

Capitolo I

L'inquadramento storico-dogmatico dell'imputazione: da atto di impulso processuale a domanda di condanna

SOMMARIO: 1. Il ritardo scientifico del diritto processuale penale. – 2. Le teorie dell'*actio*: la fioritura degli studi germanici e le suggestioni civilistiche. – 3. L'autonomia e l'astrattezza dell'azione penale, verso il definitivo abbandono degli schemi privatistici. – 4. La prospettiva dinamica dell'azione e la fisionomia cangiante dell'addebito sotto la vigenza del codice Rocco, tra varietà terminologiche ed incertezze lessicali. – 5. Il nuovo assetto processuale: dalla ripartizione dei ruoli all'autonomia funzionale delle fasi. – 6. La necessaria completezza delle indagini preliminari e la natura concreta dell'azione penale nel disegno "accusatorio" del vigente codice di rito.

1. *Il ritardo scientifico del diritto processuale penale*

L'indagine svolta sul piano dogmatico in tema di imputazione prende le mosse dall'ampio ed articolato dibattito dottrinale sviluppatosi intorno al concetto di azione penale e, in particolare, al valore giuridico che assume il fatto addebitato all'imputato.

È bene, allora, non trascurare i ricorrenti tentativi, esperiti sin dalle prime elaborazioni dottrinali, di affidare la definizione della natura giuridica dell'azione penale alle riflessioni elaborate in sede di teoria generale del processo e specialmente in ambito processualcivilistico¹.

¹Per un'ampia esposizione delle teorie sorte, in ambito civilistico, sul concetto di azione, cfr. G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Società editrice «Foro italiano», Roma, 1930, p. 3 ss.; E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, vol. II, Cedam, Padova, 1950, p. 427 ss.; A. PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. II, Utet, Torino, 1958, p. 29 ss., con appendice di E. TULLIO, p. 46; R. ORESTANO, voce *Azione I. L'azione in generale*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Varese, 1959, p. 785 ss.; V. DENTI, voce *Azione. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*

Pervero, l'indiscussa maturità raggiunta dalle teoretiche del processo civile, fortemente debitrice della secolare tradizione romanistica², esercitava un'irresistibile *vis attractiva* sulle aspirazioni scientifiche manifestate dai cultori del diritto processuale penale nella seconda metà del XIX secolo. La procedura penale scontava, infatti, fin dai primi anni del Novecento un'evidente arretratezza metodologica³ rispetto alle altre branche del sapere giuridico; arretratezza tale da costarle – come noto – l'appellativo di “Cenerentola”, contentandosi «delle vesti smesse dalle sue più fortunate sorelle»⁴. L'accostamento all'immagine fiabesca esprimeva, in modo efficace, la posizione di inferiorità rivestita dalla procedura penale e la sua attitudine a servirsi degli istituti e dei principi comuni, già am-

Treccani, vol. III, Roma, 1988, p. 1 ss., e più recentemente, E. FAZZALARI, *La dottrina processualistica italiana: dall'«azione» al «processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 911. Pur nella varietà delle raffigurazioni teoriche via via prospettate, le elaborazioni dogmatiche in tema di azione hanno conferito al concetto di “azione” un valore ontologico affinché potesse essere considerato come un dato reale e, pertanto, “esportabile” anche in altri settori dell'ordinamento, quale, appunto, quello penalistico. Tra le prime costruzioni dogmatiche in tema di azione penale, si ricordi V. LANZA, *Principi di diritto processuale penale secondo il nuovo codice di procedura penale*, Athenaeum, Roma, 1914, p. 134 ss.; S. RANIERI, *L'azione penale: contributo alla teoria dell'azione nel diritto processuale penale*, Istituto Editoriale Scientifico, Milano, 1928, *passim*; E. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana. I: le dottrine generali del processo penale*, Jovene, Napoli, 1934, p. 7 ss. Per una puntuale rassegna critica della dottrina sul concetto di “azione penale”, si rinvia a A. MARUCCI, *I rapporti fra giudice istruttore e pubblico ministero. Azione penale e sentenza istruttoria*, ed. Alfonso Pianezza, Busto Arsizio, 1949, p. 109 ss.

²Ripercorre, magistralmente, gli studi germanici e romanistici sulla concezione di *actio*, E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 9 ss. Secondo F. CARNELUTTI, *Profilo dei rapporti tra diritto penale e diritto civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 5, il successo degli studi raggiunto in ambito civilistico doveva molto all'opera dei giureconsulti romani e, in particolare, al meccanismo dell'*ordo iudiciorum privatorum* nel sistema processuale *per formulas* in cui l'azione veniva concessa dal giudice mediante la relativa formula.

³I primi tentativi di sistemazione scientifica del diritto processuale penale si rivelarono mediocri commentari al codice di rito, privi di qualsivoglia approfondimento storico e di alcuna indagine comparatistica con le esperienze straniere. Sull'assenza di nesso logico ed organico tra le parti della scienza della procedura penale, P. BARSANTI, *Pensieri intorno alla sistemazione scientifica della procedura penale*, in *Studi giuridici per le onoranze a Francesco Carrara*, Marchi, Lucca, 1899, p. 338.

⁴Così, F. CARNELUTTI, *Cenerentola*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, p. 1 ss., e successivamente, in *Questioni sul processo penale*, Zuffi, Bologna, 1950, p. 3 ss., ricordava come la teoria del processo penale fosse ancora in una fase di «netta dipendenza dalla teoria del processo civile: dove si tenta di superare l'empirismo, servono quasi esclusivamente degli schemi importati. D'una lavorazione indigena non dico che non ci siano tracce, ma sono quasi irrilevanti; e tanto meno d'una esportazione dal campo del processo penale a quello del processo civile». Nello stesso senso, E. FLORIAN, *L'insegnamento universitario del diritto e della procedura penale in relazione al Progetto Rocco*, in *La scuola positiva. Rivista di diritto e procedura penale*, 1928, pt. I, p. 138, si interrogava su quanto ancora la scienza processualpenalistica dovesse «continuare ad essere la Cenerentola delle nostre Facoltà universitarie».

piamente approfonditi dagli studiosi del rito civile o, più in generale, dai teorici del diritto⁵.

Molteplici le cause di simile «rachitismo scientifico»⁶, alla cui radice si poneva, senza dubbio, l'asservimento continuo del processo penale ai mutevoli impulsi di carattere ideologico-politico: la discontinuità che investiva l'assetto del rito, oscillando tra torsioni accusatorie e ritorsioni inquisitorie⁷, non aveva, di fatto, permesso ai cultori della materia di conseguire un'adequata stabilità nell'elaborazione dogmatica.

Ad acuire, poi, il ritardo culturale, vi era l'assenza di un'effettiva autonomia didattica⁸, anche dopo il 1938; anno in cui il R.D. 30 settembre 1938, n. 1652

⁵ Veniva definito «periodo mimetico», da F. CARNELUTTI, *La malattia del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 2, il periodo scientifico a cui apparteneva la formazione della procedura penale, giacché «la scienza del processo penale viveva a spese della scienza del processo civile, sembrando che d'altro non vi fosse bisogno se non di applicare ai suoi fenomeni i concetti elaborati dai cultori del diritto processuale civile». Sull'asservimento continuo alle conclusioni della dogmatica civilistica, si soffermava, altresì, P. DE LALLA, *Il concetto legislativo di azione penale*, Jovene, Napoli, 1966, p. 56; il quale sottolineava come la costruzione di interi settori della scienza giuridica processualpenalistica fosse avvenuta su importazione di concetti dal processo civile: dalla teoria del rapporto giuridico processuale a quella dei vizi degli atti processuali.

⁶ L'espressione è di G. BELLAVISTA, *Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale penale in Italia*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Giuffrè, Milano, 1952, vol. I, p. 166; per una più recente ricostruzione sul punto, si rinvia a M.N. MILETTI, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in L. GARLATI (a cura di), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 69 ss., e, altresì, R. ORLANDI, *La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale*, in *Criminalia*, 2010, p. 207 ss.

⁷ Per un'ampia elaborazione storica dei sistemi accusatorio ed inquisitorio, cfr., senza alcuna pretesa di completezza, P. FIORELLI, voce *Accusa e sistema accusatorio (dir. romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Varese, 1958, p. 330; G. CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio (diritto processuale penale)*, *ivi*, p. 334; G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio e inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988, p. 1; U. DINACCI, *Il sistema penale tra garantismo e autoritarismo*, Jovene, Napoli, 1984, p. 3; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, Bari, 1989, p. 574 ss.; E. ZAPPALÀ, *Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 886; L. MARAFIOTI, voce *Rito inquisitorio e rito accusatorio*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5360 ss.; e, in chiave comparatistica, V. FANCHIOTTI, voce *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio (dir. comp. e stran.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIX, Roma, 1993, p. 1 ss.; E. AMODIO, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, in E. AMODIO-M.C. BASSIOUNI (a cura di), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988, p. XXI.

