanti alla luce del sole ».

<sup>(24)</sup> F. CARRARA, *Azione penale*, in « Rivista Penale », III (1875), pp. 5-20. Il saggio viene anche riprodotto in nota al § 861 del *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, a partire dalla V edizione.

Anche il penalista toscano si dichiara favorevole a spezzare il monopolio dell'accusa: ma le sue proposte non sono sulla stessa lunghezza d'onda di quelle difese dal direttore di quello che diventerà il più combattivo foglio penalistico dell'epoca <sup>(25)</sup>. Egli pensa

---

Precursori dell'azione privata erano stati Pietro Nocito e l'ex ministro di grazia e giustizia, Francesco Borgatti, uomo politico della Destra (ma anche avvocato e magistrato) apprezzato dallo stesso Carrara, che nomina espressamente un suo discorso al Senato, spesso citato anche nelle discussioni di altri penalisti.

Nocito si era soffermato brevemente sul tema, nel suo volume sulla corte d'assise. Temeva l'azione popolare, perché metteva a repentaglio l'onore dei cittadini, meglio garantito dall'azione pubblica in quanto esercitata dal pubblico ministero, organo imparziale. Riteneva invece che « dal diritto di querela privata nasce il diritto della privata accusa » e che quindi la parte civile dovesse avere gli stessi diritti del p.m., il quale, d'altro canto, avrebbe dovuto contenerne lo spirito di vendetta. Da qui la doppia proposta: « nel processo orale l'accusatore privato non dovrebbe essere ammesso se non in quanto ci sia un'accusa pubblica », mentre « nel processo scritto ogni cittadino che si querela dovrebbe essere ammesso alla prova delle cose che si asserisce, e dovrebbe avere intorno ad esse una pronunzia del giudice »: P. NOCITO, *La Corte d'Assise. Esposizione teorica e pratica delle relative leggi di procedura ed ordinamento giudiziario compresa la legge sui Giurati 8 giugno 1874*, Roma, Botta, 1874. Dopo questi primi interventi, l'azione penale diventerà un luogo dottrinale prediletto dai penalisti italiani.

Il precedente dottrinale è noto a Francesco Borgatti, che non è affatto un « panegirista » del p.m., considerandolo anzi espressione di « socialismo governativo ». Da qui la perorazione a favore dell'azione penale privata pronunciata a Palazzo Madama: *Sul disegno di legge: Riforma del pubblico ministero (Senato del regno, tornata del 3 aprile 1873)*, in F. BORGATTI, *Discorsi parlamentari*, a cura di S. Rogari, Firenze, Le Lettere, 1997, pp. 224-243; *Sul disegno di legge: Soppressione di alcune attribuzioni del Pubblico Ministero presso le corti di Appello e i tribunali e riordinamento degli uffici del contenzioso finanziario (Senato del regno, tornata del 20 maggio 1875)*, ivi, pp. 297-312. In questa seconda occasione, l'azione penale privata è presentata con schietto liberalismo: « Colui che sa di avere chi si occupi degli affari suoi, poco se ne cura egli stesso; e i sottoposti a tutela non giungono a trattare con intelligenza ed amore i propri affari se non quando sono divenuti liberi nella propria iniziativa, e responsabili del fatto proprio. Anche nel governo dei popoli l'eccessiva e perpetua tutela non è segno di avanzata civiltà e di libertà ben intesa [...] è invece indizio sicuro di infanzia sociale o di servitù » (p. 304). Su un'altra presa di posizione, espressa alla Camera dall'on. Romano il 20 gennaio 1875 cfr. DI RENZO VILLATA, *Un pubblico ministero*, cit., p. 222.

<sup>(25)</sup> Il liberalismo moderato di Carrara traspare già dalla celebre lettera indirizzata al direttore della neonata Rivista Penale: M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La « Rivista Penale » di Luigi Lucchini 1874-1900*, in « Quaderni fiorentini », 16 (1987), *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, pp. 105-183 e in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, v. II, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 903-980, p. 914.

infatti che si debba dare maggior credito alle persone offese dal reato.

Il discorso carrariano esordisce instaurando un rapporto stretto tra titolarità dell'azione penale e libertà civile<sup>(26)</sup>, articolandosi poi su un doppio livello, giuridico e politico, e sulla distinzione tra persone offese e non offese dal reato, tra individui e cittadini.

L'avvio è icastico: la libertà *civile* si desume e si misura anche « sulla maggiore o minore balia che ànno i privati nello esercizio della azione penale da promuoversi contro i colpevoli di un delitto »<sup>(27)</sup>. I sistemi storici sono tre: liberale, naturale e restrittivo. Il primo e il terzo sono regolati dalle leggi positive; il secondo dalla legge naturale. Quando il diritto positivo limita arbitrariamente il diritto naturale si ha il terzo sistema, che Carrara chiama *restrittivo*. In realtà, questo può assumere due forme: la prima, quando il legislatore, per valide ragioni politiche, limita il diritto naturale di accusare; la seconda, quando il nomoteta agisce senza un valido motivo politico (ed è il sistema restrittivo propriamente detto). Quando il diritto positivo va oltre i dettami della legge naturale si ha il sistema liberale, che è l'*optimum*.

La persona offesa dal reato vanta un *diritto naturale* alla difesa privata del proprio diritto violato. È vero che, come nel caso di aggressione ingiusta, alla difesa privata dei diritti individuali si sostituisce, nel processo, la difesa pubblica: la difesa del diritto individuale rientra infatti tra i compiti dello Stato. Ma quando lo Stato non può o non vuole esercitare la tutela del diritto violato, il

---

<sup>(26)</sup> I rapporti tra libertà *politica* e libertà *civile* nel liberalismo di Carrara sono approfonditi molto bene da L. LACCHÈ, *La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico'. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in « Quaderni fiorentini », 36 (2007), *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, t. I, pp. 663-695, con ampia disamina di fonti.

<sup>(27)</sup> Su questo tema v. anche F. CARRARA, *Il passato, il presente e l'avvenire degli avvocati in Italia* (Firenze 16 sett. 1874), in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, v. VI, *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo regno d'Italia*, v. III, Prato, tip. Giachetti, 1879<sup>2</sup>, pp. 51-85, p. 64: « La libertà civile consiste in questo, che i *diritti di ogni cittadino siano ugualmente protetti* ». Secondo tema tipicamente carrariano: « le franchigie politiche sono un niente e forse peggio che un niente se non servono di veicolo alle libertà civili » (F. CARRARA, *Libertà e giustizia*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, v. III, Prato, Giachetti, 1878<sup>3</sup>, pp. 633-644, p. 641). Sulle numerose presenze di questi due 'temi' nelle opere del grande giurista lucchese insiste l'indagine di Lacchè (cit. alla nota precedente).

privato deve poter esercitare da sé la difesa privata: è ciò che avviene di fronte ad un'aggressione ingiusta, quando il privato si trovi nell'impossibilità di chiedere la difesa pubblica (legittima difesa). Ciò deve avvenire anche nel campo dell'azione penale, che è *pubblica*, quando esercitata dal Pubblico Ministero, a tutela dei diritti individuali altrui o dei diritti della società; è *privata*, quando è esercitata dal privato leso nel proprio diritto individuale (una stoccata a Lucchini e al suo sofisma). Via libera, dunque, all'azione penale privata della vittima del reato. Affermare il contrario sarebbe ingiusto e illiberale.

Chi non è stato offeso dal reato, viceversa, non ha alcun diritto *naturale* di difesa privata. La società, tuttavia, può permettergli di esercitare l'azione penale, in tal caso non in quanto individuo offeso dal reato, ma in qualità di cittadino.

Vi è dunque un piano *giuridico* superiore, sul quale, secondo il Carrara, si colloca la pretesa della vittima individuale del reato di esercitare l'azione penale e che impone di restituire ai privati l'azione penale, quando il pubblico ministero non intenda esercitarla. Carrara, pertanto, in virtù di questo ragionamento, è a favore della sola azione privata sussidiaria e non anche esclusiva o adesiva rispetto a quella del procuratore: all'organo pubblico non deve essere interdetto di esercitare l'azione e, se si muove, i privati non gli si devono affiancare.

Nella realtà delle varie procedure penali europee, non sempre alla vittima del reato era concesso di esercitare l'azione penale. Ai due estremi si collocavano, ancora una volta, Inghilterra e Francia: la prima regno dell'azione penale privata, la seconda regno dell'azione penale pubblica. Nei modelli influenzati dalla Francia intervengono, dice Carrara, dei motivi *politici* per estromettere i privati dall'esercizio dell'azione penale, che spetterebbe loro secondo il diritto naturale: ai privati si nega il potere di agire in un giudizio penale « senza il passaporto del Pubblico Ministero »<sup>(28)</sup>.

Di questi motivi *politici*, alcuni hanno quanto meno una parvenza di logica: il rispetto del principio di *autorità*, ad esempio, suggerisce di vietare ai privati di accusare liberamente una persona

---

(28) CARRARA, *Azione penale* cit., p. 13 (anche per le citazioni seguenti).

pubblica, un organo dello Stato: la quiete universale, l'ordine, il timore che una guerra apparentemente diretta contro la persona privata potrebbe nascondere una guerra aggressiva dell'autorità pubblica sono fattori che devono prevalere sul « sacro rispetto del diritto individuale » (quantunque la deroga possa apparire discutibile).

Ma quale principio di autorità, incalza Carrara, è possibile invocare per bloccare l'azione privata contro un altro privato? « Quando io querelo un villano per avere rubato i limoni nel mio giardino, vorrei sapere da qual lato pericola il principio di autorità ».

Un primo argomento, tra i più citati, è il timore di turbare la pace delle famiglie con liti temerarie. Ma Carrara lo reputa solo « un discorso a sensazione »: nelle liti civili accade spesso che siano intentate cause ingiuste da ricchi potenti, e nessuno ha mai pensato di mettere in mezzo il pubblico ministero a fare da filtro tra accuse verosimili e accuse temerarie.

Un secondo argomento fa leva sul fatto che il pubblico ministero non possa essere costretto ad agire, su impulso dei privati, contro la sua coscienza. Ma Carrara replica che la presenza di un accusatore privato non implica che il procuratore sia costretto a fornirgli il uso apporto contro coscienza, come invece accade spesso quando è il potere esecutivo, « che spinge i suoi subalterni ad accuse insostenibili, come un generale furioso spinge i soldati al macello »<sup>(29)</sup>. Alla retorica delle vittime in preda alle passioni, che trascinano nel gorgo dell'errore la pubblica accusa, Carrara oppone quindi, con uno suo tipico modo di argomentare, la realtà dei fatti.

Un terzo argomento consiste nella parzialità delle vittime del reato, di contro alle maggiori garanzie d'imparzialità offerte dal pubblico ministero.

Anche questa obiezione, però, viene confutata da Carrara, notoriamente assai critico in moltissimi suoi interventi nei confronti dei pubblici ministeri<sup>(30)</sup>, con un richiamo all'esperienza. Se per i

---

<sup>(29)</sup> Ivi, p. 14.

<sup>(30)</sup> Carrara affronta il problema in molti luoghi della sua opera sterminata. Vi indulge specialmente nello splendido scritto *I discorsi di apertura* (Pisa 30 sett. 1873), in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, v. IV, *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo regno d'Italia*, v. I, Lucca, Giusti, 1874, pp. 25-265.

conservatori, ed anche per taluni progressisti integralisti come Lucchini, ammettere le persone offese ad esercitare l'azione penale avrebbe significato trasformare le aule di giustizia in un 'teatro di passioni' ataviche e vendicatrici, per l'avvocato Francesco Carrara, realista e psicologo degno di un La Bruyère, anche i pubblici ministeri erano da considerarsi uomini in carne ed ossa, e molti di essi tutt'altro che « spassionati » ed anzi non avulsi da pericolose passioni <sup>(31)</sup>.

Lo ribadisce anche nel saggio sull'azione privata: l'esperienza processuale « mostra tutto il contrario. Su cento accuse che essi credettero salde ed alacremenente sostennero, ve ne sarà forse trenta che faranno naufragio, e trenta assoluzioni mostreranno che trenta volte il Pubblico Ministero indovinò male quando giudicò fondata l'accusa » <sup>(32)</sup>. I procuratori non sono infallibili: agiscono molto spesso sulla base di pregiudizi, ossia di divinazioni. Se quindi manca

---

<sup>(31)</sup> CARRARA, *Discorsi di apertura*, cit., specialmente cap. IX, *I Conservatori*, dove rimprovera a Carlo Cesarini che non tutti i procuratori assomigliano a lui, che si deve distinguere tra ideale e realtà dei fatti e che « lo stato delle cose è pur troppo la giornaliera confutazione dei sogni dorati del Cesarini » (p. 172): « se gli Avvocati sono *uomini*, si convenga che sono *uomini* anche i Magistrati accusanti e inquirenti. E quando trattasi di tutelare l'innocente si riconosca il bisogno di una tutela più costante che non sia quella che porge la supposta imparzialità dell'accusatore e dello inquirente » (p. 177). Sull'imparzialità che, in teoria, dovrebbe essere la « divisa » del pubblico ministero v. già F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, Parte generale*, Quarta ed. con aggiunte, Lucca, Giusti, 1871, § 855 e § 867. Nel mirino di Carrara cade anche, per il medesimo motivo, il finto dualismo tra pubblico ministero e giudice istruttore, contro il quale scrive pagine memorabili, definendolo « una utopia non realizzabile mai finché *una sola mente* dirigerà i movimenti processuali » (cap. VII, *Istruzione segreta*, p. 166): « Diasi bando alle creazioni fantastiche. Cessiamo (io lo ripeto) di studiare gli uomini nello specchio. Studiamoli nel mondo reale quali essi sono e quali debbono essere per loro natura. L'anima dell'uomo è una monade; ed una monade non può essere ibrida. Il concetto scolastico che una intelligenza sola dirigeva il processo nel senso dell'accusa e nel senso della difesa è una chimera. Il concetto che il Procuratore del Re rappresenti l'accusa e il giudice istruttore rappresenti la difesa è un pio sogno » (cap. X, *Dualismo*, pp. 198-199). Nettissima anche la denuncia dei pericolosi rapporti tra giustizia e politica, della « infeudazione del Pubblico Ministero al potere esecutivo » (cap. XI, *I pericoli*, p. 261), che gli ispirano il celebre motto del pubblico ministero figlio primogenito della giustizia, ma anche figlio della politica (cap. II, *Reazione*, p. 44).

