



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

LA FORMAZIONE DELLA PROVA NEI PROCESSI DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

Relatore:
Prof. Marcello Luigi Busetto

Laureando:
Riccardo Todesco

Parole chiave:

Criminalità organizzata – Associazione di tipo mafioso – Prova penale
Diritto alla prova – Intimidazione del testimone

Anno accademico 2011/2012

Indice

Prefazione	V
-------------------------	---

INTRODUZIONE

CRIMINE ORGANIZZATO E CONSORTERIE MAFIOSE: INQUADRAMENTO DEI FENOMENI IN CHIAVE STORICO-CRIMINOLOGICA E IMPLICAZIONI PENALISTICHE	9
---	---

CAPITOLO 1. I PROCEDIMENTI DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

PARTE I. LA LEGISLAZIONE “SPECIALE” IN TEMA DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA: TRA TUTELA DEL SINGOLO E DIFESA DELLA COLLETTIVITÀ.....	19
---	----

PARTE II. LA “SPECIALITÀ” SUL VERSANTE SOSTANZIALE	31
--	----

1. I reati associativi	31
-------------------------------------	----

2. Il reato di associazione di tipo mafioso (art. 416 bis c.p.): processo genetico, ragioni e struttura della fattispecie	37
--	----

2.1. <i>Struttura della fattispecie: elementi costitutivi e condotte punibili</i>	37
---	----

2.2. <i>Segue. Il concorso “esterno”</i>	43
--	----

2.3. <i>L'introduzione di una fattispecie incriminatrice speciale, con lo sguardo rivolto al processo</i>	46
---	----

3. I processi <i>di</i> mafia come “processo <i>alla</i> mafia”	52
--	----

PARTE III. LA NORMATIVA PROCESSUALE	58
---	----

1. Cenni all'evoluzione della “risposta legislativa” al fenomeno mafioso sul versante processuale	58
--	----

2. Inventario delle disposizioni processuali in tema di criminalità organizzata	62
2.1. <i>La prima categoria: norme che si riferiscono espressamente alla “criminalità organizzata”</i>	62
2.2. <i>La seconda categoria: la normazione per cataloghi</i>	63
2.3. <i>Segue. Una nozione processuale di “criminalità organizzata”</i>	69
3. Le peculiarità dei procedimenti di criminalità organizzata	77
4. Una panoramica sulla “procedura penale antimafia”	80
5. Il c.d. “doppio binario”: un primo approccio critico	94

CAPITOLO 2. ACQUISIZIONE PROBATORIA E CRIMINALITÀ ORGANIZZATA: TRASFORMAZIONI E PRINCIPI FONDAMENTALI

1. Un modello processuale per la criminalità organizzata	101
2. Il codice “Vassalli” e le difficoltà nell'accertamento dei delitti di mafia	106
3. La “controriforma” del 1992. La Corte Costituzionale e il principio di non dispersione del materiale probatorio	112
4. <i>Segue.</i> Il d.l. 8 giugno 1992 n. 306 (convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992 n. 356)	116
4.1. <i>Il recupero del precedente difforme attraverso il meccanismo delle contestazioni (art. 500 c.p.p.)</i>	116
4.2. <i>La circolazione dei verbali di prova (art. 238 c.p.p.) e l'art. 190 bis c.p.p.</i>	119
4.3. <i>La sentenza irrevocabile come prova dei fatti in essa accertati (art. 238 bis c.p.p.)</i>	125
4.4. <i>Un bilancio sulla stagione dell'emergenza: contrasto alla criminalità organizzata e garanzie processuali</i>	128
5. Gli sviluppi del conflitto tra legislatore e Corte Costituzionale sul valore epistemologico del contraddittorio	132
6. La riforma costituzionale sul “giusto processo”	135
7. L'attuazione della riforma (la legge 1 marzo 2001 n. 63). In particolare: la c.d. “testimonianza assistita”	141
8. Qualche cenno sull'influenza degli orientamenti sovranazionali in tema di prova dichiarativa nei processi di criminalità organizzata	145
8.1. <i>Right of confrontation tra Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e giurisprudenza della Corte di Strasburgo</i>	145
8.2. <i>Il crimine organizzato e la tutela del testimone</i>	150

