

Capitolo 3

Le soluzioni dell'ordinamento al mancato svolgimento delle indagini da parte del p.m. legittimato: l'avocazione facoltativa delle indagini e il contrasto negativo tra uffici di procura .

Nel precedente Capitolo sono state delineate la posizione costituzionale e i caratteri essenziali della figura del p.m., nonché le principali funzioni svolte. In particolare, si è evidenziato come nell'attuale sistema processuale il ruolo del p.m. sia assolutamente predominante nel corso delle i.p.

Nella realtà, possono verificarsi dei casi nei quali il p.m. correttamente individuato, e quindi legittimato ad esercitare le sue funzioni, non le eserciti; altre volte si può verificare l' inverso, con più pm che svolgono le i.p. per lo stessa ipotesi di reato e contro la medesima persona.

I criteri di competenza, che dovrebbero garantire la corretta individuazione del magistrato legittimato a svolgere le i.p., sono uno strumento che consente la concreta attuazione del principio del giudice naturale precostituito per legge. Tale principio, tuttavia, è riferibile soltanto ai magistrati giudicanti, e quindi non risulta estensibile al p.m.

La questione che deve essere tenuta continuamente sotto osservazione è per quale motivo il legislatore si sia preoccupato di disciplinare le ipotesi di inerzia del p.m. nel corso delle i.p., al fine di arginarle, ove possibile; in altre parole, è opportuno chiedersi se esista un principio costituzionale, o comunque un interesse giuridicamente apprezzabile, sotteso alla disciplina dell'avocazione e dei contrasti negativi e se questo sia meritevole di tutela. Evidentemente assume rilevanza in questo contesto l'obbligatorietà dell'azione penale, principio che ispira l'intera attività del p.m. nella fase pre-processuale.

La seguente analisi si concentrerà quindi sulle sole situazioni di inerzia del pm nello svolgimento delle i.p., e saranno presi in considerazione due istituti predisposti dall'ordinamento per porre

rimedio a tali eventualità, l'avocazione delle indagini e i contrasti negativi tra p.m.

3.1. L'avocazione delle indagini.

3.1.1. Origini storiche e disciplina attualmente vigente.

L'avocazione ha origine nel diritto pubblico dell' Ottocento, costituendo uno degli aspetti fondamentali dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni secondo il principio gerarchico.

L'avocazione in generale consiste nel potere del superiore gerarchico di sottrarre all'inferiore le competenze che di regola gli spetterebbero in relazione ad un affare determinato, espletandole al suo posto ¹.

L'organizzazione degli uffici giudiziari secondo il principio gerarchico, durante il periodo fascista, rese possibile l'estensione

¹ M.L. Di Bitonto, L'avocazione facoltativa, Giappichelli, Torino, 2006, p.1.

dell'istituto al diritto processuale penale. Il c.p.p. 1930 prevedeva due diverse ipotesi di avocazione: l'art. 234,2° consentiva al P.G. di richiamare *ad libitum* atti del procedimento, pendenti in istruzione sommaria o formale, per trasmetterli alla Sezione istruttoria della Corte d'appello; l'art. 392,3° riconosceva il potere del P.G. di trasferire davanti a sé procedimenti pendenti in istruzione sommaria. In entrambi i casi, il potere di avocazione del P.G. era nella pratica assolutamente discrezionale, nel senso che quest'ultimo era libero di determinare quando ricorressero i presupposti per il suo esercizio, peraltro con una scelta immotivata ed insindacabile.

L'attuale configurazione dell'avocazione è ben diversa dalla precedente, ed è il risultato di due diverse forze.

L'entrata in vigore della Costituzione rese necessario l'intervento della Corte Cost., la quale ha abrogato, per contrasto con il principio del giudice naturale precostituito, prima l'art. 234,2° e poi l'art. 392².

² Rispettivamente C.Cost., sent. 22 giugno 1963, n°110 e id., sent. 2 aprile 1964, n°32.

Successivamente, sulla scorta di tali pronunciamenti e degli interventi legislativi che portarono alla eliminazione del principio gerarchico dall'organizzazione della magistratura inquirente, o almeno alla sua attenuazione, il dibattito si concentrò sull'opportunità di mantenere in essere l'istituto in parola ³.

Il legislatore, consapevole dei gravi ritardi nell'amministrazione della giustizia penale, optò per una modifica dell'avocazione, delimitandone fortemente l'applicazione, come risulta evidente dalla lettura della legge-delega 81/1987, la cui direttiva n° 42 riconosce soltanto l'inerzia del p.m. quale condizione per l'avocazione.

Proprio tale direttiva, e quindi il potere del P.G. di avocare, è richiamata dalla Corte Cost. nella sent. n° 88/1991 *“Per assicurare da parte del pubblico ministero il rispetto dell'obbligatorietà dell'azione penale.... Un ulteriore strumento di garanzia contro l'inerzia del pubblico ministero”*; la stessa Corte ha poi affermato in occasione della risoluzione di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato:” ... *la previsione*

³ Per la ricostruzione del dibattito si veda M.L.Di Bitonto, op. cit., p. 22 s. con relativa bibliografia.