<sup>(32)</sup> Ivi, p. 14.



una plausibile ragione *politica* per impedire ai privati offesi dal reato di promuovere il giudizio penale, la conclusione non può essere che una sola: ogni restrizione del loro diritto naturale suona dispotica e illiberale, « viziosa e tirannica ». La genesi di questa restrizione « bisogna trovarla nella tendenza invaditrice del Pubblico Ministero, che a poco a poco si venne arrogando la signoria del diritto » <sup>(33)</sup>.

Un quarto argomento, infine, è quello basato sul fatto che l'azione penale è sempre *pubblica*. Qui Carrara sa di entrare in piena rotta di collisione con Luchini. Ma la replica è pronta, perché per il penalista toscano si tratta, né più né meno, di una petizione di principio: « la formula che l'azione penale è sempre pubblica è di creazione moderna. È una conseguenza del monopolio che si volle dare al Pubblico Ministero. Il monopolio creò quella formula; ed oggi con la formula si vorrebbe difendere il monopolio. Circolo vizioso, che è la solita conseguenza delle errate definizioni sempre funeste alle verità sostanziali » <sup>(34)</sup>. I principi impongono invece, di disarticolare e distinguere tra azione privata e azione pubblica, a seconda che del diritto violato, come si è già visto.

Altro è infatti il discorso per gli individui che *non* sono stati offesi immediatamente o direttamente dal reato: « l'azione che si dirige a vendicare le offese altrui non può essere che pubblica, perché non si esercita in virtù di un diritto individuale [...] e nello interesse individuale; ma in virtù di un diritto civico e nello interesse della città » <sup>(35)</sup>.

L'esito di questo ragionamento è il seguente: l'azione *pubblica* cade nella disponibilità dello Stato, che potrebbe legittimamente negarla ai privati. Ed è proprio questa la conclusione di Carrara: la concessione dell'azione a chi non è vittima individuale del reato non è *politicalmente* opportuna. Affidare l'azione penale ad ogni individuo, con il permesso di esercitarla anche come cittadino, cioè a tutela di un interesse universale e non individuale, corrisponderebbe al più *liberale* di tutti i sistemi possibili. Così era a Roma e in Grecia: ma « correrebbe, per mia credenza, dietro ad una vera utopia chi nei tempi e costumi odierni volesse ripristinarlo ». L'incompatibilità con

---

<sup>(33)</sup> Ivi, p. 16.

<sup>(34)</sup> Ivi, p. 15.

<sup>(35)</sup> *Ibidem*.

*l'ordine*: è questo il motivo che spinge il maestro lucchese a temperare il suo liberalismo: « io sono liberale, e me ne vanto: liberale non del dimani ma dell'oggi, e di oltre mezzo secolo addietro. Ma quantunque liberale mai darò il mio voto ad un sistema per la sola cagione che è liberale, quando io lo veggio incompatibile con l'ordine »<sup>(36)</sup>. Nello Stato liberale del presente, egli non vede i Fabrizi e i Curii dell'antichità.

Solo la vittima del reato ha dunque pieno diritto di promuovere l'azione penale: Carrara loda, a questo proposito, il codice di procedura penale austriaco del 1873 per aver accolto, nella sua più ampia estensione<sup>(37)</sup>, il principio giusnaturalistico. È uno dei pregi di quel testo, da lui non a caso fatto tradurre in italiano, personalmente chiosato e pubblicato nel 1874 a Firenze per i tipi dei Cammelli<sup>(38)</sup>: « bellissimo prodotto legislativo », « astro polare » degno di imitazione<sup>(39)</sup>.

#### 4. *Due archetipi a confronto.*

La lettura dei due maggiori archetipi dottrinali italiani sull'azione penale privata e popolare permette di arrivare ad una prima conclusione. Un punto di forte dissenso è possibile cogliere tra Carrara e Lucchini: mentre il primo, come si è visto, tende la mano alle vittime del reato, che ritiene depositarie di un vero e proprio diritto *naturale* a promuovere l'azione penale, il secondo guarda piuttosto ai cittadini, nutrendo la massima sfiducia nei confronti delle persone offese dal reato. Mentre Carrara scompone l'azione penale, assegnandola in parte ai privati (in questo caso titolari di un'azione privata e portatori nel processo penale di un interesse privato) e in parte al pubblico ministero, titolare di un'azione

---

<sup>(36)</sup> Ivi, p. 7.

<sup>(37)</sup> Carrara è fermamente contrario a limitare l'azione privata sussidiaria solo a determinate categorie di reati, come quelli perseguibili a querela di parte, e perciò biasima, su questo punto, il progetto di regolamento germanico (p. 19).

<sup>(38)</sup> C.A. WEISKE, *Manuale di procedura penale con speciali osservazioni sul diritto sassone*, recato in italiano dagli avvocati Zei e Benelli con introduzione del prof. Francesco Carrara, aggiuntovi il nuovo codice di procedura penale austriaco del 23 maggio 1873 con note, Firenze, Cammelli, 1874.

<sup>(39)</sup> CARRARA, *Azione penale*, cit., p. 8.

pubblica e rappresentante di un interesse pubblico alla repressione dei reati, Lucchini la configura sempre e soltanto come un'azione pubblica. Si ripresenta dunque, anche in materia di azione penale, quella dialettica interna alla penalistica liberale tra progressisti novatori, moderati temperati e conservatori, che è un dato caratterizzante messo in luce anche da altre ricerche <sup>(40)</sup>.

L'atteggiamento di Lucchini, ostile alle vittime del reato e perciò poco incline ad aumentarne il ruolo nell'ambito del processo penale, non corrisponde peraltro al comune sentire dei giuristi postunitari impegnati a fondo nella critica e nella riforma della procedura penale italiana.

Inizialmente, è l'idea di Carrara a conquistare i più significativi consensi. Favorevoli a concedere l'azione penale alle sole vittime del reato si dichiarano infatti Casorati, Vacca, Puglia, Lanza e Benevolo. In tutti, se andiamo a verificare, aveva fatto breccia l'insegnamento che aveva ravvisato nell'individualità del danno l'elemento fondamentale a cui guardare per estendere l'azione penale ai privati.

Il panorama dottrinale, però, è più animato, perché l'impostazione del maestro non fu solo recepita, ma anche, per certi aspetti, superata. Carrara, come si è detto, era sì d'accordo nel tutelare le vittime con l'azione penale privata, ma questa doveva essere sussidiaria, cioè esperibile solo in caso di inerzia del pubblico ministero. Egli non si era spinto fino al punto di approvare la concessione di un'azione concorrente, né tanto meno esclusiva. Viceversa, giuristi che si misero sulla sua scia, come Casorati e Benevolo, o che comunque, pur dando la loro adesione all'azione popolare, sostennero la necessità anche di un'azione privata, come Cesarini, non ebbero difficoltà ad ammettere che quest'ultima dovesse configurarsi anche come concorrente a quella del pubblico ministero.

Carrara, inoltre, era contro l'azione popolare. Ragioni di ordine gli avevano consigliato di respingere con pessimistico scettici-

---

<sup>(40)</sup> Come messo in evidenza in un classico contributo da M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica* (1990), ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., v. I, pp. 493-590, p. 536-538, la penalistica civile è un fenomeno complesso e non monolitico. Il dissidio tra Carrara e Lucchini si ripresenta, ad esempio, in materia di intervento della difesa nell'istruzione.

smo questa soluzione che pure, in sé, si accreditava certamente come più liberale: ma anche questa opinione non sarebbe stata ascoltata da tutti i seguaci dell'azione privata, dando luogo al nascere di tesi che potremmo definire 'dualiste'. Il fenomeno si può notare, ad esempio, in Cesarini e Vacca, come si dirà meglio tra breve.

##### 5. *Sulle orme di Carrara.*

In uno dei saggi più documentati sulle riforme necessarie al miglioramento del processo penale, anche il pavese Luigi Casorati, sostituto procuratore generale a Napoli dal 1875 e già co-autore del più reputato commentario al codice di procedura penale del Regno, affronta il problema dell'azione penale <sup>(41)</sup>. Il grande interesse suscitato dalla questione, prima di tutto in Germania e di riflesso in Italia, dipende dal crescente moto di disagio nei confronti degli errori giudiziari. Il monopolio del pubblico ministero è osteggiato da più parti.

Casorati riassume efficacemente i punti essenziali della dia-triba: le due « censure capitali » che si muovono al monopolio dell'accusa sono la possibilità che il pubblico ministero accusi ingiustamente qualcuno e, di converso, che egli si astenga, altrettanto ingiustamente, dal promuovere l'azione penale.

Come fare per ovviare a quest'ultimo inconveniente? Casorati compie una rapida disamina delle proposte avanzate e ne individua tre che, a suo avviso, non possono essere accolte, perché minacciano la necessaria indipendenza del procuratore. Non si può obbligare il pubblico ministero a promuovere l'azione sopra tutti i fatti di cui ha notizia. Non è neppure conveniente che il giudice (come ad esempio in Francia la Corte d'appello) imponga al pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale. Infine, nemmeno è da pensare che il giudice istruttore possa procedere di sua spontanea iniziativa.

Il sistema migliore è invece quello dell'azione privata: « il sistema che per essere il più naturale avrebbe dovuto emergere per il primo, venne invece invocato per ultimo; e ancora oggidì è in lotta

---

<sup>(41)</sup> L. CASORATI, *Il processo penale e le riforme. Studi*, in « *Monitore dei tribunali* », XIX (1878), pp. 473-482. L'articolo è compreso nel volume *Il processo penale e le riforme. Studi (Estratto dal Monitore dei tribunali)*, Milano, Tip. Fratelli Rechiedei, 1881.

con la forza del pregiudizio e della consuetudine » (42). Quest'ultimo rimedio non poteva certo essere auspicato sotto governi non liberali. La temperie politica del presente è invece favorevole ad una maggiore partecipazione dei cittadini nel processo penale.

Anche tra i sostenitori dell'accusa da accordare ai privati cittadini, tuttavia, esistono delle divergenze: alcuni (appartenenti alla scuola più « generosa » e « fiduciosa ») sono favorevoli all'azione popolare di tutti i cittadini; altri (è la dottrina « più circospetta ») all'accusa privata delle sole vittime dei reati punibili a querela di parte; altri ancora, infine, all'accusa 'privata' di tutte le vittime dei reati che producono un danno individuale. Ed è questa, in tanta varietà di opinioni, quella professata anche da Casorati, solitamente vicino al moderatismo carrariano.

Accusatori privati è opportuno che siano solo le vittime individuali del reato: le ragioni avanzate dal Carrara sono le più convincenti. Ragioni *giuridiche* (chi non è offeso dal reato non può vantare alcun diritto naturale alla punizione del colpevole), ma soprattutto ragioni *pratiche*, alle quali anche Casorati dà la massima risonanza: « è utopia il sol pensare nello stato delle consuetudini ed opinioni nostre, che un cittadino assuma il grave peso di esercitare l'azione penale, quando non siavi spinto dall'aculeo di un interesse personale. È utopia, poiché vi osta la secolare abitudine di vedere i procedimenti penali estrinsecarsi per opera dell'Autorità ». In Italia ci si rivolge alla pubblica tutela, non si è abituati ad esercitare le « civiche funzioni », anche gli ufficiali di polizia giudiziaria non sono rispettati. L'estensione dell'azione a tutti i cittadini sarebbe pericolosa: « sarebbe più probabile per contro veder sorgere temerari accusatori, spinti o da ire partigiane o da altre volgari passioni specialmente contro i pubblici funzionari, con grave danno del regolare e libero movimento della pubblica amministrazione » (43).

Non è opportuno tuttavia concedere l'azione privata solo a chi abbia subito un danno individuale in seguito ad un reato punibile a querela di parte: il diritto alla punizione sussiste anche nei riguardi dei reati punibili d'ufficio, ed anzi è ancor più forte; inoltre il confine tra reati perseguibili d'ufficio e a querela di parte è incerto, dipen-

---

(42) CASORATI, *Il processo penale*, cit., p. 478.

(43) Ivi, p. 480.

dendo dalle politiche criminali dei singoli governi, mentre il criterio del danno è più sicuro e meno arbitrario.

L'opera del privato, invece, potrà essere anche integrativa e adesiva rispetto a quella del pubblico ministero (ed ecco apparire un distacco rispetto al pensiero di Carrara): in fondo, già la parte civile nel vigente processo si comporta come un accusatore privato, senza averne i titoli.

Quanto alle possibilità di abuso da molti paventate, basterà provvedere con appositi accorgimenti, come in altre legislazioni: intervento obbligatorio in causa del pubblico ministero, prestazione di idonee garanzie, assistenza di un procuratore legale, diritto dell'imputato di fare opposizione, condanna dell'accusatore temerario ad una pena pecuniaria.

Quanto all'obiezione consistente nel rilevare l'inutilità di un rimedio, che molti ritengono destinato a non essere applicato, al pari della citazione diretta prevista dall'art. 371 del codice <sup>(44)</sup>, Casorati la rintuzza con un'interessante considerazione: i vantaggi indiretti che la previsione dell'azione penale privata permetterebbe di conseguire sarebbero ancor più importanti dei vantaggi diretti. Di fronte allo scarso uso dell'azione privata non si potrà più sostenere che il pubblico ministero funziona male: « il nessun bisogno che siavi stato di far ricorso all'accusa privata sarebbe anzi la prova più luminosa della sua virtù correttiva » <sup>(45)</sup>.

Casorati, in definitiva, nutre fiducia nell'operato del pubblico ministero, e non nasconde la sua diffidenza nei confronti di un eccessivo coinvolgimento dei privati nel processo penale: da qui discende una simpatia per la sola accusa penale affidata alle vittime del reato.

---

<sup>(44)</sup> Sul tema sono da leggere le considerazioni di C. STORTI, *Difetti del sistema e difetti d'uomini. Citazione diretta e logica dell'istruzione dal codice di procedura penale del 1865 alle soglie della pubblicazione del codice del 1913*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Atti del Convegno (Foggia, 5-6 maggio 2006), a cura di M.N. Miletta, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 227-263. V. anche CAIANIELLO, *Poteri dei privati*, cit., pp. 119-147.

<sup>(45)</sup> Ivi, p. 482.

6. *Un procuratore generale « allo specchio ».*

Il dibattito non finisce qui. Già dagli anni Settanta, partendo dai medesimi presupposti, si forma un altro autorevole filone dottrinale che, portando alle estreme conseguenze il ragionamento di Carrara, arriva a giustificare e ad auspicare l'introduzione, a fianco dell'accusa promossa dal pubblico ministero ed oltre all'azione penale delle vittime del reato, anche di un'azione penale concessa ad ogni cittadino.

