

Indice

CAPITOLO PRIMO

IL PROCESSO PENALE ALLA CRIMINALITA' ORGANIZZATA TRA NORME SOVRANAZIONALI E PRINCIPI COSTITUZIONALI

1. Premessa: processo penale e difesa sociale. Ammissibilità di un regime speciale per i delitti di criminalità organizzata.....1
2. La nozione di «criminalità organizzata»: precisazioni terminologiche e concettuali.....28

CAPITOLO SECONDO

IL REGIME PROBATORIO

- 1.Premessa: il reato associativo quale fattispecie priva di disvalore.....87
- 2.*Segue*: gli effetti sul versante processuale della carenza di determinatezza nella fattispecie sostanziale.....106
- 3.Le limitazioni al diritto alla prova *ex art. 190 bis c.p.p.* nei reati di cui all'art. 51 co. 3 *bis c.p.p.*138
- 4.La sentenza penale irrevocabile come prova (art. 238 *bis c.p.p.*).166
- 5.L'accertamento dell'inquinamento della prova testimoniale: art. 500, comma 4, c.p.p. 185

CAPITOLO PRIMO

IL PROCESSO PENALE ALLA CRIMINALITA' ORGANIZZATA TRA NORME SOVRANAZIONALI E PRINCIPI COSTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. Premessa: processo penale e difesa sociale. Ammissibilità di un regime speciale per i delitti di criminalità organizzata. – 2. La nozione di «criminalità organizzata»: precisazioni terminologiche e concettuali.

1. Premessa: processo penale e difesa sociale. Ammissibilità di un regime speciale per i delitti di criminalità organizzata.

Nell'attuale scenario legislativo e giurisprudenziale, la disciplina del processo penale per fatti di criminalità organizzata mostra «il prepotente riemergere di un inquietante fenomeno che affonda le sue radici nella più scadente tradizione inquisitoria e che vede il processo piegarsi a strumento di difesa sociale. Si assiste a una crescente confusione e sovrapposizione delle classiche ripartizioni che risultano oggi ibride, l'accertamento delle responsabilità, da sempre fase neutra e tipica del processo penale, procede di pari passo con la prevenzione, la linea di demarcazione fra diritto amministrativo, diritto penale e procedura penale è sempre più evanescente. Per la

sensibilità del processualista, il fenomeno più preoccupante è indubbiamente rappresentato dalla logica legislativa di impiegare il processo a fini di tutela della sicurezza pubblica. Con ciò, beninteso, non si vuole negare la rilevanza delle istanze di difesa sociale che sono una ‘componente ontologicamente necessaria in ogni società organizzata’» ⁽¹⁾. Tuttavia, una volta individuata la preoccupazione, da tutti condivisa, di apprestare strumenti più energici ed efficaci per combattere la criminalità organizzata, non si deve dimenticare che «(...) non è il processo il luogo più adeguato né, tanto meno, il luogo esclusivo per questa lotta, che deve invece svilupparsi specialmente prima e fuori dal processo, dispiegandosi ai diversi livelli nei quali si collocano, più o meno direttamente, i corrispondenti fattori criminogeni» ⁽²⁾. Si

⁽¹⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)* in, www.penalecontemporaneo.it, p. 2. Trattasi del testo della relazione svolta al Convegno annuale dell'Associazione Franco Bricola dedicato al tema «Pericolosità e giustizia penale», Udine, 25-26 marzo 2011. Le considerazioni svolte dall'A. si riferiscono alla categoria dell'imputato pericoloso.

⁽²⁾ V. GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi, Roma-Bari, 1993, p. 3. Osserva G. GIOSTRA, *Il processo penale «contro» la criminalità organizzata: rischi di strumentalizzazione*, in *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di G. Giostra e G. Insolera, Milano, 1995, p. 155 ss., «ma prima di chiederci come realizzare una strategia processuale differenziata, ci si deve domandare se è corretto stabilire una correlazione – quale quella che si coglie guardando in controluce il titolo di questo incontro – tra il fenomeno del crimine organizzato e il procedimento penale, ravvisando nel secondo uno strumento per combattere il primo. La risposta non può essere data in termini monosillabici. Pongo una premessa che spero risulti apodittica, ma che temo suoni

allude, innanzitutto, alle «(...) attività dirette al risanamento del tessuto sociale ed alla diffusione di un convinto costume di rispetto della legalità (...)»⁽³⁾, quindi alle «forze dell'ordine e [al]la polizia giudiziaria» quali «organismi istituzionalmente preposti a fronteggiare e combattere la criminalità», poiché «solo una maggiore professionalità e modernità di attrezzature dei vari corpi di polizia ed un migliore coordinamento tra le forze stesse permette di ottenere (...) dei risultati apprezzabili in questo importantissimo settore della vita nazionale»⁽⁴⁾.

provocatoria: il processo penale in senso stretto, come luogo in cui si prova e si valuta l'ipotesi accusatoria del pubblico ministero non è e non può essere considerato uno strumento di lotta contro la criminalità organizzata. Quando si afferma che il processo è un'arma contro il crimine, siamo in presenza, come diceva Borghese a proposito dei versi di D'Annunzio, di una giacca abbottonata non in giusta corrispondenza alle asole. Altri sono gli strumenti di lotta alla criminalità; altra è la funzione del processo penale, che semmai è deputato a valutare i risultati di tale lotta. (...) Insomma, benché possa avere uno sgradevole sapore di *slogan*, alla criminalità organizzata si deve rispondere con una giustizia organizzata, non (...) con una giustizia sommaria, né con una giustizia speciale».

⁽³⁾ V. GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi, cit., p. 3.

⁽⁴⁾ G. D. PISAPIA, *Introduzione*, in *Il codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni, prospettive*, Milano, 1994, p. 26, da cui sono tratte anche le citazioni precedenti nel testo. Osserva L. VIOLANTE, *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 475, «quella giudiziaria non è certamente l'unica risposta che lo Stato ha il dovere di dare alla criminalità organizzata. È tuttavia una delle risposte essenziali. Se non sono individuati e puniti gli autori dei delitti più gravi, si logorano alcuni fondamenti della convivenza civile: prevale il

Sovente si scorda come il codice penale sia il codice dei «birbanti», mentre quello di procedura penale sia quello dei «galantuomini» che, in quanto tali, sono sempre assistiti dalla presunzione di innocenza ⁽⁵⁾. E tale definizione, «tralatizia, fortemente icastica ed evocativa» ⁽⁶⁾, fu la stella polare che guidò sia la legge-delega, approvata pressoché all'unanimità all'inizio del 1987, sia il governo quale legislatore delegato. Più precisamente, di «processi per criminalità organizzata» si parlava solo in una direttiva (art. 2 n. 48), con riferimento alla maggior durata («entro due anni») delle indagini preliminari. Di conseguenza, nel dettare le norme del nuovo codice di procedura penale, il legislatore delegato non riservò alcuna altra particolare attenzione verso una differenziazione della disciplina normativa processuale fondata sulla tipologia

principio d'irresponsabilità, si sacrificano i diritti dei cittadini più deboli, si sfibra il rapporto di fiducia tra cittadini e istituzioni».

⁽⁵⁾ E. FERRI, *Lavori parlamentari del nuovo Codice penale italiano: discussioni della Camera dei deputati (dal 26 maggio al 9 giugno 1988)*, 1988, p. 35: «perché, o signori, io riassumo così il mio concetto: il Codice penale è il Codice per i birbanti: il Codice di procedura penale è il Codice di garanzia per gli onesti, che sono sottoposti a processo e che non sono ancora riconosciuti birbanti. Quindi io credo che per un paese libero ha molto maggiore importanza politica il complesso delle garanzie stabilite nel Codice di procedura penale, per la quale si dà al magistrato, o si restringe la facoltà dell'arresto, si evitano le lungaggini del carcere preventivo, si impedisce che con la scusa delle circostanze attenuanti generiche possa esser sottratta ai giudici naturali, che sono i giurati, una causa per mandarla avanti ai Tribunali. Qui, io dico, il cittadino trova la garanzia della sua libertà». Si v. anche O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 1; G. D. PISAPIA, *Introduzione*, cit., p. 26;

⁽⁶⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 1.

del reato contestato ⁽⁷⁾, garantendo, in tal modo, un giusto equilibrio tra la tutela dei diritti individuali – fra i quali, anzitutto, il diritto di difesa – e le esigenze di difesa sociale. Da un punto di vista metodologico, infatti, «mentre è pienamente legittimo parlare di un ‘diritto penale’ più o meno severo, non ha senso operare la stessa distinzione con riferimento al diritto processuale penale. Si potrà e si dovrà, invece, distinguere, sia sotto l’aspetto

⁽⁷⁾ In questo senso, V. GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., p. 4 ss., il quale osserva «a parte la disposizione che, derogando al consueto limite dei diciotto mesi, in ossequio alla ricordata direttiva della legge-delega, individuava in due anni la durata massima delle indagini preliminari per alcune ben definite figure di reato riconducibili all’ambito della criminalità organizzata (art. 407 comma 2° lett. a c.p.p., richiamato anche dall’art. 304 comma 2° per una particolare fattispecie di sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare), il testo originario del codice non conteneva altre disposizioni specificamente dirette a discostarsi dalla ordinaria disciplina nei procedimenti aventi ad oggetto tali reati. Anche se, per la verità, non mancavano singole norme o gruppi di norme che – pur senza specifico riferimento ai reati tipici delle grandi organizzazioni criminali – riflettevano una scelta legislativa consapevole dei problemi e delle difficoltà poste dai procedimenti in quel settore. Tali, ad esempio, le previsioni dettate in materia di indagini collegate, allo scopo di favorire il coordinamento tra diversi uffici del pubblico ministero (art. 371 c.p.p.); in materia di incidente probatorio, allo scopo di consentire la formazione anticipata della prova al riparo dal pericolo di condizionamenti inquinanti (art. 392 lett. b c.p.p.) o dal rischio di vanificazione dello sviluppo delle indagini (art. 397 c.p.p.); ed ancora, soprattutto, in materia di utilizzabilità e di valutazione delle dichiarazioni provenienti da imputati ‘pentiti’ (art. 192 comma 3° c.p.p.), anche se processati in via separata (art. 210 c.p.p.), e pur quando fossero state rese nel corso di un diverso procedimento (art. 238 c.p.p.)».

tecnico che politico, se un determinato sistema processuale rispetti e garantisca in misura maggiore o minore i diritti della persona»⁽⁸⁾.

Il messaggio sotteso al codice repubblicano era chiaro: in un sistema processuale apertamente garantista e doverosamente informato al rispetto del dettato costituzionale, non vi era spazio per un modello di accertamento della responsabilità deviante dalle regole ordinarie, fondato sulla tipologia di reato contestato⁽⁹⁾.

La considerazione che precede dovrebbe essere la regola aurea del legislatore e della giurisprudenza, poiché «interpretando rigorosamente il dettato costituzionale, nessuno può seriamente dubitare che il processo debba rimanere un giardino inviolato, deputato esclusivamente alla verifica della responsabilità per un fatto penalmente rilevante, senza essere gravato da fini impropri di difesa della società, di reazione esemplare, di repressione della violenza»⁽¹⁰⁾.

Senonché, contrariamente a questa semplice e innegabile conclusione, per effetto delle accuse di un eccesso di garantismo mosse da alcuni settori della

⁽⁸⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 1.

⁽⁹⁾ G. UBERTIS, *Crimine organizzato, collaborazione internazionale, tutela dei diritti umani. B) diritto processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1551, «(...) una scelta legislativa dei diritti fondamentali dell'accusato basata esclusivamente sul tipo di reato per cui è esercitata l'azione penale implica un accoglimento dell'ipotesi accusatoria, incompatibile con la presunzione di innocenza».

⁽¹⁰⁾ Secondo O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 2 ss.

magistratura al nuovo codice ⁽¹¹⁾ e dei tragici momenti attraversati dal nostro Paese a causa della dilagante

(¹¹) Sul punto, appare significativo riportare il testo della Relazione sull'amministrazione della giustizia dell'anno 1991: «desta vive preoccupazioni nei Procuratori Generali la minore efficacia repressiva delle nuove norme di rito. La scarsa efficacia delle nuove norme ai fini della repressione della criminalità è, infatti, segnalata dai Procuratori Generali, anche con riferimento al suo complesso; del quale peraltro, tutti riconoscono gli alti valori che lo ispirano, la maggiore adeguatezza ai principi costituzionali e le scelte di civiltà e libertà», V. SGROI, *Dalla relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1991*, in *Giust. pen.*, I, 1992, p. 118. Prudentemente, G. D. PISAPIA, *Introduzione*, in *Il codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni, prospettive*, cit., p. 42: «a questo riguardo le recenti esperienze consigliano di procedere con grande cautela, per non dar luogo a riforme affrettate e spesso non coordinate tra di loro. Soprattutto bisognerà evitare che la preoccupazione, da tutti condivisa, di apprestare strumenti più efficaci per combattere la criminalità organizzata, possa portare ulteriori restrizioni delle garanzie fondamentali, contaminando e sconvolgendo i principi ai quali si è ispirato il nuovo codice di procedura penale». Osserva G. INSOLERA, in *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di G. Giostra e G. Insolera, Milano, 1995, p. 6, «basti notare, in particolare, come il prevalere dell'intervento sul processo penale, con modifiche drastiche dell'impianto originario del codice del 1989, veda convergere con la legislazione dell'emergenza, spinte controriformiste della magistratura ordinaria e della Corte Costituzionale: in tutti i casi il punto di partenza, di carattere assiomatico, è dato dal convincimento che la debolezza del sistema di difesa sociale nei confronti della criminalità organizzata, sia conseguenza della debolezza e degli eccessi garantisti del nuovo codice di procedura penale». Si v. altresì P. CORSO, *Codice di procedura penale e criminalità organizzata*, in AA.VV., a cura di F. Bricola – V. Zagrebelsky, *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995, p. 115; M. NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in AA.VV., *Criminalità*

criminalità, culminati nelle stragi di Capaci e di Via d'Amelio a Palermo, «i primi interventi novellistici, uniformandosi alla distorta rappresentazione del processo quale argine da apporre all'assedio del crimine organizzato, si sono mossi proprio nella direzione di ridurre le garanzie processuali in funzione di una auspicata efficienza repressiva del sistema»⁽¹²⁾. Così, alla «cultura dell'emergenza» è seguita la «pratica dell'eccezione»⁽¹³⁾

organizzata e risposte ordinamentali, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999, p. 239.

⁽¹²⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 4. Per E. AMODIO, *Nel nome di Rocco: l'abbraccio inquisitorio tra ministro e consulta*, in *Studio legale*, 1992, p. 2: «in singolare assonanza cronologica e ideologica con il governo che ha varato le recenti misure antimafia, la Corte costituzionale afferma che sono le pastoie del rito accusatorio ad impedire l'accertamento della verità e a spegnere l'efficacia della lotta alla criminalità organizzata. Bisogna dire con voce forte e chiara che questo non è vero. Sono i mugugni di alcuni magistrati che non hanno mai amato né capito il nuovo codice a creare questa falsa immagine. Sono gli obiettivi di un esecutivo ben consapevole dei ritardi e dei vuoti nella repressione della criminalità organizzata a far emergere il comodo alibi della inadeguatezza delle norme come *valium* per placare un'opinione pubblica comprensibilmente allarmata». Si noti che nemmeno il codice del 1930, di matrice fascista, è apparso adeguato «all'attuazione del fine e del servizio di giustizia e ciò sia con riferimento alla tutela della persona inquisita sia riguardo alla tutela della collettività e delle esigenze punitive e questa è una realtà contro la quale è vano addurre giustificazioni che fanno di dialettica più che di ragione», P. L. VIGNA, *L'attività investigativa nella fase delle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1988, I, p. 257.

⁽¹³⁾ Trattasi di espressioni mutuare da L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, X ed., Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 844. Si v. anche la Relazione introduttiva di G. INSOLERA, cit., p. 7. Rileva R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze*

ed è quindi stato codificato un modello processuale differenziato per l'accertamento dei reati di criminalità organizzata ⁽¹⁴⁾ – tra i quali spicca, in *primis*, il delitto di

*repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata), in Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, vol. II, Procedura Penale, Milano, 2000, p. 547, «se si guarda all'esperienza attuale, il conflitto in parola [fra garanzie individuali ed esigenze repressive] trova il suo più acuto momento di tensione nell'esigenza di 'contrastare' le manifestazioni delittuose del crimine organizzato. Le cronache quotidiane accreditano l'idea di una criminalità sempre più agguerrita, in grado addirittura di sostituirsi ai poteri pubblici nella 'gestione del territorio'. I mezzi di informazione enfatizzano il bisogno di sicurezza e protezione di fronte alle aggressioni di un potere criminale percepito come ricco di risorse minacciose. L'opinione pubblica avverte in misura crescente il problema della criminalità, per la soluzione del quale esige risposte rapide ed efficaci sul piano repressivo. Ma il tentativo di soddisfare questa esigenza comporta dei costi o dei rischi che apparirebbero eccessivi anche al più strenuo fautore dell'ordine sociale. Da un lato, l'intervento repressivo non può – pur di essere efficace – sopprimere o comprimere oltre una certa misura le libertà dei cittadini. Dall'altro lato, l'esigenza repressiva non può – pur di essere rapidamente soddisfatta – giustificare risposte affrettate: l'*aberratio ictus* scaturita da un'iniziativa precipitosa del poliziotto o del magistrato ha in sé una carica di delegittimazione tale da erodere la fiducia dei cittadini negli organi e negli istituti dell'apparato repressivo. I procedimenti di criminalità organizzata costituiscono l'odierno, impegnativo banco di prova per una giustizia penale che – incalzata sul piano dell'efficienza – deve al contempo rispettare i diritti inviolabili della persona».*

⁽¹⁴⁾ Chiaramente R. ORLANDI, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata dal maxi-processo al «grande processo»*, in *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di G. Giostra e G. Insolera, Milano, 1995, p. 83 ss.: «voglio cominciare anticipando subito – a mo' di tesi – quella che, in realtà,

associazione mafiosa previsto e punito dall'art. 416 *bis* c.p. ⁽¹⁵⁾ – «in cui, bisogna dirlo con chiarezza e senza timore di infrangere “tabù”, risultano sospese le garanzie costituzionali tipiche della giurisdizione penale» ⁽¹⁶⁾.

costituisce la conclusione di un ragionamento e che può essere espressa nei seguenti termini: al momento attuale, i fatti sussumibili sotto la nozione di criminalità organizzata sono oggetto di una procedura giudiziaria che, a buon diritto, si può qualificare come speciale. Una simile affermazione può fondatamente essere sostenuta a partire, in particolare, dall'entrata in vigore del d.l. n. 306 del 1992. Quando parlo di 'speciale procedura giudiziaria' non alludo soltanto al tanto discusso tema del 'doppio binario': io non so, per verità, cosa esattamente designi questa espressione; ma è certo che essa viene usata in un'accezione assai più ristretta di quella da me proposta, se il riferimento è soltanto alle deroghe relative alla formazione dibattimentale della prova. Quando si parla di 'specialità' della procedura giudiziaria si intende riferirsi all'intero procedimento penale, a partire dai momenti iniziali, quelli relativi alla ricerca della notizia di reato, fino alla sentenza che chiude il giudizio. (...) i fatti di criminalità organizzata sono oggetto non solo di una speciale 'indagine', ma altresì di uno speciale 'giudizio': in altre parole, di un complessivo procedimento speciale».

⁽¹⁵⁾ Al riguardo, v. L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 859 secondo cui, in generale, «il fatto, in queste figure normative, sfuma nel percorso di vita o nella collocazione politica o ambientale dell'imputato, ed è come tale tanto poco verificabile dall'accusa quanto poco confutabile dalla difesa. E si configura tendenzialmente come un reato di *status*, più che come un reato di azione e di evento, identificabile, anziché con prove, con valutazioni riferite alla soggettività eversiva

⁽¹⁶⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 4. Osserva L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 845: «questa concezione dell'emergenza altro non è che la l'idea del primato della ragion di stato sulla ragione giuridica come criterio informatore del diritto e

L'applicabilità della peculiare disciplina processuale dipende dal *nomen iuris* del reato contestato, «senza nemmeno considerare la concreta gravità del fatto descritto nella imputazione» ⁽¹⁷⁾: lo stigma del delitto attribuito finisce per giustificare uno scadimento nella modalità di accertamento della responsabilità e, soprattutto, legittima, tanto nella *communis opinio* quanto nel legislatore, la riduzione dei principi fondamentali e costituzionali della giustizia penale ⁽¹⁸⁾.

del processo penale, sia pure in situazioni eccezionali come quelle create dal terrorismo politico o da altre forme di criminalità organizzata. Essa equivale a un principio normativo di legittimazione dell'intervento punitivo: non più giuridico ma immediatamente politico; non più subordinato alla legge quale sistema di vincoli e di garanzie, ma ad essa sopraordinato. *Salus rei plublicae, suprema lex*: la salvezza o anche solo il bene dello stato è la *Grundnorm* del 'diritto d'emergenza', la legge suprema cui vanno piegate tutte le altre, compresi i principi generali, e che di questi legittima il mutamento. L'eccezione, d'altra parte, forma di solito la fonte più o meno latente di legittimazione esterna di ogni pratica giudiziaria consapevolmente difforme dalle regole ordinarie».

⁽¹⁷⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 1.

⁽¹⁸⁾ In questo senso, O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 4; R. ORLANDI, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata dal maxiprocesso al «grande processo»*, cit., p. 90: «il concetto di criminalità organizzata si caratterizza poi per l'idea di 'grave pericolo' che evoca. Prescindiamo da qualsiasi rilievo intorno all'uso politico-ideologico cui questa connotazione indubbiamente si presta. Interessa qui piuttosto evidenziare il risvolto giuridico-processuale del concetto. Sotto questo profilo, la connotazione di pericolosità intrinseca ai fenomeni di criminalità organizzata giustifica (sul piano della ragionevolezza) una limitazione particolarmente marcata di diritti fondamentali della persona».

«L'imputato mafioso è stato il precursore del "doppio binario"»⁽¹⁹⁾ ed il "processo ai mafiosi" rappresenta, dunque, l'archetipo di un procedimento *sui generis* che nel tempo si è esteso in modo abnorme, tra l'altro, anche ad altri reati che suscitano particolare allarme nella collettività⁽²⁰⁾. Come anticipato, «si tratta di un processo deviante dalle regole ordinarie che, in alcuni snodi fondamentali, si presenta seriamente eccepibile sotto il profilo della costituzionalità»⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 4. Osserva, A. BERNASCONI, *Criminalità organizzata (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 501: «(...) la storia del processo ha assistito, negli ultimi venti anni, ad un florilegio di definizioni e stilemi i quali rispecchiano, tuttavia, una realtà normativa asistemica, disomogenea e alquanto contraddittoria: «criminalità organizzata», «doppio binario», «strategia processuale differenziata» appaiono formule vacue, nate sotto il segno di quotidiane "emergenze" e, il più delle volte, indici rivelatori dell'approssimazione dell'approccio del legislatore al delicato problema dei rapporti tra fenomenologia delittuosa di origine mafiosa e sistema processuale-penale».

⁽²⁰⁾ In questo senso, O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 4. R. ORLANDI, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata dal maxi-processo al «grande processo»*, cit., p. 89, n. 17: «in questa prospettiva, il nome 'criminalità organizzata' svela un significato tipicamente funzionale, pragmaticamente orientato: un'espressione che designa unitariamente quella serie indefinita di fenomeni idonei a giustificare l'introduzione nel sistema di speciali istituti processuali e di particolari tecniche di indagine. Non è dissimile, in definitiva, il punto di vista di chi afferma che il concetto in questione ricomprende l'insieme delle manifestazioni criminose che gli organi investigativi sarebbero incapaci di perseguire con l'uso delle tradizionali tecniche di indagine».

⁽²¹⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 4. Al riguardo R. ORLANDI, *Garanzie*

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla previsione di un giudice per le indagini preliminari distrettuale e alla successiva estensione della previsione derogatoria al giudice dell'udienza preliminare, in violazione dell'art. 25 Cost.: «il giudice monocratico distrettuale non rappresenta solo il sacrificio della naturalità fondato sull'*opinio delicti* del pubblico ministero, ma anche il limite invalicabile alla partecipazione diretta del popolo alla amministrazione della giustizia nel caso di reati attribuiti in via ordinaria alla cognizione della Corte d'assise» ⁽²²⁾, qualora l'imputato opti per il giudizio abbreviato ⁽²³⁾.

La disciplina dei termini di durata delle indagini preliminari consente che nei processi per reati di criminalità organizzata il prevenuto possa essere indagato a sua insaputa per due anni: «siamo sicuri che, trascors[o]

individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata), in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, vol. II, Procedura Penale*, cit., p. 547 precisa che «conviene in particolare chiedersi come si giustificano quelle regole e procedure speciali che, nei procedimenti di criminalità organizzata, comprimono le garanzie individuali in misura superiore all'ordinario. Fino a che punto sia lecito limitare i diritti fondamentali della persona allo scopo di reprimere gravi manifestazioni criminose. E ancora, in base a quali criteri vada risolto il conflitto fra garanzie individuali ed esigenze repressive».

⁽²²⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 5.

⁽²³⁾ «È ovvio che l'elusione della previsione dell'art. 102 co. 3 Cost. dipende da una scelta dell'imputato, peraltro non libera, in quanto congruamente premiata, ma è pur sempre il sistema normativo a porre le basi per la denunciata doppia eccezione alle regole ordinarie di competenza per territorio e per materia» (O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 5).

[questo periodo] (...), sia ancora possibile disporre del tempo e delle condizioni necessari per predisporre la difesa (art. 111 comma 3 Cost.)?»⁽²⁴⁾.

Ancora. I presupposti in tema d'intercettazioni risultano meno rigorosi (*propter criminis enormitatem jura transgredi licet*), nonostante gli artt. 14 e 15 Cost., relativi rispettivamente all'inviolabilità del domicilio e del diritto alla segretezza delle comunicazioni, non consentano una disciplina differenziata in funzione della gravità delle accuse⁽²⁵⁾.

Maggiori frizioni si registrano con riferimento alla libertà personale dell'indagato⁽²⁶⁾: l'art. 27 co. 2 Cost. non ammette che la custodia cautelare svolga una funzione di prevenzione speciale⁽²⁷⁾ e di difesa sociale⁽²⁸⁾. A ben

⁽²⁴⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 5.

⁽²⁵⁾ Si v. G. GIOSTRA, *Il processo penale «contro» la criminalità organizzata: rischi di strumentalizzazione*, cit., p. 157 ss.; O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 6; R. ORLANDI, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata dal maxi-processo al «grande processo»*, cit., p. 89.

⁽²⁶⁾ Sul punto si v. G. GIOSTRA, *Il processo penale «contro» la criminalità organizzata: rischi di strumentalizzazione*, cit., p. 157 ss.: «non si comprende a quale finalità obbedisca questo *quid pluris* di afflittività: probabilmente ad eterodossi scopi di assicurazione sociale, a demagogiche ostentazioni di impegno e 'mano pesante' contro le più allarmanti forme di criminalità»; O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 9; R. ORLANDI, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata dal maxi-processo al «grande processo»*, cit., p. 90 ss.

⁽²⁷⁾ Osserva V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 49: «non sembra possano esservi dubbi nel concludere che lo stesso art. 27 comma 2 Cost. conduca decisamente al ripudio di una concezione della custodia preventiva

vedere, però, «(...) a fronte di gravi ipotesi di reato, è la coscienza sociale a reclamare con forza che l'imputato sia posto in custodia [cautelare in carcere] sulla base di meri indizi raccolti a suo carico, escludendo ogni ulteriore apprezzamento discrezionale del giudice sull'opportunità di applicare la misura coercitiva» ⁽²⁹⁾. L'automatismo intercorrente fra la sussistenza della gravità indiziaria in ordine alla partecipazione all'associazione a delinquere di stampo mafioso (art. 416 *bis* c.p.) e l'obbligatorietà della custodia cautelare in carcere è sicuramente indice di come si cerchi di combattere fenomeni criminosi di una certa rilevanza violando i più elementari principi della libertà personale e della difesa; ciò tranne in casi particolari, come ad esempio la maternità o l'età avanzata del soggetto preposto. «È infatti palesemente arbitrario presumere, come fa il legislatore, la sussistenza delle esigenze cautelari in maniera direttamente proporzionale alla gravità astratta del reato. Non vi è alcun nesso di collegamento fra la fattispecie di reato ipotizzata ed esigenze che per loro natura dovrebbero riguardare principalmente, se non esclusivamente, lo svolgimento del processo. In realtà, più che presumersi la sussistenza delle esigenze cautelari in relazione alla gravità dell'imputazione, viene presunta la pericolosità sociale dell'imputato in ragione della tipologia dell'addebito che gli viene mosso. Tale presunzione di pericolosità, di natura sostanziale più che processuale, si

in funzione di prevenzione speciale, cioè come *mesure de sûreté* fondata su un giudizio di pericolosità che postuli la colpevolezza dell'imputato».

⁽²⁸⁾ In questo senso O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 9.

⁽²⁹⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 8.

radica logicamente sulla colpevolezza del prevenuto espressa dalla semplice gravità indiziaria, in aperto contrasto con quanto stabilito dall'art. 27 comma 2 Cost.»⁽³⁰⁾. Dalla *littera legis* dell'art. 274 comma 1 lett. c) c.p.p., non è difficile ricavare la possibilità che la previsione del rischio della commissione di «ulteriori» delitti di criminalità organizzata «– sebbene nell'ipocrisia legislativa (...) l'aggettivo 'ulteriori' non venga impiegato, per non svelare troppo apertamente la reale natura della prognosi in questione – si fondi indifferentemente su precedenti condanne o su 'specifiche modalità e circostanze del fatto' per cui si procede, nonché sulla personalità dell'indagato 'desunta da comportamenti o atti concreti', ma non necessariamente attuali, che tuttavia risultano inevitabilmente ancora *sub iudice*»⁽³¹⁾. La disposizione in parola deve essere letta in combinato disposto con l'art. 275 co. 3 c.p.p. che prevede la doppia presunzione *iuris tantum* di sussistenza delle esigenze cautelari e *iuris et de iure* di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere qualora sussistano gravi indizi di colpevolezza in ordine a uno dei delitti ivi elencati (a seguito dell'art. 2 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con l. 23 aprile 2009, n. 38, tale elenco comprende tutti i delitti di cui all'art. 51 commi 3 *bis* e 3 *quater*, nonché gli artt. 575, 600 *bis* comma 1°, 600 *ter*, escluso il comma 4° e 600 *quinques* c.p., nonché i delitti di cui agli artt. 609 *bis*, 609 *quater* e 609 *octies* c.p., salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi articoli

⁽³⁰⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 9.

⁽³¹⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 9, da cui è tratta anche la citazione precedente nel testo.

contemplati) ⁽³²⁾. Il Giudice delle leggi ha avuto modo di confermare la rilevanza cautelare delle esigenze di difesa sociale di fronte alla minaccia del crimine organizzato e la conseguente razionalità dei meccanismi presuntivi di adozione automatica della più grave misura coercitiva, affermando che «dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche – connesse alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice – deriva, nella generalità dei casi concreti ad essa riferibili e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure 'minori' sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la

⁽³²⁾ Sul tema è intervenuta a più riprese la Corte costituzionale censurando le suddette presunzioni legislative, in quanto impediscono al giudice di applicare misure cautelari meno afflittive rispetto alla segregazione carceraria qualora siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure (Corte cost., sent., 21 luglio 2010, n. 265; Corte cost., sent., 3 maggio 2012, n. 110, relative ai delitti di cui agli artt. 416, realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 464, 575, 600 *bis* co. 1, 609 *bis* e 609 *quater* c.p. e 75 d.p.r. 309/1990; Corte cost., sent., 29 marzo 2013, n. 57 relativa ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo del codice penale).

pericolosità) ⁽³³⁾». Come osservato in dottrina, «la motivazione non poteva essere più chiara nel riferire l'obbligatorietà della custodia cautelare all'esigenza di neutralizzare la pericolosità dell'imputato ritenuto appartenente al sodalizio mafioso. Si ripropongono così vecchi schemi, il mandato di cattura obbligatorio, legati a esigenze cautelari palesemente incostituzionali, la difesa sociale dal crimine organizzato. Il paradosso è che tanta schiettezza nell'affermare la legittimità e la inevitabile necessità di una disciplina eccezionale per le imputazioni di mafia si accompagna, nel tessuto argomentativo della stessa decisione, alla perentoria enunciazione di principi che dovrebbero, al contrario, condurre alla declaratoria di illegittimità della custodia cautelare obbligatoria adottata per ragioni di prevenzione speciale rappresentate, nello specifico, dalla dichiarata esigenza di recidere i legami fra imputato e sodalizio criminoso al quale si presume appartenga» ⁽³⁴⁾. Vi sono, inoltre, anche previsioni particolari in tema di proroga e di calcolo della durata delle misure cautelari ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Corte cost., sent. 21 luglio 2010 n. 165, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3169.

⁽³⁴⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 10.

⁽³⁵⁾ Per i reati di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) nn. 1-6 c.p.p.) – ovvero per i reati per il cui accertamento siano necessarie investigazioni particolarmente complesse per la molteplicità dei fatti tra loro collegati ovvero per l'elevato numero di persone sottoposte alle indagini o di persone offese, ossia per quelli per il cui accertamento sia richiesto il compimento di atti di indagine all'estero – l'art. 301 comma 2 bis c.p.p. prevede un'eccezione rispetto all'ordinario termine di scadenza, pari a trenta giorni, delle misure cautelari fondate su esigenze probatorie, in forza delle

Addentrando poi nella materia probatoria, rilevante è la limitazione sancita dall'art. 190 *bis* c.p.p.: «basta la semplice pericolosità qualificata dall'imputazione per giustificare costituzionalmente la limitazione imposta al diritto alla prova (...) quando l'art. 111 comma 3 Cost. riconosce a chiunque sia sottoposto a processo, senza distinzioni di sorta, il diritto di interrogare o far interrogare davanti al giudice le persone che rendono dichiarazioni a suo carico? Se il contraddittorio per la prova è il metodo

fattispecie di reato alle quali il regime derogatorio è applicato. In siffatte ipotesi valgono i termini di durata massima della custodia cautelare previsti in via generale negli artt. 303, 304 e 305 c.p.p. L'applicabilità di questo regime a solo una parte dei reati previsti dall'art. 407 co. 2 lett. *a*, c.p.p., con esclusione del delitto di associazione per delinquere semplice e di parte dei delitti di cui all'art. 51 co. 3 bis c.p.p., ha indotto parte della dottrina a ritenere insussistente la realizzazione di un "doppio binario" in materia di "reati di criminalità organizzata" [G. BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, in *Trattato di procedura penale, Modelli differenziati di accertamento*, Vol. VII, a cura di G. Garuti, Torino, 2011, p. 308]. Per di più, con riferimento alla fase delle indagini preliminari, l'art. 303 co. 1 lett. *a* n. 3 c.p.p. subordina la perdita di efficacia della custodia cautelare se dall'inizio della sua esecuzione non è stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio o l'ordinanza che dispone il giudizio abbreviato *ex art.* 438 c.p.p. ovvero non è stata pronunciata la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti entro un anno per i delitti di cui all'art. 407 co. 2 lett. *a*, c.p.p. alla condizione che per essi la legge preveda la pena della reclusione superiore nel massimo a 6 anni (la medesima disciplina vige se si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o la pena della reclusione non inferiore a venti anni); l'art. 304, co. 2 c.p.p. decreta la sospensione dei termini massimi per la fase del giudizio; l'art. 307 co. 1 bis c.p.p. prevede una disciplina differenziata per i casi di scarcerazione per decorrenza dei termini.

migliore escogitato dal legislatore costituzionale per approssimarsi alla verità giudiziale (art. 111 comma 4 Cost.), perché rinunciarvi in processi in cui è ancor più sentita l'esigenza di un completo accertamento delle responsabilità»⁽³⁶⁾? Sovviene, a questo proposito, il paradosso denunciato da Cesare Beccaria, secondo cui, in tema di accertamento di delitti atroci si esige un *minus* di prova quando la logica imporrebbe, diversamente, accertamenti più rigorosi, posto che l'ingiustizia di una condanna cresce con il rischio di subire una pena; per un delitto atroce, la probabilità dell'innocenza è più probabile della commissione di un reato. Invece, il sistema è organizzato in maniera da facilitare il compito del giudice, per ragioni evidentemente legate all'esigenza di reprimere un delitto grave e allarmante (*in delictis atrocissimis leviores coniecturae sufficiunt*)⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 5. Si v. anche F. R. DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: «controriforma del diritto probatorio»*, in www.archiviopenale.it, 2014, p. 3; G. GIOSTRA, *Il processo penale «contro» la criminalità organizzata: rischi di strumentalizzazione*, cit., p. 159 ss.

⁽³⁷⁾ «(...) strano parrà, a chi non riflette che la ragione non è quasi mai stata la legislatrice delle nazioni, che i delitti o più atroci o più oscuri e chimerici, cioè quelli de' quali l'improbabilità è maggiore, sieno provati dalle conghietture e dalle prove più deboli ed equivoche; quasiché le leggi e il giudice abbiano interesse non di cercare la verità, ma di provare il delitto; quasiché di condannare un innocente non vi sia un tanto maggior pericolo quanto la probabilità dell'innocenza supera la probabilità del reato», C. BECCARIA, capitolo XXXI – *Delitti di prova difficile*, in *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2012. Non è questo, per la verità, un argomento nuovo: lo si ritrova, più di un secolo prima, anche nelle *Cautio criminalis* di Friedrich von Spee che cita a sua volta il criminalista cinquecentesco Ippolito da Rimini. Quest'ultimo

Per di più, la «ridu[zion]e dei diritti fondamentali» quale «costo che val[e] la pena di pagare per rendere più efficace l'azione repressiva»⁽³⁸⁾, oltre a non trovare alcun fondamento nel sistema costituzionale, potrebbe prestare il fianco a seri dubbi di conformità agli impegni assunti dallo Stato italiano con la ratifica della Conv. eur. dir. uomo che, all'art. 15, concede agli Stati contraenti la possibilità di *sospendere temporaneamente* le obbligazioni da essi assunte a tutela dei diritti fondamentali della persona umana in circostanze eccezionali di guerra o di pericolo pubblico che minacci la vita delle nazioni⁽³⁹⁾.

scriveva che quanto è più atroce il delitto, tanto più gravi e provanti devono essere gli indizi, dal momento che esiste un rischio maggiore di subire la pena; in quel caso l'errore giudiziario sarebbe un errore più grave. Trattasi di considerazioni svolte da R. ORLANDI nell'ambito del convegno dedicato al tema «Dialogando con Beccaria: le stagioni del processo penale italiano», Milano, 6 novembre 2014, .

⁽³⁸⁾ G. UBERTIS, *Crimine organizzato, collaborazione internazionale, tutela dei diritti umani. B) diritto processuale penale*, cit., p. 1549, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo.

⁽³⁹⁾ In questo senso, G. UBERTIS, *Crimine organizzato, collaborazione internazionale, tutela dei diritti umani. B) diritto processuale penale*, cit., p. 1549: «tuttavia, già nei documenti preparatori del [XVI] Congresso [internazionale di diritto penale, patrocinato dall'Associazione Internazionale di Diritto penale e svoltosi a Budapest dal 5 all'11 settembre 1999], era stato evidenziato il problema concernente il rischio che nella lotta al crimine organizzato (come durante gli anni settanta e ottanta nella lotta al terrorismo) gli Stati siano indotti nella tentazione di ridurre i diritti fondamentali, ritenendo ciò un costo che valga la pena di pagare per rendere più efficace l'azione repressiva. Un giurista che operi in una società democratica di cui intenda mantenere i caratteri non può però condividere una scelta politica siffatta, almeno finché

non sia ufficialmente riscontrata la sussistenza delle condizioni contemplate dall'art. 4 Patto int. dir. civ. pol. (cui corrispondono, su base regionale, l'art. 15 Conv. eur. dir. umani e l'art. 27 Convenzione americana dei diritti umani) e comunque nei limiti di quanto consentito da tale disposizione»; si v. anche, O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 6. Con riferimento al terrorismo osserva M. CHIAVARIO, *La Corte e la tutela dei diritti umani: di fronte a vecchie e nuove sfide*, in www.cortecostituzionale.it, 2006, p. 35 ss.: «l'emergenza terroristica, la Corte costituzionale l'ha già dovuta prendere in considerazione negli anni '80. E basti citare la notissima sentenza 15 del 1982, vertente sulla legislazione degli anni immediatamente precedenti, che aveva tra l'altro inasprito, per le persone indiziate di terrorismo, la normativa in tema di scarcerazione per decorso dei termini massimi. Tale intervento della Corte costituzionale è stato efficacemente riassunto come espressivo di un richiamo alla eccezionalità e alla proporzionalità del regime derogatorio: insomma, disse la Corte, certe misure possono essere accettate se sono eccezionali, e dunque temporanee, e inoltre il sacrificio di libertà che esse comportano non ha da essere sproporzionato rispetto alle esigenze che si vogliono perseguire, che è quello, appunto, di tutela contro minacce gravi alla sicurezza, all'incolumità pubblica ed alla stessa democrazia. Allora, il terrorismo era, come sappiamo, un terrorismo "interno", di fronte al quale la volontà di mantenere un equilibrio tra la fermezza nella lotta e la fedeltà ai principi di fondo di uno Stato di diritto e democratico è stata – sia pur non senza zone d'ombra – un obiettivo mai completamente dimenticato da parte delle istituzioni. Nel frattempo, anche la Corte europea è intervenuta più volte su questo tema, in particolare sulla legislazione antiterroristica della Turchia. Più volte ha affermato, a sua volta, principi abbastanza simili. Teniamo presente che la Corte europea può valersi di quell'articolo 15 della Convenzione di Roma, che l'Italia non ha mai fatto valere, anche perché noi non abbiamo – e non so se sia un bene o un male – una normativa sullo stato di emergenza. L'articolo 15 della Convenzione, come sappiamo, dice che «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico, che minacci la vita della Nazione, ogni

parte contraente della Convenzione può adottare misure in deroga agli obblighi previsti dalla Convenzione stessa, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda ed a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal Diritto internazionale». Lo stesso articolo, poi, fa un elenco di eccezioni (successivamente integrato da alcuni protocolli addizionali): in particolare, non sono ammesse deroghe al diritto alla vita, al divieto di tortura, al *nullum crimen sine lege* e così via; inoltre è richiesto che lo Stato il quale eserciti il diritto di deroga tenga informato, nel modo più completo, il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate, informando altresì quando queste misure cessano di avere vigore. Vedete, allora, che anche qui c'è la prospettiva della temporaneità, accompagnata da quella della necessaria localizzazione: infatti parecchie sentenze di condanna (in particolare emesse nei confronti della Turchia, che pur ha fatto più volte appello all'articolo 15) perché le deroghe erano state applicate fuori dai territori per cui erano state proposte: così, tra le tante, la recentissima sentenza *Bilen*, del febbraio di quest'anno. Io credo però che il problema della temporaneità si ponga oggi in modo diverso da come si poneva negli anni '80. Credo che sia realistico pensare che il terrorismo, in particolare quello internazionale, non sia fenomeno di un momento. E' un fenomeno mondiale di lungo periodo: pertanto, non mi nascondo, che, se si vuol essere realistici, il requisito della temporaneità vada almeno in parte ripensato. Rimane, però -e anzi, di riflesso, viene accentuata- l'esigenza della proporzionalità. Insomma, se certe misure devono durare nel tempo, tanto più occorre che siano strettamente, rigorosamente delimitate nei loro presupposti e nelle loro modalità, perché nemmeno la minaccia del terrorismo può far deflettere dalla esigenza di tutela dei diritti fondamentali della persona. Forse saranno da ripensare delle modalità, ed io lo sostenevo già negli anni '80, quando mi sembrava che non fosse opportuno cercare di mascherare di conformità alla Costituzione misure eccezionali, mentre era (ed è) forse il caso di chiedersi se certe interpretazioni di norme della Costituzione, maturate in momenti di troppo ottimistica fiducia nella inarrestabile capacità di espansione delle

Il portato di tali premesse è che, volendo consentire uno spazio di discrezionalità al legislatore nel rispetto del giusto processo, «(...) l'unica equazione costituzionalmente e internazionalmente plausibile sarebbe quella di far corrispondere alla maggior gravità del reato oggetto di imputazione un incremento delle garanzie processuali dell'accusato»⁽⁴⁰⁾. «(...) La tutela dei diritti fondamentali della persona non è un vessillo che si sbandiera allegramente nei momenti di tranquillità. E' un'esigenza, un impegno che va tenuto fermo soprattutto nei momenti di difficoltà; soprattutto nei momenti in cui può essere facile cercare delle scorciatoie che annullino l'impegno»⁽⁴¹⁾. La disciplina costituzionale del processo penale rappresenta un argine invalicabile allo *ius transgredi* e richiede, pertanto, l'abbandono di un modello processuale differenziato in drammatica collisione con i principi fondamentali⁽⁴²⁾.

garanzie, non vadano sottoposte a impietose revisioni, proprio per tenere fermi i nuclei essenziali delle garanzie».

⁽⁴⁰⁾ O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, cit., p. 6. Nello stesso senso con specifico riferimento all'art. 190 *bis* c.p.p., R. ORLANDI, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata dal maxi-processo al «grande processo»*, cit., p. 92.

⁽⁴¹⁾ M. CHIAVARIO, *La Corte e la tutela dei diritti umani: di fronte a vecchie e nuove sfide*, cit., p. 37 ss.

