

**Commento ai commi 26-30 dell'art. 1 l. n. 103/2017**  
**LE MODIFICHE IN MATERIA DI INDAGINI PRELIMINARI**

di Aurora Matteucci

*(Avvocata del Foro di Livorno e Dottoressa di ricerca in procedura penale presso l'Università di Firenze)*

SOMMARIO: 1. Il diritto della persona offesa ad essere informata sullo stato del procedimento.- 2. La nuova disciplina dell'incidente probatorio in caso di accertamento tecnico irripetibile.- 3. I termini di durata massima delle indagini preliminari. La nuova ipotesi di avocazione.

### **1. Il diritto della persona offesa ad essere informata sullo stato del procedimento.**

L'ampliamento delle occasioni di conoscenza dello stato del procedimento, da parte della persona offesa, mediante la previsione di un preciso onere di comunicazione a carico dell'autorità procedente- sia pure a certe condizioni e sempre salva l'opponibilità della tutela del segreto investigativo-, si iscrive a pieno titolo nel raggio d'azione inaugurato dalla Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2012 che, come noto, ha codificato una sorta di "Statuto delle vittime di reato" nel processo penale.

L'Italia, da parte sua, ha risposto agli obblighi comunitari con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 (cui si deve, tra l'altro, l'introduzione dell'art. 90 *bis* c.p.p., oggi modificato), mediante un significativo innalzamento del livello delle opportunità difensive delle persone offese anche nella fase delle indagini preliminari.

Nell'ultimo biennio si è, infatti, assistito ad un ripensamento del ruolo della vittima nel processo penale, attraverso l'introduzione di istituti tendenti a rafforzarne le garanzie partecipative<sup>1</sup>. E ciò non solo e non tanto per sedimentare, sul piano interno, precetti di fonte internazionale, ma, altresì, per assecondare una tendenza che, come un fiume carsico, si è variamente affacciata negli anni: quella di concepire il processo penale non più (solo) come momento di accertamento del reato e, contemporaneamente, di soddisfazione delle pretese risarcitorie di quanti assumono di aver subito un danno<sup>2</sup>, ma anche come strumento di concretizzazione di obiettivi

---

<sup>1</sup> Si pensi, tanto per fare un esempio, alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari alla persona offesa dei reati di cui agli artt. 572 e 612 bis c.p. come, pure, alla notifica dell'istanza di revoca delle misure cautelari previste dall'art. 299, co. 3, c.p.p. introdotte dal d.l. 14.8.2013, n. 93 convertito con modificazioni nella l. 15.10.2013, n. 119. Per una ricognizione generale, P. Sechi, *Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale*, in C.P., 2017,850.

<sup>2</sup> Così era nelle intenzioni del legislatore: le direttive n. 20-23 della l. 16.2.1987, n. 81 concepiscono il ruolo della persona offesa nel processo penale al solo fine di una rivendicazione civilistica delle proprie pretese.

di politica criminale che, sul piano sostanziale, hanno trovato sponda nell'introduzione di nuove fattispecie criminose, nella previsione di nuove aggravanti, nell'innalzamento delle cornici edittali per certi reati contro la persona<sup>3</sup>.

Con particolare riferimento al diritto di partecipazione della persona offesa, già con il d.lgs. 212 del 2015, furono introdotti alcuni diritti informativi. In sostanza - art. 90 *bis* c.p.p.- «*fin dal primo contatto con l'autorità procedente*» la persona offesa deve ricevere, in una lingua a lei comprensibile, una serie di informazioni concernenti, in particolare: le modalità attraverso cui presentare la denuncia o la querela ed esercitare le facoltà e i diritti a lei riservati dalla legge nel corso del procedimento penale; il diritto di ricevere notizie circa lo stato del procedimento e l'eventuale richiesta di archiviazione; la facoltà di avvalersi di servizi di consulenza legale gratuita, di interpretazione e traduzione, di richiedere l'adozione di misure specifiche di protezione e assistenza; il diritto di ottenere il risarcimento dei danni patiti e il rimborso delle spese sostenute nonché informazioni sulla possibilità di rimettere la querela o di avvalersi di particolari - non ancora previste, in verità- forme di mediazione penale; informazioni sui possibili scenari ad essa riservati in caso di opzione da parte dell'imputato per la sospensione del procedimento mediante la *probation* di cui all'art. 168 *bis* c.p. o qualora risulti applicabile la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto; notizie, infine, sull'eventuale presenza sul territorio di case famiglia o centri di accoglienza. A ciò si aggiungono le prescrizioni del nuovo art. 90 *ter* c.p.p. relative alle informazioni che la persona offesa deve ricevere circa l'avvenuta scarcerazione (o cessazione della misura di sicurezza detentiva) dell'indagato-imputato per reati commessi con violenza alla persona, sempre che la stessa ne abbia fatto richiesta .

Le modifiche introdotte dalla Riforma Orlando, dunque, si collocano in questa direzione e tendono a consolidare l'assetto delle garanzie difensive delle persone offese. Il nuovo co.3 *bis* dell'art. 335 c.p.p. prevede, infatti, che, decorsi sei mesi dalla data di presentazione della denuncia o della querela, la persona offesa possa richiedere di essere informata sullo stato del procedimento proprio dalla stessa autorità che sta indagando. Dunque dalla Procura funzionalmente e territorialmente competente a svolgere le indagini sollecitate dalla parte privata. Si tratta di un'informazione che va ad aggiungersi a quella, già prevista dall'art. 405, co. 3, c.p.p., inerente l'avvenuta iscrizione della notizia di reato e che, coerentemente, deve essere preceduta dal corrispondente avviso di cui al novellato art. 90 *bis*, co. 1 lett. b) che oggi, per l'appunto, richiama anche l'art. 335, co. 3 *ter*, c.p.p..

---

<sup>3</sup> Si pensi, ancora a titolo di esempio e senza alcuna pretesa di esaustività, all'introduzione del reato di atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.), alla previsione di specifiche aggravanti per il delitto di omicidio ex art. 576, n. 5) e 5.1), all'innalzamento delle pene per il reato di cui all'art. 572 c.p. e, per l'effetto, anche all'aumento dei termini di prescrizione. Infine alla previsione del diritto al patrocinio a spese dello stato a prescindere dai limiti di reddito per i reati di cui agli artt. 572, 583 *bis*, 609 *octies* e 612 *bis* c.p. in base all'art. 2, co. 3, del d.l. 93/2013 conv. in l. n. 119 del 2013 che ha introdotto il nuovo co. 4 *ter* dell'art. 76 del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia.