Questa bufera di azione popolare, che nuovamente torna ad investire la dottrina italiana dopo il brillante *exploit* di Lucchini, ha il suo precursore in Carlo Cesarini, il magistrato toscano stimato da Carrara, che lo annoverava tra i *conservatori transigenti*, e autore di intelligenti e puntuali discorsi inaugurali dell'anno giudiziario <sup>(46)</sup>. In essi troviamo anche un primo approccio al tema dell'azione penale privata. Nel 1872, infatti, Cesarini afferma di essere contro l'obbligo di rimettere ogni querela o denuncia al giudice istruttore, affinché emetta ordinanza di non luogo a procedere: una prassi diffusa, che aveva determinato l'aumento considerevole di ordinanze di questo tipo, facendo sorgere argomentazioni « fallaci » a livello statistico. Il controllo gerarchico gli sembrava una garanzia sufficiente. Non era tuttavia contrario all'azione penale privata della persona offesa <sup>(47)</sup>. Nel 1873, invece, discutendo delle proposte lucchiniane in materia di istruttoria, che gli sembravano troppo

---

<sup>(46)</sup> È celebre il giudizio lusinghiero di F. CARRARA, *Cesarini e le riforme alla procedura penale*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, cit., vol. IV, pp. 1-23, e Id., *I discorsi di apertura* (Pisa 30 sett. 1873), ivi, pp. 25-265, in particolare cap. VI, *Istruzione segreta*, dove lo annovera tra i « conservatori transigenti » (p. 131), e cap. IX, *I Conservatori*, dove si trova l'elogio più bello: « il Cesarini ha nel suo ufficio uno specchio: contempla in quello la propria figura, e cade nella illusione che tutti i Procuratori del Re somiglino a lui, e che tutti al pari di lui siano dotti, siano umani, siano leali, siano superiori ad ogni passione, ed alle azioni loro pigliano per sola guida lo amore per la giustizia; e siano scevri dalla più terribile fra le passioni che possono perturbare la mente di un ufficiale giudiziario, voglio dire l'*ambizione* di distinguersi e correre innanzi agli altri con un eccesso di zelo » (p. 171).

<sup>(47)</sup> Corte Reale d'Appello di Lucca, *Inaugurazione solenne dell'Anno Giuridico 1872 nella nuova residenza posta nel Palazzo provinciale, Discorso del procuratore generale Commendatore Carlo Cesarini, Studi sulle Riforme alla Procedura Penale*, Lucca, Tip. B. Canovetti, 1872, pp. 41-45, p. 48.

drastiche, si esprimeva contro l'azione penale popolare, non adatta morfologicamente al temperamento e alle tradizioni italiane (48).

L'argomento verrà svolto in forma più distesa nel 1879. Siamo di nuovo sulle colonne della *Rivista Penale* di Lucchini: è lì che Cesarini (già procuratore generale presso la Corte d'appello di Lucca, allora procuratore generale presso la Corte d'appello di Firenze, in seguito primo presidente della Cassazione di Firenze) si propone di dimostrare ciò che Carrara aveva escluso, partendo dalle stesse premesse (49).

Nell'esordio, anche l'esperto procuratore non ha dubbi nel ribadire l'assoluta necessità e opportunità del pubblico ministero, benché la pratica abbia messo in luce che, nell'esercizio dell'azione penale, si possono verificare abusi: sono i due tipi di errore, positivo e negativo, già segnalati da Casorati.

Se riguardo al modo di arginare il primo capitale difetto, Cesarini si limita a riportare le stesse parole del collega, sul secondo tipo di abuso ha qualcosa di originale da dire. Esclusi altri possibili temperamenti all'inerzia del pubblico funzionario, che per una ragione o per l'altra si manifestano inadatti — oltre a quelli già segnalati e giudicati fallaci da Casorati, egli ritiene discutibile anche il ricorso ai superiori gerarchici del pubblico ministero « dalle direzioni dei quali il più spesso dipende l'omissione dell'atto doveroso » (50) — anche Cesarini perviene ad individuare il giusto correttivo nell'azione penale privata, provvido sviluppo di quei « germi », ossia di quei diritti della parte lesa, che il codice di procedura penale italiano già contemplava (querela, citazione diretta, costituzione di parte civile).

---

(48) R. Corte d'Appello di Lucca, *Inaugurazione dell'anno giuridico 1873, Discorso del procuratore generale Comm. Carlo Cesarini, Resoconto dell'Amministrazione della Giustizia. Riforme Legislative. Istruzione preparatoria dei processi penali*, Lucca, Tip. B. Canovetti, 1873, p. 45.

(49) C. CESARINI, *Dell'appello in penale e dell'ordinamento della giustizia correzionale*, VIII, in « Rivista Penale », X (1879), pp. 145-174 (p. 155). Il prestigioso magistrato si dimostra informatissimo sulla produzione tedesca in tema di *Staatsanwaltschaft* e cita anch'egli volentieri i contributi di Sundelin, Seckendorff, Toppelkirsch, Holtzendorff, Stomann, Bar e Gneist (p. 154) sull'azione popolare, anche se poi queste tesi non furono recepite nel codice di procedura penale germanico del 1877.

(50) Ivi, p. 151.



A questo punto del discorso, tuttavia, è sollevata un'obiezione essenziale: « Io credo l'azione penale civica sussidiaria conforme alla ragione ed alla convenienza politica, ed in ciò discordo da Casorati e da Carrara »<sup>(51)</sup>.

Semplice sillogismo, in fondo: come alle persone offese, nei reati a danno individuale, spetta l'azione in conseguenza del danno da essi subito, allo stesso modo si deve concedere l'azione ad ogni cittadino, per la persecuzione se non di tutti i reati, almeno di quelli da cui scaturisce un danno alla società, e quindi un danno pubblico, sociale, collettivo. Tutti i cittadini, insomma, possono ergersi vendicatori dei danni patiti non in quanto individui, ma in quanto cittadini, superando così pure l'individualismo che troppo permeava la tesi di Carrara.

L'operazione consiste nell'avvalersi dello stesso vocabolario del penalista toscano e nel superare il disagio da lui manifestato nei confronti di un'eccessiva moltiplicazione dei soggetti autorizzati ad avviare il procedimento penale. Cesarini, a questo riguardo, ha buon gioco nel richiamare quanto affermato nel *Programma* dallo stesso Carrara, secondo cui anche quando determinati reati non procurano un danno immediato individuale ma pubblico o sociale, « quando il delitto offende una cosa, alla quale tutti i consociati hanno un comune interesse e così un diritto, quali cittadini, a vederla rispettata, come la libertà nelle sue manifestazioni, la giustizia, la quiete pubblica e simili [...] lungi dal potersi considerare l'offesa come fatta alla persona astratta della società o dello Stato si trova invece il suo paziente negli uomini reali, ed il suo oggetto nel diritto degli individui consociati ossia dei cittadini »<sup>(52)</sup>. Non è vero, quindi, che l'azione delegata a tutti i cittadini sia priva di un fondamento *giuridico* o razionale.

A raccomandarla si aggiungono inoltre « le più gravi ragioni di convenienza politica ». Più che nei delitti che offendono un interesse individuale, infatti, è proprio in quelli più gravi e lesivi di interessi generali, che si annida il rischio che il pubblico ministero subisca pressioni politiche per non procedere, contro l'imparzialità e l'egualianza che dovrebbero dominare sovrane nel processo penale. C'è

---

<sup>(51)</sup> Ivi, p. 155.

<sup>(52)</sup> Ivi, p. 158.

il rischio che il pubblico ministero, non dando avvio all'azione, eserciti illegalmente una sorta di « diritto di grazia verso il partito della maggioranza dominante »<sup>(53)</sup>: Cesarini fa l'esempio dei delitti commessi a mezzo stampa, dei delitti contro la libertà di riunione e associazione, dei reati elettorali, dei reati contro la pubblica amministrazione. Dato il rango degli interessi tutelati, si può anzi dire che l'azione popolare assolve ad una funzione più alta di quella meramente privata: « potente garanzia a difesa del diritto pubblico », come già aveva ritenuto Franz von Holtzendorff, uno dei penalisti tedeschi sostenitori dell'accusa popolare in Germania. In conclusione, l'accusa popolare non può non configurarsi come un rilevante dovere civico di ogni cittadino: « l'anello che chiude la catena delle garanzie costituzionali »<sup>(54)</sup>.

Emerge chiaramente da questo discorso la rilevanza costituzionale che il tema dell'azione penale privata o popolare assume per i giuristi liberali di fine Ottocento. Agevolare la partecipazione dei cittadini alla giustizia penale significa infatti portare a compimento la costruzione dello Stato di diritto, in cui i cittadini sono chiamati a prendere parte più attiva. In un governo liberale, nell'amministrazione della giustizia è necessaria la cooperazione del popolo: è la stessa logica che sorregge la giuria. Il progresso sociale esige una maggiore libertà, una minore « statolatria od onnipotenza dello Stato »

Alla ricorrente obiezione secondo la quale gli italiani non sarebbero pronti per esercitare l'accusa popolare, Cesarini, nel 1879, risponde che è bastante « la semplice possibilità del suo esperimento » e che essa funge in realtà da semplice « valvola di sicurezza »<sup>(55)</sup>.

Quanto ai rischi di accuse temerarie, egli risponde enumerando appositi accorgimenti idonei a limitarli ed inoltre osservando che essi saranno sempre inferiori ai danni prodotti dalle denunce anonime che, qualora resti vietata l'accusa palese, sono evidentemente destinate a crescere. L'accusa civica è infatti soggetta a precise condizioni: sussidiarietà, giudizio preliminare di ammissibilità da

---

<sup>(53)</sup> Ivi, p. 160.

<sup>(54)</sup> Ivi, p. 161.

<sup>(55)</sup> Ivi, p. 162.

parte del tribunale e conseguente autorizzazione, cauzione per le spese e i danni, istruzione preparatoria, assistenza di un avvocato, facoltà d'intervento in giudizio del pubblico ministero, responsabilità penale per calunnia, divieto di desistenza.

Notiamo le differenze rispetto alla proposta di Lucchini: Cesarini ammette anche l'azione penale del privato offeso o danneggiato, nei reati a danno individuale, sussidiaria ma anche accessoria rispetto a quella del pubblico ministero. A complemento di questa, fa voto che sia istituita un'azione popolare per una serie di reati che offendono interessi generali e cagionano un danno pubblico, unicamente sussidiaria (perché in questi casi, se il pubblico ministero non rimane inattivo, il suo solo intervento è sufficiente a tutela dei beni protetti). Questa, che potremmo chiamare tesi dualista, pur con varianti relative alla disciplina delle rispettive azioni, è la soluzione destinata a fare molti più adepti rispetto alle tesi moniste dei due corifei del diritto penale liberale.

#### 7. *La stagione dei fiori.*

Nel 1884, anche Guglielmo Vacca chiude un suo ricco saggio manifestando una netta preferenza per l'introduzione della sola azione penale privata e una franca sfiducia verso l'azione popolare, richiamandosi agli argomenti politici o socio-antropologici sui costumi italiani, già invocati da Casorati.

I contributi del magistrato ebolitano sono particolarmente rilevanti per vari aspetti. In primo luogo, perché egli è un altro notevole rappresentante della magistratura, nella quale entrò nel 1874 a venticinque anni, ricoprendo importanti incarichi di procuratore <sup>(56)</sup>. In secondo luogo, perché egli avrà tanta parte nel complesso lavoro che porterà al nuovo codice di procedura penale del 1913, fondamentale opportunità per trasformare la teoria in pratica. Un terzo motivo di interesse sta nel fatto che nel suo pensiero si registra un'iniziale adesione, nel 1884, all'azione privata sussidiaria, in aderenza, come egli riconosce, a Carrara e Caso-

---

<sup>(56)</sup> M.N. MILETTI, *Vacca, Guglielmo*, in *Diz. biogr. dei giuristi italiani*, cit., v. II, pp. 2004-2005.

rati <sup>(57)</sup>, e poi, dal 1893, anche all'azione popolare, sempre in via sussidiaria e sempre in qualità di mezzo più efficace a contenere il monopolio del pubblico ministero rispetto al famigerato giudizio di accusa di cui, come già dieci anni prima, il pugnace giurista reclama la soppressione.

Nel corso degli anni Ottanta altri penalisti di varia estrazione si schiereranno a favore dell'azione penale privata sussidiaria: tra questi anche Emilio Brusa <sup>(58)</sup>.

Appartiene a questa corrente anche Federico Benevolo, che negli anni '90 dedica una serie di articoli, acuti ed aggiornati, al problema delle riforme della procedura penale, editi tutti nell'ospitale grembo della *Rivista penale* di Lucchini.

Anch'egli si aspetta grandi vantaggi dal concedere direttamente ai privati l'esercizio dell'azione penale, nel sostituire o agevolare il pubblico ministero nella ricerca della verità. Come Casorati, anche il docente torinese pone incisivamente l'accento sull'insufficienza del c.d. dualismo tra pubblico ministero e giudice istruttore, cioè sulla possibilità che, nell'istruttoria, quest'ultimo sia in grado di controllare efficacemente l'operato del primo, arginando eventuali abusi.

Ciò non toglie che egli prospetti soluzioni diverse rispetto a Lucchini, sia quanto ai modi di riparare al dualismo pubblico ministero-giudice istruttore, inesorabilmente criticato perché inutile a tutelare l'imputato <sup>(59)</sup>, sia quanto ai modi di ovviare ai pericoli

<sup>(57)</sup> G. VACCA, *Il moderno indirizzo della posizione in accusa*, in « Rivista Penale », XIX (1884), pp. 305-339, pp. 337-339.

<sup>(58)</sup> E. BRUSA, *Sinossi delle lezioni di Diritto e Procedura penale*, Torino, G. Candeletti, 1881, pp. 309-311 (che si augura, nel futuro, l'ammissione anche dell'accusa popolare); ID., *Saggio di una dottrina generale del reato*, Torino, G. Candeletti, 1884, pp. 497-498. Brusco revirement nel 1906: ID., *Sul nuovo processo penale italiano*, in « Nuova antologia di lettere, scienze e arti », pp. 454-470, p. 457.

Cfr. anche A. MALGARINI, *Della libertà civile nelle costituzioni moderne*, in « Archivio giuridico », XXXII (1884), pp. 298-372, in particolare § 8, pp. 368-372 (con apertura anche all'azione popolare); F. PUGLIA, *Istituzioni di procedura penale*, Napoli, Ernesto Anfossi, 1884, p. 41; II ed. 1889, p. 51; P. LANZA, *Effetti giuridici del delitto ossia azioni che nascono da reato. Studii*, Pisa, Mariotti, 1886, pp. 82-97, specialmente p. 91.

