

QUESITI

D. NAIKE CASCINI

Lo stretto legame tra potere di avocazione, criteri di priorità e ordinamento giudiziario

Lo scritto, avuto riguardo anche ai profili storici e sistematici dell'avocazione, ripercorre i recenti interventi novellistici e le relative applicazioni concrete confluite in alcune circolari del C.S.M., che sembrano, tuttavia, voler porre un freno agli intenti del legislatore.

The close link between the power of avocation, priority criteria and judicial system

The script, having also regard to the historical and systematic profiles of the "avocazione" retraces recent novelist interventions and their concrete applications collected in some circulars of the C.S.M., which, however, seem to want to curb the legislator's intentions.

SOMMARIO: 1. L'evoluzione dell'istituto dell'avocazione. - 2. L'avocazione dal codice Rocco al codice Vassalli. - 3. L'avocazione dopo la legge n. 103 del 2017. - 4. Le reazioni del C.S.M. alla novella legislativa. - 5. I rapporti tra i criteri di priorità e il potere di avocazione. - 6. Una conclusione "aperta": spunti sui possibili rimedi.

1. L'evoluzione dell'istituto dell'avocazione

L'avocazione è un istituto che vanta una tradizione risalente. Si tratta infatti di un'importante espressione delle tradizioni politico-giudiziarie di *Ancien Régime*¹. In tale periodo, invero, proprio mediante l'avocazione, si consentiva la sottrazione delle cause di competenza di giudici inferiori in favore di giudici superiori in conseguenza di una precisa manifestazione di volontà del sovrano, di un giudice, o del *Parlament*, svincolata da qualsiasi tipizzazione dei presupposti oggettivi o dei soggetti legittimati a richiederla.

Nella sua impostazione più tradizionale l'avocazione rappresentò nient'altro che uno strumento, pacificamente accettato, per consentire che il potere esecutivo potesse alterare la normale articolazione dell'amministrazione giudiziaria.

L'analisi storica permette di comprendere come la funzione primaria dell'avocazione si inscrivesse originariamente in un più ampio disegno politi-

¹ In maniera completa e approfondita si veda DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, Torino, 2006, 2 ss.; GAITO A., *L'adeguamento dell'ordinamento giudiziario*, in *Le nuove disposizioni del processo penale*, Padova, 1989, 142; GAITO E., *Punti fermi sull'archiviazione*, in *Giust. pen.*, 1966, I, c. 15; CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari, 1986, 41 ss.; NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Conso, Bologna, 1979, 93 ss.; ID., *Modernità di un antico sistema giudiziario*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.*, 1980, 1066 ss.; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, 67 ss.; ID., *Considerazioni sull'archiviazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 485 ss.

co accentratore: un sistema giudiziario organizzato in senso verticale² e l'inclinazione - tipicamente inquisitoria - a riconoscere nel potere giudiziario un'emanazione, gerarchicamente controllabile, della sovranità del monarca³.

Malgrado la generale insofferenza per istituti retaggio della tradizione assolutistica, l'avocazione continuava a trovare terreno fertile anche nel periodo rivoluzionario prima e restauratore poi: l'organizzazione burocratica nell'amministrazione della giustizia rimase infatti strutturata in senso verticistico per consentirne il controllo.

Il mutamento genetico più significativo subito dall'istituto deve essere individuato nell'affermazione, tipicamente illuministica, del principio di indipendenza del potere giudiziario da quello esecutivo: facendosi strada l'idea per cui solo il potere legislativo, democraticamente legittimato, potesse ridefinire *in anticipo* le competenze del potere giudiziario, l'avocazione perse infatti la sua tradizionale attitudine ad imporsi come strumento di controllo del potere esecutivo sul potere giudiziario.

Nelle codificazioni post-unitarie italiane, il funzionamento dell'avocazione venne invece affidato direttamente all'accusa pubblica⁴: secondo l'art. 234, co. 2, c.p.p. 1930, più tardi dichiarato costituzionalmente illegittimo, il procuratore generale poteva richiamare a sé gli atti del procedimento per poi trasmetterli alla sezione istruttoria⁵; secondo l'art. 392, co. 3, c.p.p. 1930, invece, lo stesso procuratore generale poteva sostituirsi al procuratore della Repubblica nel condurre l'istruzione sommaria (fermo restando, peraltro, l'eventuale investitura della sezione istruttoria)⁶.

L'assetto contemporaneo dell'istituto ha così imposto agli studiosi di concentrarsi da un lato sull'inquadramento dogmatico di un potere esercitabile *ad libitum* dal soggetto che ne era investito⁷ e, dall'altro, di ricostruire l'avocazione alla stregua di una delle possibili articolazioni del rapporto *gerarchico* tra magistrati d'accusa⁸.

² BONSIGNORI, *Effetto devolutivo, avocazione e traslazione*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1970, 1209.

³ ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, *Enc. giur. Treccani*, I, 1988, 1 ss.

⁴ DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, cit. 14.

⁵ DEAN, SEGHELLI, *Avocazione delle indagini preliminari*, in *Dig. Pen.*, VI, 1992, 476 ss.

⁶ BERTONI, *Avocazione*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, 1988; VANNINI, COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1973, 277-278.

⁷ DEAN, SEGHELLI, *Avocazione delle indagini preliminari*, cit., 478 ss.

⁸ In questo senso PETRONE, *Lineamenti di una riforma del p.m.*, in *Cass. pen.*, 1985, 780. La dottrina ha lungamente discusso se le norme in tema di ordinamento giudiziario fornissero elementi di conferma all'esistenza di un rapporto gerarchico (Professor DEAN). Tuttavia, deve ricordarsi come anche su questo terreno non poche sono state le teorie divergenti, soprattutto a seguito delle modifiche legislative ed istituzionali che hanno caratterizzato il primo periodo repubblicano: la trasformata forma di controllo del Ministro di grazia e giustizia sul p.m. da "direzione" a "vigilanza", il contenuto precettivo del

2. L'avocazione dal codice Rocco al codice Vassalli

Il breve *iter* storico tratteggiato spiega come l'evoluzione interpretativa dell'avocazione sia stata spesso oggetto di importanti cambiamenti e dubbi di legittimità costituzionale⁹.

Dopo la caduta del fascismo, l'abbandono dell'ideale ottocentesco di un'organizzazione burocratica piramidale nella pubblica amministrazione condusse, nei lavori preparatori della prima legge delega (Legge 3 aprile 1974, n. 108), alla proposta di eliminare del tutto l'avocazione¹⁰.

Con la legge delega del 1974, ed il progetto preliminare del 1978, però, si preferì piuttosto modificarne il funzionamento: da una situazione di oggettiva discrezionalità nel ricorso all'istituto, si passò alla tipizzazione di specifici presupposti oggettivi, chiedendo al magistrato avocante di motivare la scelta.

