



PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA
PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE

RECLAMO

DECRETO _____

RECLAMO EX ART. 70, COMMA 6-BIS, O.G. PROPOSTO DALLA PROCURA DELLA REPUBBLICA
PRESSO IL TRIBUNALE ORDINARIO DI _____ NEL PROCEDIMENTO R.G. _____ NEI
CONFRONTI DI _____ ED ALTRI PER IL REATO DI CUI ALL'ART. 589 C.P..

SI TRASMETTE PER CONOSCENZA A MEZZO FAX COPIA DEL DECRETO DEL PROCURATORE
GENERALE CON IL QUALE È STATO DECISO IL RECLAMO A:

PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE ORDINARIO DI
R.G. _____ MOD. _____ P.M. _____

PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE DI APPELLO DI
R.G. _____ AVOCAZIONI _____ P.G. _____

ROMA _____

IL PROVVEDIMENTO TRASMESSO PER CONOSCENZA A MEZZO FAX RAPPRESENTA L'ORIGINALE AI
SENSI DEGLI ARTICOLI 148, COMMA 2BIS, E 150 C.P.P. E DEGLI ARTICOLI 42, 54, COMMA 2, E 64, COMMA
4 DELLE NORME DI ATTUAZIONE, DI COORDINAMENTO, TRANSITORIE E REGOLAMENTARI. SI PREGA
RESTITUIRE CON URGENZA PER RICEVUTA COPIA DELLA PRESENTE MISSIVA CON DATA, FIRMA E
TIMBRO DELL'UFFICIO RICEVENTE, PREFERIBILMENTE VIA FAX.)

PER RICEVUTA _____

(DATA)

(TIMBRO E FIRMA)



PROCURA GENERALE

della Corte di cassazione

Contrasto n. _____

DECRETO N. _____

Il Sostituto Procuratore Generale

Letto gli atti del procedimento in epigrafe,

PREMESSO CHE:

Il Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano ha proposto ricorso, ex art. 70 comma 6 bis Ord. Giud., avverso il provvedimento di avocazione del Sostituto Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di _____, emesso in data 12/9/2016 ai sensi dell'art. 412 comma 2 c.p.p. e relativo al procedimento n. _____ R.G. mod. 21 a carico di _____ e altri per il reato di cui all'art. 589 c.p. in danno di _____ neonato deceduto il giorno dopo la nascita presso l'Ospedale San Giuseppe di Milano).

In proposito, il Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di _____ ha premesso di avere richiesto, in data 14/9/2015, l'archiviazione nel suddetto procedimento, in quanto, nonostante la ravvisabilità di diversi profili di colpa in capo al personale sanitario dell'Ospedale _____, nella c.t. medico legale si evidenziava l'impossibilità di poter affermare la certa sussistenza del nesso di causalità tra le omissioni attribuibili ai medici ed il verificarsi del decesso del neonato. A seguito di avviso ex art. 408 c.p.p., le pp.oo. (i genitori del neonato deceduto) proponevano opposizione alla richiesta di archiviazione ed il GIP fissava udienza ex art. 410 comma 3 c.p.p., dando le prescritte comunicazioni alla Procura Generale (ex art. 409 comma 3 c.p.p.) in data 19/5/2016. Con provvedimento datato 21/7/2016, l'Avvocato Generale disponeva l'avocazione del predetto procedimento ritenendo la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 412 co. 2 c.p.p.. In data 29/7/2016, la Procura della Repubblica proponeva reclamo, ai sensi dell'art. 70 comma 6 bis Ord. Giud., alla Procura Generale presso la Corte di Cassazione, che in data 8/8/2016 accoglieva il reclamo, revocando il decreto di avocazione dopo averne rilevato la carenza di motivazione. In data 12/9/2016, la Procura Generale presso la Corte di Appello di _____ ha reiterato il provvedimento di avocazione sostenendo che appare evidente che ciascuna delle condotte colpose individuate dai cc.tt. del P.M. sia "causalmente commessa con la morte del bambino", e che, con specifico riguardo al dott. _____, il P.M. non ha preso in considerazione i "gravi ed ulteriori reati" segnalati dalle pp.oo. nell'atto di opposizione all'archiviazione.

Ciò premesso, il Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di _____ ha osservato che il primo profilo su cui viene fondato il decreto di avocazione è palesemente relativo al merito della vicenda: la Procura Generale censura le valutazioni della Procura della Repubblica, che - pur evidenziato i gravi profili di colpa segnalati nel decreto di avocazione - aveva ritenuto che non vi fossero elementi per sostenere la certa sussistenza del nesso di causalità. Il secondo profilo attiene invece ad una presunta inerzia, da parte della Procura della Repubblica, nell'indagare su ulteriori reati segnalati dagli interessati nell'atto di opposizione all'archiviazione.