<sup>(59)</sup> F. BENEVOLO, *Le riforme al codice di procedura penale. Il Pubblico Ministero e il Giudice istruttore*, in « Rivista Penale », XXXI (1890), pp. 405-417.

dell'inerzia del pubblico ministero, attraverso l'introduzione di un'azione penale in mano ai privati.

Sul secondo punto <sup>(60)</sup> il tema del contendere è, ancora una volta, incentrato sul quesito: azione privata o azione popolare?

All'esordio del suo saggio, dopo aver detto che ormai quasi tutti in Italia respingono la discrezionalità dell'azione penale <sup>(61)</sup> e che quindi si deve solo fare questione della facoltà che il p.m. abbia di astenersi dall'esercitare l'azione penale per motivi giuridici (perché il fatto non è reato o l'azione è estinta), egli passa poi a criticare anche il sistema del ricorso delle parti offese al giudice istruttore, accolto dal regolamento germanico, perché se il giudice è di parere contrario rispetto al p.m., chi promuoverà l'azione penale? È sconveniente che si costringa il procuratore stesso a procedere, « perché sarebbe lo stesso che imporgli di far cosa che egli reputa ingiusta; e nemmeno si potrebbe autorizzare lo stesso giudice d'istruzione a procedere, perché in questo modo l'esercizio dell'azione penale passerebbe nelle sue mani, il che vuolsi evitare » <sup>(62)</sup>. Gli argomenti negativi contro un'azione concessa a tutti i cittadini sono gli stessi di Carrara e Casorati. Diverso è il discorso quanto al contributo attivo che possono arrecare le vittime del reato, dalle quali Benevolo si aspetta grandi vantaggi nel sostituire o agevolare il pubblico ministero nella ricerca della verità, poiché è persuaso che il giudice istruttore non sia l'organo adatto a sopperire ad un simile compito (l'eccessivo legame di dipendenza tra pubblico ministero e giudice istruttore era stato deprecato nel precedente saggio, di cui il secondo è la naturale continuazione). In quest'ottica, egli non può che valutare positivamente l'art. 371 del codice vigente che conferisce, in via eccezionale, alle persone offese il diritto di promuovere l'azione penale nei reati di competenza del pretore o del tribunale.

È un errore, tuttavia, anche secondo lui, limitare tale potere ai

---

<sup>(60)</sup> Oggetto dell'articolo *Le riforme al codice di procedura penale. Della partecipazione dei privati cittadini all'esercizio dell'azione penale*, in « Rivista Penale », XXXII (1890), pp. 109-116.

<sup>(61)</sup> Sulla questione v. soprattutto DI RENZO VILLATA, *Un pubblico ministero*, cit.; MILETTI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, cit., pp. 304-326.

<sup>(62)</sup> BENEVOLO, *Della partecipazione dei privati cittadini*, cit., p. 109.

reati, come si diceva con formula impropria, 'di azione privata': « sarà sempre arduo il comprendere per qual motivo nei reati meno gravi siano più facilmente ammessi due accusatori, il pubblico ministero e la parte lesa, che non nei reati di maggiore momento » (63). Il criterio essenziale deve essere quello del danno individuale arrecato, come ha insegnato Carrara: e dunque la distinzione tra reati procedibili a querela di parte e non, sancita ad esempio dal codice di procedura penale austriaco, viene ritenuta incongrua, sulle orme del maestro toscano.

Non è da trascurarsi, inoltre, il suggerimento a dotare l'offeso del potere di « assumere anche un'istruzione preparatoria » (64). Non bastava, evidentemente, prevedere un potere astratto di iniziativa, ma era anche necessario mettere le parti in condizione di esercitarlo: la stessa esigenza era già stata fatta presente dal Lucchini.

Certamente, alla persona offesa dal reato non può essere assicurata un'incondizionata libertà di agire: anche Benevolo è costretto ad ammettere che « lo zelo del querelante può essere eccitato da ignobile sentimento o interesse » (65), ed il rilievo non è senza significato, dato che risuona nella rivista diretta da chi lo aveva senza mezzi termini deprecato. Ciò nonostante, l'azione privata non deve essere ostacolata: ed ecco riemergere il problema delle garanzie. Benevolo non vede di buon occhio che l'accusa debba essere preliminarmente autorizzata da un organo giudiziario, come la Camera di consiglio in Austria, perché l'azione potrebbe essere ritardata. Meglio dunque, come in Argovia, a Zurigo o nell'Impero germanico, stabilire una cauzione. *In cauda venenum*: alla fine del suo saggio, l'autore scrive che ritornare all'azione penale privata è da alcuni considerato un 'regresso' rispetto al 'progresso' rappresentato dal pubblico ministero, un'involuzione che sa molto di ritorno ad una logica di 'vendetta privata'. Sembra però a Benevolo più utile dire che privato e magistrato « devono darsi la mano e insieme cospirare ad assicurare la tutela del diritto ».

---

(63) Ivi, p. 114.

(64) Ivi, p. 111.

(65) Ivi, p. 115.

8. *Un « modo semplicissimo » di garantire la persona offesa.*

La battaglia a favore dell'azione penale privata o popolare, che vede schierati i maggiori cultori della penalistica liberale, non lascia indifferenti anche taluni esponenti ragguardevoli della scuola positiva. Tralasciamo, perché si situa a margine della questione di cui ci stiamo occupando, l'ulteriore polemica sull'abolizione dei reati a querela di parte <sup>(66)</sup>.

Per quanto più direttamente concerne la concessione dell'azione penale ai privati, avvalendosi anch'essi di statistiche alla mano, gli adepti della scuola positiva si dicono preoccupati del rapporto tra denunce presentate e archiviazioni ordinate. La verifica del numero di azioni penali non promosse dai pubblici ministeri diviene facilmente indice di una lotta imperfetta alla criminalità, segnale allarmante di un deficit di difesa sociale.

Merita un cenno, in particolare, la posizione di Luigi Carelli e Raffaele Garofalo, che attira l'attenzione per due motivi: in primo luogo, perché essi, in tanto fervore di contributi inneggianti all'introduzione di una doppia azione, privata e popolare, individuano lo strumento tecnico più efficace a questo scopo non tanto nell'azione privata, quanto nel *ricorso* della persona offesa al giudice istruttore contro l'archiviazione disposta del p.m., la quale, se accolta, dovrebbe condurre ad un'istruzione affidata, anziché alle deboli e insicure mani dei privati, a quelle ben più rassicuranti della stessa procura, anche se inizialmente ostile a promuovere l'azione, secondo la soluzione recepita dal regolamento di procedura penale germanico.

Il riferimento è al volume del 1889, scritto a quattro mani e dedicato a Giuseppe Zanardelli, « capo gerarchico » ma soprattutto « giureconsulto legislatore », ad illustrazione di un progetto di nuovo codice di procedura penale completo <sup>(67)</sup>. I due magi-

---

<sup>(66)</sup> Tra i primi contributi: A. SETTI, *L'azione penale privata e la scuola positiva*, in « Rivista di discipline carcerarie in relazione con l'antropologia, col diritto penale, con la statistica ecc. e Bollettino ufficiale della Direzione generale delle carceri », XVIII (1888), pp. 281-303.

<sup>(67)</sup> R. GAROFALO, L. CARELLI, *Riforma della procedura penale in Italia. Progetto di un nuovo codice*, Roma-Torino-Firenze, Bocca, 1889, pp. CLI-CLXV. L'altro cospicuo saggio di Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di*

strati <sup>(68)</sup> dichiarano che la questione deve essere risolta più sotto il profilo *politico* che *giuridico*. Dal punto di vista *pratico*, dunque, l'azione penale « non è solo la giusta soddisfazione da darsi ai cittadini onesti, offesi dai delinquenti, che crea l'interesse dello Stato alla repressione dei delitti, ma è principalmente l'impedire che la criminalità si propaghi ». La prosa è quella di Carelli, l'autore di *Crimen morbus*. L'avvio sembra promettere una maggiore partecipazione delle vittime al processo: anche perché i due esperti sono disposti ad ammettere i difetti della procedura vigente, che non consente controlli sull'inattività del pubblico ministero, « giudice inappellabile della *ammessibilità* dell'azione penale » in base agli artt. 1, 2, 42 c.p.p., e, dopo aver riscontrato le lacune del codice, dichiarano « rilevante » il numero di archiviazioni risultanti dalle statistiche degli anni 1875-1885. D'altra parte, Garofalo e Carelli sono del tutto riluttanti ad abbracciare un impianto accusatorio, come quello, espressamente scartato, del codice di procedura penale austriaco del 1873.

È meglio dunque riconoscere al privato, come nel modello legislativo germanico del 1877, la facoltà di opporsi al rinvio degli atti in archivio da parte del procuratore, legittima solo « qualora ritenga che il fatto non costituisca reato, o che l'azione penale sia prescritta o altrimenti estinta » (si esclude invece che egli possa decidere di non procedere per insufficienza di indizi, non seguendo sul punto i §§ 152 e 168 del regolamento germanico) e da comunicarsi non solo a chi abbia fatto istanza di accusa pubblica (il querelante, come nel regolamento germanico, § 169), ma anche alle persone offese o danneggiate del fatto (art. 222), e stabilire che su di essa si pronunci il giudice istruttore il quale, se riterrà il reclamo fondato, ordinerà che il procuratore dia corso al procedimento (art. 223, ispirato al § 173 del regolamento germanico). Viene escluso

---

*repressione*, Roma-Torino-Firenze, Bocca, 1885, è da tenere presente nella ricostruzione del processo penale vagheggiato dal magistrato partenopeo, ma non contiene rilievi sull'azione privata. Garofalo, magistrato dal 1872 con una esperienza da procuratore, era allora vicepresidente del Tribunale civile di Napoli. V. ora la voce analitica di M.N. MILETTI, *Garofalo, Raffaele*, in *Diz. biogr. dei giuristi italiani*, v. I, cit., pp. 947-951.

<sup>(68)</sup> Il capo sull'azione penale fu elaborato da Carelli e condiviso da Garofalo: cfr. anche M.N. MILETTI, *Ritorno all'inquisizione. Scuola positiva e pulsioni autoritarie nel processo penale italiano*, in « Diritto penale XXI secolo », X (2011), pp. 455-492, p. 464.



invece il ricorso gerarchico preventivo (regolato in Germania dal § 170) <sup>(69)</sup>.

Il sistema austriaco dell'accusa privata sussidiaria nei reati perseguibili d'ufficio (§ 48 del regolamento), esperibile dopo apposito avviso dato alla persona offesa dal p.m., e soggetta ad autorizzazione da parte della camera di consiglio (quando il processo non sia ancora iniziato) e che non comporta l'intervento coatto del procuratore, viene invece respinto: « interessa sommamente alla buona amministrazione della giustizia, che questa abbia unità d'indirizzo, coerenza, uniformità. Abbia quindi il Pubblico Ministero non il monopolio, ma la facoltà di promuovere l'azione pubblica; ad esso ricorra il privato: e quando questi vedrà respinta la sua istanza, abbia il modo di farla valere con opportuni mezzi, nei casi nei quali sia fondata, senza che onesti cittadini siano esposti a subire inutili persecuzioni » <sup>(70)</sup>.

Nemmeno si fa cenno alla facoltà concessa dalla legge austriaca agli offesi (nei reati per i quali si procede a querela di parte) dell'accusa privata principale, cioè esclusiva (§ 46).

La soluzione escogitata da Garofalo e Carelli aderiva ai postulati della nuova scuola criminale positiva, in quanto orientata sia a dare maggior risalto ad istanze di difesa sociale contro i criminali sia ad aumentare i diritti delle vittime del reato. Ma era soluzione conservatrice: l'inerzia del pubblico ufficiale appariva pericolosa per la società, ma ai diritti dell'individuo offeso non si poteva dare spazio maggiore. Perché non dotarlo di una vera e propria azione privata, come nel modello austriaco, e ripiegare invece sull'opposizione che, se accolta, rimetteva il processo nelle mani della procura, prima riluttante? Poteva apparire una contraddizione, come ricono-

---

<sup>(69)</sup> La scelta di un'accusa sempre pubblica determina il conseguente ripudio (tacito, perché non se ne fa parola) tanto dell'accusa privata (*Privatklage*) prevista dal regolamento germanico per le offese e le lesioni personali perseguibili a querela di parte (§ 414), con la quale poteva concorrere l'accusa pubblica, quanto dell'accusa privata adesiva (*Nebenklage*), che la persona offesa dal reato, nei casi citati del § 414, oppure chi avesse vinto il giudizio di opposizione previsto dal § 173 potevano promuovere ai sensi del § 435 della normativa germanica (nelle sole ipotesi di reati diretti contro la sua vita, l'integrità delle sue membra, la sua libertà, il suo stato civile, o contro i suoi diritti di proprietà).

<sup>(70)</sup> GAROFALO, CARELLI, *Riforma della procedura penale*, cit., p. CXLIII.

scevano gli stessi autori. Eppure « fra tale inconveniente e quello di rimettere alla discrezione della parte lesa le sorti di un imputato e la possibilità della sua punizione, è a preferire quello a questo inconveniente. In Italia certamente, per la esagerazione delle prime impressioni dipendente dalla nostra naturale eccitabilità e per la conseguente precipitazione, ed anche per lo spirito di sofismi e di cavilli molto diffuso nella popolazione, il sistema del Codice austriaco sarebbe pericoloso, se non inattuabile ». Il pregiudizio delle passioni incontrollate dei privati, descritto in modo quasi morboso, e il principio di autorità, in altri termini, prevalevano sul principio individuale, garantendo risultati più sicuri di un'eccessiva apertura al metodo accusatorio.

Dobbiamo tenere presente questa opinione, che ben si sposava anche con gli intenti non rivoluzionari del progetto elaborato dai due magistrati: « non radicali riforme, non novità troppo ardite, non fantasie da dottrinarii sono state da noi sognate » (71), perché « non basta annunziare od imporre riforme radicali, ma bisogna preparare ad esse gli animi, e trasformare le istituzioni in modo che quelle possano senza soverchio sforzo essere applicate » (72): « noi abbiamo consultata la pratica della nostra vita forense, noi abbiamo raccolti i risultati della nostra non breve osservazione, e abbiamo riguardati gl'istituti del procedimento vigente, non tra le nubi di vuote e fantastiche teorie individualiste, ma sotto l'aspetto vero e reale della loro utilità e della possibilità della loro attuazione, date le condizioni inevitabili, nelle quali il processo è obbligato a svolgersi in Italia » (73). Ha ragione chi ha scorto, dietro a queste ed altre proposizioni, un intento reazionario e un fosco preludio di regresso per le garanzie degli imputati (74).

---

(71) Ivi, p. V.

(72) Ivi, p. VI.

(73) Ivi, p. XI.