In quest'ottica, l'avocazione non rappresentò più uno strumento per sottrarre le indagini all'organo che le stava conducendo, ma un mezzo attraverso il quale evitare l'inerzia del p.m. nell'esercizio dell'azione penale¹¹.

La stessa scelta fu, infatti, percorsa anche con la legge delega (Legge 16 febbraio 1987, n. 108) e il codice di procedura penale del 1988: constatata l'inerzia dell'organo d'accusa, occorreva uno strumento di sicurezza che consentisse il fisiologico epilogo delle indagini in situazioni di stasi e, in definitiva, garantisse il principio di obbligatorietà dell'azione penale¹².

principio di autonomia ed indipendenza della magistratura, l'istituzione del C.S.M. come organo di autogoverno, avevano sottratto il P.M. alla dipendenza gerarchica da parte del potere esecutivo (Giungo a tale conclusione, CONSO, *Ambiguità ed anomalia dell'istruttoria formale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1960, 371; DOMINIONI, *Per un collegamento tra Ministro della giustizia e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, a cura di Conso, Bologna, 1979; NOBILI, *Accusa e burocrazia*, cit., 127), creando così un ostacolo giuridico significativo all'affermazione di esistenza di una vera e propria gerarchia tra procura generale e procura della Repubblica (Prof. Dean). Da una parte, si diceva che l'organizzazione gerarchica della magistratura requirente dovesse ritenersi frazionata in una pluralità di rapporti di uguale natura, corrispondenti a vari distretti di corte d'appello (Prof. Pizzorusso, Prof. Pisapia); dall'altra, si diceva che i rapporti tra uffici del pubblico ministero dovessero improntarsi ad una struttura sì verticistica ma "interna", escludendosi pertanto qualsiasi forma di vincolo "esterna" (BELLAVISTA, TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1984, 217; CAVALLARI, *Il pubblico ministero nelle prospettive di riforma del processo penale*, in *La riforma del pubblico ministero*, Milano, 1974, 151 ss.).

⁹ Corte cost., nn. 88 del 1962, con commento di CONSO, *Note in margine alla declaratoria d'illegittimità dell'art. 234, co. 2, c.p.p., ovvero la crisi della sezione istruttoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, 361 ss.

¹⁰ LEONE, *Considerazioni sull'archiviazione*, cit., 485 ss.; G. SABATINI, *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, Napoli, 1943.

¹¹ RICCIO, *Il nuovo pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Il giusto processo*, 1993, 18 ss.; ID., *Azione penale e politica delle riforme*, in *questa Rivista*, 1994, 373 ss.; RINAUDO, *Il pendolo dell'accusa. Riflessioni sul rapporto con il giudice dalle origini della riforma*, in *Legalità e giust.*, 1997, 439 ss.

¹² RUSSO, *L'avocazione del procuratore generale*, in *Ind. pen.*, 1989, 63 ss.

È questo il contesto in cui si sono collocati gli artt. 372 e 412 c.p.p. 1988¹³, che, pur prevedendo due diverse ipotesi di avocazione, sono accomunati da un unico fine: superare l'inerzia del p.m. a cui spetta lo svolgimento delle indagini preliminari¹⁴.

Infatti se nel nuovo sistema codicistico, il dibattimento è la sede di acquisizione delle prove e le indagini servono a raccogliere il materiale necessario a sciogliere l'alternativa tra avvio del processo e inazione, è essenziale alla realizzazione di tale progetto l'allestimento di un ufficio dell'accusa particolarmente attivo ed efficiente, ma capace di raccogliere anche elementi a favore dell'indagato¹⁵, per evitare "esercizi apparenti dell'azione penale" con conseguente appesantimento della fase dibattimentale, a causa di indagini svolte in maniera incompleta, superficiale o lacunosa¹⁶.

Perciò, nell'assetto contemporaneo, l'avocazione si è tramutata da strumento di sottrazione degli affari più delicati da parte dell'organo superiore¹⁷, a rimedio per le inefficienze investigative: i nuovi presupposti oggettivi dell'archiviazione¹⁸, infatti, individuano situazioni di stallo riconducibili alle carenze degli uffici di procura, oppure omissioni e ritardi nell'espletamento delle funzioni¹⁹.

Le prime modifiche subite dall'istituto risalgono all'art. 8 d.l. n. 367 del 1992,

¹³ LOZZI, *L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*, in *L'udienza preliminare*, Roma, 1992, 30; G. PANSINI, *Nessuna sanzione per il mancato attivarsi del p.m. in favore dell'indagato*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 960; FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca dei nuovi equilibri processuali*, in *Studi sul processo penale. III. Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, 43; F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, 32 ss.; MARZADURI, *Azione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, 1996, 8.

¹⁴ ROSSI, *Per una concezione realistica dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Quest. giust.*, 1997, 309.

¹⁵ SCARPONE, *La nuova disciplina della fase investigativa*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coordinato da Chiavario, IV, Padova, 1990, 3.

¹⁶ L'incompletezza delle indagini dissuade l'imputato ad essere giudicato senza contraddittorio, cioè senza dibattimento per la scelta di un rito alternativo, in tal senso GREVI, *Archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione. Atti del convegno (Bari-Ostuni)*, Roma, 1991, 99 ss.

¹⁷ CINTOLI, *Linee sistematiche dell'istituto dell'avocazione*, in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 49 ss.

¹⁸ Questi i casi di avocazione disciplinati: l'art. 372 e 412 c.p.p. L'intervento del procuratore generale nel caso in cui il p.m. astenutosi o apparso incompatibile, non sia tempestivamente sostituibile (art. 372, lett. a, c.p.p.); o anche nel caso in cui pur dovendosi astenere non l'abbia fatto, né sia stato sostituito dal procuratore della Repubblica (art. 272, lett. b, c.p.p.); ancora una volta scaduto il tempo massimo di durata delle indagini preliminari non sia stata né richiesta l'archiviazione, né esercitata l'azione penale (art. 412, co. 1, c.p.p.); ed infine quando la richiesta di archiviazione non sia stata accolta *de plano* dal g.i.p. e sia stata fissata l'udienza camerale ai sensi dell'art. 409, co. 2, c.p.p.

¹⁹ DE LUCA, *Esercizio dell'azione penale: principio di obbligatorietà e acquisizione della notizia criminis*, in *Giurisdizione e cultura della legalità*, Roma, 1993, 39; ID., *Controlli extra-processuali ed endo-processuali nell'attività inquirente del pubblico ministero*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di Gaito, Napoli, 1991, 217.

che ha introdotto l'avocazione non più per i reati previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a, c.p.p., bensì solo per quelli concernenti delitti di criminalità organizzata di matrice politica e terroristica²⁰; proseguono con l'art. 21, co. 1, Legge 16 dicembre 1999, n. 479, che ha inserito nell'udienza preliminare l'art. 412-*bis* c.p.p., prevedendo un nuovo caso di avocazione nel momento in cui il G.u.p. che all'esito dell'udienza preliminare²¹ non sia in grado di decidere allo stato degli atti debba indicare ulteriori temi di indagine da compiere, comunicando il provvedimento al procuratore generale presso la Corte di appello, che può disporre l'avocazione.