⁸ Precoci le osservazioni di P. BARSANTI, *Della necessità di separare l'insegnamento della procedura penale da quello che diritto penale*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1898, p. 4, sugli inconvenienti derivanti dal cumulo delle due materie. Sul legame intercorrente tra l'autonomia didattica e l'evoluzione scientifica del diritto processuale penale, si veda, altresì, G. BELLAVISTA, *Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale penale in Italia*, cit., p. 166-167; ed ampiamente M. PISANI, *Procedura penale: itinerari dell'autonomia didattica*, in *Riv. dir. proc.*, IV, 1998, p. 1176; ID.,

introdusse l'istruzione separata della "procedura penale"⁹. Alla formale scissione dell'insegnamento processuale dal diritto penale non aveva fatto seguito, invero, un autentico progresso scientifico¹⁰: la procedura continuava a rivestire un ruolo del tutto ancillare rispetto alla disciplina sostanzialistica, come fosse – per usare un'eloquente espressione – il "servo muto"¹¹ nelle commedie di Plauto. Basti pensare che la stessa copertura delle relative cattedre era stata, per decenni, riservata ai titolari del diritto penale¹², «la cui produzione (anche a fini concorsuali) era comprensibilmente sbilanciata su tematiche sostanziali»¹³.

La compenetrazione di tali materie, relegando la disciplina processuale a mera

L'autonomia didattica della procedura penale in Italia, in *Ind. pen.*, 1967, p. 127 ss., il quale, nel ripercorrere l'evoluzione didattica della disciplina processualpenalistica, ricorda come la prima cattedra della nuova materia fosse stata istituita presso l'Università di Roma e ricoperta da Vincenzo Manzini nel 1938.

⁹ A testimoniare l'inferiorità accademica della materia vi era la stessa denominazione di "procedura", per indicare la mera sequela di atti tesa ad un risultato; denominazione sostituita solo successivamente con "diritto processuale penale" a voler sottolineare l'acquisito spessore metodologico, tipico di un sistema scientifico.

¹⁰ Del resto, «i residui della lunga catalessi pesano: ci vuol tempo a smaltirli»; così, F. CORDEIRO, *Miserie della procedura penale*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo. Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 14-15 marzo 2008*, Jovene, Napoli, 2008, p. 157 ss.

¹¹ Sulla posizione assunta dal processo rispetto al diritto sostanziale, prima di «servo muto», poi di «socio paritario» e, infine, di «socio tiranno», si rinvia alle considerazioni di T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 435 e successivamente di V. GAROFOLI, *Il Servo muto e il socio tiranno. Evoluzione ed involuzione nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1457 ss., tese a ripercorrere il rapporto intercorso tra diritto sostanziale e diritto processuale penale, la cui parabola mostra come da un errato concetto di strumentalità – «inteso come scala di valori nella quale la norma processuale lascia apoditticamente il passo alla norma sostanziale» – nascono molte delle storture rinvenibili nell'attuale assetto di giustizia. Importanti critiche alla tesi che propugna il primato del diritto sostanziale sul diritto processuale sono state avanzate anche da D. PULITANO, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 951. Occorrerà attendere molto tempo per assistere al rovesciamento dei rapporti tra diritto sostanziale e diritto processuale, quando, cioè, il processo penale inizierà ad assumere progressivamente il ruolo di "socio tiranno" del diritto sostanziale, in tal senso, M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, Cedam, 1998, p. 191. Per una recente ricognizione dell'interferenza tra le funzioni della pena ed il processo, cfr. L. MARAFIOTI, *Funzioni della pena e processo penale*, in G. DE FRANCESCO-E. MARZADURI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2016, p. 1 ss., in corso di pubblicazione.

¹² Per tale motivo, F. CARNELUTTI, *Continua la malasorte di Cenerentola*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 650, la riteneva una riforma sterile, finché, cioè, si continui «a provvedere al processo penale per incarico, conferito per lo più al titolare del diritto penale sostanziale».

¹³ Così, R. ORLANDI, *La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale*, cit., p. 212, il quale sottolinea come la stratificazione della materia processuale sullo studio del diritto penale sostanziale finiva per soffocare i tentativi di rivendicazione autonomista della prima nei confronti del secondo, con evidente sperequazione della produzione scientifica a favore del diritto sostanziale.

appendice di quella sostanziale, impediva alla prima di elevarsi, al pari degli altri saperi giuridici, al rango di insegnamento essenziale nella cultura accademica e contribuiva, così, ad ostacolarne il cammino verso il proprio riscatto scientifico.

Per giunta, diversamente da quanto era accaduto agli studiosi del processo civile, giovatisi a lungo dei progressi ottenuti nel campo sostanziale, i cultori della procedura penale non avevano potuto trarre i medesimi giovamenti dallo sviluppo della scienza penalistica, attraversata quest'ultima da una profonda crisi metodologica¹⁴.

La costruzione della scienza giuridica penale – scandita, come noto, dalla triade “esegesi-dogmatica-critica” – presentava, all'epoca, gravi lacune ed imperfezioni, specialmente sul piano sistematico. Allo studio dogmatico degli istituti penali veniva, infatti, abitualmente prediletto il mero commento esegetico della normativa. Predilezione riscontrata, anzitutto, tra i penalisti appartenenti alla schiera dei pratici, il cui «difetto di attitudine speculativa, la mancanza d'abito scientifico, l'inettitudine e l'inabitudine all'astrazione impedivano di andar oltre un pedestre esame del documento legislativo»¹⁵, giacché solo un autentico rigore dogmatico era in grado di edificare un sistema organico di principi fondamentali del diritto positivo. Pertanto, anche la ricerca critica, non sorretta da una solida cognizione sistematica delle norme giuridiche, si riduceva ad una sterile revisione negativa, incapace di prospettare nuove soluzioni normative. Essa – come evidenziato da Rocco nella sua celebre prolusione – «abbattendo senza riedificare, perven[iva], in ultima analisi, ad un diritto penale ... senza diritto!»¹⁶.

Contribuiva ad inasprire la crisi, l'indebita ingerenza esercitata dai cosiddetti saperi “ausiliari” – quali l'antropologia, la psicologia e la sociologia criminale – sul metodo tecnico giuridico e, di conseguenza, sulla procedura penale, oggetto anch'essa di approfondimento scientifico da parte del penalista. Il processo penale, fregiato di simili ingombranti sovrastrutture, «che ne offuscavano l'intima

¹⁴Di una crisi acuta raccontava, nell'insigne prolusione sassarese, A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, vol. I, pp. 497 ss. e 561 ss.; sul punto, si rinvia, altresì, a A. CORDOVA, *Ancora della questione del metodo nella scienza del diritto penale*, in *Riv. pen.*, 1919, p. 15; G. BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche e crisi nella scienza del diritto criminale*, in *Arch. pen.*, 1950, p. 86.

¹⁵Così, A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., p. 462, ammoniva: «guai a coloro che subordinano la conoscenza scientifica del diritto al puro, gretto e materiale, commento esegetico della lettera legislativa!». Sull'importanza dell'armonia tra le fasi che cadenzano il metodo tecnico giuridico, cfr., altresì, G. BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche e crisi nella scienza del diritto criminale*, cit., p. 99.

¹⁶In questi termini, A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., p. 504.

essenza e ne determinavano delle profonde deviazioni»¹⁷, non poteva che abdicare alla propria autonomia.

Ma vi era di più. La “gracile costituzione”¹⁸ del diritto processuale penale, oltre ad impedire l’evolversi di una ricerca metodologicamente indipendente dalle altre scienze, frenava, altresì, la costruzione di una teoria generale del processo¹⁹ atta a ricomprendere, per identità di funzione e scopo, tutti i distinti rami processuali²⁰. Invero, il dislivello tecnico e scientifico perpetrato rispetto alle altre discipline processualistiche spingeva i sostenitori di tale teoria a servirsi di categorie prettamente civilistiche, cedendo, così, alla facile tentazione di risalire ad una nozione unitaria di processo sulla falsariga di quello civile²¹.

¹⁷ Così, GU. SABATINI, *Nozione della scienza del diritto processuale penale come disciplina giuridica autonoma*, in *La scuola penale unitaria*, vol. II, 1928, p. 73. Nello stesso senso, V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio 1885-1925*, Pubblicazione dell'Università degli studi, Modena, 1925, p. 7, secondo il quale, «il criterio politico, il sociale, lo storico ma soprattutto filosofico, colle forme più astruse della metafisica più sfrenata, soffocando il criterio giuridico, sin quasi ad ucciderlo [...] impediscono la netta percezione dei contorni, noi non abbiamo più diritto, perché il diritto è la precisione».