(74) Sempre nell'Introduzione, infatti, Garofalo e Carelli scrivono anche di non aver voluto distaccarsi « in modo radicale dal sistema del vigente Codice di procedura, il quale se non è ottimo [...] non è veramente così cattivo da autorizzare anche noi, tanto privi di autorità, a presumere di farvi una *immutatio ab imis fundamentis* » (p. VI) e confessano poi apertamente che « il Codice del 1865 [...] è riproduzione più o meno fedele del Codice francese, che consacrava quella tendenza di reazione al passato, diffusa in Francia dall'epoca della Rivoluzione, e consistente in una esagerata preoccupazione

Un altro motivo obbliga ad assegnare un forte peso all'esperienza legislativa tentata da Garofalo e Carelli: lungi infatti dal rimanere chiuso nei cieli della teoria, esso si concretizzò in due progetti ministeriali, promossi da Teodorico Bonacci, approntati da una commissione di cui fecero parte anche i nostri due intraprendenti magistrati (75). Ed ecco apparire, per quanto concerne il nostro tema, come rimedio all'astensione del pubblico ministero, il ricorso al giudice istruttore, la cui ispirazione è chiara: esso riflette proprio le idee dei due procuratori (76). Anche Lucchini avrebbe lodato quell'esperimento normativo, nella menzionata relazione sull'azione penale del 1899 (77).

Quanto però i due giuristi fossero distanti nella mentalità lo dimostra ciò che leggiamo in una nota sintetica sulla questione, scritta da Garofalo, con mano come al solito felice e con prosa scorrevole e chiara, sulla 'sua' rivista (78). Con pochi tratti di penna, Garofalo, riproponeva la soluzione inserita nel progetto elaborato con Carelli, ribadendo che

---

della possibile innocenza dell'imputato » (pp. X-XI). Si rammaricano inoltre di non aver « rispettato abbastanza quella legge, che così insistente si afferma nella vita sociale, nella quale l'individuo scompare di fronte allo Stato » (p. XII). Carrara, come è notissimo, è invece passato alla storia per aver auspicato nella prolusione pisana del 12 novembre 1873 « che si gettasse alle fiamme il nostro codice di procedura penale del 1865 » (*Il diritto penale e la procedura penale*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, v. V, *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo regno d'Italia*, v. II, Lucca, 1874, pp. 26-37) e per averlo definito anche « il nostro medioevale codice di procedura penale » (Id., *Discorsi di apertura*, cit., cap. X, *Dualismo*, p. 189).

(75) MILETTI, *Un processo per la terza Italia*, cit., pp. 130-137; Id., *Ritorno all'inquisizione*, cit., pp. 466-467.

(76) *Progetto del codice di procedura penale in corso di studio presso il Ministero di Grazia e Giustizia* (1893), in « Foro penale », III (1893), p. III, p. 25 e ss., artt. 189 e 512.

(77) *Supra*, nt. 20. La relazione, peraltro, fu recensita in modo stizzito dal barone Garofalo, che non perse l'occasione per rammentare come tra le carte ministeriali giaceva inutilizzato il progetto Bonacci: R. GAROFALO, *I principii adottati dalla Commissione per la riforma della procedura penale*, in « La riforma giudiziaria », I (1901), pp. 193-203. Sulla sostanza della riforma intervenne Guglielmo Vacca, con una lettera aperta pubblicata in « La giustizia penale », VII (1901), cc. 658-666, alla quale Garofalo replicò in « La riforma giudiziaria », II (1902), pp. 325-334.

(78) R. GAROFALO, *L'accusa pubblica e l'accusa sussidiaria*, in « La Scuola positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale », I (1891), pp. 193-196.

nel nostro sistema misto (che per molte ragioni è preferibile) si può ottenere in un modo semplicissimo la più completa garanzia della parte lesa contro la denegata giustizia [...] senza sconvolgere le norme della nostra procedura e senza mutare la natura dello istituto del pubblico ministero quale esso è presso di noi.

E continuava polemicamente:

è vero che con tale proposta, noi non secondiamo l'ideale dottrinario del processo accusatorio [...] di questo sistema molti sono innamorati, per ciò solo che esso esisteva nella Roma repubblicana, ed oggi esiste in Inghilterra. Ma fra questi molti, sarà difficile trovare alcuno che sappia dire le ragioni della sua preferenza.

E concludeva con tono nazionalistico:

noi crediamo invece che l'istituto del pubblico ministero, quale esso è fra noi, rappresenti un vero progresso [...] anziché snaturare questo istituto che altri Stati c'invidiano, bisogna cercare di renderlo più forte e più rispettabile, sopra tutto aumentandone l'indipendenza <sup>(79)</sup>.

## 9. *Conciliare diritti individuali e sociali.*

In verità, che l'indirizzo positivista non fosse caratterizzato da unità d'intenti sull'azione popolare lo chiariscono bene altre voci <sup>(80)</sup>. La cosa del resto non stupisce: come confesserà nel 1914 Eugenio Florian, la scuola non si era ancora spesa al massimo sul delicato terreno del processo penale <sup>(81)</sup>. Tra i primi a ragionare sul tema, oltre a Garofalo, è Agostino Berenini, allora professore a

<sup>(79)</sup> Ivi, p. 196.

<sup>(80)</sup> MILETTI, *Giustizia penale*, cit., pp. 470-472; ID., *Ombre di inquisizione*, cit., pp. 928-930; ID., *Ritorno all'inquisizione*, cit., 463-470.

<sup>(81)</sup> E. FLORIAN, *Introduzione. Il processo penale e il nuovo codice*, in *Commentario del Nuovo Codice di procedura penale*, v. I, *Introduzione - Libro I del Codice di Procedura Penale*, Milano, Vallardi, 1914, pp. 12-13. Più di quindici anni erano trascorsi da quando SETTI, *L'azione penale privata*, cit., aveva riconosciuto che « la scuola positiva di diritto penale non ha ancora studiato la materia processuale con criteri generali », limitandosi a « rilevare quelle incongruenze e quei vietati sentimentalismi che dai primi atti dell'istruttoria all'ultimo giudizio offendono 'l'obbietto del processo razionale e legittimo': la ricerca della verità » (p. 281).

Parma, che una breve incursione sul problema la inserì in un suo saggio del 1888 <sup>(82)</sup>, teso a rivendicare spazi all'azione popolare.

Partendo dall'assunto programmatico che la scuola positiva dovesse farsi più attiva anche in campo processuale, preannuncio di audaci novità, anche Enrico Ferri, nella revisione di un suo libro fortunato, non resisteva all'invitante polemica e formulava anch'egli le sue tesi, lasciandole però prive di sviluppo, in poche pagine della *Sociologia criminale*, inneggianti sia all'azione privata sia all'azione popolare, ritenute entrambe consone agli scopi della scuola positiva, la quale « tende ad un equilibrio più razionale fra i diritti individuali e sociali, non fa soltanto la parte della società contro l'individuo; ma fa anche la parte dell'individuo contro la società » <sup>(83)</sup>. Essa quindi era più completa della « scuola classica », che si ispirava ad un individualismo unilaterale, limitato « soltanto all'individuo *delinquente* considerato per residuo mentale dei tempi di barbarie medioevale e politica, come vittima, lui, dello Stato; ma non si spingeva nemmeno fino alle vittime vere del delinquente, che pur sono individui e persone umane, anche più degne di aiuto e di simpatia ». E tra le innovazioni esemplificatrici « di questo presidio individuale contro le possibili esorbitanze o deficienze del potere sociale » trovava posto anche l'azione popolare, caldeggiata, è vero, pure da alcuni « classici criminalisti », ma « come voto platonico perché dissonanti dall'insieme delle teorie tradizionali » <sup>(84)</sup>.

Nella teoria positivista professata da Ferri, cardine essenziale ed ineliminabile del processo penale doveva restare il pubblico ministero, in piena fedeltà alla « sociologia criminale, che la funzione sociale di difesa contro il delitto voleva affidata ad un organo speciale e distinto », che si andava imponendo perfino in Inghilterra.

---

<sup>(82)</sup> A. BERENINI, *Azione ed istruzione penale. Organi e funzioni. Saggio critico*, Parma, Battei, 1888, in part. p. 185: « se l'accusa privata muove dal cittadino non danneggiato, acquista un più elevato carattere e più prossimo a quello della pubblica accusa: le intemperanze della passione sono meno terribili, epperò il controllo è più efficace, e la responsabilità del pubblico ministero resta più eccitata [...] è la pubblica opinione che gli rinfaccia la sua negligenza per mezzo di un cittadino disinteressato ».

<sup>(83)</sup> E. FERRI, *Sociologia criminale*, Terza edizione completamente rifatta dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino, Bocca, 1892, cap. IV, *Le riforme pratiche*; nella IV ed. (1900), n. 74, p. 743.

<sup>(84)</sup> FERRI, *Sociologia criminale*, cit., pp. 610-611; IV ed. p. 743.

Affinché potesse svolgere questo compito delicato in maniera efficiente occorreva tuttavia assicurare al pubblico ministero autentica indipendenza dal potere esecutivo: ed era proprio questo il motivo per cui, insieme alla carenza di organico, poteva rivelarsi talvolta difettosa la lotta alla criminalità, come aveva già fatto notare Gneist: pressioni politiche, invano negate dal ministro austriaco Justus Glaser, potevano condurre ad insabbiare i processi: « e perciò sarà utile che all'azione del pubblico ministero si unisca, ma non però si sostituisca, l'azione anche dei privati cittadini nel promuovere la reazione sociale difensiva esercitata dal potere giudiziario » (85).

Ecco dunque che, seppure da una prospettiva differente rispetto ai liberali, anche per un positivista l'azione innanzitutto privata della vittima del reato diventava una riforma da sostenere, « una vera e propria guarentigia dell'individuo di fronte al potere sociale »: « per quanto ci sia poco da illudersi, per ora in Italia, sullo spirito di iniziativa individuale » (86).

Ferri, anzi, andava ancora più in là di Garofalo e Carelli (citati ma non discussi): egli alludeva infatti, pur senza entrare nei dettagli, ad un'azione privata e non ad una mera opposizione. Inoltre, egli esternava tutto il suo apprezzamento anche per l'azione popolare, retaggio « di quel diritto romano, che per quanto fu esagerato ed imposto nel campo civile meriterebbe invece di essere nel campo criminale riabilitato dall'accusa fattagli dal Carrara e consentita dai classici, per cui si dissero « i romani giganti nel diritto civile e pigmei nel diritto penale » (87). Ne derivava un appoggio entusiasta all'azione popolare, che Ferri avrebbe voluto applicare largamente, andando oltre alla cerchia di delitti per i quali la immaginava utile Gneist, tenendo poi conto che essa non sarebbe apparsa come una ardita novità per gli italiani, che già la conoscevano in materia elettorale.

Il discorso si arrestava qui, senza delineare alcuna disciplina specifica per il futuro, ma con una risoluta affermazione di principio a favore dell'azione popolare: « una delle riforme che spontaneamente si inquadrano nell'insieme delle proposte fatte dalla scuola

---

(85) Ivi, p. 612; IV ed. p. 744.

(86) Ivi, p. 614; IV ed. p. 746.

(87) Ivi, p. 614; IV ed. p. 747.

positiva, per attuare nella procedura penale un migliore equilibrio fra diritti e guarentigie dell'individuo e della società » (88).

10. *Le due azioni al Congresso fiorentino e una conversione.*

Negli anni Novanta, si può ormai dire che la maggioranza della dottrina lamentasse lo scarso ruolo dei privati nell'avvio del processo penale e che, pur concordando sulla necessità di conservare l'istituzione del pubblico ministero, vedesse di buon occhio lo sgretolamento del monopolio da questi detenuto nel gestire l'avvio del processo. La divergenza si manifestava quanto alla titolarità dell'azione penale: col tempo stava guadagnando sempre più consensi l'idea di assegnare due differenti azioni penali ai privati, una alle vittime del reato, per la persecuzione dei reati 'a danno individuale', e una popolare, civica, ad ogni cittadino, per la persecuzione, se non di tutti, quanto meno di alcuni reati gravi 'a danno collettivo'. Come aveva auspicato il procuratore Cesarini. Dal punto di vista teorico, ambedue le posizioni apparivano fondate. Era quindi sui vantaggi politici delle rispettive innovazioni che poteva essere utile insistere per risolvere il dilemma. L'inerzia del pubblico ministero veniva avvertita sempre più come un disvalore, tanto nei reati a danno individuale come in quelli a danno sociale.

La partecipazione dei privati all'esercizio dell'azione penale è una questione che arriva anche a conquistare una platea più vasta, come quella del III Congresso giuridico nazionale di Firenze nel 1891, che chiude i suoi lavori auspicando l'introduzione sia dell'azione penale privata (in modo assai largo), sia dell'azione popolare (con riferimento ad un certo numero di reati).

Nella sua relazione, Giulio De Notter si esprime ampiamente a favore dell'azione privata (89), pur ritenendo che le statistiche non mettano in evidenza un preoccupante numero di archiviazioni, additando come modello da seguire il progetto di codice di proce-

(88) Ivi, p. 615; IV ed. p. 747.

(89) G. DE NOTTER, *Quarta tesi, Relazione, Parte prima. « Come debba regolarsi la partecipazione dell'offeso o danneggiato dal reato nell'esercizio della azione penale... »*, in *Atti del III Congresso giuridico nazionale tenuto in Firenze l'anno 1891*, Milano-Roma-Napoli-Firenze-Palermo-Catania-Messina-Cagliari, Utet, 1897, pp. 153-158.

dura penale ungherese del 1889, che concede alle persone offese di esercitare l'azione penale in via principale (in relazione ad alcuni titoli di reato), in via sussidiaria ed anche concorrente con il pubblico ministero (in tali casi senza restrizioni). Quanto alle necessarie garanzie, egli opta per un sistema misto, che faccia leva sull'autorizzazione preventiva dell'accusa da parte del giudice (come nel Regolamento austriaco) oppure, ma solo in mancanza di quella, sulla cauzione (come nell'Ordinamento germanico), e sulla condanna dell'accusatore privato ad una multa, qualora il processo termini con una sentenza di non luogo a procedere per inesistenza del reato.

L'azione popolare è affidata alle cure di Alfredo Codacci-Pisanelli, che si era già occupato in altra sede di azioni popolari <sup>(90)</sup>. Chiamato a riferire sulla tesi, egli si pronuncia per una cauta e graduale introduzione legislativa, caso per caso, di qualche azione popolare, vagliando con dovizia di particolari le ipotesi di reato per le quali più si presenta l'opportunità di procedere anche con un'accusa popolare. A fugare ogni dubbio, l'autore afferma che l'azione popolare è comunque un espediente che serve a correggere i difetti del sistema vigente, basati sulla sola iniziativa del pubblico ministero, piuttosto che a sostituire tale essenziale figura.