⁽⁴²⁾ In questo senso le osservazioni di R. ORLANDI nell'ambito del convegno dedicato al tema «Dialogando con Beccaria: le stagioni del processo penale italiano», Milano, 6 novembre 2014: questa sorta di giuridicizzazione del diritto naturale, che è tipica delle costituzioni della seconda metà del secolo scorso, rappresenta una conquista recente ed è caratteristica comune alle democrazie occidentali nate sulle ceneri delle esperienze dittatoriali del secolo scorso. Quelle stesse esperienze che, come sosteneva Calamandrei,

hanno contribuito a rendere di grande attualità l'umanesimo beccariano. Ed è questa la considerazione più importante: è forse grazie alla mancata elaborazione e regolamentazione di una esperienza autoritaria, come quella che purtroppo è stata vissuta dai paesi dell'Europa continentale, che in taluni ordinamenti di *common law* (si pensi agli Stati Uniti), oggi non trova ostacolo l'attuazione del principio "*in atrocissimis iura transgredi*", con il pretesto di un efficace contrasto al terrorismo di matrice islamica. Ogni epoca, intendiamoci, ha i propri *crimina excepta* ed è perciò naturalmente esposta alla tentazione di utilizzare mezzi illeciti o lesivi della dignità umana, pur di averla vinta sul male. Beccaria ci insegna che ogni irrigidimento autoritario del sistema lungi dall'accrescere la sicurezza dei cittadini e dal far diminuire la quota dei reati. Proprio il maggior distacco tra l'autorità e i cittadini rende gli autori dei delitti atroci più forti e determinati nel perseguimento dei propri scopi. Per R. ORLANDI, la ragione politica evocata da Beccaria non è tuttavia sufficiente ad evitare l'imbarbarimento del sistema penale, poiché lascerebbe aperta la strada a trattamenti inumani e degradanti tutte le volte che la *salus rei publicae* esigesse di pagare quel prezzo (del resto, Beccaria non era del tutto contrario alla pena di morte). Ben più risolutivo a questo riguardo, per R. ORLANDI, il costituzionalismo dei paesi dell'Europa continentale dal momento che fa leva su una tutela incondizionata della vita della persona. In tale ottica si collocano anche le precedenti riflessioni di R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, vol. II, Procedura Penale*, cit., p. 549, «l'uso di strumenti eccezionalmente severi e invasivi di diritti individuali nel perseguimento di gravi manifestazioni di criminalità è questione ricorrente nella prassi penale e negli ordinamenti processuali. Un rapido sguardo all'indietro può essere utile per meglio comprendere come il problema possa o debba essere affrontato nell'epoca attuale. Sappiamo, ad esempio, che le pratiche criminali del secoli XV e XVI attribuivano all'inquisitore poteri straordinari di fronte a delitti di particolare gravità: *in delictis atrocissimis propter criminis enormitatem iura transgredi licet*,

recitava il brocardo. Nel periodo delle ordinanze criminali e dell'assolutismo monarchico, la 'ragion di stato' si imponeva dunque sulla 'ragion comune' e poteva spingersi a comprimere, fino ad annientarli, i diritti della persona imputata. Il sovrano si difendeva con diversa intensità, a seconda della gravità dell'attacco subito; di fronte ad offese reputate 'atrocissime', il perseguimento penale diventava una sorta di attività bellica contro un nemico interno, sempre minaccioso e perciò da neutralizzare anche prima di esser condannato». Le cose cambiano – almeno sul piano delle premesse teoriche – con l'avvento dello Stato moderno e con il concomitante affermarsi di una cultura giuridica che riconosce i diritti inalienabili dell'individuo (di ogni individuo), facendo del 'cittadino' un'entità che vanta dei diritti rispetto allo Stato sovrano. Nell'ordinamento giuridico odierno, ancora ispirato ai principi dello Stato di diritto, il brocardo '*in atrocissimi*' non sarebbe traducibile in norme né in comportamenti legittimi dell'autorità: basti dire che i funzionari pubblici non possono commettere reati nemmeno con pretesto di debellare le più perniciose manifestazioni delittuose. È vero che l'esecuzione di certe misure processuali, come la quasi totalità di quelle coercitive, integrerebbero altrettanti illeciti (la cautela reale sarebbe un furto, la cautela personale una violenza privata o un sequestro di persona, la captazione di comunicazioni un delitto contro l'inviolabilità della riservatezza), se non fossero giustificate da quella particolare manifestazione di adempimento del dovere nel quale si risolve l'esercizio della funzione giudiziaria. Sarebbe tuttavia errato trarre spunto da una riflessione del genere per affermare che la situazione attuale non è poi molto diversa da quella in cui imperava la massima *in delictis atrocissimis*. Il sacrificio di diritti e garanzie individuali imposto oggi dalla legge processuale non equivale al *jura transgredi licet* delle vecchie prassi criminali. Lo Stato di diritto si caratterizza per i limiti che pone a se stesso e – nelle moderne costituzioni politiche – questi limiti hanno essenzialmente il contenuto dei diritti fondamentali della persona: libertà personale, libertà domiciliare, libertà di corrispondenza, tanto per ricordare i principali. Bisogna tuttavia ammettere che la salvaguardia di queste prerogative individuali non è assicurata in

Il presente lavoro si prefigge l'obiettivo di analizzare le norme inerenti la formazione della prova nei processi di criminalità organizzata, cercando di individuare gli accorgimenti normativi da proporre (od opporre) affinché la tutela delle garanzie difensive sia assicurata ad ogni imputato, a prescindere dal reato per il quale è chiamato a rispondere. Sovente si dimentica che «la caccia vale più della preda e cioè il modo in cui si agisce conta più del risultato»⁽⁴³⁾. L'attenuazione delle garanzie nel processo penale è sinonimo di sopruso: «la finalità cognitiva e l'accertamento delle responsabilità devono dunque essere temperate alla garanzia dei diritti fondamentali, in primo luogo, dell'imputato che direttamente e personalmente subisce la pretesa punitiva dello Stato»⁽⁴⁴⁾.

maniera uniforme e con la stessa intensità in tutti i procedimenti penali: constatiamo da tempo (e non solo nella normativa processuale italiana) che garanzie e diritti soggettivi subiscono limitazioni più consistenti nei procedimenti che riguardano reati di una certa gravità. Il pensiero corre alla attuale disciplina del procedimento cautelare personale e a quella delle intercettazioni di comunicazioni, dove la possibilità di invadere la sfera dei diritti individuali è graduata sulla gravità del reato».

⁽⁴³⁾ F. CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio*, in *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 220.

⁽⁴⁴⁾ O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*. Relazione al convegno di studi organizzato da Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica e la Camera Penale di Milano il 9 e 10 novembre 2012 presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano su 'Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale', in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2013, p. 4. Per R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, vol. II, Procedura Penale*, Milano, 2000, p. 551 è necessario rispondere ai seguenti

Non vi è spazio per una giustizia a due dimensioni, a seconda dell'imputazione che attinge il prevenuto. Come ci insegna la Suprema Corte con la sentenza n. 317 del 2009, «un processo non 'giusto', perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale» ⁽⁴⁵⁾: «(...) bisogna avere la consapevolezza della sussistenza di punti fermi che non possono essere superati, come spesso è avvenuto, da motivazioni ideologiche o di ragion pratica in quanto sono queste che si devono adeguare ai principi dei valori costituzionali e, con esso, ripristinare la funzione di legalità tipica della Carta dei valori» ⁴⁶.

2.La nozione di «criminalità organizzata»: precisazioni terminologiche e concettuali.

Il processo penale per fatti di criminalità organizzata, così come attualmente concepito, pur riscuotendo una crescente fortuna presso il legislatore e l'opinione pubblica, oltre a presentarsi palesemente incostituzionale,

interrogativi « (...) quali sono i diritti individuali qui evocati e in nome di quale interesse precisamente possono essere sacrificati? In base a quale criterio si stabilisce la prevalenza di un interesse sull'altro? Fino a quale limite è lecito spingersi nel sacrificare le garanzie individuali? E, infine, chi ha il potere di fissare tale limite?».

⁽⁴⁵⁾ C. cost., sent. 4 dicembre 2009 n. 307, in *Giur.cost.*, p. 4762, con nota di G. UBERTIS e di F. BILANCIA, motivazione in diritto §8.

⁽⁴⁶⁾ F. R. DINACCI, *Introduzione. Verso un costituzionalismo dei valori*, in AA.VV *Processo penale e costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano, 2010, p. XVII.

prescinde dalla definizione giuridica dell'espressione «criminalità organizzata» ossia dal suo stesso presupposto. Tra le disposizioni codicistiche che richiamano espressamente la locuzione in parola si annoverano l'art. 54 *ter* c.p.p. (introdotto dalla legge n. 8 del 1992, la cui rubrica recita «contrasti tra pubblici ministeri in materia di criminalità organizzata», mentre il testo si riferisce ai reati di cui all'art. 51 comma 3 *bis*, c.p.p.), l'art. 274 lett. c, c.p.p. (in tema di esigenze cautelari), l'art. 371 *bis* comma 3 lett. c, c.p.p. (introdotta dalla legge n. 8 del 1992, inerente alle prerogative del Procuratore nazionale antimafia), l'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p. (come modificato dal d.l. n. 92 del 2008, sulle priorità per la formazione dei ruoli di udienza e trattazione del processo) ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁷⁾ Anche a livello extra-codicistico si riscontra una serie di disposizioni processuali il cui elemento testuale reca la formula «criminalità organizzata». Sul punto A. BERNASCONI, *Criminalità organizzata (dir. proc. pen.)*, cit., ricorda «Un secondo raggruppamento comprende disposizioni - di natura spiccatamente processuale - esterne all'impianto del codice, nelle quali compare sempre la locuzione «criminalità organizzata»: l'art. 2 comma 2 l. 7 ottobre 1969, n. 742 (per i reati appartenenti a questa categoria non opera la sospensione dei termini procedurali feriali per la fase delle indagini preliminari); l'art. 2 n. 48 l. n. 81, cit. (durata massima delle indagini per i reati della categoria); l'art. 23 comma 2 lett. c d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni (esigenze cautelari di prevenire la commissione di nuovi reati da parte di imputati minorenni); l'art. 37 comma 2 d.P.R. n. 448, cit. (applicazione provvisoria di misure di sicurezza in capo a minorenni); l'art. 102 comma 3 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, t.u. in materia di disciplina degli stupefacenti (notizie di procedimenti penali concernenti la lotta al traffico illecito delle sostanze stupefacenti o psicotrope e alla criminalità organizzata); l'art. 13 l. 12 luglio 1991 n. 203 (presupposti delle intercettazioni telefoniche ed ambientali disposte in procedimenti

Ciò nonostante si assiste, paradossalmente, alla previsione di un «complesso modello eccezionale, preventivo/repressivo, che attraversa il sistema normativo di diritto sostanziale, processuale e penitenziario»⁽⁴⁸⁾.

relativi a delitti di criminalità organizzata); l'art. 76 *bis* ord. giud. (inserito dalla l. n. 8, cit. individua i requisiti per la nomina del procuratore nazionale antimafia e dei sostituti addetti alla direzione nazionale antimafia). Si possono infine ricordare, in via del tutto esemplificativa, numerose leggi - genericamente ascrivibili alla funzione di 'contrasto', in senso lato, della criminalità organizzata - nel cui articolato è reperibile l'uso della formula in oggetto. Trattasi, anche in questo campo, di normativa emanata nel biennio 1990-1992: l'art 15-bis l. 19 marzo 1990, n. 55 (sullo scioglimento dei consigli comunali e provinciali nei riscontrati casi di infiltrazioni e condizionamenti di tipo mafioso); la l. 20 ottobre 1990, n. 302 (contempla misure a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata); l'art. 8 comma 1 (compiti dei servizi centrali e interprovinciali di polizia, carabinieri e guardia di finanza) e l'art. 10 comma 2 l. 15 marzo 1991, n. 82(requisiti per la nomina dei magistrati componenti la commissione centrale per il programma di protezione dei collaboratori di giustizia); l'art. 12 comma 1 l. n. 203, cit. (ancora sulle attività investigative dei servizi centrali e interprovinciali di polizia, carabinieri e guardia di finanza); l'art. 3 comma 1 l. 30 dicembre 1991, n. 410 (istituzione e compiti della direzione investigativa antimafia); l'art. 4 bis (divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti), e, infine, l'art. 18 bis l. 26 luglio 1975, n. 354 (riforma dell'ordinamento penitenziario, in materia di colloqui investigativi)».

⁽⁴⁸⁾ «Il problema pertanto, potrebbe non essere quello di una definizione giuridico penale di criminalità organizzata, dotata di sufficiente determinatezza, quanto piuttosto quello concernente l'individuazione dei *limiti* di operatività del complessivo modello eccezionale ad essa riferito. [...] L'impossibilità definitoria del concetto di criminalità organizzata si traduce quindi in una

Posto che dalla individuazione delle fattispecie criminose sussumibili sotto l'endiadi «criminalità organizzata» dipende l'applicazione del modello processuale derogatorio ⁽⁴⁹⁾, dovrebbero essere preferite soluzioni interpretative restrittive.

A tal proposito, è opinione condivisa che per il componimento della *vexata quaestio* si debba prendere le mosse dall'insegnamento della Corte costituzionale la quale, chiamata a pronunciarsi sulla disciplina, allora vigente, in tema di libertà provvisoria (art. 1 comma 3 della legge 22 maggio 1975, n. 152, cosiddetta legge Reale), dinnanzi all'espressione, indubbiamente vaga, «le esigenze di tutela della collettività», ha precisato che il concreto campo di applicazione di una norma formulata non in termini descrittivi, ma come clausola generale, trova delimitazione e senso concreto «nel» e «dal»

altrettanto incerta fisionomia dei limiti del sistema eccezionale volto ad affrontarla: si conferma appieno, inoltre, il rischio di un processo definitorio autoreferenziale», *Presentazione*, in *Codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni, prospettive*, Milano, 1994, p. X ss.

⁽⁴⁹⁾ Per G. CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, in *Giust. pen.*, III, 1992, p. 386, «la terminologia è importante, oltreché ai fini della pratica esegetica (il che già basterebbe), a livello di legittimità costituzionale. Praticamente, nel settore penale, tutte le volte che la terminologia si rivela ambigua ed oscillante, a rimanerne coinvolti sono sia la sfera della libertà personale sia il principio di legalità, che, mai invocato a sufficienza, assume in questo quadro un rilievo decisivo. Principio di legalità vuol dire, anzitutto, esigenza di determinatezza, tanto più quando si tratti di indicare categorie di reati. A formula 'delitti di criminalità organizzata' designa, appunto, una categoria di reati, la più grave, a più conturbante, la più bisognosa di essere perseguita sino in fondo.

contesto storico e normativo dell'intera legge in cui è calato ⁽⁵⁰⁾).

⁽⁵⁰⁾ C. cost., sent. 23 gennaio 1980 n. 1, in *www.cortecostituzionale.it*: «il problema che la norma denunciata, non diversamente da altre, pone all'interprete, è quello di determinare il concreto campo di applicazione di una norma formulata non in termini descrittivi, ma come clausola generale, applicabile ai casi concreti tramite il riferimento a valori o parametri dati. Nella specie, il valore o parametro per l'individuazione dei reati, la cui probabile commissione osta alla libertà provvisoria, è dato dalle 'esigenze di tutela della collettività'. Il concetto è indubbiamente assai generico, tale da potersi riferire, a un livello massimo d'astrazione teorica, a qualsiasi reato; ma ritrova una delimitazione e un senso concreto nel e dal contesto della legge n. 152 del 1975. Le 'disposizioni a tutela dell'ordine pubblico', introdotte da detta legge, hanno come scopo dichiarato il rafforzamento della tutela della 'incolumità e sicurezza dei cittadini' (relazione al disegno di legge n. 3659 presentato alla Camera dei Deputati l'8 aprile 1975). Dietro l'intervento legislativo, sono 'recenti gravissimi episodi di criminalità comune e politica', per lo più caratterizzati dall'uso di violenza, dalla riferibilità ad organizzazioni criminose, e in definitiva dall'impatto sulle condizioni di sicurezza della vita civile o politica del paese. Questi elementi si riscontrano nelle figure delittuose per le quali si è ripristinato il divieto assoluto di concessione della libertà provvisoria (art. 1, primo comma); e segnano per così dire il filo che unifica disposizioni di svariata natura contenute nella stessa legge. Dalla disciplina più rigorosa delle attività fasciste (artt. 7-13) alla estensione delle misure di prevenzione nei confronti dell'eversione politica (art. 18), dalla attenzione verso particolari situazioni pericolose (artt. 4 e 5) al maggior rigore verso determinati atti di violenza (artt. 14 e 26), la maggior parte delle disposizioni si organizza attorno a una tutela dell'ordine pubblico vista sotto il profilo della tutela da comportamenti violenti, lesivi dell'incolumità o libertà o sicurezza individuale o collettiva, o da nuove forme di manifestazione della criminalità comune e politica. In questo contesto storico e

Conseguentemente, dall'insegnamento della decisione richiamata sarebbe possibile trarre il principio secondo cui la locuzione «criminalità organizzata» dovrebbe essere interpretata alla luce del contesto storico e normativo di riferimento, in modo da ritrovare un significato che la concretizzi; diversamente, qualora l'interpretazione sistematica fallisse e il concetto di criminalità organizzata rimanesse in balia della discrezionalità del giudice, la norma dovrebbe essere ritenuta illegittima per violazione del principio di determinatezza, di cui all'art. 25 Cost. ⁽⁵¹⁾.

normativo, la clausola generale adottata nel terzo comma dell'art. 1 si riempie di un significato ben definito. La 'tutela della collettività', che l'intera legge n. 152/1975 intende assicurare, è posta in pericolo dai reati aventi taluna fra le caratteristiche sopra citate: uso d'armi o di altri mezzi di violenza contro le persone, riferibilità ad organizzazioni criminali comuni o politiche, direzione lesiva verso le condizioni di base della sicurezza collettiva o dell'ordine democratico. Recuperato in tal modo alla clausola generale, di cui alla norma denunciata, un campo d'applicazione ben determinabile per via di interpretazione sistematica, il dubbio d'illegittimità in relazione all'art. 13 Cost. rimane privo d'oggetto». Si v. sul punto, G. CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, cit., p. 386.

⁽⁵¹⁾ In questo senso G. CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, cit., p. 386: «ecco perché la risposta data allora, pur relativa ad una normativa del tutto superata, continua a rappresentare un punto di riferimento basilare: ogni concetto formulato genericamente deve trovare una delimitazione, un senso concreto, nel e dal contesto della legge che ne faccia uso in una o più delle sue norme. Nel tornare alla criminalità organizzata, che indubbiamente è un valore, o meglio un disvalore, un parametro di carattere generico che, attraverso il succedersi di applicazioni concrete, va riempito di esperienze e di verifiche, si devono, dunque, prendere le mosse dalla chiave di interpretazione fornita

Ciò premesso, nell'intento di risolvere l'annosa questione, si registrano due differenti impostazioni dottrinali.

Un primo orientamento, sulla base della scarsità di espliciti riferimenti legislativi al concetto di «criminalità organizzata», ritiene che per delineare i reati sussumibili

dalla giurisprudenza costituzionale, nel senso che, se nel e dal contesto della legge in cui il concetto di criminalità organizzata è utilizzato si riesce a trovare un significato che lo concretizzi, la norma è salva quanto a legittimità costituzionale, mentre se non è possibile ritrovarlo, cosicché il precetto resti nell'indeterminatezza, affidato alla discrezionalità del giudice, senza possibilità di riferimenti che ne determinino il campo di applicazione, la norma dovrebbe essere ritenuta illegittima». L'Autore precisa altresì che «questo tipo di impostazione, peraltro, non basta a garantire da sola una risposta confortante. Se, infatti, da ogni singola legge in cui si trovi adoperata un'espressione di valore occorre, di volta in volta, cercare di trarre un significato in grado di darle concretezza, pena l'illegittimità costituzionale delle norme che ne fanno uso, coordinamento sistematico e coerenza delle soluzioni pongono un ulteriore problema nel caso in cui il parametro usato per l'individuazione di un gruppo di reati non è patrimonio di un'unica legge, ma via via, lo diventa di più leggi in stretta connessione. Stando all'impostazione della sentenza costituzionale n. 1 del 1980, si dovrebbe ogni volta ricominciare da capo ed ogni volta – dopo, un'elaborazione più o meno complessa a seconda dell'impianto globale della legge considerata – magari concludere che in questa particolare legge criminalità organizzata ha un significato non corrispondente a quello assunto da altre. Il che, cosa ancor più grave, certamente non gioverebbe alla lotta contro la criminalità organizzata, disseminandone il già non facile cammino di incertezze a non finire quanto all'ambito di applicazione delle norme considerate», ID, *ivi*, p. 386 ss.

nella locuzione in questione si debbano utilizzare i criteri forniti dalle scienze sociali e criminologiche ⁽⁵²⁾.

Volendo sintetizzare i punti fermi dell'approccio socio-criminologico, si può dire che viene richiesto «qualche requisito ulteriore rispetto ad una semplice attività criminosa realizzata in forma associativa e sia pure finalizzata all'obiettivo di conseguire profitti economici di qualche entità» ⁽⁵³⁾. In particolare, si «identifica[no] [...] i veri tratti dell'«*organized crime*» in quelle associazioni

⁽⁵²⁾ G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 5 ss. Nell'ambito di tale filone interpretativo si segnalano anche le definizioni prospettate da: M. MADDALENA, *I problemi pratici delle inchieste di criminalità organizzata nel nuovo processo penale*, in *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi, Roma-Bari, 1993, p. 83: «[...] non resta che rifarsi, per il significato da attribuire alle espressioni 'processi di criminalità organizzata' e 'delitti di criminalità organizzata', alle nozioni fornite dalle scienze sociologiche e criminologiche, oltre che dal linguaggio corrente, secondo cui costituiscono 'delitti di criminalità organizzata' tutti quelli che in qualsiasi modo siano collegabili, a qualsiasi titolo, ad associazioni criminali o alle attività di tali associazioni»; D. MANZIONE, *Una normativa d'emergenza per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (D.L. 152/1991 e L. 203/1991): uno sguardo d'insieme*, in *Leg. Pen.*, 1992, p. 841 ss., considera «criminalità organizzata» tutte le ipotesi «di concorso di persone nel reato allorquando vi sia comunque una suddivisione di compiti al fine di collaborare al raggiungimento del medesimo obiettivo antiggiuridico»; A. SPATARO, *Le intercettazioni telefoniche: problemi operativi e processuali*, in *Quad. C.S.M.*, 1994, n. 69, p. 137, riferisce il concetto di «criminalità organizzata» ai reati «che necessariamente presuppongono l'esistenza di un livello alto di capacità criminale di chi ne è responsabile».

⁽⁵³⁾ G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., p. 7.

criminali contraddistinte da strutture organizzative così complesse e sofisticate, che è proprio l'*elemento-organizzazione* ad assumere un ruolo (per dir così) istituzionale preminente e autonomo rispetto ai singoli associati». Le peculiarità di tale modello risiedono nella «dimensione organizzativa», nella «razionalità di tipo imprenditoriale delle *'criminal corporation'*, che gestiscono beni e servizi illeciti (fornitura di stupefacenti, *racket* della prostituzione, ecc.) e ne reinvestono i profitti anche nei settori legali dell'economia», nell'«uso di mezzi violenti al fine di acquisire posizioni di preminenza o monopolio e comunque di vantaggio nel mercato (massimizzazione dei profitti senza necessità di investimenti eccessivi, abbattimento dei costi, controllo della forza lavoro, ecc.)», nel «ricorso alla corruzione delle forze di polizia, del potere giudiziario e del potere politico-amministrativo, nonché all'intimidazione e financo all'omicidio sia per neutralizzare l'applicazione delle leggi, sia per ottenere decisioni politiche favorevoli al raggiungimento degli obiettivi di arricchimento e di potere presi di mira dalle organizzazioni criminali»⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁴⁾ G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., p. 7, da cui sono tratte anche le citazioni precedenti nel testo. Per V. BORRACCETTI, *Il processo e la criminalità organizzata*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1163 ss. «con l'espressione criminalità organizzata ci si intende riferire a quelle manifestazioni delittuose nel campo del traffico di stupefacenti, del riciclaggio, del controllo della prostituzione, dell'estorsione in danno degli esercenti attività economiche e via dicendo, che si ritengono opera di appartenenti a gruppi criminali strutturati stabilmente al loro interno, con ripartizioni di compiti tra i componenti, con la disponibilità di mezzi e risorse funzionali alla commissione dell'attività illecita, gruppi che, attraverso la commissione dei delitti, tendono ad acquisire profitti o potere o entrambe le cose. Il fatto incontestabile

dell'esistenza di gruppi criminali stabili non deve portare peraltro a considerarli tutti nello stesso modo, ugualmente pericolosi, da disciplinare a penalmente in maniera uniforme. Vi è differenza tra un'associazione eversiva, una banda armata, un'associazione per delinquere dedita alle truffe o ai reati contro il patrimonio, un'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, un'associazione di tipo mafioso; da altro punto di vista, vi è differenza tra un gruppo criminale che operi in una determinata zona geografica e i gruppi criminali operanti a livello nazionale e transazionale. Una generica definizione di criminalità o di crimine organizzato non è ancora sufficiente ai fini dell'apprestamento di una adeguata disciplina giuridica. Una disciplina speciale che faccia riferimento genericamente a fenomeni di criminalità organizzata può essere alla fine ingiusta»; secondo F. FERRACUTI e F. BRUNO, *La criminalità organizzata nella prospettiva criminologica*, in Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense. Forme di organizzazioni criminali e terrorismo, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1988 «il crimine organizzato è stato finora osservato dal punto di vista esclusivamente penale e di polizia e restrittivamente interpretato come un'attività associativa gerarchicamente strutturata, finalizzata alla commissione di delitti e fondata su di una motivazione criminogenetica individuale allargata al gruppo e da questo condivisa. Alternativamente, in una prospettiva socio-economica, esso è stato interpretato in modo più estensivo, come parte integrante della vita sociale, politica ed economica di un Paese, come una deviazione patologica della convivenza civile che affonda le sue radici negli aspetti perversi della società capitalistica basata sul dominio dei valori economici, dell'individualismo e dell'affermazione del potere (Ianni e Reuss-Ianni, 1983). Con tutta evidenza traspare la difficoltà di concepire e rappresentarsi un'idea che non può apparire se non come fortemente minacciosa tanto nei confronti della stabilità dell'io individuale, quanto nei confronti della affidabilità dei valori che sottendono l'essenza stessa della vita sociale». Gli A. preferiscono parlare di «Sistema Criminale», *ivi*, p. 69 «la scelta della dizione 'Sistema Criminale' è motivata proprio dall'analisi di tali caratteristiche, le importanti delle quali

sono, a nostro parere, l'organizzazione in sistema dei diversi elementi, criminali e non, che partecipano alle molteplici e differenziate attività; l'esistenza di diversi tipi di relazione tra gli elementi del sistema e tra i sottosistemi; l'unicità dello scopo generale e complessivo dell'intero sistema, che può essere rappresentato dalla ricerca del potere reale attraverso la conquista del capitale ed il condizionamento degli altri poteri; infine la transnazionalità dell'associazione, che si esprime attraverso il rifiuto del sistema statale ed il raccordo internazionale tra numerose entità locali fra loro collegate da relazioni mafiose (Inciardi, 1974; McWeeney, 1987). (...) Il sistema criminale produce enormi quantità di ricchezza attraverso l'esercizio diretto o il controllo indiretto delle più disparate attività criminali, che coprono l'intera gamma dei delitti previsti dal Codice Penale, ma soprattutto fornendo servizi illegali, la cui domanda da parte di larghi strati di popolazione sembra crescere a dismisura, parallelamente all'inefficienza degli Stati nel prevenire, soddisfare o reprimere tali bisogni. (...). È evidente la ricchezza della gamma dei 'servizi' coperti da tali reati: dal prestito ad usura, al mercato degli stupefacenti, all'omicidio politico su ordinazione. I proventi della ricchezza così prodotta, di dimensioni ormai colossali in seguito al monopolio delle droghe, vengono in massima parte rivestiti in attività legali di vario tipo; queste, negli ultimi tempi, si vanno sempre più riducendo ad attività speculativo-finanziarie che, per la loro natura e per la loro massa, influiscono in misura sempre più significativa sulla circolazione internazionale dei capitali. (...). Il Sistema Criminale tende dunque a costituire uno Stato nello Stato, le cui strutture esso mina dall'interno e le cui funzioni svuota di significato, intendendo il potere come usurpazione, la legge come sopruso, l'amministrazione come violenza ed il reato come affare privato e non come elemento di vita sociale». Condivide tale osservazione I. MERZAGORA, *Achille e la tartaruga. Riflessioni sulle teorie criminologiche in tema di criminalità organizzata*, in *Rass. it. crim.*, 1990, p. 103 ss. Richiamando Nuvolone, rileva F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Padova, 1984, p. 292 «pur nelle loro diverse varianti, le organizzazioni criminali adulte presuppongono un consistente numero organizzato di *persone*, in

Trattasi di una nozione le cui peculiarità implicano una sostanziale sovrapposizione del concetto di criminalità organizzata a quello di criminalità di stampo mafioso ⁽⁵⁵⁾. In tutta la sua estensione, il concetto di «criminalità organizzata», così inteso, si presterebbe, astrattamente, a ricomprendere anche forme di criminalità politico-terroristica incentrate sul modello associativo.

Tuttavia, «per quanto alcune caratteristiche e alcuni effetti della criminalità associata, comune e politica,

genere di diversa capacità e competenza tecnica, e di *mezzi* spesso di alto livello tecnologico, impegnati in una *attività criminale continuativa*, per un periodo di tempo lungo, generalmente indefinito. Esse perseguono normalmente scopi in se stessi legittimi (come l'arricchimento o l'affermazione di una ideologia politica), che possono essere raggiunti attraverso mezzi diversi: sia leciti (lavoro o competizione democratica), sia criminosi (violenza e frode). L'A., *ivi*, p. 300 specifica inoltre che «nell'ambito della criminalità organizzata il fenomeno che desta maggiore o più immediato allarme sociale è il terrorismo, il quale ha pressoché cessato di essere l'atto di un individuo isolato per raggiungere, attraverso anche la cooperazione transnazionale, livelli di organizzazione particolarmente elevati, che consentono una ampia disponibilità di mezzi e un largo margine di possibilità operative e di impunità».

⁽⁵⁵⁾ G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., p. 8. Osservano F. FERRACUTI e F. BRUNO, *La criminalità organizzata nella prospettiva criminologica*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Vol. IX, 1988, Milano, p. 68: «criminalità e mafia possono essere considerate la stessa cosa non soltanto per ragioni storiche, essendo quella nata da questa, ma anche per ragioni psicologiche e culturali; tuttavia, se si vuole realmente capire la criminalità organizzata bisogna evitare la distorsione percettiva causata dagli aspetti folkloristici e formali, legati ad una concezione mitica e superficiale del fenomeno mafioso, per andare viceversa alle radici ed alla sostanza dell'associazione organizzata vera e propria».

possano di fatto sovrapporsi, emergono (...) delle differenze essenziali, nella eziologia tipologia e finalità dei comportamenti (...)». Infatti, «proprio perché sollecitati nel loro agire da motivazioni politico-ideologiche, (...) [la criminalità politica] adott[a] (...) forme organizzative tendenzialmente meno stabili e più occasionali, e si colloc[a] in una posizione di maggiore isolamento ed estraneità rispetto al sistema legale»⁽⁵⁶⁾.

Per siffatta impostazione, la bontà della definizione proposta troverebbe conferma nella distinzione operata dal legislatore tra reati di «terrorismo e di eversione» e reati di «criminalità organizzata»⁽⁵⁷⁾.

Questa esegesi, però, non è condivisa da altre parte della dottrina che, nel rispetto del principio di legalità, reclama, invece, una definizione normativa di «criminalità organizzata» imperniata sull'individuazione di un *numerus clausus* di fattispecie.

Secondo questa interpretazione, il descritto approccio presenterebbe, invero, un *deficit* di determinatezza e «benché l'esigenza di 'determinatezza' valga soprattutto nel diritto penale sostanziale, occorre ammettere che anche nel diritto processuale essa è avvertita, quanto meno quando sono in gioco principi o diritti fondamentali [...]»⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., p. 9, da cui sono tratte anche le citazioni precedenti nel testo.

⁽⁵⁷⁾ In questo senso G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., p. 10.

⁽⁵⁸⁾ R. ORLANDI, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata dal maxi-processo al «grande processo»*, cit., p. 86. Nello stesso senso, G. CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, cit., p. 385; si v. *supra*, n. 41.

Per questa via, la ricostruzione del concetto di «criminalità organizzata» dovrebbe limitarsi ai delitti indicati dall'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p., a cui fanno riferimento gli artt. 54 *ter* e 371 *bis* c.p.p., e 3 *bis*, comma 1 d.l. 306 del 1992 convertito in legge n. 356 del 1992 ⁽⁵⁹⁾. Tra i reati

⁽⁵⁹⁾ A titolo esemplificativo si segnalano, R. ORLANDI, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata dal maxi-processo al «grande processo»*, cit., p. 86, «in questa materia, il principio di determinatezza non risulta attuato con molto rigore. Soltanto alcuni fatti di criminalità organizzata sono individuati attraverso riferimenti (tassativi) a determinate ipotesi criminose; per il resto, la legge processuale si riferisce a una serie indeterminata di reati, individuati attraverso nessi teleologici o causali con alcune delle fattispecie tassativamente indicate. Il discorso poi si complica ulteriormente se si pensa che la legge processuale non fornisce, a questo riguardo, un'unica catalogazione di reati. Troviamo nel nostro ordinamento una molteplicità di elenchi, con liste di diversa estensione, a seconda del provvedimento da adottare o dell'atto da compiere. Una prima lista di cui tenere conto – la più ampia – è quella che ricomprende i delitti in flagranza dei quali risulta obbligatorio l'arresto (art. 380 c.p.p.). Vi si richiama l'art. 118 c.p.p. che – consentendo l'invio di atti e informazioni dall'autorità giudiziaria al Ministro dell'interno – crea le premesse per mutue collaborazioni fra attività repressiva e attività preventiva. Lo stesso richiamo si trova nell'art. 270 c.p.p., come limite alla possibilità di utilizzare gli esiti di intercettazioni foniche effettuate in altri procedimenti; e nell'art. 9 d.l. n. 8 del 1991, come uno dei presupposti per l'adozione di misure idonee ad assicurare l'incolumità dei collaboratori di giustizia. Altra lista di reati rilevante ai nostri fini è quella contenuta nell'art. 275 comma 3, che fissa una sorta di presunzione *iuris tantum* in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari atti a giustificare la custodia in carcere. E alla stessa norma si riferiscono, ad esempio, la norma che assegna al procuratore nazionale antimafia il potere di disporre il soggiorno cautelare (art. 25 *quater* d.l. n. 306 del 1992), e le disposizioni concernenti i termini di durata dell'indagine

preliminare: segnatamente l'art. 407 comma 2 lett. A, a sua volta richiamato dall'art. 405 comma 2. Infine, va menzionata la lista contenuta nell'art. 51 comma 3 *bis*, elaborata per fissare i limiti di attribuzione della procura distrettuale antimafia. La stessa norma è poi espressamente richiamata in numerose altre disposizioni, fra le quali meritano di essere in particolare ricordate l'art. 190 *bis*, in tema di diritto alla prova orale; l'art. 371 *bis*, in tema di attività del procuratore nazionale antimafia; l'art. 406 comma 5-*bis*, riguardante le modalità di concessione della proroga nell'indagine preliminare. La lista di reati dell'art. 51 comma 3-*bis* risulta essere la più ridotta, ed è formulata in modo tale da essere contenuta per intero nelle due liste precedenti. Si può quindi dire che nei procedimenti relativi ai reati elencati nella norma in parola valgono sia le regole speciali che a tale norma espressamente si richiamano, sia quelle previste per procedimenti relativi alle altre, ricordate elencazioni di reati (artt. 118, 275, 406, 407). È dunque soprattutto con riferimento ai reati indicati art. 51 comma 3-*bis* che si verifica il maggior numero di deviazioni dalla disciplina processuale ordinaria. Sono perciò questi i reati che compongono la nozione processuale di criminalità organizzata ed è proprio in relazione ad essi che si delinea l'esistenza di un 'procedimento speciale', nel senso poc'anzi accennato». L'Autore, nella n. 15 precisa che «si prescinde qui dal considerare il delicato problema inerente i confini di una nozione che, tutto sommato, resta circondata da un alone di indeterminatezza. L'elenco fornito dall'art. 51 comma 3-*bis* non soddisfa quei criteri di precisione oggettiva che le scelte normative ad esso collegate avrebbero consigliato: al ridotto repertorio di reati individuati attraverso il riferimento al *nomen iuris* (artt. 416-*bis* e 630 c.p., nonché art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), si aggiunge il richiamo a una serie indefinita di fattispecie criminose, la cui caratteristica consiste nel trovarsi in una relazione strumentale o teleologica con l'associazione di tipo mafioso»; C. CARMONA, *Le intercettazioni ambientali in relazione alla normativa del 1991 sui reati di criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 358: «ove invece si accogliesse, come si ritiene di dover accogliere, la tesi rigorosa di coloro che riferiscono il concetto in esame ai reati di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., non per questo resta

richiamati dal comma 3 *bis* dell'art. 51 c.p.p., introdotto dalla legge n. 306 del 1992, vi sono l'art. 416 *bis* c.p. nonché «i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo». L'area dei c.d. «reati distrettuali» è stata gradualmente estesa mediante l'inserimento di altre

fugato ogni dubbio. Infatti se è vero che 'la scelta riduttiva' *de qua* si traduce nel recupero normativo del nucleo più genuino della concezione socio-criminologica della 'criminalità organizzata', è del pari vero che resta indeterminato il concetto di 'delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo', locuzione al pari contenuta nell'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. In realtà se ci si basa sul disvalore penale della norma richiamata, anche reati in concreto monosoggettivi possono ritenersi in essi compresi, ove la condotta delittuosa specifica sia scrivibile al *modus operandi* dell'associazionismo mafioso, 'secondo il duplice schema della ripetizione della metodologia tipica dell'agire mafioso, ovvero della finalizzazione dell'agevolazione delle attività del sodalizio'. Tale interpretazione tende però ad allargare eccessivamente l'ambito dei reati cui si riferisce l'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., stante l'esigenza di adeguata e rigorosa valutazione delle esigenze di politica criminale poste a fondamento della novella del 1991 e dei successivi sviluppi (d.l. 8 giugno 1992, n. 306). In altri termini: neanche quest'ultimo articolo sembra formulato secondo quei criteri di rigorosa tassatività che la natura dei diritti coinvolti avrebbe richiesto. Si può pertanto concludere che nell'attuale contesto il problema centrale è quello di garantire la prova e il suo utilizzo processuale contro le intimidazioni, i ripensamenti, gli inquinamenti; rimane però sullo sfondo – ad alimentare dubbie inquietudini – la questione di come garantire l'indagato rispetto a meccanismi probatori al cui snodarsi egli rimane estraneo. Ed allora l'interrogativo più pressante in tema di garanzie per l'accusato sembra essere non come salvaguardarle, ma fino a che punto sia consentito restringerle».

fattispecie. Pertanto, attualmente sono ricompresi anche diversi reati associativi e alcune fattispecie monosoggettive.

Nell'ambito di questa impostazione, per taluno sarebbero inclusi, oltre a questi reati, anche quelli di cui all'art. 372 co. 1 *bis* c.p.p. ⁽⁶⁰⁾. Non manca poi un'opinione

⁽⁶⁰⁾ P. L. VIGNA, *Le «nuove» indagini preliminari nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata*, in *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi, Roma-Bari, 1993, p. 74 ss., «volendo procedere, sia pur con ogni riserva, a una sua soluzione ontologica, si potrebbe sperimentare un primo approccio interpretativo riferendo la locuzione 'delitti di criminalità organizzata' a quelli previsti dall'art. 407 comma 2° lett. *a* c.p.p. e, dunque, ai delitti indicati nell'art. 275 comma 3° c.p.p. e a quello previsto dall'art. 416 c.p. nelle ipotesi di arresto obbligatorio ex art. 380 comma 2° lett. *m*. Tale opinione parrebbe trovare supporto nel rilievo che la direttiva di cui all'art. 2 n. 48 della legge delega faceva riferimento alla 'possibilità di concludere le indagini entro due anni in caso di processi per criminalità organizzata e in ipotesi eccezionali specificamente indicate', sicché il legislatore delegato scrisse la lett. *a* dell'art. 407 comma 3° lett. *a* c.p.p. proprio per soddisfare la prima delle esigenze ora ricordate. Nell'ambito della più generale classe dei delitti di criminalità organizzata sarebbe poi stata 'ritagliata', in forza dell'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., l'area dei 'reati di mafia'. È tuttavia da considerare, da un lato che l'originario testo dell'art. 407 comma 2° lett. *a* c.p.p. è stato profondamente innovato dai provvedimenti legislativi [...], e che l'ampia classe di delitti annoverati nella previsione dell'art. 275 comma 3° c.p.p. non li rende tutti riconoscibili, in sé, al crimine organizzato. L'interprete, quindi, si troverebbe, in certi casi, di fronte a una sorta di presunzione vincibile con la prova contraria (si pensi a un omicidio che ben potrebbe essere, come quello passionale, non espressivo di crimine organizzato). Appare dunque preferibile un diverso percorso interpretativo collegato alle previsioni (artt. 371-*bis* comma 3° lett. *h* e 372 comma 1-*bis* c.p.p.) in tema di avocazione. Se infatti – come è indubbio – l'esigenza di

intermedia che ritiene ammissibili entrambe le accezioni e riserva ai reati di cui all'art. 51 co. 3 bis c.p. la denominazione di «criminalità in senso stretto» e a quelli di cui all'art. 372 co. 1 *bis* c.p.p. quella di «criminalità organizzata in senso lato» ⁽⁶¹⁾.

rendere effettivo il collegamento delle indagini è un obiettivo primario che il legislatore vuole perseguire nel caso dei delitti intesi come manifestazione del crimine organizzato e se l'avocazione è l'istituto predisposto per assolvere a tale esigenza, la sua previsione in ordine a determinati delitti vale come possibile 'guida' normativa per l'individuazione dei reati di criminalità organizzata. Nel senso, cioè, che quelli indicati dall'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., per i quali è possibile l'avocazione da parte del procuratore generale presso la corte di appello, indicano i 'delitti di criminalità organizzata eversiva e comune' (artt. 270-*bis*, 280, 285, 286, 289-*bis*, 305, 306, 416 nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza, e 422 c.p.).

⁽⁶¹⁾ G. CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, cit., p. 390 ss.: «ben presto, però, i molteplici riferimenti alla 'lotta contro la criminalità organizzata' contenuti – sia pur senza mai precisare i connotati categoriali di quest'ultima – nel decreto-legge 29 ottobre 1991, n. 345, istitutivo della direzione investigativa antimafia, aprivano la via all'idea di una direzione nazionale antimafia e di un procuratore nazionale antimafia ad essa preposto. Tale idea, tradottasi in rapida sequenza nel decreto-legge 20 novembre 1991, n. 367, decreto più genericamente, ma non meno icasticamente, intitolato 'Coordinamento delle indagini nei procedimenti per reati di criminalità organizzata', così consolidando l'uso di una formula tecnicamente ineccepibile, ha comportato, proprio nella prospettiva della procura generale antimafia, l'adozione di una nuova scelta categoriale, in termini riduttivi, ma più netti, correlativamente alle particolari soluzioni processuali conseguenti all'istituzione del nuovo ufficio. Il decreto legge n. 367 del 1991 ha dato, infatti, vita ad una nuova categoria di reati, etichettati dall'art. 2 lettera *b*, 'materia di criminalità organizzata', da intendere come reati di criminalità organizzata 'in

Altri, diversamente, si sforzano di delimitare il concetto di «criminalità organizzata» alla luce di quanto disposto dall'art. 407 co. 2 lett. *a* c.p.p. ⁽⁶²⁾ – in tema di termini massimi di durata delle indagini preliminari – che

senso stretto', ritagliandoli dal più ampio ambito disegnato dal decreto-legge n. 292 del 1991, ma, nel medesimo tempo, ha ribadito la precedente avocabilità da parte del procuratore generale presso la corte di appello dei procedimenti per i 'residui' reati anch'essi già appartenenti a quell'ambito, definibili ora come reati di criminalità organizzata 'in senso lato'».

⁽⁶²⁾ F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, p. 14 ss., n. 21: «sebbene l'eccezione già ricordata di cui all'art. 13 d.l. 152/1991 (l. 203/1991) cit. si applichi 'in relazione ad un delitto [e pertanto non alle contravvenzioni] di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono' e la legge non specifichi, come è invece disposto nell'art. 266 c.p.p., le categorie di reati per cui le intercettazioni possono essere autorizzate, anche per quelle fattispecie la disposizione non appare di carattere assolutamente indeterminato. Poiché l'art. 13 citato si applica anche all'ipotesi di minaccia attuata per mezzo del telefono, ipotesi già contenuta nell'art. 266 comma 1 lett. *f* c.p.p., deve anzitutto ritenersi che la disciplina speciale non si estenda, comunque, a reati diversi da quelli previsti dall'art. 266 c.p.p. All'art. 407 c.p.p., dando attuazione alla direttiva n. 48 della legge delega che sancisce la 'possibilità di concludere le indagini entro due anni in caso di processi per criminalità organizzata e in ipotesi eccezionali specificatamente indicate', il legislatore ha poi indicato in modo esplicito le ipotesi riconducibili a quei fenomeni delittuosi. In particolare, la lett. *a* del comma 2 dell'art. 407 c.p.p. elenca delle fattispecie di reato da ritenersi espressione di criminalità organizzata vuoi perché si tratta di delitti a struttura associativa, vuoi perché lo scopo che perseguono presuppone una determinata e ben precisa organizzazione». Questa tesi, peraltro, non sembra più attuale dopo le modifiche operate dal d.l. n. 374 del 2000, convertito in l. n. 438 del 2001.

comprende taluni delitti obiettivamente collegati a strutture associative e altri reati che «non presuppongono necessariamente il substrato di una organizzazione criminale»⁽⁶³⁾, come ad esempio l'omicidio *ex art. 575 c.p.* L'importanza di tale elencazione deriva dal considerevole numero di disposizioni codicistiche che la richiamano per demarcare la propria area di operatività. Alcune di esse sono riconducibili al tema delle misure cautelari (si pensi, ad es., all'art. 301 comma 2 *bis*), altre riguardano i «delicati snodi della fase delle indagini preliminari»⁽⁶⁴⁾ (a titolo esemplificativo si pensi all'art. 335 comma 3 c.p.p. sulla comunicabilità esterna delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato).

Trattasi di disposizioni processuali, strutturate attraverso elencazioni di ipotesi delittuose (c.d. tecnica di formazione per cataloghi)⁽⁶⁵⁾, attraverso cui il legislatore «ha cercato di enucleare, in periodi storici diversi, (...) peculiari discipline in tema di strutture giudiziarie “specializzate”, di ricerca e salvaguardia delle fonti probatorie, di presupposti per l'ammissione della prova stessa da parte del giudice»⁽⁶⁶⁾ ossia un regime processuale differenziato per i delitti di criminalità organizzata.

⁽⁶³⁾ G. DI CHIARA, *Appunti per una ricognizione della normativa processuale penale in tema di criminalità organizzata*, in *Foro it.*, V, 1999, p. 219.

⁽⁶⁴⁾ A. BERNASCONI, *Criminalità organizzata (dir. proc. pen.)*, cit., p. 504.

⁽⁶⁵⁾ Così G. DI CHIARA, *Appunti per una ricognizione della normativa processuale penale in tema di criminalità organizzata*, cit., p. 217.