¹⁸ Efficace espressione di F. CARNELUTTI, *La malattia del processo penale*, cit., p. 1.

¹⁹ Queste le preoccupazioni espresse da F. CARNELUTTI, *Per una teoria generale del processo*, in *Questioni sul processo penale*, cit., p. 16 ss., a parere del quale la indiscutibile inferiorità della scienza processuale penale rispetto a quella civile «non costituisce un danno soltanto per il processo penale ma pure per il processo civile in quanto impedisce i contributi, di cui la teoria generale ha bisogno». Dello stesso avviso, ricordando le parole dell’insigne giurista, M.N. MILETTI, *Un vestito per Cenerentola. L'identità del diritto processuale penale all'alba della Repubblica*, in D. NEGRI-M. PIFFERI (a cura di), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio. Ferrara, 12-13 novembre 2010*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 375.

²⁰ A sostenere la necessità di una costruzione unitaria dei vari rami processuali, muovendo dall’unità essenziale della funzione giurisdizionale in tutte le sue manifestazioni, tra gli altri, A. DIANA, *L'unità del processo e della dottrina processuale*, Stab. Arti Grafiche Lazzari, Siena, 1914, p. 6; G. D'AGOSTINO, *L'unità fondamentale del processo civile e penale*, Nicastro, Tip. ed. Moderna Bevilacqua, 1928, *passim*; D. RENDE, *L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale*, in *Riv. dir. pubbl.*, vol. I, 1921, p. 372 ss.; E. BATTAGLINI, *Per la unificazione legislativa della parte generale del rito civile e penale*, in *La Scuola positiva*, 1951, p. 439.

²¹ Non era possibile, per GU. SABATINI, *La teoria generale del processo e il processo penale e civile*, in *La Scuola penale unitaria*, vol. IV, 1930, p. 85, pervenire ad una teoria generale del processo, qualora fosse fondata esclusivamente «su elementi generalizzati di pertinenza propria di una determinata disciplina processuale e meno ancora del processo civile, fortemente impregnato di concetti privatistici». Medesime difficoltà venivano riscontrate da F. GRISPIGNI, *Verso la unificazione legislativa della procedura civile e penale*, in *Annuario di diritto comparato*, serie III, vol. XXIII, 1946, p. 163 ss., ed evidenziate da G. GUARNERI, *È possibile l'unificazione legislativa della procedura penale e civile?*, in *La Scuola positiva*, 1951, p. 461 ss., secondo cui l’ambiziosa aspirazione degli studiosi del processo civile di attrarre nell’orbita dei concetti da essi elaborati anche il processo penale era «figlia di quel movimento pancivilistico che [...] si illuse di poter estendere le categorie civilistiche a tutto quanto il diritto, compreso il diritto pubblico». Illusione vana per l’A., il quale riteneva che l’importazione di concetti civilistici nel campo del processo penale – «fatto *ex uno latere*, da parte cioè dei soli civilisti,

Non era un caso, quindi, che la stessa elaborazione dogmatica del concetto di imputazione, quale causa giustificatrice dell'azione penale e, pertanto, fulcro della sistemazione scientifica della disciplina processualpenalistica, affondasse le proprie radici nella teoria generale del processo e nei condizionamenti derivanti dal rito civile²²; scaturendo da ciò una ricchissima fioritura delle dottrine sull'azione «che, come le notti della leggenda sono mille e una, e tutte meravigliose»²³.

2. *Le teorie dell'actio: la fioritura degli studi germanici e le suggestioni civilistiche*

Nell'impossibilità di ripercorrere compiutamente l'articolato succedersi delle dottrine processualcivilistiche sorte in tema di azione, giova, tuttavia, richiamare il retroterra giuridico e culturale da cui mossero le principali speculazioni teoriche intorno al predetto concetto.

Il punto di partenza della costruzione dogmatica del concetto di azione deve essere rinvenuto nella soggettivizzazione – avvenuta ad opera dei processualisti tedeschi nei primi decenni del secolo XIX – del “sistema dei diritti”²⁴, al cui centro veniva collocata la volontà individuale, concepita come sovrana. In linea con la teoria della volontà, elaborata dal giusnaturalismo e poi perfezionata dai pandettisti, si profilava un sistema essenzialmente privatistico in cui ogni situa-

e quindi sul presupposto della possibilità della “civilizzazione” del diritto processuale penale» – finiva per snaturarne le linee caratteristiche.

²² Per un'ampia disamina dell'influenza esercitata dalla dogmatica civilistica sul concetto di azione penale, si rinvia a C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Cedam, Padova, 1994, p. 1 ss., e alle riflessioni di T. BENE, *La dogmatica dell'azione penale. Influenze civilistiche ed errori di metodo*, Jovene, Napoli, 1997, p. 37 ss., secondo la quale il susseguirsi storico di queste teorie ha svelato, tuttavia, «la difficoltà della dottrina di cogliere da un unico punto di vista la natura dell'azione», ostacolando, così, l'aspirazione a raggiungere una nozione autonoma di azione penale. Anche, M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 7 ss., si è soffermato, più di recente, sulle ripercussioni che il dibattito sorto in tema di azione civile ha provocato in sede penale.

²³ Così, P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Studi sul processo civile*, vol. V, Cedam, Padova, 1947, p. 102.

²⁴ Si deve, senza dubbio, a F.C. Savigny il merito di aver edificato un “sistema di diritti” intorno alla nozione di diritto soggettivo ed alla posizione ancillare riconosciuta all'azione rispetto a quest'ultimo. Per una trattazione approfondita del pensiero di Savigny, si veda, A. PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, cit., p. 37 ss.; R. ORESTANO, voce *Azione I. L'azione in generale*, cit., p. 794 ss.; K.W. NORR, *La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 23 ss.; G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1965, *passim*. In generale, sull'egemonia del pensiero di Savigny nell'età pandettistica, A. MAZZACANE, voce *Pandettistica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Giuffrè, Varese, 1981, p. 597 ss.

zione giuridica, risolvendosi in un predicato del soggetto, apparteneva ad esso come una sua prerogativa. Tra gli attributi innati di cui disponeva l'individuo vi erano i diritti soggettivi, in difesa dei quali interveniva l'azione, intesa come garanzia giudiziale dell'interesse giuridicamente protetto.

In questo senso, l'azione, ridotta ad una pertinenza del diritto subiettivo²⁵, esprimeva l'attitudine di quest'ultimo a provocare, in caso di lesione, l'attuazione della tutela predisposta dall'ordinamento. Simile impostazione esaltava l'indissolubilità concettuale²⁶ del legame sussistente tra l'azione ed il diritto soggettivo violato: la prima, assurgendo a mero atto di difesa del secondo, rappresentava l'emanazione diretta dell'interesse protetto.

Si trattava, a ben vedere, dell'idea di azione sostenuta dai giuristi romani. Recuperando un'antica definizione di Celso – *actio nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*²⁷ – essa altro non era che il diritto di far valere nel giudizio ciò che è dovuto o, come efficacemente definito, il medesimo diritto sostanziale «sul piede di guerra»²⁸.

²⁵Tra i primi giuristi ad inquadrare il diritto di agire quale modificazione del diritto sostanziale sottostante, F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. ital. Vittorio Scialoja), Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1893, vol. V, § 205, p. 4. Secondo l'illustre rappresentante della Scuola storica del diritto, l'azione, atteggiandosi in posizione di difesa del diritto subiettivo sottostante, mirava a tutelare gli attributi imprescindibili della persona al ricorrere di determinati eventi lesivi.

²⁶Sulla compenetrazione tra il momento sostanziale e quello processuale, si rinvia a C. FADDA-P.E. BENSA, *Note alle Pandette di Windscheid*, vol. IV, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1924, p. 204, per cui l'agire incarnava la reazione del diritto avverso la sua violazione. Posizione analoga veniva assunta, altresì, da M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, vol. I, parte II, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1864, p. 121, il quale identificava l'azione nel «diritto accessorio che sostiene le veci del principale»; e da F. FARANDA, *Il titolo del reato. Parte prima. L'azione*, Tip. C. Galatola, Catania, 1885, p. 111, il quale, prima di soffermarsi sull'azione criminale, evidenziava come l'azione, in generale, non fosse «dal diritto distinta ma ad esso consustanziale: ed è in quanto che l'azione partecipa radicalmente e fondamentalmente degli stessi attributi del diritto».