CAPITOLO 3. REGIME PROBATORIO E INTIMIDAZIONE DEI TESTIMONI

PARTE I. L'ART. 190 BIS C.P.P.: IL DIRITTO ALLA PROVA NEI PROCESSI DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA	155
1. La riforma dell'art. 111 Cost. e la disciplina di attuazione	155
2. L'ambito applicativo della norma	159
2.1. <i>I soggetti e le dichiarazioni rese in incidente probatorio</i>	159
2.2. <i>Le narrazioni dibattimentali. In particolare: la controversa ipotesi della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per il sopravvenuto mutamento della composizione del collegio giudicante</i>	161
2.3. <i>Le dichiarazioni raccolte in un altro procedimento, acquisite ai sensi dell'articolo 238 c.p.p.</i>	164
3. Le condizioni per l'ammissione di un nuovo esame del dichiarante	170
4. I persistenti profili di criticità della norma: i principi del contraddittorio e della neutralità metodologica del giudice	174
PARTE II. “PROVATA CONDOTTA ILLECITA” E AMBIENTE MAFIOSO: UN “DOPPIO BINARIO GIURISPRUDENZIALE”?	180
1. Cenni introduttivi sull'art. 500 c.p.p.	180
2. La <i>ratio essendi</i> del “contraddittorio inquinato”	183
3. La “condotta illecita” e la sua traduzione in norma ordinaria	186
4. L'accertamento del comportamento inquinante	188
4.1. <i>Gli elementi utilizzabili per l'accertamento dell'inquinamento probatorio</i> ..	190
4.2. <i>Il grado di convincimento</i>	192
5. La valorizzazione del dato ambientale e il “doppio binario empirico” nei processi di criminalità organizzata	196
PARTE III. ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI.....	205
1. La differenziazione del rito probatorio per la criminalità organizzata: ostacoli di ordine costituzionale ed epistemologico	205
2. Qualche spunto in una prospettiva <i>de iure condendo</i>	211
Bibliografia	217

Prefazione

Accostandosi al tema della criminalità organizzata, il giurista avverte una certa empatia per il funambolo. Infatti, lo studioso del diritto penale, quando è chiamato ad affrontare le problematiche poste dal fenomeno mafioso, si trova a dover ricercare un difficile equilibrio tra spinte contrapposte: da un lato, la società civile e la magistratura schierata in prima linea invocano risposte energiche al fine di debellare la “piaga” del crimine organizzato; dall'altro, tali istanze possono porsi in frizione con i principi fondamentali della nostra cultura giuridica, spesso cristallizzati a livello costituzionale. Insomma, sul versante del contrasto al crimine mafioso, campeggia l'eterno problema di conciliare l'efficacia degli strumenti repressivi (in modo da soddisfare le pressanti esigenze di tutela della collettività), con il rispetto dei valori cardine sanciti dalla Costituzione (posti principalmente a tutela del singolo).

Il presente lavoro si incarica, dunque, di analizzare i tratti essenziali di tale specialità; in quest'ottica, lo sguardo si focalizzerà principalmente sul versante processuale e, più in particolare, sulle regole di formazione della prova.

La tesi prende, tuttavia, le mosse dal dato sociologico. L'individuazione dei tratti essenziali di questa realtà criminale rappresenta un problema caratterizzante dell'analisi che si andrà a svolgere, per le importanti ricadute sul discorso giuridico (sia sulla formulazione astratta delle fattispecie sostanziali, che sui meccanismi di repressione giudiziaria). Infatti, solo a partire da una corretta conoscenza del fenomeno criminale di riferimento è possibile ragionare sulla specifica azione di contrasto posta in essere dall'ordinamento penale.

Innanzitutto, la “specialità” del sottosistema antimafia informa la normativa sostanziale. L'art. 416 bis c.p., la norma incriminatrice su cui fa perno l'intero apparato, delinea una fattispecie che combina lo scarso livello di tipicità – carattere peculiare dei reati associativi – a elementi costitutivi di chiara derivazione criminologica.