Malgrado la proliferazione di nuovi casi di avocazione, e la diversa ispirazione di fondo dell'istituto, non pare tuttavia che la sua mutata natura giuridica possa negare di per sé l'esistenza di una gerarchia tra uffici²²: pur non disciplinando una prerogativa attribuita ad un diverso potere dello Stato, l'esistenza di un controllo sulle determinazioni di un pubblico ministero ad opera di un diverso pubblico ministero si spiega solo presupponendo una gerarchia funzionale tra i due.

3. L'avocazione dopo la legge n. 103 del 2017.

Il presupposto costituzionale del potere di avocazione risiede senza dubbio nell'indisponibilità dell'azione penale, che spiega come il procuratore generale distrettuale possa intromettersi durante le indagini condotte dall'ufficio di procura della Repubblica; si tratta di potere che tuttavia non può essere utilizzato con l'intento di personalizzare il processo o, anche di pregiudicarne l'esito attraverso scelte o comportamenti negligenti. D'altra parte, l'obbligatorietà dell'azione penale vuole all'art. 112 Cost. che il pubblico ministero deve applicare la legge in ogni momento della sua attività e, per l'effetto ogni spazio d'azione discrezionale è contenuto e circondato da una fitta rete di controlli. È tra queste l'avocazione. Nella versione odierna non si vede più il procuratore generale distrettuale intromettersi durante le indagini condotte dall'ufficio di procura della Repubblica, bensì vengono individuati presupposti e condizioni che legittimano il potere di sostituzione al procuratore della Repubblica. In tal modo si vogliono inaugurare una serie di rapporti tra la procura della Repubblica e la procura generale presso la corte di appello, non più però legati da un vincolo gerarchico, bensì da una concorrenza

²⁰ BONETTO, *Art. 54-bis 54-ter*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coordinato da Chiavario, Aggiornamento, Roma, 1993, 55 ss.

²¹ SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie e nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, 2812.

²² Sul concetto di gerarchia si veda AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936, 12 ss., 61 ss.

di funzioni e potere²³.

Ora, si deve precisare come l'apprezzabile sforzo del legislatore di migliorare il meccanismo sia rimasto vano, necessitando di alcuni aggiustamenti, soprattutto in riferimento all'ingestibile carico delle pendenze che soffoca quotidianamente gli uffici di procura, rendendo, da una parte, assai concreto il rischio di negligenze nella gestione del procedimento ad opera del singolo magistrato e, dall'altra, necessarie contromisure organizzative allo scopo di vigilare sui mancati esercizi dell'azione penale.

Per queste ragioni il legislatore della riforma²⁴ ha ritenuto di intervenire sia sull'art. 407 c.p.p. aggiungendovi il co. 3-*bis*, sia sull'avocazione disciplinata dall'art. 412, co. 1, c.p.p. Specificamente al co. 3-*bis* ha stabilito l'obbligo, per il pubblico ministero, di chiedere l'archiviazione oppure esercitare l'azione penale, in ogni caso, entro «tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'articolo 415-*bis*». Da ciò si desume, purtroppo, come lo spazio decisionale del pubblico ministero sia stato formalmente ampliato quantomeno di tre mesi rispetto a ciò che era previsto. Questa però non è l'unica novità. Infatti, è stato previsto che nel caso in cui si presenti la situazione di cui al co. 2, lett. b, ossia debbano essere vagliate «notizie di reato che rendono particolarmente complesse le investigazioni per la molteplicità di fatti tra loro collegati ovvero per

²³ Concezione che venne alimentata soprattutto a seguito della riforma ordinamentale dovuta al d.lgs. n. 106 del 2006.

²⁴ Sulla disciplina, l'elaborazione dottrinale è assai cospicua: GIUS. AMATO, *L'inerzia del Pm giustifica l'avocazione da parte del Pg*, in *Guida dir.*, 2017, n. 32, 39 ss.; M. BARGIS, *L. 23 giugno 2017, n. 103 - Appendice di aggiornamento al Compendio di Procedura penale*, VIII ed., Padova, 2017, 3 ss.; BENE, *Le modifiche in tema di indagini preliminari*, in *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, a cura di Bene, Marandola, 2017, 96 ss.; CABIALE *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in www.penalecontemporaneo.it; FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della Riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1268-1269; GERMANO, *Ritocchi alle norme di attuazione e al D.lgs. 106/2006: la politica della moral suasion sugli uffici giudiziari*, in *Leg. pen.*, ed. on-line; GIALUZ, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2017) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, a cura di Baccardi, Bonzano, La Regina, Mancuso, Padova, 2017, 197 ss.; GIARDA, *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie e accelerazioni funzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1305-1306; KALB, *La nuova disciplina in materia di archiviazione nel ridisegnato procedimento per le indagini. I rimedi avverso la nullità del provvedimento*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2017) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, cit., 214 ss.; MATTEUCCI, *Le modifiche in materia di indagini preliminari*, in www.legislazionepenale.it; SPANGHER, *I tempi delle indagini preliminari: i "no" della Procura*, in www.parolealladifesa.it; TRIGGIANI, *Indagini preliminari, tempi dell'azione penale e procedura di archiviazione*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di Scalfati, Torino, 2017, 104 ss.

l'elevato numero di persone sottoposte alle indagini o di persone offese», il p.m. può chiedere una proroga, fino ad ulteriori tre mesi, al Procuratore generale presso la Corte di appello. Ancora, è stato stabilito che, in relazione ai gravi reati di cui al co. 2, lett. a, nn. 1, 2, 3 e 4, sempre dell'art. 407 c.p.p., il tempo lasciato all'autorità inquirente per le relative determinazioni sul procedere sia addirittura di quindici mesi e non di tre, come ordinariamente previsto²⁵; dal tenore della disposizione in esame, non è così semplice escludere in maniera netta che, pure in quest'ultima ipotesi, possa essere concessa una dilazione.

La *ratio* che ha ispirato la novella è percepibile: il legislatore ha voluto fronteggiare quei casi in cui il pubblico ministero, dopo lo scadere dei termini per le indagini, pur non potendo compiere validamente ulteriori atti investigativi (art. 407, co. 3, c.p.p.), resti inerte, senza prendere alcuna decisione²⁶.