Per quanto la norma non consenta di apprezzare il contenuto del dovere informativo, vi è da pensare che, proprio per attribuire un significato innovativo alla previsione in questione, il tipo di comunicazione che dovrà essere offerta - salva la necessità di tutelare il segreto investigativo e fatta eccezione per le indagini inerenti reati di particolare gravità (quelli previsti nel catalogo dell'art. 407, co. 2, c.p.p.) - non potrà limitarsi ad una mera conferma di avvenuta iscrizione della *notitia criminis* ma dovrà, evidentemente, essere compendiata da ulteriori informazioni.

Sarebbe stato preferibile - da parte del legislatore- intervenire appositamente elencando, quanto meno per sommi capi, quali attività investigative possono/debbono essere rivelate, onde evitare di lasciare in capo alle singole Procure il compito di individuare l'ampiezza degli obblighi di ostensione, così favorendo, come spesso accade in questi casi, il sorgere di molteplici interpretazioni, non necessariamente coincidenti, del precetto normativo. Tanto che alcune Procure si sono, infatti, già dotate di linee guida. La Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli<sup>4</sup>, per esempio, ritiene che per dare concretezza al precetto normativo la comunicazione alla persona offesa dovrà riguardare: l'esistenza di una richiesta di proroga indagini; l'avvenuta emissione dell'avviso di conclusione indagini preliminari ( tale evenienza, in particolare, assumerà un significato ancora più pregnante in tutti quei casi nei quali non è prevista la comunicazione alla persona offesa di tale avviso)<sup>5</sup>; l'eventuale richiesta di una data di udienza al Tribunale monocratico, insomma « [...] *tutti gli atti ostensibili idonei a consentire la conoscenza dello stato di avanzamento del procedimento, con l'evidente (ma esplicitato) limite del "segreto investigativo" relativo alle specifiche attività coperte da riserbo (richieste cautelari, intercettazioni, attività a sorpresa)*».

Dovendo, pertanto, immaginare che il pubblico ministero sia onerato dal riferire quanto meno gli stati di avanzamento dell'indagine preliminare non sembra peregrino il rischio - da taluno paventato<sup>6</sup>- di possibili coartazioni sulla vittima da parte del denunciato: meglio sarebbe stato prevedere la notifica al difensore della persona offesa.

D'altra parte, e in senso opposto, non si può fare a meno di notare che il controllo sullo stato di avanzamento dell'indagine venga concepito solo come diritto della persona offesa e non anche dell'indagato, presunto innocente, il cui interesse alla rapida definizione dell'indagine e del processo in generale costituisce immediato precipitato di un presidio di rango costituzionale (art. 111 Cost). Escluso, ragionevolmente, che l'indagato, al pari della persona offesa, possa coltivare una legittima aspettativa di ostensione su attività di indagine che devono essere coperte da segreto, non si vede il motivo per il quale anche al primo non debbano essere

---

<sup>4</sup> Linee guida della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli, consultabili in <http://www.procura.tivoli.giustizia.it/>

<sup>5</sup> Come noto, infatti, per effetto della modifica intervenuta con il d.lgs. 112 del 2015, quando si procede per i reati di cui agli artt. 572 e 612 bis c.p., l'avviso dovrà essere notificato anche al difensore della persona offesa o, in mancanza, alla persona offesa.

<sup>6</sup> G. Mastrangelo, *Riforma Orlando: tutte le novità*, a cura di C. Parodi, Milano, 2017, 42.

fornite alcune informazioni sullo stato di avanzamento del procedimento quali l'eventuale pendenza di una richiesta di proroga indagine prima della relativa notifica (destinata, per legge - art. 406, co. 3, c.p.p. - anche alla persona offesa che ne abbia fatto richiesta) così come la facoltà di conoscere anzi tempo l'avvenuto deposito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari. Né varrebbe obiettare, a quest'ultimo proposito, che in tal caso la legge sarebbe intervenuta a sanare una lacuna del sistema allorché si esclude - dal novero dei destinatari dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari (salvo che si tratti dei reati di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p.)- proprio la persona offesa. E' innegabile che tale esclusione, non colmata neppure con la novella agostana, risponda ad una precisa opzione del codice Vassalli: quella di concepire l'indagato come il principale interlocutore e destinatario delle scelte del pubblico ministero, in un dialogo a due che, oggi, si vorrebbe a tutti i costi corale. L'obiettivo, neppure tanto velato, è quello di consentire alla persona offesa un ampio spazio di interlocuzione sull'esercizio dell'azione penale foriero, però, di possibili sovrapposizioni tra istanze pubbliche e private che dovrebbero restare estranee al processo penale.

D'altra parte questa forma di "controllo" esterno sul contenuto e sui tempi dell'attività del pubblico ministero ad opera del denunciante privato sembra far eco ad un'altra, più penetrante, forma di "controllo" pubblico che trova oggi una precisa risposta normativa nel novellato art. 407 c.p.p. e nei poteri di avocazione da parte della Procura generale presso la Corte d'appello (art. 412 c.p.p.). A tal riguardo non è casuale che la richiesta di informazione debba essere esaudita dopo 6 mesi dalla presentazione della denuncia: è allo scadere di questo tempo, che corrisponde a quello fisiologico di chiusura delle indagini preliminari per i reati di minore gravità, che l'attività del pubblico ministero diviene oggetto di una duplice verifica concepita - secondo le intenzioni dei *conditores*- come argine alle eccessive dilatazioni dei termini dell'investigazione preliminare.

## **2. La nuova disciplina dell'incidente probatorio in caso di accertamento tecnico irripetibile.**

Con l'art.1, co. 28 e 29, il legislatore è intervenuto a correggere quella che da più parti è stata definita una vera e propria prassi distorsiva<sup>7</sup>.

In buona sostanza il precedente testo dell'articolo 360 c.p.p. prevedeva che, qualora il pubblico ministero avesse deciso di effettuare un accertamento tecnico irripetibile, il difensore avrebbe potuto opporre una riserva - *sine die* - di incidente

---

<sup>7</sup> Di manovra correttiva della prassi parla G. Spangher, in AA.VV. a cura di G. Spangher, *La Riforma Orlando*, Pisa, 2017, 109. Critico rispetto alla disciplina precedente anche E. Marzaduri, *Persona offesa informata sullo stato del procedimento*, in G.D., 2017 (31), 88.

probatorio idonea, in teoria, a paralizzare le aspettative di indagine del pubblico ministero nonché la definitiva acquisizione di un risultato probatorio destinato a disperdersi in breve tempo. Questo perché, laddove il pm avesse deciso di acquisire ugualmente la prova - nonostante la riserva di incidente probatorio e a prescindere dal deposito della relativa richiesta da parte del difensore- avrebbe corso il rischio dell'inutilizzabilità del risultato salva, tuttavia, l'allegazione di elementi idonei a comprovare l'indifferibilità del suo espletamento. L'anticipazione del contraddittorio tecnico, nonostante la mera riserva di incidente probatorio, poneva, dunque, l'inquirente di fronte al duplice obbligo di dimostrare non solo l'irripetibilità dell'accertamento ma, persino, la necessità di una immediata ed impellente esecuzione.