⁽⁶⁶⁾ A. BERNASCONI, *Criminalità organizzata (dir. proc. pen.)*, cit., p. 505.

L'interpretazione restrittiva che intende circoscrivere la categoria dei reati di «criminalità organizzata» nei ristretti confini di cui agli artt. 407 comma 2 lett. *a*, 372 comma 1 *bis*, 51 comma 3 *bis* e 54 *ter* c.p.p. è stata accolta inizialmente dalla giurisprudenza, anche ai fini della corretta applicabilità della disciplina derogatoria di cui all'art. 13 del decreto legge n. 152 del 1991, convertito nella legge n. 203 del 1991, in tema di intercettazione di comunicazioni o conversazioni. La Suprema Corte ha infatti precisato che «l'indicazione dei delitti di criminalità organizzata, poiché incide sui provvedimenti limitativi della libertà personale, è tassativa e non può andare oltre le ipotesi espressamente previste»⁽⁶⁷⁾.

Successivamente, con riferimento a tale normativa, la locuzione medesima è stata però interpretata dalla giurisprudenza seguendo un approccio teleologico, con riguardo cioè alle finalità della norma.

L'indirizzo prevalente, invero, rinunciando ad individuare il contenuto della nozione legale di «reati di

⁽⁶⁷⁾ Cass., sez. VI, sent. 24 febbraio 1995, Galvanin ed altri, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1780. In giurisprudenza, ai fini dell'applicazione dell'art. 240 *bis* disp. att. c.p.p., Cass., sez. VI, 20 aprile 2004, Sanasi, in *CED Cass.* n. 229156, motivazione in diritto: «ora, premesso che il nostro ordinamento non fornisce una nozione formale di delitto di "criminalità organizzata" e che è indubbiamente riduttivo circoscrivere tale concetto ai soli delitti di criminalità mafiosa, appare illogico e irragionevole prescindere, in una materia come quella dei termini relativi alle indagini preliminari, dall'elencazione contenuta nella lett. a) del comma 2 dell'art. 407 c.p.p., al più integrata da quelle di cui al comma 3 *bis* dell'art. 51 c.p.p. e al comma 1 *bis* dell'art. 372 c.p.p., con la conseguenza che in nessun caso nella nozione 'de qua', ai fini di cui in discorso, possono ricomprendersi i reati oggetto del presente procedimento».

criminalità organizzata»⁶⁸, ha valorizzato «la polivalenza semantica di una formula legislativa impiegata in contesti normativi diversi e per fini differenziati», uniformandosi così al «modello proposto dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 1 del 23.1.1980, in occasione del vaglio delle censure di illegittimità mosse avverso la disciplina dettata, in tema di condizioni per la concessione della libertà provvisoria, dall'art. 1 comma 3, della legge n. 152/1975»⁽⁶⁹⁾.

(⁶⁸) Per la Corte di cassazione, come precisato da G. LEO, *La nozione processuale di criminalità organizzata*, in *Corr. merito*, 2005, p. 832, il rinvio agli elenchi di norme contenuti negli artt. 407 comma 2 lett. a, c.p.p., 51 comma 3 *bis* c.p.p. e 372 comma 1 *bis* «esprimono “liste” diverse, sulla base della differente *ratio* per la quale sono dettate (dalla durata delle indagini all'organizzazione del lavoro di procura su base territoriale), e la scelta dell'uno piuttosto che dell'altra assume carattere del tutto arbitrario. Le disposizioni in discorso, oltretutto, comprendono talvolta fattispecie che ben difficilmente possono essere ricondotte, almeno in astratto, ad un contesto di criminalità organizzata, e la loro “applicazione” varrebbe in questi casi a forzare il dato letterale della normativa sulla sospensione dei termini».

(⁶⁹) Cass., S.U., sent. 11 maggio 2005, Petrarca ed altri, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2916, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo. La pronuncia, inerente al secondo comma dell'art. 240 *bis* delle disposizioni di coordinamento e transitorie al codice di procedura penale (introdotto dalla legge 7 agosto 1992 n. 356 che ha convertito il d.l. 8 giugno 1992 n. 306, intitolato “modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), ripercorre gli approdi giurisprudenziali in merito alla valenza semantica ed alla portata da attribuire alla locuzione legislativa «*criminalità organizzata*» con riferimento alla corretta applicabilità della disciplina derogatoria di cui all'art. 13 del D.L. n. 152 del 1991, convertito nella legge n. 203 del 1991 (in materia di *intercettazione di comunicazioni o conversazioni*). L'art. 240 *bis*

Conformemente a tale impostazione metodologica, la Corte di cassazione ha affermato – in materia di intercettazioni – che nella nozione di «criminalità organizzata» rientrano le «attività criminose più diverse, purché realizzate da una pluralità di soggetti che, per la commissione di reati, abbiano costituito un apparato organizzativo. Quei reati, quindi, in cui la struttura organizzativa assume un ruolo preminente rispetto ai singoli partecipanti» ⁽⁷⁰⁾. L'operatività della disciplina sarebbe quindi limitata ai fatti criminosi nei quali la struttura organizzativa, caratterizzata da articolati piani di suddivisione di compiti in vista del perseguimento del medesimo fine antigiuridico, fosse prevalente rispetto all'apporto causale del singolo partecipe.

Così procedendo, i Giudici di legittimità sembrerebbero aver adottato «la nozione di estrazione socio-criminologica che esalt[a] il dato obiettivo della concreta ravvisabilità degli elementi strutturali imperniati sull'efficace predisposizione di articolati piani di suddivisione di

co. 2 disp. att. e coord. c.p.p. dispone la non operatività della sospensione dei termini delle indagini preliminari durante il periodo feriale nei procedimenti per i reati di «criminalità organizzata». Nello stesso senso, Cass., sez. VI, 7 gennaio 1997, Pacini Battaglia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 344, con motivazione e con nota di C. CARMONA: «quel che occorre ancora rimarcare dell'ora ricordata decisione - che ne fa, quanto a metodologia, nonostante il tempo trascorso, un modello interpretativo davvero insostituibile - è l'individuazione della nozione di genere in funzione di un connotato essenzialmente finalistico, da ricollegare, appunto, alla norma di cui era stata contestata la conformità alla Costituzione».

⁽⁷⁰⁾ Cass., sez. VI, 7 gennaio 1997, Pacini Battaglia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 344, con motivazione e con nota di C. CARMONA, motivazione in diritto § 2.9.

compiti e ruoli in vista del perseguimento del medesimo fine giuridico»⁽⁷¹⁾).

⁽⁷¹⁾ G. MELILLO, *La ricerca della prova fra clausole generali e garanzie costituzionali: il caso della disciplina delle intercettazioni nei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3514. Sul punto, si v. Cass., sez. VI, 7 gennaio 1997, Pacini Battaglia, cit., motivazione in diritto §§ 2.2 e 2.9, p. 346 ss. «si è notato in dottrina come, almeno ai fini che qui direttamente interessano, l'espressione 'criminalità organizzata' e i delitti rientranti nella corrispondente tipologia risultino difficilmente enucleabili sul piano normativo. Ciò anche considerando - pur nell'ottica di una costellazione di fattispecie di tipo, *lato sensu*, associativo - che la definizione dei fatti di reato compresi nella categoria non può perdere di vista profili di ordine sociologico e criminologico; tanto da operare una prima generica distinzione - dai contorni, peraltro, non sempre ben definiti - tra criminalità organizzata e criminalità comune. (...). Con la conseguenza che la lettura della espressione 'criminalità organizzata' contenuta nel decreto-legge n. 306 del 1992 resta rigorosamente ancorata a criteri sociologici e criminologici che sono in grado di definire con sufficiente specificità il rapporto tra deroga alla disciplina generale e finalità della deroga stessa». Nello stesso senso, Cass., sez. I, 2 luglio 1998, Ingrosso, in *CED Cass.* n. 211167, motivazione in diritto § 3, «la prima doglianza va rigettata, essendosi fatto correttamente osservare da questa Corte (Cass., Sez. VI, 4 marzo 1997, Pacini Battaglia) che la nozione di 'criminalità organizzata' cui si richiama l'art. 13 della l. 203/1991 deve essere intesa con riguardo alle finalità della norma de qua, che tende a far rientrate nel suo ambito applicativo le attività criminose più diverse, purché realizzate da una pluralità di soggetti che, per la commissione di più reati, abbiano costituito un apparato organizzativo: nei reati, quindi, in cui la struttura organizzata assume ruolo preminente rispetto ai singoli partecipanti. In quest'ottica, è indubbio che l'art 416 c.p., punendo l'associazione per delinquere, risponde alle caratteristiche richieste, sostanziandosi in un'organizzazione di fatto con predisposizione, sia pure rudimentale, dei mezzi in concreto idonei alla

Rispetto all'orientamento dottrinale che valorizza i profili di ordine sociologico e criminologico, la Suprema Corte sarebbe giunta ad una nozione più ampia di «criminalità organizzata», poiché in tale categoria non vi rientrerebbero unicamente «i delitti associativi, ove l'organizzazione penetra come elemento strutturale della fattispecie (e ciò, va precisato, è vero pure per il reato di cui all'art. 416 c.p.) ma anche le ipotesi concorsuali [ex art. 110 c.p.], se e sempreché sia ravvisabile quell'articolata suddivisione di compiti per consentire una efficace collaborazione al raggiungimento del medesimo obiettivo antiggiuridico, di norma, peraltro, destinato a reiterarsi, senza che la struttura organizzativa travalichi dal concorso di persone nel reato» ⁽⁷²⁾.

Indicazioni in tal senso provengono dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione le quali hanno affermato – sia

realizzazione di quel programma criminoso per il quale il vincolo associativo si è instaurato (Cass., Sez. I, 26 maggio 1993, n. 5340, Salvo; Id., Sez. IV, 26 giugno 1992 n. 7440, Piastrelloni)».

⁽⁷²⁾ Così Cass., sez. VI, 7 gennaio 1997, Pacini Battaglia, cit., motivazione in diritto §§ 2.2. Si evidenzia che la Corte di cassazione nella pronuncia richiamata intendeva espressamente delineare una nozione di criminalità organizzata libera da ogni vincolo di dipendenza logica dalla tematica del c.d. “doppio binario”, *ivi*, § 2.2: «le esigenze teleologiche alla base della deroga all'art. 266, 2 comma, attenendo esclusivamente alla prova, prescindono da un paradigma che sia funzionale al fine divisato dalla norma che ad esso dà rilievo. Con la conseguenza che sembrerebbe anche da superare la tematica del c. d. "doppio binario" (tecnicamente inteso), così da pervenire ad un modello normativo che non necessariamente debba ricollegare la nozione di "criminalità organizzata" ad uno specifico contesto organizzativo (ovvero, addirittura, al radicamento nel territorio), venendo meno ogni riscontro interpretativo che prescinda dall'esigenza funzionale all'utilizzazione di un simile presupposto».

pure in riferimento alla mancata sospensione dei termini processuali nel periodo feriale prevista dall'art. 240 *bis* disp. att. e coord. – che la nozione di «criminalità organizzata» si riferisce non solo ai reati di criminalità mafiosa ed assimilata, ma anche a qualsiasi tipo di ‘associazione per delinquere’, ai sensi dell’art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con l’ovvia esclusione del mero concorso di persone del reato (ove manca il requisito dell’organizzazione) ⁽⁷³⁾.

⁽⁷³⁾ In questo senso Cass., S.U., 22 marzo 2005, Petrarca, con motivazione e con nota di G. MELILLO, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2923, motivazione in diritto § 5. La Suprema Corte supera anche gli argomenti fondati sulla ragione storica che ha determinato l’adozione del d.l. 306 del 1992, certamente riguardante i fatti di criminalità mafiosa, il cui oggetto non è stato espressamente circoscritto dal legislatore (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*), *ivi* §§ 2 e 5, p. 2921 ss: «il Collegio remittente ha ricordato, al riguardo, come questa Corte Suprema abbia avuto modo di affermare che il disposto del 2° comma dell'art. 2 della legge n. 742 del 1969, sia da intendersi riferibile non solo ai reati di criminalità mafiosa ed assimilata, ma anche ai reati di criminalità organizzata di altra natura, come pure a quelli che ad essi risultano connessi, esprimendosi in tal senso in relazione a fattispecie relative al reato di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti (Cass.: Sez. Unite, 8.5.1996, n. 12, Giammaria e Sez. V, 26.4.2001, n. 16866, Mussurici). Ha considerato non condivisibile, però, tale approdo ermeneutico, osservando che la disposizione introdotta dall'art. 21 bis del D.L. n. 306 del 1992 assume le connotazioni di una disposizione di carattere eccezionale, in quanto derogatoria rispetto all'ordinario regime di sospensione dei termini processuali nel periodo feriale, inserita in un complesso provvedimento legislativo, adottato in via di urgenza - sull'onda dei tragici fatti di Capaci - nel quadro di un dichiarato disegno di ‘contrasto alla criminalità mafiosa’, come specifica la stessa intitolazione del decreto e come, d'altra parte, emerge dalla relazione illustrativa che accompagna il disegno di

legge di conversione del provvedimento. Da ciò ha dedotto che tale disposizione rinviene la propria trasparente *'ratio essendi'* nella ravvisata esigenza di imprimere la massima celerità possibile al corso dei procedimenti relativi a vicende valutate di gravità eccezionale: donde la necessità di assegnare a quella deroga un ambito operativo concettualmente e teleologicamente circoscritto, al punto da poter *'giustificare - anche sul piano della intrinseca razionalità del sistema - la 'eccezionalità' del regime derogatorio con una omologa 'eccezionalità' delle ragioni giustificatrici (e, quindi, dei caratteri di elevata pericolosità che le singole fattispecie oggetto di indagine devono presentare per la tutela della collettività)*. Questa prima considerazione, secondo i giudici remittenti, già di per sé potrebbe portare ad escludere qualsiasi possibilità di identificare il concetto di *'criminalità organizzata'*, postulato dalla norma, con la generica figura della associazione per delinquere, giacché il reato di cui all'art. 416 cod. pen. - nella sua connotazione, appunto, *'di genere'* - non parrebbe integrare alcuno dei caratteri di *'eccezionalità'* che ha ispirato il complessivo disegno secondo il quale si è mosso il legislatore del D.L. n. 306 del 1992. La conclusione di cui sopra sarebbe altresì sostenuta dall'esame di varie disposizioni nelle quali parimenti sono state introdotte previsioni derogatorie (anch'esse *'eccezionali'*) espressamente riferite non all'etereo concetto di *'criminalità organizzata'*, bensì ad una più pertinente rassegna *nominatim* di singole fattispecie criminose. Le diverse figure di reati associativi richiamate, ad esempio, dall'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario, quelle previste dall'art. 51, comma 3 bis, o dall'art. 275, comma 3, ovvero, ancora, dall'art. 407 del codice di rito, sono tutte figure "qualificate", a testimonianza di come, dunque, l'ipotesi "ordinaria", delineata dall'art. 416 cod. pen., non abbia assunto in sé uno specifico valore denotativo agli effetti del perseguimento degli obiettivi avuti di mira dal legislatore. Con particolare riferimento alle previsioni dell'art. 407, comma 2 - lettera a), cod. proc. pen. (che fissa il più elevato dei limiti temporali della durata massima delle indagini preliminari per una serie di reati, molti dei quali *'tradizionalmente'* iscritti nel panorama delle norme dedicate, appunto, a fronteggiare la *'criminalità organizzata'*) sembrerebbe

In altri termini, alla luce dei più recenti approdi giurisprudenziali, condizione necessaria e sufficiente ai fini dell'integrazione di una fattispecie di «criminalità organizzata» sarebbe la commissione di più reati da parte di una pluralità di soggetti che, a tale precipuo scopo, «abbiano costituito un apparato organizzativo il rilievo del quale predomini rispetto all'apporto causale del singolo partecipe: e ciò in considerazione del particolare allarme sociale che qualsiasi struttura organizzativa criminale suscita nell'opinione pubblica»⁽⁷⁴⁾. Ciò precisato, la Corte di cassazione nella sua composizione più autorevole esclude che, da un lato, tale nozione debba intendersi ristretta ai reati di criminalità mafiosa e, dall'altro, che in essa rientri il mero concorso di persone nel reato, ove difetti il requisito dell'organizzazione (inteso come elemento strutturale della fattispecie), conclusione a cui erano giunti, invece, i giudici di legittimità in tema di intercettazioni. In tale prospettiva, pertanto, il reato associativo “comune” incarna l'emblema per la

che, proprio per essi, possa ritenersi ragionevolmente giustificata la deroga espressa dalla norma in esame, destinata ad accelerare le cadenze relative alle indagini preliminari di quei procedimenti che, per la obiettiva gravità, "beneficiano" di un più ampio termine di durata delle indagini preliminari. (...). In relazione alla questione che ci occupa, il riferimento ad una 'ratio' esclusiva di 'contrasto alla criminalità mafiosa', dedotta dalla genesi del D.L. n. 306 del 1992, è riduttivo e non trova riscontro lessicale nel testo dell'art. 21 *bis*, che ben avrebbe potuto (più semplicemente) limitarsi ad escludere la sospensibilità dei procedimenti con riferimento a quella nozione di "associazione di tipo mafioso" che, tra l'altro, lo stesso provvedimento normativo aveva ampliato».

⁽⁷⁴⁾ Cass., S.U., 22 marzo 2005, Petrarca, con motivazione e con nota di G. MELILLO, cit., p. 2924, motivazione in diritto § 5.

ricostruzione della nozione di criminalità organizzata ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁵⁾ Osserva G. MELILLO, *Appunti in tema di sospensione feriale dei termini relativi a procedimenti per reati di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2928: «la correlativa esclusione della riferibilità della nozione di criminalità organizzata anche alle ipotesi di concorso di persone nelle quali, invece, secondo l'indirizzo interpretativo inaugurato con la pronuncia della decisione della VI Sezione del 7 gennaio 1997, pure potrebbero riconoscersi in concreto i tratti di un'attività di organizzazione di risorse materiali ed umani con rilievo predominante rispetto all'apporto dei singoli concorrenti, costituisce la prima e principale espressione di quella consapevolezza garantistica, escludendosi che il rilievo dell'apparato organizzativo possa trovare riconoscimento al di fuori dei casi di formale individuazione di una fattispecie associativa quale oggetto del procedimento ed attraverso una valutazione discrezionale del giudice svincolata da quel formale presupposto. Si tratta di un indubbio progresso in termini di determinatezza normativa che, peraltro, in fatto, contribuisce anche ad avvicinare ulteriormente la nozione legale di delitti di criminalità organizzata al paradigma criminologico che vuole la categoria concettuale della criminalità organizzata riferita soltanto ai fenomeni criminosi più rilevanti sul piano della rivelata capacità di condizionamento dell'economia e delle attività sociali ed economiche, con esclusione delle strutture organizzative rudimentali, le quali, ancorché idonee alla realizzazione degli atti delittuosi pianificati dal gruppo, non appartengono al novero dei fenomeni criminali connotati dalla dotazione di apparati organizzativi sistematicamente finalizzati alla produzione e al reinvestimento speculativo di ricchezza illecita, vale a dire alle forme delinquenziali associative individuate dall'ulteriore comune denominatore della ricerca del controllo di aree di mercato secondo criteri quasi-aziendali. La residua area differenziale risulta dalla maggiore ampiezza del campo fenomenologico riconducibile alla fattispecie associativa generale, mirando con evidenza la suprema Corte a contenere entro i limiti tracciati da precisi riferimenti legislativi la discrezionalità, altrimenti amplissima, delle valutazioni giudiziali». Si veda però *Cass.*, S.U., 15 luglio 2010, in

A ben vedere, infatti, anche nell'ambito del concorso di persone nel reato commesso in esecuzione di un programma più o meno articolato può essere ravvisata l'organizzazione «allorquando vi sia comunque una suddivisione di compiti al fine di collaborare al raggiungimento del medesimo obiettivo antiggiuridico (si pensi, ad es., alle ipotesi di sequestro di persona)»⁽⁷⁶⁾. Come evidenziato in dottrina, che «il momento

Cass. pen., 2011, p. 1673, «in argomento costituisce imprescindibile riferimento la sentenza delle Sezioni unite, 22 marzo 2005, dep. 11 maggio 2005, n. 17706, Petrarca, Rv. 230895, che ha condivisibilmente osservato come il concetto di criminalità organizzata evocato dalla L. n. 742 del 1969, art. 2, comma 2, a pena di opinabili applicazioni casistiche che facciano perno sul concetto di 'gravità eccezionale' del reato, pur se desunto da 'catalogazioni' normative (ad es., art. 407 c.p.p., comma 2, lett. a), art. 372 c.p.p., comma 1 *bis*, art. 51, comma 3 *bis*), debba intendersi riferito a ogni delitto associativo, correlato alle attività criminose più diverse, ideate 'da una pluralità di soggetti' che, a tal fine, 'abbiano costituito un apparato organizzativo'. In detta sentenza le Sezioni unite coerentemente escludono, da un lato, che la nozione debba intendersi ristretta ai reati di criminalità mafiosa, dall'altro che in essa rientri il mero concorso di persone nel reato, ove manchi il requisito rappresentato da una stabile organizzazione programmaticamente ispirata alla commissione di più reati. Dunque, un reato che non presenti tali elementi strutturali, pur se caratterizzato da un 'metodo' idoneo a evocare dati comportamentali propri della criminalità mafiosa o pur se realizzato da un soggetto mosso dalla finalità di agevolazione di organismi mafiosi, non è, di per sé un reato "di criminalità organizzata", almeno nell'economia della disciplina contenuta nella L. 7 ottobre 1969, n. 742, art. 2, comma 2».

⁽⁷⁶⁾ D. MANZIONE, *Una normativa "d'emergenza" per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (d.l. 152/1991 e l. 203/91): uno sguardo d'insieme*, in *Leg. pen.*, 1992, p. 852.

organizzativo non [sia] assolutamente estraneo alle fattispecie di concorso personale»⁽⁷⁷⁾ lo si evince dall'art. 112 co. 2 c.p. il quale, con riferimento al concorso doloso, prevede, al fine di parametrare la responsabilità di coloro che concorrono nella commissione di un reato (sulla base del contributo da ciascuno apportato alla realizzazione del fatto), la circostanza aggravante per chi « (...) ha promosso od organizzato la cooperazione nel reato ovvero diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo». In tale ottica, organizzatore è colui che «predisporre il piano criminoso, scegliendo e coordinando i mezzi e le persone per attuarlo»⁽⁷⁸⁾. Da ciò consegue che l'organizzazione « (...) non può essere elemento discriminante per la individuazione dei delitti di criminalità organizzata rispetto alle fattispecie associative»⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ C. TAORMINA, *Spunti per una procedura differenziata in materia di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 1991, p. 132.

⁽⁷⁸⁾ Così, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, p. 554.

⁽⁷⁹⁾ C. TAORMINA, *Spunti per una procedura differenziata in materia di criminalità organizzata*, cit., p. 133. Con riferimento al concorso di persone nel reato, l'A. precisa che «il riferimento all'organizzazione, pur se emergente dal dato sociologico, riveste una sua importanza anche perché riecheggia valenze giurisprudenziali assolutamente notorie, delle quali, peraltro, è forse opportuno, oggi più che mai, recuperare il reale ed originario significato, specie considerando che la tecnicizzazione del dato in questione si impone dopo che il richiamo ai 'delitti di criminalità organizzata' risulta effettuato persino dall'art. 274 c.p.p. (...) sembra opportuno prendere le mosse dalla considerazione che il momento organizzativo non è assolutamente estraneo alle fattispecie di concorso personale, posto che il menzionato art. 2 dell'art. 112 C.p. fa espresso riferimento al fatto di aver promosso o, appunto 'organizzato' la cooperazione nel delitto. Se, (...), a

Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, infatti, i requisiti che differenziano l'«associazione» dal «concorso» sono l'«esistenza di un vincolo associativo tendenzialmente stabile o permanente fra tre o più soggetti», ossia destinato a durare anche oltre l'eventuale realizzazione dei delitti programmati, e «l'indeterminatezza del programma criminoso». Diversamente, il concorso di persone nel reato dà vita a un vincolo «occasionale» tra più persone circoscritto alla realizzazione di uno più reati «determinati» ⁽⁸⁰⁾.

parte la operatività delle fattispecie associative in correlazione con la indeterminatezza del numero di reati che ci si propone di commettere, senza rilievo alcuno per la effettività della realizzazione, il numero dei reati interessati dal concorso personale non può far venir meno l'applicazione del disposto dell'art. 110 C.p., suscettibile, dunque, di coniugarsi con l'elemento dell'organizzazione, è chiaro che quest'ultimo in quanto tale non può essere elemento discriminante per la individuazione dei delitti di criminalità organizzata rispetto alle fattispecie associative. Il dato di discriminazione si rinviene con una certa agevolezza riflettendo sulla ragione dell'autonoma possibilità di previsione di tali fattispecie legate al solo fatto organizzativo che assume una specificità rispetto al n. 2 dell'art. 112 C.p. proprio in quanto l'organizzazione medesima presenta quella peculiarità identificativa nella stabilità dell'organizzazione. Si tratta di un requisito del quale troppo frequentemente si è dispersa la consapevolezza sul piano giurisprudenziale non meno che su quello dottrinale, inconsapevolezza dalla quale è derivato un abuso nella utilizzazione delle fattispecie associative, quasi sempre destinate, nella pratica, ad assorbire le fattispecie concorsuali» [ID., *ivi*, p. 132 ss.].

⁽⁸⁰⁾ Cass., sez. II, 8 luglio 1983, in *Cass. pen.*, 1985, p. 866, «l'associazione per delinquere si differenzia dal concorso di persone nel reato continuato in quanto nel concorso l'accordo - che può intervenire fra due sole persone e concernere anche un solo

Quanto all'esistenza di una organizzazione di persone e di mezzi, quale tratto caratterizzante il reato associativo di cui all'art. 416 c.p., mentre per parte della giurisprudenza non è necessaria né una vera e propria organizzazione con gerarchie interne e distribuzione di specifiche cariche⁽⁸¹⁾, né una organizzazione complessa, altro orientamento, invece, ritiene che basti un *minimum* di struttura organizzativa quale presupposto del vincolo associativo⁽⁸²⁾, ovvero una rudimentale predisposizione dei mezzi occorrenti per la realizzazione del programma criminoso

reato - è circoscritto alla realizzazione di uno o più reati nettamente individuati e sorge in vista della commissione di essi, esaurendosi dopo la commissione stessa. Nell'associazione per delinquere, invece, vi è un preventivo accordo a carattere generale e continuativo fra almeno tre persone, diretto all'attuazione di una serie continuativa di delitti, non singolarmente individuati, cioè di un programma criminoso che di regola permane anche dopo la commissione di uno o più delitti, sicché esso costituisce, di per sé, un pericolo per l'ordine pubblico».

⁽⁸¹⁾ Cass., sez. I, sent. 1° giugno 1983, Romeo, in *Cass. pen.*, 1985, p. 621, con nota di S. DEL CORSO: «per la configurabilità del delitto di associazione per delinquere non è necessaria una vera e propria organizzazione con Gerarchie interne e distribuzione di specifiche cariche criminoso, ma è sufficiente l'"*affectio societatis scelerum*" ossia l'esistenza di un vincolo associativo non circoscritto ad uno o più delitti determinati ma consapevolmente esteso ad un generico programma delittuoso».

⁽⁸²⁾ Cass., sez. II, 8 luglio 1983, cit., p. 866, «ai fini della sussistenza dell'associazione per delinquere non è richiesta l'esistenza di un'organizzazione perfetta in tutte le sue strutturazioni, essendo sufficiente un *minimum* di struttura organizzativa, che costituisca il presupposto del vincolo associativo».

(⁸³). Sennonché, come precisato sia in dottrina che in giurisprudenza, la questione deve essere più correttamente inquadrata nell'ambito del principio di offensività, che governa il diritto penale del fatto. Onde evitare che il predetto orientamento riconduca all'art. 416 c.p. associazioni *strutturalmente inidonee* a mettere in pericolo l'ordine pubblico, ossia il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, «per rispettare il principio di 'offensività' anche sul terreno del reato associativo, occorre invece vagliare di volta in volta se l'associazione sia dotata di una struttura organizzativa adeguata a realizzare gli obiettivi criminosi presi di mira: senza la verifica dell'idoneità dell'apparato organizzativo, la pericolosità dell'associazione per l'ordine pubblico verrebbe in ammissibilmente desunta dalla semplice esistenza dell'accordo criminoso» (⁸⁴).

(⁸³) Cass., sez. I, 23 febbraio 1993, in *Giur. it.*, 1994, II, p. 672, «ai fini della sussistenza dell'associazione per delinquere, non è necessario che l'associazione stessa tragga origine da un regolare atto di costituzione, pur essendo necessaria un'organizzazione di fatto con predisposizione, sia pure rudimentale, dei mezzi in concreto idonei alla realizzazione di quel programma criminoso per il quale il vincolo associativo si è instaurato, nonché la coscienza e volontà, da parte di ciascun socio, di far parte di un organismo associativo, e cioè del legame di reciproca disponibilità con gli altri partecipanti in relazione allo svolgimento dell'attività programmata».

(⁸⁴) G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, vol. I*, Bologna, 2013, p. 489. Si v. anche M. PELISSERO, *Associazione per delinquere e assistenza agli associati*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, Torino, 2010, p. 254: «in senso decisamente più restrittivo si sono invece pronunciate quelle sentenze che richiedono l'idoneità della organizzazione in relazione ai delittiscopo, da valutare in concreto in relazione allo specifico

programma criminoso. (...). Il requisito della idoneità consente di ricondurre la fattispecie al rispetto del principio di offensività». In giurisprudenza si segnalano, Cass., sez. VI, 25 settembre 1998, Villani e altri, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3111, con nota di M. CERASE, «sia il codice penale (artt. 416 e 416- bis) che il t.u. delle leggi sugli stupefacenti (art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309) non recano nozioni definitorie dell'associazione che intendono reprimere, ma rimandano all'interprete per l'individuazione del concetto. Elemento essenziale dei reati previsti dalle norme suindicate è l'accordo associativo il quale crea un vincolo permanente a causa della consapevolezza di ciascun associato di far parte del sodalizio e di partecipare, con contributo causale, alla realizzazione di un duraturo programma criminale. Tale essendo la caratteristica del delitto, ne discende a corollario la secondarietà degli elementi organizzativi che si pongono a substrato del sodalizio, elementi la cui sussistenza è richiesta nella misura in cui dimostrano che l'accordo può dirsi seriamente contratto, nel senso cioè che l'assoluta mancanza di un supporto strumentale priva il delitto del requisito dell'offensività. Tanto sta pure a significare che, sotto un profilo ontologico, è sufficiente un'organizzazione minima perché il reato si perfezioni, e che la ricerca dei tratti organizzativi non è diretta a dimostrare l'esistenza degli elementi costitutivi del reato, ma a provare, attraverso dati sintomatici, l'esistenza di quell'accordo fra tre o più persone diretto a commettere più delitti, accordo in cui il reato associativo di per sé si concreta»; Cass., sez. VI, 14 giugno 1995, Montani, in *CED Cass.* n° 203642: «il reato associativo si caratterizza per tre elementi fondamentali, costituiti: a) da un vincolo associativo tendenzialmente permanente, o comunque stabile, destinato a durare anche oltre la realizzazione dei delitti concretamente programmati; b) dall'indeterminatezza del programma criminoso, che distingue tali reati dall'accordo che sorregge il concorso di persone nel reato, indeterminatezza che non viene meno per il solo fatto che l'associazione sia finalizzata esclusivamente alla realizzazione di reati di un medesimo tipo o natura, giacché essa attiene al numero, alle modalità, ai tempi, agli obiettivi dei delitti integranti eventualmente anche un'unica disposizione di legge, e

Parrebbe allora possibile ricomprendere nel fumoso concetto di «criminalità organizzata» sia i delitti associativi, purché la valutazione dell'adeguatezza della struttura per la realizzazione degli obiettivi criminali sia funzionale all'osservanza del principio di offensività e, quindi, idonea a porre in pericolo il bene giuridico protetto, che nella specie è costituito dall'ordine pubblico⁽⁸⁵⁾, sia l'ipotesi di concorso di persone purché

non necessariamente alla diversa qualificazione giuridico-penalistica dei fatti programmati; c) dall'esistenza di una struttura organizzativa, sia pur minima, ma idonea, e soprattutto adeguata a realizzare gli obiettivi criminosi presi di mira»; Cass., sez. I, 16 novembre 1984, in *Giust. pen.*, 1985, II, p. 616: «per la configurazione del delitto di associazione per delinquere non è necessaria la circostanza di una specifica e complessa organizzazione di mezzi, ma è sufficiente anche una semplice e rudimentale predisposizione degli stessi, purché ciò sia idoneo, in concreto, per la realizzazione di quel programma di delinquenza, per cui il vincolo associativo si è instaurato e perdura, in relazione alle esigenze richieste dall'esecuzione dei delitti programmati».

⁽⁸⁵⁾ Con riferimento al bene giuridico in questione «(...) va particolarmente sottolineata la distinzione tra le due accezioni fondamentali in cui l'ordine pubblico è stato storicamente, e può ancora oggi essere inteso. La prima accezione è quella di ordine pubblico in senso materiale, cui ha storicamente corrisposto – fino a prima del codice penale del 1889 – la categoria dei reati cosiddetti contro la 'pubblica tranquillità': in questo senso, l'ordine pubblico ha uno spessore materiale o empirico, in quanto allude a una condizione di pacifica convivenza immune da disordine o violenza. Da questo punto di vista, ordine pubblico nazionalmente equivale (oltre che 'pubblica tranquillità') a *sicurezza collettiva* o *buon ordine esteriore*. La seconda nozione è quella di ordine pubblico ideale o normativo: essa non riflette più uno stato di fatto, bensì evoca una entità ideale costituita dal complesso di quei principi e/o di quelle istituzioni fondamentali, dalla cui continuità e immutabilità dipenderebbe la sopravvivenza dell'ordinamento; in

questo senso, ordine pubblico è sinonimo di *ordine legale costituito*. Mentre la dottrina oggi dominante propende per una nozione di ordine pubblico in ‘senso materiale’, nella giurisprudenza della Corte costituzionale si registra una oscillazione e talora una sovrapposizione tra i rispettivi concetti di ordine pubblico ‘materiale’ e ‘ideale’. Di quest’ultima nozione, la Corte invero fornisce una specificazione ulteriore, identificata nel c.d. *ordine pubblico costituzionale*: questo ricomprendrebbe l’insieme dei principi fondamentali, che riassumono l’ordine legale di una convivenza sociale ispirata ai valori costituzionali. Nonostante abbia ricevuto l’avallo della giurisprudenza costituzionale, la nozione di ordine pubblico ideale non è accoglibile per più ordini di ragioni. Si tratta innanzitutto di un concetto rarefatto e inafferrabile, in quanto i suoi contorni sfuggono a una precisa delimitazione: ne deriva che non è possibile ‘connotare di materialità la situazione di fatto nella quale l’ordine pubblico ideale opera’. Non essendo suscettivo di accertamento empirico, ma riducendosi a pura entità concettuale astratta, l’ordine pubblico ideale reca perciò il rischio di essere interpretativamente ‘manipolato’ a copertura di interessi mutevoli e non sempre effettivamente meritevoli di tutela. Se poi si ritenesse che l’ordine pubblico ideale – sia pure inteso come ordine ‘costituzionale’ – possa costituire un limite generale all’esercizio di tutte le libertà costituzionalmente garantite, non solo si pretenderebbe di introdurre arbitrariamente un limite *non* previsto dalla stessa Costituzione, ma anche si trascurerebbe che ‘dal vigente ordine costituzionale quelle libertà costituiscono parte integrante ed essenziale’. Un terzo rilievo critico deriva dalla constatazione, che l’offesa all’ordine pubblico ideale può anche essere (appunto, ‘idealmente’) arrecata con la semplice manifestazione di idee o convincimenti contrastanti con i valori posti alla base dell’ordine legale costituito: di qui, il pericolo di criminalizzare il semplice *dissenso politico-ideologico*». Per tutte queste ragioni sinteticamente accennate, un concetto di ordine pubblico davvero orientato secondo la Costituzione non può che modellarsi sulla nozione di ordine pubblico in senso materiale: ciò che la legge penale è legittimata a prevenire, non è il disordine ideale scaturente

caratterizzate da un'attività di organizzazione di risorse materiali ed umane, con rilievo predominante rispetto all'apporto dei singoli concorrenti, tali da porre in pericolo o ledere il bene giuridico dell'ordine pubblico (in tale prospettiva, si pensi, a titolo esemplificativo, al concorso di persone nel reato di riciclaggio *ex art. 648 c.p.*) ⁽⁸⁶⁾. Diversamente, non si spiegherebbe la reazione esemplare dello Stato in termini di compressione delle garanzie processuali del prevenuto.

A dispetto «della univocità della nozione (...) [in parola] prospettata nella riflessione socio-criminologica, è evidente, invece, l'assenza di una *nozione giuridica* unitaria, poiché questa si rinviene in contesti normativi diversificati e non sempre utili sul piano delle esigenze ermeneutiche specifiche. (...) Le esigenze teleologiche che si pongono alla base della deroga in esame [nonché in materia di intercettazione di comunicazioni o conversazioni] prescindono da un paradigma che non sia funzionale al fine divisato dalla norma» ⁽⁸⁷⁾. La Suprema

dal conflitto tra principi o valori diversi, bensì il disordine materiale che mette a repentaglio la pace esterna e la sicurezza fisica delle persone».

⁽⁸⁶⁾ Come sostenuto sia in dottrina che in giurisprudenza, il delitto di riciclaggio (art. 648 c.p.) «a differenza della ricettazione, finalizzata unicamente alla tutela del patrimonio, rappresenta un reato plurioffensivo, posto che il bene giuridico tutelato non è soltanto il patrimonio, ma anche l'amministrazione della giustizia, dell'ordine pubblico e dell'economia», Trib. Milano., sez. IV, 17 maggio 2007, in *Foro amb.*, 2007, p. 288.

⁽⁸⁷⁾ Cass., S.U., 22 marzo 2005, Petrarca, con motivazione e con nota di G. MELILLO, cit, p. 2923, motivazione in diritto § 5. *Ivi*, la Suprema Corte precisa che «inadeguato appare, altresì, il riferimento all'elencazione contenuta nella lettera a) del 2° comma

Corte, per questa via, è giunta a riconoscere «l'autonomia del significato procedurale della formula delitti di criminalità organizzata rispetto a quelli enucleabili dai dati normativi rilevanti a scopi di disciplina ordinamentale ovvero comunque dettati ad altri fini processuali»⁽⁸⁸⁾.

L'indirizzo interpretativo è considerato, dalla stessa giurisprudenza, rispettoso del principio di legalità, che impone un'esigenza di determinatezza, poiché la riconduzione alla fattispecie associativa generale impedisce la possibilità di eterogenee interpretazioni

dell'art. 407 c.p.p.: sia perché sarebbe improprio riguardare la previsione della sospensione dei termini feriali nella ristretta ottica di un contemperamento della fissazione dei più ampi termini di complessiva durata massima delle indagini preliminari sia perché l'elencazione dell'art. 407 ricomprende numerose e disomogenee fattispecie, delle quali solo alcune sono valutabili in termini di delitti di criminalità organizzata. Né appare congrua un'interpretazione di tipo "additivo" connessa ai soli delitti associativi previsti da specifiche norme incriminatrici: non si comprende, infatti, perché - rispetto a siffatti delitti - dovrebbe considerarsi minore, ad esempio, l'allarme indotto da truffe organizzate, da estese attività di ricettazione, ovvero dalla compromissione della salute pubblica attraverso la sistematica cessione di farmaci ad azione dopante: costituiscono, tutti questi, infatti, fenomeni eterogenei, accomunati però da una comune intollerabilità, che induce una forte reazione sociale. Arbitraria deve ritenersi, infine, la prospettazione, di un riferimento "integrato" al complesso delle fattispecie individuate dall'art. 407, comma 2 - lett. a), dall'art 372, comma 1 bis, dagli artt. 51, comma 3 bis, e 54 cod. proc. pen., stante l'evidente disomogeneità delle disposizioni richiamate».

⁽⁸⁸⁾ G. MELILLO, *Appunti in tema di sospensione feriale dei termini relativi a procedimenti per reati di criminalità organizzata*, cit., p. 2926.

casistiche eversive ⁽⁸⁹⁾.

Le Sezioni Unite adducono altresì dei riscontri normativi di derivazione comunitaria a supporto dell'esclusione, dalla nozione di «criminalità organizzata», delle mere forme concorsuali, pur se caratterizzate da un'attività di organizzazione di risorse materiali ed umane, con rilievo predominante rispetto all'apporto dei singoli concorrenti, richiedendo, pertanto, come minimo comune denominatore, la commissione del reato ad opera di una pluralità di soggetti e la costituzione di una struttura organizzativa che assuma un ruolo preminente rispetto a quello dei singoli concorrenti.

Ci si riferisce, innanzitutto, all'Azione Comune adottata il 21 dicembre 1998 dal Consiglio dell'Unione Europea sulla base dell'art. k. 3 del TUE, riguardante la punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione che, definendo all'art. 1 l'organizzazione criminale come l'« (...) l'associazione strutturata di più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una pena più grave, reati che costituiscono un fine in sé ovvero un mezzo per ottenere profitti materiali e, se del caso, per influenzare indebitamente l'operato delle pubbliche autorità», appare compatibile con la pena prevista dal secondo comma dell'art. 416 c.p., pari alla reclusione da uno a cinque anni per il solo fatto di partecipare all'associazione per

⁽⁸⁹⁾ In questo senso, Cass., S.U., 22 marzo 2005, Petrarca, con motivazione e con nota di G. MELILLO, cit, p. 2924, motivazione in diritto § 5.

delinquere ⁽⁹⁰⁾. Secondariamente, viene ritenuto significativo l'art. 8 della legge che pone disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli Stati membri, che, nella individuazione dei casi di consegna obbligatoria, ha privilegiato il generico riferimento alla condotta di «partecipare ad una associazione di tre o più persone finalizzata alla commissione di più delitti», «sempre che, escluse le eventuali aggravanti, il massimo della pena o della misura di sicurezza privativa della libertà personale sia pari o superiore a tre anni» ⁽⁹¹⁾.

⁽⁹⁰⁾ In questo senso, Cass., S.U., 22 marzo 2005, Petrarca, con motivazione e con nota di G. MELILLO, cit., p. 2924, motivazione in diritto § 5.

⁽⁹¹⁾ In questo senso, Cass., S.U., 22 marzo 2005, Petrarca, con motivazione e con nota di G. MELILLO, cit., p. 2923, motivazione in diritto § 5. Recentemente, tale impostazione è stata ribadita da Cass., S.U., 15 luglio 2010, Donadio, in *CED Cass.* n° 247994 che ha ritenuto l'omicidio aggravato ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991 un reato estraneo alla nozione di criminalità organizzata, poiché non sussisteva il requisito della stabile organizzazione: «in argomento costituisce imprescindibile riferimento la sentenza delle Sezioni unite, 22 marzo 2005, dep. 11 maggio 2005, n. 17706, Petrarca, Rv. 230895, che ha condivisibilmente osservato come il concetto di criminalità organizzata evocato dalla L. n. 742 del 1969, art. 2, comma 2, a pena di opinabili applicazioni casistiche che facciano perno sul concetto di 'gravità eccezionale' del reato, pur se desunto da 'catalogazioni' normative (ad es., art. 407 c.p.p., comma 2, lett. a), art. 372 c.p.p., comma 1 bis, art. 51, comma 3 bis), debba intendersi riferito a ogni delitto associativo, correlato alle attività criminose più diverse, ideate 'da una pluralità di soggetti' che, a tal fine, 'abbiano costituito un apparato organizzativo'. In detta sentenza le Sezioni unite coerentemente

Per di più l'esclusione della forma concorsuale dalla nozione di criminalità organizzata, vista con favore dalla dottrina ⁽⁹²⁾, si reputa essere in linea con quanto disposto dalla Convenzione sul crimine organizzato transnazionale, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 15-12-2000 a Palermo e ratificata dall'Italia con legge n. 146 del 2006 ⁽⁹³⁾, che riferisce l'espressione «*organized criminal group*» (art. 2 lett. a) ad un «gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più reati gravi o reati stabiliti dalla (...) [medesima] Convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale» ⁽⁹⁴⁾.

escludono, da un lato, che la nozione debba intendersi ristretta ai reati di criminalità mafiosa, dall'altro che in essa rientri il mero concorso di persone nel reato, ove manchi il requisito rappresentato da una stabile organizzazione programmaticamente ispirata alla commissione di più reati. Dunque, un reato che non presenti tali elementi strutturali, pur se caratterizzato da un 'metodo' idoneo a evocare dati comportamentali propri della criminalità mafiosa o pur se realizzato da un soggetto mosso dalla finalità di agevolazione di organismi mafiosi, non è, di per sé un reato 'di criminalità organizzata', almeno nell'economia della disciplina contenuta nella L. 7 ottobre 1969, n. 742, art. 2, comma 2».

⁽⁹²⁾ G. MELILLO, *Appunti in tema di sospensione feriale dei termini relativi a procedimenti per reati di criminalità organizzata*, cit., p. 2928.

⁽⁹³⁾ Si segnala inoltre che l'UE ha aderito alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transazionale organizzata. Si v. A. DAMATO, *Il diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Argomenti di diritto penale europeo*, cit., p. 209 ss.