La strada percorsa dal legislatore può essere interpretata come un mero compromesso²⁷: non si pretende una immediata "determinazione" - elemento che avrebbe inciso e non poco nell'organizzazione dei tempi processuali -, ma al contrario è stata formalizzata una sorta di "pausa di riflessione"²⁸, trascorsa la quale può sperarsi in una decisione.

Sembra che la riforma abbia voluto legittimare la prassi del ritardo, sperando di poterne contenere i tempi e costruendo due sottofasi all'esito delle indagini: la prima, in cui il l'organo dell'accusa compie atti investigativi; la seconda, in cui non può più compierli e si limita a valutare quanto raccolto²⁹. In adesione a quanto detto dai primi commentatori vi è sul punto un importante interrogativo da sciogliere: è questa una scelta costituzionalmente legittima e rispettosa del principio della ragionevole durata del processo³⁰. La risposta sembra essere negativa, in quanto l'art. 111 Cost., nell'ultima parte del co. 2 affida una rilevante funzione al fattore "tempo", che diviene elemento utile al legislatore al fine di costruire un processo rispettoso dello stesso e perciò in

²⁵ Si veda SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, cit., 2.

²⁶ Cfr. SPANGHER, *Riforma Orlando: servono soluzioni condivise*, in www.ilpenalista.it; LORUSSO, *La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate*, cit., 2.

²⁷ GIALUZ, CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione delle giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁸ Espressione utilizzata da GIALUZ, CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione delle giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁹ GIALUZ, CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione delle giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, cit.

³⁰ ALONZI, *La dubbia costituzionalità del comma 3-bis dell'art. 407 c.p.p.*, in *Giur. it.*, 2017, 2255.

contrasto con ogni immotivata battuta di arresto³¹.

Tale scelta alimenta altri dubbi, sia in riferimento alla potenziale ampiezza del tempo non ben definito di stasi procedimentale in cui materialmente non accade nulla³², sia per quanto attiene alle modalità prescelte per indurre l'autorità inquirente all'osservanza della nuova disciplina: quest'ultima, infatti, se allo scadere dei nuovi termini stabiliti dal legislatore abbia assunto le proprie determinazioni, dovrebbe darne «immediata comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello», affinché eserciti il proprio potere di avocazione *ex art.* 412 c.p.p. Infatti, allo scadere del termine previsto dall'art. 407, co. 3-*bis*, c.p.p. cui non segua né l'instaurazione del processo, né la presentazione della richiesta di archiviazione, il pubblico ministero ha l'onere di comunicare la sua inerzia alla procura generale³³.

La struttura dell'istituto riformato vorrebbe così ribaltare l'impostazione originaria: non è il procuratore generale a vigilare sul pubblico ministero di primo grado, ma quest'ultimo a dover comunicare la propria inerzia al procuratore generale³⁴. Probabilmente proprio questo fa emergere la prima criticità della novella; che finisce per affidare la funzionalità del meccanismo mediante il metodo dell'autodenuncia dell'organo che si deve controllare.

Dunque, in questo modo l'avocazione sembrerebbe non configurarsi più come un rimedio ad una situazione patologica, ma come una conseguenza della fisiologica e, forse, a volte non rimproverabile incapacità dell'ufficio di primo grado di dare corso a tutte le notizie di reato iscritte a registro³⁵.

Inoltre, si deve evidenziare come la nuova dinamica comunicativa renda la procura generale un organo di supporto alle procure della Repubblica, con un disegno parzialmente inedito rispetto a quello codicistico: da una parte

³¹ MARZADURI, *Persona offesa informata sullo stato del procedimento*, in *Guida dir.*, 2017, 31, 88; AMATO, *L'inerzia del Pm giustifica l'avocazione da parte del Pg*, in *Guida dir.*, 2017, 32, 39, 41. Per una simile impostazione si veda soprattutto FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. giust.*, 2017, 109 ss.; in senso contrario AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1422.

³² SPANGHER, *Riforma Orlando: alta velocità ... per il doppio binario*, in www.quotidianogiuridico.it.

³³ DI BITONTO, *Eccessiva durata delle indagini e avocazione: il Legislatore tenta la via del "dialogo" tra le procure*, in www.ilpenalista.it.

³⁴ Sui rapporti tra il procuratore generale e il procuratore della repubblica si veda COLAIACOVO, *Il controllo del procuratore della Repubblica e del procuratore generale presso la corte d'appello sull'iscrizione della notizia di reato*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2017) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, a cura di Baccardi, Bonzano, La Regina, Mancuso, Padova, 2017, 503 ss.

³⁵ Sul tema si veda COLAIACOVO, *Formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi per i reati contro la pubblica amministrazione*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2017) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, a cura di Baccardi, Bonzano, La Regina, Mancuso, Padova, 2017, 497 ss.

non si abbandona la gerarchia funzionale “mascherata” da collaborazione tra uffici; dall'altra, si attribuisce all'avocazione un ruolo primario nel supplire alla stasi dei procedimenti nella “zona grigia” che corre tra l'avviso di conclusione delle indagini preliminari³⁶ e l'esercizio dell'azione penale³⁷.

Dunque, con l'introduzione della modifica dell'affidamento non si fa che alimentare il rischio un allungamento, di non poco conto, dei tempi del procedimento.

Così, il combinato disposto dei novellati artt. 407, co. 3-*bis* e 412, co. 1, c.p.p. attribuisce una duplice valenza all'immediata comunicazione dell'omessa assunzione delle determinazioni dell'organo dell'accusa. Una rinuncia del pubblico ministero precedente ad assumere le decisioni sull'azione nello specifico procedimento e trasmissione all'ufficio superiore della responsabilità di scegliere fra azione e inazione³⁸.

Dinanzi all'effettiva impossibilità degli uffici della procura della Repubblica di far fronte all'ingente quantità di notizie di reato, il legislatore vuole rendere maggiormente efficienti le dinamiche relative all'eventuale instaurazione del processo cercando di fare perno sul ruolo sussidiario assunto della procura generale. Infatti, quest'ultima diviene un organo di sostegno alle procure della repubblica qualora abbiano tempestivamente segnalato quali siano i procedimenti in relazione ai quali esse non sono nelle condizioni di adempiere ai propri doveri istituzionali³⁹. L'art. 412, co. 1, c.p.p. conferisce allora una nuova veste all'avocazione, in quanto il coinvolgimento in via sussidiaria del procuratore generale presso la Corte d'appello non è più sinonimo di straordinarietà, bensì diviene una pratica ordinaria. Invero, l'ultima parte dell'art. 407, co. 3-*bis*, prescrive proprio che la comunicazione deve essere immediata, questa condizione è garantita dall'informazione settimanale al procuratore generale, ex art. 127 dis. att. c.p.p., in ordine alle notizie di reato contro le persone note per le quali non siano state prese determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale. Tale informazione appare funzionale

³⁶ CAMON, *La fase che “non conta e non pesa”: indagini governate dalla legge?*, in *Legge e potere nel processo penale*, Padova, 2017, 94;

³⁷ SPANGHER, *Termini per l'esercizio dell'azione penale e avocazione del Procuratore generale*, in *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, al Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di Spangher, Pisa, 2017, 141 ss; CASSIBBA, *Troppi ma ineffettivi controlli sulla durata delle indagini preliminari nel codice riformato*, in *questa Rivista, Speciale riforme*, 2017, 401; DI BITONTO, *Eccessiva durata delle indagini e avocazione: il Legislatore tenta la via del “dialogo” tra le procure*, in www.ilpenalista.it.