Un assetto, quello della precedente disciplina della riserva di incidente probatorio, che, nonostante il fiorire di numerose critiche tutte incentrate perlopiù sull'ingiustificata paralisi del diritto alla prova indifferibile, era stato largamente promosso dalla Corte costituzionale: con l'ordinanza n. 243 del 24/7/2009, venne sostanzialmente rimessa alla discrezionalità del legislatore l'ipotesi dell'eventuale soppressione della disciplina della riserva di incidente probatorio o, diversamente, quella dell'apposizione di un termine di decadenza all'esercizio del diritto dell'indagato<sup>8</sup>.

Nonostante la prassi avesse suggerito al pm la strategia di provvedere *motu proprio* ad una richiesta di incidente probatorio, per ovviare all'inerzia del contraddittore ed evitare il rischio della paralisi delle proprie esigenze di anticipazione del risultato probatorio, il legislatore, a distanza di ben otto anni dalla pronuncia della Consulta, ha, oggi, recuperato un sostanziale riallineamento delle posizioni delle parti, ponendo un argine a quella che, comunque, appariva una previsione normativa inidonea a favorire il corretto svolgersi di questa eccezionale acquisizione della prova.

La novella interviene, da una parte, prevedendo un termine di dieci giorni entro il quale il difensore può proporre la sua richiesta di incidente probatorio; dall'altra, sanzionando il mancato rispetto di questo termine sia con la perdita di efficacia della riserva di incidente probatorio, sia prevedendo una vera e propria preclusione ad un'eventuale, successiva rappresentazione. Il sistema poggia, quindi, oggi su due cardini estremamente rigidi: non solo la riserva di incidente probatorio dovrà essere necessariamente seguita dalla presentazione della relativa richiesta nel termine di dieci giorni decorrenti dall'avviso con il quale il pm mette a conoscenza l'indagato delle sue intenzioni; ma - trascorso questo termine - ogni ulteriore riserva di incidente probatorio deve essere considerata *tamquam non esset*. Infine, in base alla modifica dell'art. 360, co. 5, c.p.p., quale conseguenza diretta dell'inefficacia della

---

<sup>8</sup> La questione era stata sollevata dal Gip presso il Tribunale di Asti investito di una richiesta di incidente probatorio sollecitata dal Pm in conseguenza di una riserva proposta dalla difesa alla quale non era seguito il relativo deposito della richiesta. La Corte costituzionale, in questa occasione, non si è limitata all'autoregolamentazione dei propri poteri di sindacato (non estensibili, a suo dire, ad un intervento additivo) ma ha ritenuto che la modifica dell'art. 360, co. 4, c.p.p. fosse non solo discrezionale appannaggio del legislatore, ma persino costituzionalmente non necessitata.

riserva di incidente probatorio, si colloca la piena utilizzabilità dei risultati dell'accertamento tecnico preventivo.

La riforma ha certamente il merito di aver imposto alle parti e, segnatamente, all'indagato, un contegno ispirato ad una maggiore *fairness* processuale ma ha, forse, perso l'occasione per rimeditare nella sostanza il regime del contraddittorio tecnico anticipato. La mancata previsione normativa dei requisiti di irripetibilità della prova e di indifferibilità del suo espletamento, infatti, lasciano l'interprete, ancora una volta, in balia di definizioni giurisprudenziali "del caso concreto" prive di quella necessaria sistematicità che dovrebbe, al contrario, presidiare la disciplina di uno dei momenti più delicati dell'intero *iter* procedimentale<sup>9</sup>. Per quanto apprezzabile lo sforzo delle Sezioni unite di promuovere un'interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di irripetibilità<sup>10</sup>, la sua vaghezza, tuttavia, ha fatalmente continuato ad affaticare il compito dell'interprete.<sup>11</sup> E tale incertezza è gravida di conseguenze: all'irripetibilità dell'accertamento corrisponde, infatti, la piena utilizzabilità del risultato probatorio ex art. 431, co. 1, lett.c) c.p.p. non solo nel caso in cui l'indagato non abbia fatto espressa riserva di incidente probatorio, ma – oggi- anche nel caso in cui a questa riserva non sia seguita la sua effettiva o la sua valida proposizione a norma degli art. 392 e ss c.p.p.

Sarebbe stato preferibile, in questo senso, allora, che il legislatore si fosse fatto carico di limitare un ulteriore effetto distorsivo della prassi: quello dell'adesione ad interpretazioni del canone dell'irripetibilità non sempre sintoniche con la *ratio* della norma che hanno consentito, spesso e volentieri, la *trasmigrazione* al processo di prove raccolte in fase di indagine la cui acquisizione differita, secondo le cadenze fisiologiche più garantite del contraddittorio dibattimentale, non avrebbe verosimilmente alterato l'attendibilità del risultato. Né varrebbe obiettare che la riserva di incidente probatorio (ed oggi anche la sua effettiva realizzazione) possa adeguatamente svolgere una funzione di ripristino dell'oralità perduta e di garanzia di giurisdizionalità capace di sterilizzare i rischi collegati ad un ricorso eccessivamente disinvolto al meccanismo dell'art. 360 c.p.p. Basti pensare al sacrificio

<sup>9</sup> In dottrina, per una sintesi delle posizioni critiche in relazione alla scarsa definizione normativa, G. Andreatta, in *Codice di Procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2013, 415-

Critica le scarsa definizione giurisprudenziale del concetto di *irripetibilità della prova* anche C. Conti, *Giusto Processo, Il penalista*, bussola del 1 settembre 2015, 12 osservando come una definizione incerta dei confini semantici entro cui far convergere i concetti di ripetibilità e irripetibilità della prova diviene tanto più inaccettabile oggi proprio in considerazione dell'ingresso fulmineo della tecnologia nel processo penale e della conseguente attribuzione di un potere determinante in mano alla polizia giudiziaria mediante la cristallizzazione del risultato probatorio già in fase di sopralluogo.

<sup>10</sup> Cass. S.U. 18.12.2006, n. 41281 in DPP, 2007, 1155 e ss. secondo cui la nozione di atto irripetibile, che deve essere condotta in base al parametro costituzionale dell'art. 111 Cost, commi 4 e 5, non ha natura ontologica ma essa va ricavata dalla disciplina processuale in un bilanciamento costante tra sacrificio del principio della formazione della prova in dibattimento e ricerca della verità.