del potere di avocazione delle indagini preliminari da parte del Procuratore generale, ai sensi degli artt. 412 e 413, primo comma, del codice di procedura penale..... che è ben diverso dalla 'sostituzione di un organo del pubblico ministero ad altro organo dello stesso pubblico ministero' configurata nel previgente codice di procedura penale (sulla quale v. sentt. nn. 32 del 1964 e 148 del 1963), è infatti rigidamente condizionato al presupposto che il pubblico ministero non eserciti l'azione penale o non richieda l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice.... l'avocazione delle indagini preliminari da parte del Procuratore generale è un potere, previsto come 'strumento di garanzia contro l'inerzia del pubblico ministero' (v. sent. n. 88 del 1991), che proprio perciò non può avere un'incidenza attuale sulla legittimazione processuale in relazione alle attribuzioni oggetto del presente conflitto, cioè in relazione alla corretta prosecuzione da parte del pubblico ministero delle indagini ai fini dell'esercizio dell'azione penale, dal momento che quel potere potrà essere attivato dal Procuratore generale soltanto dopo che il pubblico ministero avrà consumato - sia per

mancato esercizio dell'azione penale, sia per omessa richiesta di archiviazione nei termini prescritti - lo svolgimento del proprio potere d'indagine, vale a dire dell'attribuzione dedotta nel conflitto in esame. ⁴

Diversamente dal sistema precedente, in cui l'avocazione costituiva uno strumento per sottrarre i procedimenti al procuratore della repubblica, quando la conduzione delle indagini delineava esiti diversi rispetto a quelli sperati dal magistrato di grado superiore o eventualmente dall'esecutivo, il nuovo istituto trova quindi il suo fondamento nella garanzia del principio di obbligatorietà dell'azione penale e del suo corollario della tendenziale completezza delle i.p.

La disciplina dell'avocazione è contenuta in alcune disposizioni del c.p.p., le quali ne indicano i presupposti e il momento per il suo esercizio.

L'art.372,1° individua dei casi tassativi nei quali il P.G. avoca le i.p. con decreto motivato: astensione o incompatibilità del magistrato designato, quando non sia possibile la sua tempestiva

⁴ C. Cost., sent. 16-24 settembre 1993, n°462.

sostituzione; omessa tempestiva sostituzione, da parte del capo dell'ufficio del p.m., del magistrato designato per le indagini nei casi previsti dall'art. 36, 1° lett. a),b), d),e). La *ratio* di queste previsioni è quella di garantire la funzionalità dell'ufficio del p.m. ove ricorrano situazioni di tipo organizzativo o di inerzia del magistrato procedente che possano incidere negativamente sullo svolgimento delle i.p.

L'art. 412,1° prevede l'av. quando il p.m., scaduto il termine, legale o prorogato dal giudice, per le i.p., non eserciti l'azione penale o non chieda l'archiviazione. In queste ipotesi si può fare una considerazione: i termini per lo svolgimento delle i.p. sono stati previsti, oltre che per garantire la rapida definizione dei procedimenti, anche per tutelare la persona sottoposta alle indagini, in modo da evitare che possa essere sottoposta indefinitamente ad una situazione di incertezza. Questo giustifica il secondo periodo del 1°, che impone al P.G. di svolgere le i.p. e prendere le sue determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale entro trenta giorni dal decreto di archiviazione.

Il fatto che il P.G. sia chiamato a svolgere molte funzioni, sebbene le i.p. siano svolte dai sostituti (art. 51,2°), unitamente alla previsione del termine ristretto di trenta giorni, potrebbe far dubitare della reale applicazione delle norma. A tal fine, l'art. 127 disp. att. prevede che le segreterie del pm spediscono ogni settimana al P.G., un elenco delle notizie di reato contro persone note per le quali non è stata ancora esercitata l'azione penale o richiesta l'archiviazione entro il termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice. L'obbligo di comunicazione ha cadenza mensile per le denunce contro ignoti.

Per garantire l'effettivo esercizio del potere-dovere di avocazione *ex art.412,1°*, l'art.413 prevede che la persona sottoposta alle indagini o la persona offesa possano farne espressa richiesta al P.G.

L'art. 372,1° *bis*, introdotto con d.l. 9 settembre 1991, n° 292, conv. in l. 8 novembre 1991, n° 356, prevede l'avocazione per alcuni reati gravi di criminalità organizzata di matrice politica o

terroristica⁵, quando, rendendosi necessarie indagini collegate, non risulta effettivo il coordinamento disciplinato dagli artt.371,1° e 118 disp. att. non hanno dato esito le riunioni disposte o promosse dal P.G. anche d'intesa con altri P.G. interessati. Il d.l. 20 novembre 1991, conv. in l. 20 gennaio 1992 ha escluso l'applicabilità dell'art. 371,1° bis ai procedimenti per reati di stampo mafioso, in relazione ai quali l'esigenza del coordinamento investigativo è ancora più forte ed è garantita dalla figura unica del P.N.A., il quale ha un proprio potere di avocazione *ex art. 371 bis*.

Benché tutte queste disposizioni non trattino dell' avocazione in termini di doverosità, si deve ritenere che il P.G. abbia l'obbligo giuridico di avocare le i.p. Questo significa che il P.G., una volta che abbia ritenuto sussistenti i presupposti normativamente fissati per avocare, non possa far altro che esercitare quel potere.

⁵ Tali delitti sono: associazione con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico, attentato per finalità terroristiche o di eversione, devastazione, saccheggio e strage, sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione, cospirazione politica mediante associazione, banda armata, associazione per delinquere, strage.

Ancora una volta può essere affermata la funzione sussidiaria dell'istituto rispetto all'obbligo di esercitare l'azione penale e alla conduzione di i.p. tendenzialmente complete.