³⁸ DI BITONTO, *Eccessiva durata delle indagini e avocazione*, cit.; ID., *Interessanti puntualizzazioni in materia di vocazione facoltativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 3, 514 ss.

³⁹ CHIAVARIO, *La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo*, in *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 2006, 16.

all'esercizio del potere di avocazione dell'art. 412 c.p.p.

Il sistema così creato fa emergere un'evoluzione tra gli uffici: da un sistema di controllo sembra si passi ad uno di collaborazione. La struttura di tipo collaborativo però pare esistere solo nell'*input* tanto è vero che in realtà era stata immaginata come un controllo. Probabilmente questa non rappresenta una scelta così sbagliata.

L'assetto appena ricostruito non appare lesivo del principio di obbligatorietà dell'azione penale, nonostante l'ulteriore rafforzamento della "gerarchizzazione" degli uffici del pubblico ministero; al contrario potrebbe esser utile al buon funzionamento delle diverse procure spesso impigrite dal troppo lavoro.

Si può leggere come sia la stessa norma a formalizzare la "gerarchizzazione" degli uffici: «[o]ve non assuma le proprie determinazioni in ordine all'azione penale nel termine stabilito», il pubblico ministero «ne dà immediata comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello» (art. 407, co. 3-*bis*, ultimo periodo, c.p.p.)⁴⁰, il quale, a sua volta, «dispone l'avocazione delle indagini preliminari» (art. 412, co. 1, c.p.p.). L'uso indicativo del termine suggerisce l'obbligatorietà della condotta imposta.

La lettura che ne ha dato la giurisprudenza consiglia, invece, una diversa interpretazione: sulla natura obbligatoria o facoltativa dell'avocazione sembra essere preferibile la seconda soluzione in ragione della concessione di margini di discrezionalità in capo al procuratore generale. Gli spazi di discrezionalità indicati sono quelli collegati alla valutazione dei profili dell'inattività dell'organo d'accusa di primo grado, i quali dovranno confluire nel decreto motivato emesso dal procuratore generale.

Se da una parte l'esistenza del decreto motivato lascia presupporre la possibilità di opzioni differenti. Dall'altra obbligare l'avocazione in tutti i casi in cui le valutazioni connesse all'esercizio dell'azione penale nello *spatium deliberandi* siano inesigibili rappresenterebbe il trasferire un peso organizzativo da un ufficio ad un altro senza il perseguimento di alcun risultato concreto in termini di effettività.

Pure a fronte di questo, giova ribadire che la norma fa propendere per la comunicazione del primo organo nei confronti del secondo (e sovraordinato) al quale deve seguire, meccanicamente, la doverosa avocazione dell'organo stesso: nessun dubbio sulla (pretesa) natura obbligatoria dell'avocazione conse-

⁴⁰ Che dovrebbe, così, tempestivamente «autodenunciare la propria inefficienza» (CABIALE *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale*, cit., 7).

guente al mancato rispetto del termine da parte del pubblico ministero⁴¹. Il sistema così strutturato dunque sembrerebbe mirare all'efficienza processuale attraverso la riduzione dei tempi morti successivi alle indagini a ben vedere però questa impostazione non dovrebbe essere avallata poiché carente dell'unica tutela e garanzia a ciò devoluta⁴²: il controllo giurisdizionale⁴³. Ora, non resta che individuare il vero punto debole della novella situato non nella fase conclusiva delle indagini preliminari, ma in quella iniziale, incardinata sull'iscrizione della notizia di reato e priva di ogni controllo giurisdizionale sulla relativa tempestività⁴⁴. In questo modo infatti non si fa altro che favorire, «per gli operatori, praticabili vie di fuga dalla soggezione alla sola legge formale come fonte di legittimazione del potere giudiziario, attraverso l'elaborazione di strumenti di *soft law*, volti, per l'appunto, ad introdurre vincoli alla discrezionalità del pubblico ministero, non arginata dalla legge»⁴⁵. Tali esplicazioni, peraltro, oltre a poter suscitare diverse critiche di ordine contenutistico, prestano il fianco ad una ben più seria obiezione: le circolari delle procure della Repubblica – benché ambiscano a creare, in via amministrativa, uniformi regole comportamentali là dove la legge manca, è oscura o lacunosa – aggirano la legalità processuale ed entrano in urto col principio di eguaglianza, in quanto restano vincolanti esclusivamente all'interno dei singoli uffici giudiziari. Concorde con la dottrina⁴⁶ che si è espressa a riguardo si ritiene non del tutto casuale che persino la «“Circolare sulla organizzazione degli Uffici di Procura” - proprio approvata poche settimane dopo l'entrata in vigore della l. n. 103 del 2017 - non possa che prevedere *guide-lines* comportamentali a basso coefficiente di determinatezza e - addirittura - neppure alluda al potere-dovere del procuratore della Repubblica e del procuratore generale presso la corte d'appello di vigilare sull'osservanza delle disposizioni in tema d'iscrizione delle notizie di reato»⁴⁷.

⁴¹ Nel senso dell'obbligatorietà dell'avocazione, M. BARGIS, *L. 23 giugno 2017, n. 103*, cit., 4.

⁴² Cfr., per tutti, GAITO, *È consentito iscrivere “a catena” procedimenti per uno stesso fatto?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 100.

⁴³ Cfr. GIORDANO, *Dipendenti pubblici, obbligo di dare notizia della imputazione*, in *Guida dir.*, 2017, n. 32, 45.; CASSIBBA, *Troppi ma ineffettivi controlli*, 403 ss. «Scelta la strada del contingentamento della durata delle indagini preliminari, solo un effettivo controllo giurisdizionale in ordine alla tempestività dell'iscrizione della notizia di reato e, quindi, all'individuazione del relativo *dies a quo* riporta entro la fisiologia gl'incomprimibili margini di discrezionalità insiti nella valutazione da parte del pubblico ministero circa la “consistenza probatoria” necessaria e sufficiente per far scattare il dovere d'iscrizione».

⁴⁴ CASSIBBA, *Troppi ma ineffettivi controlli*, cit. 406 ss.