La rassegna è condotta con mano sicura e l'autore non si propone di seguire integralmente, sul punto, modelli stranieri, come quello insigne di Rudolf Gneist, che in Germania aveva patrocinato un largo utilizzo dell'azione popolare per reprimere non solo i reati elettorali (unica ipotesi già regolata dalle leggi italiane), ma anche i delitti dei pubblici ufficiali, di stampa, di riunione e associazione. Esclusi immediatamente i reati di stampa e quelli di riunione e associazione, la lista viene quindi ridotta innanzitutto ai reati in materia elettorale, dove non si manca di osservare peraltro quanto la pratica dell'azione popolare sia scarsa, pur senza pretendere di ricavare alcunché da un'esperienza troppo recente, essendo la nor-

---

<sup>(90)</sup> A. CODACCI-PISANELLI, *Quarta tesi, Relazione, Parte terza*. « ... se, in quali limiti, e con quali cautele, possa, in relazione ad alcune categorie di reati, ammettersi sussidiariamente, l'azione penale civile, ossia popolare... », ivi, pp. 171-209. Il precedente contributo cui si fa riferimento nel testo è il libro dedicato a *Le azioni popolari*, Napoli, Marghieri, 1887.



mativa appena entrata in vigore. Un'altra categoria per la quale l'autore ritiene utile l'azione popolare è quella dei delitti commessi dai pubblici ufficiali: ma anche qui non in blocco, bensì caso per caso. Risulta così ai suoi occhi meritevole di introduzione, ad esempio, per la concussione, ma non per altre ipotesi. La parte finale della relazione discute i possibili limiti agli abusi cui si potrebbe prestare l'azione popolare.

Quando dunque, nel 1893, Guglielmo Vacca ritorna sull'argomento, trova un terreno, per così dire, perfettamente arato. Nel nuovo saggio <sup>(91)</sup>, egli compie un'indagine assai puntigliosa delle lacune del codice di procedura penale postunitario, addentrandosi nei suoi intricati meandri, un autentico « laberinto », allo scopo di dimostrare che, contro l'inazione del pubblico ministero la legge non offre sostanzialmente alcun rimedio.

Al discorso è premessa una tabella statistica, con i dati degli anni 1879-1889, dai quali l'autore trae la prova che i pubblici ministeri non usano mandare con larghezza gli atti in archivio e in ogni caso solo quando si convincono che il fatto non costituisce reato, perché in Italia i rappresentanti della pubblica accusa non hanno la facoltà di esercitare discrezionalmente l'azione penale, a differenza che in Francia.

Ciò nonostante, la parte offesa resta comunque priva di mezzi per rilevare un eventuale errore di giudizio. L'archiviazione, infatti, è « un atto interno di ufficio, di cui alla parte offesa non è data neppure notizia » <sup>(92)</sup>.

Nei reati a querela di parte, la persona offesa potrebbe chiedere la citazione diretta del presunto autore del reato, mentre è inutile presentare la querela direttamente al giudice istruttore, perché egli non ha il potere di aprire l'istruttoria senza richiesta del pubblico ministero. Ma nei reati in cui si procede d'ufficio, che sono oltre tutto più gravi, il cittadino rimane in un vicolo cieco. Solo se il pubblico ministero chieda al giudice istruttore un'ordinanza di non luogo a procedere, richiesta a cui non è obbligato, ed il giudice

---

<sup>(91)</sup> G. VACCA, *La riforma del codice di procedura penale in Italia*, III. *Il processo penale nella sua struttura e nella pratica. I difetti*, § 1. *Le azioni nascenti dai reati*, in « Rivista Penale », XXXVII (1893), pp. 209-222.

<sup>(92)</sup> Ivi, p. 217.

istruttore o la Camera di consiglio la emettano, la parte civile, a cui il provvedimento deve essere notificato, la può impugnare. È vano sperare anche in un ricorso gerarchico, perché se è vero che il pubblico ministero è il rappresentante del potere esecutivo ed è posto sotto la direzione del Ministro della Giustizia, questi, in caso d'inazione, non ha mezzi per dare impulso all'azione penale.

A completare il quadro, Vacca torna ad attaccare lo stesso giudizio d'accusa, fragile simulacro di garanzia per l'imputato ingiustamente accusato dal pubblico accusatore. L'esperienza, infatti, insegna che, per quanto concerne le richieste di rinvio a giudizio, difficilmente il giudice istruttore si discosta dal parere del pubblico ministero, sicché manca una vera supervisione sull'attività dell'organo accusatore anche dalla prospettiva degli errori c.d. positivi.

All'analisi tecnica dei difetti del sistema vigente segue, nel 1896, il suggerimento dell'antidoto, identificato nell'introduzione nel codice di entrambe le azioni, privata e popolare <sup>(93)</sup>.

Vacca riprende in mano la penna dopo che la questione dell'abolizione del giudizio d'accusa è stata portata all'attenzione del III Congresso giuridico di Firenze del 1891, per merito di Cesarini, e dopo che sul tema si sono avvicendate altre pubblicazioni.

Egli parte dall'assunto empirico, secondo il quale, ancora una volta, il giudizio d'accusa si rivela un inutile strumento di controllo degli errori del pubblico ministero. In particolare, esso non è idoneo a superare l'inerzia del pubblico ministero « imperocché l'esperienza prova che, se il p.m. non domanda il rinvio, raramente il magistrato giudicante riconosce fondata l'accusa; e, dato che la pronunzi, difficilmente i giudici, e, più di questi, i giurati, che il senso pratico ammaestra di non doverne volere più dell'accusatore, profferiscono sentenza o verdetto di condanna, e, ordinariamente, posti fra l'uscio e il muro, innanzi alle requisitorie scritte del p.m. e alla sentenza di accusa, le quali sono in perfetta opposizione fra loro, e alle requisitorie orali, che novantanove su cento concludono per l'assolutoria, finiscono per assolvere » <sup>(94)</sup>.

---

<sup>(93)</sup> G. VACCA, *Di nuovo sulla posizione in accusa*, in « Rivista Penale », XLIII (1896), pp. 125-149.

<sup>(94)</sup> Ivi, p. 130.

Il controllo sull'inazione del pubblico ministero si effettua invece meglio dotando di azione (sussidiaria) sia le vittime del reato sia i cittadini, ciascuno in un proprio ambito, i reati a danno individuale e quelli a danno pubblico o sociale, o almeno una parte di essi (delitti contro la sicurezza dello Stato, contro la libertà, contro la pubblica amministrazione, contro l'amministrazione della giustizia, contro l'incolumità pubblica, contro l'ordine pubblico).

È inevitabile che la difesa sociale finisca per assumere maggior risalto rispetto a quella privata e diventi un obiettivo ancor più importante da raggiungere: « il sindacato ufficiale dei cittadini sull'accusa ufficiale dove sono più interessati ad esercitarlo », declama Vacca, « suscita e favorisce quelle iniziative civiche, le quali sono proprie dei reggimenti liberi e civili, facendo i cittadini solleciti dell'ordine pubblico e delle pubbliche libertà »<sup>(95)</sup>.

Quanto alle garanzie, cambiando idea rispetto al 1884, Vacca pretende che siano più numerose e rigorose di quelle a suo tempo escogitate. I cittadini non potranno agire automaticamente: indispensabili sono la preventiva querela (per la vittima) o denuncia (per ogni cittadino), l'assistenza di un procuratore, l'autorizzazione del giudice, l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, una cauzione, sanzioni contro le accuse temerarie, l'irrevocabilità dell'accusa.

Vacca torna inoltre a proporre che il pubblico ministero notifichi la desistenza alla parte interessata (quella che ha denunciato il fatto o ha sporto querela), che così sarà messa in grado di proseguire l'accusa.

#### 11. *Un « peccato giovanile ».*

Accenti nella sostanza analoghi caratterizzano due articoli di Alessandro Stoppato, apparsi sulla *Rivista penale* del 1893 e 1894<sup>(96)</sup>, permettendo di includere il giurista veneto nella schiera sempre più numerosa dei dualisti.

<sup>(95)</sup> Ivi, p. 147.

<sup>(96)</sup> A. STOPPATO, *L'azione penale nei suoi caratteri fondamentali*, in « Rivista Penale », XXXVII (1893), pp. 513-525; Id., *L'esercizio dell'azione penale*, in « Rivista Penale », XXXVIII (1894), pp. 5-24.

Stoppato (una delle anime del nuovo codice di procedura penale del 1913) tesse innanzitutto l'elogio dell'azione popolare, di cui propugna l'applicazione nel processo penale per un numero determinato di tipologie di delitti che ledono un interesse collettivo, in realtà piuttosto considerevole: elettorali e di stampa, di riunione e associazione, dei pubblici ufficiali, contro la pubblica amministrazione e sanità, contro l'ordine pubblico, contro la libertà dei culti, la libertà del lavoro, dell'industria e del commercio, dei ministri dei culti, contro l'incolumità pubblica. Si aggiungono all'elenco, redatto in via meramente esemplificativa, anche le contravvenzioni di creazione politica.

La giustificazione dell'azione popolare è affidata ad un semplice assioma: « dove vi è offesa deve esservi azione ». Inoltre, nei reati che producono un danno non individuale, bensì collettivo, « a così dire innominato », è opportuno « sviluppare un sentimento di solidarietà fra i cittadini ». Il programma assume così anche tinte ideali ed il paradigma del buon cittadino, puro ed incontaminato, che si leva a difesa della società, ispira una rappresentazione dai toni fortemente astratti: « Questo sentimento necessario alla prosperità delle istituzioni, alla vitalità delle leggi, al miglioramento dei costumi, al progresso nelle libertà deve essere rinvigorito [...] E qui non può esservi il lamentato pericolo di vendette, di rappresaglie, di ricatti, di violenze, e via dicendo, una volta che non può essere, di regola, che un sentimento elevato del pubblico bene che muove ad agire, un sentimento altruistico superiore ad ogni sospetto » (97).

Viceversa, per i reati da cui derivano danni individuali, non è opportuna l'azione popolare: in questo senso, come a ragione aveva sostenuto Carrara, decidere diversamente sarebbe pericoloso per ragioni di ordine sociale. Le persone offese nei loro diritti individuali non devono tuttavia essere defraudate: « il p.m. non deve essere considerato come il cessionario dell'azione, che di essa può disporre, ma piuttosto come un depositario, che deve conservarla, e il privato offeso non deve perdere la sua naturale posizione di proprietà nell'esercizio di essa » (98). Ad esse si concederà quindi l'azione privata, sussidiaria o anche adesiva a quella del pubblico ministero

---

(97) STOPPATO, *L'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 10.

(98) Ivi, p. 14.

(come l'azione popolare), mentre Stoppato è avverso ad un'azione principale ed esclusiva, come anche, e non era una novità, a distinguere tra reati perseguibili a querela di parte o d'ufficio.

Nell'articolo di Stoppato, uno spazio non marginale di discussione è riservato all'opinione dei positivisti. Lo scopo è quello di dimostrare che anche gli esponenti della nuova scuola reclamano una riforma del codice su questo punto, anche se non vi è concordia totale. Garofalo e Carelli, infatti, sono espressamente citati perché avevano preferito il sistema germanico dell'opposizione al giudice istruttore contro il rifiuto del pubblico ministero di agire, con la conseguente apertura di un'istruzione coatta da parte della Procura. L'autore non si lascia sfuggire un moto di critica nei confronti di questa soluzione ed anche di chi, come l'avvocato Giuseppe Leti, è addirittura contrario all'azione privata, che pure dovrebbe risultare in armonia con le premesse ideologiche di difesa sociale della scuola<sup>(99)</sup>. Stoppato, infine, mostra anche una particolare cura nel respingere i timori connessi alle condizioni di maturità del popolo italiano<sup>(100)</sup>: un realismo pessimista che avrebbe rischiato di ritardare la riforma. Sarebbe stata proprio questa, invece, una delle ragioni utilizzate per affossare l'azione privata e popolare nella fabbrica del nuovo codice. La speranza dava allora le ali allo scienziato: dopo l'esperienza da legislatore, Stoppato dovrà fare ammenda di quel suo « peccato giovanile ».

## 12. *Scenari di fine secolo.*

Alla fine del secolo, un'altra voce si leverà a sostegno dell'azione popolare, con argomenti originali. È Alfredo Pozzolini, che

---

<sup>(99)</sup> G. LETI, *Parte civile accusatrice*, in « Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale per servire allo studio dell'uomo alienato e delinquente », XII (1891), pp. 53-57. Costui aveva scritto in termini apodittici: « alla prevenzione e specie alla repressione, che sono ufficio sociale, niuno più disadatto sarebbe, io credo, del privato individuo, sia o no stato egli offeso dal reato consumato [...] se si ammettesse, accanto all'accusa ufficiale, l'accusa della parte lesa [...] ne verrebbe una caccia all'uomo, appunto per quel deplorabile sentimento della vendetta, da cui molti sono, pur troppo, agitati » (pp. 54-55).

<sup>(100)</sup> STOPPATO, *L'azione penale*, cit., p. 525; ID., *L'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 8.

ha il merito di accendere i riflettori sul significato sociale dell'azione popolare <sup>(101)</sup>. Con realismo, egli ritiene da una parte indispensabile mantenere l'accusa pubblica, ma dall'altra denuncia con forza il legame politico tra p.m. e governo, idoneo a favorire l'impunità dei reati politici per una ragione quasi di assuefazione all'ambiente. Se i reati politici colpiscono un'associazione operaia è ancor più difficile procedere (come dimostrato nel caso Frezzi). Le ragioni politiche dell'inerzia della procura vengono quindi messe in primo piano: sono le classi abbienti e dirigenti ad ostacolare il corso della giustizia. Un'altra causa può essere la scarsità dell'organico, che impedisce di procedere in maniera costante e capillare a reprimere determinati abusi, garantendo l'impunità soprattutto dei reati previsti dalla legge sull'emigrazione e sul lavoro dei fanciulli. Il p.m. è quindi un organo che, dal punto di vista sociale, si rivela imperfetto. Anche Pozzolini comprende però che l'azione popolare, già prevista per i reati elettorali, non ha dato i frutti sperati: l'azione non è stata esercitata o i processi si sono conclusi con un nulla di fatto. La ragione sembra risiedere nella loro estrema diffusione, che ha in sostanza determinato un'abitudine al delitto. Egli pensa a forme di incentivo, come quelle individuate da Codacci Pisanelli. La serie di reati politici o contro la pubblica amministrazione per la quale l'azione popolare potrebbe risultare una provvidenza è comunque quella già stilata al III Congresso giuridico nazionale fiorentino: reati di corruzione elettorale (la compravendita del voto è stigmatizzata come prassi delle classi abbienti), abuso d'autorità (soprattutto nei confronti delle associazioni operaie), corruzione dei magistrati, reati previsti dalle leggi sociali (emigrazione, lavoro dei fanciulli). Pozzolini giudica meno favorevolmente l'azione privata: a questo riguardo, può bastare la facoltà di ricorso giurisdizionale, come nel regolamento giudiziario tedesco.