3.1.2. Aspetti problematici: l'avocazione facoltativa.

L'ordinamento conosce altre due ipotesi di av. il cui carattere le distingue da quelle descritte; tali sono gli artt.412,2° e 421-*bis*.

L'analisi verterà sulla prima disposizione, dato che l'avocazione da essa disciplinata si pone logicamente e cronologicamente in rapporto di priorità con l'esercizio dell'azione penale. La seconda invece, trattando dell'avocazione delle i.p. dopo la celebrazione dell'udienza preliminare, presuppone che sia già stata esercitata l'azione penale, quindi non verrà presa in considerazione in questo lavoro.

Il presupposto del suo operare consiste nel mancato accoglimento, da parte del g.i.p., della richiesta di archiviazione

avanzata dal p.m. (anche per accoglimento dell'opposizione proposta dalla persona offesa alla richiesta, art.410,3°), e la successiva fissazione di un'udienza camerale al termine della quale il g.i.p. potrà decidere di: accogliere la richiesta; ordinare indagini ulteriori; disporre l'imputazione coatta.

Il g.i.p. deve dare comunicazione della fissazione di tale udienza anche al P.G.

Questo tipo di avocazione si differenzia dai precedenti per i suoi connotati letterali, espressi in termini di potere e di non di dovere, e viene solitamente definita dalla dottrina 'facoltativa', per distinguerla dalle altre ipotesi che invece sarebbero 'obbligatorie'.

L'apparente contrasto tra facoltatività dell'avocazione e art. 112 cost. si può spiegare ricordando che il p.m., nel prendere in considerazione i vari elementi ai fini delle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale, mantiene un certo grado di discrezionalità nel valutare il materiale raccolto nella fase investigativa. Del resto il principio di legalità, cui sono sottoposti non soltanto i giudici ma anche i magistrati inquirenti, non esclude l'esistenza di spazi di autonomia decisionale o valutativa.

Il potere di avocazione di cui all'art. 412,2° non appare quindi obbligatorio, ma facoltativo, perché lo spazio lasciato all'autonomia decisionale del P.G. è ampio e non subordinato a rigidi criteri prestabiliti dal legislatore.

Ciò che caratterizza l'avocazione facoltativa è poi la *ratio* ad essa sottesa, come risulta evidenziato in una pronuncia della Corte Cost., che risulta utile citare testualmente: “ *...se, da un lato, il pubblico ministero ha l'obbligo di compiere le indagini indicate dal giudice a norma dell'art. 409, quarto comma, c.p.p., tale obbligo non è avulso né autonomo rispetto a quello di compiere 'ogni attività necessaria' per assumere le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale (art. 358 in relazione all'art. 326 c.p.p.), di talché l'indicazione del giudice opera come devoluzione di un tema di indagine che il pubblico ministero è chiamato a sviluppare in piena autonomia e libertà di scelta circa la natura, il contenuto e le modalità di assunzione dei singoli atti che ritenga necessari ai fini suddetti; ... pertanto è un errore il ritenere che il giudice, allorché indica al pubblico ministero ulteriori indagini, 'le dispone e le commissiona',*

procedendo a formulare una tassativa elencazione di specifici atti rispetto ai quali si prefigura una sorta di 'delega' al pubblico ministero circa il relativo espletamento; giacché, per questa via, risulterebbe svilito il potere-dovere del pubblico ministero di gestire e dirigere l'attività di indagine che, al contrario, deve permanere inalterato anche quando l'attività stessa sia svolta su 'indicazione' del giudice;.... le considerazioni che precedono valgono anche per la questione relativa all'art. 412, secondo comma, c.p.p., in ordine alla quale il rimettente ritiene sia da configurare alla stregua di scelta costituzionalmente imposta quella di prevedere come 'obbligatoria' l'avocazione del procuratore generale nell'ipotesi in cui il pubblico ministero non abbia ottemperato all'espletamento delle ulteriori indagini indicate a norma dell'art. 409, quarto comma, c.p.p., e ciò perché, al contrario, l'intervento sostitutivo del procuratore generale previsto dalla norma denunciata non è in sé destinato a 'modificare' le conclusioni del pubblico ministero o a surrogare una obiettiva inerzia in ordine alle scelte sulla azione ovvero, ancora, a dirimere patologiche - e perciò stesso non disciplinabili

- situazioni di stallo, ma unicamente a consentire ad un diverso ufficio del medesimo organo di apprezzare se in concreto l'attività di indagine sia stata o meno esauriente ai fini che sono istituzionalmente imposti al pubblico ministero;...⁶».

L'avocazione facoltativa, come sottolinea la Corte, non tende a rimediare all'inerzia del pm, intesa nel senso del mancato esercizio dell'azione penale che si sostanzia nella richiesta di archiviazione; infatti il P.G. che abbia avvocato le i.p. potrebbe anche decidere successivamente di non esercitare l'azione penale. Attraverso la sostituzione del P.G. al magistrato inquirente l'ordinamento vorrebbe garantire che l'attività investigativa sia il più possibile completa, onde addivenire ad una ponderata decisione circa l'esercizio dell'azione penale, ivi compresa una nuova richiesta di archiviazione.

L'avocazione facoltativa è quindi una forma di controllo interna all'ufficio della magistratura inquirente, finalizzata a garantire il rispetto dell'art.112 cost., che va a sommarsi al controllo svolto dal g.i.p.

⁶ C. Cost., ord. 22 maggio-6 giugno 1991, n°253.