<sup>11</sup> Critico sulla pronuncia delle Sezioni unite, M. Nigro, in DPP, 2007, 1171, secondo il quale il risultato dello sforzo ermeneutico della sentenza non può dirsi appagante e finisce con l'essere persino tautologico. E' irripetibile ciò che non può essere ripetuto in dibattimento.

del principio di immediatezza e alla fisiologica disparità di posizione tra pubblica accusa e difesa determinata, salvi i casi eccezionali di cui all'art. 393, co. 2 *bis*, c.p.p., dalla *discovery* parziale, per comprendere il motivo per cui il legislatore del 1988 ha immaginato questi momenti come incursioni del tutto eccezionali nelle cadenze tipiche dell'indagine preliminare proprio perché sostanzialmente sovversive rispetto alla regola della separazione in fasi del processo penale.

Non solo. Non vi è neppure una piena coincidenza tra i presupposti dell'accertamento tecnico preventivo (connessi o alla *naturale modificabilità* dello stato dei luoghi, delle cose o delle persone oppure, *ex art. 117 disp att c.p.p.* alla *modificabilità* determinata dall'accertamento) e il requisito di indifferibilità che giustifica l'espletamento dell'incidente probatorio, legato, come noto, all'*inevitabilità* di quella modificazione. Di qui la possibilità, quantomeno teorica, che in alcuni casi la ragione dell'anticipazione del contraddittorio tecnico *ex art. 360 c.p.p.* non sia in grado di giustificare, in automatico, l'espletamento della prova *ex art. 392 e ss c.p.p.* *Quid iuris*, allora, in caso di rigetto della domanda di incidente probatorio per difetto, per esempio, del requisito dell'*inevitabilità* della modificazione *ex art. 392, co. 1, lett. f)*? Può essere equiparato questo caso all'omessa riserva (o richiesta) di incidente probatorio e, dunque, a quell'acquiescenza che, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, determina l'utilizzabilità *de plano* dell'accertamento e l'inserimento del risultato nel fascicolo formato ai sensi dell'art. 431, co. 1, lett. c) c.p.p. anche in casi di dubbia indifferibilità?<sup>12</sup> Il legislatore non offre una risposta. Ed in effetti, a stretto rigore, la lettera della legge sembra, infatti, collegare l'inefficacia della riserva all'omessa presentazione nei termini della richiesta di incidente probatorio ma nulla dice sul destino della stessa quando la richiesta successiva, pur tempestiva, sia però giudicata, *ex art. 398 c.p.p.*, inammissibile ovvero rigettata. Il problema non è di poco conto e si lega indissolubilmente a quello dell'impugnabilità o sindacabilità delle decisioni di rigetto e alla possibilità di riproposizione della richiesta negli stessi o in diversi termini. Invero se, come pare ricavarsi da un consolidato indirizzo giurisprudenziale<sup>13</sup>, le ordinanze emesse ai sensi dell'art. 398 c.p.p. sono inoppugnabili per effetto del principio di tassatività delle impugnazioni, la decisione che dichiara l'inammissibilità della richiesta di incidente probatorio o che la rigetta è destinata a consolidare i suoi effetti e, inevitabilmente, a riverberarsi

---

<sup>12</sup> Si pensi al principio secondo il quale “*la consulenza tecnica balistica e quella tecnica medico legale hanno natura di atti non ripetibili che, in mancanza della riserva di incidente probatorio, vanno inseriti nel fascicolo per il dibattimento ex art. 431, lett. c) e sono, pertanto, utilizzabili indipendentemente dall'esame del consulente*”, *cfr Cass.*, 11.2.2010, n. 8082. In questa ipotesi l'indifferibilità può essere legata solo esclusivamente all'accertamento tecnico, ma non sembra idonea ad investire anche la componente valutativa: si vuol dire, in altri termini, che una volta depositata la relazione del consulente medico legale in un momento in cui l'indagine è ancora magmatica ed incerta quanto alla definitiva acquisizione dei dati circostanziali, la successiva escussione dibattimentale del consulente tecnico consentirebbe, invece, di rimeditare certe conclusioni alla luce dei progressi cognitivi connessi agli sviluppi delle indagini dell'accusa e della difesa. Una nozione di irripetibilità/utilizzabilità così rigorosa da considerare superfluo il successivo esame orale del consulente finisce con il cristallizzare risultati probatori dotati di incerta affidabilità.

<sup>13</sup> Tra le altre, *cfr Cass.* 13.3.2013, n. 21930, *Cass.* 27.1.2005, in *RP* 2006, 239.

sull'inefficacia della riserva di incidente probatorio con tutto ciò che ne consegue in termini di utilizzabilità dei risultati acquisiti. Diverso il caso della ripresentazione di analoga istanza di incidente probatorio a condizione che non siano scaduti i termini di cui all'art. 393 c.p.p.<sup>14</sup>. Ebbene, in simili ipotesi, qualora la nuova richiesta sia proposta decorso il termine di dieci giorni, difficilmente si potrebbe ipotizzare analogo effetto paralizzante sull'iniziativa del pm a meno di non veder vanificata la *ratio* della norma che ha legato il diritto alla prova del pm a cadenze processuali rigorose imposte all'altra parte. Si consentirebbe, in altre parole, di aggirare l'obbligo di richiedere, nei dieci giorni successivi alla riserva, l'incidente probatorio. Del resto non sarebbe possibile estendere, senza forzare il dettato normativo, alla reiterazione della richiesta un identico, ulteriore, termine di dieci giorni entro il quale qualsiasi mossa anticipatoria del pm in esecuzione dell'art. 360, co. 4, c.p.p. sarebbe da considerarsi inutilizzabile in difetto del requisito dell'indifferibilità. Ed allora andrebbe ripensato il regime di impugnazione delle ordinanze emesse ex art. 398 c.p.p. per evitare che la legittima aspettativa dell'indagato di cristallizzare un risultato probatorio in un contesto maggiormente garantito possa essere neutralizzato da una decisione non necessariamente corretta e ciononostante insindacabile. Pendente il ricorso per cassazione, infatti, il pm non potrebbe procedere all'effettuazione dell'accertamento tecnico preventivo e in caso di accoglimento delle istanze della difesa, sarebbe possibile consentire il pieno esplicarsi del diritto all'acquisizione di una prova nel contraddittorio innanzi ad un giudice terzo ed imparziale. Resterebbe, ovviamente, salvo il diritto del pm, nelle more del giudizio di legittimità, di provvedere ugualmente laddove esigenze di indifferibilità dell'accertamento gli imponessero di prescindere dalle istanze della difesa.

Si pensi, infine, che l'inutilizzabilità relativa – solo nel dibattimento- della prova acquisita ex art. 360 c.p.p. in difetto dei presupposti dell'irripetibilità o dell'indifferibilità (dunque anche di quella illegittimamente disposta nonostante la riserva/richiesta di incidente probatorio) determinava allora, ed a *fortiori*<sup>15</sup> oggi, la piena valutabilità nel merito di quei risultati nel rito abbreviato a prescindere, dunque, dal contegno processuale dell'indagato.