²⁷Così, *Celsus libro tertio digestorum*, come evocato da B. WINDSCHEID, *L'actio del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*, e T. MUTHER, *Sulla dottrina dell'actio romana, dell'odierno diritto di azione*, in *Polemica intorno all'actio* (traduzione di E. Heimitz e G. Pugliese), Sansoni, Firenze, 1954, p. 5. Per una disamina dettagliata della natura dell'*actio*, nei suoi rapporti con il processo e con il diritto sostanziale, come intesa nella tradizione romanistica, si veda, ampiamente, G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Giuffrè, Milano, 1939, *passim*; ID., voce *Azione (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. II, Utet, Torino, 1958, p. 24 ss., A. GUARINO, *Il diritto e l'azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi V. Arangio-Ruiz*, I, Jovene, Napoli, 1953, p. 393.

²⁸L'espressione risale a Giuseppe Unger, per indicare il diritto soggettivo che si arma dell'azione o, per usare ancora una sua felice metafora, che «si veste in sago», secondo quanto riportato da E. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, cit., p. 14. Tra le altre espressioni impiegate per indicare il potere di reazione del diritto contro il torto subito, giova ricordare, altresì, il «diritto soggettivo alla seconda potenza», come richiamato da P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Studi sul processo civile*, cit., p. 8.

Secondo la concezione celsina, l'*actio*, assunte le vesti giuridiche dello *ius persequendi iudicio*, si poneva a servizio del *quod sibi debetur*, dando vita ad una completa fusione tra il diritto violato e l'azione diretta alla tutela di quest'ultimo. Il che, nel processo penale, si traduceva nella compenetrazione di due momenti: l'avvenuta commissione del reato (momento sostanziale) e la successiva fase accessoria dell'azione (momento formale)²⁹ volta a reintegrare l'illecito compiuto.

Ad avallare il legame persistente tra questi due momenti, si poneva la norma di apertura del codice del 1913, in virtù della quale l'azione penale – sorgendo dal reato³⁰ – rappresentava l'estrinsecarsi del diritto penale obiettivo che, per riparare alla sua avvenuta violazione, si trasformava in giudizio. Era proprio il contrasto sussistente tra il precetto ed il fatto di reato a provocare la reazione dell'interesse protetto ed imprimere, così, movimento all'*actio* sino alla riaffermazione del diritto leso³¹.

Resta celebre, sul punto, l'immagine dell'azione quale metamorfosi della «legge penale scritta nei codici, dal campo teorico in quello pratico dei fatti e delle persone che l'hanno violata»³², espressione della forza potenziale della norma di tradursi in atto.

²⁹Tra i principali sostenitori ottocenteschi della matrice sostanzialistica dell'azione penale, troviamo L. BORSARI, *Della azione penale*, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1866, p. 145, secondo cui l'azione rappresentava la potenza mediante la quale il diritto si manifesta nella realtà giudiziaria; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, vol. I, Fratelli Cammelli, Firenze, 1897, § 543, p. 472, per il quale l'azione «esprime l'estrinsecarsi dell'attività del diritto in quel momento nel quale spinge le proprie forze fuori di sé medesimo per farsi rispettare, [come] la sua estrinsecazione per riparare alla violazione già avvenuta». Ulteriore contributo, in questo senso, proviene da A. STOPPATO, *L'azione penale nei suoi caratteri fondamentali*, in *Riv. pen.*, 1893, p. 513, il quale descriveva l'azione quale diritto per eccellenza di far valere il diritto che «sarebbe nome vuoto di senso, formola accademica, idealità astratta e senza vita, ove non avesse come necessario contenuto la facoltà della propria difesa».

³⁰Dapprima nel codice di rito del 1865 – per cui «ogni reato da luogo all'azione penale» – e poi all'art. 1 c.p.p. del 1913 – per cui «dal reato sorge l'azione penale» – ogni violazione del precetto penale, al momento stesso in cui si commetteva, dava luogo all'azione penale.

³¹La matrice sostanzialistica dell'azione trovava ulteriore suffragio nell'equiparazione, compiuta dal legislatore nel titolo IX del libro I del predetto codice, tra le cause estintive del reato e le cause estintive dell'azione penale, in modo tale che il decorso della prescrizione del reato pregiudicasse l'espletamento dell'azione penale.

³²In questi termini, A. ANDREOTTI, voce *Azione (penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1904, p. 1121 individuava l'azione nell'espletamento procedurale del diritto punitivo: da potenza virtuale in astratto a concreta esplicazione pratica. Sulla potenzialità della legge penale di trasformarsi in azione, si veda, ampiamente, L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, G. Barbera, Firenze, 1899, p. 84 ss.; B. ALIMENA, *Principi di procedura penale*, Luigi Pierro Tip. Editore, Napoli, 1914, p. 19 ss.; G. ALLEGRA, *Azione e sentenza nel processo penale*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1930, p. 19. Una singolare ricostruzione è offerta, sul punto, da F. INVREA, *La sentenza e le azioni nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 1931, p. 69, il quale concepiva l'azione penale come diritto a veder l'autore del torto gravato del giudicato penale di condanna, giacché in assenza di quest'ultimo il potere di punire non sarebbe stato in grado di passare dallo stato potenziale allo stato attuale.

Ben presto, però, la confusione generata tra il contenuto dell'azione ed il diritto che – mediante l'azione – s'intendeva far valere, spinse i primi giuristi di formazione pancivilitica a superare l'antinomia racchiusa nell'affermazione di un diritto che era, al tempo stesso, mezzo e fine³³. E l'intuizione venne, ancora una volta, dal florilegio degli studi condotti dai giuristi tedeschi e, in particolare, dalla celebre polemica sorta tra Windscheid e Muther³⁴, ai quali deve riconoscersi il pregio di aver avviato il movimento, in senso autonomista, dell'azione rispetto al diritto materiale sottostante.

Tale cesura fu possibile, secondo Windscheid, mediante il ricorso al concetto di "pretesa" (*Anspruch*)³⁵ quale ponte di passaggio tra la situazione giuridica sostanziale ed il diritto di agire; ricorso mosso dall'esigenza di conferire veste dogmatica all'attitudine del diritto soggettivo a reagire in caso di lesione. Ciò che nasceva dal torto subito non era il diritto di agire in giudizio, rivolto verso lo Stato, ma una pretesa sostanziale inerente il singolo rapporto obbligatorio e, pertanto, rivolta verso l'obbligato come facoltà di assoggettare la volontà altrui, alla quale il Pandettista riconduceva l'equivalente moderno dell'*actio* romana³⁶.

³³ Riteneva, P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Cedam, Padova, 1969, p. 50, che la teoria dell'azione, quale mero aspetto del diritto soggettivo sostanziale, recasse in sé il germe di un'insanabile contraddizione poiché, presupponendo l'inadempimento di una prestazione contro cui si richiedeva allo Stato il soddisfacimento del proprio interesse, ometteva di considerare tutte quelle situazioni in cui l'invocazione allo Stato non era condizionata all'insoddisfazione del diritto soggettivo alla prestazione.

³⁴ L'idea dell'*actio* quale posizione soggettiva indipendente dal diritto sostantivo fu introdotta da B. WINDSCHEID, in un celebre scritto del 1857, successivamente tradotto in italiano, B. WINDSCHEID e T. MUTHER, *Polemica intorno all'"actio"*, cit., p. 228 ss., giacché – come ricordato da G. Pugliese nell'introduzione al volume sopra richiamato – prima dello scritto windscheidiano non esisteva una vera e propria "polemica sull'azione", appagandosi la dottrina della nota definizione di Celso.

³⁵ Windscheid, per primo, elaborò il concetto di "pretesa" (*Anspruch*), distinguendolo da quello di "azione". Tale distinzione fu possibile operando una netta separazione tra il mondo romano e quello del suo tempo e, in particolare, tra l'*actio* romana e l'azione moderna (*Klage*), intesa come diritto di querela; concetti che la dottrina erroneamente tendeva a sovrapporre. Tuttavia, nonostante il sensibile progresso raggiunto dal Pandettista, la teoria della pretesa, secondo E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., p. 12, finiva per riproporre, «con altro nome, quella stessa inaccettabile posizione sostanziale, cioè quella facoltà connessa al diritto e non nascente dalla lesione». Il che richiamava le medesime critiche che erano state avanzate nei confronti dell'*actio* sostanziale savignyana: disancorata dalla sfera processuale, la facoltà di pretendere rischiava di ridursi a mero *flautus vocis*. Per un'approfondita ricostruzione del concetto di "pretesa", resta di fondamentale importanza l'elaborazione di D. ANGELOTTI, *La pretesa giuridica*, Cedam, Padova, 1932, *passim*.

³⁶ Scriveva, sul punto, B. WINDSCHEID, in *Polemica intorno all'"actio"*, cit., p. 8 ss., che l'*actio*, espressione per indicare la pretesa, «è la facoltà di imporre la propria volontà in via giudiziaria», il cui contenuto strettamente sostanziale veniva trasfuso nella pretesa giudizialmente perseguibile.