⁴⁵ CASSIBBA, *Troppi ma ineffettivi controlli*, cit. 403 ss.

⁴⁶ CASSIBBA, *Troppi ma ineffettivi controlli*, cit. 403 ss.

⁴⁷ CASSIBBA, *Troppi ma ineffettivi controlli*, cit., 404 ss.

4. Le reazioni del C.S.M. alla novella legislativa.

A questo punto appare opportuno misurarsi con l'interpretazione data dall'istituto dal C.S.M.

Nella delibera in materia di “criteri di priorità e gestione dei flussi di affari”⁴⁸, dopo la premessa sull'impossibilità per gli uffici di procura generale, di esercitare in maniera “congruente” il potere di avocazione - in virtù dell'ingente mole di procedimenti che in astratto rientrano nell'ambito della previsione normativa - ha ritenuto inevitabile prevedere un “fisiologico potere di selezione” dei procedimenti da avocare⁴⁹.

Dunque, gli orizzonti prospettici dalla normativa in materia di gestione delle indagini ed organizzazione degli uffici di procura, mirano ad un accentramento dei poteri in capo ai vertici organizzativi, comportandone la neutralizzazione del potere d'ufficio da parte dei singoli sostituti. Ciò risponde ad una precisa politica giudiziaria conseguenza degli episodi sia di cattivo governo dei poteri discrezionali, sia dei metodi operativi. Inoltre tale struttura viene opposta anche ai reiterati eccessi di personalizzazione delle iniziative giudiziarie da parte di sostituti procuratori della Repubblica volti ad assecondare le spesso difficilmente arginabili istanze mediatiche indirizzate alla individuazione di un soggetto a cui attribuire la risoluzione delle crescenti problematiche sociali, imputate ad oscuri ed non ben definiti sistemi di potere criminale, per arginare i quali il magistrato inquirente rischia di finire per dismettere la toga per indossare le vesti del politico. È nel costipato orizzonte: garantire decisioni prevedibili, insieme a tempi celeri nella gestione degli affari giudiziari, a tutela degli interessi economici coinvolti, che si iscrive la novella introdotta dalla Legge n. 103 del 2017, con specifico riguardo all'innovata disciplina prevista degli artt. 407 (cui ha aggiunto il co. 3-*bis*) e 412 (tramite la sostituzione del primo periodo del co. 1). Dunque, in tal modo il legislatore ha voluto da una parte garantire celerità e speditezza alla fase delle indagini preliminari, dall'altra arginare l'inerzia dei pubblici ministeri. Infatti, la novella indica sia rigidi termini, entro i quali il riottoso pubblico ministero deve assumere le proprie determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale; sia rivitalizza l'istituto dell'avocazione e, nello specifico, in riferimento a quella per “inerzia”, in virtù di controllo compensativo dell'omissione del p.m. di primo grado, a favore di quello di secondo grado.

In tal modo si consacra pian piano un assetto di tipo piramidale⁵⁰.

⁴⁸ Circolare del C.S.M. 16 giugno 2018.

⁴⁹ ANGELILLIS, *L'istituto dell'avocazione: prassi applicative e questioni aperte*, in www.questionegiustizia.it.

⁵⁰ Cfr. AMODIO, *Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale*, in *Tempi irragionevoli della*

Il C.S.M.⁵¹, avvedutosene, ha dovuto quindi proporre interpretazioni volte ad “istituzionalizzare” la collaborazione e la condivisione sinergica, con l’invito ai dirigenti di assumere scelte organizzative sostenibili, e funzionali alla tutela di tempi ragionevoli.

A tale scopo, in un primo momento⁵², il Consiglio Superiore ha avviato un’intensa interlocuzione con le Procure presso i Tribunali per valutare se il ricorso all’avocazione “per inerzia” dovesse continuare ad essere inteso come facoltativo o come obbligatorio⁵³.

Decidendo di avallare le proprie precedenti delibere⁵⁴, il Consiglio ha così ritenuto che “l’istituto dell’avocazione non sia connotato da automatismo applicativo”: “per la disciplina ora riformata⁵⁵, anche l’avocazione per inerzia è stata pacificamente considerata facoltativa, in considerazione della *ratio* sottesa all’istituto, individuata nell’esigenza di garantire l’efficienza e il corretto funzionamento del sistema processuale e della considerazione che, in non pochi casi, l’inerzia (tecnica) del pubblico ministero successiva alla scadenza del termine d’indagine può dipendere da una pluralità di fattori allo stesso non addebitabili⁵⁶. L’avocazione automatica, lungi dall’apportare vantaggi in punto di funzionalità del sistema, potrebbe, infatti, compromettere l’efficace espletamento delle attività investigative (ad esempio in relazione alle fattispecie connesse o agli ulteriori indagati ancora in termine d’indagine)”.

Continuando perciò a pensare l’avocazione come espressione di un potere

giustizia penale. Alla ricerca di una effettiva speditezza processuale, Milano, 2013, 9; *Documento dell’Unione delle Camere Penali Italiane per la Commissione Giustizia del Senato*, 26 aprile 2016, consultabile all’indirizzo www.camerepenali.it. Il cui testo (*Verso una mini-riforma del processo penale: le proposte della Commissione Canzio. Relazione conclusiva e allegati della Commissione istituita con decreto del 10 giugno 2013 presso l’Ufficio Legislativo del Ministero della giustizia (per elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale)*) è consultabile in www.penalecontemporaneo.it.

⁵¹ Cfr. Delibera del C.S.M. del 16 novembre 2017, il cui testo, accompagnato dalla *Relazione introduttiva*, è consultabile su *Quest. giust.*, ed. on-line, con osservazioni di ARDITURO, *La nuova circolare del C.S.M. sulle Procure*.

⁵² Opzione metodologica questa già applicata in diverse in occasione dell’elaborazione della “Circolare sull’organizzazione degli Uffici di Procura”.

⁵³ Delibera, 16 maggio 2018.

⁵⁴ Dell’art. 6, D.lgs. n. 106 del 2006, così come recepiti nelle linee guida adottate dal Procuratore Generale della Corte di Cassazione il 24 aprile 2018.

⁵⁵ MARAFIOTI, *Riforme-zibaldone, legislazione “giurisprudenziale” e gestione della prassi processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 1, 553; SCALFATI, *Tomografia di una riforma*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di Scalfati, Torino, 2017, 3 ss.; FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della Riforma Orlando*, cit., 1266.