E' chiaro, allora, che la previsione di una definizione normativa che consenta all'interprete di orientarsi con strumenti più accurati nel distinguere i casi di irripetibilità da quelli di ripetibilità, avrebbe consentito un ricorso più rigoroso ai meccanismi di anticipazione della prova favorendo, anche per tale via, il recupero di quella correttezza dell'agire processuale cui tutte le parti, compreso quindi il

---

<sup>14</sup> Sulla riproponibilità della richiesta di incidente probatorio, si veda Cass. 9.7.1991, in C.P., 1992, 3080.

<sup>15</sup> Con la Riforma Orlando è stata modificata la disposizione dell'art. 438 c.p.p. con l'introduzione del nuovo co. 6 bis, in base al quale "La richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute, e la non rilevabilità delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio. Essa preclude altresì ogni questione sulla competenza per territorio del giudice".



difensore che intenda procedere con accertamenti tecnici irripetibili *ex art. 391 decies* c.p.p., dovrebbero ispirarsi.

A tal proposito, pur tacendo il legislatore della riforma, vi è da ritenere che l'obbligo di promuovere l'incidente probatorio entro dieci giorni dalla riserva valga, a parti invertite, anche per il Pm: in tal senso deve essere letto il rinvio all'art. 360 c.p.p. contenuto nell'art. 391 *decies* c.p.p.

### **3.- I termini di durata massima delle indagini preliminari. La nuova ipotesi di avocazione**

La ragionevole durata del processo costituisce, quanto meno nelle proclamazioni ufficiali, l'obiettivo primario cui sembra essersi ispirato il legislatore della riforma. Già nella relazione illustrativa al testo del primo ddl (atto n. 2798)<sup>16</sup> si intravedono i prodromi ideologici che hanno guidato la mano dei *conditores* in un'estenuante trattativa politica tesa ad elaborare soluzioni al fine di risolvere i problemi legati «(al)la pressante esigenza di recuperare il processo penale ad una durata ragionevole che, oltre a essere oggetto di un diritto delle parti – peraltro anche di natura convenzionale (il riferimento è alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, resa esecutiva con legge n. 848 del 1955) –, è condizione essenziale, di tipo oggettivo, perché possa dirsi attuato il giusto processo»<sup>17</sup>. E d'altra parte il nostro paese ha subito nel corso del tempo numerose condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'Uomo proprio a causa della eccessiva dilatazione dei tempi necessari a giungere ad una definitiva conclusione dei processi<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Per un dettagliato resoconto degli atti parlamentari si veda anche GD, 2017 (31), 39-40.

<sup>17</sup> Il testo della relazione illustrativa al Ddl C 2798 è pubblicato in [www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_2\\_1.page](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page)

<sup>18</sup> V. Fanchiotti, *La durata ragionevole del processo tra l'inidoneità degli strumenti interni e la prospettiva europea*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2. Dal 1959 al 2009 su un totale di 4008 condanne pronunciate dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, quelle a carico dell'Italia sono state 1095.

E' ancora presto per poter effettuare una stima sull'efficacia della riforma, per quanto, sin d'ora, sia comunque possibile tentare di verificare, in proiezione futura, l'idoneità o meno delle soluzioni proposte per ovviare al « [...] *più grave dei punti dolenti del nostro procedimento*»<sup>19</sup>, quello della patologica lentezza.

Ebbene la nuova disciplina dei termini delle indagini preliminari si colloca in modo esplicito ed a pieno titolo nell'alveo delle novità legislative tendenti, quantomeno nelle intenzioni, al potenziamento degli obiettivi di accelerazione del processo.

Già nel 2013 un'indagine elaborata dal Ministero della Giustizia aveva portato alla luce un dato a dir poco allarmante: è infatti risultato che la maggior parte delle pronunce di estinzione per prescrizione sono emesse dal Gip con decreto di archiviazione<sup>20</sup>. Il che significa che il *vulnus* al principio costituzionale della ragionevole durata contemplato dall'art. 111 Cost., non è legato tanto alla dinamica processuale nel suo complesso ma proviene, ancor prima, da un'irrazionale gestione degli affari penali già nella conduzione delle investigazioni preliminari.

E' parso sin da subito evidente, allora, che i paletti cronologici fissati dal codice di procedura penale del 1988, in esecuzione della direttiva n. 48 contenuta nella L. 16.2.1987, n. 81<sup>21</sup>, alle indagini preliminari, confluiti poi nel reticolo normativo segnato dagli artt. 335, 405, 406, 407 e 412 c.p.p., non abbiano svolto un'adeguata funzione di contenimento dei tempi necessari a garantire il rispetto del suddetto principio.

---

<sup>19</sup> Così si esprime C. cost., 1.2.1982, n. 15 in relazione alla disciplina che aveva ampliato i termini di durata massima della carcerazione preventiva.

<sup>20</sup> Secondo le statistiche elaborate dal Ministero della Giustizia nel 2013, infatti per tipo di ufficio, tipo di provvedimento e numero di provvedimenti in percentuale il 55,3 % dei procedimenti penali si chiudeva con decreti di archiviazione. Anche l'Unione delle Camere penali ha elaborato, in collaborazione con Eurispes, un'indagine sulle cause che hanno determinato rinvii dei processi e conclusioni con proscioglimenti per prescrizione. A tal riguardo si rinvia a F. Petrelli, *Macchè prescrizione, aboliamo l'appello!*, in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it), secondo il quale: «[...] occorre soprattutto rilevare come non sia affatto vero che sia il dibattimento il luogo ove matura il maggior numero delle prescrizione, perché come dimostrano i dati resi noti di recente dal Ministero della Giustizia, la maggior parte delle prescrizioni matura già nella fase delle indagini preliminari. Per parlare dati alla mano, risulta che nel 2012 le prescrizioni sono state complessivamente 113.057, ma di queste ben oltre 70.000 sono intervenute nel corso delle indagini preliminari: 67.252 sono state oggetto di decreto di archiviazione, 4.725 sono state dichiarate con sentenza da parte dell'ufficio Gip/Gup».

<sup>21</sup> Recante la delega al Governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, la cui direttiva 48 recita: «*obbligo del pubblico ministero, quando non abbia richiesto il giudizio immediato entro il termine indicato nel numero 44) ovvero non gli sia stato possibile formulare richiesta di archiviazione o di fissazione dell'udienza preliminare, di concludere le indagini entro sei mesi dall'iscrizione del nominativo della persona cui il reato è attribuito nel registro indicato nel numero 35) ; potere-dovere del giudice di concedere, a richiesta del pubblico ministero e sentite anche le altre parti, proroghe del termine suddetto non superiori ciascuna a sei mesi, ovvero di fissare l'udienza preliminare; obbligo del pubblico ministero di concludere comunque le indagini entro diciotto mesi dall'iscrizione nel registro indicato nel predetto numero 35), chiedendo al giudice l'archiviazione, ovvero, formulata l'imputazione, l'udienza preliminare; possibilità di concludere le indagini entro due anni in caso di processi per criminalità organizzata e in ipotesi eccezionali specificamente indicate; previsione della inutilizzabilità degli atti compiuti dal pubblico ministero oltre i termini stabiliti o prorogati qualora non abbia richiesto nei termini l'udienza preliminare*».