Al contrario, l'azione windscheidiana era qualcosa di originale ed autonomo rispetto al diritto sostanziale³⁷: il diritto di citare in giudizio il debitore non poteva essere confuso con il diritto di credito vantato nei confronti dello stesso.

Una cosa, insomma, era *jus iudicio persequendi* e ben altra cosa *quod sibi debetur*.

Calata nel processo penale, la pretesa giuridica si traduceva nella pretesa punitiva dello Stato³⁸ ovvero nel diritto, in capo a quest'ultimo, di applicare la sanzione al violatore del precetto. Analogamente alla pretesa giuridica, anche la pretesa punitiva si poneva quale anello di congiunzione tra la norma giuridica violata e l'azione penale³⁹. In particolare, quest'ultima veniva considerata l'anello conclusivo di una lunga catena di rapporti, alla cui origine si collocava la norma giuridica violata: da essa scaturiva, in capo allo Stato, il diritto subiettivo di punire l'autore della lesione (pretesa punitiva) ed il cui soddisfacimento postulava necessariamente l'instaurazione di un meccanismo processuale mediante la proposizione della domanda giudiziaria (azione penale).

Sulla falsariga, così, delle spinte autonomiste che avevano separato l'*actio* civilistica dal diritto soggettivo sottostante, anche nel campo penale si consolidava l'idea di azione quale aspettativa ontologicamente autonoma ed indipendente dalla violazione di legge patita. Da quest'ultima nasceva soltanto la pre-

³⁷ Così, T. MUTHER, *Polemica intorno all'actio*, cit., p. 229, elevava l'azione a concetto puramente processuale, mera espressione dell'atto di agire in giudizio.

³⁸ La trasposizione della teoria della pretesa giuridica nel campo penale avvenne ad opera di V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1925, vol. I, p. 138; per il quale lo scopo del processo penale era ottenere «l'accertamento positivo o negativo, mediante l'intervento del giudice, della fondatezza della pretesa punitiva derivante da un reato, fatta valere per lo Stato dal pubblico ministero». In questo modo, il diritto di punire esprimeva il potere della sovranità che, a sua volta, si risolveva in un dovere verso la collettività e, come tale, si distingueva dall'azione penale che, invece, si concretizzava nell'invocazione del giudice. Concordava con la definizione manziniana, E. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, cit., p. 14 ss., secondo il quale pretesa punitiva ed azione erano concetti ben distinti: la prima, espressione soggettiva della norma penale, rappresentava il diritto soggettivo all'applicazione della sanzione, mentre la seconda integrava un'attività meramente processuale, tendente all'instaurazione del processo e all'attuazione della legge penale. Per una recente ricostruzione dell'inquadramento dogmatico della "pretesa punitiva" dello Stato, collocata nell'odierno contesto politico-normativo, cfr. C. SCHIACCIANOCE, *L'inazione del pubblico ministero*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 2 ss.

³⁹ Esponeva i principali passaggi della concezione meccanicistica dell'azione, E. ALTAVILLA, voce *Pretesa punitiva e azione penale*, in *Nuovo dig. it.*, vol. X, Utet, Torino, 1939, p. 355, in virtù della quale «nel momento del commesso reato non si può più parlare di osservanza del precetto, perché esso è stato violato e si crea il rapporto tra il diritto dello Stato ad applicare la sanzione ed il dovere del colpevole a tollerarla», richiedendo, con la messa in movimento dell'azione penale, l'intervento del giudice. In altri termini, la pretesa punitiva, secondo Altavilla, «segna il trapasso dalla immobilità del diritto di punire al dinamismo dell'azione penale».

tesa punitiva statale che, risolvendosi in una situazione soggettiva «logicamente e cronologicamente»⁴⁰ preesistente alla nascita del processo, apparteneva al diritto sostanziale. Invero, il diritto subiettivo dello Stato affinché fosse reintegrato l'ordine giuridico, turbato dalla perpetrazione di un reato, si collocava in un momento anteriore alla domanda giudiziale (nella quale si concretizzava il diritto di agire) e, cioè, nello stesso momento in cui la norma giuridica penale veniva violata.

Viceversa, l'azione, invocando l'intervento dell'organo giurisdizionale affinché accertasse l'esistenza o meno della pretesa spiegava la propria vita unicamente nel processo e finiva per prescindere dall'effettiva commissione del reato. Ben si comprende, quindi, alla luce di ciò, l'inesattezza dell'espressione contenuta nell'art. 1 c.p.p. del 1930, opportunamente scomparsa nel successivo codice del 1930⁴¹.

Sicché l'azione, una volta epurata dal legame con il diritto sottostante, reclamava un corretto inquadramento sistematico nella categoria giuridica più idonea a definirne la natura.

Di qui, il tentativo – ancora imbrigliato nei consueti schemi civilistici – di precisare il rapporto sussistente tra la pretesa punitiva e l'azione penale, riconducendo quest'ultima al paradigma del diritto soggettivo⁴² e, più precisamente, al diritto alla tutela giuridica, rivolta ora verso lo Stato affinché la impartisse, ora contro l'avversario affinché vi si sottomettesse.

In questo senso, l'azione penale, sulla scia delle conclusioni a cui era giunta la dottrina processuale germanica⁴³, rappresentava il diritto di invocare, me-

⁴⁰ Riteneva, E. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, cit., p. 16, che la pretesa punitiva avesse «vita extraprocessuale», e, come tale, prescindesse dall'instaurazione del procedimento, potendo perire per decorso del tempo o per qualsiasi altra causa estintiva.

⁴¹ Ad evidenziare la confusione espressa dall'art. 1 c.p.p. del 1913 tra diritto materiale ed azione penale, D. ANGELOTTI, *La pretesa giuridica*, cit., p. 5; U. PIOLETTI, *Azione penale e archiviazione*, in *Giust. pen.*, 1938, c. 404; E. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, cit., p. 17; A. SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1954, p. 129, secondo il quale l'articolo in questione finiva per richiamare un concetto di azione penale più vicino a quello di esercizio del diritto statale di punire, piuttosto che a quello tecnico di attività da perseguire al fine di esercitare il diritto di punire.

⁴² Del resto, è proprio nel rapporto con il diritto soggettivo che A. PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, cit., p. 32, ravvisava il minimo comune denominatore di tutte le dottrine sull'azione. Quest'ultima doveva intendersi, così, come quella situazione di vantaggio in cui veniva a trovarsi il singolo rispetto all'attività giurisdizionale o processuale dello Stato o della società giuridicamente organizzata.

⁴³ La teoria dell'azione quale pretesa alla tutela giuridica diretta contro lo Stato era stata promossa dal giurista tedesco Adolf Wach al quale deve attribuirsi l'idea dell'agire come diritto subiettivo pubblico alla tutela giuridica autonomo dal diritto sostanziale. Dalla necessità di specifi-

dianche la dichiarazione dell'organo pubblico all'uopo deputato (eventualmente in concorso col privato), l'intervento dell'organo giurisdizionale perché accordasse protezione giuridica agli interessi lesi. Oggetto di questo diritto era, pertanto, la prestazione dell'attività giurisdizionale diretta all'accertamento del diritto di cui s'invocava la tutela⁴⁴. E poiché ogni diritto supponeva necessariamente la presenza di un dovere, affinché l'azione potesse venir concepita come diritto di agire, ad esso doveva corrispondere un obbligo altrui: quello, appunto, del giudice di pronunciare una sentenza. Invero, la tutela giuridica, postulando il compimento dell'attività giurisdizionale, non poteva non rivolgersi al soggetto legittimato ad espletarla ovvero al giudice nella sua qualità di organo dello Stato⁴⁵.

L'azione si proiettava, così, nel giudizio come una *facultas agendi* dello Stato, diretta a provocare l'intervento e la garanzia del giudice, invocato perché esercitasse la funzione giurisdizionale. Il che rievocava, senz'altro, una costruzione subiettiva del processo penale inteso come rapporto giuridico intercorrente tra il diritto dello Stato-amministrazione di ottenere l'esercizio della prestazione giurisdizionale ed il dovere dello Stato-giurisdizione di fare quanto necessario

care il contenuto di siffatta tutela sorsero altre due teorie distinte: l'azione come il diritto alla sentenza favorevole (Degenkolb) e l'azione come diritto alla sentenza giusta, che solo nell'aspirazione di chi agisce vuole essere favorevole (Bulow). Per un'approfondita rassegna delle principali teorie sull'azione promosse dagli studi germanici, cfr., per tutti, G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 11 ss. e E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, cit., p. 442 ss.