Un altro personaggio da ricordare per aver preso parte attiva

---

<sup>(101)</sup> A. POZZOLINI, *L'idea sociale nella procedura penale. Appunti critici*, in « Archivio giuridico Filippo Serafini », LXI (n.s.-II) (1898), pp. 30-62, pp. 46-53. Sulla fisionomia del giurista pisano: M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale (1883-1912)*, in « Quaderni fiorentini », 3/4 (1974-75), *Il "Socialismo giuridico". Ipotesi e letture*, t. I, pp. 557-642 e in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., v. II, pp. 819-902, pp. 881-884.

al dibattito sull'azione penale privata e su molteplici altri aspetti della riforma del codice di procedura penale postunitaria è Bernardino Alimena. Si tratta di un penalista dalla prosa piana e facile, dotato di una solida preparazione e particolarmente aperto alla comparazione <sup>(102)</sup>. Un giurista dalla mente più pratica che teorica, che trae ispirazione dagli esempi legislativi stranieri, che ama citare in dettaglio, sforzandosi pure di ricostruirne e classificarne le tendenze. Alimena non nasconde la propria predilezione per il codice spagnolo (anche se vorrebbe, come vedremo, che l'azione popolare fosse solo sussidiaria), l'ammirazione per l'istituto del pubblico ministero e un moderato scetticismo per l'efficacia dell'azione privata, corroborato dai dati delle statistiche germaniche e austriache, che ne dimostrano la scarsa incidenza pratica: dubbi sull'effettiva partecipazione dei privati all'esercizio dell'azione penale che vengono estesi del resto anche all'azione popolare e alla costituzione di parte civile, come provano, in questo caso, le tabelle italiane.

A questo punto, il problema sembrerebbe risolto dal buon senso, se è vero che, appagandosi dei dati, « l'istituto del pubblico ministero funziona bene ovunque e non ispira alcun timore, e che i privati cittadini son poco teneri di diventare accusatori » <sup>(103)</sup>.

Sembra tuttavia opportuno anche ad Alimena spezzare il monopolio della pubblica accusa, per fugare i possibili errori dovuti all'inerzia del procuratore, « pur convinti che niuno riuscirà, all'uno e all'altro scopo, meglio di lui, anzi al pari di lui » <sup>(104)</sup>. Anche a tal riguardo, non sono necessarie molte parole per convincersi che la partecipazione dei privati al processo penale merita di essere ampliata — anche se soltanto sul piano astratto — e un'azione non può essere loro negata: « Il diritto del privato cittadino ad esercitare l'azione penale mi sembra così evidente, e direi quasi assiomatico, da sembrarmi perfino superfluo, e forse, arduo, il tentarne la dimo- »

---

<sup>(102)</sup> MILETTI, *Un processo per la terza Italia* cit., p. 49, considera il professore modenese, da questo punto di vista, « lo studioso più esperto ».

<sup>(103)</sup> B. ALIMENA, *Accusa privata e parte civile*, in *Pel cinquantesimo anno d'insegnamento di Enrico Pessina*, vol. II, Napoli, A. Trani, 1899 e in Id., *Studi di procedura penale*, Torino-Milano-Roma-Firenze, Utet, 1906, pp. 167-199, p. 184.

<sup>(104)</sup> Ivi, p. 185.

zione » (105). Pragmatico, dunque, e poco propenso a elevati discorsi di natura teorica, conscio del caleidoscopio di opinioni professate sul tema dalla dottrina, diligentemente elencata, la questione principale da risolvere è semplicemente quella di individuare l'azione giusta da conferire ai privati.

La proposta del penalista cosentino è quella di un'azione popolare sussidiaria, aperta a tutti i cittadini, comprese le persone offese, esercitabile per tutti i reati.

Egli è avverso all'azione penale privata, riservata alle sole vittime del reato: trova la soluzione assurda giuridicamente (perché si rivolge solo ad alcuni cittadini), politicamente (perché non alimenta alcun senso civico di repressione dei reati) e storicamente (perché risveglia consuetudini « ataviche », secondo la sprezzante espressione di Lucchini). E d'altra parte, pur non rilevando la contraddizione, non si sente di escludere le persone offese dal novero dei cittadini ammessi ad esercitare l'azione privata, come se, esercitando l'azione in quanto cittadini, cadessero le obiezioni sollevate (con forza soprattutto da Lucchini) contro l'irruzione dell'interesse privato nei giudizi penali.

Per la stessa ragione (l'azione deve spettare a tutti i cittadini per tutti i reati) gli sembra non difendibile anche la tesi che ho chiamato 'dualista': perché i cittadini non devono poter intervenire a difendere anche gli interessi privati, oltre a quelli pubblici, per uno spirito di solidarietà sociale?

Non è opportuno invece affidare l'esercizio dell'azione penale ad associazioni: un'accusa fatta a nome di tante persone è quasi anonima e si direbbe quasi mossa esclusivamente da scopi politici. L'esperienza di siffatte associazioni in Inghilterra e in Scozia dimostra del resto la loro cattiva prova. Parole che fanno presagire il fuoco di fila a cui sarà sottoposto il coraggioso progetto Finocchiaro-Aprile del 1911.

Questa rinnovata propensione per l'accusa popolare, con il conseguente rifiuto dell'azione privata, sembra dunque trovare la sua ragione più vera nel disinteresse e nel significato più alto, dal punto di vista civico, che la prima ricopre rispetto alla seconda.

---

(105) Ivi, p. 187.



Alimena è sicuro di sé. Non serve ribattere, come alcuni penalisti favorevoli alla sola azione privata, che gli italiani non faranno uso della facoltà generosamente data loro, perché la stessa cosa si potrebbe dire dell'azione privata. Non serve prevedere gli abusi, perché « la paura dell'abuso » non deve giungere a « vietare l'uso » (altro argomento lucchiniano).

La stima professata nei riguardi del pubblico ministero, infine, spiega perché l'azione popolare patrocinata dal professore modenese debba essere solo sussidiaria e mai adesiva, né tanto meno principale. Il pubblico ministero deve anzi avere il potere di sorvegliare l'andamento del processo ed eventualmente di assumere l'azione, sostituendosi ai privati.

Naturalmente, l'esperimento dell'azione popolare esige delle garanzie: a far da guida è ancora una volta la comparazione, nel cui variegato ambito Alimena propende per il modello ticinese. La totale assenza di garanzie, nel codice vigente, determina la sua avversione per la citazione diretta promossa dalla parte lesa, che vorrebbe decisamente abolita.

### 13. *Il teatro delle passioni.*

Al termine di questo percorso, si possono trarre alcune conclusioni.

La maggioranza dei penalisti italiani, alla fine dell'Ottocento, è quasi tutta concorde, pur con varietà di accenti e di angolature, nel criticare il monopolio del pubblico ministero e nel rilevare l'assenza di controlli effettivi sull'attività e inattività del pubblico ministero; quasi tutti convergono nel sollecitare, come rimedio ottimale contro questo tipo di abusi del pubblico accusatore, l'introduzione di un'azione penale, di cui dovrebbero essere titolari i privati. Ciò che rimane oggetto di vivissimo dibattito è il problema delle categorie di privati che dovrebbero partecipare all'esercizio dell'azione penale: solo le vittime del reato o anche tutti i cittadini?

Per non parlare di tante altre questioni tecniche. Per quali reati prevedere l'azione privata o popolare? L'azione doveva essere solo sussidiaria o anche adesiva, quando non principale, cioè esclusiva, rispetto a quella del pubblico ministero? Il pubblico ministero doveva comunque intervenire? Quali altri garanzie si dovevano

prevedere, oltre alla repressione della calunnia, contro le azioni temerarie?

Solo una parte della dottrina, in questo periodo, respinge l'azione privata e/o popolare, facendo leva sullo stereotipo della vittima o del privato cittadino portatore di interessi individuali e privo di oggettiva imparzialità. Una mentalità saldamente incardinata anche in taluni penalisti riformatori. Essa trova ad esempio un influente sostenitore in Lucchini, che se ne serve, però, in modo nuovo: non per fondare il monopolio del p.m., ma per escludere l'azione privata, sulla quale sono concentrate tutte le critiche di « atavismo accusatorio », a vantaggio dell'azione popolare. Lucchini parte dall'assunto che l'azione penale sia sempre pubblica e non possa spettare a individui contaminati dalle passioni. Pubblicità diviene sinonimo di interesse pubblico, assenza di interesse privato e di propositi di vendetta individuale.

Lucchini sarà il maggior fautore dell'azione popolare durante i lavori preparatori del codice del 1913 e nel contempo il più insidioso avversario dell'azione privata: idea, quest'ultima, fortemente sostenuta da un'altra ala della penalistica liberale, che si riconosceva principalmente nel magistero di Carrara.

Era uno stereotipo che, sul principio, era servito a giustificare l'istituzione del p.m., dell'accusatore pubblico, più sicuro e affidabile dell'accusatore privato. La contrapposizione tra l'insufficienza o lo zelo eccessivo degli accusatori privati (trascinati dalla vendetta) rispetto all'imparzialità dell'accusatore pubblico (mosso dall'interesse pubblico e sociale), ad esempio, è un *topos* enunciato da Luigi Borsari nel 1866 <sup>(106)</sup>.

Lo stereotipo, a fine secolo, si presentava fortemente incrinato, tanto che Stoppato poté definirlo « trito argomento » <sup>(107)</sup>.

Ciò nonostante una parte della dottrina avrebbe continuato a insistere sul pregiudizio di parzialità delle parti offese, allo scopo di rafforzare la posizione del p.m. e di garantire le persone offese contro eventuali abusi di inerzia, senza però attribuire ad esse l'azione penale.

Vincenzo Aschettino, ad esempio, nel 1876, si dimostra al corrente del nuovo regolamento austriaco del 1873, del progetto

<sup>(106)</sup> L. BORSARI, *Della azione penale*, Torino, Utet, 1866, p. 188.

<sup>(107)</sup> STOPPATO, *L'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 17.

germanico e del Congresso giuridico di Norimberga del 1875, che aveva accolto la proposta di Gneist a favore dell'azione popolare, ed è consapevole della loro distanza dal principio francese del monopolio dell'accusa. Critica inoltre i « facili novatori, che sognando luoghi e tempi che più non sono, ritengono possibile un ritorno puro e semplice al sistema ammesso da Roma e dall'Inghilterra » e riserva parole di encomio per le proposte di Lucchini, Carrara e del senatore Francesco Borgatti.

Tuttavia, egli è contrario all'introduzione della vera e propria azione penale privata e dell'azione popolare, e preferirebbe piuttosto un ampliamento del numero dei reati a querela di parte e delle correlative ipotesi di citazione diretta <sup>(108)</sup>.

Come garanzia nei confronti di possibili abusi negativi (anche dovuti a pressioni del potere esecutivo), gli sembra migliore soluzione stabilire espressamente nel codice che il p.m. ha l'obbligo di esercitare l'azione penale a seguito di querela per un reato di interesse privato o denuncia per un reato di interesse pubblico, che poi è quello che succede di fatto in Italia, nella prassi: « in pratica non vi è quasi querela o denuncia, cui non tenga dietro una istruzione ed un'ordinanza » <sup>(109)</sup>.

È contrario invece, come altri penalisti impegnati nelle riforme, ad ammettere che il giudice istruttore possa ricevere denunce e querele e agire sulla base delle stesse, perché ciò creerebbe un dualismo rispetto al p.m. e violerebbe la sua indipendenza.

Una cauta apertura a favore dell'azione privata della parte offesa, « che voglia concorrere come parte principale o pedissequa del p.m. alla repressione del reato », per la necessaria correlazione tra diritto e azione si riscontra solo in un successivo scritto del 1888 <sup>(110)</sup>.

Anche Costantino Castori nel 1890 rifiuta l'accusa sussidiaria della persona offesa, « un essere ibrido che degli opposti sistemi tra

---

<sup>(108)</sup> V. ASCHETTINO, *Del concorso della parte lesa nello svolgimento dell'azione penale in relazione al progetto di codice penale per Regno d'Italia*, in « Rivista Penale », VI (1877), pp. 5-28; pp. 103-119.

<sup>(109)</sup> Ivi, p. 21.

<sup>(110)</sup> V. ASCHETTINO, *Della costituzione di parte civile in rapporto all'autore del danno ed alla rappresentanza del danneggiato*, in « Rivista Penale », XXVIII (VIII della II s.) (1888), pp. 5-33, p. 8.

cui sorge, raccoglie piuttosto i difetti che le qualità », sulla base di una rappresentazione arcadica del p.m. I funzionari italiani hanno sempre fatto scrupolosamente il loro dovere e non è opportuno screditarli. Inoltre, l'esercizio dell'azione penale privata implicherebbe « un dualismo pericoloso tra il pubblico ed il privato accusatore ». Infine, egli contesta anche Carrara: non è tirannico negare l'accusa al privato, « poiché il cittadino non ha alcun diritto alla irrogazione della pena, ma solo al risarcimento dei danni » e « la pena [...] si irroga, non nel privato ma nel pubblico interesse »<sup>(111)</sup>. La garanzia massima è ancora individuata nell'obbligo di esercitare l'azione penale a seguito di denuncia o querela (obbligo che dovrebbe essere sancito espressamente nel codice): in tal caso « non è possibile che il Pubblico Ministero, appartenente al potere esecutivo, possa fare l'interesse del Governo non iniziando quei procedimenti che ragioni di partito consigliano di lasciare nel silenzio »<sup>(112)</sup>.

Una parte della penalistica di fine secolo, dunque, rimase avversa all'azione penale privata, ritenendo sufficiente garanzia stabilire espressamente nel codice l'obbligatorietà dell'azione penale, specialmente di fronte ad una querela della parte offesa.

Un altro possibile rimedio di fronte all'inerzia del procuratore, per coloro i quali restavano fedeli, anche nell'orizzonte *de iure condendo*, al principio dell'azione pubblica, era quello di sfruttare la dipendenza gerarchica tra p.m. e governo, derivante dalla natura complessa del p.m., libero e allo stesso tempo subordinato (in quanto amovibile e formalmente vincolato alle direttive superiori) nei confronti dell'esecutivo: una posizione bifronte che costrinse la prima dottrina processualistica a equilibrismi di conciliazione per salvaguardare l'indipendenza dell'organo.