PROCURA GENERALE

della Corte di cassazione

Con riguardo al primo profilo, il Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di ha sostenuto che, sebbene l'art. 412 comma 2 c.p.p. si limiti a prevedere che la Procura Generale possa procedere ad avocazione quando riceve la comunicazione di avvenuta presentazione dell'atto di opposizione all'archiviazione di cui all'art. 409 comma 2 c.p.p., l'intero sistema del Codice di Procedura Penale non sembra consentire l'esercizio di questo potere - che ha sostanzialmente natura di controllo gerarchico - per ragioni squisitamente di merito, ossia in conseguenza di una valutazione diversa, rispetto a quella fatta dalla Procura della Repubblica, delle fonti di prova disponibili ovvero di una interpretazione ed applicazione diversa delle norme giuridiche interessate nel singolo procedimento. Ciò in quanto gli artt. 409 ss. c.p.p. affidano questo specifico compito ad un organo diverso, ossia al Giudice per le Indagini Preliminari, che provvede dopo aver proceduto al contraddittorio tra le parti. Non sembra che, attraverso l'avocazione, il legislatore abbia voluto attribuire alla Procura Generale un potere sostanzialmente assoluto di sindacare le conclusioni di fatto e di diritto da parte della Procura della Repubblica e di sostituirvisi tutte le volte in cui ritenesse di non condividerle. A maggior ragione in una ipotesi - come quella di cui all'art. 412 comma 2 c.p.p. - in cui l'organo istituzionalmente deputato a tale incumbenza - il GIP, appunto - è già stato investito del potere di giudicare l'operato del Pubblico Ministero.

Ad avviso del Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di l'art. 412 comma 2 c.p.p. - collocato in un articolo la cui rubrica è "Avocazione delle Indagini Preliminari per mancato esercizio dell'azione penale" - deve essere letto in coordinamento con quanto previsto nel comma 1. In quest'ultimo - come è noto - viene disciplinata la cd. inerzia totale del Pubblico Ministero, che omette la definizione del fascicolo, o nel senso dell'esercizio dell'azione penale ovvero dell'archiviazione. Il comma secondo, invece, prevede i casi in cui il procedimento è stato comunque definito, ma - se si vuole evitare che la Procura Generale diventi una sorta di giudice del merito aggiuntivo, rispetto al GIP - la sua applicazione dovrebbe essere circoscritta alle ipotesi in cui venga rilevata comunque una forma di inerzia, ad es. con riferimento all'eventuale omissione, da parte del Pubblico Ministero, di atti di indagine indispensabili ai fini delle valutazioni necessarie per la definizione del procedimento. Tale interpretazione, del resto, apparirebbe maggiormente in linea con il potere disciplinare attribuito al Procuratore Generale presso la Corte d'Appello, nel senso che il controllo ex art. 409 comma 2 c.p.p. consente di valutare l'attività del singolo magistrato della Procura della Repubblica anche sotto questo aspetto.

Il Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di ha altresì rilevato che, anche a voler ritenere che l'attività propriamente giuridica del Pubblico Ministero possa essere oggetto di sindacato da parte della Procura Generale ai fini dell'avocazione, il provvedimento emesso nel caso di specie si fonderebbe comunque su un presupposto di fatto che, alla luce degli atti del fascicolo, non risulterebbe corretto, e cioè l'assunto per cui ciascuna delle condotte colpose poste in essere dai medici risulterebbe causalmente connessa con la morte del bambino. Tale conclusione sarebbe radicalmente difforme da quanto osservato dai medici legali nella consulenza in atti, nella quale si afferma l'esatto contrario, ossia che non è possibile sostenere, con certezza o con elevato grado di credibilità razionale, che se i medici avessero agito conformemente a pertizia, sarebbe stato possibile evitare il decesso del bambino. Sarebbe certamente legittimo, per il Magistrato, discostarsi dalle valutazioni dei consulenti tecnici, ma, se il provvedimento deve avere una motivazione caratterizzata da logicità ed esaustività, sarebbe necessario, in primo luogo, che venga chiarito che vi è un dissenso, e, in secondo luogo ed in ogni caso, che venga esplicitato sulla base di quali elementi (tecnici o giuridici), si ritenga di dissentire.