⁴⁴ Vedi, per tutti, GU. SABATINI, *Principi di diritto processuale penale*, Tipografia dell'«Unione arti grafiche», Città di Castello, 1931, p. 270 ss., il quale, distinguendo l'azione dalla controversia che ne forma l'oggetto, identificava la prima nel potere giuridico di richiedere l'intervento dello Stato e la prestazione dell'attività giurisdizionale giacché «diritto di agire significa e deve significare diritto di procedere, di adire il giudice».

⁴⁵ Tra i sostenitori della teoria soggettiva del diritto di agire, troviamo, anzitutto, A. BONUCCI, *L'accusa*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1919 p. 4 ss.; il quale contrapponeva al «diritto dello Stato verso i suoi organi giurisdizionali all'applicazione della pena per l'eventuale reato, cioè diritto di azione penale; il dovere degli organi giurisdizionali verso lo Stato di applicazione della pena per l'eventuale reato». In posizione analoga, G. BETTIOL, *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1936, p. 28, per cui l'azione configurava «un vero e proprio diritto – autonomo rispetto al diritto materiale – di chiedere all'organo giurisdizionale l'attuazione del diritto obiettivo in merito ad una pretesa che si afferma di fatto fondata». Anche A. DE MARSICO, *Lezioni diritto processuale penale*, Jovene, Napoli, 1938, p. 25, inquadrava l'azione come il diritto (non potestativo) dello Stato di chiedere al giudice l'applicazione della legge penale per l'attuazione del suo potere-dovere di punire. Ad ulteriore conferma della natura subiettiva del diritto di azione, militavano le considerazioni di O. VANNINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1942, p. 16, per cui «l'azione penale è un diritto dello Stato verso l'organo giurisdizionale; è un diritto che un organo, ottemperando ad un dovere giuridico, fa valere verso un altro organo», e ancora A. SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 133, il quale poneva, in capo al giudice, l'obbligo «di prestare l'attività giurisdizionale, decidendo in merito alla domanda, obbligo penalmente sanzionato (art. 328 cod. pen.)».

per l'accertamento della fondatezza dell'istanza punitiva e la realizzazione coattiva degli interessi tutelati dal diritto obiettivo, rimasti insoddisfatti a causa dell'inosservanza della norma che li tutelava⁴⁶.

Ma era davvero possibile parlare di un diritto dello Stato verso gli organi giurisdizionali?⁴⁷

Al di là delle perplessità che la configurazione di un diritto dello Stato verso se medesimo poteva suscitare⁴⁸, l'attività giurisdizionale veniva concepita qui in termini ancora strettamente privatistici, quale mero adempimento di un'obbligazione in guisa del tutto conforme a quello che accadeva tra il creditore ed il suo debitore. Piegata al servizio di un diritto soggettivo, la potestà giurisdizionale sembrava smarrire, del tutto, quella fisionomia tipicamente pubblicistica che avrebbe dovuto pervadere una funzione istituzionale appartenente ad un organo dello Stato⁴⁹.

⁴⁶ Di questo avviso, F. ALIMENA, *Se l'azione penale possa concepirsi come un'attività obbligatoria dello Stato*, in *Riv. pen.*, 1928, p. 498, per cui l'azione costituiva il diritto subiettivo che lo Stato, nella funzione amministrativa, aveva verso lo Stato, nella funzione giurisdizionale, di pretendere e di ottenere l'attuazione coattiva delle norme giuridiche penali quando queste venivano violate e, pertanto, veniva concepita come un'attività libera esplicata dallo Stato.

⁴⁷ A questo interrogativo, P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Cedam, Padova, 1969, p. 55, nt. 48, rispondeva negativamente dal momento che «gli organi dello Stato sono lo Stato stesso che agisce» e, quindi, appariva concepibile solo un rapporto funzionale, ipotizzando, tutt'al più un diritto dello Stato verso le singole persone investite dell'ufficio giurisdizionale affinché adempissero alle loro funzioni: «ma questo è un diritto all'adempimento di un obbligo contrattuale, che non ha nulla a che vedere col nostro problema».

⁴⁸ La direzione specifica dell'azione penale verso lo Stato aveva incontrato la resistenza di quanti – si veda, sul punto, G. GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 126 – vi scorgevano la confusione tra pubblico ministero-soggetto attivo e giudice-soggetto passivo (rappresentanti del medesimo soggetto-Stato), in base alla quale lo Stato, titolare del diritto di agire, era considerato, altresì, come il soggetto obbligato a fornire la tutela giuridica e ciò finiva per inquadrare l'azione come il diritto dello Stato verso sé medesimo. Particolarmente critico nei confronti della teoria dell'azione intesa come diritto alla tutela giuridica che lo Stato avrebbe verso sé medesimo, anche E. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, cit., p. 9, secondo il quale l'azione, così strutturata, sarebbe risultata priva di alcuna sanzione, difettando «di quell'elemento coattivo che caratterizza l'obbligazione giuridica e, quindi, correlativamente, anche il diritto soggettivo».

⁴⁹ Evidenziava, a tal proposito, il ruolo marginale rivestito dalla giurisdizione nella teoria dell'azione intesa quale momento inscindibile del diritto soggettivo privato, del tutto avulso dall'idea di *interest rei publicae*, G. GUARNERI, voce *Azione penale (diritto processuale penale)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. II, Utet, Torino, 1958, p. 66, secondo il quale la costruzione concettuale dell'azione, in funzione servente al diritto subiettivo, iniziava a non soddisfare più quelle istanze di derivazione giuspubblicistica che, in coerenza con il diffondersi della concezione moderna di repressione statale, avevano avviato un rinnovamento degli studi di diritto pubblico.

3. *L'autonomia e l'astrattezza dell'azione penale, verso il definitivo abbandono degli schemi privatistici*

L'impulso a superare simile ricostruzione dogmatica, imperniata sul binomio diritto-obbligo – ora contro l'avversario, ora contro lo Stato – giungeva dalla ricezione della teoria chiovendiana⁵⁰ in ambito penalistico⁵¹. Ad essa deve riconoscersi il pregio di aver compiuto il passo decisivo verso la completa autonomia dell'*actio* rispetto al diritto sostanziale, rinvenendo il punto di equilibrio tra l'interesse privato e l'interesse pubblico nel carattere potestativo dell'azione⁵².

Il *quid novi* di tale teoria risiedeva, infatti, nell'aver abbandonato l'idea del diritto soggettivo come prestazione rispettivamente pretesa e dovuta, potendo sussistere obblighi senza corrispondenti diritti soggettivi e viceversa. Secondo il suddetto insegnamento, l'attività giurisdizionale, lungi dall'integrare adempimento di una prestazione dovuta, veniva concepita come esercizio di una pubblica funzione a cui corrispondeva, in capo al soggetto passivo, un mero stato di soggezione agli effetti prodotti da tale funzione.

In questo modo, l'avente diritto godeva del potere di produrre, a carico dell'avversario, determinati effetti giuridici consistenti nell'attuazione della volontà di legge senza che, da ciò, scaturisse alcun dovere. In altri termini, il titolare dell'azione andava ad incidere unilateralmente sulla sfera giuridica della controparte che, nell'impossibilità di fare alcunché per impedire il verificarsi di tali effetti, restava in una mera posizione di soggezione.

Così intesa, l'azione veniva annoverata nella categoria dei diritti potestativi in quanto rappresentava il potere giuridico – esercitato «di *fronte* all'avversario,

⁵⁰ Nel processo civile, si deve a G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 15 ss., l'impiego della categoria dei diritti potestativi nella dottrina generale dell'azione, condividendo, con Weismann la paternità di questa teoria. Invero, l'autore della celebre prolusione bolognese ravvisava nell'azione uno di quei diritti che la dottrina tedesca chiamava “diritti del potere giuridico” meglio conosciuti come “diritti potestativi”. Si tratta pur sempre di diritti soggettivi, i cui effetti giuridici, tuttavia, sono prodotti a favore di un soggetto e a carico di un altro che nulla può fare per sottrarsi a questi.

⁵¹ Si deve, senza dubbio, a V. LANZA, *Principi di diritto processuale penale*, cit., p. 135 ss.; il merito di aver condotto il processo penale alle medesime conclusioni raggiunte da Chiovenda nel rito civile. Concordava con esso, tra gli altri, E. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, cit., p. 13, il quale, senza abbandonare la categoria del diritto potestativo, individuava la fonte dell'azione penale esclusivamente nel diritto processuale.