Matteo Pescatore ad esempio si augurava che gli ufficiali del pubblico ministero — in parte agenti del potere esecutivo e in parte magistrati — pur non godendo di indipendenza assoluta dal Governo, come i giudici, « almeno di fatto e abitualmente godano di

---

<sup>(111)</sup> C. CASTORI, *Delle azioni derivanti dal reato secondo il codice penale unico d'Italia*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il codice unico del regno d'Italia*, pubblicato da P. Cogliolo, Milano, Dott. Leonardo Vallardi Edit., 1890, in particolare pp. 21-23.

<sup>(112)</sup> Ivi, pp. 47-51, in particolare p. 50.

una reale libertà nell'esercizio delle loro funzioni ». Liberi di esercitare l'azione penale anche se il Ministro lo abbia vietato, così che il giudice debba comunque procedere, e liberi di non esercitarla quand'anche il Ministro l'abbia ordinata, così che il giudice non ne possa altrimenti essere investito. Essi tuttavia rimanevano comunque responsabili di fronte al Ministro e perciò avrebbero dovuto eseguire l'eventuale ordine di esercitare l'azione penale, oltre ad ogni direttiva concernente la procedura loro rivolta durante il giudizio. Indipendenza assoluta invece e piena libertà di coscienza quanto alle conclusioni processuali nel senso della condanna o dell'assoluzione dell'imputato <sup>(113)</sup>. Ragionava allo stesso modo anche l'allievo Luigi Mattiolo <sup>(114)</sup>.

Si trattava però di un'arma a doppio taglio. La soluzione poteva prestarsi anche a legittimare ingerenze della politica in senso contrario al corso della giustizia, come avrebbe osservato Saluto nel 1877, nel prevedere le pericolose interferenze del potere esecutivo nell'esercizio dell'azione penale: « onde il potere esecutivo si è aperta, secondo l'espressione energica del cav. Borsari, una lunga breccia nella giustizia, e potrà tutto armato entrarvi, quando gli talenti, potendo imporre al P.M. o negargli l'esercizio dell'azione penale, le requisitorie, le aringhe, trasfondergli le proprie convinzioni, la *politica* nella giustizia » <sup>(115)</sup>.

Ancora negli anni Ottanta dell'Ottocento, quando ormai la penalistica liberale aveva raffinato gli argomenti contro il monopolio

---

<sup>(113)</sup> M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura criminale*, Vol. I - Parte II, *Procedura criminale*, Torino, Utet, 1864, pp. 21-22.

<sup>(114)</sup> L. MATTIROLI, *Elementi di diritto giudiziario civile italiano*, vol. I, *Ordinamento giudiziario - Competenza*, Roma-Torino-Firenze, Bocca, 1875, p. 335; ID., *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, vol. I, Quinta edizione interamente riveduta e ampliata dall'autore, Torino, Fratelli Bocca, 1902, p. 513.

<sup>(115)</sup> F. SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, Roma-Torino-Firenze, Bocca, 1877, sub art. 2, p. 64. Sui rapporti tra potere esecutivo e magistratura nell'Italia postunitaria, oltre agli scritti cit. a nt. 1, v. da ultimo il cospicuo studio di C. STORTI, « *Un mezzo artificiosissimo di governo per ottenere con inganno e con vie coperte ciò che apertamente non si potrebbe ordinare* ». *Le circolari dei ministri di giustizia sul processo penale tra unificazione e fascismo*, in *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. Colao, L. Lachè, C. Storti, C. Valsecchi, Macerata, Eum, 2011, pp. 577-627.

del pubblico ministero e nel contempo parato le obiezioni contro i rischi che avrebbe corso la giustizia penale, ampliando la partecipazione dei privati nel processo, adoperandosi per la configurazione dell'azione penale privata e/o popolare, persiste un filone avverso a concedere ai privati l'azione penale, non omogeneo peraltro nelle argomentazioni.

Antonio Buccellati, ad esempio, non risparmia critiche al modo in cui il p.m. è strutturato. Si dichiara contro la sua dipendenza dal potere esecutivo e rilancia l'idea di un magistrato autonomo. Ma scrive anche che « è l'amore di questa stessa indipendenza che ci obbliga a combattere anche l'opinione, doversi l'azione concedere a tutti i cittadini, o *esclusivamente* al privato offeso ». Gli argomenti per combattere l'azione privata e/o popolare sono altrettanto noti: « in tal caso abbiamo in moto l'interesse e le passioni private e riesce illusoria l'*oggettività* della giustizia. Il privato offeso poi, unico accusatore, toglie al reato il suo carattere intrinseco di pubblica offesa; e gli attribuisce quello di privata offesa, che si conviene all'azione civile, derivante dal reato ». L'azione penale, dunque, non può che essere affidata a un organo pubblico. Alle persone offese il penalista milanese è disposto ad offrire un rimedio meno invasivo, in caso di inerzia del p.m.: un ricorso gerarchico come quello previsto dal codice germanico, mentre l'azione privata sussidiaria prevista dal regolamento austriaco e l'azione privata principale del codice germanico gli sembrano « varcare la giusta misura; perché coll'*unicità* dell'azione privata si offende il carattere pubblico di questa » <sup>(116)</sup>.

Tra coloro che pur si dichiarano soddisfatti del monopolio del p.m., solo Enrico Pessina non si pronuncia apertamente contro i privati e le loro passioni, limitandosi a dedurre dall'ordinamento positivo l'esclusione degli stessi dall'esercizio dell'azione penale: il pubblico ministero è « la personificazione vivente dell'azione penale », « il privato ed ogni altro pubblico ufficiale non possono essere considerati mai come l'organo dell'azione penale », « l'azion

---

<sup>(116)</sup> A. BUCCELLATI, *Il nihilismo e la ragione del diritto penale*, in « Memorie del Regio Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, Classe di Lettere e Scienze morali e storiche », XV (1885), pp. 303-304. Cenni in Id., *Istituzioni di diritto e procedura penale secondo la ragione e il diritto romano*, Milano-Napoli-Pisa, Hoepli, 1884, pp. 448-449.

penale [...] è indipendente da qualsiasi arbitrio sì degli individui privati e sì dello stesso organo sociale che la rappresenta, cioè del Pubblico Ministero » (117).

Il sostituto procuratore generale della Corte d'appello di Napoli Filippo Manduca nel 1888 è forse l'avversario di fine secolo dai toni più impetuosi e apocalittici nei confronti dei privati nel processo penale: « la esperienza, grande maestra della vita, ci apprende che l'offeso è spinto dalla vendetta nel perseguire il suo offensore [...] nei reati perseguibili ad istanza privata ed in quelli nei quali avvii costituzione di parte civile, spesso l'accusa privata non resta mai soddisfatta della giustizia punitiva, brontola sempre nell'applicazione della pena. È la esagerazione personificata », mentre « la giustizia punitiva è qualche cosa di superiore ed all'individuo ed allo Stato stesso » (118).

Un conservatore a *oltranza* o *intransigente*, per usare il pungente lessico carrariano, ostile anche all'azione popolare: « l'accusa degenererebbe in arma di privati rancori: schiuderebbe l'adito a vessazioni ingiustificate, turberebbe la pace delle famiglie, scalzerebbe il principio dell'istituto del Pubblico Ministero, attenterebbe ai diritti dello Stato » (119). Peggio ancora se essa fosse concessa per la repressione dei reati politici: « tanto la penale, che la civica sussidiaria azione pei reati politici non la crediamo una garanzia costituzionale [...] né a dir breve una potente garanzia a difesa del diritto pubblico, perché nel reato politico vi sta, oltre dell'odio, del rancore, della passione, il fanatismo e la potente convinzione del principio » (120).

Opposta è la rappresentazione del pubblico ministero, funzionario mosso esclusivamente dalla legge del dovere, « che il Pubblico Ministero senza passione, alla luce della pubblicità, col coraggio del diritto, sotto il controllo della pubblica opinione, esplica in tutti i suoi momenti costitutivi » (121). Decisamente a Manduca si attaglia

---

(117) E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, v. II, Napoli, Stamperia della Regia Università, 1871, p. 347.

(118) F. MANDUCA, *La procedura penale e la sua evoluzione scientifica*, Napoli, Anfossi, 1888, p. 85.

(119) *Ivi*, p. 86.

(120) *Ivi*, p. 91.

(121) *Ibidem*.

un giudizio stilato da Gabriele Napodano qualche anno prima, con riferimento a coloro che erano adusi a fare l'apologia dell'istituzione: « mostruose esagerazioni di coloro, che, per troppo amore, ne vorrebbero formare un Nume » (122).

Tra i positivisti, mentre alla fine del secolo sembrerebbe una voce isolata quella autorevolissima di Garofalo che (anche in coppia con Carelli) dichiara la sua diffidenza nei riguardi dei privati e la sua preferenza per il ricorso giurisdizionale alla tedesca, piuttosto che per l'azione privata sussidiaria di tipo austriaco, si registrano aperture verso una maggiore partecipazione dei privati all'esercizio dell'azione penale, confermando la presenza di una pluralità di orientamenti ideologici non riconducibili ad unità nell'evoluzione della scuola.

Nelle rivendicazioni di un'azione popolare, quindi, finiscono per impegnarsi giuristi di estrazione politica e giuridica eterogenea.

Dopo il socialista Berenini, attivista dell'azione popolare, un tentativo di rilancio dell'azione popolare si deve al radicale Pozzolini. In seguito toccherà soprattutto a Ferri di insistere a favore della necessità di istituire una doppia azione, privata e popolare (123).

Un'altra voce acutissima nel denunciare i difetti sociali del codice di procedura penale sarà, nel nuovo secolo, quella di Antonio Guarnieri-Ventimiglia il quale, nel 1912 su *Critica sociale*, osserverà

---

(122) G. NAPODANO, *Del pubblico ministero nei popoli civili e delle sue condizioni in Italia*, Napoli, tip. di G. Argenio, 1880, p. 141.

(123) Nel 1914 Ferri sosterrà anche la funzione pubblica della parte civile, portando così a compimento il rovesciamento dello stereotipo della vittima. Cfr. *Il nuovo Codice di Procedura Penale. Prime impressioni*, in « La Scuola positiva », XXIV (1914), pp. 1-7, pp. 6-7: « La parte civile nel processo penale è dunque [...] il terzo protagonista, oltre lo Stato e l'imputato; ed il nuovo Codice che ne mutila i diritti e le facoltà costituisce in questo un vero regresso, a cui non tarderà la reazione della realtà vivente. La parte civile nel processo penale ha, sì, lo scopo di ottenere il risarcimento del danno sofferto, ma per giungere a questo scopo deve anzitutto coadiuvare alla prova del fatto delittuoso e della responsabilità dell'imputato. Essa vi compie, per ciò, una funzione pubblica e di giustizia sociale. E tutti sanno come lo zelo e la sagacia della parte civile siano assai più solerti dell'opera abitudinaria del pubblico ministero. [...] Certo i diritti dell'imputato sono sacri, ma quelli della parte civile lo sono altrettanto! L'imputato è un probabile malfattore: il danneggiato è un cittadino onesto. Ed è veramente iniquo, oltretutto improvvido, il sacrificio che il nuovo Codice ha consumato dei più doverosi riguardi dovuti alla vittima del delitto ».



molto francamente che, finché non cambierà la mentalità e il processo penale non si adegnerà ai postulati della sociologia criminale, l'atteggiamento di sfiducia del popolo nei confronti della giustizia penale rimarrà tale e renderà inattuabile l'auspicato ricorso all'azione popolare: « oggi la pena, unica sanzione giudiziaria, non diviene che creatrice di delitti e di delinquenti [...] circonda di avversione e di paura l'ambiente in cui la giustizia dovrebbe amministrarsi grave, serena e benefica; provoca reazioni di odio e di vendetta [...] le folle hanno assai scarsa fiducia nell'azione della giustizia penale » (124).

E nel 1917 scriverà che « l'azione popolare [...] è il tipo, anzi il prototipo, del problema *giuridicamente* insolubile. Oggi non è possibile, né ammettere, né escludere l'azione popolare senza gravi inconvenienti, danni e pericoli. L'unica soluzione è nella valutazione *sociale* del delitto, del delinquente, della responsabilità penale, quando il delitto non sarà più questa miccia che desti un incendio di ira, di odio e di terrore ma, semplicemente, il fatto umano e naturale di un ammalato o di un disgraziato da curare, da assistere o da ricoverare [...] l'azione popolare cesserà di sembrare un pericolo od una minaccia e sarà invece la naturale, utile e benefica cooperatrice, nell'opera altissima di miglioramento degli individui e di difesa della società » (125).

L'approdo, tuttavia, sarà ben diverso. Nel ridefinire gli obiettivi della politica positivista nel campo criminale, Eugenio Florian nel 1912 esalterà la concezione rigidamente pubblicistica e statualistica del processo penale, della quale è logico corollario l'esclusione di ogni ingerenza dei privati. La forma più opportuna di controllo degli eventuali abusi negativi del procuratore non sta quindi nel concedere ai privati il potere di esercitare l'azione penale, così inquinando il processo di interessi privatistici e parziali, ma nel concentrarne la gestione nelle mani del rappresentante pubblico dell'accusa, seppure sotto controllo giudiziale: nella fattispecie, il

---

(124) A. GUARNIERI-VENTIMIGLIA, *I difetti sociali del progetto della Procedura penale*, in « Critica sociale », XXII (16 giu. 1912), 12, pp. 188-190, p. 189.

(125) A. GUARNIERI-VENTIMIGLIA, *Introduzione generale*, in A. Gismondi, A. Guarnieri-Ventimiglia, D.A. Tommasi, *Il nuovo codice di Procedura Penale Italiano illustrato*, V. I, Milano, Società Editrice Libreria, 1917, p. 27.

mezzo più efficace consiste nell'obbligo, da parte del p.m., di sottoporre al giudice la richiesta di archiviazione <sup>(126)</sup>.

Sono contraddizioni che emergeranno anche nel corso dei lavori preparatori del nuovo codice di procedura penale, tra colpi di scena, tradimenti e pentimenti, anche di coloro che, nella fase d'oro della penalistica riformista, avevano esaltato l'azione penale privata e popolare come una imprescindibile garanzia costituzionale.

---

<sup>(126)</sup> E. FLORIAN, *Degli organi per l'esercizio dell'azione penale e gli scopi del processo*, in «Rivista di Diritto e Procedura Penale», III (1912), pp. 398-430, pp. 448-471. È lo stesso anno in cui vede la luce il *Manuale di procedura penale italiana* di Vincenzo Manzini.