Le due forme di controllo hanno caratteristiche diverse tra loro. Il g.i.p., in quanto giudice svolge un controllo formale circa la sussistenza dei presupposti legali che fondano la richiesta di archiviazione; qualora questi non dovessero risultare dagli atti di indagine compiuti, egli rigetterà la richiesta, ma senza poter influenzare direttamente lo svolgimento delle investigazioni.

Viceversa, il P.G. ha il potere di svolgere tali atti, in quanto titolare delle funzioni di p.m., e anche di influenzare l'attività del p.m. precedente, in quanto il provvedimento con cui è disposta l'avocazione è rilevante ai fini del controllo disciplinare svolto dal C.S.M. sull'operato del p.m. di primo grado e di appello, secondo quanto disposto dall'art.70,6° ord. giud.⁷ A questo fine, il P.G. avvocante deve inviare al C.S.M. copia del decreto motivato con cui dispone l'avocazione.; contro tale decreto il pm potrà proporre reclamo al P.G. presso la Cassazione.

In giurisprudenza si è posta la questione se il P.G., che abbia avvocato le i.p., abbia il potere di revocare la richiesta di archiviazione avanzata dal p.m.

⁷ Articolo introdotto dal d.l. 2° novembre 1991, n°367, conv. in l. 20 gennaio 1992, n° 8 istitutivo della Direzione Nazionale Antimafia.

In una pronuncia isolata la Cassazione ha stabilito che l'archiviazione, al pari dell'esercizio dell'az. penale, è irretrattabile, quindi la sua revoca, tanto che provenga dal p.m. quanto dal P.G. avocante, non spoglia il g.i.p. del potere di indicare, all'esito dell'udienza camerale, nuove indagini⁸. Per contro la stessa Corte in altre occasioni ha riconosciuto che, una volta intervenuta l'avocazione, il P.G. avocante assume tutti i poteri del p.m. avvocato, quindi anche il potere di revocare l'originaria richiesta di archiviazione⁹. Questo evento tuttavia non deve ritenersi come effetto automatico dell'avocazione, poiché il nuovo magistrato procedente ben potrebbe aderire alle conclusioni del p.m. avvocato.

Tra i poteri devoluti al P.G. vi è anche quello di delegare le funzioni di p.m. all'udienza dibattimentale ai soggetti indicati all'art. 72 ord.giud.

L'art. 412,2° sembra richiedere come unica condizione per l'esercizio dell'avocazione l'invio della comunicazione della

⁸ Cass. sez. II, 28 gennaio 2003, Scuto, Cass. pen., 2005, p. 84.

⁹ Cass., sez. VI, 9 marzo 2000, Tibello, Cass. pen., 2000, p.3321; conf. Cass., sez VI, 30 gennaio 2003, Romanazzo ed altro, in Mass. Uff.,n° 224005.

fissazione dell'udienza camerale¹⁰, prescindendo da valutazioni sullo svolgimento delle i.p. o sulla correttezza della richiesta di archiviazione formulata dal p.m. di primo grado. Se ne trova conferma in una pronuncia della Corte Cost.¹¹, la quale esclude che l'avocazione da parte del P.G. comporti necessariamente la modifica delle conclusioni del p.m. o ad eliminare una situazione di inerzia in ordine all'esercizio dell'azione penale.

Infine, si può rilevare come gli obblighi che gravano sul p.m. nell'esercizio delle sue funzioni, si trasmettano sul P.G. in caso di avocazione delle i.p.; la Corte Cost. ha infatti rilevato come "*il pubblico ministero ha l'obbligo di compiere le indagini indicate dal giudice a norma dell'art. 409, quarto comma, c.p.p.*", *obbligo che deve necessariamente incombere non solo sul procuratore della Repubblica presso la pretura o il tribunale, ma anche sul procuratore generale che abbia disposto l'avocazione delle indagini a norma dell'art. 412, primo comma, del codice di procedura penale, posto che in tal caso, a norma dell'art. 51,*

¹⁰ Per l'esposizione delle diverse posizioni espresse in dottrina e giurisprudenza si veda M.L.Di Bitonto, op. cit., p.67 s.

¹¹ C. Cost., ord. 6 giugno 1991, n°253.

*secondo comma, dello stesso codice, il procuratore generale è chiamato a svolgere tutte 'le funzioni di pubblico ministero' ”.*¹²

Fino ad ora abbiamo analizzato l'avocazione facoltativa del P.G. a fronte dell'inerzia del p.m. che conduca ad una richiesta di archiviazione. *Quid* nel caso in cui quest'ultima manchi?

In giurisprudenza si sono affermate voci contrastanti¹³. La Cassazione in alcune pronunce ha affermato che in base al principio di obbligatorietà dell'azione penale, non può escludersi la richiesta di archiviazione da parte del p.m., anche per fatti non costituenti reato, in modo da garantire comunque un controllo giurisdizionale sugli atti del p.m. In altre la stessa Corte ha invece ritenuto che il procedimento di archiviazione presupponga la presenza di una *notitia criminis*; mancando questa, il p.m. è esonerato dal presentare la relativa richiesta.

Le Sezioni Unite hanno poi confermato quest'ultima posizione¹⁴. Accade che nelle procure generali in P.G., venuto a

¹² C. Cost. sent. 2-15 aprile 1992, n°182.

¹³ Per le varie posizioni e per una attenta disamina del problema, M.L.Di Bitonto, op. cit., cap. III, §1.