Eppure, il dettato normativo del codice del 1988 è chiaro e non ammetterebbe licenze interpretative: l'art. 335 c.p.p. stabilisce che acquisita la notizia di reato il pubblico ministero debba *immediatamente* iscriverla nell'apposito registro custodito presso l'ufficio nonché, contestualmente (o dal momento da cui risulta) anche il nominativo della persona alla quale il reato stesso è attribuito. Entro sei mesi, o un anno per i reati indicati nell'art. 407, co. 2, lett. a), l'inquirente deve esercitare l'azione penale, salve le proroghe (per non più di sei mesi) che il Gip abbia concesso. La violazione di questi termini è persino presidiata dalla sanzione massima dell'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti oltre il termine previsto dalla legge o prorogato dal giudice ( *ex art. 407, co. 3, c.p.p.*) nonché dal controllo c.d. verticale rappresentato dal potere di avocazione delle indagini che, anche nel testo precedente la riforma Orlando, onerava il Procuratore generale presso la Corte d'appello, in caso di omesso o ritardato esercizio dell'azione penale, a sostituirsi al pubblico ministero inerte.

Sono poi previsti alcuni meccanismi acceleratori qualora si proceda per i reati di cui agli artt. 572, 589, co. 2, 589 *bis*, 590, co. 3, 590 *bis* e 612 *bis* c.p. che impediscono la reiterazione della proroga per più di una volta (art. 406, co. 2 *ter*, c.p.p. come riformato dalla l. 21.2.2006, n. 102 e variamente interpolato da successive integrazioni).

Ciononostante, come si diceva, il vizio della dilatazione dei tempi di indagine ben oltre i cardini cronologici normativamente imposti, ha rappresentato una delle falle endemiche più significative del nostro processo penale. Complice non solo la strutturale carenza di organico ma, al contempo, la progressiva erosione del concetto di *notizia di reato* dalla cui precisa delimitazione concettuale dipende anche l'identificazione semantica di quell'avverbio "*immediatamente*", contenuto nell'art. 335 c.p.p., che dovrebbe interdire sfasature temporali tra i momenti dell'acquisizione e dell'iscrizione.

Il disimpegno del legislatore nel definire i connotati essenziali della *notitia criminis* ha favorito il sorgere di opinioni contrastanti non facilmente riconducibili ad unità<sup>22</sup> ed ha per certi versi aperto la strada a facili elusioni dei termini massimi di durata delle indagini preliminari che una giurisprudenza costante ha sottratto al controllo giurisdizionale. Ed infatti la questione della tardività delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato e quella, ancillare, del potere del giudice di retrodatare il *dies a quo*, ha profondamente segnato il dibattito teorico degli ultimi anni ed ha costituito il terreno sul quale si sono confrontate le aule parlamentari. D'altra parte persino la Commissione Canzio (istituita con decreto del 10 giugno 2013 presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della giustizia allo scopo di "[...] *elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale*"), importante punto di riferimento per le proposte di riforma del Ministro Orlando, nella sua relazione conclusiva conteneva una revisione dell'art. 407 c.p.p. del tutto diversa da quella uscita all'esito del dibattito parlamentare: si prevedeva, infatti, che il giudice avrebbe dovuto

---

<sup>22</sup> Sul punto, D. Vicoli, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino, 2012, 109 e ss.

verificare la tempestività degli adempimenti di cui all'art. 335 c.p.p., eventualmente determinando la data nella quale si sarebbe dovuto provvedere<sup>23</sup>.

Sono noti, tuttavia, i contrasti giurisprudenziali sorti in relazione alla delimitazione del concetto di *immediatezza*: da una parte, ad essere *sub observatione* l'individuazione delle conseguenze - processuali e disciplinari- connesse alla prassi delle iscrizioni tardive; dall'altra l'esistenza o meno in capo al giudice di un potere di controllo sui tempi di iscrizione. La decisa presa di posizione della Corte di Cassazione sull'impossibilità di prevedere, *de iure condito*, un potere giurisdizionale di censura dei ritardi nelle iscrizioni, ha trovato più di un autorevole sostenitore: a partire dalle Sezioni unite Tammaro<sup>24</sup> per giungere alle Sezioni unite del 2009, la n. 23868 del 23 aprile e la n. 40539 del 24 settembre-22 ottobre, i giudici di legittimità hanno posto l'accento proprio sull'indeterminatezza del concetto di notizia di reato che impedirebbe, ancor prima della mancanza di una previsione normativa *ad hoc*, di effettuare un controllo a posteriori sulle decisioni del pubblico ministero<sup>25</sup>.

E tuttavia non sono mancate voci fuori dal coro che hanno significativamente posto l'accento sul fatto che *«l'iscrizione nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p. rileva ai soli fini delle decorrenza del termine delle indagini preliminari; non rileva affatto ai fini della validità delle indagini compiute prima dell'iscrizione. Sicché, nel caso in cui l'iscrizione sia omessa o ritardata [...] si può plausibilmente sostenere [...] che il termine decorra dal momento in cui si sarebbe dovuto scrivere la notizia, così come accertato ex post dal giudice: con la conseguenza che la tardiva iscrizione può incidere sull'utilizzabilità delle indagini finali»*.<sup>26</sup>

Anche la Corte costituzionale è intervenuta per censurare l'anomala prassi della tardività delle iscrizioni che, indubitabilmente, si pone in rotta di collisione con i precetti della Carta fondamentale che assicurano la ragionevole durata del processo. Nell'ordinanza n. 307 del 2005 la Consulta ha affermato che *«nell'ipotesi, [...], in cui il pubblico ministero procrastini indebitamente l'iscrizione nel registro, il problema che può porsi attiene unicamente all'artificiosa dilazione del termine di durata massima delle indagini preliminari: vale a dire alla possibile elusione della sanzione di inutilizzabilità che colpirebbe, ai sensi dell'art. 407, co. 3, cod. proc. pen., gli atti di indagine collocati temporalmente 'a valle' della scadenza del predetto termine, a partire dal momento in cui l'iscrizione avrebbe dovuto essere effettuata»*.