⁽⁹⁴⁾ La norma precisa che la locuzione «'reato grave' indica la condotta che costituisce un reato sanzionabile con una pena privativa della libertà personale di almeno quattro anni nel

massimo o con una pena più elevata». L'art. 5. invece, prevede l'obbligo di adottare misure legislative per la penalizzazione della partecipazione (o del semplice accordo, la c.d. “*conspiracy*”) in tali gruppi criminali organizzati. Di conseguenza, molte legislazioni nazionali hanno importato nel diritto interno una fattispecie incriminatrice con analoghi connotati. In questo senso, G. BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, cit., p. 272 ss., il quale osserva: «se, come appare di immediata evidenza, questa definizione appare ricalcata, sia pur restringendola per quanto concerne i confini della programmazione delittuosa, sulla nozione di associazione per delinquere semplice, si comprende bene come la configurabilità di tale fattispecie o di altre comunque inquadrabili in un contesto criminale munito di tali caratteristiche segni un invalicabile confine nella determinazione dell’ambito di applicabilità delle norme processuali in materia di reati di ‘criminalità organizzata’». L’Autore, *ivi*, nota 15 precisa che «la necessità del perseguimento di vantaggi finanziari o comunque materiali sembra infine risolvere, in senso negativo, il problema della riconducibilità alla nozione di ‘criminalità organizzata’ dei delitti associativi di natura politica e di quelli comunque caratterizzati dalla speciale aggravante della finalità di terrorismo e di eversione dell’ordine democratico». Deve inoltre menzionarsi, nell’ambito dell’Unione Europea, la decisione quadro 2008/841/GAI sul crimine organizzato. Questo provvedimento normativo, finalizzato al «ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» (art. 34 TUE), fornisce una definizione di «criminalità organizzata» e disciplina la condotta partecipativa e le relative sanzioni, sulla scia dell'impostazione accolta nella Convenzione di Palermo e della precedente Azione comune del 1998. Inoltre, nell'ottobre del 2011, il Parlamento Europeo ha adottato una Risoluzione sul tema della criminalità organizzata nell'Unione Europea [2010/2309(INI)] che pone l’accento sulla necessità di trattare la criminalità organizzata autonomamente rispetto al terrorismo e di varare una strategia UE *ad hoc*. All’art. 7 si «chiede alla Commissione – tenendo presente l'impatto estremamente limitato esercitato sui sistemi legislativi degli Stati membri dalla decisione quadro 2008/841/GAI sul

crimine organizzato, la quale non ha apportato significativi miglioramenti né alle legislazioni nazionali né alla cooperazione operativa volta a contrastare la criminalità organizzata – di presentare entro la fine del 2013 una proposta di direttiva che contenga una definizione di criminalità organizzata più concreta e che individui meglio le caratteristiche essenziali del fenomeno, in particolare focalizzando l'attenzione sulla nozione chiave di organizzazione e altresì tenendo conto dei nuovi tipi di criminalità organizzata; chiede che, per il reato di partecipazione a organizzazione criminale e nel debito rispetto delle 'diversità e specificità' dei vari ordinamenti giuridici nazionali, si valuti l'abolizione dell'attuale doppio approccio (che criminalizza sia la partecipazione che la cospirazione) e si identifichi una serie di reati tipici per i quali, indipendentemente dalla pena massima prevista negli ordinamenti degli Stati membri, sia configurabile tale fattispecie penale; chiede inoltre che venga esaminata con maggior rigore la questione della criminalizzazione di qualsiasi forma di sostegno alle organizzazioni criminali». La Risoluzione, nonostante sia sprovvista di efficacia giuridica, è molto rilevante poiché mediante l'art. 14 «esorta la Commissione a redigere una proposta di direttiva volta a far sì che l'associazione con la mafia o con altre filiere criminali costituisca un reato punibile in tutti gli Stati membri, in modo da rendere punibili quelle organizzazioni criminali che traggono profitto dalla loro stessa esistenza, attraverso la capacità di generare intimidazione anche in assenza di concreti atti di violenza o di minaccia, con lo scopo di commettere reati, incidere sul sistema di gestione del settore economico, amministrativo e dei servizi pubblici e sul sistema elettorale». Il provvedimento *de qua*, prevede altresì, all'art. 15, l'«istitu[zione], entro tre mesi dall'approvazione della presente risoluzione, [di] una commissione speciale sulla diffusione delle organizzazioni criminali che agiscono a livello transnazionale, tra cui le mafie, ponendo tra le sue finalità l'approfondimento della dimensione del fenomeno e degli impatti negativi a livello socio-economico su scala UE, ivi compresa la questione della distrazione dei fondi pubblici da parte delle organizzazioni criminali e delle mafie e delle loro infiltrazioni nel settore pubblico nonché della

Tra i molteplici provvedimenti normativi adottati dall'Unione Europea contro la criminalità organizzata deve inoltre menzionarsi la decisione quadro 2008/841/GAI sul crimine organizzato, finalizzato al «ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» (art. 34 TUE), che fornisce una definizione di «criminalità organizzata» e disciplina la condotta partecipativa e le relative sanzioni, sulla scia dell'impostazione accolta nella Convenzione di Palermo e della precedente Azione comune del 1998. L'atto in parola definisce come «organizzazione criminale» un'associazione strutturata, composta da più di due persone, che sia stabilita da tempo ed agisca in modo concertato per commettere reati, punibili con pena privativa della libertà, al fine di ricavarne un profitto finanziario o, comunque, materiale. È evidente come in tale nozione rientri un'ampia gamma di reati come, ad esempio, il traffico illecito di stupefacenti e lo sfruttamento della prostituzione o di bambini. I

contaminazione dell'economia legale e della finanza, e l'individuazione di una serie di misure legislative che possano far fronte a questa tangibile e riconosciuta minaccia per l'Unione europea e i suoi cittadini; chiede pertanto alla Conferenza dei presidenti di articolare la proposta, ai sensi dell'articolo 184 del regolamento». Sul punto si v. A. BALSAMO, C. LUCCHINI, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 13 ss.; F. CALDERONI, *La definizione normativa di criminalità organizzata tra istanze internazionali e nazionali*, in AA.VV., *Contro la criminalità organizzata in Europa. Una prima valutazione delle politiche penali ed extrapenali*, a cura di A. Di Nicola, Milano, 2011, p. 13 ss.; A. DAMATO, *Il diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, 2014, p. 209 ss.

partecipanti all'organizzazione devono avere con essa un rapporto continuativo e l'organizzazione deve essere strutturata in ruoli ben definiti dei suoi membri ⁽⁹⁵⁾.

In aggiunta, nell'ottobre del 2011, il Parlamento Europeo ha adottato una Risoluzione sul tema della criminalità organizzata nell'Unione Europea [2010/2309(INI)] che pone l'accento sulla necessità di trattare la criminalità organizzata autonomamente rispetto al terrorismo e di varare una strategia UE *ad hoc*, che consideri misure legislative ed operative, lo stanziamento di fondi e un rigoroso calendario di attuazione. La Risoluzione evidenzia la necessità che le misure per il contrasto alla criminalità organizzata rispettino i diritti fondamentali e siano proporzionate agli obiettivi perseguiti senza comportare un'indebita compressione della libertà dell'individuo, come precisato dalla Convenzione europea

⁽⁹⁵⁾ In dottrina è stato osservato che «al riguardo, va notato che nel nostro ordinamento, l'art. 416 c.p., relativo all'associazione a delinquere e l'art. 416 *bis*, sull'associazione di tipo mafioso, richiedono come ricorda la Corte di Cassazione l'esistenza di un vincolo permanente tra almeno tre persone che si caratterizzi per un minimo di organizzazione, per il suo carattere stabile e dunque non rapportabile esclusivamente alla commissione di singoli reati, e che la esplicita manifestazione di una volontà associativa da parte degli associati non è necessaria, è altresì pacifico che la prova della consapevolezza del singolo di aderire alla associazione non può che essere data attraverso comportamenti significativi che si concretino in una attività e stabile partecipazione (Cass. Sez. 4[^], pen. 29.11.2005 n. 4481). Dunque, il decreto di attuazione della decisione in esame dovrà modificare le due norme del c.p. al fine di configurare i relativi reati quando soltanto due persone si associano allo scopo di commettere azioni criminali», A. DAMATO, *Il diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Argomenti di diritto penale europeo*, cit., p. 208 ss.

sui diritti dell'uomo, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dai principi costituzionali comuni agli Stati membri. In forza del limitato impatto esercitato dalla Decisione quadro 2008/841/GAI sui legislatori nazionali degli Stati membri, il Parlamento Europeo ha invitato la Commissione a presentare, entro la fine del 2013, una proposta di direttiva che contenga una definizione di criminalità organizzata più concreta e che individuasse meglio le peculiarità del fenomeno. Più specificatamente, si chiede che per il reato di partecipazione a organizzazione criminale si valuti l'abolizione dell'attuale doppio approccio (cospirazione e partecipazione) e che siano identificati una serie di reati tipici per i quali, indipendentemente dalla pena massima prevista negli ordinamenti degli Stati membri, sia configurabile tale fattispecie penale; inoltre, che venga esaminata in modo più rigoroso la questione della criminalizzazione di ogni forma di sostegno alle organizzazioni criminali.

Quanto all'obbligo di interpretare in senso europeo la disciplina nazionale è necessario stabilire dei punti fermi⁽⁹⁶⁾. Con riferimento alle decisioni quadro, che sempre più frequentemente vengono adottate «per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri», l'art. 34, n. 2, lett. *b* UE stabilisce che le stesse «sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Esse non hanno efficacia diretta» e, per tale ragione, sono assimilabili alle direttive. La Corte di Giustizia delle Comunità Europee,

⁽⁹⁶⁾ Si v. A. GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in AA.VV, *Procedura penale*, Torino, 2014, p. 34 ss.

chiamata a decidere se l'obbligo di interpretare il diritto nazionale, alla luce della lettera e dello scopo delle direttive comunitarie, si applichi con gli stessi effetti e limiti qualora l'atto interessato sia una decisione quadro, ha valorizzato con riferimento a queste ultime l'obbligo dell'interpretazione conforme, principio elaborato rispetto alle direttive: « (...) la formulazione dell'art. 34, n. 2, lett. b), UE è strettamente ispirata a quella dell'art. 249, terzo comma, CE (...) [e] attribuisce un carattere vincolante alle decisioni quadro nel senso che queste ultime 'sono vincolanti' per gli Stati membri 'quanto al risultato da raggiungere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi'. Il carattere vincolante delle decisioni quadro, formulato in termini identici a quelli dell'art. 249, terzo comma, CE, comporta, in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale». Conseguentemente, nell'applicare il diritto interno, il giudice nazionale «(...) è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e di conformarsi così all'art. 34, n. 2, lett. b), UE». Tuttavia, «l'obbligo per il giudice nazionale di far riferimento al contenuto di una decisione quadro quando interpreta le norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività. Questi principi ostano in particolare a che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni. (...). L'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al

contenuto di una decisione quadro nell'interpretazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale cessa quando quest'ultimo non può ricevere un'applicazione tale da sfociare in un risultato compatibile con quello perseguito da tale decisione quadro. In altri termini, il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Tale principio richiede tuttavia che il giudice nazionale prenda in considerazione, se del caso, il diritto nazionale nel suo complesso per valutare in che misura quest'ultimo può ricevere un'applicazione tale da non sfociare in un risultato contrario a quello perseguito dalla decisione quadro»⁽⁹⁷⁾.

Coerentemente si ritiene che la locuzione «criminalità organizzata» concerna i soli delitti associativi, sempre che la valutazione dell'adeguatezza della struttura per la realizzazione degli obiettivi criminali sia funzionale all'osservanza del principio di offensività e, quindi, idonea a porre in pericolo il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, vale a dire l'ordine pubblico. In tutta la sua estensione, la locuzione *de qua*, così intesa, si presta, astrattamente, a ricomprendere anche forme di criminalità terroristica incentrate sul modello associativo, in quanto lesive sia della personalità dello Stato sia dell'ordine pubblico in relazione al programma di violenza proprio dell'associazione⁽⁹⁸⁾. Solo per tale via è possibile

⁽⁹⁷⁾ Corte Giust. CE, sent. 16 giugno 2005, C-105/03, da cui sono tratte anche le citazioni immediatamente precedenti nel testo.

⁽⁹⁸⁾ Tale orientamento è espresso da M. PELISSERO, *Delitti di terrorismo*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, Torino, 2010, p. 187. Circa la possibilità di considerare i delitti di terrorismo e, in particolare, l'art. 270 *bis* c.p., nell'ambito della criminalità

organizzata, si v. Cass., sez. V, 23 febbraio 2012, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3329 con nota di R. BARBERINI che, dopo aver precisato che il reato di associazione eversiva con finalità di terrorismo non ha natura plurioffensiva atteso che il bene giuridico tutelato dall'art. 270 *bis* c.p. è esclusivamente la personalità internazionale dello Stato, afferma «le SS.UU. di questa Corte, in due occasioni (sent. n. 17706 del 2005, ric. Petrarca e altri, e sent. n. 37501 del 2010, ric. Donadio,) hanno avuto modo di chiarire che con l'espressione 'criminalità organizzata' deve intendersi tanto la criminalità mafioso e assimilata, quanto la criminalità che 'si esprime' attraverso qualsiasi delitto associativo -eventualmente anche previsto da norme incriminatrici speciali- quanto ancora qualsiasi tipo di associazione per delinquere, correlata alle attività criminose più diverse, con l'esclusione del mero concorso di persone nel reato, nel quale manca il requisito dell'organizzazione. Deve cioè intendersi come reato di criminalità organizzata quello che ha ad oggetto una qualsiasi fattispecie caratterizzata da una stabile organizzazione programmaticamente orientata alla commissione di più reati. Entrambe le pronunzie delle SS. UU. sopra ricordate sono, per altro, posteriori alla ricordata (dal ricorrente) Convenzione di Palermo e, dunque, certamente non la ignorano. E' del tutto evidente, d'altra parte, che nulla vietava (e vieta) al legislatore di ampliare, per fini interni, il concetto di criminalità organizzata. D'altra parte, è principio ermeneutico pacifico quello in base al quale un'espressione testuale contenuta in un corpus normativo va interpretata secondo 'il senso fatto palese dal significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse e dalle intenzioni del legislatore' (*ex art. 12 preleggi*) a meno che non vi siano specifiche ragioni per accedere ad una dizione più ampia o più ristretta e, comunque, "particolare". Ora non è dubbio che l'accostamento tra il sostantivo "criminalità" e l'aggettivo "organizzata" non può che suggerire il concetto di un gruppo strutturato costituito, disciplinato e mantenuto in vita allo scopo di commettere reati. Ed è esattamente per tale ragione che la giurisprudenza di questa Corte ha potuto inequivocamente affermare che l'art. 240 *bis* disp. att. c.p.p., comma 2, che prevede che la sospensione feriale dei termini delle indagini preliminari non

opera nei procedimenti per i reati di criminalità organizzata, si applica alle fattispecie criminose espressamente individuate nella disposizione di cui all'art. 407 c.p.p., comma 2, lett. a); ebbene il detto articolo al n. 4 del comma 2 prevede, appunto, i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione». Nel caso di specie il ricorrente sottolinea «che i reati per i quali si procede non possono essere qualificati fatti di criminalità organizzata, con la conseguenza che per essi non vige la deroga al principio della sospensione feriale dei termini e con l'ulteriore conseguenza che non poteva non essere dichiarata la nullità ai sensi dell'art. 416 c.p.p., della richiesta di rinvio a giudizio, poiché non preceduta da valido avviso ai sensi dell'art. 415 *bis* e di tutti gli atti conseguenti. Invero il termine di cui al predetto articolo, anziché ispirare il 15 settembre 2007, avrebbe dovuto cominciare a decorrere dal 16 settembre. La Corte d'assise d'appello, travisando il senso delle pronunzie giurisprudenziali citate e ignorando l'evoluzione legislativa degli ultimi anni, ha affermato che il concetto di criminalità organizzata abbraccia anche la cosiddetta criminalità terroristica. Al proposito, basta riflettere sul fatto che il legislatore ha sentito l'esigenza, allo scopo di estendere taluni istituti - sostanziali e processuali- anche alla normativa antiterroristica, di operare specifici richiami e significative aggiunte alla normativa previgente, di talchè se tali richiami e aggiunte non fossero stati effettuati, detta normativa avrebbe continuato ad essere in vigore solo per i cosiddetti reati di mafia. Ne consegue che, se è stato necessario, di volta in volta, affiancare alle norme confezionate per combattere la criminalità mafioso 'aggiunte normative', utili per estendere al contrasto al terrorismo i predetti istituti, è di tutta evidenza che proprio tale duplicazione di produzione normativa sta a significare che, nel concetto di criminalità organizzata, non poteva, e non può, farsi rientrare il fenomeno della criminalità terroristica. D'altra parte, la convenzione di Palermo e i conseguenti protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'assemblea generale il 15 novembre 2000 e il 31 maggio 2001 e ratificati con L. n. 146 del 2000, definiscono il gruppo criminale organizzato come un aggregato umano composto da persone che agiscono al fine di

attribuire una giustificazione alla reazione esemplare dello Stato in termini di compressione delle garanzie processuali dei soggetti coinvolti.

Nell'epoca attuale, nella legislazione vigente non esiste una nozione legislativa di «criminalità organizzata» e, malgrado ciò, il suddetto riferimento emerge in una sequenza di disposizioni normative ⁽⁹⁹⁾. Le difficoltà ancorate ad una ricostruzione della nozione normativa non appaiono facilmente superabili, ma ciò nonostante, e a dispetto del dettato costituzionale, si prevede un arretramento delle garanzie poste a tutela dell'individuo, presunto innocente, accusato di aver commesso un reato di «criminalità organizzata». La giurisprudenza, d'altro canto, secondo l'orientamento oggi prevalente, individua i delitti di «criminalità organizzata» alla luce del fine divisato dalla norma che ad essa dà rilievo affermando, così, l'autonomia del significato procedurale della formula *de qua* rispetto a quelli evincibili dalle disposizioni dettate a scopi di disciplina ordinamentale ovvero per altri fini processuali. Il punto di partenza dei Giudici di legittimità è costituito dalla verificata difficoltà di reperire tracce normative adeguate a garantire univocità di risultato all'operazione di attribuzione di significato alla locuzione in parola.

commettere uno o più reati, diretti ad ottenere un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale. Orbene, la finalità di ottenimento di vantaggi materiali o finanziari è esclusa dagli stessi capi di imputazione, che individuano esclusivamente la finalità di cui alla L. n. 15 del 1980, art. 1».

⁽⁹⁹⁾ In questo senso, A. DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 14 ss.

Per quanto concerne la nozione dei reati di criminalità organizzata, l'incertezza delle disposizioni codificate dal legislatore, non ineccepibili sotto il profilo della tecnica legislativa, costituisce una violazione del principio di legalità processuale, oggi scolpito nell'art. 111 comma 1 Cost. che stabilisce, testualmente, che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»⁽¹⁰⁰⁾. Più precisamente, data la simmetria con il principio di legalità imposto dall'art. 25 comma 2 Cost. in materia penale sostanziale, verrebbe in rilievo il corollario della tassatività o determinatezza delle disposizioni nonché delle

⁽¹⁰⁰⁾ Invero la dottrina aveva già tentato di identificare un fondamento della legalità processuale all'interno delle norme costituzionali: taluno indicando proprio nell'art. 25 comma 2 Cost. la norma di copertura costituzionale, altri individuando la fonte della legalità processuale nell'art. 101 comma 2 Cost. Nel primo senso, v. M. CHIAVARIO, *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 466 ss.; M. SCAPARONE, *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, Milano, 1999, p. 1 ss.; M. SINISCALCO, *I principi del sistema penale e la Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 1127 ss.; nel secondo, invece, N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1989.; M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 204. Critica, invece, la posizione espressa sui rapporti fra il principio di legalità ex art. 25 Cost. e l'attività giurisdizionale, S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 660. G. UBERTIS, *La previsione del giusto processo secondo la "Commissione bicamerale"*, in *ID.*, *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2002, p. 30, ritiene irrilevante la possibilità di ricondurre la legalità processuale ad altri precetti costituzionali, nonché l'eventuale ridondanza del principio, evidenziando piuttosto come l'intenzione del legislatore fosse proprio quella di porre un'espressa riserva di legge anche in materia processuale.

norme da esse ricavate ⁽¹⁰¹⁾ « (...) la [cui] finalità [è quella] di garantire la certezza della legge processuale penale e, quindi, la sicurezza del cittadino dinanzi allo Stato che procede nei suoi confronti» ⁽¹⁰²⁾. Non va neppure scordato, peraltro, come la riserva di legge processuale rilevi anche in seno alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dove pur non prevista da alcuna disposizione specifica, è dichiarata principio generale del diritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo cui il principio di legalità della procedura penale «[r]appresenta il *pendant* della legalità del diritto penale ed è consacrato dall'adagio *nullum iudicium sine lege*» ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰¹⁾ Con riferimento al principio di legalità processuale penale si v. O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*. Relazione al convegno di studi organizzato da Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica e la Camera Penale di Milano il 9 e 10 novembre 2012 presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano su 'Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale', cit., p. 4 ss.

⁽¹⁰²⁾ O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*. Relazione al convegno di studi organizzato da Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica e la Camera Penale di Milano il 9 e 10 novembre 2012 presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano su 'Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale', cit., p. 7. L'A. precisa che «l'art. 111 comma 1 Cost. può operare su due piani distinti: quello delle fonti, da un lato, e quello delle tecniche legislative di formulazione delle disposizioni o della loro interpretazione, dall'altro. A questi due distinti livelli di operatività corrispondono altrettanti corollari del principio: riserva assoluta di legge, per un verso, e tassatività o determinatezza delle disposizioni nonché delle norme da esse ricavate, per l'altro».

⁽¹⁰³⁾ O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*. Relazione

Da tempo il tratto che contraddistingue la politica legislativa italiana è il riformismo emergenziale ⁽¹⁰⁴⁾, tuttavia, «l'indeterminatezza delle fattispecie o la loro distorsione applicativa non può essere considerata di per sé più funzionale al soddisfacimento di esigenze di difesa sociale», trattandosi di un obiettivo «raggiungibile anche mediante una legislazione dotata dei crismi della tassatività» ⁽¹⁰⁵⁾. Per giunta, oltre ad un dettato normativo di siffatta portata e alle interpretazioni spesso devianti e opinabili, si aggiunge la tendenziale mancanza di stabilità e certezza delle affermazioni giurisprudenziali, esposte a mutamenti oppure non osservate da giudici diversi, magari della stessa sezione ⁽¹⁰⁶⁾.

al convegno di studi organizzato da Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica e la Camera Penale di Milano il 9 e 10 novembre 2012 presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano su 'Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale' (bozza provvisoria), cit., p. 5.

⁽¹⁰⁴⁾ O. MAZZA, *La Corte assediata e il garantismo efficiente* (note a margine della Carta di Napoli), in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 1.

⁽¹⁰⁵⁾ O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*. Relazione al convegno di studi organizzato da Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica e la Camera Penale di Milano il 9 e 10 novembre 2012 presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano su 'Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale', cit., p. 7.

⁽¹⁰⁶⁾ Si v. sul punto O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*. Relazione al convegno di studi organizzato da Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica e la Camera Penale di Milano il 9 e 10 novembre 2012 presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano su 'Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale', cit., p. 3.

Come osservato in dottrina, non si può negare che «su queste basi, anche la verità ‘giuridica’ ottenibile dal processo risulta connotata da un margine ineliminabile di approssimazione direttamente dipendente dalle scelte di valore alle quali è chiamato l'interprete (il giudice), anche solo limitatamente alla scelta di una delle norme espresse applicabili al caso concreto. Senza dimenticare che l'interpretazione decisoria è sempre suscettibile di smentita, perfino in casi del tutto analoghi, non vigendo nel nostro ordinamento il vincolo per il giudice di conformarsi alle precedenti enunciazioni normative (*stare dictis*)»⁽¹⁰⁷⁾.

Alla luce del principio di tassatività o determinatezza, quale corollario del principio di legalità processuale, posto che le difficoltà legate a una ricostruzione della nozione di «criminalità organizzata» sulla base della normativa vigente non appaiono facilmente superabili, si impone un intervento legislativo di carattere definitorio, che chiarisca il presupposto in forza del quale trova applicazione la disciplina derogatoria che, a partire dalla fase di acquisizione della notizia di reato, incide sull'organizzazione della pubblica accusa, sui tempi e le modalità delle indagini preliminari, sui compiti cautelari del giudice fino a toccare le regole probatorie.

⁽¹⁰⁷⁾ O. MAZZA, *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2014, p. 725 ss. Sul punto si v. anche O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*. Relazione al convegno di studi organizzato da Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica e la Camera Penale di Milano il 9 e 10 novembre 2012 presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano su 'Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale', cit., p. 5.

Ciò premesso, si auspica l'abbandono della legislazione d'emergenza «per scongiurare la tendenza alla propagazione di sottosistemi processuali che port[a]no allo svuotamento progressivo del processo» ed una «complessiva ristrutturazione del processo penale in senso marcatamente accusatorio» ⁽¹⁰⁸⁾. Vale la pena ricordare che l'indagato e l'imputato per un delitto di criminalità organizzata sono presunti innocenti fino alla condanna definitiva (*ex art. 27 comma 2, Cost.*), tanto quanto gli altri individui. La nostra Carta fondamentale non impone né uno scadimento della giurisdizione, né l'oblio dei principi per certe categorie di reato o per certi tipi di delinquente. Tanto meno è lecito ipotizzare che la colpevolezza sia il logico corollario della gravità dell'imputazione o che il reato che viene contestato possa essere tale da far passare in secondo piano le modalità di accertamento della responsabilità. La Costituzione inneggia al giusto processo senza alcuna distinzione di sorta e proprio in nome del rispetto della presunzione costituzionale d'innocenza è necessario ripensare al sistema ideato dal legislatore. Solo così si potrà perseguire l'obiettivo di mantenere le garanzie e renderle realmente

⁽¹⁰⁸⁾ GIUNTA DELL'UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, *Doppio binario: una deriva autoritaria del processo su cui iniziare una seria riflessione*, 2008, in www.camerepenali.it. Osserva O. MAZZA, *La Corte assediata e il garantismo efficiente* (note a margine della Carta di Napoli), cit., p. 2: «(...) la vera priorità sarebbe quella di tornare a pensare seriamente e coraggiosamente a una grande riforma di sistema (penale, processuale, penitenziario, di prevenzione, di ordinamento giudiziario) che dia finalmente razionalità alla giustizia penale intesa, una volta tanto, in senso complessivo, come un'unica entità costituita da inscindibili interrelazioni».

efficaci assicurando ad *ogni* imputato «un garantismo efficiente» ⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ L'espressione è di O. MAZZA, *La Corte assediata e il garantismo efficiente* (note a margine della Carta di Napoli), cit., p. 3. Osserva M. NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in AA.VV, *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. Moccia, cit., p. 224, la procedura penale «(...) per sua essenza distintiva, è scienza e pratica delle garanzie; vive per scongiurare arbitrii; è limite all'esercizio del potere; è esercizio di potere secondo regole, leggi e valori, anzi: secondo certi limiti legali. Altrimenti, senza tutto questo, ciò che proseguiremmo a denominare processo penale si imparenterebbe troppo da vicino con un mezzo qualsiasi di lotta politica, per quanto nobili e imperiosi possano esserne i fini».

CAPITOLO SECONDO

IL REGIME PROBATORIO

SOMMARIO: 1. Premessa: il reato associativo quale fattispecie priva di disvalore. – 2. *Segue:* gli effetti sul versante processuale della carenza di determinatezza nella fattispecie sostanziale. – 3. Le limitazioni al diritto alla prova *ex art.* 190 *bis* c.p.p. nei reati di cui all'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p. – 4. La sentenza penale irrevocabile come prova (art. 238 *bis* c.p.p.) – 5. L'accertamento dell'inquinamento della prova testimoniale: art. 500, comma 4, c.p.p.

1. Premessa: il reato associativo quale fattispecie priva di disvalore.

Come si è già avuto modo di sottolineare, si ritiene che la locuzione «criminalità organizzata» concerna i soli delitti associativi ⁽¹¹⁰⁾ tra i quali spicca la fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p., la cui peculiarità risiede nell'incriminare associazioni di persone ritenute pericolose per la sicurezza dell'ordine pubblico in ragione dei mezzi usati e/o dei fini perseguiti. Trattasi di un reato di pericolo astratto che persegue una funzione di tutela anticipata poiché reprimendo l'associazione in sé considerata, si rimuove il pericolo che vengano conseguiti gli obiettivi finali (illeciti o paraleciti) che il legislatore ha interesse a neutralizzare; di conseguenza, la consumazione del reato in parola si ha nel momento in cui viene ad esistere l'associazione, perché è proprio in tale momento che sorge

⁽¹¹⁰⁾ *Supra*, cap. 1, § 2.

il pericolo per l'ordine pubblico, essendo del tutto indifferente la realizzazione dei reati scopo ⁽¹¹¹⁾.

Il processo penale per fatti di criminalità organizzata, oltre a presentarsi palesemente incostituzionale e a prescindere dalla definizione normativa dell'espressione «criminalità organizzata» ossia dal suo stesso presupposto, sul piano sostanziale si riferisce a reati associativi mal congegnati. Infatti, da una puntuale indagine delle più recenti scelte di politica legislativa in materia penale emerge una sempre più diffusa tendenza alla semplificazione dell'accertamento giudiziale mediante meccanismi volti alla facilitazione probatoria, nel contesto di un sistema punitivo orientato alla efficienza repressiva ⁽¹¹²⁾. Il legislatore, recependo le istanze di difesa sociale e di tutela della collettività, ha costruito norme sostanziali prive di disvalore e, quindi, inidonee ad essere provate in giudizio. Trattasi, appunto, di fattispecie incriminatrici

⁽¹¹¹⁾ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte speciale. Volume I*, Torino, 2012, p. 490. Diversamente, «nei reati di pericolo concreto il pericolo è elemento costitutivo espresso di fattispecie (...). Queste fattispecie non sollevano problemi di conformità al principio di offensività (il bene, è infatti, concretamente messo in pericolo), ma di determinatezza, in quanto la nozione di pericolo è di per sé vaga ed il suo accertamento non è agevole» [M. PELISSERO, *Fatto tipico e offensività*, in AA.VV *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, p. 275]. Nei reati di pericolo astratto, il pericolo non è elemento costitutivo della fattispecie criminosa, ma rappresenta la *ratio* della norma poiché il legislatore descrive un fatto che, astrattamente considerato, ritiene mettere in pericolo il bene giuridico dell'ordine pubblico [ID., *ibidem*, p. 275].

⁽¹¹²⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, Reggio Calabria, 2008, p. 11.

«assolutamente *indeterminate*» ⁽¹¹³⁾, «ossia prive di elementi pregnanti e/o di tratti di materialità, in ultima analisi costruite in maniera tale che il pubblico ministero prima e il giudice poi non debbano porsi, ognuno per la propria competenza, alcun serio problema di assolvimento dell'onere probatorio e di motivazione». Invero, «in sede di redazione della norma penale il legislatore *impoverisce* a tal punto la struttura del reato da lasciare soltanto *intravedere* i profili di disvalore che avrebbero dovuto contrassegnarlo ove si fosse inteso dar corso a un'attività legislativa attenta a trasferire all'interno del diritto penale quei principi costituzionali che ne delineano lo statuto, il contenuto vincolante dei quali rende affatto incomprensibile lo scarto che separa il reato per come esso realmente è da come al contrario dovrebbe essere» ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹³⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 11. Il principio di determinatezza (o tassatività o precisione) esige che la descrizione del fatto di reato nella norma penale avvenga in modo sufficientemente chiaro ed univoco. Trattasi di uno dei corollari del principio di legalità, che opera sul piano della formulazione del precetto e che si rivolge, pertanto, al legislatore. La *ratio* sottostante al principio in questione è di consentire ai consociati di poter prevedere anticipatamente quali siano i comportamenti vietati e quelli consentiti a garanzia sia della loro libertà individuale, sia in funzione dell'efficacia deterrente della norma incriminatrice, poiché il rispetto della fattispecie penale può essere preteso da chi sia stato messo nella condizione di conoscerne il contenuto [in questo senso, M. PELISSERO, *Principi generali di politica criminale*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, p. 50 ss.].

⁽¹¹⁴⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 11.

Per tale via, «il legislatore, affatto deliberatamente, rinuncia [...] a far emergere le note di reale materialità, determinatezza e offensività del reato, affidando il governo del diritto penale all'ordine giudiziario» ⁽¹¹⁵⁾ il quale, con

⁽¹¹⁵⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 12. Il principio di materialità «impone al legislatore di incriminare solo comportamenti umani percepibili: il diritto penale non può accedere al foro interno del soggetto (*cogitationis poenam nemo patitur*)» [M. PELISSERO, *Principi generali di politica criminale*, cit., p. 51]; «solo il comportamento umano materialmente estrinsecatosi nel mondo esteriore e, perciò, munito di una sua corporeità e, quindi, percepibile ai sensi (...) [F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2013, p. 123]». Il principio *de quo* trova il suo fondamento nell'art. 25 comma 2 Cost., in forza del quale «nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del *fatto commesso [corsivo nostro]*». Si ritengono «incompatibili con il principio di materialità: a) il diritto penale dell'atteggiamento interiore che pone al centro della reazione penale l'atteggiamento spirituale del soggetto rispetto ai beni giuridici, più che il comportamento diretto ad offenderli; b) il diritto penale della pericolosità, nel quale si punisce non l'autore di un fatto, ma l'autore pericoloso il cui comportamento rileva solo come sintomo del rischio di commissione di reati, attribuendo rilevanza penale a stati di marginalità sociale (oziosi, vagabondi, mendicanti)» [M. PELISSERO, *Principi generali di politica criminale*, cit., p. 54]. Il principio di materialità del fatto presuppone e integra di offensività: «mentre questo assicura contro le incriminazioni di meri atteggiamenti interni, quello garantisce altresì contro la incriminazione di fatti materiali non offensivi» [F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 185]. Per il principio di offensività, in particolare, «non vi può essere reato senza offesa a un bene giuridico, cioè a una situazione di fatto o giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo. Il legislatore non può

«un'azione del giudice perfettamente in linea con gli intendimenti manifestati dal legislatore in sede di redazione della norma penale (...) altro non fa che portare a logico compimento, sul terreno dell'applicazione concreta, un progetto di semplificazione probatoria già avviato a “monte” dal legislatore»: per delineare siffatto

quindi punire nessuno ‘per quello che è’ o ‘per quello che vuole’, ma può punire soltanto fatti che ledano o pongano in pericolo l'integrità di un bene giuridico» [G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 10]. Esso trova un fondamento costituzionale nel combinato disposto degli artt. 25, comma 2, e 27, comma 3 Cost.: «se la pena intervenisse per sanzionare fatti che non offendono alcun bene giuridico, la sua funzione sarebbe ridotta o alla pura retribuzione della volontà di disobbedire o alla prevenzione di meri stati sintomatici di pericolosità sociale, in contrasto con la distinzione tra pene e misure di sicurezza accolta dalla Costituzione ai commi secondo e terzo dell'art. 25; il riferimento al ‘fatto’ nell'art. 25 co., comma 2 Cost., va, dunque, inteso come ‘fatto offensivo’, perché solo la repressione di un fatto offensivo evita che la pena scivoli verso i poli opposti della retribuzione o della prevenzione» [M. PELISSERO, *Principi generali di politica criminale*, cit., p. 57]. Anche la Corte costituzionale ha riconosciuto al principio in parola rango costituzionale come vincolo oltre che per il giudice, anche per il legislatore: «il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo o, comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale (‘offensività in astratto’), e dell'applicazione giurisprudenziale (‘offensività in concreto’), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato» [C. cost., 7 luglio 2005, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2432].

fenomeno, in dottrina si parla di «impoverimento sinergico»⁽¹¹⁶⁾.

I reati di pericolo astratto possono in realtà essere problematici in relazione al principio di offensività, «laddove il fatto concreto, pur riproducendo gli elementi della fattispecie astratta, non costituisca alcun pericolo per il bene tutelato, ossia la valutazione di pericolosità astrattamente fatta dal legislatore può non trovare corrispondenza nel fatto concreto»⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Così V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., n. 19, p. 19, da cui sono tratte anche le citazioni immediatamente precedenti nel testo. Anche per G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 16 ss. «in assenza di una puntualizzazione legislativa delle caratteristiche strutturali e organizzative dei sodalizi incriminati, il reato presenta tratti talmente incerti e labili da risultare in definitiva affidato al giudice il compito di concretizzarne la fisionomia. E un simile *deficit* in punto di determinatezza finisce, inevitabilmente, con lo svigorire anche la dimensione dell'offensività: nel senso che, quanto più il legislatore tale sulle caratteristiche dell'apparato strumentale dell'associazione, incentrando così il disvalore penale sulla componente soggettiva del programma criminoso (dolo specifico), tanto più diminuisce la garanzia di subordinare la penalizzazione del sodalizio alla sua obiettiva e autonoma idoneità a esporre a pericolo interessi penalmente protetti; sicché, in alternativa, il giudizio di disvalore si trasferisce sul semplice accordo soggettivo, col rischio di violare il principio *cogitationis poenam nemo patitur*, ovvero sulla personalità dell'associato percepito come 'tipo d'autore'».

⁽¹¹⁷⁾ M. PELISSERO, *Fatto tipico e offensività*, cit. p. 275 il quale osserva come «per parte della dottrina i reati di pericolo astratto contrast[i]no con il principio di offensività e sarebbero quindi incostituzionali per violazione degli art. 25 e 27 Cost. Per recuperare in via interpretativa il rispetto del principio di

All'indeterminatezza della fattispecie astratta consegue un'«*offensività liberamente ricostruibile*» dall'organo giudicante, ma anche una «*colpevolezza sostanzialmente vuota e formalizzata*» per effetto dell'«*impoverimento del dolo e/o della colpa, in quanto criteri di collegamento psicologico riferiti a un fatto in sé vuoto, proprio perché indeterminato e solo vagamente offensivo*»⁽¹¹⁸⁾.

Una rapida analisi del dato giurisprudenziale in tema di associazione mafiosa (art. 416 *bis* c.p.) evidenzia l'esistenza dell'«*impoverimento sinergico*».

Si pensi, *in primis*, al concetto di «*associazione*» – centrale nell'art. 416 *bis* c.p. perché consente di differenziare la responsabilità per il reato associativo da quella di concorso nei delitti-scopo – nei cui confronti è stata osservata l'assenza di una «*definizione legale, di talché, nella sua congenita indeterminatezza, esso viene consegnato alla interpretazione giurisprudenziale*»⁽¹¹⁹⁾. La

offensività, si è proposto di ricorrere all'art. 49 cpv. c.p. (reato impossibile per inidoneità dell'azione), escludendo la punibilità qualora il fatto, pur integrando gli elementi della fattispecie astratta, risulti in concreto non offensivo dell'interesse tutelato» [*ibidem*, p. 275].

⁽¹¹⁸⁾ L'espressione è di V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 12, così come le citazioni immediatamente precedenti nel testo.

⁽¹¹⁹⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, p. 126. Siffatta impostazione è espressa anche da A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi di associazione per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, p. 199: «a giudizio ormai pressoché unanime della dottrina penalistica, l'art. 416 c.p. è disposizione gravemente indeterminata e, dunque, sospetta d'incostituzionalità

giurisprudenza, proprio perché il legislatore ha omesso di precisare le caratteristiche strutturali e organizzative dell'associazione, ritiene che essa consisterebbe in un «accordo stabile» avente ad oggetto un «programma delittuoso indeterminato». Sovente, poi, a tale affermazione si accompagna il convincimento secondo il quale non sarebbe necessaria una vera e propria «organizzazione», perché l'associazione sarebbe integrata dalla mera sussistenza dell'*affectio societatis scelerum*, vale a dire dalla consapevolezza dell'«esistenza di un vincolo associativo non circoscritto ad uno o più delitti determinati ma esteso ad un generico programma delittuoso» ⁽¹²⁰⁾ che, a ben vedere, rappresenta il dolo generico del reato associativo. In questa prospettiva, rispetto al concorso di persone nel reato continuato, la specificità dell'associazione per delinquere s'incentra sulla natura dell'accordo, a carattere precario e limitato alla consumazione dei singoli reati, nel primo caso, permanente e destinato a protrarsi oltre la realizzazione dei singoli reati, nel secondo ⁽¹²¹⁾.

ex art. 25, co. 2, Cost., in particolare, la legge non definisce l'«associarsi», ma, (...), anche le singole condotte associative, specialmente quella di partecipazione, risultano indeterminate».

⁽¹²⁰⁾ Cass., sez. I, 1° giugno 1983, Romeo, in *Cass. pen.* 1985, p. 621 «per la configurabilità del delitto di associazione per delinquere non è necessaria una vera e propria organizzazione con Gerarchie interne e distribuzione di specifiche cariche criminose, ma è sufficiente l'«*affectio societatis scelerum*» ossia l'esistenza di un vincolo associativo non circoscritto ad uno o più delitti determinati ma consapevolmente esteso ad un generico programma delittuoso».

⁽¹²¹⁾ In questo senso si v. Cass., sez. III, 11 giugno 1984, Carbone, in *Riv. pen.*, 1985, p. 576 «il criterio distintivo tra l'ipotesi prevista dall'art. 416 cod. pen. e la compartecipazione criminosa

Per la giurisprudenza, seguendo siffatta impostazione e svalutando, quindi, il requisito dell'organizzazione, «la prova dell'associazione resta per intero affidata alla prova dell'elemento soggettivo del reato, il quale, però una volta privato di un fatto dotato di substrato materiale, si presta ad essere dimostrato del tutto presuntivamente, data la così procurata carenza di massime di esperienza riferibili alle modalità della condotta – in quanto del tutto spiritualizzate – donde potere inferire la volontà dell'autore⁽¹²²⁾. D'altra parte, valorizzando come prova dell'associazione l'*affectio societatis*, «la dimostrazione di quest'ultimo scade verso

disciplinata dagli artt. 110 e segg. cod. pen. sta nella diversa natura degli accordi costituiti; nel reato associativo, infatti, le intese non sono dirette, come in quello concorsuale, di volta in volta alla commissione di uno o più reati determinati (eventualmente collegati da un medesimo disegno criminoso), con la consumazione dei quali l'accordo si esaurisce, ma sono invece stabilmente indirizzate all'attuazione di un più vasto e indeterminato programma delittuoso, precedente agli accordi particolari relativi ai singoli delitti e destinato a sopravvivere ai medesimi per la ulteriore realizzazione del programma stesso».

⁽¹²²⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 129. L'elemento soggettivo del reato di cui all'art. 416 c.p. è il dolo specifico ed è dunque necessario che il soggetto si rappresenti di far parte di una associazione composta da almeno altre due persone ed agisca all'interno della stessa per l'attuazione del programma criminoso [Cass., sez. I, 11 dicembre 1992, Beni, in *Riv. pen.*, 1993, p. 1148]: «questa consapevolezza di far parte dell'associazione è denominata dalla giurisprudenza *affectio societatis*» [Cass., sez. I, 14 novembre 1980, Capigatti, in *Giust. pen.*, 1981, II, p. 483). Si v. M. PELISSERO, *Associazione per delinquere e assistenza agli associati*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico* (a cura di M. Pelissero), Torino, 2010, p. 259.

dati incapaci di rappresentare alcunché, proprio sul versante del pericolo che, rappresentando già di per sé un arretramento della soglia di punibilità, non può poi del tutto evaporare, traducendosi in oziose e irrilevanti prove circa la conoscenza, le frequentazioni reciproche, la comunanza di interessi leciti, se non addirittura la mera esistenza di rapporti di parentela o affinità»⁽¹²³⁾.

Peraltro, la conclusione qui esposta non muta nemmeno per quel diverso orientamento giurisprudenziale secondo il quale tra i requisiti del fatto di associazione vi è anche l'elemento «organizzazione», posto che « (...) la sostanziale vanificazione delle potenzialità probatorie insite in un simile requisito di fattispecie, (...) scaturisce dalla indi postulata sufficienza di un *minum* di struttura organizzativa, ossia di una predisposizione di mezzi anche “minima” o “rudimentale”»⁽¹²⁴⁾. Tale esegesi, difatti, non consente il recupero del rispetto del principio di offensività⁽¹²⁵⁾, poiché la pericolosità dell'associazione per l'ordine pubblico verrebbe desunta dalla semplice esistenza di organizzazioni inidonee a mettere in pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice⁽¹²⁶⁾.

A ben vedere, tale punto d'approdo vale anche con riferimento all'orientamento prasseologico che valorizza la

⁽¹²³⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale “senza prova”. Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 129 ss.

⁽¹²⁴⁾ *Supra*, Cap. I, § 2.

⁽¹²⁵⁾ In questo senso, V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale “senza prova”. Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 128. Si v. anche *supra*, Cap. I, § 2.

⁽¹²⁶⁾ In questo senso G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte speciale. Volume I*, cit., p. 489.

distribuzione dei ruoli all'interno dell'associazione criminale, «riducendo il fatto tipico dell'associarsi nel mero *impegno reciproco*, ovvero nella mera *disponibilità reciproca* a instaurare un legame associativo» ⁽¹²⁷⁾. La giurisprudenza, pur riferendosi ad un fatto oggettivo, quale la ripartizione dei ruoli, «finisce per *svuotare* comunque di contenuti reali il requisito dell'organizzazione, ribadendo

⁽¹²⁷⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 128. In giurisprudenza, Cass., sez. I, 27 febbraio 1993, Salvo e altri, in *Giur. it.*, 1994, II, c. 167 «ai fini della sussistenza dell'associazione per delinquere, non è necessario che l'associazione stessa tragga origine da un regolare atto di costituzione, pur essendo necessaria un'organizzazione di fatto con predisposizione, sia pure rudimentale, dei mezzi in concreto idonei alla realizzazione di quel programma criminoso per il quale il vincolo associativo si è instaurato, nonché la coscienza e volontà, da parte di ciascun socio, di far parte di un organismo associativo, e cioè del legame di reciproca disponibilità con gli altri partecipanti in relazione allo svolgimento dell'attività programmata»; Cass., sez. I, 11 dicembre 1992, Beni, in *CED Cass.* n. 192789 «l'associazione per delinquere non è necessariamente un organismo formale, sostanziandosi nell'accettazione, insieme ad almeno altre due persone, di una disponibilità e di un impegno permanenti a svolgere determinati compiti, al fine di realizzare un programma di fatti delittuosi. È sufficiente che tale adesione dia vita a un organismo plurisoggettivo che, indipendentemente da eventuali forme esterne, sia in grado di avere una volontà autonoma rispetto a quella dei singoli e di svolgere una condotta collettiva, sintesi delle condotte individuali, al fine di realizzare il programma criminoso. È da ciò che derivano il danno immediato per l'ordine pubblico ed il pericolo per i beni che i delitti in programma offendono; invero l'impegno collettivo, consentendo di utilizzare immediatamente gli uomini disponibili e le strutture appositamente predisposte, agevola la realizzazione dei delitti-scopo».

l'idea che esso consisterebbe semplicemente in un *accordo*, ossia in una *reciproca assunzione di ruoli e disponibilità*, quindi nella sussistenza di un *generico programma delittuoso di azione*»⁽¹²⁸⁾.

Per la giurisprudenza, in definitiva, il delitto associativo «sarebbe espressivo unicamente di un *disvalore d'autore*, a cagione della non richiesta riconoscibilità di un'attività materiale espressiva di un'offesa concretamente tangibile»⁽¹²⁹⁾.

Anche il concetto di «partecipazione» risente immancabilmente della «*povertà definitoria*»⁽¹³⁰⁾ che caratterizza il concetto di associazione.

La nozione di partecipazione «ha un indubbio contenuto minimo di carattere psicologico, consistente nella coscienza e volontà di essere membro dell'associazione criminosa e di farne proprie finalità e gli obiettivi (c.d. *societatis affectio*)». Tuttavia, così intesa, la condotta partecipativa viene considerata «un mero atteggiamento psicologico, sia pure obiettivamente manifestato»⁽¹³¹⁾.