¹⁴ Cass., SS.UU., 22 novembre 2000, Responsabili dell'istituto Buonarroto, in Cass. pen., 2001, p.1777.

conoscenza delle notizie iscritte nel registro dei fatti non costituenti reato, abbia impugnato per abnormità l'atto di iscrizione in tale registro da parte del p.m.; la corte, respingendo l'impugnazione, ha però riconosciuto il potere del P.G. di sostituire il pm precedente di primo grado anche nel caso in cui quest'ultimo iscriva la notizia nel registro delle notizie non costituenti reato. La *ratio* di questo potere sta infatti nella necessità di garantire un controllo, da parte del P.G., su tutte le ipotesi di inerzia del p.m. che potrebbero condurre ad una elusione dell'art.112 cost. Peraltro, questa interpretazione appare in linea con l'attuale riforma degli uffici del p.m., avvenuta con d.lgs. 20 febbraio 2006, n°106, che ha escluso ogni forma di rapporto gerarchico tra ufficio del p.m. di primo grado e quello di appello, ma ha anche stabilito che il P.G. acquisisce dati e notizie dalle procure del distretto, al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale.

In sintesi, possiamo sostenere che tanto l'avocazione obbligatoria quanto quella facoltativa, benché si basino su presupposti differenti, fanno entrambe leva sulla posizione

sovraordinata del dirigente dell'ufficio, il quale opera un controllo sulla correttezza dell'attività svolta dal p.m. durante le i.p. e sulle determinazioni relative all'esercizio dell'azione penale.

3.2. Il contrasto negativo tra uffici di procura.

L'attuale disciplina dei contrasti mostra significative differenze rispetto a quella inizialmente predisposta dal codice Vassalli.

In esso era previsto soltanto il contrasto negativo, con l'originario art. 54 rubricato 'Trasmissione degli atti ad altro ufficio'.

Il motivo che indusse il legislatore delegato ad optare per un intervento 'minimale', riconoscendo soltanto il contrasto negativo, la cui rilevanza era peraltro circoscritta alle i.p., lo si può rintracciare nella legge-delega, la cui direttiva n°16 si limita a prevedere la disciplina dei rapporti tra diversi uffici del p.m. in sede penale durante le indagini; diversamente, la direttiva n°15

richiama espressamente i conflitti tra giudici e il potere di denuncia delle parti, e ne regola alcuni aspetti.

Ad esso si affiancava il coordinamento delle indagini (art. 371), con il quale si riteneva di escludere situazioni di attrito 'in positivo' tra p.m. nella fase delle i.p. Inoltre, qualsiasi ipotesi di contrasto sorta successivamente alle i.p. sarebbe stata assorbita tra le questioni di competenza tra giudici¹⁵.

Vano è risultato il tentativo di colmare la lacuna normativa in materia di contrasti, attraendo questi ultimi nell'ambito dei conflitti analoghi, previsti dall'art. 28,2°, poiché la giurisprudenza si è sempre mostrata contraria.

In una recente pronuncia della Cassazione¹⁶, che conferma un indirizzo costante sul punto a partire dall'entrata in vigore del nuovo codice, si è esclusa la configurabilità dei conflitti tra p.m. e giudice, come risulta chiaramente espresso dalla Relazione Preliminare al c.p.p., secondo cui *«si è volutamente evitato qualsiasi riferimento a casi di contrasto tra pubblico ministero e*

¹⁵ Relazione preliminare al nuovo cpp, in G.U., n°250, suppl.ord. n°2, 24 ottobre 1988, p. 24.

¹⁶ Cass., SS.UU., sent. 27 febbraio 2014, n° 9605.

giudice proprio per sottolineare che eventuali casi di contrasto non sono riconducibili alla categoria dei conflitti e ciò anche in considerazione della qualità di parte, sia pure pubblica, che il pubblico ministero ha nel contesto del nuovo codice di procedura penale».

Il 20 novembre 1991, con d.l. n° 367, vennero poi introdotti i contrasti positivi (art. 54 *bis*) e i contrasti tra pm in materia di criminalità organizzata (art. 54 *ter*); infine, la l. 16 dicembre 1999, n°479 ha previsto il potere di denuncia della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa (art. 54 *quater*).

La disciplina del contrasto negativo stigmatizza una situazione patologica riguardante l'esercizio dell'azione penale, che consiste nel rifiuto contestuale di due uffici di procura, di svolgere le i.p. su una medesima notizia di reato e sulla stessa persona.

L' art. 54, 1° così dispone :« Il pubblico ministero, se durante le indagini preliminari ritiene che il reato appartenga alla competenza di un giudice diverso da quello presso cui egli esercita le funzioni, trasmette immediatamente gli atti all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice competente.»

Il contrasto viene risolto dal P.G., a seconda dei casi, della Corte d'Appello o della Cassazione, il quale è chiamato a determinare quale ufficio del p.m. debba procedere.

La decisione si basa sull'esame degli atti del procedimento che il p.m. dissenziente ha l'obbligo di inviare al P.G, come previsto dall'art. 54,2° e dall'art. 4,1° disp. att.

Il P.G. ha un ampio potere nel rilevare qualsiasi tipo di incompetenza, nel modificare il *nomen juris* e il fatto e nell'utilizzare anche atti invalidi ai fini della decisione. Inoltre, potrà stabilire che l'ufficio del pm che deve procedere sia diverso tra quelli in contrasto.

Analogamente a quanto previsto per il caso dell'avocazione, il controllo è di tipo gerarchico. Pertanto il provvedimento è vincolante ma con delle limitazioni.