⁵² Pregio riconosciuto espressamente da P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., p. 12 ss., secondo il quale, la teoria di Chiovenda raggiungeva «l'apice di una curva ideale: prima di essa l'azione si costruisce con una netta prevalenza dell'interesse privato su quello pubblico, dopo di essa l'equilibrio si rompe a favore dell'interesse pubblico».

più che *contro l'avversario*»⁵³ – di ottenere l'attuazione della legge. Come insegnava Chiovenda, l'avversario «non [era] tenuto ad alcuna cosa dinanzi a questo potere: egli [era] semplicemente soggetto ad esso»⁵⁴, giacché la tolleranza degli effetti giuridici prodotti, lungi dal perfezionare un dovere a carico dell'autore della violazione, si riduceva a conseguenza necessaria della posizione di sottomissione alla sovranità statale. In base a tale definizione, quindi, l'agire non supposeva, in capo all'avversario, alcuna obbligazione: solo uno *status* di soggezione alle conseguenze provenienti dall'attuazione delle norme di legge violate. E poiché siffatta attuazione scaturiva dall'esercizio del diritto potestativo di agire, essa finiva per dipendere dalla dichiarazione di volontà con cui il titolare dell'azione provocava, mediante il promovimento della domanda giudiziale, l'intervento dell'organo giurisdizionale.

Tradotta in ambito penalistico, l'azione chiovendiana si concretizzava nella manifestazione di volontà estranea al potere giurisdizionale e diretta ad investire il giudice della conoscenza del fatto giuridico di reato. Invero, analogamente all'impossibilità per il giudice civile di procedere alla rimozione dell'illecito in assenza della domanda dell'interessato (*nemo iudex sine actore*), anche l'attuazione delle norme di diritto penale era subordinata alla dichiarazione di volontà espressa, sotto forma di domanda giudiziale, dal titolare dell'azione (*ne procedat iudex ex officio*)⁵⁵ a cui la legge processuale conferiva il potere giuridico di rendere incondizionata la volontà dello Stato. Solo l'intervento di siffatta dichiarazione permetteva, quindi, di attivare il procedimento penale per la realiz-

⁵³ Così, G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 15, respingeva il preconcetto che al diritto subiettivo di agire dovesse necessariamente corrispondere un dovere processuale dell'avversario, presupponendo «puramente e semplicemente la sua soggezione agli effetti giuridici a cui l'azione intende».

⁵⁴ In questi termini, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, 1935, p. 21 ss., per cui «l'azione si esaurisce col suo esercizio, senza che l'avversario possa far nulla né per impedirli, né per soddisfarli».

⁵⁵ Scriveva, sul punto, V. LANZA, *Sistema di diritto processuale penale italiano*, vol. I, *Principi generali*, Athenaeum, Roma, 1922, p. 43, «come nel campo degli interessi tutelati dal diritto privato, alla rimozione dell'ingiusto non si provvede se l'avente diritto non lo richiede [...], così anche l'attuazione della legge penale, nonostante si sia già verificato il fatto che è preveduto come reato, è pur sempre condizionata alla manifestazione di volontà di determinate persone, che per il diritto processuale penale positivo nostro hanno il potere di fare la domanda per l'attuazione della legge penale». A ben vedere, tuttavia, la natura accidentale che tradizionalmente contraddistingueva siffatta condizione, mal si conciliava con il carattere doveroso insito nella manifestazione di volontà del pubblico ministero e finiva per minare, in radice, la stessa autonomia dell'azione. Di questo avviso, G. ALLEGRA, *Azione e sentenza nel processo penale*, cit., p. 20 ed E. ALTAVILLA, voce *Pretesa punitiva e azione penale*, cit., p. 357, secondo il quale, la definizione dell'azione offerta dal Lanza meglio si adattava alle condizioni di punibilità rispetto all'azione penale, data la natura obbligatoria di quest'ultima.

zazione della volontà di legge e la concreta applicazione della pena, i cui effetti giuridici si ripercuotevano sull'imputato senza che su di esso gravasse alcun obbligo.

Eravamo, pur sempre, in presenza di un rapporto giuridico bilaterale ma ciò che mutava, in sostanza, erano le conseguenze provenienti dall'azione: al diritto di provocare l'intervento giurisdizionale non corrispondeva più, in capo al reo, il dovere di eseguire la prestazione dovuta, bensì la mera soggezione agli effetti giuridici prodotti⁵⁶.

In tal modo, il carattere potestativo dell'azione, escludendo dal novero dei soggetti passivi la persona vincolata dal singolo rapporto sostanziale, contribuiva ad esaltare la difformità sussistente tra il diritto di agire ed il diritto subiettivo sottostante, poiché – occorre ribadirlo – una cosa era la richiesta (verso lo Stato) di attività giurisdizionale, altra cosa era la pretesa (verso l'avversario) di diritto materiale. Prendendo, così, le distanze da quest'ultima, l'azione abbandonava definitivamente la veste di *ius puniendi*⁵⁷.

Il movimento, in senso autonomista, dell'azione rispetto al diritto sostanziale sfociava, quale epilogo naturale, nell'affermazione della natura astratta del diritto di agire⁵⁸. Invero, una volta concepita come entità a se stante, sganciata dalla

⁵⁶Un tentativo originale di ricongiungere le strade fino ad ora esplorate, proposto da G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale. Dottrine generali*, vol. I, Jovene, Napoli, 1961, p. 134 ss., nonché ID., voce *Azione penale*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Varese, 1959, p. 853, muoveva dalla penetrazione della duplice prospettiva da cui poteva essere osservata l'azione: da una parte, l'organo (giudice) tenuto ad emettere la decisione sulla base di un obbligo giuridico, dall'altra, la persona (imputato) nei cui confronti veniva richiesta la decisione, in evidente soggezione rispetto agli effetti giuridici prodotti dall'azione stessa. L'azione penale veniva, così, a comporsi di un diritto soggettivo nei confronti dell'organo giurisdizionale e di un diritto potestativo rivolto all'imputato, riflettendo il duplice intento perseguito dall'attore: porre in capo al giudice l'obbligo di decidere ed ottenere l'attuazione della legge nei confronti di un altro soggetto. Sosteneva la concezione mista dell'azione, altresì, G. GUARNERI, voce *Azione penale (diritto processuale penale)*, cit., p. 66, a detta del quale, «se separatamente considerate queste dottrine [il diritto soggettivo alla tutela giudiziaria e il diritto potestativo sull'avversario] non sono soddisfacenti, ben possono presentarsi sotto un migliore aspetto se fuse in uno schema nuovo, secondo una visione organica del fenomeno». *Contra*, A. SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 134 e S. RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, Padova, 1965, p. 113, secondo i quali la teoria mista non spiegava concretamente la duplice natura dell'azione giacché lo *status* di soggezione in cui versava l'accusato non rappresentava un diritto distinto, bensì una mera conseguenza della domanda rivolta al giudice, integrando, così, un effetto secondario di quel diritto.

⁵⁷Secondo E. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, cit., p. 13, l'azione penale era, «anch'essa, come ogni altro diritto soggettivo, una pretesa giuridica» ma, trovando la sua fonte esclusivamente nel diritto processuale penale, era ben distinta dalla pretesa punitiva di carattere sostanziale tesa all'attuazione della legge penale.

⁵⁸Sulla natura astratta dell'azione, in ambito processualciviltistico, si rinvia alle considerazioni di A. ROCCO, *La sentenza civile*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1906, p. 82 ss., che concepiva

pretesa di diritto materiale e, in particolare, dall'interesse sotteso ad essa⁵⁹, l'azione veniva promossa indipendentemente da qualsiasi rapporto giuridico so-