Muovendo dalla suesposta concezione del termine «associazione», parte della giurisprudenza, prendendo le

⁽¹²⁸⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 128 ss.

⁽¹²⁹⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 129.

⁽¹³⁰⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 130.

⁽¹³¹⁾ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte speciale. Volume I*, cit., p. 37, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo. In giurisprudenza Cass., sez. I, 21 aprile 1982, Calabrò, in *CED Cass.* n. 157571.

mosse dal nesso di causalità, ritiene che la condotta di partecipazione «consist[a] nel contributo, apprezzabile e concreto sul piano causale, all'esistenza e al rafforzamento dell'associazione e, quindi, alla realizzazione dell'offesa degli interessi tutelati dalla norma incriminatrice, qualunque sia il ruolo o il compito che il partecipe svolga nell'ambito dell'associazione»⁽¹³²⁾.

Senonché, rapportando tale esegesi al concetto di associazione suesposto, «(...) è evidente la *comodità* per il giudice di asserire che anche la semplice assunzione di un ruolo, se non anche la sola dichiarata disponibilità in tal senso abbiano, per l'appunto, *rafforzato* l'associazione medesima. Con il risultato di dar vita, in tal modo, a vere e proprie *presunzioni di causalità*, essendo un simile rafforzamento agevolmente postulabile come *in re ipsa*, dal momento che la prova della efficienza causale della partecipazione rispetto all'associazione risulta sistematicamente sguarnita di un referente di natura empirica – poiché l'associazione è prevalentemente intesa quale *mero accordo* – in relazione al quale effettuare un giudizio razionalmente controllabile di causalità *ex post*, onde potere stimare, cioè, l'impatto concreto della condotta partecipativa sulla struttura associativa»⁽¹³³⁾.

Quanto esposto sinora comporta, quale logica conseguenza dell'«impoverimento sinergico», l'ampliamento del penalmente rilevante.

⁽¹³²⁾ Cass., sez. I, 2 novembre 1998, Archesso e altri, in *CED Cass.* n. 213447.

⁽¹³³⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 130 ss.

Tuttavia, come si è già avuto modo di sottolineare ⁽¹³⁴⁾, parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che la questione debba essere più correttamente inquadrata nell'ambito del principio di offensività che governa il diritto penale del fatto. Così, per rispettare il principio di offensività, onde evitare che all'art. 416 c.p. siano ricondotte associazioni *strutturalmente inidonee* a mettere in pericolo l'ordine pubblico, ossia il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, sarebbe necessario «(...) vagliare di volta in volta se l'associazione sia dotata di una struttura organizzativa adeguata a realizzare gli obiettivi criminosi presi di mira: senza la verifica dell'idoneità dell'apparato organizzativo, la pericolosità dell'associazione per l'ordine pubblico verrebbe inammissibilmente desunta dalla semplice esistenza dell'accordo criminoso» ⁽¹³⁵⁾.

Così procedendo il giudice, in via interpretativa, sarebbe chiamato a verificare anche nel reato di pericolo astratto l'offensività in concreto nel reato di cui all'art. 416 c.p.

Alla medesima conclusione è giunta altra parte della dottrina valorizzando, in sede probatoria, il dolo specifico in funzione dell'offesa («allo scopo di commettere più delitti» *ex art. 416 c.p.*) ⁽¹³⁶⁾. Nei reati a dolo specifico l'elemento soggettivo «(...) è più ampio: abbraccia sia il fatto concreto corrispondente a quello descritto dalla

⁽¹³⁴⁾ *Supra*, Cap. 1 § 2.

⁽¹³⁵⁾ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, vol. I*, Bologna, 2013, p. 489. Si v. anche M. PELISSERO, *Associazione per delinquere e assistenza agli associati*, cit., p. 254.

⁽¹³⁶⁾ La tesi proposta è di V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 132.

norma incriminatrice, sia un risultato ulteriore, che l'agente deve perseguire come *scopo* e la cui realizzazione è irrilevante per la consumazione del reato» ⁽¹³⁷⁾. Si comprende pertanto come, ai fini dell'art. 416 c.p., sia necessario che il soggetto agente si rappresenti di far parte di una associazione composta da almeno tre persone ed agisca all'interno della stessa per l'attuazione del programma criminoso (c.d. *affectio societatis*).

Generalmente si reputa che il dolo specifico stia del tutto all'esterno del fatto tipico perché la sua materiale concretizzazione è irrilevante ai fini della consumazione del reato. Più precisamente, «nei reati a dolo specifico, (...), si registrerebbe una palese frattura tra momento oggettivo e momento soggettivo del reato, nel senso che la *tipicità soggettiva* eccederebbe qui quella oggettiva, visto che quanto richiesto sul terreno soggettivo ai fini della esistenza del reato non deve trovare necessariamente riscontro sul corrispondente terreno della *tipicità oggettiva* del reato» ⁽¹³⁸⁾. Nell'associazione per delinquere (art. 416 c.p.), considerata l'autonomia del reato associativo rispetto ai delitti scopo, si ritiene che il disvalore penale dell'associazione risiederebbe nel fatto stesso di associarsi, nel limitato senso di accordarsi e di far proprio un generico programma delittuoso, senza che sia necessario l'avvenuto compimento di un qualsivoglia atto concretamente funzionale al raggiungimento di un tale generico scopo (reati-fine) («quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti (...)»).

⁽¹³⁷⁾ Così, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 303.

⁽¹³⁸⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 132 ss.

Ad una analisi più approfondita ⁽¹³⁹⁾ è però innegabile che un fatto meramente psichico, proprio come lo scopo di commettere più delitti *ex art. 416 c.p.*, «*non p[ossa], di per sé, incidere sulla realtà e non p[ossa] quindi influire sull'integrità dei beni giuridici: ciò che può incidere sull'integrità dei beni sono solo gli eventi e/o le condotte che formano l'oggetto degli scopi, dei fini, etc. perseguiti dall'agente*».

Tuttavia, «se [lo] scop[o] menzionat[o] dalla legge rilevass[e] solo come fatt[o] psichic[o], l'edificio del reato (...) poggerrebbe interamente sui 'cattivi pensieri': l'agente verrebbe punito non per ciò che ha fatto, ma per quel che voleva fare, non per l'effettiva lesione o esposizione a pericolo dei beni giuridici, ma per la volontà di lederli o esporli a pericolo. Vere e proprie isole di soggettivismo nell'ambito di un diritto penale del bene giuridico, i reati a dolo specifico si esporrebbero in definitiva a serie cesure di illegittimità costituzionale» ⁽¹⁴⁰⁾.

Il rango costituzionale del principio di offensività e la sua valenza quale criterio interpretativo che impone al giudice di espellere dal modello legale di reato

⁽¹³⁹⁾ Con specifico riferimento all'art. 416 c.p. (norma generale in tema di reati associativi), il ragionamento proposto da V. N. D'ASCOLA nell'opera precedentemente richiamata trae spunto dalle riflessioni espresse da Autorevole dottrina, circa la compatibilità dei reati a dolo specifico con il modello del reato come offesa ai beni giuridici [G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritti penale 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001, p. 572 ss.].

⁽¹⁴⁰⁾ Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritti penale 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, cit., p. 575, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo.

comportamenti non offensivi dell'ordine pubblico tutelato dall'art. 416 c.p., impongono un'esegesi che consenta, quantomeno, «di contenere gli effetti di *impoverimento* della fattispecie associativa già di per sé arrecati da un legislatore assolutamente irrispettoso, in sede di redazione della norma incriminatrice, dei basilari principi di *determinatezza, materialità e offensività*», proprio valorizzando la «funzione selettiva della *tipicità* rivestita dal dolo specifico».

Diversamente, per questa impostazione «il dolo specifico non si limita a rilevare sul terreno dell'elemento soggettivo, esprimendo necessariamente una nota di disvalore *concorrente* (nei reati di evento), ovvero *esclusiva* (nei reati di mera condotta), rispetto al *fatto* inteso nella sua nuda materialità». In quest'ottica, «(...) in riferimento ai reati privi di evento, a fronte di condotte assolutamente “neutre” sul piano del disvalore penale, ovvero comunque incapaci di attingere un bene giuridico dai contorni afferrabili e quindi raggiungibili dalla condotta incriminata, il dolo specifico è chiamato a svolgere una *funzione tipicizzante* (adesso anche) in termini di *offensività*». Conseguentemente, il dolo specifico «deve necessariamente insistere su condotte di per sé già pregne di offensività nei confronti del bene giuridico tutelato, operando, cioè in *aggiunta e non in sostituzione* di un dolo generico» ⁽¹⁴¹⁾. Per evitare affermazioni della responsabilità penale “senza prova”, il recupero dell'offensività del reato associativo *de quo* può quindi essere valorizzata argomentando come la locuzione

⁽¹⁴¹⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale “senza prova”*. *Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 135 da cui sono tratte anche le citazioni immediatamente precedenti nel testo.

«al fine di commettere più delitti» richieda inevitabilmente, sul piano fattuale, che l'associazione criminale sia dotata di un'organizzazione, vale a dire di una «*struttura organizzativa adeguata* alla realizzazione di una pluralità indeterminata di delitti, poiché solo in tal caso potrebbe dirsi *concretamente idonea* a mettere in pericolo i diversi beni giuridici tutelati dai reati-scopo che costituiscono l'oggetto del programma delittuoso concordato tra i vari associati»⁽¹⁴²⁾.

In definitiva, «l'elemento *organizzazione* (...) [fa] legittimamente ingresso nel fatto oggettivo di associazione, in quanto espresso da un requisito legale di fattispecie anch'esso rilevante sul terreno del *fatto offensivo*, sì da impedire in tal guisa un (*ulteriore*) impoverimento della fattispecie associativa per via giudiziale»⁽¹⁴³⁾.

⁽¹⁴²⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 138. Per G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritti penale I. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, cit., p. 576 «(...) in Italia si attribuisce un duplice significato alle locuzioni 'scopo', 'fine', etc. che compaiono nei reati a dolo specifico: non si tratterebbe solo di particolari *finalità* che dovrebbero animare l'agente, cioè dell'*intenzione* di conseguire un certo risultato offensivo, bensì anche dell'oggettiva tendenza dell'azione verso quel risultato. I reati a dolo specifico sarebbero pertanto reati di pericolo con dolo di danno: 'in questi reati (...), mentre la volontà deve essere indirizzata a produrre un'effettiva lesione, il fatto è completo non appena si verifica l'esposizione a pericolo dell'interesse tutelato' [G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 132]».

⁽¹⁴³⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 138.

La medesima conclusione si rinviene anche con riferimento alla «partecipazione», poiché dalla rivalutazione il dolo specifico è necessaria «la prova della prestazione di un apporto causale idoneo al rafforzamento di un sodalizio criminoso – a sua volta già accertato come idoneo a ledere beni giuridici – oltre che stabile e duraturo nel tempo»⁽¹⁴⁴⁾.

In questo contesto esegetico il dolo specifico è visto in chiave oggettivizzante e, di conseguenza, tutti i reati che presentano tale elemento, «a prescindere dal grado di determinatezza e offensività raggiunto dalla condotta illecita base», «sarebbero da rimodellare in via interpretativa sull'archetipo dogmatico dell'illecito di *pericolo concreto con dolo di danno*, di talché essi dovrebbero dirsi perfezionati solo allorquando, oltre alla prova della intenzione di conseguire quel dato scopo codificato dalla norma, sia stata raggiunta anche la prova della oggettiva idoneità della condotta al perseguimento dello scopo preso di mira dall'agente». Pertanto, solo dopo aver dimostrato, sul piano fattuale, che la condotta posta in essere dal soggetto agente fosse «realmente idonea a esporre a concreto pericolo il bene protetto (*pericolo concreto*)»⁽¹⁴⁵⁾, sul piano del dolo potrà dimostrarsi come «l'agente avesse mirato alla produzione dell'evento lesivo (*dolo di danno*)»⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 139.

⁽¹⁴⁵⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 137.

⁽¹⁴⁶⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione*

2.Segue: gli effetti sul versante processuale della carenza di determinatezza nella fattispecie sostanziale.

La carenza di elementi significativi della fattispecie associativa esplica i suoi effetti oltre che sul versante penalistico, anche su quello processuale, vanificando in particolare garanzie costituzionalmente rilevanti.

L'articolo 111 comma 4 della Costituzione sancisce con «una formula breve ma potente» ⁽¹⁴⁷⁾, che «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova».

Indubbiamente, l'effetto più immediato della direttiva costituzionale è la messa al bando degli elementi di prova raccolti unilateralmente nel corso della fase investigativa, dei quali l'organo giudicante non può tenere alcun conto nella sua decisione, salvo le «deroghe alla regola di esclusione» insite nel principio del contraddittorio ed espressamente previste dalla stessa Carta fondamentale all' art. 111 co. 5 Cost. (consenso dell'imputato, accertata impossibilità di natura oggettiva, provata condotta illecita)

del diritto e del processo penale, cit., p. 136. Come precisato in dottrina, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritti penale 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, cit., p. 576, «(...) nella letteratura italiana, sino ai giorni nostri, continua d'altra parte a prevalere la tendenza a scorgere nei reati a dolo specifico, oltre ad un particolare atteggiamento della volontà, anche l'oggettiva idoneità dell'azione a offendere il bene giuridico».

⁽¹⁴⁷⁾ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, p. 129.

(¹⁴⁸); pertanto, deve considerarsi prova utilizzabile per la decisione soltanto quella assunta davanti al giudice con l'intervento delle parti. Sebbene tale condizione si realizzi anche in momenti diversi (incidente probatorio, udienza preliminare), la sede privilegiata in cui il metodo dialettico viene direttamente applicato non può che essere la fase dibattimentale, in cui si compie attività istruttoria (¹⁴⁹).

Dal dettato costituzionale emerge, quindi, come «l'esigenza cognitiva indissolubilmente collegata all'idea stessa di giustizia penale» si fonda, oggi, sul metodo dialettico «capace di far assurgere il contraddittorio nella formazione della prova al rango di 'statuto epistemologico' della giurisdizione penale» (¹⁵⁰).

(¹⁴⁸) In questo senso, O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2014, p. 252 ss.

(¹⁴⁹) In questo senso, O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 250, quale precisa che «il valore euristico riconosciuto al contraddittorio dall'epistemologia contemporanea trova la sua massima esaltazione quando il metodo dialettico viene direttamente applicato alle attività istruttorie, dando origine a quello che si potrebbe definire il "contraddittorio probatorio"».

(¹⁵⁰) O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. CONSO, Napoli, 2007, p.637, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo. Nella sentenza 255/1992, invece, «l'esigenza cognitiva [...] era fondata dal giudice delle leggi sul controverso principio di non dispersione della prova, per cui si postulava la necessità che il soggetto giudicante fosse il destinatario di ogni elemento probatorio indipendentemente dalle modalità di assunzione dello stesso», *ibidem*, p. 637. In questo senso, C. cost., sent. 25 ottobre 2000 n. 440, in *Giur. cost.*, 2000, p. 3306: «il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale è ora espressamente enunciato [...] quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti».

Indubitabile e inevitabile è il «*valore euristico del contraddittorio*: secondo le acquisizioni dell'epistemologia contemporanea, il metodo dialettico viene ritenuto quello migliore per l'accertamento della verità degli enunciati, il cui conseguimento, se riguardanti le affermazioni fattuali delle parti, costituisce il presupposto storico per poter adeguatamente decidere quale sia la legge applicabile nel caso concreto. Assicurare a ciascuna di esse di poter presentare alle altre e al giudice l'insieme dei dati (probatori, giuridici e argomentativi) considerati più idonei a sostenere la propria tesi, interloquendo su analoghi elementi presentati dalle altre (o inseriti d'ufficio) nel materiale processuale, significa anche consentire un espletamento della funzione giurisdizionale conforme a uno dei canoni fondamentali di qualunque ricerca della verità»⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁵¹⁾ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I. Principi generali*, Torino, 2013, p. 146. Per G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del): II) diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, p. 5, tuttavia, «bisogna guardarsi dalla tendenza a scorgere nel contraddittorio, anziché la traduzione in termini processuali di un antagonismo di interessi, un momento di collaborazione delle parti al raggiungimento della verità. Apparentemente, anche questa impostazione muove dalla premessa che la diretta partecipazione al processo dei soggetti interessati giovi alla verità. L'equivoco sta nel collegare funzionalmente all'accertamento di questa ultima, non la dialettica tra le parti, bensì le parti medesime, in capo alle quali si finisce per configurare se non un obbligo, quanto meno un onere di verità, supponendo che i loro interessi confluiscono e si riconoscano in un superiore interesse di giustizia. Palese l'equivoco: una cosa è ritenere che il contraddittorio svolga un'azione maieutica *senza* ed anche *contro* la volontà delle parti, altra cosa è confidare sul contributo diretto di ciascuna parte alla ricostruzione della verità storica». Inoltre, secondo G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I. Principi generali*, cit., p. 51,

dall'impostazione qui accolta, «deriva il rifiuto della distinzione, [...], tra contraddittorio oggettivo e soggettivo. Il contraddittorio è un modo di procedere che, semmai, si realizza attraverso il riconoscimento alle parti di adeguati diritti di intervento nel processo: e sono questi diritti a possedere un profilo soggettivo, non il contraddittorio in quanto tale. Quando, nell'uso corrente, si parla di “diritto al contraddittorio” non si vuole contrapporlo al “metodo del contraddittorio“, ma più precisamente si intende evocare il “diritto all'esercizio del contraddittorio”: ossia “a contraddire”, in ossequio al principio metodologico della dialettica tra le parti». Cfr. anche F.R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, p. 106. Secondo l'impostazione contraria, sostenuta da C. CONTI, *Le due “anime” del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 198, «per comprendere la giusta portata del “divieto probatorio” contenuto nel comma 4 dell'art. 111 Cost., è necessario stabilire in che modo tale articolo recepisca il principio del contraddittorio. Il primo enunciato, che si impone all'attenzione dell'interprete, è contenuto anch'esso all'inizio del medesimo comma, che esordisce con le seguenti parole: 'Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova'. Si tratta, [...] di una espressione lapidaria, ma completa nella sua semplicità. Tuttavia, non è questa l'unica disposizione che riconosce il principio del contraddittorio. Infatti, poche righe più sopra, al comma 3, vi è un altro enunciato così formulato: 'La legge assicura che la persona accusata di un reato (...) abbia la facoltà davanti al giudice di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico'. Anche questa norma costituisce un espresso riconoscimento del principio del contraddittorio. Occorre allora prendere atto della autonoma consistenza dei due enunciati. Quello contenuto nel comma 4 primo periodo dell'art. 111 (principio del contraddittorio nella formazione della prova) dà una prescrizione di natura *oggettiva*: è una norma preposta alla tutela del processo penale ed appare funzionale ad assicurare il contraddittorio inteso come *metodo di conoscenza*. Viceversa, la regola posta al comma 3 dell'art. 111 (diritto dell'imputato di interrogare l'accusatore) dà una

È stato osservato come «il problema della verità ottenibile attraverso il processo penale occup[i] una

prescrizione di tipo *soggettivo*, funzionale alla tutela dell'imputato. La norma intende assicurare il contraddittorio come *garanzia individuale*. (...) ci troviamo dinanzi ad una consacrazione, effettuata al massimo livello delle fonti del diritto, dei due profili imprescindibili del contraddittorio. (...) questi aspetti dovrebbero comportare il medesimo corollario: l'obbligo di rispondere secondo verità posto in capo a tutti coloro che rendono dichiarazioni dinanzi al giudice. Sotto il primo profilo, è possibile sostenere che la prova si forma effettivamente nel contraddittorio soltanto se il dichiarante è obbligato a deporre secondo verità. In caso contrario, lo strumento dell'esame incrociato, mediante il quale le parti contribuiscono dialetticamente a forgiare gli elementi di prova, sarebbe inficiato alla radice. Si assicurerebbe un contraddittorio vuoto di contenuti (o con contenuti "inquinati") inteso in senso meramente *formale*; mentre non si garantirebbe, da un punto di vista *sostanziale*, la qualità degli elementi ottenuti con tale metodo. Così svilito, il contraddittorio nella formazione della prova resterebbe un mero *flatus vocis*. Sotto il secondo profilo, il principio del contraddittorio inteso in senso *soggettivo* non è che il diritto a "confrontarsi con l'accusatore". La storia insegna che tale diritto può ritenersi effettivamente attuato soltanto se l'accusato ha la facoltà di costringere il proprio accusatore a formulare i suoi addebiti dinanzi a lui ed al giudice, con l'obbligo di rispondere secondo verità. Ove ciò non fosse, non potrebbe correttamente parlarsi di "diritto a confrontarsi con l'accusatore", ma si tratterebbe di un mero, ingannevole simulacro. La formulazione dell'art. 111 comma 3 Cost., che menziona il 'diritto di interrogare', (...) pare viziata da un certo atecnicismo. Essa porta il segno della sua origine, dato che si tratta della traduzione di una norma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6 par. 3 lett. *d* Conv. eur. dir. umani). Tuttavia, stante la natura costituzionale dell'art. 111 Cost., ci pare che una simile formulazione non ostacoli in alcun modo l'interpretazione (...) prospettata». Nello stesso senso, P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1389 ss.

posizione centrale, sovrapponendosi e condizionando quello riguardante l'ideale di giustizia della decisione»⁽¹⁵²⁾. L'epistemologia giudiziaria ha «da tempo dimostrato come uno dei più gravi errori che si possano commettere sia quello di ritenere che esista una verità “sostanziale”»⁽¹⁵³⁾, «una assoluta “Verità” che conduca alla conoscenza di una altrettanto assoluta “Oggettività”»⁽¹⁵⁴⁾. Il perseguimento «della verità assoluta è [...] solo un'illusione, un'aspirazione che non trova alcun riscontro nella realtà scientifica e che è destinata a rimanere tale anche in campo filosofico e giuridico»¹⁵⁵: è, in definitiva, un «limite ideale»⁽¹⁵⁶⁾. Anche «il vecchio ideale scientifico dell'*episteme* – della conoscenza assolutamente certa, dimostrabile — si è rivelato un idolo. L'esigenza dell'oggettività scientifica rende ineluttabile che ogni asserzione della scienza rimanga necessariamente e *per sempre allo stato di tentativo*. È bensì vero che un'asserzione scientifica può essere corroborata, ma ogni

⁽¹⁵²⁾ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, p. 10.

⁽¹⁵³⁾ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 11.

⁽¹⁵⁴⁾ G. UBERTIS, *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, p. 50.

⁽¹⁵⁵⁾ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 12.

⁽¹⁵⁶⁾ A. TARSKY, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in *Semantica e filosofia del linguaggio*, a cura di L. LINSKY, tra. it., Milano, 1969, p. 62. «L'idea contraria che si possa raggiungere ed asserire una verità oggettivamente e assolutamente certa è infatti una ingenuità epistemologica», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, p. 23.

corroborazione è relativa ad altre asserzioni che a loro volta hanno natura di tentavi»⁽¹⁵⁷⁾. La cultura filosofico scientifica contemporanea riconosce la relatività della verità ed osserva che «qualunque risultato di un'indagine fattuale è dipendente dal contesto in cui quest'ultima si svolge, dalla metodologia seguita e dalle finalità prefissate. Il problema della 'obiettività' della scienza, allora, si risolve attraverso non il conseguimento di una presupposta conoscenza assoluta ed incontrovertibile, ma il chiarimento più esatto possibile, ad esempio, di quali sono le ipotesi di lavoro costituenti il motore della ricerca, quali i postulati impliciti nella conduzione dell'indagine, quale l'incidenza degli strumenti impiegati sugli scopi da raggiungere»⁽¹⁵⁸⁾. Del resto, «siamo praticamente certi, in base alla nostra esperienza storica, che ogni teoria empirica oggi accettata sarà prima o poi respinta e sostituita da un'altra. È anche molto probabile che la nuova teoria sarà incompatibile con la vecchia; implicherà, cioè, un enunciato in contraddizione con uno degli enunciati contenuti nella vecchia teoria. Quindi almeno una delle due teorie deve comprendere degli enunciati falsi, nonostante che ciascuna di esse sia accettata in una determinata epoca»⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ K. R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere auto correttivo della scienza*, 1934, trad. it., Torino, 1995, p. 311.

⁽¹⁵⁸⁾ G. UBERTIS, *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, cit., p. 49 ss.

⁽¹⁵⁹⁾ A. TARSKY, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, cit. p. 62. Nello stesso senso L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 32: «(...) per esperienza, (...), ogni teoria scientifica è destinata prima o poi ad essere superata da un'altra teoria in contraddizione con taluna delle sue tesi che perciò saranno un giorno abbandonate

Ciò «vale a maggior ragione per la verità processuale, che può essere anch'essa concepita come una verità *approssimativa* rispetto all'ideale illuministico della perfetta corrispondenza» ⁽¹⁶⁰⁾: «oggetto di indagine sono sempre accadimenti del passato non suscettibili di verifica sperimentale diretta; la ricerca è condotta da un soggetto, il giudice, condizionato dal proprio approccio soggettivo e dagli strumenti a disposizione, le prove, caratterizzate da un irriducibile margine di incertezza. Inoltre, vi è un fattore del tutto specifico rappresentato dal rispetto delle regole imposte all'accertamento processuale quale condizione di validità della conoscenza stessa» ⁽¹⁶¹⁾.

Al termine del processo si giunge ad una ricostruzione fattuale «conforme a quella che – ritualmente ricercata ed ottenuta — può essere definita come *verità giudiziale*. Essa è tale sia perché conseguita nel giudizio, inteso come fase processuale o «luogo» in cui dialetticamente si realizza, sia perché derivante dal giudizio, inteso tanto come attività di ricerca degli elementi su cui si fonda una deliberazione quanto come formazione di quest'ultima, sia perché manifestata tramite il giudizio, inteso come decisione e sua definitiva pronuncia giurisdizionale» ⁽¹⁶²⁾. Nonostante ciò è possibile non abbandonare la

come false. (...). La 'verità' di una teoria scientifica e più in generale di qualunque discorso o proposizione empirica è sempre, insomma, una verità non definitiva ma contingente, non assoluta ma relativa allo stato delle conoscenze ed esperienze compiute in ordine alle cose di cui si parla».

⁽¹⁶⁰⁾ L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo*, cit., p. 24.

⁽¹⁶¹⁾ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 12-13.

⁽¹⁶²⁾ G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p.129.

rappresentazione della verità come corrispondenza ⁽¹⁶³⁾; essa «offre comunque un contributo decisivo alla risoluzione del problema della conoscenza giudiziaria: il giudice non dovrà chiedersi se l'imputato abbia effettivamente commesso il reato che gli viene ascritto, non dovrà interrogarsi in merito a un'irraggiungibile verità ipostatizzata; il suo compito, molto meno ambizioso, sarà quello di valutare la sufficienza delle prove o meno acquisite per la verifica dell'enunciato fattuale dell'accusa e di interpretare le disposizioni legislative in modo tale da risolvere la *questio iuris*» ⁽¹⁶⁴⁾.

«La verità della ricostruzione fattuale rilev[a] in ambito processuale quale fondamento per l'emanazione di una decisione giusta» ⁽¹⁶⁵⁾, «indipendentemente dal criterio giuridico che si impiega per definire e valutare la giustizia

⁽¹⁶³⁾ La teoria in questione è stata teorizzata da A. TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, cit., p. 28 ss. Osserva P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino 1992, p. 170 ss., ...«concedo volentieri che il processo – anche quello accusatorio – abbia per fine 'la ricerca della verità'; non conviene affatto lasciarne il monopolio all'inquisitorio. A condizione, però, che l'assunto sia correttamente formulato: il processo è una serie di atti volti a verificare se sia vero o falso l'enunciato contenuto nell'atto d'accusa; e intendo la verità come corrispondenza dei fatti. Ma il significato della verità come 'corrispondenza' tace sui criteri epistemici, sui mezzi di convalida degli enunciati. In altri termini: porre al centro del processo l'accertamento della verità non equivale ancora a definire i metodi per la verifica o falsificazione dell'accusa, che restano legati al modello scelto dal legislatore (i generi, (...), sono l'accusatorio, l'inquisitorio e il misto)».

⁽¹⁶⁴⁾ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 15.

⁽¹⁶⁵⁾ G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, p. 67.

della decisione»⁽¹⁶⁶⁾. Pertanto, «rintracciare la conseguenza del legame che intercorre fra i due concetti (verità/giustizia) dovrebbe essere agevole: se la conoscenza oggettiva rappresenta una semplice illusione, allo stesso modo l'ideale di una giustizia assoluta è destinato a rimanere un'aspirazione irrealizzabile attraverso lo strumento processuale. Giusta, in senso assoluto, sarebbe, infatti, solo quella decisione che potesse affermare una verità oggettiva e inconfutabile. La regola di giustizia impiegata per valutare la decisione non può essere, dunque, il raggiungimento della verità oggettiva (...): la giustizia assoluta della decisione, al pari della verità oggettiva, sono idoli»⁽¹⁶⁷⁾.

Il principio del contraddittorio, oltre che un segno di maturità scientifica, è anche un segno di civiltà⁽¹⁶⁸⁾: è «moralmente necessario» perché «la caccia vale più della preda e cioè il modo in cui si agisce conta più del risultato»⁽¹⁶⁹⁾. Infatti, è stato osservato che «un attimo di riflessione (...) lascia intendere come il problema della

⁽¹⁶⁶⁾ M. TARUFFO, *La prova nei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 43.

⁽¹⁶⁷⁾ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 16-17.

⁽¹⁶⁸⁾ In questo senso, G. COLANGELI, *Principio del contraddittorio*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, p. 27. L'Autore precisa che «il metodo di verifica della imputazione (...) si pone come 'principio di falsificabilità' dell'imputazione medesima; la logica e la gnoseologia del processo sono legate dalle due facce di una stessa medaglia: la conferma dell'ipotesi 'per *modus ponens*', e la smentita 'per *modus tollens*'. Quando a questi due criteri di sviluppo induttivo si dà la medesima dignità, il principio del contraddittorio è realmente operante, *ivi*, p. 27.

⁽¹⁶⁹⁾ F. CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio*, in *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 220.

giustizia della sentenza, in fondo sia secondario» poiché «si possono immaginare un processo nel quale, comunque le cose vadano, la dignità dell'uomo è avvilita, e un altro in cui è rispettata: il che rende tollerabile persino gli inevitabili errori. A parole tutti vogliono un processo del secondo tipo ma l'umanità è sospetta, poiché rispettare la dignità della persona non è così semplice quanto si crede. Anzitutto, dovre[bbe] [essere] sradica[to] qualche pregiudizio e, per cominciare, l'idea che nessun prezzo sia eccessivo per la verità» ⁽¹⁷⁰⁾. Tuttavia, procedendo in tal senso la tortura troverebbe una fonte di legittimazione, «non vi s[arebbero] garanzie per chi “d[ovesse] raccontare tutto ciò che si presume [essere] a sua conoscenza, e ogni strumento ad *eruedam veritatem*, dalle pressioni psicologiche alla tortura fisica, trov[erebbe] una precisa giustificazione nel fine superiore della ricerca di un'illusoria verità “materiale”» ⁽¹⁷¹⁾.

Il solo modello che consente un'approssimazione, nei limiti qui indicati, «all'ideale dell'episteme è quello accusatorio-garantista: scartata ogni suggestione derivante dalla verità oggettiva o materiale, senza, per converso, cadere in 'un rassegnato scetticismo giudiziario disposto ad accantonare come illusoria qualunque pretesa di

⁽¹⁷⁰⁾ F. CORDERO, *Diatribes sul processo accusatorio*, cit., p. 220, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo.

⁽¹⁷¹⁾ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 4 ss. «Sembra, quello della tortura, un passaggio obbligato, una tappa del processo a cui, in un modo o nell'altro, si finiva per giungere. Ogni pretesto era buono, ogni situazione ne giustificava il ricorso, perché quella verità, a volte vagheggiata a sproposito, fosse sempre e comunque fatta trionfare», L. GARLATI GIUGNI, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano, 1999, p. 150-151.

perseguire la verità nel processo', questo modello si propone di sottoporre a verifica o a falsificazione gli enunciati fattuali e giuridici costituenti l'ipotesi d'accusa, attraverso un procedimento legislativamente predeterminato, connotato da regole e forme dirette ad assicurare il soddisfacimento e il temperamento dell'esigenza politica di salvaguardia di determinati diritti, in primo luogo quelli di rilievo costituzionale, con l'esigenza epistemologica di guidare il giudice nella verifica degli enunciati»⁽¹⁷²⁾.

Chiarito che «contraddittorio, verità e giustizia della decisione sono, dunque, aspetti intrecciati e presupposti dal principio costituzionale espresso nell'art. 111 comma 4 Cost.»⁽¹⁷³⁾, è necessario approfondire il «principio del contraddittorio nella formazione della prova».

È stato osservato come esso sia «proteiforme»⁽¹⁷⁴⁾, potendo essere inteso in almeno tre diverse accezioni: in primo luogo, come «contraddittorio debole»⁽¹⁷⁵⁾, in

⁽¹⁷²⁾ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 19 ss.

⁽¹⁷³⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 250, si v. anche ID., *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., p. 640.

⁽¹⁷⁴⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 247.

⁽¹⁷⁵⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 247, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo. L'Autore, *ivi*, n. 4, p. 247, precisa che la differenza fra il contraddittorio *sulla prova* (ossia debole) e il contraddittorio *per la prova* (ossia forte) era già stata lucidamente esposta, in coincidenza con l'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura penale, da D. SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in ID., *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, p. XII, il quale afferma: «nel processo senza istruzione i modelli sono, per forza di cose diversi.

secondo luogo come «contraddittorio forte per l'elemento di prova» ⁽¹⁷⁶⁾, ed in terzo luogo come «contraddittorio almeno differito sull'elemento di prova» ⁽¹⁷⁷⁾ secondo gli insegnamenti della giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo formatisi sull'art. 6 commi 1 e 3 lett. *d* Cedu ⁽¹⁷⁸⁾.

Il contraddittorio *debole* si svolge in termini esclusivamente «argomentativi sull'elemento di prova già

In questo tipo di processo il contraddittorio non deve fare i conti con i protocolli di una prova già acquisita, ma deve cimentarsi per acquisirla. *È un contraddittorio per la prova e non sulla prova.* Con le variabili imposte da una *discovery*, ritagliata in modo diverso nell'incidente probatorio e nell'istruzione dibattimentale, nei due momenti cioè in cui il contraddittorio trova una pratica possibilità di esplicazione».

⁽¹⁷⁶⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 247. ID., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 17ss: « (...) l'epistemologia inquisitoria-autoritaria, [invece], più che caratterizzarsi come teoria della conoscenza, appare funzionale alla celebrazione, per scopi politico-ideologici, di un processo senza garanzie e senza verità. E non bisogna credere che le aberranti conseguenze di tale presunta "epistemologia" siano confinate nel passato, magari all'epoca dell'inquisizione romana. Vi sono, infatti, anche esempi più vicini a noi di come la ricerca della verità materiale sia stata invocata per sovvertire precise disposizioni garantistiche. Basti pensare allo scardinamento delle regole di esclusione probatoria che garantivano la formazione della testimonianza nel contraddittorio dibattimentale, operato dalla famosa sentenza costituzionale n. 255 del 1992: per legittimare una scelta politica diametralmente opposta a quella compiuta dal legislatore del 1988 al termine di un lungo percorso di riforma, il giudice delle leggi non ha esitato a richiamare l'assunto secondo cui 'il fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità'».

⁽¹⁷⁷⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 247.

⁽¹⁷⁸⁾ Si v. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I. Principi generali*, cit., p. 166 ss.

acquisito. La contesa dialettica tra le parti è quindi confinata al momento valutativo della prova non assunta al loro cospetto»: «(...) il contraddittore non interviene nella fase acquisitiva della prova, ma è chiamato successivamente a offrire al giudice la sua valutazione degli elementi raccolti da altri soggetti. Questo contraddittorio debole, circoscritto agli aspetti argomentativi, è quello che limita al massimo la forza epistemica del principio e riduce al minimo le potenzialità di intervento delle parti»⁽¹⁷⁹⁾.

Il legislatore costituzionale non ha accolto la forma debole di contraddittorio e lo si evince dalla *littera legis* dello stesso art. 111 comma 4 Cost., «laddove si riferisce al momento formativo della prova, da intendersi come sinonimo della fase acquisitiva sia ammissiva che assuntiva»⁽¹⁸⁰⁾.

L'art. 111 comma 4 Cost. ha costituzionalizzato il contraddittorio forte per l'elemento di prova ed escluso, quindi, il «contraddittorio almeno differito sulla fonte di prova»⁽¹⁸¹⁾.

La Corte di Strasburgo, pur negando la legittimità di un contraddittorio debole, sull'elemento di prova già acquisito da una delle parti in assenza dell'altra o dal solo giudice nella fase istruttoria, in realtà, non ritiene essenziale l'instaurazione del contraddittorio forte per l'elemento di prova, diretto all'introduzione nel processo del dato probatorio. Tra un contraddittorio debole e un contraddittorio forte, il Giudice europeo, pur preferendo che le dichiarazioni destinate ad un impiego determinante

⁽¹⁷⁹⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 252.

⁽¹⁸⁰⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 252.

⁽¹⁸¹⁾ In questo senso, O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 253.

ai fini decisori siano rese nell'ambito di una pubblica udienza e in contraddittorio, reputa utilizzabili a tale scopo anche le deposizioni rese all'autorità procedente nella fase istruttoria antecedente al dibattimento, purché all'accusato sia stata accordata un'occasione adeguata e sufficiente per contestare la testimonianza a carico resa dal dichiarante e interrogarne l'autore, al momento della deposizione o successivamente ⁽¹⁸²⁾. La Corte eur. dir. uomo, però, non arriva ad esigere che dal contraddittorio emerga l'elemento di prova impiegato dal giudice nella sua decisione, limitandosi invece a richiedere «quale requisito minimo, che la fonte di prova a carico determinante adoperata in sentenza sia comunque inserita nel circuito del contraddittorio: esige, cioè, in linea generale, un *contraddittorio almeno differito sulla fonte di prova*» ⁽¹⁸³⁾.

In forza della costituzionalizzazione del contraddittorio forte per l'elemento di prova (*ex art. 111 co. 4 Cost.*), « (...) le parti sono chiamate a partecipare attivamente al momento di formazione dell'elemento conoscitivo utilizzabile per la decisione sul merito dell'imputazione». Trattasi di quella «definizione di contraddittorio poietico che contiene in sé anche la specificazione dei limiti di operatività del principio» ⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸²⁾ In questi termini, O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 253; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I. Principi generali*, cit., p. 166 ss. Il *leading case* è C. eur. dir. uomo 20 novembre 1989, Kostovski c. Paesi Bassi, § 41.

⁽¹⁸³⁾ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I. Principi generali*, cit., p. 167. Si v. anche O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 253.

⁽¹⁸⁴⁾ Così, O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 247. Per G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del): Il diritto processuale penale*, cit., p. 2, «(...) il metodo dialettico si cala, per così dire, all'interno del processo formativo della prova,

Innanzitutto «il metodo del contraddittorio deve ritenersi costituzionalmente imprescindibile per ogni decisione di merito, cioè di assoluzione o di condanna»⁽¹⁸⁵⁾.

Il termine prova, impiegato dall'art. 111 comma 4 Cost., è polisemo, poiché riferibile ad ogni «*esperimento gnoseologico* diretto alla verifica di un enunciato fattuale»⁽¹⁸⁶⁾ e, quindi, sia agli atti di indagine, sia agli elementi utilizzabili per la decisione sul *thema probandum* principale del processo⁽¹⁸⁷⁾. Tuttavia, per comprendere l'accezione del termine in parola è sufficiente considerare il nesso funzionale del metodo dialettico con l'accertamento della verità giudiziale: il rispetto del contraddittorio risulta infatti indefettibile «solo per giungere a un accertamento tendenzialmente definitivo sul merito dell'imputazione, mentre si può prescindere dal rigoroso rispetto del metodo costituzionalmente imposto di assunzione delle conoscenze quando le stesse servano per

esercitando una forza maieutica in grado di fare sprigionare risultati diversi da quelli che si produrrebbero a seguito di un interpello monologante della medesima fonte. Il contraddittorio 'poetico' è realtà esclusiva dell'esperienza giurisdizionale (qualcosa di simile può forse ravvisarsi nel contraddittorio parlamentare, sui cui è imperniato il procedimento legislativo (...)) ed è significativamente oggetto di specifica attenzione da parte dell'art. 111 Cost. con riguardo alla giurisdizione penale».

⁽¹⁸⁵⁾ G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 6. In tal senso si v. anche P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 133; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, cit., p. 171.

⁽¹⁸⁶⁾ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, cit., p. 169.

⁽¹⁸⁷⁾ In questo senso, O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 253.

adottare decisioni sui temi incidentali o preliminari rispetto alla vera e propria regiudicanda»⁽¹⁸⁸⁾.

Secondariamente, il rispetto del metodo dialettico è imprescindibile solo con riferimento all'«assunzione di quelle prove costituenti che per loro stessa natura possono essere formate con l'apporto determinante delle parti» (si pensi, a titolo esemplificativo, alle prove dichiarative)⁽¹⁸⁹⁾. Nel caso in cui, invece, la stessa struttura della prova fosse refrattaria al metodo dialettico, il contraddittorio nella formazione della prova non troverebbe spazio (basti pensare, ad esempio, alle intercettazioni telefoniche rispetto alle quali può trovare applicazione solo il contraddittorio debole – o argomentativo – sull'elemento di prova già formato)⁽¹⁹⁰⁾.

Inoltre, il principio secondo cui la prova utilizzabile per la decisione definitiva sul merito dell'imputazione deve

⁽¹⁸⁸⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 253. Secondo G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del): II) Diritto processuale penale*, cit., p. 6 ss., il contraddittorio è irrinunciabile «(...) per stabilire ciò che *pro veritate habetur*. Quando si resta in un contesto di ricerca (es. fase delle indagini preliminari) ovvero di scrutinio processuale della consistenza degli elementi per il giudizio (es. udienza preliminare), se ne può prescindere, in quanto il loro epilogo o esclude la necessità del pronunciamento *pro veritate* (es. archiviazione, sentenza di non luogo a procedere) o, ritenendola, immette nel luogo elettivo, del contraddittorio (es. 111, 4° co., Cost., dunque, ricalca una demarcazione non già strutturale, per fasi del procedimento penale, bensì funzionale: poiché il metodo che impone serve a meglio approssimarsi alla verità storica, è imprescindibile quando si debba appurarla con esiti tendenzialmente definitivi».

⁽¹⁸⁹⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 253.

⁽¹⁹⁰⁾ In questi termini, O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 253.

formarsi nel contraddittorio ha anche una valenza in negativo, come regola di esclusione, rispetto a tutti quegli elementi raccolti unilateralmente nella fase investigativa, e ciò a prescindere dalla circostanza che successivamente la fonte si sia sottoposta all'esame dibattimentale delle parti⁽¹⁹¹⁾.

Ciò premesso, non può allora sfuggire lo stretto collegamento che sussiste tra il principio del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111 comma 4 Cost.) ed i principi di determinatezza, offensività e materialità⁽¹⁹²⁾: «il versante processuale e quello sostanziale sono due facce della stessa medaglia, concorrono in maniera paritetica alla realizzazione della giustizia penale»⁽¹⁹³⁾. Ecco spiegato il «pericoloso circuito di indebolimento dell'illecito penale che, se svuotato di reali contenuti offensivi, ingenera una responsabilità penale *senza prova*, dal momento che il giudice, ancor prima di confrontarsi con il tema della prova, non riscontra nel testo della norma alcun elemento effettivamente selettivo della responsabilità penale. Insomma, la prova della responsabilità è già semplificata *a monte* dalla povertà del paradigma di diritto sostanziale,

⁽¹⁹¹⁾ In questo senso O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 253 ss. La C. cost., ordinanza, 5 luglio 2002, n. 325, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2517 ha precisato che il riconoscimento del contraddittorio «come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio (...) esprime una regola di esclusione probatoria, in base alla quale nessuna dichiarazione raccolta unilateralmente durante le indagini può essere utilizzata come prova del fatto in essa affermato, se non nei casi eccezionali, contemplati dal quinto comma dell'art. 111 Cost.».

⁽¹⁹²⁾ Per questa chiave di lettura si v.

⁽¹⁹³⁾ O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2014, p. 49.

avendo il giudice ben poco – se non addirittura nulla – da provare»⁽¹⁹⁴⁾.

Le lacune che contraddistinguono la fattispecie penale e che sono esaltate dalle distorsioni interpretative della giurisprudenza, portando ad identificare il reato associativo nella mera *affectio societatis scelerum* (ossia nel vincolo stabile tra più soggetti creato in vista della realizzazione di un generico programma delittuoso), comprimono le potenzialità epistemologiche del metodo dialettico e scalfiscono il diritto di difesa (art. 24 Cost.): «in buona sostanza, se il diritto di difesa è un aspetto del principio del contraddittorio, allora ne è altresì una (sebbene non sola) garanzia di concreta osservanza. Dove manc[a] la possibilità di difendersi (e indipendentemente dall'esistenza di un effettivo pregiudizio per la difesa, il quale non sussisterebbe qualora venissero integralmente disattese le richieste le richieste dell'accusa), evidentemente nemmeno vi [è] spazio per una dialettica tra le parti contrapposte»⁽¹⁹⁵⁾.

Per l'accusato, l'esercizio del contraddittorio si attua difendendosi, vale a dire esercitando il diritto di difesa: alle salvaguardie difensive sono dedicati sia l'art. 24 co. 2 Cost., sia l'art. 111 co. 3 Cost. (ricalcato, quest'ultimo,

⁽¹⁹⁴⁾ V. N. D'ASCOLA, *Le nuove mafie ed il reato associativo transnazionale*, in AA.VV, *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013, p. 136. Si v. anche ID., *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale «senza prova». Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 384, «dinanzi alla rinuncia a priori alla prova degli snodi essenziali del reato e quindi dinanzi alla legittimazione di un diritto penale già in sé dubbio, infatti, il contraddittorio non è più in alcun modo recuperabile (...)».

⁽¹⁹⁵⁾ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I. Principi generali*, cit., p. 145.

sull'artt. 6 comma 3 Conv. eur. dir. uomo che, a sua volta, è strettamente connesso all'art. 14 Patto int. dir. civ. pol.). In quest'ottica, il *deficit* di determinatezza produce ulteriori conseguenze sul giusto processo perché vanifica il diritto dell'imputato di difendersi provando, posto che per tale via risultano di fatto rispettati solo formalmente tanto la previsione secondo cui «la persona accusata di un reato sia informata della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico», quanto quella che prevede la necessità che il prevenuto «disponga delle condizioni necessarie» (oltre che del tempo) per preparare la sua difesa (art. 111 co. 3 Cost.).