Anzitutto, ha un'efficacia circoscritta alla fase delle i.p., le quali sono caratterizzate dalla mutevolezza sia circa i fatti costituenti reato, sia relativamente alla persona cui indirizzare l'addebito. L'emergere di situazioni nuove e diverse rende quindi inefficace il provvedimento.

Altro punto debole è rappresentato dal fatto che la decisione è vincolante soltanto per il p.m. designato, e non per gli organi giurisdizionali, cosa che potrebbe creare situazioni di dissenso tra il P.G. e il g.i.p.

Ad esempio, se il P.G. stabilisse che le indagini vadano effettuate altrove rispetto al luogo in cui furono iniziate, ma il gip adotta dei provvedimenti che manifestano l'intenzione di mantenere il procedimento davanti a sé, avremmo una situazione di attrito insanabile.

Oppure il pm designato dal P.G. potrebbe chiedere al g.i.p. un atto necessario allo svolgimento delle i.p., ma questi lo rifiuta dichiarandosi incompetente. Il p.m. dovrà allora cedere le i.p., disattendendo così la decisione del P.G.

La posizione sovraordinata del P.G. non sembra pertanto sufficiente a rendere efficace *erga omnes* e soprattutto definitiva la decisione su quale p.m. debba svolgere le i.p.

3.2.1. L'art. 51,3° e la competenza nella fase delle i.p.

La scarsità delle disposizioni riguardanti i contrasti tra p.m. rende difficile l'individuazione degli aspetti problematici della disciplina. Appare quindi necessario rivolgere l'attenzione altrove.

Possiamo fare una prima considerazione. L'art. 51,3° stabilisce che le funzioni del p.m. siano attribuite all'ufficio del pm presso il giudice competente a norma del Capo II del Titolo I¹⁷. Quindi, la legittimazione del p.m. è costruita *per relationem* con la competenza del giudice.

L'analisi della disciplina della competenza e dei conflitti tra giudici nella fase delle i.p. è utile ad evidenziare alcuni aspetti, che potranno essere estesi ai contrasti negativi tra p.m.

¹⁷ Cfr. disp.att. art. 238,1°:«Per i reati di competenza della corte d'assise le indagini preliminari sono svolte dal procuratore della Repubblica presso il tribunale individuato a norma degli articoli 8,9,10,11 e 16 del codice. Con i medesimi criteri è individuato il giudice per le indagini preliminari. E' fatto salvo quanto previsto dagli articoli 51 comma 3bis e 328 comma 1bis del codice.»

Per quanto riguarda il processo minorile, l'art.2 DPR 22 settembre 1988, n°488 attribuisce le funzioni di pm al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i Minorenni. Egli è un magistrato avente grado di sostituto procuratore generale della Corte d'appello o di sostituto procuratore della Repubblica, ed è a capo della Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni. Anche in questo caso, il pm legittimato a svolgere le indagini si individua in relazione al tribunale per i minorenni competente.

Occorre pertanto soffermarci sul concetto di competenza.

Essa è definita come l'insieme dei criteri, previsti dal legislatore, attraverso i quali viene ripartito il carico dei procedimenti tra giudici che esercitano la medesima giurisdizione. Ora, le considerazioni effettuate sulla competenza, che è un concetto riferibile ai soli giudici, possono essere estese ai contrasti, a causa del legame evidenziato nel paragrafo precedente.

Ad ogni modo, possiamo ritenere che il legislatore, prima degli interventi di modifica sopra citati, considerasse i contrasti tra pm degni di poca considerazione: quelli negativi rilevavano solo nelle i.p.; quelli positivi erano tollerati.

Un simile atteggiamento sembra confermato dalla giurisprudenza, che ha tentato di sminuire la validità delle regole sulla competenza nella fase delle i.p.

Negare la rilevanza alle questioni di competenza nelle i.p. non significa altro che sminuire il problema della legittimazione del p.m. a svolgerle.

Seguono alcuni esempi¹⁸.

L'art. 21,1° prevede la rilevabilità dell'incompetenza per materia 'in ogni stato e grado del processo.' Presa alla lettera, la disposizione non parrebbe riferirsi alla fase pre-processuale delle i.p.; in realtà il codice utilizza spesso in maniera inappropriata il termine 'processo' in luogo di 'procedimento', come accade in materia di distruzione delle intercettazioni irrilevanti e di quelle inutilizzabili.

Inoltre l'art. 22,1° stabilisce che il giudice, nel corso dell'indagine, possa dichiararsi incompetente per qualsiasi causa, quindi anche per incompetenza territoriale; per la Cassazione, invece, tale incompetenza non può essere rilevata in questa fase, né d'ufficio né su istanza di parte, per il fatto che il g.i.p. è un giudice *ad acta*, con una conoscenza limitata del procedimento“...*almeno fino alla chiusura delle indagini*

¹⁸ Per le varie posizioni della dottrina e della giurisprudenza si veda A.Camon, Gli strumenti di controllo sulla sede dell'indagine, op. cit., pp. 8 ss., con la relativa bibliografia.

preliminari, l'imputato non può dedurre l'incompetenza territoriale."¹⁹

Ancora più chiaramente la Cassazione ha sostenuto che “ *nel corso delle indagini non esiste una competenza in senso tecnico, poiché questa ha sempre riferimento ad un definito procedimento e non ad una fase caratterizzata dalla fluidità quale quello attinente alle indagini*”²⁰.