PROCURA GENERALE

della Corte di cassazione

Con riguardo al secondo profilo (omesse indagini relativamente agli ulteriori reati indicati nell'atto di opposizione all'archiviazione), il Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di _____ ha osservato che dallo stesso decreto della Procura Generale emerge che si tratta di fatti diversi dai quali era stato aperto il procedimento e denunciati solo nell'atto di opposizione all'archiviazione, ossia in un atto che è depositato dopo la definizione del procedimento e non è nemmeno diretto al P.M. procedente, bensì al Giudice per le Indagini Preliminari. Si rappresenterebbe pertanto un'inerzia, da parte dell'Ufficio di Procura, in relazione a fatti che non sono stati oggetto di indagine per la semplice ragione che non erano noti nel momento in cui si è indagato ed in relazione ai quali, semmai, si dovrebbe indagare in un diverso procedimento. Fermo restando che si tratterebbe comunque di reati che, quand'anche sussistenti, non sarebbero comunque in grado di influire in alcun modo sulle valutazioni formulate con riguardo alla fondatezza della fattispecie ex art. 589 c.p.

Per le suesposte ragioni, il Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di _____ ha chiesto revocarsi il decreto di avocazione e disporsi la restituzione degli atti al proprio ufficio.

OSSERVA:

La tesi sostenuta dal Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di _____, secondo cui il potere di avocazione attribuito dall'art. 412 comma 2 c.p.p. al Procuratore Generale presso la Corte di Appello dovrebbe restare circoscritto alle ipotesi di inerzia (come ad esempio l'eventuale omissione da parte del pubblico ministero di atti di indagine indispensabili), non può essere condivisa.

In proposito, la giurisprudenza di legittimità, sin dalla prima fase di applicazione del nuovo codice di procedura penale, ha avuto modo di chiarire che l'avocazione delle indagini preliminari da parte del Procuratore Generale della Repubblica è legittima non solo in caso di totale o parziale inattività del pubblico ministero, ma anche in caso di mancato esercizio dell'azione penale (pure dopo l'espletamento di indagini preliminari: Cass., Sez. V, n. 40 dell'11/3/1991, P.M. in proc. _____ ed altri. Rv. _____).

Questa interpretazione estensiva è stata accolta anche dalla più attenta dottrina, che ha sottolineato come, indipendentemente dalla valutazione sull'adeguatezza delle investigazioni svolte, il Procuratore Generale potrebbe decidere di intervenire sulla base di un giudizio di non infondatezza della *notitia criminis*, desumibile dagli atti già acquisiti, oppure in caso di diversa opinione sull'inquadramento giuridico del fatto, ovvero quando, pur mancando una condotta *stricto*



PROCURA GENERALE

della Corte di cassazione

senza inerte da parte del pubblico ministero, tuttavia sia proponibile un diverso e più proficuo taglio investigativo.

A sostegno di questa tesi si osserva che al Procuratore Generale risultano devoluti tutti i poteri originariamente spettanti all'organo procedente, senza che gli sia precluso neppure di aderire alle determinazioni assunte da quest'ultimo insistendo nella richiesta di avocazione. Da ciò si desume che la scorretta o negligente conduzione delle indagini, oppure l'erroneità dell'azione, non costituiscono indefettibile presupposto dell'avocazione.

Si è altresì rilevata la infondatezza delle eventuali questioni di legittimità costituzionale dell'art. 412 comma 2 c.p.p. per contrasto con la direttiva della legge delega che ricollega l'esercizio del potere di avocazione alla sussistenza di una situazione di inerzia, in quanto il concetto di inerzia va inteso in senso estensivo, riferibile non solo all'inattività ma anche al mancato esercizio dell'azione penale, come indicato dalla citata pronuncia di legittimità (Cass., Sez. V, n. 40 del 11/1/1991, P.M. in proc. ed altri).

Sul punto, occorre pure considerare che la dottrina ha elaborato un concetto di inerzia di tipo funzionale, ossia da ricollegarsi al mancato esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero che ritenga - in ipotesi erroneamente - la notizia di reato infondata o comunque archiviabile. Si è, altresì, affermato che lo scopo della disposizione in esame è quello di permettere al procuratore generale di esercitare il potere di avocazione anche in situazioni che facciano ritenere semplicemente opportuno l'espletamento di un intervento di controllo sulle ragioni poste a base della richiesta di archiviazione. La fattispecie di avocazione prevista dall'art. 412 comma 2 c.p.p. può servire a porre rimedio all'eventuale dissenso tra p.m. e g.i.p. in rapporto alla richiesta di archiviazione del primo non condivisa dal secondo, come pure ad apprestare un maggiore controllo sull'operato dell'originario titolare delle indagini e far sì che i relativi esiti portino a ridurre le ipotesi di un simile dissenso.