D'altra parte non sono del tutto avulsi dal sistema momenti di controllo giurisdizionale dell'operato del pubblico ministero proprio in punto di esercizio dell'azione penale: si pensi, oltre al potere di sindacato del gip investito di una richiesta di archiviazione, alle considerazioni effettuate, sempre dai giudici di legittimità, nella sentenza a Sezioni unite, *Mills*, del 25.2.2010. In quell'occasione, nell'individuare il regime più consono alla particolare qualità del soggetto

<sup>23</sup> Gli atti della Commissione Canzio sono pubblicati in [www.penalecontemporaneo.it/d/3389-verso-una-mini-riforma-del-processo-penale-le-proposte-della-commissione-canzio](http://www.penalecontemporaneo.it/d/3389-verso-una-mini-riforma-del-processo-penale-le-proposte-della-commissione-canzio).

<sup>24</sup>Cass. S.U. Tammaro, 30.5.2000.

<sup>25</sup> Ciononostante, la sentenza del 24.9.2009, implicitamente considera notizia di reato, fondante l'attribuibilità soggettiva del fatto, la congerie di *«elementi obiettivi di identificazione del soggetto responsabile tali da superare la soglia del generico e personale sospetto»*.

<sup>26</sup> Così Cass. 8.10. 2003, n. 41131. In termini analoghi anche Cass. 21.9.2006, Boscarato.

dichiarante - da sentire non come testimone ma, con le garanzie dell'art. 64 c.p.p., come un imputato- lasciava aperto un varco alla possibilità di prescindere e, implicitamente, di sindacare le scelte della Procura di omessa iscrizione di quel dichiarante nel registro delle notizie di reato.

Sarebbe bastato, allora, allinearsi alle indicazioni della Commissione Canzio e prevedere, *ex positivo iure*, un potere di controllo del giudice sulla correttezza del momento in cui avviene l'iscrizione, per superare il problema dell'indebita dilatazione dei tempi dell'indagine preliminare e obbligare gli uffici delle Procure ad una più rigorosa delimitazione del concetto di notizia di reato. Non mancano, infatti, fonti normative che ben potrebbero orientare l'interprete (tanto il pubblico ministero, tanto il giudice del controllo). Ci si riferisce ai repertori giurisprudenziali formati in relazione al reato di omessa denuncia, *ex art. 361 c.p.*, da ergere a modelli ermeneutici di consolidata attendibilità<sup>27</sup>.

Tuttavia, in sede di prima lettura alla Camera, il testo dell'originario ddl C 2798, veniva emendato introducendo, in quello che sarebbe poi diventato il testo del ddl S 2067, la disciplina oggi trasfusa nella legge 103 del 2007.

Dunque, senza prendere alcuna posizione sul dibattito relativo alla tardività delle iscrizioni, il legislatore costruisce un nuovo reticolo di termini, tutto incentrato non sulla fase iniziale delle indagini ma su quella finale, la cui efficacia - da testare sul campo- appare, ad una prima occhiata, di difficile realizzazione anche in considerazione della natura meramente ordinatoria dei nuovi paletti cronologici e della sostanziale mancanza di sanzione (quanto meno processuale) legata alla loro violazione.

Prevede il novellato art. 407, co. 3 *bis*, c.p.p. che *in ogni caso* il pubblico ministero è tenuto ad esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'art. 415 *bis* c.p.p.. Termine elevato a 15 mesi per i reati previsti dall'art. 407, co. 2 lett. a) n. 1), 3) e 4) (dunque per le indagini relative a reati particolarmente gravi). Negli altri casi di investigazioni che si rivelano in concreto particolarmente complesse - per la molteplicità di fatti tra loro collegati ovvero per l'elevato numero di indagati o di persone offese (art. 407, co. 2, lett. b))- su richiesta del pubblico ministero da presentare prima della scadenza del termine dei tre mesi, il Procuratore generale presso la Corte d'appello può prorogare di altri tre mesi il tempo di valutazione sull'*an* dell'esercizio dell'azione penale dandone notizia al Procuratore della Repubblica.

---

<sup>27</sup> Per Cass. 13.1.2015, n. 8937 «[...] affinché possa ritenersi integrata l'omissione di denuncia, è richiesto che l'esercente il pubblico servizio (come il pubblico ufficiale nell'omologa fattispecie prevista dall'art. 361 c.p.) venga a conoscenza, in concomitanza o a cagione delle funzioni espletate, di una situazione che presenti gli elementi essenziali di un fatto costituente reato: in linea con l'espressione utilizzata dall'art. 332 c.p.p., co. 1, e art. 347 c.p.p., co. 1, deve trattarsi di elementi che appaiono sufficientemente affidabili e capaci di indurre una persona ragionevole a concludere che vi sono apprezzabili probabilità che un reato sia stato commesso (Cass. Sez. 6, n. 51780 del 29/10/2013, Cerasoli e altro, Rv. 258499). L'omissione di denuncia si verifica dunque quando l'agente qualificato sia in grado di individuare, con sicurezza, gli elementi di un reato (Cass. Sez. 5, n. 26081 del 04/04/2008, Martinelli, Rv. 241165)». Per una definizione di notizia di reato, in dottrina, D.Vicoli, op. cit., 109 e ss.

La singolarità di questo meccanismo che, come anticipato, è intervenuto ad evitare l'eccessivo dipanarsi di quei tempi morti del processo nei quali, ad indagini concluse, il pm deve limitarsi a ponderare adeguatamente se il compendio investigativo raccolto possa rivelarsi idoneo nella prospettiva dell'esercizio dell'azione penale, si apprezza in modo particolare dalla lettura dell'ultimo inciso, ove si prevede che scaduti infruttuosamente i termini, il pubblico ministero inerte debba dare immediata comunicazione al Procuratore generale presso la Corte d'appello dell'omesso esercizio dell'azione penale o dell'omessa richiesta di archiviazione. In sostanza viene introdotta un'inedita forma di "autodenuncia" funzionale a consentire di attivare il potere di avocazione del magistrato superiore che va ad aggiungersi a quella prevista dall'art. 127 disp. att. coord c.p.p.<sup>28</sup>.

D'altra parte la Riforma Orlando interviene anche sul potere di avocazione delle indagini preliminari modificando il testo dell'art. 412, co. 1, c.p.p.: oggi, infatti, l'obbligo di avocazione non scatta più alla scadenza del termine previsto per la conclusione delle indagini preliminari, ma solo dopo che siano decorsi tre mesi (o sei o quindici a seconda dei casi) oggi assegnati al pm per orientare la scelta sull'esercizio dell'azione penale. Anche in tal caso il Procuratore generale ha a disposizione 30 giorni per compiere ulteriori indagini o per determinarsi in relazione all'esercizio dell'azione penale.