Per quanto riguarda l'incompetenza per materia, si è sostenuto che essa “ *può essere dedotta nel procedimento de libertate, sia in sede di riesame che di ricorso per saltum in cassazione, solo quando emerga icto oculi e cioè quando l'incompetenza allo stato degli atti sia chiaramente percepibile. Nella fase delle indagini preliminari infatti più che di reati deve parlarsi di ipotesi di reato ed occorre tener conto della fluidità della contestazione, che si concretizza in una imputazione solo al termine delle indagini.*”²¹

¹⁹ Cass., sez I, 21 settembre 1994, n° 3751, Muzzio, Arch. nuova proc. pen., 1995, p. 485.

²⁰ Cass., sez VI, 12 febbraio 1993, n° 436, Savoio, Arch. nuova proc. pen., 1993, p. 274.

²¹ Cass., sez. III 23 gennaio 1996, n°231, Vanoni, Cass. pen, 1997, III, p. 2777-2778.

Maggiori problemi sono dati dalla competenza determinata dalla connessione.

L'inoperatività di essa nelle i.p. è stata giustificata variamente.

Anzitutto la formulazione dell'art. 12, 1° lett. b), che fa riferimento alla persona imputata, lascerebbe intendere l'esclusione dalla fase pre-processuale. L'argomento non è decisivo poiché l'art. 61,2° consente di estendere le norme relative all'imputato anche alla persona sottoposta alle indagini; inoltre, molte disposizioni relative alla connessione si riferiscono alla fase procedimentale in senso stretto, quindi alle i.p.

L'art. 28,3° esclude che durante le i.p. possa essere proposto conflitto positivo fondato da ragioni di competenza determinata dalla connessione, e da ciò ne è stata dedotta l'inoperatività di questa incompetenza in questa fase.

Anche questo argomento può essere criticato perché la norma esclude soltanto uno tra i vari effetti della connessione, lasciando inalterati gli altri, come i contrasti negativi. In effetti, la norma era stata pensata in un sistema in cui non erano previsti i contrasti positivi tra pm, e intendeva evitare che attraverso la proposizione

di un conflitto positivo si venissero a bloccare procedimenti paralleli. Con l'introduzione dei contrasti positivi, questa esigenza si può ritenere essere venuta meno, tanto che per alcuni l'art. 28,3° dovrebbe considerarsi abrogato implicitamente.

L'ultimo argomento si basa sull'art. 371,2° lett.a), il quale stabilisce che si considerano collegate le i. relative a procedimenti connessi a norma dell'art. 12; il dato testuale conferma che il collegamento si possa instaurare solo tra i. che spettano ad uffici di procura diversi, quindi la connessione non dovrebbe operare nella fase delle i.p.

Tuttavia, vi sono dei casi nei quali procedimenti connessi restano incardinati presso le procure originariamente legittimate, come accade per i procedimenti riguardanti maggiorenni e minorenni, o per procedimenti relativi a reati militari e comuni, quando i primi sono gravi almeno quanto i secondi.

Riassumendo, si può ritenere che la connessione, al pari degli altri criteri di competenza, operi sin dalle i.p.

3.2.2. Altri aspetti problematici.

Continuando l'analisi della disciplina dei conflitti tra giudici, riscontriamo altri punti critici.

Anzitutto, i soggetti interessati alla decisione giurisdizionale sulla competenza non possono adire direttamente il g.i.p. per ottenere una dichiarazione di incompetenza, ma devono sollevare la questione attraverso un procedimento incidentale. Questo aspetto rende chiaro come, nel passaggio dal vecchio al nuovo codice, la fase investigativa fosse considerata meramente preparatoria alla fase dibattimentale, vero fulcro del processo, benché il legislatore delegato avesse ritenuto degno di tutela l'interesse delle parti a che le i.p. fossero svolte dall'ufficio legittimato.

Da ciò deriva un altro punto critico. In base all'art. 22,2° l'unico effetto prodotto dall'ordinanza riguarda il provvedimento richiesto con il procedimento incidentale. Se il g.i.p. ritiene di essere incompetente o privo di giurisdizione, restituisce gli atti al p.m. che stava conducendo le i.p. prima dell'insorgere dell'incidente,

che non è obbligato a trasmettere gli atti al p.m. presso la sede designata nell'ordinanza; egli infatti può continuare a svolgere le attività investigative.

La decisione non vincola né il P.G. che sia chiamato a dirimere un eventuale contrasto tra uffici di procura, né il g.i.p. che l'abbia emessa, qualora fosse nuovamente investito della questione.

Le ragioni che sono state addotte per giustificare la limitata efficacia dell'ordinanza di incompetenza sono varie.

La più convincente sembra essere quella per cui il g.i.p. esercita una funzione giurisdizionale di controllo a cognizione parziale, poiché la sua decisione si basa non su tutte le informazioni contenute nel fascicolo delle indagini, ma soltanto su quelle che il p.m. decida di trasmettergli²².

La cognizione parziale tutelerebbe il segreto investigativo, evitando pericolose rivelazioni anticipate (*discovery*) sulle indagini svolte fino a quel momento.

²² Cfr. A. Camon, Gli strumenti di controllo sulla sede dell'indagine, op. cit., Cap. II, §§ 3 e 4.

Tuttavia, l'argomento non può considerarsi completamente esauriente, poiché l'esigenza di segretezza non può giustificare una menomazione del potere di controllo e di garanzia del g.i.p.

Inoltre, si può obiettare che esistono delle decisioni di incompetenza pronunciate con cognizione piena e ciononostante prive di efficacia vincolante.