⁵⁶ Si pensi al caso in cui l’esito delle indagini delegate alla P.G., nonostante i solleciti, tardi ad arrivare oppure al caso in cui le indagini svelino una pluralità di reati connessi o ancora all’ipotesi in cui il medesimo reato risulti ascritto a una pluralità di soggetti, la cui identificazione sia avvenuta in tempi diversi.

gerarchico-funzionale⁵⁷, in continuità con le delibere del 16 luglio 1997 e del 12 settembre 2007⁵⁸, la delibera del giugno 2018, seguita poi da alcune circolari⁵⁹, ha infatti inteso sottolineare la necessità di una disciplina preventiva che garantisca trasparenza nell'utilizzo razionale del potere⁶⁰.

Nonostante l'opzione di fondo della novella, il Consiglio ha pertanto ritenuto che l'automatico e indiscriminato travaso di tutti i procedimenti penali "scaduti", dalle procure della Repubblica del distretto alla procura generale, renderebbe solo ingestibile la definizione dei procedimenti avocati nei tempi previsti dall'art. 412 c.p.p., spostando di fatto il problema da uffici di primo grado ad uffici d'appello.

⁵⁷ Corte cost., n. 462 del 1993. 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) la Corte costituzionale aveva affermato che "... Un ulteriore strumento di garanzia contro l'inerzia del pubblico ministero, il quale non abbia attivato le indagini o non abbia dato corso a quelle ulteriori che gli siano state indicate nei modi predetti, è costituito dal potere di avocazione, esercitabile dal Procuratore generale - d'ufficio o su richiesta della persona offesa - quando il Procuratore della Repubblica non esercita l'azione penale (artt. 412, primo co., e 413, primo co.); ed inoltre quando si faccia luogo all'udienza camerale, la comunicazione della cui fissazione serve appunto a consentire al Procuratore generale di svolgere direttamente le ulteriori indagini o le investigazioni suppletive (artt. 409, terzo co., 412, secondo co., e 413, secondo co.)".

⁵⁸ Nella delibera consiliare P-97-13159 del 16/07/1997 si legge: «... a tal fine appaiono conformi alla normativa vigente e alla razionalità organizzativa dei rapporti tra le Procure della Repubblica e la Procura generale, le diffuse prassi secondo le quali i Procuratori della Repubblica, nell'adempiere all'obbligo di cui all'art. 127 disp. att. c.p.p., comunicano al Procuratore generale l'elenco delle indagini preliminari i cui termini siano scaduti, distintamente segnalando quelle che ancora richiedono atti di indagine; in ordine a queste ultime, nei tempi opportuni e possibili in rapporto alle risorse personali e materiali a disposizione, il Procuratore generale provvede alla avocazione».

Nella delibera del 12 settembre 2007, a proposito dell'avocazione in procedimenti con indagini scadute, si ribadisce la preferibilità di una soluzione pratica - nella consapevolezza di come fosse impossibile per le Procure generali riuscire ad avocare tutte le indagini preliminari i cui termini fossero scaduti, per poi concludere le stesse nel breve termine di trenta giorni dalla disposta avocazione - individuata limitando l'obbligo di avocazione ai soli casi in cui, scaduto il termine originario o prorogato, il Procuratore della Repubblica non sia ancora in grado di concludere per la necessità di compiere atti di indagine da utilizzare nel dibattimento.

⁵⁹ Nello specifico il riferimento è alla circolare del 16 novembre 2017, *Circolare sulla organizzazione degli Uffici di Procura*, che dedica l'intero art. 21 all'avocazione delle indagini preliminari per il mancato esercizio dell'azione penale.

⁶⁰ Tentativo questo che è stato perseguito, secondo il C.S.M., con l'art. 21 della Circolare del 16 novembre 2017, il quale afferma da una parte la necessità di avvalersi del registro penale informatizzato ministeriale e, dall'altra, l'opportunità di adottare protocolli con i Procuratori della Repubblica del distretto, finalizzati all'individuazione di tempistica e modalità di trasmissione degli elenchi di notizie di reato. Ulteriore elemento desumibile dall'art. 21 attiene all'atto della comunicazione al Procuratore generale, dei procedimenti astrattamente "avocabili" in quanto "scaduti", di quelli con indagini effettuate ovvero senza indagini o con ulteriori indagini da compiere, nonché di quelli a trattazione prioritaria che non è stato possibile concludere.

5. Rapporti tra i criteri di priorità e il potere di avocazione

I profili funzionali esposti dal C.S.M. fanno affiorare un dato assai preoccupante: la scarsa conoscenza del legislatore in ordine alle dinamiche reali esistenti all'interno degli uffici. Questo elemento emerge con chiarezza considerando due ordini di ragioni: da un lato, la novella ignora il fatto che l'inerzia del p.m. sia raramente colpevole poiché dovuta spesso ad ingombranti carichi di lavoro, al punto che è stato necessario (anche se per il momento solo per la fesa del dibattimento) istituzionalizzare i criteri di priorità nello smaltimento dei ruoli⁶¹ (art. 132-*bis* disp. att. c.p.p.); dall'altro, non viene totalmente preso in considerazione il fatto che gli uffici delle procure generali, per le ridotte dotazioni organiche, non siano in grado di fronteggiare il carico proveniente da un ipotetico esercizio automatico dell'avocazione.

L'applicazione della norma rischierebbe, in poche parole, di ribaltare l'efficienza a scapito delle garanzie: l'attenzione delle procure si concentrerebbe sul c.d. "diritto penale della marginalità", quello cioè che consente, solitamente, celeri risultati sinonimo di apparente efficienza statistica – a discapito di indagini più complesse. Le vicende più delicate, che per esempio hanno ad oggetto una pluralità di indagati e iscrizioni differite nel tempo, avrebbero bisogno di termini dilatati che mal si conciliano con quelli prescritti per la definizione delle indagini e delle informative, ripercuotendosi ulteriormente sui termini necessari all'assunzione delle determinazioni definitive in capo al p.m.

La normativa secondaria⁶², si è fatta carico di queste perplessità ed ha provato a porvi rimedio: con la nota esplicativa in ordine ai criteri orientativi e buone prassi in materia di avocazione del procuratore generale della Corte di cassazione, e la risoluzione assunta dal C.S.M. il 16 maggio 2018, la magistratura ha offerto un'interpretazione uniforme della funzione dell'avocazione per inerzia e del ricorso alle interlocuzioni tra dirigenti degli uffici.

Infatti, è stata esclusa la natura sanzionatoria dell'avocazione, interpretata piuttosto come un istituto volto alla collaborazione tra gli uffici, con l'intento di contribuire all'attuazione del principio di ragionevole durata dei procedimenti. Per l'effetto è stato escluso qualsiasi automatismo applicativo dell'avocazione per inerzia, *ex art. 407, co. 3-bis, c.p.p.*, e sono state offerte

⁶¹ In tema ILLUMINATI, *Criteri di priorità e meccanismi sospensivi: un difficile connubio in tema di accelerazione dei tempi processuali*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2008; COLAIACOVO, *Formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi per i reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 503; SPANGHER, *Reati contro la p.a.: formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi*, in *La riforma Orlando*, a cura di Spangher, Pisa, 2017, 179.