Anche di recente, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito che «nel nostro sistema processuale vige il principio di *favor actionis*, che tende a favorire l'esercizio dell'azione penale, allorché sorge contrasto sull'accoglimento di una richiesta di archiviazione (infatti, l'ingiustificata richiesta di archiviazione, comportando una rinuncia all'esercizio dell'azione penale, è considerata come ipotesi di inerzia del p.m., che legittima il Procuratore Generale della Corte di Appello a disporre l'avocazione delle indagini)» (Cass., Sez. V, n. 29846 del 9/6/2011).



PROCURA GENERALE

della Corte di cassazione

Seguendo quest'ordine di idee, la più attenta dottrina ha ravvisato nell'avocazione facoltativa disciplinata dall'art. 412 comma 2 c.p.p. un efficace presidio volto a rendere effettivo il principio di obbligatorietà dell'azione penale, soprattutto perché si atteggia come strumento di controllo di applicabilità generale, affidato ad un organo che condivide con quello controllato la cura dell'interesse pubblico alla repressione dei reati.

Dal canto suo, la Corte Costituzionale (ord. n. 253 del 1991) ha affermato che l'intervento sostitutivo del procuratore generale previsto dall'art. 412 comma 2 c.p.p. non è in se destinato a modificare le conclusioni del pubblico ministero o a surrogare una obiettiva inerzia in ordine alle scelte sulla azione ovvero, ancora, a dirimere patologiche - e perciò stesso non disciplinabili - situazioni di stallo, ma unicamente a consentire ad un diverso ufficio del medesimo organo di apprezzare se in concreto l'attività di indagine sia stata o meno esauriente ai fini che sono istituzionalmente imposti al pubblico ministero.

Sulla base delle considerazioni che precedono, deve accogliersi la tesi secondo cui l'avocazione facoltativa prevista dall'art. 412 comma 2 c.p.p. può essere disposta, anche al di là delle situazioni di totale o parziale inattività del pubblico ministero, quando il Procuratore Generale pervenga ad un giudizio di non infondatezza della *notitia criminis* sulla base degli atti già acquisiti, oppure ritenga di prospettare un diverso inquadramento giuridico del fatto, o, ancora, intenda proporre un diverso taglio investigativo.

Né sembra decisiva, in senso contrario, la considerazione dei poteri di controllo sull'esercizio dell'azione penale attribuiti al Giudice per le indagini preliminari a seguito della richiesta di archiviazione. Proprio la rilevanza costituzionale del principio di obbligatorietà dell'azione penale giustifica la previsione di una pluralità di controlli sulla sua effettività, esercitati sia da un organo giudicante imparziale, privo di diretti poteri investigativi, sia da un diverso ufficio della stessa magistratura requirente, il quale può avvalersi dei poteri di indagine tipici del pubblico ministero.

Sembra, poi, ultroneo collegare lo specifico potere di avocazione attribuito al Procuratore Generale per assicurare l'osservanza di un principio costituzionale come quello dell'obbligatorietà dell'azione penale, alle più generali competenze esercitate dallo stesso organo in materia disciplinare, per fini del tutto differenti. Il potere di avocazione può, infatti, riferirsi benissimo ad



PROCURA GENERALE

della Corte di cassazione

ipotesi che nulla hanno di "patologico" e che non chiamano in causa la responsabilità disciplinare dei magistrati del pubblico ministero.

Per le ragioni che precedono, non appare condivisibile la tesi del Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di _____, volta a circoscrivere alle ipotesi di inerzia in senso stretto (come l'eventuale omissione da parte del pubblico ministero di atti di indagine indispensabili) il potere di avocazione conferito dall'art. 412 comma 2 c.p.p. al Procuratore Generale presso la Corte di Appello.

Deve, invece riconoscersi che la valutazione di non infondatezza della *notitia criminis*, formulata dal Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Appello di _____ sulla base di una diversa lettura degli elementi di convincimento raccolti, rientra tra le fattispecie che legittimano l'esercizio del potere di avocazione ai sensi dell'art. 412 comma 2 c.p.p.

Non ricorrono, quindi, nel caso di specie, i presupposti per la revoca del provvedimento di avocazione.

P.Q.M.

V. l'art. 70 comma 6 bis Ord. Giud.

Rigetta il ricorso proposto dal Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di _____ avverso il provvedimento di avocazione emesso dal Sostituto Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di _____ in data 12/9/2016 nel procedimento n. _____

Si comunichi agli uffici interessati.

11 ottobre 2016

IL :



IL :

Se

E