Con riferimento all'art. 111 co. 3 Cost., primo periodo («nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa»), avendo il legislatore emanato una norma non chiara e imprecisa, tale che i consociati non possano cogliere senza incertezze i contorni ed i limiti dei fatti penalmente vietati, la difesa, dinnanzi all'informativa dell'accusa, è impossibilitata a presentare le proprie ragioni difensive corredate con dati probatori (¹⁹⁶): «i più

(¹⁹⁶) In questi termini P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 122; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I. Principi generali*, cit., p. 152. Per F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, cit., p. 89, «al riguardo, si è osservato come la disposizione [art. 111 co. 3 Cost.] preveda il diritto ad un'informazione tempestiva che deve riguardare i contenuti tanto fattuali (i 'motivi') quanto giuridici (la 'natura') dell'accusa. In realtà appare possibile ricavare dalla disposizione un diritto ben più pregnante, ossia quello di conoscere non solo il fatto contestato e la relativa qualificazione giuridica, ma anche le prove che hanno indotto il pubblico ministero ad elevare quell'accusa. Se infatti il legislatore avesse inteso garantire solo la conoscenza delle coordinate fattuali

subdoli attentati alla difesa possono consumarsi proprio al livello del diritto sostanziale, con la formulazione di ipotesi criminose evanescenti o definibili solo in base a paradigmi etici o morali, o ancora costruite sul cosiddetto modello di tipo d'autore»⁽¹⁹⁷⁾. È evidente allora che la fattispecie di reato debba possedere elementi costitutivi che non si risolvano in presunzioni o mere congetture⁽¹⁹⁸⁾.

Per quanto concerne, invece, l'art. 111 co. 3 Cost. secondo periodo («disponga del tempo e delle condizioni necessari per prepararla sua difesa»), l'imputato, a fronte di una norma di indeterminata, è impossibilitato a disporre delle condizioni per fronteggiare adeguatamente l'accusa. Secondo una certa impostazione dottrinale, il termine «condizioni» di cui all'art. 111 co. 3 Cost. ben potrebbe riferirsi al diritto sostanziale, vale a dire alla formulazione della norma incriminatrice e alle forme di tutela apprestate

e giuridiche dell'accusa, ben si sarebbe potuto limitare ad imporre un obbligo di 'comunicazione dell'accusa', ossia di 'ciò di cui viene fatto carico all'imputato'. Viceversa, la formulazione è più articolata. Se il termine 'natura' può essere correlato alla qualificazione giuridica dell'accusa, il sintagma 'motivi dell'accusa' può essere letto diversamente, ed essere riferito agli elementi probatori che hanno portato il pubblico ministero a formulare un'accusa, alle ragioni, ai 'motivi', appunto, per cui un'accusa esiste [Tizio è accusato del reato x perché esiste la dichiarazione di Caio, o perché è stato rinvenuto il documento y: le ragioni per le quali viene mossa un'accusa è l'esistenza di questi elementi probatori, ID, *ivi*, n. 24, p. 92]».

⁽¹⁹⁷⁾ P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 122.

⁽¹⁹⁸⁾ In questo senso V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 477.

dal legislatore ⁽¹⁹⁹⁾: «è indubitabile, infatti, come la
esistenza di un diritto penale sostanziale composto da
norme incriminatrici formulate in maniera *chiara e
determinata*, dotate di un ben definito e univoco *contenuto
offensivo*, nonché dirette a reprimere unicamente
comportamenti dotati di *rilevanza materiale* e non mere
intenzioni, rappresenti una “condizione” senza dubbio
“necessaria” per potersi *difendere provando* e
correlativamente “necessaria” affinché la relativa prova
possa formarsi nel contraddittorio tra le parti» ⁽²⁰⁰⁾. A
sostegno di siffatta impostazione basti pensare che tanto la
richiesta di rinvio a giudizio (art. 417 co. 1 lett. *b, c.p.p.*)

⁽¹⁹⁹⁾ In questi termini V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della
fattispecie e responsabilità penale “senza prova”. Strutture in
trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 479.

⁽²⁰⁰⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e
responsabilità penale “senza prova”. Strutture in trasformazione
del diritto e del processo penale*, cit., p. 479. Si v. anche F.
BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna,
1997, p. 263; nonché L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del
garantismo penale*, cit., p. 629 ss. Con riferimento alla norma
costituzionale richiamata F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la
prova nel processo penale*, cit., p. 92 l'A. precisa che «(...) il
diritto di disporre del tempo e delle condizioni necessarie per
preparare la difesa, parimenti garantito dall'art. 111 comma 3
Cost., contribuisce a dare corpo al diritto al contraddittorio nella
formazione della prova, permettendo di acquisire informazioni sia
sul dichiarante, sia sui fatti in relazione ai quali questo sta per
deporre. [Come si è già detto, non si intende sostenere che i diritti
indicati nel terzo comma siano *meramente strumentali* al principio
del contraddittorio; lo sono *talora*, nel senso che la loro
compressione rende vana l'idea di attuare la formazione della prova
in contraddittorio. Nulla toglie, tuttavia, che essi abbiano vita
propria ed assumano rilievo anche isolatamente, a prescindere dal
principio del contraddittorio, ID. *ivi*, n. 26, p. 93]».

quanto il decreto che dispone il giudizio (art. 429 co. 1 lett. c, c.p.p.) devono recare l'«enunciazione in forma chiara e precisa del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza (...)». Trattasi di elementi volti a consentire all'imputato di esercitare il suo diritto alla prova nel contraddittorio tra le parti, diritto che, certamente, richiede la conoscenza o la conoscibilità dei fatti sui quali si fonda l'imputazione, che diverranno poi oggetto di prova nel processo (*ex art. 187 c.p.p.*). In presenza di norme incriminatrici non chiare e indeterminate, inevitabilmente, la contestazione processuale non potrà essere chiara (ossia non ambigua semanticamente e/o sintatticamente) e precisa (vale a dire non vaga) ⁽²⁰¹⁾.

Peraltro, in questo contesto, si inseriscono anche le investigazioni difensive (artt. 391 *bis* ss., c.p.p.): la possibilità per la difesa, così come per le altre parti processuali private, di compiere indagini per proprio conto e la parificazione di queste, a fini probatori, alle indagini espletate dal pubblico ministero, rimane lettera morta dinnanzi a norme sostanziali descritte in maniera indeterminata ⁽²⁰²⁾.

In definitiva, «la *determinatezza* della norma penale si conferma, (...), l'autentica *condizione necessaria* per la celebrazione stessa di un processo penale di tipo accusatorio e, quindi, di un processo “giusto” nel

⁽²⁰¹⁾ In questo senso, V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale “senza prova”. Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 483.

⁽²⁰²⁾ In questi termini, V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale “senza prova”. Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 489 ss.

significato ormai imposto dall'art. 111 Cost.»⁽²⁰³⁾. Legittimando fattispecie di reato indeterminate si rischia che la sanzione finisca per ruotare non già su di un disvalore di condotta, bensì sul parametro ancora più inafferrabile e illiberale del tipo di autore⁽²⁰⁴⁾; l'operazione che viene compiuta consiste nel conformare la responsabilità penale impedendo tanto l'ingresso del contraddittorio in sede di giudizio⁽²⁰⁵⁾ quanto la tutela di tutti i valori costituzionali coinvolti, a partire dai diritti fondamentali dell'imputato, ignorando così che «nel nostro ordinamento il fine dell'attuazione del diritto penale può essere raggiunto solo attraverso un giusto processo regolato dalla legge (art. 111, comma 1, Cost.) che risulta tale quando è assiologicamente orientato alla garanzia di tutti i valori costituzionali coinvolti»⁽²⁰⁶⁾.

Tuttavia, affinché ciò sia possibile è necessario che anche il diritto penale si attenga allo statuto costituzionale ad esso dedicato, indipendentemente dall'esito cognitivo al quale può approdare il processo. Ben si comprende allora come il difetto di determinatezza nonché il mancato rispetto dei principi di offensività e di materialità che affliggono il delitto associativo sterilizzino la portata garantista dei principi costituzionali della giustizia penale.

⁽²⁰³⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 493.

⁽²⁰⁴⁾ V. N. D'ASCOLA, *Le nuove mafie ed il reato associativo transnazionale*, in AA.VV., *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, cit., p. 137.

⁽²⁰⁵⁾ V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, cit., p. 383.

⁽²⁰⁶⁾ O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, cit., p. 50.

Ignorare la stretta correlazione tra di essi significa compiere un grave errore d'impostazione, proprio perché si legittima il legislatore a redigere norme prive di un reale disvalore e di consistenza, ovvero scritte in maniera tale da non risultare chiaramente applicabili all'interno di un processo che, di conseguenza, è ridotto a un vuoto simulacro.

Uno studio avente ad oggetto i rapporti intercorrenti tra la violazione del principio di determinatezza ed il processo penale non può prescindere poi dall'analisi del problema della prova e dei i criteri con i quali il giudice deve pronunciarsi.

L'art. 5 l. 20 febbraio 2006, n. 46, ha introdotto, tra i presupposti della sentenza di condanna, la necessità che l'imputato risulti colpevole «al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533 co. 1, c.p.p.). Per la dottrina maggioritaria, in realtà, già antecedentemente alla citata modifica codicistica, il canone decisorio in parola si poteva rinvenire nell'art. 530 co. 2, c.p.p., secondo cui il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando è insufficiente o è contraddittoria la prova sulla colpevolezza dell'imputato ⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁷⁾ Si v. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 995, secondo il quale la formula codicistica «al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533 co. 1, c.p.p.) è «banale americanismo e verità ovvia». Nello stesso senso, G. ILLUMINATI, *Il giudizio*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, p. 882., O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Crim.*, 2012, p. 366 ss. Anche in giurisprudenza, Cass., sez. I, 28 giugno 2006, Volpon, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 927 con nota di F. ERAMO, si è avuto modo di precisare che «con la previsione della regola per la quale il giudice pronuncia sentenza di condanna solo se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli "al di là di ogni ragionevole dubbio", di cui all'art. 5 della legge n. 46 del 2006, modificativo del

Preliminarmente, è bene chiarire che il «ragionevole dubbio» concerne il carattere probabilistico del giudizio di colpevolezza dell'imputato e, quindi, la fallacia a cui è inevitabilmente esposta ogni decisione di condanna; secondariamente, la c.d. “*beyond any reasonable doubt*” (il cui acronimo è “*bard rule*”) non si identifica con il «dubbio razionale o logico» ⁽²⁰⁸⁾ il quale, risultando sempre possibile, impedirebbe *ex se* la condanna, bensì con il dubbio plausibile, caratterizzato però da una sorta di oggettività in grado estrinsecarsi mediante una motivazione ineccepibile e, quindi, logica. Proprio per questo, traendo le mosse dalla giurisprudenza di legittimità, è possibile affermare che il dubbio irragionevole (non ragionevole), quello cioè che non impedisce la condanna dell'imputato, è rappresentato dalle «eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili “*in rerum natura*”, ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana» ⁽²⁰⁹⁾.

Dal canto suo, la dottrina, dopo aver premesso che il sintagma «ragionevole dubbio» se per certi versi appare di immediata comprensione, in realtà sfida ogni definizione ⁽²¹⁰⁾, ha analizzato le componenti della formula in parola

comma primo dell'art. 533 cod. proc. pen., il legislatore ha formalizzato un principio già acquisito in tema di condizioni per la condanna, stante la preesistente regola, di cui all'art. 530, comma secondo, cod. proc. pen., per la quale in caso di insufficienza o contraddittorietà della prova l'imputato va assolto».

⁽²⁰⁸⁾ P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 71.

⁽²⁰⁹⁾ Cass., sez. I, 8 maggio 2009, in *Cass. pen.* 2010, p. 1910.

⁽²¹⁰⁾ P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 70.

precisando che l'aggettivo «ragionevole» descrive una «linea ascendente, che dal grado zero progredisce al crescere delle prove sulla colpevolezza, [e che] non raggiungerà mai il livello dell'assoluta certezza [perchè] in termini razionali o logici si può sempre dubitare delle inferenze induttive a base della condanna, per loro natura esposte al rischio dell'errore» ⁽²¹¹⁾. Proprio per questo, il nostro ordinamento prevede dei rimedi straordinari come la revisione; «esiste, però, una soglia non determinabile con precisione, oltre la quale non sarebbe ragionevole dubitare della colpevolezza» ⁽²¹²⁾. Qualora si volessero utilizzare dei sinonimi di «ragionevole», i termini più appropriati sarebbero «plausibile», «sensato» ed «apprezzabile»; diversamente, gli aggettivi «forte», «solido», «grave», «fondato» diminuirebbero la soglia della sentenza di condanna, mentre «debole», «minimo» e «ipotetico» l'aumenterebbero in modo esponenziale ⁽²¹³⁾.

Il sostantivo «dubbio», invece, sottolinea la sua stretta connessione con la presunzione d'innocenza intesa proprio come regola di giudizio (art. 27 co. 2 Cost., art. 6 § 2 e art. 14 § 2 Patto int. dir. civ. pol.) ⁽²¹⁴⁾, posto che, nel

⁽²¹¹⁾ P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 71 ss.

⁽²¹²⁾ P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 72.

⁽²¹³⁾ In questi termini, P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 72.

⁽²¹⁴⁾ Osserva G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I. Principi generali*, cit., p. 187, «in ogni caso, va rispettata la regola di giudizio (denominata pure “regola di decisione”) per la quale la colpevolezza dell'imputato deve essere provata, secondo la formula utilizzata nell'esperienza anglosassone e inserita nell'art. 533 comma 1 c.p.p. a seguito della sua sostituzione operata dall'art. 5 l. 20 febbraio 2006 n. 46, ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’ (*beyond any reasonable doubt*, per cui si utilizza altresì l'acronimo BARD); qualora quest'ultimo sussista nel momento decisorio, il criterio epistemologico per una sua soluzione va identificato con il

principio sinonimicamente denominato del *favor rei* o dell'*in dubio pro reo*: si tratta di tre formule di diversa origine culturale, ma volte a conseguire effetti simili, e direttamente derivabili dall'art. 27 comma 2 Cost. (nonché dagli art. 6 comma 2 Conv. eur. dir. uomo e 14 Patto intern. dir. civ. pol.). Per illustrare tale impostazione, è tradizione adoperare una terminologia già incentrata sulla nozione di *onere della prova*, sebbene occorra chiarire che essa viene impiegata in senso metaforico, date le perplessità dogmatiche collegate alla proiezione in ambito processuale penale del canone secondo cui *onus probandi incumbit ei qui dicit*, cui si ispira l'art. 2697 c.c.; nell'ordinamento italiano, analogamente a quelli europeo-continentali, infatti, è generalmente assegnato al giudice penale un potere di integrazione istruttoria, mancando quindi il condizionamento della decisione d'un determinato contenuto a un'insostituibile iniziativa probatoria di parte. Solo dopo queste precisazioni, ci si può uniformare all'uso linguistico e dire che l'onere della prova – specificatamente inteso come rischio della mancata prova – riguardante la colpevolezza dell'imputato è addossato al pubblico ministero e il dubbio giova all'accusato: intendendo con ciò fornire in anticipo il criterio attinente a *come* il giudice deve giudicare se non emergano dagli atti processuali prove sufficienti per formare il proprio convincimento. Pertanto, qualora gli strumenti conoscitivi diretti a suffragare l'affermazione di reità dell'accusato non consentano di sciogliere l'incertezza della ricostruzione fattuale, l'accusa è destinata a soccombere così come accade quando nemmeno sussistano elementi di prova a carico: e l'imputato deve essere prosciolto. È quanto ormai espressamente stabilito dagli art. 529 comma 2, 530 commi 2 e 3 e 531 comma 2 c.p.p. per il dubbio (ovvero, con espressione equivalente, l'insufficienza o la contraddittorietà probatorie) in relazione: all'esistenza di una condizione di procedibilità; alle circostanze che il fatto sussista, l'imputato lo abbia commesso, il fatto costituisca reato o quest'ultimo sia stato commesso da persona imputabile; alla presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità; infine, all'esistenza di una causa di estinzione del reato. Sempre collegato alla presunzione d'innocenza come regola

processo penale, è l'accusa a dover provare la responsabilità dell'accusato, e non quest'ultimo a dover dimostrare la propria innocenza; il giudice, pertanto, pronuncerà sentenza assolutoria in caso di dubbio sulla responsabilità dell'imputato ⁽²¹⁵⁾.

In sintesi, l'espressione «ragionevole dubbio» assolve ad una duplice funzione. Innanzitutto, «garanti[sc]e l'imputato dal rischio di una condanna ingiusta: il giudice può condannare solo quando la colpevolezza abbia trovato

di giudizio è anche il cosiddetto *diritto al giudizio d'innocenza*, cioè il diritto per l'imputato a ottenere la dichiarazione della sua estraneità all'addebito rivoltagli, almeno quando sia formalizzato con il promovimento dell'azione penale. Esso si specifica in due aspetti distinti. Il primo concerne il diritto a che sia previsto (...) un *ordine gerarchico delle formule decisorie* diverse dalla condanna, in modo da salvaguardare la priorità a quelle ampiamente liberatorie. Sulla base del patrimonio gnoseologico disponibile al momento della deliberazione della sentenza, la scelta della formula va effettuata a partire gradatamente da quelle più favorevoli, secondo una scala per cui quelle che lo sono meno possono essere adottate solo dopo aver scartato l'applicabilità delle prime. Il secondo afferisce al *congegno delle regole istruttorie*, garantendo il diritto a che esso sia tale da orientare il processo non verso una qualunque sentenza vantaggiosa per l'imputato (con inammissibile prevalenza del principio di economia processuale sulla presunzione d'innocenza), ma verso la declaratoria d'innocenza in tutti i casi in cui siano probatoriamente acquisibili i corrispondenti presupposti: pure in conformità alle prescrizioni degli art. 24 comma 2, 111 comma 3 terzo periodo Cost., 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo e 14 Patto intern. dir. civ. pol., laddove sanciscono il diritto dell'accusato alla giurisdizione sulla *fondatezza* dell'accusa e all'acquisizione dei mezzi e/o delle fonti di prova a discarico». Si v. anche P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p. 179 ss.

⁽²¹⁵⁾ In questo senso, P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 71.

piena conferma nelle prove di accusa e nessuna significativa smentita in quelle a favore (altrimenti è doverosa l'assoluzione)»⁽²¹⁶⁾; secondariamente, la clausola rimarca che «se la colpevolezza è suffragata da un solido e coerente quadro probatorio, l'onesto riconoscimento della fallibilità degli accertamenti non deve impedire la condanna»⁽²¹⁷⁾.

Solo nell'ambito della logica deduttiva (se A allora B) e della dimostrazione matematica, la prova è tale da escludere il dubbio sulla verità della conclusione. Nel procedimento probatorio, invece, la ricostruzione dei fatti in giudizio non si svolge secondo tale logica, bensì mediante un meccanismo di tipo induttivo (B allora A) in forza del quale «dai fatti del presente ossia dalla prove si risale al fatto del passato in cui consiste la colpevolezza»⁽²¹⁸⁾. Più precisamente, «un'inferenza o un'argomentazione è deduttiva se è impossibile che la conclusione sia falsa quando sono vere le premesse. È induttiva quando esiste un grado più o meno elevato di probabilità che la conclusione sia vera se sono vere le premesse, pur essendovi sempre la possibilità che sia falsa nonostante la verità delle premesse»⁽²¹⁹⁾. Le inferenze induttive, proprio perché così strutturate, «non potranno mai essere universalmente valide, tuttavia ciò non esclude la razionalità e la validità di un ragionamento induttivo fondato su massime d'esperienza o leggi scientifiche di tipo probabilistico». Da ciò consegue che « (...) impiegando la logica induttivo-probabilistica non si potrà mai giungere a una valutazione di concludenza probatoria,

⁽²¹⁶⁾ P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 72.

⁽²¹⁷⁾ P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 73.

⁽²¹⁸⁾ P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 69.

⁽²¹⁹⁾ P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 71.

non si potrà mai ritenere assolutamente dimostrata su base induttiva un'ipotesi, cosa invece possibile solo impiegando inferenze deduttive»⁽²²⁰⁾. Tuttavia, se il dubbio non appare 'ragionevole', si può ritenere raggiunta la prova e assumere convenzionalmente il risultato come certo, data l'impossibilità di giustificare in termini definitivi e indubitabili le nostre conoscenze»⁽²²¹⁾.

La situazione risulta maggiormente complessa quando concerne fattispecie caratterizzate da «insufficiente determinatezza»: «qui il rischio è che il *deficit* di tipicizzazione conduca a confondere i piani del ragionamento che presiede al giudizio»⁽²²²⁾. Si assiste, inevitabilmente, ad «indebite operazioni di supplenza giudiziaria tanto con riferimento alla determinazione di fattispecie quanto avuto riguardo all'ampliamento dei poteri investigativi e probatori che in tal modo vanno a sostituirsi alla carenza dello schema legale astratto»⁽²²³⁾: «all'indeterminatezza della fattispecie incriminatrice corrisponde un'eguale indeterminatezza del 'perimetro'

⁽²²⁰⁾ O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 362, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo.

⁽²²¹⁾ P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 73.

⁽²²²⁾ Così F. R. DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, VIII, Agg., 2014, p. 662, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo.

⁽²²³⁾ In questo senso R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 570: «quando la norma incriminatrice difetta di determinatezza (ad esempio, l'art. 416-bis), si allarga in misura considerevole l'area dei comportamenti sussumibili sotto una data fattispecie». Si v. anche F. R. DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, cit., p. 662.

processuale, ed è su tale perimetro che deve essere esercitata la funzione di giudizio con le regole ad essa sottese»⁽²²⁴⁾.

Orbene, la mancanza di indeterminatezza che affligge i reati associativi contribuisce ad uno scadimento della verità giudiziale accrescendo in maniera decisiva la possibilità di condanne non fondate su un processo giusto. In tale prospettiva, la regola decisoria richiamata «(...) non può che risentire dell'incertezza (*recte*, indeterminatezza) dell'oggetto della prova»⁽²²⁵⁾; palese è la vanificazione dell'accertamento della verità processuale «oltre ogni ragionevole dubbio» e dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali ex art. 111 co. 6 c.p.p., atteso che la rinuncia all'osservanza del principio di determinatezza è compensata in sede processuale dal giudice.

⁽²²⁴⁾ F.R. DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, cit., p. 662.

⁽²²⁵⁾ F. R. DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, cit., p. 662. Osserva, T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 539: «ma quando l'oggetto stesso della prova è incerto, la prova surroga l'oggetto, e si verifica un interscambio dei piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato dall'esigenza probatoria), come in un gioco di specchi nel quale prova ed oggetto di essa prima si confondono, poi alternano ed infine si sovvertono».

3. Le limitazioni al diritto alla prova ex art. 190 bis c.p.p. nei reati di cui all'art. 51 co. 3 bis c.p.p.

Per effetto del c.d. decreto Scotti–Martelli (d.l. 8 giugno n. 306 del 1992, convertito dalla l. 7 agosto n. 356 del 1992), allo scopo di fronteggiare il pericoloso clima di emergenza che il fenomeno delle stragi di mafia aveva diffuso in quel periodo, nel codice di rito è stato introdotto, tra le altre modifiche, l'art. 190 *bis* c.p.p. il quale, nella versione originaria testualmente prevedeva che «nei procedimenti per taluno dei delitti indicati dall'art. 51 comma 3-*bis*, quando [fosse] richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'art. 210 e queste [avessero] già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio ovvero dichiarazioni i cui verbali [fossero] stati acquisiti a norma dell'art. 238, l'esame [fosse] ammesso solo se il giudice lo rit[eness]e assolutamente necessario».

Fin dalla sua introduzione l'art. 190 *bis* c.p.p., che prevede una significativa deroga rispetto alla disciplina ordinaria sull'ammissione della prova (art. 190 c.p.p.), ha suscitato un dissenso unanime nella dottrina che vi ravvisava la violazione tanto della presunzione di innocenza (art. 27 comma 2 Cost.), dato che una così significativa limitazione del diritto alla prova si fondava sulla sola base dell'ipotesi accusatoria ⁽²²⁶⁾, quanto

⁽²²⁶⁾ In questi termini G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 71 secondo il quale «in forza di queste interpolazioni legislative, nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p. – e quindi sulla sola base dell'ipotesi accusatoria, con conseguenti perplessità

dell'art. 24 Cost., «essendo negato il diritto al contraddittorio» ⁽²²⁷⁾, «principio infungibile tra quelli classici della prova [che] in un recente passato è stato fatto discendere dall'art. 24, 2° co., Cost [e che oggi] compare a chiare lettere nel 2° co. dell'art. 111 Cost., [...] torna[ndo] prepotentemente nel 4° co., per il solo processo penale» ⁽²²⁸⁾. Ulteriori frizioni poi si rinvenivano con la «perentoria

sull'effettivo rispetto della presunzione d'innocenza prevista dagli art. 27 comma 2 Cost., 6 comma 2 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 14 comma 2 Patto internazionale sui diritti civili e politici – vengono mutati i parametri cui il giudice deve ispirarsi nell'emanazione del provvedimento di ammissione probatoria».

⁽²²⁷⁾ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 87, n. 38. Nello stesso senso si v. O. MAZZA, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *D. disc. pen., Agg.*, Torino, 2000, p. 370, secondo il quale: «la circostanza che l'organo giudicante possa non ammettere l'esame di una fonte di prova personale le cui precedenti dichiarazioni, rese in altri procedimenti e perciò al di fuori del contraddittorio siano state già acquisite ex art. 238 c.p.p. costituisce senza dubbio una gravissima violazione del diritto di difendersi provando [G. Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale*, 1967, in ID, *Scritti giuridici, III. Il processo e le libertà*, Milano, 1997, p. 455] sancito dall'art. 24, 2° co., Cost., e dimostra la 'palmare incompatibilità della ... disciplina con il precetti degli Atti internazionali sui diritti dell'uomo ratificati dall'Italia [G. Ubertis, *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, 1994, in ID., *Verso un 'giusto processo' penale*, Torino, 1997, p. 105]».

⁽²²⁸⁾ S. BUZZELLI, *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, Torino, 2004, p. 347. O. MAZZA, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 360 «(...) il contraddittorio trova un solido fondamento nella Costituzione, e in particolare nell'art. 24, 2° co. Cost». *Contra*: G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del): II) diritto processuale penale*, cit., p. 5: «a parte

unilateralità»⁽²²⁹⁾ dell'art. 111 comma 3 Cost. nella parte in cui riconosce all'imputato «la facoltà di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore».

A fronte di tali rilievi, la dottrina maggiormente garantista auspicava l'abrogazione dell'art. 190 *bis* c.p.p.⁽²³⁰⁾, ma così non è stato.

Alla luce del riconoscimento costituzionale del principio del contraddittorio nella formazione della prova, a cui è possibile derogare soltanto in specifiche situazioni individuate dal comma 5 della medesima disposizione (consenso dell'imputato, impossibilità di natura oggettiva, provata condotta illecita)⁽²³¹⁾, l'art. 3 della legge n. 63 del 2001 ne ha infatti riformulato il testo prevedendo che «nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate

opinabili tentativi di rintracciarne il fondamento nel secondo comma dell'art. 24 Cost.».

⁽²²⁹⁾ In questi termini P. G. MOROSINI, *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190-bis c.p.p.)*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, p. 224.

⁽²³⁰⁾ In tal senso si v. F. R. DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, in *Arch. pen.* (web), 2014, p. 3 e 6 datt.; E. MARZADURI, E. MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, in *Guida dir.*, 2001, p. 49.

⁽²³¹⁾ In tal senso E. MARZADURI, E. MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, cit., p. 49.

ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze».

Come osservato dalla dottrina, «va preso atto che, per attuare le garanzie del giusto processo, la l. n. 63 del 2001 ha eliminato i più evidenti profili d'illegittimità costituzionale della disposizione, ma non pare che siano venuti meno gli aspetti di criticità»⁽²³²⁾.

Da sempre la *ratio* della norma in parola si rinviene nella volontà del legislatore di impedire nei procedimenti di criminalità organizzata “l'usura del dichiarante”, evitando così alla fonte di prova l'onere di presentarsi a deporre, anche frequentemente, nei vari dibattimenti in cui le sue dichiarazioni sono rilevanti e aventi ad oggetto, spesso, fatti in larga misura identici, esponendosi ai conseguenti disagi e a possibili rischi⁽²³³⁾; è noto infatti come in tali procedimenti gli imputati siano inclini a intimidire i testimoni, a eliminare fisicamente i collaboratori di giustizia⁽²³⁴⁾.

⁽²³²⁾ Così F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, 2012, Milano, p. 143 ss.

⁽²³³⁾ In questi termini si v. a titolo esemplificativo G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit. p. 85; E. MARZADURI, E. MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, cit., p. 49. Nonché quella di risparmiare al minore (testimone vulnerabile) il trauma della deposizione in un'aula di tribunale su temi sensibili, ID., *ivi*, p. 85.

⁽²³⁴⁾ Argomenta in tal senso A. BERNASCONI, *Criminalità organizzata (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 517.

Tuttavia, a ben vedere l'art. 51 comma 3 *bis* c.p.p. (reati c.d. distrettuali) contempla fattispecie monosoggettive, come ad esempio il sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) ovvero delitti associativi. Inoltre, l'introduzione del comma 1 *bis* (ad opera della l. n. 66 del 1996, comma successivamente modificato dalla l. n. 269 del 1998) ha esteso l'ambito di operatività della disposizione alla repressione di altri crimini particolarmente gravi, rientranti nella sfera dei reati sessuali e di pedofilia. Pertanto, non sempre le ipotesi ivi contemplate concernono reati di criminalità organizzata, posto che, come si è avuto modo di specificare precedentemente, siffatta locuzione concerne i soli delitti associativi, sempre che la valutazione dell'adeguatezza della struttura per la realizzazione degli obiettivi criminali sia funzionale all'osservanza del principio di offensività e, quindi, idonea a porre in pericolo il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, vale a dire l'ordine pubblico⁽²³⁵⁾. Il legislatore, in realtà, sensibilizzato dalle esigenze sociali ha voluto "tranquillizzare" la collettività sacrificando il diritto alla prova di un certo tipo di imputato ritenuto pericoloso e, a ben vedere, presunto colpevole. Per il tramite di questa disposizione, infatti, il legislatore «sottraendo i soggetti richiamati dall'art. 210 c.p.p. al contraddittorio con il chiamato in correità» finisce «con il privilegiare, indirettamente, il contenuto delle loro dichiarazioni». Senonché, «le regole gnoseologiche vorrebbero una più attenta verifica dibattimentale del

⁽²³⁵⁾ Si v. *supra*, cap. 1 § 2.

dictum del coimputato che collabora: l'art. 190 *bis* c.p.p. si dirige tuttavia in senso opposto»⁽²³⁶⁾.

Procedendo ad una analisi più dettagliata del disposto normativo, fermo restando l'ambito applicativo rispetto alla precedente versione, quando viene richiesto dalle parti l'esame di un testimone – in cui è ricompreso anche il testimone assistito *ex art. 197 bis* c.p.p.⁽²³⁷⁾ – oppure di una persona imputata in un procedimento connesso (*ex art. 210* c.p.p.) e questi abbiano già preventivamente reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o nel corso di un dibattimento svolto nel contraddittorio con il soggetto nei confronti del quale le dichiarazioni saranno utilizzate (ipotesi, questa, precedentemente non considerata), ovvero si tratti di dichiarazioni contenute in verbali di prove di altri procedimenti introdotti nel procedimento attraverso l'acquisizione documentale, l'esame è *ammesso* soltanto qualora sussistano, in via alternativa, l'uno o l'altro dei seguenti presupposti: l'esame deve riguardare *fatti o circostanze diversi* da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni «(quando siano rilevanti, beninteso)»⁽²³⁸⁾; ove l'esame attenga alle *medesime circostanze già precedentemente oggetto di deposizione*, l'escussione orale del dichiarante deve essere ritenuto *necessario* dal giudice o da talune delle parti sulla base di specifiche esigenze⁽²³⁹⁾.

⁽²³⁶⁾ A. BERNASCONI, *Criminalità organizzata (dir. proc. pen.)*, cit., p. 516, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo.

⁽²³⁷⁾ Per tale considerazione si v. V. GREVI, *Prove*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, p. 329, Padova, 2014.

⁽²³⁸⁾ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 661.

⁽²³⁹⁾ Per G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit. p. 86, i due parametri si ritiene

Nel primo presupposto il diritto alla prova risulta rispettato una volta verificata la sussistenza della «novità» dell'esame; a questo proposito si è però osservato come la valutazione circa l'emersione di un *novum* rispetto a quanto dichiarato in precedenza dalla fonte di prova sia comunque rimessa alla sensibilità dell'organo giudicante⁽²⁴⁰⁾.

Il contenuto della secondo presupposto appare più oscuro sotto diversi profili. La lettera della norma potrebbe far pensare che il legislatore abbia inteso dare alle parti e al giudice gli stessi poteri in ordine alla valutazione della necessità dell'esame: avallare un'impostazione di tale portata, tuttavia, vorrebbe dire ammettere l'inesistenza di un controllo dell'organo giurisdizionale sull'iniziativa della parte; tuttavia, «non avrebbe alcun senso imporre l'indicazione di specifiche esigenze a supporto della richiesta e, più in generale, verrebbe meno nella sostanza ogni profilo derogatorio dell'art. 190-*bis*, comma 1, del C.p.p. rispetto alla disciplina ricavabile dall'art. 190 del codice di procedura penale»⁽²⁴¹⁾. Si reputa pertanto più corretto che sia il giudice, in ogni caso, ad effettuare il vaglio sull'opportunità e la necessità dell'esame, spettando proprio a lui l'emissione di un provvedimento d'ammissione e quindi, l'espletamento di un controllo

esprimano una medesima esigenza: «non è consentito limitare il diritto alla prova quando esistono ancora fatti rilevanti da accertare o da chiarire».

⁽²⁴⁰⁾ In questo senso, A. BERNASCONI, *Diritto al contraddittorio e requisiti della prova nei processi di criminalità organizzata*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, p. 113.

⁽²⁴¹⁾ Così E. MARZADURI, E. MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, cit., p. 49.

sulla richiesta di prova. Conseguentemente si ritiene che la previsione normativa esaurisca la sua portata nello stabilire che la decisione sull'esame potrà essere presa d'ufficio o su richiesta di una delle parti, alla luce di una motivazione che illustri le «specifiche esigenze» che la sorreggono⁽²⁴²⁾.

Quanto alle «esigenze» a cui allude la norma⁽²⁴³⁾, non si può sconfessare che il potere discrezionale rimesso al giudice sia ampio e, «in un'ottica di contenimento dei danni»⁽²⁴⁴⁾, in dottrina e in giurisprudenza si richiede che l'esame sia ammesso ogni qualvolta siano messi in discussione il contenuto delle dichiarazioni o l'attendibilità della fonte di prova, ovvero sia indispensabile colmare

⁽²⁴²⁾ In questa direzione, G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit. p. 86 secondo il quale «meno chiaro, ed espresso in maniera assai discutibile, il secondo e più ampio dei presupposti. Innanzitutto è fuorviante il riferimento alle parti ('se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario'): si deve forse intendere che alla parte sia conferito un potere vincolante, cosicché la sua valutazione circa la 'necessità' dell'esame diventi imperativa nei confronti del giudice? Una simile conclusione priverebbe di senso la norma, poiché la decisione al riguardo non può che appartenere al giudizio di ammissibilità della prova, riservato al giudice. L'unica interpretazione plausibile è che la previsione voglia semplicemente alludere ad un potere esercitabile tanto d'ufficio che su richiesta di parte: alla parte compete soltanto la facoltà di prospettare le 'specifiche esigenze' che rendono l'esame necessario, ma la valutazione resta sempre riservata al giudice»; E. MARZADURI, E. MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, cit., p. 50.

⁽²⁴³⁾ F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, cit., p. 143 ss. definisce tale parametro come «flessibile oltre che criptico».

⁽²⁴⁴⁾ F. R. DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, cit., p. 7.

lacune o verificare imprecisioni e incongruenze ⁽²⁴⁵⁾. Appare però difficilmente negabile l'esigenza specifica di ottenere dal dichiarante una versione diversa, più favorevole all'imputato: «se N ha detto cose rilevanti e l'istante vuol cavargli parole dal senso diverso, sullo stesso tema, l'escussione non è mai superflua; impossibile motivare un rifiuto, né sarebbe stato motivabile *sub* cod. 1930» ⁽²⁴⁶⁾.

Il testo attuale della norma, pur essendo stata sensibilmente ridimensionata la violazione del diritto al contraddittorio ascrivibile alla versione originaria ⁽²⁴⁷⁾, privilegia la documentazione scritta (ossia i verbali di dichiarazioni rese in sede di incidente probatorio, dibattimento o procedimento diverso) rispetto alla escussione orale del soggetto alla sua citazione per il dibattimento ⁽²⁴⁸⁾. La disposizione codicistica, subordinando la riassunzione dibattimentale della prova dichiarativa alla valutazione discrezionale rimessa all'organo giudicante, consentendogli di non ammettere l'esame dibattimentale quando possano essere utilizzati i verbali delle dichiarazioni rese in altra sede (incidente probatorio, dibattimento o procedimento diverso) contempla ancora la possibilità di derogare al principio di

⁽²⁴⁵⁾ Così G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit. p. 86 ss. Nello stesso senso, E. MARZADURI, E. MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, cit., p. 50.

⁽²⁴⁶⁾ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 661.

⁽²⁴⁷⁾ In questi termini G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit. p. 85.

⁽²⁴⁸⁾ Osserva F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 661: «(...) il giudice (...) avendo sotto mano le scritture, meno concede alle effusioni orali, meglio è».

oralità-immediatezza ⁽²⁴⁹⁾. Va altresì tenuto in considerazione che «(...) l'effetto pratico della norma è anche quello di fissare stabilmente la dichiarazione nei termini risultanti dalla prima versione documentata, resa in un contesto differente e fuori dal contatto diretto col giudice che deve valutarla» ⁽²⁵⁰⁾.

Riportando il discorso sul piano costituzionale, e in particolare al principio di immediatezza, è innegabile che l'art. 111 comma 3 Cost. offra preziosi spunti per una rilettura dell'art. 190 *bis* c.p.p. e per affermare che chi è chiamato a decidere sulla colpevolezza di un soggetto deve, in linea di principio, sentire personalmente le fonti di prova per saggiarne la credibilità ⁽²⁵¹⁾. La previsione costituzionale «sancisce, più rigorosamente di quella convenzionale [art. 6 co. 3 lett. *d* Conv. eur. dir. uomo]» ⁽²⁵²⁾, che il diritto dell'accusato «di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico [...] e di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa» deve poter essere esercitato «davanti *al* giudice». Siffatto riferimento evoca il giudice chiamato ad emettere una pronuncia sul merito dell'imputazione ⁽²⁵³⁾ (ossia il giudice di primo grado e

⁽²⁴⁹⁾ In tale direzione, G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit. p. 85.

⁽²⁵⁰⁾ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit. p. 85.

⁽²⁵¹⁾ In questo senso, O. MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit.; ID., *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio precostituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p.

⁽²⁵²⁾ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 123; O. MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit.

⁽²⁵³⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 270. Cfr. anche C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del*

quello di seconde cure) e, quindi «*il doveroso rispetto del principio di immediatezza*»⁽²⁵⁴⁾. La sovrapposibilità della

dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 753; F. R. DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, cit., p. 11; ID., *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, cit., p. 98; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 124: «a quale giudice si riferisce il 3° comma dell'art. 111 Cost.? È ragionevole supporre che non si alluda ad un qualsiasi giudice, ma *al* giudice chiamato a pronunciare la sentenza di assoluzione o di condanna. Un appiglio letterale è fornito dalla preposizione articolata “al”, in antitesi a quanto previsto nel 2° comma (davanti ‘a’ giudice terzo e imparziale); il giudice davanti al quale non dovrebbe mai essere negato di esercitare il diritto alla prova ex art. 111, 3° co., Cost. è senza dubbio il giudice del merito o meglio quello investito del potere di condannare».

⁽²⁵⁴⁾ Così O. MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 270, [*corsivo nostro*]. Inoltre, per l'A. dall'art. 111 comma 3 Cost. può essere direttamente dedotta la regola di valutazione secondo cui la condanna non può fondarsi esclusivamente o principalmente su dichiarazioni di un soggetto che la difesa non ha mai potuto esaminare. La norma infatti recepisce quasi letteralmente il disposto dell'art. 6 comma 3 lett. *d* Cedu. Ma, come già precisato, il dettato costituzionale sancisce che il diritto dell'accusato «di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico» deve poter essere esercitato «davanti al giudice». «La perfetta sovrapposibilità delle disposizioni in esame conduce all'agevole conclusione che, così come dall'art. 6 comma 3 lett. *d* CEDU la giurisprudenza europea ricava la ben nota regola di valutazione, altrettanto potrebbe fare la giurisprudenza interna, a tutti i livelli, interpretando l'art. 111 comma 3 Cost.» (O. MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 270). F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, cit., p. 100: «(...) sembra doversi confermare che con l'espressione contenuta nel quarto comma dell'art. 111 Cost. siano stati costituzionalizzati pure i principi di immediatezza e di oralità».

norma costituzionale a quella convenzionale comporta che, così come dall'art. 6 comma 3 lett. *d* Conv. eur. dir. uomo la giurisprudenza europea ricava la regola di valutazione secondo cui la condanna non può fondarsi esclusivamente o principalmente su dichiarazioni di un soggetto che la difesa non ha mai potuto esaminare, altrettanto potrebbe fare la giurisprudenza nazionale ai sensi dell'art. 111 comma 3 Cost. ⁽²⁵⁵⁾.

Riconoscendo al giudice del dibattimento dinnanzi al quale la prova dovrebbe rinnovarsi il potere di condannare l'imputato, non si può negare il diritto delle parti di escutere la fonte di prova unica o determinate (ossia il teste o l'imputato *ex art. 210 c.p.p.*) dinanzi allo stesso giudice ⁽²⁵⁶⁾, interpretando in senso costituzionalmente orientato l'art. 190 *bis* c.p.p. (nella parte in cui subordina l'ammissione dell'esame al parametro della necessità reputata dal giudice o dalle parti in forza di esigenze specifiche) e considerando che tale diritto costituzionale è direttamente funzionale a una migliore valutazione della

⁽²⁵⁵⁾ In questo senso, O. MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 270.

⁽²⁵⁶⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit., n. 131, p. 270 precisa che «la rigorosa osservanza del principio di immediatezza, con riferimento alle prove d'accusa determinanti la condanna, è già imposta dalla giurisprudenza (interna ed europea) nel caso di riforma in appello della sentenza di assoluzione: è 'illegittima la pronuncia del giudice di appello che riformi la decisione assolutoria assunta in primo grado sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità della testimonianza della persona offesa, senza procedere a rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale': Cass., sez. V, 7 maggio 2013, Marchetti, in *CED Cass.* n. 255580)»; con riferimento alla giurisprudenza europea si v. la decisione C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia.

prova e, quindi, a più attendibile accertamento della verità processuale ⁽²⁵⁷⁾; «non va dimenticato che l'osservanza del principio di immediatezza non garantisce solo la corretta formazione del convincimento, attraverso l'apprezzamento dei tratti prosodici della testimonianza (risultato che si potrebbe però raggiungere anche utilizzando una prova precostituita e documentata mediante accurata videoregistrazione), ma consente al giudice l'esercizio delle sue prerogative di intervento e di interlocuzione nel momento di formazione della prova (art. 499, 504 e 506 c.p.p.) ⁽²⁵⁸⁾. Peraltro, la Corte eur. dir. uomo (così come la giurisprudenza di legittimità) ha precisato che la violazione della disciplina convenzionale è tuttavia esclusa quando la mancata possibilità di escutere i testimoni a carico non abbia influito sul tenore della sentenza di condanna, avendo il giudice di seconde cure basato la sua decisione su elementi di prova diversi, dotati di forza probante autonoma ⁽²⁵⁹⁾. Inoltre, il principio non ha valore assoluto e risulta derogabile quando il teste non possa più essere risentito, perché deceduto, o qualora sia necessario

⁽²⁵⁷⁾ «La prova dichiarativa determinante la condanna non solo deve formarsi attraverso il contraddittorio forte, ma deve anche essere immediatamente percepita dal giudice che dovrà poi valutarla a fini decisorii», O. MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit. *ivi*, n. 130, p. 270. Nell'ottica di un'esegesi maggiormente garantista, l'interpretazione riportata potrebbe non essere limitata alla sola prova determinante, ma estesa a tutti i mezzi di prova.

⁽²⁵⁸⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit., n. 130, p. 270. Nell'ottica di un'esegesi maggiormente garantista, l'interpretazione riportata potrebbe non essere limitata alla sola prova unica o determinante, ma estesa a tutti i mezzi di prova.

⁽²⁵⁹⁾ C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, § 33

garantire ai testimoni il diritto a non auto incriminarsi ⁽²⁶⁰⁾. Volendo sintetizzare, come ribadito dalla Corte di Strasburgo, in primo grado il diritto di difesa è ristretto in maniera incompatibile con le garanzie stabilite dall'art. 6 commi 1 e 3 lett. *d* Conv. eur. dir. uomo, qualora una condanna si basi esclusivamente o in maniera decisiva su dichiarazioni rese da una persona che l'accusato non abbia avuto l'opportunità di esaminare in nessuno stato del procedimento. In appello, invece, seppur nel rispetto della possibilità di utilizzare, per la decisione sul merito dell'imputazione, atti formati precedentemente oppure acquisiti al fascicolo attraverso le letture, solo il rapporto diretto e immediato tra il giudice e il dichiarante può fondare il ribaltamento di una sentenza di proscioglimento e, quindi, l'emanazione di una sentenza di condanna al di là di ogni ragionevole dubbio. Tuttavia, il Giudice europeo sembra prescindere dal rigoroso rispetto del principio di immediatezza nel caso in cui la fonte di prova non sia più "disponibile". Questa elasticità del principio enunciato per l'appello segna una ulteriore e non secondaria differenza rispetto alla dimensione attribuita al contraddittorio in primo grado.

La necessità che il giudice deputato a decidere valuti la credibilità della fonte di prova determinate non è fine a se stessa, ma è funzionale a un corretto accertamento dei fatti, «e[ssendo] noto quanto siano importanti, [...], i tratti prosodici del discorso che escono pienamente valorizzati solo nel diretto contatto del giudice con la fonte probatoria

⁽²⁶⁰⁾ C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, § 33.

[...]»⁽²⁶¹⁾ e non per il tramite di verbali che fungono da intermediari.