l'azione come un diritto generale ed astratto, svincolato dall'effettiva appartenenza ad un concreto diritto subiettivo materiale; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Società editrice «Foro italiano», Roma, 1936, p. 71 ss.; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale*, vol. I, *Diritto processuale generale*, Giuffrè, Milano, 1936, p. 51 ss., il quale configurava il diritto di agire come un diritto civico di adire i tribunali, spettante ad ogni cittadino "uti civis". Si veda, in posizione parzialmente diversa, E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, cit., p. 427 ss., il quale considerava l'azione come un diritto astratto di natura processuale ma, tuttavia, riferito ad una fattispecie concreta specificatamente individuata. In argomento, P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., p. 16, trovava di particolare interesse, «come estremo sviluppo della curva percorsa dal concetto di azione, la teoria del cosiddetto diritto astratto d'agire [...] che taglia[va] con un colpo netto ogni superstita raccordo tra l'azione e il diritto sostanziale» o, per richiamare un'efficace metafora del giurista, che operava «con chirurgica spietatezza la resezione anatomica di tutti i tendini che potevano ricollegare al concreto diritto sostanziale l'astratto potere di chieder giustizia», così ID., *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, cit., p. 103. Per la preferenza accordata alla concezione di un'azione dotata di concretezza rispetto al diritto soggettivo fatto valere, S. SATTA, *L'azione in generale. L'azione del diritto positivo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Varese, 1959, p. 823 ss., secondo il quale «nel diritto positivo, almeno sul piano sostanziale non esiste una azione, esistono infinite azioni, tante quanti sono i diritti (e azione e diritto sono termini che si trovano indifferentemente usati); e così la azione di rivendica, l'azione possessoria, la azione di risoluzione del contratto, di contestazione della paternità, e via dicendo: formule perfettamente legittime, perché mettono proprio in risalto la intrinseca concretezza dell'azione, anche se naturalmente risentono della stessa astrattezza della disciplina legislativa, e cioè del riferimento a una situazione posta come esistente». Vi era, altresì, chi tentava di conciliare la natura astratta e quella concreta, in una soluzione, per così dire, "mista" in virtù della quale, E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziario*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 269, poneva, accanto all'azione astratta, «un potere concreto d'azione, da intendere come il potere di dare vita, colla propria attività processuale, al dovere del giudice di pronunciare, sulla controversia, sentenza favorevole all'assunto di chi ha proposto la domanda». Sul versante processualpenalistico, la natura astratta veniva sostenuta, tra gli altri, da G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale. Dottrine generali*, cit., p. 119; ID., voce *Azione penale*, cit., p. 853, e da G. GUARNERI, voce *Azione penale (diritto processuale penale)*, cit., p. 66, entrambi concordi nel ritenere l'astrattezza una conseguenza inevitabile dell'autonomia dell'azione dal diritto sostanziale. Nel tentativo di rinvenire una soluzione di compatibilità dei concetti di «astrattezza-concretezza» dell'azione durante la vigenza del codice abrogato, C. FARANDA, *Premesse per uno studio sulla natura giuridica dell'azione penale*, cit., c. 156 ss., riteneva che azione concreta ed azione astratta corrispondessero a due differenti punti di vista da cui osservare il processo: «la prima, correlativa alla considerazione sostanziale del processo, la seconda ad una considerazione autonoma di esso». Per una successiva ricostruzione della natura astratta dell'azione sotto la vigenza del codice del 1930, cfr. M. CHIAVARIO, *Appunti sulla problematica dell'«azione» nel processo penale italiano: incertezze prospettive limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 864 ss.

⁵⁹ Veniva accolta, in questo senso, la natura astratta dell'azione penale «sia per coerente fedeltà al principio dell'autonomia dell'azione [rispetto al diritto sostanziale sotteso], sia per la particolare struttura», ridotta alla mera presa di contatto tra l'organo giudicante e la pubblica accusa, senza alcun riferimento alla pretesa punitiva; così, G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale. Dottrine generali*, cit., p. 119.

stanziale di cui si chiedeva l'accertamento: solo l'esito del processo avrebbe restituito concretezza al diritto.

Il carattere astratto del diritto di agire finiva per riflettersi, inevitabilmente, sulle ragioni a sostegno dell'azione stessa ovvero sulla base giustificatrice della domanda di giustizia. Quest'ultima, potendo essere collocata – come vedremo⁶⁰ – anche nel corso della fase istruttoria e, quindi, in un momento precedente al vaglio della fondatezza della *notitia criminis* si estrinsecava nella mera richiesta di giurisdizione e, come tale, a prescindere dalla fondatezza della pretesa vantata. Da ciò derivava che il fatto, in relazione al quale l'azione veniva esercitata, appariva funzionale a veicolare una statuizione giurisdizionale, integrando, così, la *causa petendi* di una mera istanza processuale⁶¹.

Detto altrimenti, poiché il fatto giuridico penale, posto a fondamento dell'azione, veniva dedotto nel processo come puramente sospettato, la ragione del domandare non risiedeva nella sussistenza del reato, bensì nell'intendimento di devolvere al giudice la cognizione di fatti sia pur sommariamente individuati *sub species iuris*. Tant'è vero che la facoltà di agire in giudizio esisteva anche qualora l'inosservanza del precetto o l'identità del colpevole fosse solo opinata. In tali casi, al titolare dell'azione penale spettava, comunque, il potere di eccitare l'accertamento giudiziale sulla fondatezza dell'accusa, essendovi alla base un interesse generico – quasi “disinteressato”⁶² – al funzionamento della giustizia.

Secondo i fautori della concezione astratta, la *potestas agendi* del titolare dell'accusa si risolveva, così, nella proposizione di una domanda di procedimento diretta, «non già ad una pretesa punitiva, nel senso che il processo [era] indirizzato ad una decisione di condanna»⁶³, ma ad una decisione «purchessia»⁶⁴. Suddetta *potestas* rappresentava, in altri termini, il semplice potere di invocare l'intervento giurisdizionale, in funzione della verifica di una notizia di reato ri-

⁶⁰ V., immediatamente *infra*, § 4.

⁶¹ Tra i sostenitori del fatto giuridico come *causa petendi* dell'azione, si veda V. LANZA, *Principi di diritto processuale penale*, cit., p. 315 ss.; e, altresì, I. GREGORI, *Individuazione e identificazione fra azione e sentenza nel processo penale*, Ediz. De Il pensiero giuridico penale, Messina, 1935, p. 39 ss. Questa dottrina discende direttamente dalla concezione obiettiva dell'azione penale, svincolata dalle pretese e dagli scopi della parti in causa.

⁶² La definizione è di P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., p. 17.

⁶³ In questi termini, GU. SABATINI, *Nozione della scienza del diritto processuale penale come disciplina giuridica autonoma*, cit., p. 85. Analogamente, E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1939, p. 201 e, poco più tardi, O. VANNINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, cit., p. 16, a parere dei quali «scopo dell'azione penale non [era] quello di pervenire ad una condanna, bensì di accertare il vero intorno ad un reato che si dice commesso», accertamento che potrebbe risultare tanto positivo quanto negativo.

⁶⁴ Così, V. GREVI, *Archiviazione per “inidoneità probatoria” ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1287.

cevuta o acquisita e, pertanto, si sostanziava in una generica richiesta di decisione epurata di qualsivoglia direzione punitiva.

Ciò che rilevava, quindi, non era il contenuto della domanda ma la domanda in se stessa⁶⁵.

L'azione, quale domanda di attuazione del diritto penale obiettivo, si risolveva nell'istanza di una decisione giudiziale, intesa sia come accertamento positivo, sia come accertamento negativo di esistenza di una volontà di legge. In questo senso, l'azione astraeva dall'effettiva esistenza della ragione o del torto di chi agiva, configurando un diritto spettante a chiunque intendesse rivolgersi al giudice per ottenere un provvedimento conforme a giustizia, fino ad integrare – come efficacemente sostenuto – il «diritto di aver torto»⁶⁶.

Ed è proprio in questo «crescendo di astrattezza»⁶⁷ che un approccio in materia di azione, valido tanto in ambito civile quanto in ambito penale, non appariva più conciliabile. Sebbene il patrimonio delle conoscenze teoriche elaborate in ambito civilistico si fosse rivelato una preziosa fonte di ispirazione per la costruzione dogmatica del concetto di azione penale, alcune differenze ontologiche ed assiologiche alla base dei distinti giudizi rendevano oramai impraticabile un'automatica traslazione, nel rito penale, di principi e schemi processualciviltici⁶⁸.

Il vizio di fondo, sotteso alle teorie di derivazione privatistica richiamate, doveva rinvenirsi proprio nell'erroneo convincimento di poter equiparare il contrasto insorto, nel processo penale, tra accusa e difesa al binomio attore-convenuto delineato dal rito civile e, in particolare, nel tentativo (mal riuscito)

⁶⁵ Ha correttamente osservato, così, D. SIRACUSANO, *Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in ID., *Il pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 39.

⁶⁶ Efficacemente, G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 13.

⁶⁷ In una prospettiva più sfumata, C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 18, sostiene che la stretta aderenza dell'agire al processo e, in particolare, alla specifica struttura di questo, aveva posto in evidenza le profonde differenze sottese al giudizio penale rispetto a quello civile, differenze tali da far rivendicare alla dottrina dell'azione un completo distacco dogmatico dalla scienza processualciviltica. Anche, G. MONACO, *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 159, evidenzia come la dottrina processualpenalistica, ad un certo punto, avesse iniziato a rivendicare la propria autonomia rispetto alle teorie sviluppatesi nel campo civile, sottolineando, a tal fine, come la differenza delle sanzioni indicasse «un diverso interesse dello Stato ad ingerirsi nella realizzazione dei precetti».

⁶⁸ In questo senso, pressoché concorde la dottrina, G. LEONE, voce *Azione penale*, cit., p. 851; O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, p. 399 ss.; G. UBERTIS, voce *Azione. II) Azione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, p. 1; E. MARZADURI, voce *Azione. IV) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Agg., Roma, 1996, p. 9, non trovando luogo, nel processo penale, concetti quali la legittimazione ad agire o l'interesse ad agire.