A stretto rigore sembra quasi un controsenso l'aver assegnato al pm un termine ulteriore per consentirgli di ponderare adeguatamente l'an dell'esercizio dell'azione penale al fine di limitare l'irragionevole durata delle indagini. Del resto, prima della riforma, questo segmento processuale non conosceva limiti temporali definiti, semplicemente perché, nella logica del codice del 1988 non sarebbe dovuto esistere. Ed invece, nella prassi, i fascicoli giacciono nel limbo di queste "fasi di riflessione" durassero anni. In verità l'obbligo di avocazione, anche nel vigore della precedente disciplina, sorgeva sin dal giorno successivo a quello della conclusione delle indagini preliminari: da quel momento si sarebbero potute verificare le condizioni dell'inadempimento del dovere di agire, rilevante quanto meno ai fini disciplinari<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Effettuata dall'ufficio onerato di trasmettere settimanalmente al Pg l'elenco delle notizie di reato contro persone note in relazione alle quali il pm non abbia ancora assunto la determinazione nonostante la scadenza dei termini di indagine.

<sup>29</sup> Secondo la giurisprudenza di legittimità (tra tutte cfr Cass. 20.3.2009, n. 19833), tuttavia, non sarebbe precluso al pm l'esercizio tardivo dell'azione penale, salvo che il Procuratore generale non abbia già avvocato le indagini. Principio conforme a quanto statuito dalla Corte costituzionale, che nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 409, co. 4, e 554 c.p.p., in relazione all'art. 407, co. 3, dello stesso codice, ha sottolineato come il decorso del termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, per il compimento delle indagini preliminari non determina la decadenza del pubblico ministero dal potere di formulare le sue richieste, essendo inutilizzabile la sola attività d'indagine eventualmente compiuta dal pubblico ministero oltre il suddetto termine (C. cost., ord. 27.11.1991, n. 436); conforme alla massima in commento anche Cass. 19.11.1992, n. 12086, nella quale la Corte ha stabilito che nell'ipotesi in cui le indagini non siano completate nel termine legislativamente fissato, la mancata avocazione da parte del procuratore generale non comporterebbe alcuna nullità, non essendo questa tassativamente prevista, bensì soltanto la inutilizzabilità degli atti compiuti dopo la scadenza del termine.

In un'ottica di estremo realismo - che tiene evidentemente conto del diaframma temporale che in concreto si verificava nel passaggio dalla fase dell'indagine preliminare a quella giurisdizionale- ben si comprende la scelta del legislatore di attivare dei meccanismi acceleratori mediante la previsione di tempi ulteriori rispetto a quelli che la precedente normativa metteva a disposizione del pm e che dovrebbero, perlomeno in teoria, garantire il massimo della trasparenza anche al fine di evitare il rischio di trattamenti differenziati tra indagati<sup>30</sup>. Il vero problema, tuttavia, è l'aver irrobustito un meccanismo, quello dell'avocazione, che, a tutto voler concedere, sembra inadeguato a svolgere l'auspicata funzione di presidio sull'obbligatorietà dell'azione penale anche per il carico di lavoro che, inevitabilmente, sarà destinato a far lievitare i ruoli già piuttosto nutriti delle Procure generali.

Infine, l'aver costruito un sistema di accelerazione valido per la sola fase finale dell'indagine preliminare, verosimilmente non sposterà il problema dell'indebita dilatazione dei tempi irragionevoli: resta ancora la *vexata quaestio* delle tardive iscrizioni e del difetto di controllo giurisdizionale.

Per quanto si ritenga possibile anche l'esercizio del potere di avocazione nelle ipotesi di errata iscrizione di una notizia di reato nel modello 45 (quello delle c.d. "pseudo" notizie)<sup>31</sup> e, all'inverso, in quelle di omessa richiesta di archiviazione della c.d. "pseudo" notizia di reato erroneamente iscritta a modello 21, il momento genetico dell'iscrizione resta pur sempre appannaggio dell'organo inquirente, destinato ad esercitare sempre di più una discrezionalità priva di adeguato controllo. Se ne trae conferma leggendo la recente circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, a firma del Procuratore dott. Giuseppe Pignatone<sup>32</sup>, che invita i procuratori aggiunti e i sostituti ad un'interpretazione non rigidamente formalistica dell'obbligo di iscrizione che scatterà non tanto in presenza di una denuncia da parte della polizia giudiziaria o di una querela del privato, ma soltanto dopo la seria verifica dell'esistenza di "*elementi indizianti di carattere specifico*". Ciò al proclamato intento di evitare gli effetti negativi solitamente conseguenti all'iscrizione nel registro *ex art. 335 c.p.p.* (ivi comprese le fughe mediatiche) e le possibili strumentalizzazioni della persona offesa (oggi investita, per effetto della Riforma Orlando, persino del potere di ricevere informazioni sullo stato del procedimento). Il rischio, tuttavia, forse ancor più grave di quelli che si pretenderebbe di evitare con una iscrizione "ponderata" è, neanche a dirlo, quello di un'indagine dai confini temporali sempre più incerti oggi, peraltro, destinati ad aumentare - solo per quelle iscrizioni successive alla data di entrata in vigore della legge di riforma (*cf. art. 1, co.*

---

<sup>30</sup> Così A. Marandola, in A.A. V.V., a cura di G. Spangher, *La Riforma Orlando, modifiche al codice penale, codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, Pisa, 2017, 173.

<sup>31</sup> Così Cass. S.U., 11.7.2001, *Chirico*. Tuttavia, in tali casi, il potere di avocazione sarà episodico e occasionale non incombendo né sul pm, né sul suo ufficio *ex art. 127 disp. att. c.p.p.* l'obbligo di comunicare al Procuratore generale presso la Corte d'appello l'avvenuta erronea iscrizione di una notizia di reato nel registro Mod. 45.

<sup>32</sup> Osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato, Prot. Gab. TAB N. 3225/17

36, l. 103/2017) - in conseguenza della previsione di un termine ulteriore la cui violazione resta priva di sanzione processuale e disciplinare.<sup>33</sup>



---

<sup>33</sup> Sul fronte disciplinare, infatti, l'art. 2, co. 1, lett. a) d. lgs 109 del 2006, che sanziona contegni inerti, introduce un illecito di evento per la cui consumazione è richiesto il verificarsi di un concreto accadimento esterno quale conseguenza diretta, voluta od anche solo prevista dall'agente: la condotta non viene sanzionata *ex se* ma solo se produttiva di danno. E tale evento, stabilisce Cass. civ., Ss.Uu., 7.3.2017, n. 10793, deve essere ulteriore e aggiuntivo rispetto a quello insito nella violazione dei termini di durata massima. Per una ricognizione problematica della violazione disciplinare connessa al ritardo nell'esercizio dell'azione penale, A. Nocera, *Responsabilità del pm per il ritardo nello svolgimento delle indagini preliminari. I limiti al sindacato sull'attività giudiziaria*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6/2017. Più in generale, D.Cavallini, *Un bilancio sull'applicazione del codice disciplinare dei magistrati: le novità in materia di ritardi e ragionevole durata del processo*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2015, 1443 e ss.