Dietro al diniego del giudice di riesaminare i testi escussi precedentemente quando possono essere utilizzati i verbali di dichiarazioni rese in altra sede (incidente probatorio, dibattimento o procedimento diverso) non vi è un'esigenza processuale che abbia pari rilevanza rispetto al principio costituzionale di cui all'art. 111 comma 3 Cost.⁽²⁶²⁾. Peraltro, la Corte costituzionale ha avuto modo di

⁽²⁶¹⁾ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 125. Nello stesso senso, O. MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit.

⁽²⁶²⁾ Appare infatti «incongru[a] [...] una condanna [...] inflitta in appello senza una rinnovazione del dibattimento» perché «l'imputato ha sì esercitato il suo diritto alla prova in primo grado; ma in quella sede è stato assolto, mentre a pronunciare la condanna è un giudice autorizzato a decidere sulla base di un esame essenzialmente cartolare. È a dir poco singolare che il giudice davanti al quale si è realizzato il contraddittorio nella formazione della prova abbia assolto, mentre a condannare sia un giudice privo di contatto diretto con le prove» (P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 236). Osserva, C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazione in tema di diritto alla prova*, cit., p. 753, che l'istituto dell'incidente probatorio deroga al principio di «immediatezza, ma ciò è giustificato dalle esigenze che sottostanno all'assunzione anticipata della prova. L'urgenza di acquisire un dato, che potrebbe essere non recuperabile, giustifica l'eccezione al predetto canone. In tale ipotesi il principio di immediatezza, che è un aspetto del contraddittorio, viene limitato a seguito del bilanciamento con una istanza di pari rilevanza costituzionale. [...] Fermo restando che il diritto all'immediatezza è tutelato dalla facoltà, riconosciuta alle parti, di chiedere l'esame dibattimentale dei dichiaranti già sentiti in incidente probatorio, qualora ciò sia ancora possibile»; Anche secondo P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 124: «non essendo costituzionalizzato il principio dell'oralità, deve ritenersi pienamente ammissibile l'istituto dell'incidente probatorio che potrebbe anzi assumere

chiarire come il canone della ragionevole durata del processo non possa essere evocato per attenuare i diritti difensivi, «giacché il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. [...] Un processo non ‘giusto’, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata»⁽²⁶³⁾.

Tuttavia, se per la Corte eur. dir. uomo è auspicabile che il contraddittorio «si realizzi in presenza dell’organo giurisdizionale destinato a emettere la sentenza di merito» senza però potersi affermare «che principio di immutabilità del giudice dibattimentale sia inderogabile»⁽²⁶⁴⁾, affinché sia rispettato il giusto processo, per la Carta fondamentale è doveroso che, fatte salve le deroghe alla regola d’esclusione (art. 111 comma 5 Cost.), la prova dichiarativa determinante utilizzabile per la decisione sul merito dell’imputazione sia il frutto di dichiarazioni ottenute attraverso il vaglio del contraddittorio attuato nel momento genetico della prova – e non che la fonte di prova a carico determinante adoperata sia comunque inserita nel circuito del contraddittorio – nonché

maggiore rilevanza, proprio per la radicale inutilizzabilità delle dichiarazioni raccolte unilateralmente».

⁽²⁶³⁾ C. cost., 4 dicembre 2009, n. 317 in *Cass. pen.* 2010, p. 1729.

⁽²⁶⁴⁾ G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, p. 80, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo. Si v. anche, O. MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 270.

l'immediata percezione della prova dal giudice che dovrà poi valutarla a fini decisori ⁽²⁶⁵⁾.

Nell'ottica di una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata, è necessario ricorrere ad una interpretazione assai ampia dell'art. 190 *bis* c.p.p. se si considera che il diritto delle parti all'ammissione della prova richiesta quando verte sugli stessi fatti o circostanze poggia sulla decisione del giudice circa la necessità, sulla base di specifiche esigenze, della escussione orale del dichiarante ossia su di un requisito di ammissione analogo a quello previsto dall'art. 507 c.p.p. ⁽²⁶⁶⁾. Tuttavia, mentre nell'art. 507 c.p.p. il criterio della assoluta necessità opera quale limite all'introduzione d'ufficio di nuove prove in una fase avanzata del giudizio, quando cioè le prove richieste dalle parti sono già state assunte, nell'art. 190 *bis* c.p.p., invece, il giudicante decide sulle istanze istruttorie delle parti nel corso degli atti introduttivi del dibattimento, quando cioè la sua visione del materiale probatorio e, quindi, dei fatti di causa è limitata, frammentaria e incompleta, poiché basata esclusivamente sugli atti del fascicolo per il dibattimento ⁽²⁶⁷⁾. Di conseguenza essendo impossibilitato il giudice nel «(...) conoscere quali siano i punti maggiormente meritevoli di un nuovo chiarimento in

⁽²⁶⁵⁾ In questi termini O. MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 270.

⁽²⁶⁶⁾ L'art. 507 comma 1 c.p.p., infatti, prevede che «terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova».

⁽²⁶⁷⁾ In questi termini, P. G. MOROSINI, *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190-bis c.p.p.)*, cit., p. 230 ss.

sede di udienza innanzi a lui»⁽²⁶⁸⁾, appare difficile escludere a priori la necessità dell'escussione orale di colui che ha dichiarato cose rilevanti (*ex art. 190 c.p.p.*), ossia inerenti al fatto che deve essere provato e che ben potrebbe costituire una prova unica o determinante.

Ulteriori considerazioni poi si impongono con riferimento alle dichiarazioni rese in sede di incidente probatorio dai testimoni o dai soggetti indicati dall'art. 210 c.p.p. (e racchiuse nei relativi verbali): si deve rammentare che «(...) il contraddittorio attuato nel corso dell'acquisizione anticipata della prova è sempre, per la difesa, parziale e insufficiente, dal momento che [nella] fase [delle indagini preliminari] manca la conoscenza completa degli atti di indagine, quale si realizza nel dibattimento»⁽²⁶⁹⁾. Inoltre, il presupposto sancito dalla locuzione «nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni saranno utilizzate (introdotta dalla l. n. 63 del 2001) risulta già contemplato nell'art. 403 co. 1, c.p.p., il quale consente l'utilizzo in dibattimento delle dichiarazioni assunte con l'incidente probatorio soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori abbiano partecipato alla loro assunzione»⁽²⁷⁰⁾.

⁽²⁶⁸⁾ P. G. MOROSINI, *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190-bis c.p.p.)*, cit., p. 231.

⁽²⁶⁹⁾ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit. p. 87. In senso conforme anche M. MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, in AA.VV, *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013, p. 733.

⁽²⁷⁰⁾ In questi termini P. G. MOROSINI, *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190-bis c.p.p.)*, cit., p. 226. Condivide tale precisazione anche M. MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, cit., p. 733.

La lettura convenzionalmente orientata dell'art. 111 comma 3 Cost. impone pertanto una riflessione sul rapporto tra la fase delle indagini preliminari e quella del giudizio.

In particolare, «(...) la prova dichiarativa assunta nell'incidente probatorio non potrà essere impiegata in dibattimento come elemento determinante la condanna, essendosi formata al cospetto di un giudice diverso da quello della decisione»⁽²⁷¹⁾. Questa conclusione discende dall'impossibilità di conoscere preventivamente se la prova assunta in sede d'incidente probatorio sarà unica o determinante e attiene ad un aspetto concernente l'organizzazione giudiziaria, posto che a livello normativo non si radicherebbe alcuna incompatibilità qualora il giudice del dibattimento coincidesse con quello dell'incidente probatorio (*ex art. 34 c.p.p.*). Ipotesi, quest'ultima, che nella realtà ben potrebbe concretizzarsi, poiché, rispetto a quanto previsto dall'art. 393 co. 2 *bis* c.p.p. («con la richiesta di incidente probatorio di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, il pubblico ministero deposita tutti gli atti di indagine compiuti»), la Corte costituzionale ha precisato che «la mera conoscenza [del giudice] degli atti contenuti nel fascicolo del p.m. non è di per sé ragion sufficiente per radicare la incompatibilità al dibattimento e, quindi, è inidonea a dar luogo ad un pregiudizio rispetto alla decisione di merito»⁽²⁷²⁾.

⁽²⁷¹⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit., n. 130, p. 271.

⁽²⁷²⁾ C. cost., 22 aprile 1992, n. 186 in *Giur. it.* 1993, I, p. 38. Si v. anche C. cost., sent. 25 marzo 1992 n. 124, in *Giur. cost.*, 1992, 1064, secondo cui la mera conoscenza degli atti di indagine da parte del giudice del dibattimento non può dirsi in termini di prevedibilità e prevenibilità strutturale causa efficiente del rischio

Con riferimento alla prova dichiarativa dibattimentale, è necessario che essa sia già stata assunta in dibattimento ed in contraddittorio con il difensore dell'imputato nei cui riguardi sarà utilizzata, purché si tratti di un dibattimento collocatosi all'interno dello stesso processo il quale, però, deve essere rinnovato (altrimenti varrebbe quanto sancito dall'art. 238 c.p.p.). Ciò può avvenire in caso di rimessione del processo ai sensi dell'art. 48 co. 5, c.p.p. (che rinvia espressamente all'art. 190 *bis* c.p.p.), in caso di riunione dei procedimenti in fase dibattimentale (art. 17 c.p.p.), in caso di rinnovazione dibattimentale in appello (art. 603 c.p.p.) e, per la giurisprudenza, anche in caso di dichiarazioni rese nell'ambito del medesimo procedimento dinanzi a giudice al quale sia poi subentrato altro giudice, con conseguente necessità di rinnovazione dell'istruttoria (art. 525 c.p.p.) ⁽²⁷³⁾.

L'ipotesi da ultima elencata rappresenta la situazione più controversa, specie se si considera la frequenza con cui si manifesta nella prassi ⁽²⁷⁴⁾. In particolare, premesso che

di *preiudicium*. Si v., in merito, P. P. RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1996, il quale sottolinea che il riferimento alla previa conoscenza degli atti compare solo in C. cost., sent. 26 ottobre 1990 n. 496 (in *Giur. cost.*, 1990, 2887), ma è stato in seguito abbandonato, forse per evitare un troppo elevato incremento dell'area delle incompatibilità.

⁽²⁷³⁾ L'ipotesi da ultima elencata rappresenta la situazione più controversa, specie se si considera la frequenza con cui si manifesta nella prassi [P. G. MOROSINI, *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190-bis c.p.p.)*, cit., p. 226]. In particolare, premesso che l'art. 190 *bis* c.p.p. ha carattere eccezionale e non potrebbe quindi essere estesa oltre i casi espressamente previsti [

⁽²⁷⁴⁾ P. G. MOROSINI, *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190-bis c.p.p.)*, cit., p. 226.

l'art. 190 *bis* c.p.p., rubricato «requisiti della prova in casi particolari», ha carattere eccezionale e non potrebbe quindi essere estesa oltre i casi espressamente previsti, l'orientamento consolidato accolto in giurisprudenza afferma che «la disciplina dettata dall'art. 190 *bis* c.p.p. secondo la quale l'esame di soggetti i quali abbiano già reso dichiarazioni acquisite in sede di incidente probatorio o in dibattimento, ovvero acquisite ai sensi dell'art. 238 c.p.p., può aver luogo solo in presenza di determinate condizioni, trova applicazione - non trattandosi di norma qualificabile come eccezionale - anche nel caso di dichiarazioni rese nell'ambito del medesimo procedimento dinanzi a giudice al quale sia poi subentrato altro giudice, con conseguente necessità di rinnovazione del dibattimento»⁽²⁷⁵⁾.

A tale perplessità si noti che, a presidio dell'osservanza del principio di immutabilità del giudice è prevista, nel comma 2 dell'art. 525 c.p.p., la specifica sanzione della nullità assoluta insanabile *ex art.* 179 c.p.p., rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, destinata ad operare nelle fattispecie in cui alla deliberazione partecipino giudici-persone fisiche differenti da quelli che hanno, di fatto, presieduto alle attività dibattimentali. La norma, è quindi funzionale a garantire una conoscenza diretta ed effettiva dei fatti oggetto dell'accertamento processuale da parte di coloro i quali sono deputati a pronunciarsi in ordine agli stessi. «Ed allora, la diversa soluzione adottata in sede giurisprudenziale, “tratta” l'art. 190 *bis* c.p.p. come una deroga all'art. 525 c.p.p. ma, costituendo una deroga relativa ad una nullità assoluta, lo

⁽²⁷⁵⁾ Cass., sez. VI, 20 aprile 2005, Aglieri ed altri, in *CED Cass.*, n. 233087.

stesso è chiamato ad operare come una sorta di sanatoria preventiva. Ma, come è noto, non è questa la caratteristica della sanatoria e, soprattutto, non è sanabile ciò che l'art. 179 c.p.p. qualifica come 'insanabile'»⁽²⁷⁶⁾. Il rilievo pone in luce la forzatura esegetica della giurisprudenza che mostra di non voler accettare l'operatività dell'art. 190 *bis* c.p.p. nelle sole ipotesi in quella sede disciplinate. A ben vedere, infatti, «la lettura espansiva offerta dalla giurisprudenza si pone in netto contrasto con il principio di immediatezza del processo penale, il quale vuole che ad assumere la decisione finale siano gli stessi giudici dinanzi ai quali la prova si è formata in dibattimento»⁽²⁷⁷⁾; trattasi quindi di un'interpretazione contraria all'art. 111 comma 3 della Costituzione. Nell'ipotesi in questione la prova dichiarativa non rinnovata assunta dalla persona fisica dell'organo giudicante – monocratico o collegiale – poi mutato non potrà essere impiegata in dibattimento come elemento determinante la condanna, essendosi formata al cospetto di un giudice diverso da quello della decisione.

Anche con riferimento all'ipotesi relativa alla rimessione del processo si ravvisa il mancato adeguamento della disciplina al principio di immediatezza qualora si fosse in presenza di un giudice diverso da quello che ha acquisito la prova dichiarativa unica o determinante e si giungesse ad una sentenza di condanna, posto che l'art. 48 co. 5, c.p.p. prevede che «fermo quanto disposto dall'art. 190-*bis* c.p.p., il giudice designato dalla Corte di cassazione procede alla rinnovazione degli atti compiuti

⁽²⁷⁶⁾ Così F. R. DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, cit., p. 8.

⁽²⁷⁷⁾ V. GAROFOLI, *Artt. 190 e 190-bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 945.

anteriormente al provvedimento che ha accolto la richiesta di rimessione quando ne è richiesta da una delle parti e non si tratta di atti di cui ne è divenuta impossibile la ripetizione».

Alle medesime conclusioni si giunge anche con riferimento alla rinnovazione del dibattimento in appello qualora il processo in sede d'impugnazione conduca alla condanna dell'imputato, in precedenza assolto, sulla base di una rivalutazione *in malam partem* delle deposizioni assunte in primo grado, senza passare attraverso una nuova escussione delle fonti di prova uniche o determinanti, sollecitata dalla difesa ⁽²⁷⁸⁾ o anche d'ufficio ⁽²⁷⁹⁾. Analogamente in caso di riunione di processi nella fase dell'istruttoria dibattimentale.

L'art. 238 c.p.p. disciplina l'acquisizione al processo penale dei verbali di prove di altro procedimento penale o civile; la collocazione sistematica della norma nell'ambito della materia relativa alla prova documentale trova

⁽²⁷⁸⁾ Il *leading case* è rappresentato da C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 18 maggio 2004, Destrehem c. Francia, § 45: «*sans doute appartenait-il à la juridiction d'appel d'apprécier les diverses données recueillies, de même que la pertinence de celles dont le requérant souhaitait la production; il n'en demeure pas moins que le requérant a été reconnu coupable sur la base des témoignages mêmes qui avaient suffisamment fait douter les premiers juges du bien-fondé de l'accusation contre le requérant pour motiver son acquittement en première instance. Dans ces conditions, le refus de la cour d'appel d'entendre ces témoins, en dépit de la demande du requérant en ce sens, avant de le déclarer coupable, a sensiblement réduit les droits de la défense [...]*». V. anche, A. CASATI, *Il giudizio d'appello tra esigenze di celerità processuale e rispetto del contraddittorio*, in *Ind. pen.*, 2007, p.671 ss.

⁽²⁷⁹⁾ C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia.

giustificazione nel fatto che i suddetti verbali sono prove precostituite, cioè formate al di fuori del contesto procedimentale nel quale vengono acquisite.

La disciplina ha subito forti innovazioni in seguito all'emanazione del d.l. n. 306 del 1992, convertito in l. n. 356 del 1992, che ha ampliato i casi in cui gli atti probatori formati in un determinato procedimento possono entrare a far parte di procedimenti diversi.

L'art. 238 c.p.p. consente, in presenza di stringenti condizioni, l'acquisizione al processo di materiale probatorio proveniente da diverso procedimento. In particolare il codice di rito distingue a seconda che i verbali delle prove siano stati formati nel corso di un processo civile ovvero di un processo penale.

Nel primo caso, essi possono essere acquisiti soltanto se il procedimento civile si sia concluso con sentenza irrevocabile; i verbali delle prove formati nel corso di un processo civile risultano utilizzabili contro l'imputato a condizione che la sentenza civile oltre che definitiva faccia stato nei suoi confronti e, a tal proposito, l'art. 2909 c.c. stabilisce che il giudicato civile fa stato tra le parti, gli eredi e i loro aventi causa (art. 238 co. 2 e 2 *bis*, c.p.p.). È bene sottolineare che «(...) più corretto sarebbe stato subordinare la circostanza alla ulteriore condizione che l'imputato nei cui confronti la prova assunta in sede civile è destinata a produrre effetti fosse stato “parte” del processo civile»⁽²⁸⁰⁾.

L'acquisizione di verbali di prove formate in un altro procedimento penale è invece ammessa quando le prove

⁽²⁸⁰⁾ S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV, *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013, n. 31, p. 814.

siano state assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento (art. 238 co. 1, c.p.p.) ⁽²⁸¹⁾. I verbali delle dichiarazioni rese in altro procedimento penale sono utilizzabili unicamente contro l'imputato il cui difensore abbia partecipato all'assunzione della prova (art. 238 co. 2 *bis*, c.p.p.), sempre che non si tratti di atti irripetibili. La *ratio* dell'assunto risiede nel rispetto del principio del contraddittorio e si applica indipendentemente dalla qualifica dei soggetti che hanno reso le dichiarazioni, siano essi persone imputate in un procedimento connesso o collegato, testimoni o, addirittura, si tratti di dichiarazioni rese dallo stesso imputato nell'incidente probatorio o nel dibattimento di un altro procedimento svoltosi a suo carico. A questo riguardo, la dottrina maggiormente garantista ha avuto modo di precisare che, in ogni caso, la mera partecipazione del difensore non comporta in modo assoluto il rispetto del principio del contraddittorio, «(...) dato che, essendo diverso il procedimento, risulta diverso

⁽²⁸¹⁾ Per S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 815, «la scelta lessicale (prove *assunte*, in luogo di *acquisite*) implica infatti lo svolgimento di un'attività processuale materialmente tesa alla formazione del materiale probatorio. Sono esclusi dall'ambito di operatività dell'art. 238, comma 1, c.p.p., quindi tutti quei casi in cui la prova nel procedimento *a quo* non è frutto del contraddittorio dibattimentale davanti al giudice, bensì è stata a sua volta meramente "acquisita" previa formazione altrove dell'atto, mediante meccanismi veicolativi *extra* ed endoprocedimentali più diversi. Non è ammessa, ad esempio, l'acquisizione di verbali di prove a loro volta "acquisiti" nel procedimento *a quo*. (...) È dunque l'intero sistema delle letture di atti *non* assunti in dibattimento, come delineato dall'art. 511 c.p.p., ad essere fatalmente escluso dall'ambito di operatività dell'art. 238, comma 1, c.p.p.».

anche l'oggetto della prova e di conseguenza possono variare le modalità e lo scopo dell'eventuale esame e controesame»⁽²⁸²⁾; per di più, il rispetto del principio di oralità-immediatezza tra prova e giudice viene meno⁽²⁸³⁾.

Per quanto riguarda le prove non dichiarative che siano ripetibili, invece, si ritiene che affinché possano essere utilizzati nel procedimento *ad quem* i dati debbano essere stati raccolti nell'incidente probatorio, nel dibattimento o nel giudizio civile concluso con sentenza irrevocabile, indipendentemente dalla circostanza che il difensore dell'imputato del processo *ad quem* abbia preso parte all'assunzione di essa⁽²⁸⁴⁾.

Il terzo comma della norma in esame disciplina l'acquisizione della documentazione di atti non ripetibili che, in tale evenienza, è sempre ammessa (indipendentemente dalla fase procedimentale in cui si sono formati i verbali di prova o dalla intervenuta irrevocabilità della sentenza civile)⁽²⁸⁵⁾ con la precisazione, però, che se l'impossibilità di ripetere l'atto è imputabile a fatti o circostanze sopravvenuti, l'acquisizione della documentazione è consentita solo se i fatti o le circostanze che hanno rappresentato l'impedimento erano imprevedibili.

Il quarto comma prevede che, tranne nei casi di cui ai commi 1, 2, 2 *bis* e 3 dell'art. 238 c.p.p., ossia quelli

⁽²⁸²⁾ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 87.

⁽²⁸³⁾ In questo senso M. MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, p. 736.

⁽²⁸⁴⁾ In tale direzione S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 817.

⁽²⁸⁵⁾ O. DOMINIONI, *I mezzi di prova*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2014, p. 348.

appena analizzati nei quali i verbali di altri procedimenti possono essere acquisiti, le dichiarazioni rese in un diverso procedimento possono essere utilizzate nei confronti dell'imputato soltanto qualora questi vi acconsenta; in mancanza, l'utilizzazione di tali dichiarazioni è consentita soltanto per le contestazioni di cui agli artt. 500 e 503 c.p.p.

L'ultimo comma, infine, sancisce che le parti del processo in corso possono comunque ottenere che vengano esaminati i soggetti le cui dichiarazioni siano state acquisite secondo le modalità previste dalla norma *de qua*, purché l'atto sia ripetibile (art. 238 co. 5 c.p.p.). Ne deriva che, se da un lato, la disciplina permette all'imputato di escutere oralmente la fonte di prova dichiarativa, tale prerogativa risulta attenuata ove si proceda per i reati di cui all'art. 51 co. 3 bis c.p.p., poiché per tali fattispecie vale la regola prescritta dall'art. 190 *bis* c.p.p.: l'escussione orale dinnanzi al giudice *ad quem* si realizza soltanto ove il dichiarante debba essere ascoltato su fatti diversi ovvero qualora sussistano specifiche esigenze che giustificano la rinnovazione della prova dichiarativa. Per tale via si ritiene che le restrizioni all'ordinario regime di ammissibilità della prova previste dall'art. 190 *bis* c.p.p. valgano sia per le dichiarazioni rese in un altro procedimento ad acquisibili *ex art.* 238 c.p.p., sia per quelle rese nell'ambito dello stesso procedimento ⁽²⁸⁶⁾.

Si tenga conto inoltre che l'art. 495 comma 1 c.p.p. prevede che, in caso di prove di altri procedimenti, l'ammissione della prova orale debba aver luogo solo dopo l'acquisizione del documento, a prescindere

⁽²⁸⁶⁾ In questo senso M. MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, p. 736.

dall'applicazione dell'art. 190 *bis* c.p.p., «fattispecie in cui la procedura sarebbe giustificata dall'obbligo di verificare l'effettiva necessità dell'esame». La dottrina più attenta ha evidenziato «l'errore concettuale di definire 'nuova assunzione della stessa prova' quella che non può essere se non una prova diversa, sia pure con lo stesso oggetto» nonché «l'implicito invito al giudice a considerare la prova orale 'manifestamente superflua' una volta acquisito il verbale»⁽²⁸⁷⁾.

In definitiva, l'art. 190 *bis* c.p.p. presenta diversi profili di criticità con l'assetto costituzionale. Spiccano, come visto, il sacrificio del principio di immediatezza sulla base di una valutazione discrezionale del giudice: nelle ipotesi contemplate dalla norma in questione il diritto alla prova è strutturato su parametri finalizzati, da un punto di vista contenutistico, a cristallizzare le dichiarazioni così come precedentemente rilasciate e verbalizzate, quando, invece, il principio del contraddittorio nella formazione della prova ed il principio di immediatezza ben dimostrano come l'acquisizione di un verbale scritto non possa surrogare l'esame orale del dichiarante, rimanendo fuori dal contatto diretto con il giudice che deve valutarla. Ulteriori profili di frizione si rinvengono nella violazione della presunzione di innocenza *ex art. 27 comma 2 Cost.*, dato che una così significativa limitazione del diritto alla prova si fonda sulla sola base dell'ipotesi accusatoria⁽²⁸⁸⁾.

⁽²⁸⁷⁾ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 88 ss., da cui sono tratte anche le citazioni precedenti nel testo.

⁽²⁸⁸⁾ Si v. G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., p. 71

4. La sentenza penale irrevocabile come prova (art. 238 bis c.p.p.).

In forza dell'art. 238 bis c.p.p., introdotto dal d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. l. 7 agosto 1992, n. 356, «fermo restando quanto previsto dall'art. 236, le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite e sono valutate a norma degli artt. 187 e 192, comma 3»⁽²⁸⁹⁾.

La finalità della norma, collegata alla sua genesi, si rinviene nel principio di non dispersione della prova ossia nell'esigenza di facilitare la prova dei reati associativi, i quali, dando generalmente vita ad una pluralità di procedimenti penali, impongono di ricostruire ogni volta, da capo, dell'esistenza del sodalizio criminoso⁽²⁹⁰⁾.

⁽²⁸⁹⁾ La locuzione «fermo quanto disposto dall'art. 236 c.p.p.» rimanda alla disciplina dei «documenti relativi al giudizio sulla personalità» dell'imputato o della persona offesa dal reato, sempre acquisibili se il fatto per cui si procede deve essere valutato in relazione al comportamento o alle qualità morali di questa. A tal fine, possono essere acquisiti: certificati del casellario giudiziale, documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale degli enti pubblici e presso gli uffici di sorveglianza nonché sentenze irrevocabili di qualunque giudice italiano e sentenze straniere riconosciute (art. 236 comma 1 c.p.p.). Le sentenze e i certificati indicati dal comma 1 dell'art. 236 c.p.p. possono inoltre essere acquisiti per valutare la credibilità di un testimone.

⁽²⁹⁰⁾ In questo senso, tra gli altri, S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 825.

N. TRIGGIANI, *Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1766; F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, cit., p. 167. Cfr. in giurisprudenza, *Cass.*, sez. II, 19 maggio 1994, Rapanà, in *CED Cass.* n. 198107: «con il riferirsi alle 'sentenze divenute irrevocabili' il legislatore,

Se questa era la *ratio* sottesa allo spirito della novella, la versione finale dell'art. 238 *bis* c.p.p. è stata formulata in termini del tutto generali, tanto da essere applicabile a prescindere dalla natura del reato oggetto di accertamento giudiziale ⁽²⁹¹⁾.

Sin dalla sua entrata in vigore la norma è stata aspramente, e pressoché unanimemente, criticata dalla dottrina, sottolineandosi, tra l'altro, come, a prescindere dalla infelice formulazione letterale ⁽²⁹²⁾, le sentenze, esprimendo valutazioni, non sarebbero suscettibili di apportare alcun contributo probatorio sui fatti oggetto di accertamento ⁽²⁹³⁾. «I precedenti giudiziari servono a vari

nella disposizione di cui all'art. 238 *bis* cod. proc. pen., ha inteso rendere utilizzabili ai fini della prova del fatto in esse accertato non soltanto le sentenze rese in seguito a dibattimento ma anche quelle emesse a seguito di giudizio abbreviato ovvero di applicazione della pena su richiesta; la '*ratio*' della disposizione di legge, infatti, è quella di non disperdere elementi conoscitivi acquisiti in provvedimenti che hanno comunque acquistato autorità di cosa giudicata, fermo restando il principio del libero convincimento del giudice».

⁽²⁹¹⁾ In questi termini N. TRIGGIANI, *Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*, cit., p. 1766.

⁽²⁹²⁾ Osserva F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 802: «stavolta gli interpolatori violano la sintassi confondendo dato istruttorio, decisione, argomenti adottati dal motivante, cosa giudicata».

⁽²⁹³⁾ Per P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 260, «le sentenze non sono 'prove', bensì atti che valutano le prove nella funzione decisoria di un singolo caso, di una specifica controversia, oltre la quale non 'provano' nulla. I giudici restano ovviamente liberi di leggere attentamente [le] sentenze (...) e di sfruttarle come modello di buona argomentazione, di analisi e di decifrazione dei segni, allo stesso modo in cui può riuscire utile la lettura di un

fini ma non provano niente: l'eventuale apporto viene dal materiale là raccolto, comunque l'abbiano usato, bene o male; e bisogna pescarlo nei relativi verbali, a frammenti. Niente da spartire con il fenomeno "prova": quest'ultima, ripetiamolo, sta nei materiali *ad acta* (parole del tal testimone, una frase cavata all'imputato nell'esame, impronte digitali, segni scoperti sul cadavere dal perito settore); analisi dei discorsi narrativi o conclusioni induttive appartengono alla motivazione; e risalgano a vecchie carte giudiziarie o al lavoro cerebrale onirico (molti problemi vengono magnificamente risolti nel sonno), valgono più o meno, secondo la qualità logica, indipendentemente dalla fonte»⁽²⁹⁴⁾. L'equivoco insito nell'art. 238 *bis* c.p.p. sarebbe poi ulteriormente aggravato dal requisito dell'irrevocabilità della sentenza, di per sé inidoneo a conferire la patente di veridicità all'accertamento contenuto in sentenza⁽²⁹⁵⁾.

Evidenti poi le distonie con i principi costituzionali che, in particolare, coinvolgono da un lato il principio del contraddittorio nella formazione della prova e dall'altro il principio di immediatezza.

La possibilità di impiegare a fini probatori le ricostruzioni cristallizzate nella sentenza comprime irrimediabilmente le possibilità di apporto dialettico delle parti. Mediante la decisione irrevocabile possono infatti penetrare nel compendio probatorio conoscenze di formazione unilaterale, senza che abbia avuto luogo la

qualsiasi testo letterario». Secondo F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 802 la sentenza sarebbe una «pseudoprova».

⁽²⁹⁴⁾ Così F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 802.

⁽²⁹⁵⁾ Per F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 803 «(...) gli interpolatori aggravano l'equivoco esigendo l'irrevocabilità della sentenza (non richiesta nell'art. 238, commi 1 e 3 sg.)».

partecipazione attiva dei soggetti nei cui confronti saranno poi utilizzate, non essendo prevista, come accade nell'ipotesi di acquisizione di verbali "allogeni" (ex art. 238 c.p.p.) alcuna clausola che sancisca la partecipazione del difensore dell'imputato nel compimento dell'atto: «(...) la norma *de qua* non solo introduce una deroga alla formazione della prova in contraddittorio ulteriore rispetto a quelle ammesse costituzionalmente, ma autorizza il giudice a scegliere tra due metodi alternativi di accertamento, in palese violazione della Costituzione che individua nel contraddittorio l'unico metodo di accertamento possibile, salvo deroghe espresse»⁽²⁹⁶⁾. Di conseguenza, una volta che la sentenza è acquisita, l'intervento delle parti si risolve in un mero contraddittorio sulla prova formatasi altrove che incide solo sulla valutazione⁽²⁹⁷⁾. Tale rilievo ha indotto la dottrina a dubitare della costituzionalità dell'art. 238 *bis* c.p.p. L'acquisizione di sentenze può risolversi in un *escamotage*

⁽²⁹⁶⁾ N. ROMBI, *Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*, in *Dir. pen. proc.*, p. 483.

⁽²⁹⁷⁾ Secondo N. ROMBI, *Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*, in *Dir. pen. proc.*, p. 485: «quanto poi al contraddittorio, pur condividendo l'affermazione secondo cui in relazione alle prove precostituite il rispetto del contraddittorio postula esclusivamente spazi idonei al confronto dialettico delle parti sulla prova e non già la partecipazione delle stesse nel momento formativo della stessa, non si vede come le parti possano confrontarsi in relazione ad una fonte che non fornisce una rappresentazione documentaria del fatto oggetto di accertamento bensì una semplice valutazione dello stesso. Infatti, la prova-sentenza in quanto giudizio fornisce un apporto valutativo che è insensibile alla sollecitazione di eventuali contraddittori esterni».

per superare i limiti e le garanzie imposti dall'art. 238 c.p.p. ⁽²⁹⁸⁾.

⁽²⁹⁸⁾ Sulla questione è intervenuta la Corte costituzionale, che ha tuttavia escluso la fondatezza dell'eccezione sollevata in base all'art. 111 comma 4 Cost. La Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla conformità dell'art. 238 *bis* c.p.p. rispetto ai commi 4 e 5 della Costituzione ha «osserva[to] che non può essere condiviso l'assunto del remittente secondo il quale l'acquisizione del dato probatorio – nella specie della sentenza irrevocabile pronunciata in un diverso giudizio – è momento autonomo rispetto all'utilizzazione che se ne farà poi nel processo ricevente, sicché i limiti imposti a quest'ultima sono irrilevanti ai fini del giudizio sulla legittimità dell'acquisizione. Acquisizione del dato probatorio e sua valutazione ed utilizzazione sono momenti certamente distinti, ma altrettanto certamente non autonomi. Numerose disposizioni del codice, nel prevedere l'acquisizione di dati probatori esterni, ne indicano le condizioni e la finalità, in tal modo fissandone anche i limiti di utilizzabilità. Tra le altre, a titolo di mero esempio, possono essere indicate le disposizioni degli artt. 187 (sentenza n. 129 del 2008), 197-*bis* (ordinanza n. 265 del 2004 e sentenza n. 381 del 2006), 236 e 238, comma 4, del codice di procedura penale. In tale ordine di idee questa Corte, con la citata ordinanza n. 159 del 1996, ha affermato che l'art. 238-*bis* 'si limita a regolare il modo di valutazione della pronuncia irrevocabile resa in separato giudizio'. La giurisprudenza di legittimità successiva alla modifica dell'art. 111 Cost., proprio alla stregua del criterio in base al quale acquisizione e valutazione del dato probatorio sono distinte ma correlate, ha emesso pronunce di segno diverso a seconda dell'utilizzazione che la sentenza impugnata aveva fatto di quella resa in altro processo, divenuta irrevocabile ed acquisita ai sensi dell'art. 238-*bis*. In particolare, è stato escluso che nel processo ricevente possano essere considerati provati vicende e fatti sulla base soltanto delle risultanze della decisione emessa in altro processo, o che l'art. 238-*bis* possa consentire l'ingresso di elementi probatori la cui acquisizione non sarebbe consentita per altre vie. In positivo, invece, sono stati individuati i limiti di utilizzabilità della sentenza acquisita e, quindi, la consistenza e la

natura che essa può assumere quale elemento probatorio nel processo ricevente. Si è, infatti, affermato che l'art. 238-*bis* in esame, «col circoscrivere l'utilizzabilità dell'acquisizione delle sentenze irrevocabili ai fini della prova del fatto in esse accertato, limita all'avvenuto accertamento ed ai connessi rilievi critici l'impiego della sentenza, conferendo a tali passaggi qualità di elemento probatorio in quanto evento storico esterno di rilevanza indubbia» (Corte di cassazione, sez. VI, sentenza n. 1269 del 2004). In tale contesto, è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 238-*bis*, prospettata in riferimento agli artt. 24 e 25 Cost., in quanto la disposizione censurata era suscettibile di interpretazione costituzionalmente adeguata. In quella circostanza è stato evidenziato che la sentenza acquisita era stata valutata non in quanto contenente un accertamento ormai indiscutibile destinato a fare stato nel processo ricevente, bensì come documento dal quale risultavano il fatto dell'accertamento e le considerazioni che ad esso avevano condotto e che il tutto era stato oggetto di contraddittorio insieme agli elementi di riscontro ritenuti utili, e che, quindi, il principio costituzionale secondo cui la prova si forma nel contraddittorio non era stato violato. Si può perciò desumere che la portata del principio del contraddittorio nella formazione della prova va individuata in considerazione della specificità dei singoli mezzi di prova. La sentenza irrevocabile non può essere considerata un documento in senso proprio, poiché si caratterizza per il fatto di contenere un insieme di valutazioni di un materiale probatorio acquisito in un diverso giudizio; tuttavia, neppure può essere equiparata alla prova orale. Ne consegue che, in relazione alla specifica natura della sentenza irrevocabile, il principio del contraddittorio trova il suo naturale momento di esplicazione non nell'atto dell'acquisizione – nel quale, del resto, non sarebbe ipotizzabile alcun contraddittorio, se non in ordine all'*an* dell'acquisizione – ma in quello successivo della valutazione e utilizzazione. Una volta che la sentenza è acquisita, le parti rimangono libere di indirizzare la critica che si andrà a svolgere, in contraddittorio, in funzione delle rispettive esigenze. Nel corso del dibattito, ai fini della valutazione e utilizzazione in questione, non si potrà non tenere conto del tipo di procedimento (ordinario,

Risulta altresì snaturato il principio di oralità-immediatezza dal momento che «il giudice (...) fonda il suo convincimento sulla valutazione che altri ha dato di una prova di cui lui non ha avuto alcuna percezione diretta». Il giudice, inevitabilmente «sarà influenzato da un giudizio espresso da chi, in precedenza e con immediatezza ha assistito alla formazione della prova»⁽²⁹⁹⁾.

Per di più «la lesione al modello processuale di riferimento si inasprisce laddove si consideri che non rilevano affatto le modalità attraverso le quali il giudice del processo a quo è giunto a determinate conclusioni. Si pensi all'ipotesi in cui il convincimento giudiziale si sia

abbreviato, con accettazione della pena) in cui la sentenza acquisita è stata pronunciata e, quindi, anche del contraddittorio in esso svoltosi. D'altra parte, la scelta del legislatore di consentire al giudice di apprezzare liberamente l'apporto probatorio scaturente dagli esiti di altro processo conclusosi con sentenza irrevocabile e di permettere correlativamente alle parti di utilizzare, come elementi di prova, i risultati che da quella sentenza sono emersi – tutto ciò nel quadro delle prospettive eventualmente contrapposte, da misurare, come si è detto, nel contraddittorio dibattimentale – si salda logicamente alla scomparsa, nel nuovo sistema processuale, della pregiudiziale penale: la quale, al contrario, proiettava in termini di vincolatività il giudicato esterno nel processo “pregiudicato”. Il tutto sottolineando, per altro verso, come la libertà di valutazione del giudice che acquisisce la sentenza irrevocabile, unita alla necessità di riscontri che ne confermino il contenuto, rappresentino garanzia sufficiente del rispetto delle prerogative dell'imputato, alla cui salvaguardia il parametro costituzionale invocato è stato posto»; Cfr. F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, cit., p. 184 ss.

⁽²⁹⁹⁾ N. ROMBI, *Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*, in *Dir. pen. proc.*, p. 485 da cui è tratta la citazione immediatamente precedente nel testo.

formato, a sua volta, sulla base di una sentenza altrove acquisita o sulla base di prove altrove formatesi. Si pensi, in buona sostanza, a quelle “ordinarie deroghe” al contraddittorio dibattimentale in grado di produrre, proprio mediante la circolazione dell’atto conclusivo del giudizio nel quale si sono verificate, una pericolosa reazione a catena»⁽³⁰⁰⁾.

Ai sensi dell’art. 238 bis c.p.p., le sentenze irrevocabili vanno acquisite «ai fini della prova di fatti in esse accertato». L’ambigua espressione viene unanimemente letta traslando la formula legislativa in «prova del fatto» definitivamente accertato⁽³⁰¹⁾. Si consideri che, per la giurisprudenza, le ricostruzioni operate nella decisione, da utilizzare come dati probatori in altri contesti procedimentali, comprenderebbero «(...) ogni elemento fattuale, ossia non valutativo, in essa ritenuto per avvenuto ovvero negato nella sua fenomenica esistenza, che abbia concorso con il suo accertamento giudiziale a fondare il convincimento del giudice e la pronuncia conclusiva»⁽³⁰²⁾. Come precisato dalla dottrina, la norma legittima l’acquisizione della sentenza non per provare il semplice fatto della sua esistenza, ma per farsi veicolo degli accertamenti in essa contenuti⁽³⁰³⁾.

⁽³⁰⁰⁾ S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 829.

⁽³⁰¹⁾ Per tutte le possibili alternative in merito a come l’espressione de qua potrebbe essere intesa cfr. F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, cit., p. 169.

⁽³⁰²⁾ Così Cass., sez. I, 16 novembre 1998, Hass ed altri, in *CED Cass.* n. 211768.

⁽³⁰³⁾ Sul punto, L. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, 2002, p. 33 precisa che «ma poiché la disposizione [l’art. 238 bis c.p.p.] è evidentemente finalizzata all’uso in chiave probatoria del giudizio intervenuto su determinati fatti (rievocati in

Dubbi, invece, rimangono circa il riferimento del disposto normativo al solo fatto oggetto di imputazione, accertato nel dispositivo della sentenza, ovvero anche ai fatti ricostruiti nel percorso argomentativo della motivazione⁽³⁰⁴⁾.

Secondo parte minoritaria della dottrina deve privilegiarsi la tesi restrittiva poiché l'opposta soluzione provocherebbe un inaccettabile aggiramento dell'art. 238 c.p.p.; «in tale ottica, l'oggetto della prova derivante dalla sentenza acquisita ex art. 238-*bis* c.p.p. è il fatto principale, nella sua finale cristallizzazione operata dal giudice: tutti gli elementi dell'imputazione concernenti l'elemento materiale, l'antigiuridicità, la punibilità, l'eventuale responsabilità civile da reato, così come intesi nella prima regiodicata»⁽³⁰⁵⁾. Pertanto, «(...) nel diverso

un successivo processo), ciò che viene in rilievo non può essere l'esistenza tout court del giudizio (a prescindere, cioè, dal suo contenuto) bensì il fatto ritenuto come accertato dalla sentenza e, in quanto tale, dichiarato dal giudice: si passa, così, dal piano del "fatto" del giudizio in quanto tale (rappresentato dal documento) a quello del "fatto" oggetto del giudizio (che costituisce il contenuto del documento)».

⁽³⁰⁴⁾ Cfr. per le incertezze sul contenuto rappresentativo delle sentenze, F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, cit., p. 167 ss.

⁽³⁰⁵⁾ E. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, p. 115. Nello stesso senso I. CALAMANDREI, *L'acquisizione in un procedimento degli atti di un altro procedimento*, in ID., *La prova documentale*, Padova, 1995, p. 127: «[la] disposizione (...) là dove parla di 'prova del fatto accertato' (...) vuole probabilmente alludere alla prova del fatto ritenuto in sentenza, e non di tutti i fatti che lo supportano», nel presupposto che una differente esegesi renderebbe «vane le previsioni dell'art. 238 c.p.p.»; R.A. RUGGERI, *I limiti dell'art. 238 bis alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3172 la quale adduce, a sostegno della tesi qui prospettata, ulteriori argomentazioni: «del fatto, cioè, contenuto in imputazione

procedimento, la sentenza non attesta semplicemente che una determinata decisione è stata adottata nei confronti di un certo soggetto per un dato fatto. La sua acquisizione serve a provare quel fatto e ad evitare che il diverso organo giudicante sia costretto a compiere un nuovo accertamento su quella ipotesi di reato, potendo invece tener conto della valutazione compiuta in altro procedimento concluso con decisione irrevocabile. Si comprende, allora, come l'art. 238-*bis* c.p.p., anche nella interpretazione sicuramente più restrittiva ora proposta, sia tutt'altro che superfluo. Il che peraltro non significa leggere la norma come una surrettizia introduzione della pregiudiziale penale nel nostro ordinamento, nonostante, negli effetti, ad essa si avvicini»⁽³⁰⁶⁾.

Prevale tuttavia la tesi estensiva, peraltro consolidata in giurisprudenza⁽³⁰⁷⁾. Per siffatto orientamento, l'efficacia

e riportato nel dispositivo, a seguito della valutazione compiuta dall'autorità giudicante. A sostegno di questa interpretazione, che sembra preferibile, militano una serie di argomenti. Primo fra tutti quello letterale. Non deve essere sottovalutata la scelta legislativa di usare il singolare «fatto», quando in altre occasioni in cui si fa riferimento alle sentenze irrevocabili, per esempio in materia di revisione (art. 630 lett. a) c.p.p.) e di efficacia della sentenza penale nei giudizi civili o amministrativi (art. 654 c.p.p.), si adopera il plurale. In questi ultimi due casi menzionati evidentemente si vuole estendere ai fatti contenuti in motivazione l'utilizzo della sentenza, mentre nell'art. 238-*bis* c.p.p. si intende ritenere provato solo ciò che è risultato accertato, dunque il fatto di reato. Inoltre, a rigore, l'irrevocabilità (che si richiede perché la sentenza possa valere come prova), è un attributo del dispositivo, non della motivazione».

⁽³⁰⁶⁾ Così R.A. RUGGERI, *I limiti dell'art. 238 bis alla luce dell'art. 111 Cost.*, cit., p. 3172.

⁽³⁰⁷⁾ Cass., sez. V, 14 aprile 2000, Vera, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1526: «il principio di prova, contenuto nel giudicato penale acquisito ai sensi dell'art.238 bis cod.proc.pen., va considerato alla

probatoria della decisione non si limita al solo dispositivo, ma investe anche la parte narrativa o motivazionale del provvedimento posta a supporto delle conclusioni del giudice. Infatti, per alcuni autori «non avrebbe (...) senso sancire che, ai fini della prova di quel fatto accertato in sentenza, la sentenza stessa rappresenta un elemento che va valutato dal secondo giudice unitamente agli altri che ne dimostrano l'attendibilità [ex art. 192 comma 3 c.p.p.]. In tal modo essa concorrerebbe al pari di altri elementi acquisiti dal secondo giudice all'accertamento del fatto già accertato dal primo giudice. (...) Sancire l'acquisibilità della sentenza irrevocabile al fine di provare, non in sé ma unitamente ad altri elementi che ne confermano l'attendibilità, soltanto che Tizio ha commesso o non ha commesso quel determinato fatto di reato oggetto del processo definito con sentenza irrevocabile sembra un po' poco per giustificare un intervento novellistico del legislatore»⁽³⁰⁸⁾. Dal richiamo dell'art. 187 c.p.p., altra dottrina, invece, desume che il contenuto rappresentativo della sentenza non può essere «(...) circoscritto al solo fatto dedotto nell'imputazione, ma [ricomprende] quella

stregua del criterio valutativo fissato dall'art. 192 comma 3 cod. proc. pen., ma ha come oggetto non solo il "fatto" direttamente riferibile alla statuizione fissata nel dispositivo, ma ogni acquisizione fattuale evidenziata anche nel corpo della motivazione. Ne consegue, pure al di fuori di ogni obbligo per il giudice che l'utilizza, in ordine alla valutazione dei fatti contenuti nella sentenza irrevocabile che, una volta identificato il "fatto" accertato, rimane esclusa la possibilità di un controllo della sua fonte probatoria, anche sotto il profilo della rituale acquisizione in quel processo concluso con sentenza irrevocabile».