Ma tale indeterminatezza pone il problema della qualificazione dei comportamenti all'interno dell'alveo delle condotte mafiose. E si tratta di una questione cruciale sotto due punti di vista: da un lato, in tema di costruzione

dell'imputazione, la tecnica di tipizzazione della fattispecie rischia di pregiudicare l'effettivo esplicarsi della dialettica processuale; dall'altro, invece, occorre considerare che, con la contestazione del reato di cui all'art. 416 bis c.p., si entra in un "universo processuale parallelo" caratterizzato da numerosi profili di specialità.

Infatti, a partire dagli anni Ottanta, questo "diritto penale di lotta" ha interessato direttamente il versante processuale, riaccendendo il dibattito sull'ortodossia sistematica e costituzionale del c.d. "doppio binario" (e cioè, sulla possibilità di intraprendere una strategia processuale diversificata per i fatti di "criminalità organizzata" da affiancare a un rito "ordinario" per i reati "comuni"). Ad oggi, in effetti, si riscontra un coacervo di deroghe alla disciplina processuale ordinaria, dalla fase preliminare a quella esecutiva (si pensi alle strutture investigative e giudiziarie; alla durata, conoscibilità e strumentario per le indagini; al regime di custodia cautelare; e così via) e indirizzate, seppur all'infuori di un compiuto progetto di diversificazione, a contrastare il fenomeno della "criminalità organizzata".

Di conseguenza, dopo aver cercato di sciogliere i nodi classificatori e applicativi della disciplina speciale e derogatoria, si punterà l'attenzione sul tema principale del lavoro: la formazione della prova. In particolare, all'interno di questo campo d'indagine, si prenderanno in considerazione soprattutto gli istituti di cui all'art. 190 bis c.p.p. ("requisiti di prova in casi particolari") e all'art. 500 c.p.p. (contestazioni all'esame testimoniale).

Il terreno della prova è, infatti, tra i più scivolosi del processo penale. In quest'ambito, l'interrogativo circa la percorribilità di un doppio binario merita ponderate riflessioni. In effetti, sul versante della formazione della prova non è soltanto necessario comporre il conflitto tra esigenze repressive e tutela del singolo imputato, ma occorre porsi anche in una diversa prospettiva. Spesso si trascura, invero, che è proprio dalla scelta delle regole di acquisizione probatoria che deriva la qualità della ricostruzione giudiziale dei fatti.

D'altro canto, non si deve trascurare un dato di fondo. Una delle caratteristiche essenziali del fenomeno mafioso risiede nella potenzialità inquinante del materiale probatorio, mediante la creazione ad arte di un clima di omertà e il

ricorso sistematico all'intimidazione (quando non alla soppressione) dei soggetti disposti a collaborare con le autorità.

Ciò premesso, non è casuale che – dall'ultima riforma del codice di rito – la disciplina del processo sia stata segnata da un andamento ondulatorio tra aspirazioni accusatorie (si pensi alla disciplina originaria codice del 1988, al tentativo di ripristino del contraddittorio attuato dalla legge n. 267 del 1997 e, infine, alla legge costituzionale n. 2 del 1999) e recupero della logica inquisitoria, proprio in nome dell'efficienza nell'accertamento dei reati di criminalità organizzata (ci si riferisce alla “controriforma” del 1992, cominciata dalla Consulta e conclusa dal d.l. n. 306 del 1992, nonché alla sentenza demolitoria n. 361/1998 della Corte Costituzionale).

Com'è noto, però, lo statuto metodologico cui deve ispirarsi la giurisdizione penale trova oggi un riconoscimento esplicito a livello costituzionale (precisamente, all'art. 111 della Carta fondamentale). Di conseguenza, si impone al giurista una verifica dei meccanismi processuali rivolti alla tutela dell'accertamento contro l'adulterazione del procedimento probatorio. Questi istituti, pertanto, dovrebbero configurarsi in termini generali e astratti, nonché trovare applicazione da parte della giurisprudenza, in maniera tale da rispettare i principi costituzionali e, quindi, da assicurare l'avvicinamento alla verità della ricostruzione giudiziale.