Questo accade ad esempio nel caso in cui il gip respinga la richiesta di archiviazione con ordinanza. E' chiaro che la sua cognizione non sia parziale ma estesa a tutto il fascicolo delle indagini, eppure non si tratta di una decisione vincolante, poiché il pm non è obbligato a proseguire le i.p. *ex art. 409,4°*, tanto da far operare eventualmente l'istituto dell'avocazione facoltativa.

Anche nel caso della proroga delle i.p., o della loro riapertura dopo l'archiviazione, sembrerebbe da ritenere che il p.m. debba allegare l'intero fascicolo.

Al contrario, si verificano dei casi di decisioni pronunciate con cognizione parziale del giudice, dotate di efficacia vincolante.

L'esempio più lampante è offerto dalla disciplina dei conflitti; l'art. 32,3° opera un rinvio all'art. 25, per cui le decisioni rese

dalla Cassazione sulla questione di giurisdizione o di competenza sono vincolanti nel corso del processo, salvo che risultino fatti nuovi che comportino una diversa definizione giuridica, da cui discenda la modificazione della giurisdizione o la competenza di un giudice superiore. Peraltro tali decisioni sono vincolanti nella fase processuale, mentre in quella delle i.p. l'efficacia è *rebus sic stantibus*, cioè fino a quando e a patto che i progressi investigativi non modifichino le premesse di fatto del provvedimento.

Si tratta quindi di una pronuncia vincolante, basata sui soli atti necessari alla risoluzione del conflitto (art. 30,1° e 2°, art. 31,2°), non sull'intero fascicolo, sebbene la Cassazione abbia il potere di sollecitare l'invio di atti ulteriori, con il limite invalicabile del segreto investigativo.

Quanto detto può essere esteso alla materia dei contrasti tra uffici di procura; possiamo rilevare che in alcuni casi le i.p. siano svolte senza rispettare le norme sulla competenza, in modo tale da produrre, a seconda dei casi, una duplicazione delle investigazioni oppure la loro totale assenza.

3.2.3. Il procedimento per la soluzione del contrasto negativo.

L'art. 54 c.p.p. disciplina il procedimento per superare il contrasto negativo tra uffici di procura.

Presupposto del contrasto è che il pm procedente ritenga che il reato per cui procede sia di competenza di un giudice diverso rispetto a quello presso cui egli esercita le proprie funzioni. Analogamente a quanto disposto dall'art. 22 c.p.p., in materia di conflitti tra giudici, gli atti vengono trasmessi al pm presso il giudice competente, o meglio sarebbe dire ritenuto competente.

Il pm che ha ricevuto gli atti potrebbe continuare le i.p.; se invece ritenesse che debba procedere l'ufficio che li ha trasmessi, dovrà rivolgersi al P.G. presso la Corte d'appello, oppure al P.G. presso la Corte di Cassazione, qualora appartenga a un distretto diverso.

Il P.G., ricevuti gli atti (art. 4 disp. att.), determina sulla base di essi quale ufficio del pm deve procedere, dandone comunicazione agli uffici interessati.

Il provvedimento che risolve il contrasto è certamente vincolante per i p.m. coinvolti; tuttavia, se durante la prosecuzione delle i.p. dovessero emergere elementi di prova che influiscono sull'individuazione del magistrato che deve procedere, e se questi fosse diverso da quello individuato dal P.G., la decisione non sarebbe più vincolante.

In più, il provvedimento non è vincolante per il g.i.p. designato, il quale potrebbe ritenersi incompetente, diversamente da quanto stabilito dal P.G. Questo è certamente uno dei principali difetti del meccanismo predisposto dal legislatore, che si traduce negativamente sull'esercizio dell'az. penale, portando ad una serie di ritardi nella prosecuzione delle i.p., così come nell'adozione di provvedimenti cautelari.

3.2.4. Possibili soluzioni normative.

L'aver demandato la soluzione del contrasto al P.G., benché si tratti di un organo in posizione di vertice, renderebbe il

procedimento per la risoluzione dei contrasti negativi uno strumento poco efficace contro le possibili inerzie dei p.m.²³

Si tratta di un'opinione condivisibile, considerando che la soluzione del contrasto, così come lo svolgimento delle i.p. e le determinazioni circa l'esercizio dell'azione penale rimarrebbe all'interno della magistratura inquirente, la quale non dà le stesse garanzie di imparzialità di un organo giurisdizionale in senso proprio.

In una prospettiva *de jure condendo* si potrebbe ipotizzare un diverso meccanismo di controllo, che coinvolga non la magistratura inquirente bensì organi giurisdizionali, eventualmente anche di vertice, come la Corte di Cassazione.

Oppure si potrebbe operare sui meccanismi già esistenti, rendendo vincolante la decisione del g.i.p. sulla competenza nei confronti del p.m. Questo è infatti uno degli aspetti più critici dell'istituto vigente, la cui soluzione potrebbe di per sé essere sufficiente a rimediare

²³ Questa è l'opinione di A.Camon, op. cit., p.171 s.

Un'altra soluzione potrebbe essere la previsione di una pronuncia del g.i.p. sulla questione di competenza in via principale, e non in via incidentale come avviene nell'attuale sistema.

Naturalmente, questi meccanismi presuppongono l'esistenza di un contrasto tra p.m. e non risolve il caso della semplice inerzia del p.m., a fronte della quale non si prospetti l'obbligo di agire di un diverso ufficio di procura. Tale ipotesi potrebbe essere evitata soltanto attraverso il solerte intervento del P.G. che, attraverso l'avocazione, si sostituisca al p.m. legittimato a svolgere le i.p.