⁶² Il riferimento è alle circolari presso le procure, e alle circolari emesse dal CSM.

direttive puntuali e precise circa l'esercizio di una "discrezionalità selettiva", volte all'individuazione e alla separazione dei casi di inerzia solo apparente da quelli di effettiva inattività.

Si evince come l'intento di tali atti sia stato quello di mettere in relazione l'avocazione per inerzia e l'individuazione dei criteri di priorità nella gestione di carichi di lavoro particolarmente complessi⁶³, ribadendo la natura patologica dell'inerzia imputabile al singolo magistrato.

La normativa secondaria testimonia, quindi, come nella sua ricezione interpretativa, il vero scopo della novella dovrebbe essere quello di rappresentare l'occasione per ribadire la necessità di cooperazione tra uffici di primo e secondo grado, e non riaffermare i rapporti gerarchico-sanzionatori tra vertici e sottoposto.

6. Una conclusione "aperta": spunti sui possibili rimedi

All'esito di questa breve disamina delle disposizioni oggetto delle recenti riforme è possibile formulare qualche considerazione.

Innanzitutto, si può osservare come appare condivisibile l'opinione di chi ha definito la legge n. 103 del 2017 asistemica e frammentaria⁶⁴, poiché si è registrata una «parcellizzazione dell'intervento novellatore, caratterizzato da un approccio casistico, di cui recepisce gli approdi, e veicolato dalla ricerca evidente del consenso politico»⁶⁵. Infatti, le nuove disposizioni sembrano legittimare prassi abusive sedimentate ormai da tempo. Al contrario, questa riforma poteva rappresentare l'occasione per ridisegnare situazioni in grado di verificare la legalità del meccanismo relativo all'esercizio dell'azione penale da parte del p.m. una volta concluse le indagini preliminari⁶⁶. Viceversa, la novella non ha fatto altro se non legittimare il trasferimento della questione circa il necessario controllo sull'attività e sulle determinazioni del pubblico ministero in ambito extra-processuale (art. 6, co. 1, D.lgs. n. 106/2006, come modificato dall'art. 76 del disegno di legge), comportandone così lo svilimento del valore

⁶³ ILLUMINATI, *Criteri di priorità e meccanismi sospensivi: un difficile connubio in tema di accelerazione dei tempi processuali*, cit.; SPANGHER, *Reati contro la p.a.: formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi*, cit., 179.

⁶⁴ C. PANSINI, *La riforma orlando - riformulazione dei controlli sull'archiviazione tra aspettative deluse e illusorie panacee*, in *Giur. it.*, 2017, 2259.

⁶⁵ C. PANSINI, *La riforma orlando - riformulazione dei controlli*, cit., 2259; SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁶ C. PANSINI, *La riforma orlando*, cit., 2253 ss.; già in precedenza GAITO, *L'iscrizione della notizia di reato tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Materiali d'esercitazione per un corso di procedura penale*, Padova, 1995, 53 ss.

e degli effetti che, invece, tale atto assume nel processo⁶⁷.

Quindi, ben può dirsi che la modifica normativa non ha centrato l'obiettivo efficientista che si era prefisso. Infatti, se l'intento era quello di combattere la prassi invalsa in molti uffici giudiziari di non definire il procedimento delle indagini una volta scaduti i relativi tempi, non avrebbe dovuto "legalizzare" un ulteriore termine prima di procedere all'avocazione delle indagini, ma sarebbe stato più opportuno accelerare il procedimento tagliando i tempi morti, che in maniera evidente contrastano con la ragionevole durata del processo: non avrebbe dovuto "legittimare" di fatto una stasi del procedimento.

Invero, la disposizione riformata continua ad enfatizzare un sistema di sinergica collaborazione e cooperazione tra gli uffici delle procure, che fino ad oggi non hanno dato buona prova di sé.

È pur vero che la norma sembra suggerire un automatismo sanzionatorio, però senza tenerne conto il legislatore normativizza ciò che non conosce, continuando ad affidare ad un organo un'attività che non conosce.

In tale ottica, forse, si poteva pensare ad un controllo effettivo dell'ufficio gerarchicamente superiore (procura della repubblica "controllata" dalla procura generale), con il potere di valutare in concreto l'inerzia rilevante ai fini dell'avocazione.

In altre parole, si potrebbero ipotizzare due tipi di inerzia: un'inerzia giustificata⁶⁸, per esempio, nel caso in cui tenendo conto sia delle interlocuzioni avvenute tra il p.m. e la polizia giudiziaria (fonte di impulso dell'investigazione), sia della complessità delle indagini delegate il mancato svolgimento delle investigazioni non sia ascrivibile al pubblico ministero. Ulteriormente, potrebbe essere esclusa l'avocazione per inerzia quando il complesso carico di lavoro dell'ufficio inquirente di primo grado, in relazione all'organico disponibile, abbia legittimato il dirigente ad adottare dei criteri di priorità, stante appunto l'impossibilità di definire tutti gli affari nei tempi previsti e, pertanto, non si proceda per quei reati la cui trattazione non era prioritaria.

Ed, un'inerzia ingiustificata: quando l'intempestiva trattazione dei singoli o dei diversi procedimenti dipenda da inefficienze organizzative dell'ufficio, dovute all'operato del dirigente o a inadeguatezze nella gestione degli affari da parte del singolo sostituto⁶⁹.

⁶⁷ C. PANSINI, *La riforma orlando*, cit. 2253 ss.

⁶⁸ Distinzione tra inerzia giustificata e ingiustificata tratta dalla circolare *Nuova disciplina dell'avocazione ex art. 412 e 407, co. 3-bis: risoluzione in attuazione all'art. 21 della circolare sulle procure; profili ordinamentali, assetti degli uffici requirenti e misure organizzative*. Delibera, 16 maggio 2018.

⁶⁹ Distinzione tra inerzia ingiustificata e giustificata presente all'interno della Circolare della Procura Generale della Corte di cassazione, 24 aprile 2018, *"Criteri orientativi e buone prassi in materia di avo-*

In tal modo, una volta valutate le situazioni in concreto, ben potrebbe l'inerzia ingiustificata essere sanzionata mediante ripercussioni sul piano della rilevanza disciplinare.

Il legislatore dell'attuale riforma, insomma, sembrerebbe aver peccato per difetto - non rivitalizzando l'avocazione nell'ottica di una sua trasformazione in meccanismo sanzionatorio - e per eccesso - "legalizzando" di fatto una fase di stasi processuale⁷⁰ - mascherando una soluzione di comodo con una norma poco utile.

cazione.

⁷⁰ MARZADURI, *Persona offesa informata sullo stato del procedimento*, in *Guida dir.*, 2017, 31, 88,