In definitiva, l'idea di affrontare il tema del processo di criminalità organizzata, le sue regole, le sue dinamiche probatorie, deriva da una considerazione. Un processo penale improntato alla ricerca della verità è l'unico strumento attraverso cui può passare una transizione democratica dall'attuale sistema “corrotto” a uno “Stato legale”. Di conseguenza, ciò potrà avvenire solo attraverso l'abbandono di tutte quelle scorciatoie processuali, votate all'efficienza dell'apparato repressivo, che realizzano un aggiramento delle funzioni difensive e delle scelte epistemologiche.

Insomma, tra esigenze repressive e garanzie individuali, è opportuno percorrere una terza via: la via della verità.

INTRODUZIONE

CRIMINE ORGANIZZATO E CONSORTERIE MAFIOSE: INQUADRAMENTO DEI FENOMENI IN CHIAVE STORICO- CRIMINOLOGICA E IMPLICAZIONI PENALISTICHE

La prima tappa dell'instabile cammino che si vuole percorrere tra i procedimenti di criminalità organizzata, sempre in tensione tra le esigenze di difesa sociale e la tutela delle garanzie individuali, non può che essere costituita da un'analisi (per quanto sintetica) del dato storico-sociologico. Le caratteristiche empiriche dei fenomeni in questione, fornite dalle scienze sociali, costituiscono, infatti, la premessa necessaria per l'azione di contrasto dell'apparato repressivo. Inoltre, un'adeguata ricostruzione della nozione criminologica non solo è fondamentale per la tipizzazione delle fattispecie normative, ma costituisce un bagaglio molto prezioso in sede esegetica e applicativa della norma astratta nel caso concreto. Cominciamo, allora, con la c.d. "criminalità organizzata". Questa locuzione è molto diffusa nel linguaggio corrente e, da alcuni anni a questa parte, ha preso piede anche nel lessico specialistico. Ciò nonostante, a tale endiadi non viene comunemente assegnato un significato univoco. Autorevoli studiosi hanno sostenuto che si tratti, addirittura, di una nozione "talmente generica da abbracciare le attività criminose più disparate purché realizzate da soggetti che concorrano, con un minimo di organizzazione, nella preparazione e/o esecuzione dei reati"¹.

A complicare il percorso che conduce a una definizione condivisa di "crimine organizzato" sul piano criminologico, si aggiunge la continua evoluzione del panorama criminale nel suo adattamento ai mutamenti economici, culturali e politici della società. Nonostante le difficoltà descritte, si è comunque proposto di circoscrivere il concetto mediante una sua identificazione con l'attività di

1 Così, testualmente: FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, pag. 5.

“quelle associazioni criminali contraddistinte da strutture organizzative così complesse e sofisticate, per cui è proprio “l'elemento-organizzazione ad assumere un ruolo (per così dire) istituzionale preminente e autonomo rispetto ai singoli associati”².

Di conseguenza, non è la tipologia di reati perpetrati che caratterizza l'*organized crime*, ma talune peculiarità strutturali degli aggregati criminali dalla capacità specializzante³. Innanzitutto, per quanto concerne la dimensione temporale-organizzativa, si richiede che il gruppo criminale sia dotato di un apparato strutturale permanente o, quantomeno, duraturo; per la realizzazione degli scopi dell'organizzazione, i membri dispongono di risorse economiche e strumentali e si ripartono tra loro le diverse mansioni, secondo un modello gerarchico-piramidale oppure orizzontale. In secondo luogo, sul versante strumentale, la criminalità organizzata si caratterizza per il ricorso alla violenza, alla corruzione e, in genere, ad attività delittuosa per raggiungere gli “scopi sociali”. Infine, con riguardo alle finalità, i sodalizi in questione mirano ad acquisire posizioni monopolistiche sul mercato legale e illegale o, comunque, alla realizzazione del maggior profitto, secondo una logica tipicamente economico-imprenditoriale.