⁽³⁰⁸⁾ L. MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, in AA.VV., *Studi sul processo penale. In ricordo di Assunta Mazzarra*, 1996, p. 258 ss.

serie di fatti investiti dall'accertamento giudiziale o perché riguardano *lato sensu* l'imputazione, ovvero perché vertono sull'attendibilità della prova (...) che ad essa si riferisce»⁽³⁰⁹⁾.

Per la giurisprudenza, la logica conseguenza dell'impostazione estensiva è la negazione alle parti del processo *ad quem* del potere di porre in discussione la sentenza irrevocabile o di sollevare, eccezioni processuali che prospettino eventuali vizi verificatisi in quello *a quo*⁽³¹⁰⁾.

Il richiamo agli artt. 187 e 192 co. 3 c.p.p. viene interpretato unanimemente come il frutto di una scelta legislativa volta a ribadire l'autonomia cognitiva del giudice *ad quem*, fugando ogni dubbio sulla vigenza di una pregiudizialità fra i giudizi penali *a quo* e *ad quem*, in contrasto con la forte autonomia cognitiva assegnata dall'art. 2 c.p.p.⁽³¹¹⁾. Sul punto, si è osservato che «ad imporsi dev'essere la constatazione per la quale, al fine di scongiurare il verificarsi di fenomeni espansivi della cosa giudicata, il legislatore da un lato ha espressamente qualificato la sentenza come prova, sottoponendola al relativo regime; dall'altro, intervenendo sul campo della sua valutazione, ha posto delle limitazioni al vigente principio del libero convincimento del giudice, per evitare le suggestioni psicologiche che sarebbero potute discendere dal particolare mezzo che in questo caso

⁽³⁰⁹⁾ L. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., p. 161.

⁽³¹⁰⁾ *Supra*, cfr. sent. richiamata nella nota n. 229.

⁽³¹¹⁾ In tal senso, F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, cit., p. 180. Recentemente cfr. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 267.

veicola il risultato di prova»⁽³¹²⁾. La limitazione al libero convincimento è infatti da intendere come impositiva di conferme provenienti dalle conoscenze formate nel procedimento ad *quem*.

Peraltro, il collegamento con l'art. 192 comma 3 e l'art. 238 *bis* c.p.p. è riconducibile soprattutto ai processi riguardanti reati di criminalità organizzata: «da un lato, la prassi giudiziaria dimostra come in tali procedimenti si svolgono, di solito, diversi contributi espositivi la cui valutazione impone il rispetto della regola prescritta nell'art. 192 comma 3 c.p.p. ed evoca, quindi, le annose problematiche che la c.d. chiamata di correo pone circa la consistenza qualitativa e quantitativa degli elementi di prova. In questi casi l'acquisizione della sentenza irrevocabile può offrire quei riscontri oggettivi indispensabili per le dichiarazioni provenienti dal coimputato, oltre che costituire fonte di prova per la quale, però, son posti quei discutibili limiti di attendibilità»⁽³¹³⁾.

⁽³¹²⁾ L. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., p. 6.

⁽³¹³⁾ L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000, p. 176 ss. Nello stesso senso, A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*. Relazione al Convegno «La prova penale nello specchio del diritto vivente» organizzato dall'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Siracusa, 30 settembre – 2 ottobre 2011, in *Arc. pen.* on line p. 33 ss. datt. In giurisprudenza: Cass., sez. IV, 29 gennaio 2008, De Angioletti e altri, in *CED Cass.* n. 239299: «quando una sentenza irrevocabile viene acquisita nel processo ai sensi dell'art. 238 *bis* cod. proc. pen., per fornire la prova diretta del fatto oggetto del suo accertamento, necessita di una conferma esterna, mentre, nell'ipotesi in cui la stessa sentenza venga utilizzata come mero riscontro di altre prove già acquisite, tale conferma non risulta necessaria».

Il recepimento delle conclusioni accolte dal diritto vivente in tema di dichiarazioni del coimputato ha inoltre indotto un giudice di merito ad ammettere l'impiego, in funzione di riscontro, di prove aventi la stessa natura di quella da confermare, ovvero di altre sentenze irrevocabili, acquisite *ex art. 238 bis c.p.p.*: per accertare l'esistenza di una cosca mafiosa si sono utilizzate diverse decisioni irrevocabili, sino a sancirne la notorietà⁽³¹⁴⁾. Affermazioni di tale genere corrono il rischio di ingenerare prassi pericolose: in nome dell'economia processuale potrebbe essere ritenuta superflua la necessità di provare l'esistenza dell'associazione mafiosa proprio perché, trattandosi di un fatto notorio, tale accadimento rientrerebbe fra le nozioni universalmente accettate nella comunità nella quale il processo si svolge.

Il rimando agli artt. 187 e 192 co. 3 c.p.p. rappresenta altresì il tentativo del legislatore di compensare la perdita d'immediatezza e di contraddittorio provocata dall'acquisizione della sentenza⁽³¹⁵⁾.

Per quanto concerne, invece, le sentenze irrevocabili utilizzabili come prova, la giurisprudenza ritiene pacificamente che possano essere ammesse le decisioni conclusive del rito abbreviato, così come quelle di

⁽³¹⁴⁾ Cass., sez. VI, 14 giugno 2012, Montagno Bozzone ed altri, in *CED Cass.* n. 253653: «in tema di valutazione della prova, la "notorietà" di un fatto quale l'esistenza di un'associazione mafiosa *ex art. 416-bis cod. pen.* ben può desumersi in modo certo dalle decisioni irrevocabili dell'autorità giudiziaria, che costituiscono prova in ordine alla ricostruzione delle vicende accertate in giudizio, ai sensi dell'art. 238-bis cod. proc. pen.» (cfr. § 3.6 in motivazione).

⁽³¹⁵⁾ In questo senso, F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, cit., p 181.

applicazione della pena su richiesta delle parti. Ciò desta perplessità.

Si pensi al caso in cui, nell'ambito del reato di cui all'art. 416 *bis* c.p., dei coimputati optino per il rito abbreviato mentre un altro computato scelga di essere giudicato accendendo al rito ordinario, ispirato al contraddittorio, all'oralità-immediatezza, alla concentrazione ed alla pubblicità. La sentenza di condanna pronunciata all'esito del rito abbreviato, più celere rispetto a quello ordinario e fondamentalmente celebrato sulla base di atti unilaterali, potrebbe essere utilizzata nel processo *ad quem*, ai sensi dell'art. 238 *bis* c.p.p., per accertare l'esistenza dell'associazione mafiosa, generando un contrasto con l'art. 111 comma 5 Cost. La norma costituzionale «(...) si sa, esige che, per l'impiego di materiale probatorio formato unilateralmente, l'imputato abbia potuto prestare un consenso consapevole, ossia fondato sulla conoscenza dell'atto investigativo cui si intende riconoscere il valore di prova. Perciò, se la sentenza conclusiva dell'abbreviato (...) [ha] riguardato soggetti diversi dall'imputato è necessario che quest'ultimo possa esprimere il proprio assenso per l'impiego nel processo *ad quem* di simili documenti extraprocessuali» ⁽³¹⁶⁾. A ben vedere, «i riscontri [non] costituiscono una garanzia sufficiente a tutelare le

⁽³¹⁶⁾ F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, cit., p. 191. L'A. precisa che «la conclusione non cambia, allorché fosse stato lo stesso accusato a chiedere il giudizio abbreviato o a patteggiare, perché il parere favorevole prestato illo tempore, nel nuovo processo, equivarrebbe a una forma di consenso anticipato all'impiego di materiale formato senza contraddittorio». Trattasi di materiale «interdetto dall'art. 111 comma 5 Cost., perché sarebbe un consenso non consapevole» [ID., *ivi*, n. 112, p. 191].

prerogative defensionali, alla cui salvaguardia si pone il principio del contraddittorio: quando gli elementi corroboranti conferiscono una piena efficacia probatoria alla sentenza, in realtà, tale prova diviene idonea a costituire la base per la ricostruzione giudiziale del fatto, ovvero – per usare le parole della Corte europea dei diritti dell'uomo – diviene “determinante” ai fini della condanna, senza che all'interessato sia offerta un'occasione adeguata e sufficiente per vedere negli occhi chi lo accusa. È dubbio, dunque, che nella specie essi siano in grado di tutelare il principio del contraddittorio nella formazione della prova»⁽³¹⁷⁾. Il dato conoscitivo di per sé non pienamente fruibile dal giudice è riscontrato, *ex art.* 192 commi 3 e 4 c.p.p., da elementi o dati probatori che non hanno lo spessore di prova autosufficiente, perché, in caso contrario, il recupero della sentenza formatasi nel rito abbreviato non avrebbe alcun rilievo, in quanto la prova si fonderebbe su tali elementi esterni e non sulla sentenza⁽³¹⁸⁾. Si profila, pertanto, anche la violazione dell'art. 111

⁽³¹⁷⁾ F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, cit., p. 192 ss. Sul punto vale la pena precisare che il riscontro esterno di cui all'art. 192 commi 3 e 4 c.p.p. può essere costituito da «qualsiasi elemento o dato probatorio, non predeterminato nella specie e qualità, e quindi avente qualsiasi natura, sicché può consistere in elementi di prova sia rappresentativa che logica (...). Non occorre che i riscontri esterni abbiano lo spessore di prove autosufficienti, perché, in caso contrario, la chiamata non avrebbe alcun rilievo, in quanto la prova si fonderebbe su tali elementi esterni e non sulla chiamata in correità».

⁽³¹⁸⁾ Osserva R. CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la grande camera ridefinisce la regola della prova “unica o determinante”*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3122 ss.: «giudice di Strasburgo richiama semplicemente l'esistenza di altre prove che affiancano quella sottratta al contraddittorio: cosicché viene esclusa la violazione

comma 3 Cost. da cui è possibile desumere la regola di valutazione in linea con la giurisprudenza europea ⁽³¹⁹⁾; non risulta garantito nemmeno il principio di immediatezza perché il giudice *ad quem* non ha assistito alla formazione della prova.

Non solo. L'imputato che ha optato per il rito ordinario finirebbe per essere processato nel parallelo giudizio abbreviato senza poter presenziare a quel giudizio e svolgere alcun tipo di difesa. La sentenza emessa nel giudizio abbreviato, di fatto anche a suo carico, finirebbe poi per pregiudicare indebitamente il giudizio ordinario prescelto dall'imputato. Questa paradossale situazione appare di tutta evidenza nel caso, non di scuola, in cui l'imputato promotore del sodalizio abbia scelto il rito ordinario a differenza dei meri partecipi che invece abbiano optato per il rito abbreviato.

Quanto alla possibilità di ammettere come prova le decisioni di applicazione della pena su richiesta delle parti, diverse ragioni militano affinché esse non vengano acquisite nel processo *ad quem*. Innanzitutto, un argomento letterale: l'art. 238 *bis* c.p.p. si riferisce a «sentenze» divenute irrevocabili, mentre l'art. 445 c.p.p. equipara la «sentenza» emessa all'esito del patteggiamento

solo qualora gli elementi corroboranti siano in grado di rendere non determinante la testimonianza dell'assente».

⁽³¹⁹⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 270. Cfr. F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, cit., p. 105: «come ha ribadito ancora di recente la Corte di Strasburgo, il diritto di difesa è ristretto in maniera incompatibile con le garanzie stabilite dall'art. 6 commi 1 e 3 lett. *d* Conv. eur. dir. uomo, qualora una condanna si basi esclusivamente o in maniera decisiva su dichiarazioni rese da una persona che l'accusato non abbia avuto l'opportunità di esaminare in nessuno stato del procedimento».

ad una «pronuncia di condanna». Secondariamente, tale provvedimento non contiene un accertamento della responsabilità dell'imputato, ma dà atto di essere stata emessa su concorde richiesta di pubblico ministero e imputato, applica a costui la pena convenuta da essi ⁽³²⁰⁾.

Anche se il chiaro dettame normativo dovrebbe di per sé escludere l'impiego di decisioni non ancora passate in giudicato, il prevalente orientamento giurisprudenziale ammette l'acquisizione a fini probatori delle sentenze non definitive, nonché delle ordinanze applicative di misure cautelari. A sostegno della soluzione interpretativa si pone l'accento sull'ampia nozione di documento ricavabile dall'art. 234 c.p.p., nel cui alveo potrebbero essere accolti i provvedimenti esclusi dall'art. 238 *bis* c.p.p. Per non porsi in aperto contrasto con la disposizione deputata a regolare il fenomeno della sentenza come prova, l'orientamento richiamato precisa che il valore dei provvedimenti non definitivi debba differenziarsi da quello attribuito alle sentenze irrevocabili. Pertanto, dalle pronunce giudiziali acquisite *ex art.* 234 c.p.p. non potrebbe trarsi la prova dei fatti ivi descritti, ma semplici «elementi di giudizio», soggetti al libero convincimento del giudice e finalizzati all'accertamento della verità ⁽³²¹⁾.

⁽³²⁰⁾ In questo senso cfr. L. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., p. 129.

⁽³²¹⁾ In tali termini, Cass., sez. VI, 20 maggio 1998, De Michelis, in *CED Cass.* n. 211999: «l'art. 234 cod.pro.pen. ricomprende genericamente nella nozione di documento tutto ciò che è caratterizzato dal requisito della scrittura, e quindi anche le sentenze non irrevocabili, delle quali, pure, consente l'acquisizione al processo. Da tali atti, peraltro, non può trarsi la prova dei fatti in essi descritti, essendo la piena valenza probatoria riservata espressamente dalla legge alle sole sentenze divenute irrevocabili (art. 238 bis cod.pen.); ciò non esclude, tuttavia, che il giudice - in

L'interpretazione giurisprudenziale prospettata non può trovare accoglimento: in caso di inosservanza dell'art. 238 *bis* c.p.p. è configurabile un'ipotesi di inutilizzabilità *ex* art. 191 c.p.p., stante la sussistenza di un divieto legislativo, sia pure implicito, volto ad impedire al giudice di acquisire le sentenze non ancora divenute irrevocabili ⁽³²²⁾.

base al suo libero convincimento - possa trarre dagli indicati provvedimenti elementi di giudizio finalizzati al perseguimento del fine primario del processo penale, cioè dell'accertamento della verità»; Cass., sez. II, 16 gennaio 1996, Romeo, in CED Cass. n. 204767: «In tema di prova documentale, poiché l'art. 234 cod. proc. ricomprende, genericamente, nella nozione di documento tutto ciò che è caratterizzato dal requisito della scrittura e, quindi, anche le sentenze non irrevocabili e le ordinanze di custodia cautelare emesse in procedimenti diversi, di tali atti è possibile l'acquisizione al processo; da essi, tuttavia, non può trarsi la prova dei fatti ivi descritti, essendo la piena valenza probatoria riservata espressamente dalla legge alle sole sentenze divenute irrevocabili (art. 238 bis cod. proc. pen.). Ciò non esclude, tuttavia, che il giudice, in base al suo libero convincimento, possa dai predetti provvedimenti trarre elementi di giudizio, anche favorevoli all'imputato e comunque finalizzati al perseguimento del fine primario del processo penale, cioè l'accertamento della verità».

⁽³²²⁾ Per F. PERONI, *Fondamento e limiti dell'acquisizione probatoria di sentenze*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1385 ss., «è certo, invece, che il codice, nel regolare con apposita normativa l'acquisizione probatoria di pronunce giurisdizionali, ne limita costantemente l'area di operatività a quelle sole che abbiano conseguito la stabilità del giudicato. (...) L'asserto [giurisprudenziale] è in palese contraddizione con le scelte del legislatore, laddove, (...), ha mostrato di intendere come inscindibilmente connessi efficacia probatoria della sentenza e stabilità del *decisum*».

5.L'accertamento dell'inquinamento della prova testimoniale: art. 500 comma 4 c.p.p.

Tra gli istituti processuali che assumono maggior rilevanza in tema di formazione della prova nei processi di criminalità organizzata si individua sicuramente quello disciplinato all'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p. che dà attuazione legislative alla fattispecie costituzionale in cui il contraddittorio non può aver luogo «per effetto di provata condotta illecita» (art. 111 comma 5 Cost.) ⁽³²³⁾, consentendo l'uso diretto della dichiarazione predibattimentale ogni qualvolta emergano «elementi concreti» per ritenere che il testimone sia stato sottoposto a «violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga o deponga il falso». Il recupero probatorio è pertanto condizionato alla sussistenza della condotta illecita, da dimostrare attraverso «elementi concreti», desumibili da accadimenti esterni al processo ma anche rappresentanti da «circostanze emerse nel dibattimento» (art. 500 comma 4 c.p.p.).

Da un punto di vista esegetico, il dettato costituzionale sembrerebbe contemplare il recupero delle pregresse dichiarazioni nell'ipotesi in cui il dichiarante sia stato sottoposto a pressioni illecite tali da rendere impossibile la sua presenza all'esame in contraddittorio o da impedire l'assunzione delle sue affermazioni. Qualora, invece,

⁽³²³⁾ Trattasi di un'ipotesi derogatoria «connotata da una tale vaghezza» [G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del): II diritto processuale penale*, cit., p. 10] «che si impone un notevole sforzo interpretativo per delimitarne i contorni» [O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 271].

l'esame avvenisse, la condotta illecita, pur realizzata, sarebbe irrilevante ⁽³²⁴⁾. L'interpretazione qui prospettata appare conforme all'orientamento espresso dalla giurisprudenza costituzionale secondo cui «è senz'altro da escludere che la formula 'condotta illecita', che compare nel precetto costituzionale, si presti ad una lettura lata, tale da abbracciare - oltre alle condotte illecite poste in essere 'sul' dichiarante (quali la violenza, la minaccia o la subornazione) - anche quelle realizzate 'dal' dichiarante stesso in occasione dell'esame in contraddittorio (quale, *in primis*, la falsa testimonianza, anche nella forma della reticenza); (...) la *ratio* della deroga in parola - (...) - sta, difatti, essenzialmente nell'impedimento che la 'condotta illecita' reca all'esplicazione del contraddittorio, inteso come metodo di formazione della prova»: «l'autonoma scelta del soggetto esaminato di dichiarare il falso in dibattimento (come pure di tacere) non incide, di per se, sulla lineare esplicazione del contraddittorio sulla prova» ⁽³²⁵⁾.

⁽³²⁴⁾ In questo senso G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del): II) diritto processuale penale*, cit., p. 10. Si v. anche O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 271.

⁽³²⁵⁾ C. cost., ord. 12 novembre 2002 n. 453, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3737 ss., da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo. [...] «tale conclusione trova conferma - oltre che nei lavori preparatori alla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, dai quali emerge come il Costituente, con la formula 'provata condotta illecita', intendesse in effetti riferirsi essenzialmente ai casi di intimidazione e subornazione del dichiarante - anche nel necessario coordinamento fra la previsione del quinto comma dell'art. 111 Cost. e la regola, sancita appena prima dal quarto comma dello stesso articolo, per cui 'la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre

La deroga (alla regola di esclusione) della provata condotta illecita sembrerebbe operare sia qualora il dichiarante *si sottragga all'esame* o vi *si sottoponga rifiutando di rispondere ad ogni domanda*, sia nell'eventualità in cui *la fonte di prova taccia dinanzi a singole domande* ⁽³²⁶⁾: in tali ipotesi, infatti, il contraddittorio forte per l'elemento di prova non si realizzerebbe nella sua integrità ⁽³²⁷⁾. Tuttavia, se è vero

volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore'; che, infatti, mentre le condotte illecite poste in essere da altri 'sul' dichiarante incidono sulla sua 'libertà di scelta', invece quelle realizzate 'dal' dichiarante sua *sponte* presuppongono quest'ultima: l'autonoma decisione del teste di non rispondere in dibattimento (commettendo così il reato di falsa testimonianza per reticenza) è una scelta illecita, ma comunque libera; con la conseguenza che solo nel primo caso, e non nel secondo, è ipotizzabile - non operando la preclusione dianzi ricordata - l'acquisizione al materiale probatorio di dichiarazioni unilateralmente raccolte nel corso delle indagini preliminari», *ivi*, p. 3738. Cfr. F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, cit., p. 152 ss.

⁽³²⁶⁾ L'ipotesi «può essere 'recuperata' a titolo interpretativo, tutte le volte in cui ci sia ragione di ritenere che il silenzio parziale del dichiarante fosse il fine della condotta illecita: è ragionevolmente sostenibile, infatti, che a seguito di tale condotta la prova, *in parte qua*, non abbia avuto luogo e quindi sia ammesso il recupero delle risposte date all'inquirente rispetto alle domande cui si oppone il silenzio in dibattimento. Diversamente ragionando, invece, si permetterebbe all'autore della condotta illecita di raggiungere il suo obiettivo - l'obliterazione processuale delle dichiarazioni già rilasciate - inducendo il teste a sottoporsi all'esame dibattimentale per rispondere soltanto a domande ininfluenti rispetto allo scopo» G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del): II) diritto processuale penale*, cit., p. 10.

⁽³²⁷⁾ In questo senso O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 271.

che il metodo dialettico è il «migliore per approssimarsi alla verità» ⁽³²⁸⁾ e, quindi, per scoprire anche le affermazioni insincere ⁽³²⁹⁾, qualora il comportamento intimidatorio non abbia neutralizzato lo svolgimento dell'esame del dichiarante, neppure con riferimento a singoli interrogativi, ma abbia invece indotto l'esponente al *mendacio*, la condotta illecita, *non avendo impedito la realizzazione del contraddittorio dibattimentale*, non dovrebbe dare luogo al recupero del corrispondente atto di indagine ⁽³³⁰⁾; «l'azione di condizionamento del dichiarante verrebbe ad assumere rilevanza non già nel momento acquisitivo della prova, bensì in quello della sua valutazione» ⁽³³¹⁾. A tale considerazione, altra parte della dottrina replica «che il recupero del pregresso non deriva tanto e soltanto dalla scarsa potenzialità cognitiva del dichiarato dibattimentale, ma da un chiaro intento punitivo del comportamento illecito per evitare che quest'ultimo» ⁽³³²⁾ «raggiunga il suo scopo» ⁽³³³⁾.

Qualora, invece, l'azione intimidatrice non permettesse, anche solo in parte, l'assunzione della prova in dibattimento, allora, ai sensi dell'art. 111 co. 5 Cost., sarebbe consentito integrare siffatta carenza con dichiarazioni raccolte unilateralmente nella fase

⁽³²⁸⁾ G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del): II) diritto processuale penale*, cit., p. 6.

⁽³²⁹⁾ In questo senso, P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 157.

⁽³³⁰⁾ In questo senso G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del): II) diritto processuale penale*, cit., p. 6., O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., p. 32 ss.

⁽³³¹⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 272.

⁽³³²⁾ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, Milano, 2011, p. 480.

⁽³³³⁾ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 177.

investigativa; in particolare, l'utilizzabilità di tale materiale sarebbe totale in caso di mancato esame e parziale in assenza di risposte ⁽³³⁴⁾.

Ad ogni modo, il giudice, nella valutazione delle precedenti dichiarazioni dovrà inevitabilmente considerare che «(...) le indebite pressioni operate sulla fonte di prova di per sé non conferiscono la patente di attendibilità a quanto riferito dallo stesso soggetto nel corso delle indagini preliminari, al di fuori del contraddittorio» ⁽³³⁵⁾.

Il testo costituzionale e l'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p. non chiariscono chi debba essere l'autore della condotta illecita, affinché questa possa legittimare la deroga alla regola di esclusione. Nel silenzio serbato dalla *littera legis* «tale omissione è stata interpretata (...) nel senso di consentire il recupero delle precedenti dichiarazioni anche qualora la coartazione sia posta in essere da un soggetto diverso rispetto all'imputato o addirittura non identificato»

⁽³³⁴⁾ In questo senso O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 272.

⁽³³⁵⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 272. Cfr. F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, cit., p. 151 ss., per il quale «(...) la ritrattazione frutto di illecite pressioni sul testimone può comportare, di per sé, il promovimento a verità inconfutabile della dichiarazione ritrattata; conclusione questa non solo possibile, ma addirittura anche probabile nella maggior parte dei casi. Tuttavia, tale garanzia non fornisce alcuna garanzia per il singolo caso concreto(...) Dunque la sola difformità delle due versioni, sia pure macroscopica, mai potrà giustificare, di per sé, l'acquisizione di atti di indagine; l'oggetto dell'indagine che consentirà l'acquisizione delle dichiarazioni precedentemente rese è la 'condotta' diretta ad interferire sul dichiarante, non la difformità delle dichiarazioni».

(³³⁶). Questa opinione si ritiene percorribile individuando tra la provata condotta illecita e l'impossibilità di natura oggettiva una comune «ragion d'essere (...) nella impossibilità di raccogliere la prova con le garanzie dibattimentali», essendo entrambe le ipotesi caratterizzate dall'«irrilevanza epistemologica della situazione che autorizza la deroga al contraddittorio (...) e [dal]la non riconducibilità della stessa alla volontà dell'imputato (o - più precisamente - l'indifferenza rispetto a tale riconducibilità)» (³³⁷).

A tale argomentazione si obietta però che «nel caso di rifiuto di deporre del testimone, l'imputato a cui non sia attribuibile la coartazione verrebbe illegittimamente privato del suo diritto, proclamato dall'art. 111 comma 3 Cost., a confrontarsi con il proprio accusatore, non avendovi - neppure implicitamente - rinunciato» (³³⁸); ulteriori contrasti si paleserebbero anche con riferimento all'art. 111 comma 4 secondo periodo Cost. («la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni di chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o dal suo difensore») - poiché, per il coimputato di chi abbia operato le pressioni antiggiuridiche, «la sottrazione all'interrogatorio [è] effetto di una libera scelta, essendo coartata solamente quella concernente il

(³³⁶) Si v. ad esempio: Cass., sez. II, 22 gennaio 2008, Atonna, in *Cass. pen.*, 2009, p. 591, m. 165, con motivazione e con nota di G. TODARO. In dottrina, cfr. M.L. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, Padova, 2009, p. 69.

(³³⁷) M.L. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, cit., p. 70, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente.

(³³⁸) R. Casiraghi, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 485.

soggetto a cui favore è stato realizzato il fatto illecito»⁽³³⁹⁾ «– e con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, in tutte le ipotesi in cui comunque l’imputato estraneo al comportamento inquinante sia condannato sulla base di dichiarazioni rilasciate da un soggetto che non ha incolpevolmente potuto interrogare»⁽³⁴⁰⁾. Dinanzi ad un testo di legge che non esplicita una scelta, si ritiene debba privilegiarsi una sua lettura costituzionalmente orientata che limiti la deroga alla regola di esclusione «(...) nei confronti della parte che con il contegno illecito ne ha dimostrato la fondatezza»⁽³⁴¹⁾.

Per quanto riguarda il procedimento di verifica della condotta illecita, *ex art. 500 comma 5 c.p.p.*, l’accertamento del comportamento inquinante avviene nel contraddittorio tra le parti che potranno sia fornire le prove della condotta illecita sia chiedere al giudice lo svolgimento degli accertamenti necessari. «Al contempo, all’imputato deve riconoscersi il diritto d’essere ascoltato e quello alla controprova: cosicché potrà addurre elementi a discarico nonché esaminare le persone le cui dichiarazioni possono essere usate a dimostrazione dell’avvenuto comportamento *contra ius*. Nonostante la lettera della legge parli espressamente di richiesta di parte, si ritiene che al giudice, una volta iniziato il procedimento incidentale a seguito dell’impulso di parte, non siano precluse iniziative istruttorie officiose. Al contrario, all’organo giudicante è impedito dare avvio al procedimento incidentale. Altrimenti, si consentirebbe

⁽³³⁹⁾ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 178.

⁽³⁴⁰⁾ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 485 ss.

⁽³⁴¹⁾ O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 272.

tanto una anticipata presa di posizione sul tema del giudizio da parte del giudice che, implicitamente, manifesta la propria valutazione d'inattendibilità della deposizione dibattimentale quanto un ampliamento del paniere conoscitivo, attraverso un - non previsto - recupero officioso del sapere investigativo. L'accertamento avverrà di regola nel corso dell'istruttoria, ma nulla esclude una procrastinazione del termine fino alla discussione, qualora ricorra l'assoluta necessità di cui all'art. 523 comma 6 c.p.p. (³⁴²)».

Con riferimento alle regole da osservare si ritiene che pur vertendo il giudizio su un fatto incidentale e non sul tema principale del processo, la disciplina non possa prescindere dal contraddittorio nella formazione della prova e ciò «appare ancora più indiscutibile se si rammenta l'effetto di tale accertamento, ovvero l'abbandono del metodo dialettico nella formazione delle prove impiegabili per la ricostruzione del fatto. L'accertamento della condotta illecita, incidendo sui limiti alla valutazione del materiale conoscitivo (e sulla sua stessa ammissione in giudizio), sembra così appartenere più alla categoria delle pronunce di merito che a quella processuali» (³⁴³). Ciò a maggior ragione se si considera che «(...) l'art. 500 comma 5, autorizzando il giudice a 'svolge[re] gli accertamenti che ritiene necessari' sembra favorire uno spazio istruttorio in cui procedere in contraddittorio all'assunzione delle prove orali. È vero che la medesima norma riconosce alla parte di 'fornire gli elementi concreti': tuttavia, va osservato come questa

(³⁴²) R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 488.

(³⁴³) R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 491 ss.

facoltà riguardi non la prova in sé ma le fonti e/o i mezzi di prova con i quali attingere poi gli elementi probatori da utilizzare per l'accertamento della condotta illecita»⁽³⁴⁴⁾.

Il comportamento inquinante è tassativamente individuato dall'art. 500 co. 5 c.p.p., il quale, alla luce del testo costituzionale che richiede l'illiceità della condotta, esige che siano integrate tre fattispecie penalmente rilevanti: la minaccia, la violenza e la subornazione del teste⁽³⁴⁵⁾.

Per quanto riguarda lo standard probatorio richiesto dalla norma, da più parti si sostiene che non sia necessario soddisfare il *quantum* di prova richiesto per il giudizio di condanna (ossia la regola dell' "oltre ogni ragionevole dubbio"), bastando qualcosa di meno, vale a dire l'esistenza di «elementi concreti»⁽³⁴⁶⁾. Al riguardo la giurisprudenza, facendo tesoro sia dell'interpretazione dottrinale secondo cui il grado della prova richiesto

⁽³⁴⁴⁾ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 491.

⁽³⁴⁵⁾ In questi termini, R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 492.

⁽³⁴⁶⁾ In questo senso anche F. SIRACUSANO, *Contestazione al testimone e 'provata condotta illecita': un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 2615 ss., «un'espressione che non sembrerebbe pretendere uno sforzo dimostrativo diretto a «provare» in modo pieno quelle circostanze inquinanti, e che appare discostarsi, sotto l'aspetto della formulazione normativa, dall'indicazione contenuta nel comma 5 dell'art. 111 Cost. Se è vero che la norma codicistica traduce, nel medesimo significato di deroga al principio della formazione della prova nel contraddittorio, il precetto costituzionale di cui al comma 5 dell'art. 111 Cost., è anche vero che non ne ricalca alla perfezione le indicazioni».

dall'art. 500 co. 4 c.p.p. si colloca in una zona *borderline* tra lo *standard* rappresentato dalla prova *beyond a reasonable doubt* e le vaghe ragioni ed i semplici motivi di sospetto ⁽³⁴⁷⁾, sia dell'infortunio linguistico secondo cui la formula «anche per le circostanze emerse in dibattimento» (art. 500 co. 4 c.p.p.) autorizzerebbe il recupero dell'atto di indagine per inquinamento probatorio «anche in base alle sole circostanze desumibili dai modi attuali della dichiarazione dibattimentale» ⁽³⁴⁸⁾, ritiene che gli

⁽³⁴⁷⁾ P. FERRUA, *Introduzione alla l. 1 marzo 2001 n. 63*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 588. In giurisprudenza, in questo senso, si segnala, a titolo esemplificativo, Cass., 16 dicembre 2004, Flotta, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3843, «in tema di testimonianza, nel procedimento incidentale diretto ad accertare la 'provata condotta illecità riguardante il testimone (art. 500, comma quarto, cod. proc. pen.), il giudizio sull'inquinamento della prova deve fondarsi su uno standard probatorio di livello elevato, ma non equipollente a quello necessario per giungere all'affermazione di responsabilità dell'imputato, che faccia tuttavia leva su 'elementi concreti e non su semplici sospetti o congetture», Cass., sez. VI, 23 marzo 2005, Iannizzi, in *C.E.D.*, «in tema di testimonianza, il procedimento incidentale diretto ad accertare gli elementi concreti per ritenere che il testimone sia stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità al fine di non deporre o di deporre il falso, deve fondarsi su parametri di ragionevolezza e di persuasività, nel cui ambito può assumere rilievo qualunque elemento sintomatico della intimidazione subita dal teste, purché sia connotato da precisione, obiettività e significatività. (In motivazione, la Corte ha precisato che il grado della prova richiesta va individuato dal giudice in concreto, secondo uno standard probatorio che non può essere rappresentato dalla prova "al di là di ogni ragionevole dubbio", richiesta soltanto per il giudizio di condanna, ma neanche dal semplice sospetto)».

⁽³⁴⁸⁾ M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?* in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 11.

«‘elementi concreti’ ben potrebbero desumersi da qualunque circostanza sintomatica dell'intimidazione, purché connotata da obiettività e significatività», come ad esempio il comportamento processuale del teste ⁽³⁴⁹⁾.

In realtà, come osservato dalla dottrina più attenta, è l'art. 111 Cost. ad esigere la prova della condotta illecita che giustifica la deroga alla regola fondamentale di formazione della prova dichiarativa («provata condotta illecita»); la Carta fondamentale, a ben vedere, «(...) esige un livello di prova pari a quello previsto per la condanna, non richiedendosi semmai la sua concreta punibilità» ⁽³⁵⁰⁾. Pertanto, asserire che nell'accertamento dell'intimidazione o della subornazione del teste sia sufficiente uno *standard* probatorio intermedio, ossia né troppo rigido né troppo fumoso ⁽³⁵¹⁾, significa abbassare il livello delle garanzie imposte dalla Costituzione ⁽³⁵²⁾. Di

⁽³⁴⁹⁾ Cass., sez. II, sent. 22 gennaio 2008, A., in *Guid. dir.*, 2008, v. 12, p. 83: «in particolare il Collegio condivide il principio ermeneutico, affermato nell'impugnata sentenza in conformità a precedenti arresti di questa S.C., che l'avverbio "anche" contenuto nell'art. 500 c.p.p., comma 4 cit. deve intendersi nel senso che le circostanze emerse in dibattimento possono essere di per sé sufficienti ad integrare la prova richiesta dalla norma, senza che siano necessari ulteriori elementi di prova [...] con la conseguenza che, a tal fine, può assumere anche valore esclusivo il contegno assunto dal testimone nel corso dell'esame».

⁽³⁵⁰⁾ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 496.

⁽³⁵¹⁾ In questo senso, M. BARGIS, *Commento all'art. 16 L. 1.3.2001 n. 63 (attuazione dell'art. 111 Cost.)*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 300.

⁽³⁵²⁾ P. FERRUA, *La dialettica regola-eccezione nell'impianto dell'art. 111 Cost.*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2009, p. 25.

conseguenza non può non condividersi l'affermazione secondo cui «l'art. 500 comma 4 c.p.p. esige che gli elementi concreti siano in grado di far ritenere realizzata - e quindi di provare - la coartazione del testimone» ⁽³⁵³⁾. «All'esito del procedimento incidentale e in virtù delle prove acquisite, non deve (...) residuare alcun dubbio in merito all'esistenza della condotta incriminata dalla quale desumere la rinuncia implicita al contraddittorio: in questo senso può essere scomodato il canone (...) della prova al di là di ogni ragionevole dubbio» ⁽³⁵⁴⁾.

⁽³⁵³⁾ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 497 ss.

⁽³⁵⁴⁾ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 496. Cfr. P. FERRUA, *La dialettica regola-eccezione nell'impianto dell'art. 111 Cost.*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, cit., p. 24. L'Autore, con estrema onestà, rivedendo la tesi da precedentemente sostenuta e accolta con favore dalla giurisprudenza precisa che «[d]ire che la condotta illecita è "provata" e nondimeno esistono "ragionevoli dubbi" sulla sua esistenza è contraddittorio ... se è provato x significa che non si può ragionevolmente dubitare di x».

Bibliografia

E. AMODIO, *Nel nome di Rocco: l'abbraccio inquisitorio tra ministro e consulta*, in *Studio legale*, 1992.

S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV, *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013.

A. BALSAMO, C. LUCCHINI, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, in *Dir. pen. cont.*, 2012.

M. BARGIS, *Commento all'art. 16 L. 1.3.2001 n. 63 (attuazione dell'art. 111 Cost.)*, in *Leg. pen.*, 2002.

C. BECCARIA, capitolo XXXI – *Delitti di prova difficile*, in *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2012.

A. BERNASCONI, *Criminalità organizzata (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000.

A. BERNASCONI, *Diritto al contraddittorio e requisiti della prova nei processi di criminalità organizzata*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002.

V. BORRACCETTI, *Il processo e la criminalità organizzata*, in *Quest. giust.*, 2001.

G. BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, in *Trattato di procedura penale, Modelli differenziati di accertamento*, Vol. VII, a cura di G. Garuti, Torino, 2011.

F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997.

M.L. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, Padova, 2009.

S. BUZZELLI, *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, Torino, 2004.

A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi di associazione per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003.

I. CALAMANDREI, *L'acquisizione in un procedimento degli atti di un altro procedimento*, in ID., *La prova documentale*, Padova, 1995.

F. CALDERONI, *La definizione normativa di criminalità organizzata tra istanze internazionali e nazionali*, in AA.VV., *Contro la criminalità organizzata in Europa. Una prima valutazione delle politiche penali ed extrapenali*, a cura di A. Di Nicola, Milano, 2011.

C. CARMONA, *Le intercettazioni ambientali in relazione alla normativa del 1991 sui reati di criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.

A. CASATI, *Il giudizio d'appello tra esigenze di celerità processuale e rispetto del contraddittorio*, in *Ind. pen.*, 2007.

R. CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la grande camera ridefinisce la regola della prova “unica o determinante”*, in *Cass. pen.*, 2012.

M. CHIAVARIO, *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.

M. CHIAVARIO, *La Corte e la tutela dei diritti umani: di fronte a vecchie e nuove sfide*, in www.cortecostituzionale.it, 2006.

G. COLANGELI, *Principio del contraddittorio*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995.

G. CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, in *Giust. pen.*, III, 1992.

C. CONTI, *Le due “anime” del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000.

C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2003.

F. CORDERO, *Diatrube sul processo accusatorio*, in *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966.

F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012.

P. CORSO, *Codice di procedura penale e criminalità organizzata*, in AA.VV., a cura di F. Bricola – V. Zagrebelsky, *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995.

V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, Reggio Calabria, 2008.

V. N. D'ASCOLA, *Le nuove mafie ed il reato associativo transnazionale*, in AA.VV, *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013.

A. DAMATO, *Il diritto penale sostanziale*, in AA.VV, *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, 2014.

G. DI CHIARA, *Appunti per una ricognizione della normativa processuale penale in tema di criminalità organizzata*, in *Foro it.*, V, 1999.

A. DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007.

F. R. DINACCI, *Introduzione. Verso un costituzionalismo dei valori*, in AA.VV *Processo penale e costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano, 2010, p. XVII.

F.R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012.

F. R. DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: «controriforma del diritto probatorio»*, in www.archiviopenale.it, 2014.

F. R. DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, VIII, Agg., 2014.

O. DOMINIONI, *I mezzi di prova*, in AA.VV, *Procedura penale*, Torino, 2014.

F. FERRACUTI e F. BRUNO, *La criminalità organizzata nella prospettiva criminologica*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Vol. IX, 1988, Milano.

L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, X ed., Laterza, Roma-Bari, 2011.

E. FERRI, *Lavori parlamentari del nuovo Codice penale italiano: discussioni della Camera dei deputati (dal 26 maggio al 9 giugno 1988)*, 1988.

P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino 1992.

P. FERRUA, *Introduzione alla l. 1 marzo 2001 n. 63*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.

P. FERRUA, *La dialettica regola-eccezione nell'impianto dell'art. 111 Cost.*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2009.

P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012.

G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991.

G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2012.

S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973.

A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*. Relazione al Convegno «La prova penale nello specchio del diritto vivente» organizzato dall'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Siracusa, 30 settembre – 2 ottobre 2011, in *Arc. pen.* on line.

A. GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in AA.VV, *Procedura penale*, Torino, 2014.

N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass., pen.*, 1999, p. 1989.

L. GARLATI GIUGNI, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano, 1999.

V. GAROFOLI, *Artt. 190 e 190-bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, 2008.

G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del): II) diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 2001.

G. GIOSTRA, *Il processo penale «contro» la criminalità organizzata: rischi di strumentalizzazione*, in *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di G. Giostra e G. Insolera, Milano, 1995.

GIUNTA DELL'UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE,
*Doppio binario: una deriva autoritaria del processo su cui
iniziare una seria riflessione*, 2008, in
www.camerepenali.it.

V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*,
Milano, 1976.

V. GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di
criminalità organizzata: un primo bilancio*, in *Processo
penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi,
Roma-Bari, 1993.

V. GREVI, *Prove*, in AA.VV, *Compendio di procedura
penale*, Padova, 2014.

G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova
nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV, *La prova nel
dibattimento penale*, Torino, 2007.

L. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*,
Torino, 2002.

G. ILLUMINATI, *Il giudizio*, in AA.VV, *Compendio di
procedura penale*, Padova, 2014.

G. INSOLERA, in *Lotta alla criminalità organizzata: gli
strumenti normativi*, a cura di G. Giostra e G. Insolera,
Milano, 1995.

L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino,
2000.

M. MADDALENA, *I problemi pratici delle inchieste di criminalità organizzata nel nuovo processo penale*, in *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi, Roma-Bari, 1993.

E. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012.

F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Padova, 1984.

F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Padova, 1984.

F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013.

D. MANZIONE, *Una normativa “d'emergenza” per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (d.l. 152/1991 e l. 203/91): uno sguardo d'insieme*, in *Leg. pen.*, 1992.

L. MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova “per sentenze” e libero convincimento del giudice*, in AA.VV., *Studi sul processo penale. In ricordo di Assunta Mazzarra*, 1996.

G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001.

G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012.

E. MARZADURI, E. MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, in *Guida dir.*, 2001.

O. MAZZA, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *D. disc. pen., Agg.*, Torino, 2000.

O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004.

O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. CONSO, Napoli, 2007.

O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)* in, www.penalecontemporaneo.it. Testo della relazione svolta al Convegno annuale dell'Associazione Franco Bricola dedicato al tema «Pericolosità e giustizia penale», Udine, 25-26 marzo 2011.

O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Crim.*, 2012.

O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*. Relazione al convegno di studi organizzato da Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica e la Camera Penale di Milano il 9 e 10 novembre 2012 presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano su 'Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale', in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2013.

O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2014.

O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2014.

O. MAZZA, *La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)*, in *Proc. pen. giust.*, 2014.

O. MAZZA, *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2014.

G. MELILLO, *La ricerca della prova fra clausole generali e garanzie costituzionali: il caso della disciplina delle intercettazioni nei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1997.

G. MELILLO, *Appunti in tema di sospensione feriale dei termini relativi a procedimenti per reati di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 2005.

I. MERZAGORA, *Achille e la tartaruga. Riflessioni sulle teorie criminologiche in tema di criminalità organizzata*, in *Rass. it. crim.*, 1990.

M. MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, in AA.VV., *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013.

P. G. MOROSINI, *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190-bis c.p.p.)*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e*

valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63), a cura di P. Tonini, Padova, 2001.

M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998.

M. NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in AA.VV, *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999.

M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?* in *Dir. pen. proc.*, 2001.

R. ORLANDI, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata dal maxi-processo al «grande processo»*, in *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di G. Giostra e G. Insolera, Milano, 1995.

R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996.

R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, vol. II, Procedura Penale*, Milano, 2000.

M. PELISSERO, *Associazione per delinquere e assistenza agli associati*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, Torino, 2010.

M. PELISSERO, *Delitti di terrorismo*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, Torino, 2010.

M. PELISSERO, *Fatto tipico e offensività*, in AA.VV *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013.

F. PERONI, *Fondamento e limiti dell'acquisizione probatoria di sentenze*, in *Dir. pen. proc.*, 1996.

G. D. PISAPIA, *Introduzione*, in *Il codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni, prospettive*, Milano, 1994.

K. R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere auto correttivo della scienza*, 1934, trad. it., Torino, 1995.

P. P. RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1996.

N. ROMBI, *Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*, in *Dir. pen. proc.*, 2004.

F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001.

R.A. RUGGERI, *I limiti dell'art. 238 bis alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2004.

M. SCAPARONE, *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, Milano, 1999.

V. SGROI, *Dalla relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1991*, in *Giust. pen.*, I, 1992.

M. SINISCALCO, *I principi del sistema penale e la Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976.

D. SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in ID., *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989.

F. SIRACUSANO, *Contestazione al testimone e 'provata condotta illecita': un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cass. Pen.*, 2006.

A. SPATARO, *Le intercettazioni telefoniche: problemi operativi e processuali*, in *Quad. C.S.M.*, 1994.

C. TAORMINA, *Spunti per una procedura differenziata in materia di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 1991.

M. TARUFFO, *La prova nei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992.

A. TARSKY, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in *Semantica e filosofia del linguaggio*, a cura di L. LINSKY, tra. it., Milano, 1969.

P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000.

N. TRIGGIANI, *Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*, in *Cass. pen.*, 1997.

G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979.

G. UBERTIS, *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993.

G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995.

G. UBERTIS, *Crimine organizzato, collaborazione internazionale, tutela dei diritti umani. B) diritto processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1999.

G. UBERTIS, *La previsione del giusto processo secondo la "Commissione bicamerale"*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2002.

G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009.

G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I. Principi generali*, Torino, 2013.

P. L. VIGNA, *L'attività investigativa nella fase delle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1988.

P. L. VIGNA, *Le «nuove» indagini preliminari nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata*, in

Processo penale e criminalità organizzata, a cura di V. Grevi, Roma-Bari, 1993.

L. VIOLANTE, *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992.

F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, 2012.

Ringraziamenti

Desidero ringraziare il Chiar.mo Prof. Oliviero Mazza che, oltre ad avermi trasmesso la Sua passione per la Procedura penale, mi ha pazientemente seguita, consigliata e incoraggiata durante lo svolgimento dell'elaborato.