È proprio quest'ultimo profilo a distinguere, sul versante criminologico, il crimine organizzato “comune” da quello “politico-eversivo” di matrice terroristica⁴. La finalità ultima dei gruppi legati al terrorismo (interno o internazionale) è di tipo ideologico e le ragioni economiche regrediscono a tratto strumentale. Di conseguenza, mentre queste organizzazioni aspirano a rovesciare l'ordine costituito, la delinquenza organizzata “comune” si muove spesso in una logica

2 Ancora: FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pag. 7. Per una definizione giurisprudenziale di criminalità organizzata, si rinvia alla ricostruzione effettuata dai giudici della Corte di cassazione nel tentativo di delimitare i confini delle norme processuali recanti tale endiadi come presupposto di applicazione (ad esempio l'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, in tema di intercettazioni); per una trattazione più specifica, sia consentito rimandare alla terza parte del Capitolo 1.

3 Per le caratteristiche empiriche che rappresentano i tratti di originalità del crimine organizzato, riportate a seguito, si vedano: FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pag. 7; SAVONA E.U., *Voce Criminalità Organizzata*, in *Enciclopedia del Novecento*, Treccani, Roma, 1998, pagg. 422 e ss.; BORRACCETTI V., *Il processo e la criminalità organizzata*, in *Quest. giust.*, n. 6, 2001, pag. 1163.

4 FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pag. 7; SAVONA E.U., *Voce Criminalità Organizzata*, cit., pagg. 422 e ss.

di convivenza interessata o collusione rispetto al sistema legale⁵.

Pertanto, volendo adottare un punto di vista giuridico-penale, i particolari connotati del crimine organizzato – in particolare, la preminenza della struttura organizzativa – pongono una prima questione di politica criminale: come inquadrare penalmente i fatti commessi per la realizzazione degli scopi del sodalizio⁶?

In primo luogo, è indubbio che le condotte illecite poste in essere dai membri dell'organizzazione criminosa in un'ottica di funzionalità rispetto ai fini di quest'ultima, i c.d. "reati scopo", possano integrare le fattispecie incriminatrici "comuni", eventualmente aggravate da circostanze di carattere generale che sottolineino il particolare disvalore del fatto collegato a una attività delittuosa complessa (ad esempio, l'art. 7 d.l. n. 152 del 1991⁷). Tuttavia, è altresì sanzionabile la stessa partecipazione nel sodalizio criminale mediante la predisposizione di una figura incriminatrice autonoma, nella forma del reato associativo (come l'art. 416 del codice penale⁸). Peraltro, la necessità di contrastare la criminalità organizzata attraverso la previsione di specifiche norme incriminatrici si è affermato anche a livello sovranazionale⁹.

5 Nondimeno, come si vedrà meglio in seguito, una simile distinzione è stata fatta propria dal legislatore italiano nella predisposizione una "risposta normativa" contro i delitti commessi "con finalità di terrorismo o eversione dell'ordinamento costituzionale" (da una parte) e i delitti di criminalità organizzata (dall'altra).

6 Cfr. FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pag. 7; BORRACETTI V., *Il processo e la criminalità organizzata*, cit., pag. 1163.

7 Come si dirà meglio più avanti, tale disposizione prevede l'aumento di un terzo della pena per i "delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà".

8 Con la legge "Rognoni-La Torre" (legge n. 646 del 1982) si è, infatti, introdotta un'apposita fattispecie incriminatrice che qualifica espressamente l'associazione di tipo mafiosa come reato e prevede un notevole carico sanzionatorio per i soggetti che ne fanno parte. In particolare, si stabiliscono maggiorate per i vertici dell'organizzazione ("coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione"). A proposito, si segnala che il c.d. "decreto sicurezza" del 2008 (d.l. n. 92 del 2008, convertito dalla legge n. 125 del 2008) ha aumentato la misura delle sanzioni relative a questa norma incriminatrice. Oggi, ai sensi del primo comma dell'art. 416 bis c.p., il partecipe "semplice" è punito con la pena della reclusione da sette a dodici anni (da nove a quindici, se l'organizzazione ha disponibilità di armi ai sensi dei commi 4 e 5), mentre i "capi" sono puniti con la reclusione da nove a quattordici anni (da dodici a ventiquattro, in caso si rientri nell'aggravante citata).

9 In particolare, l'art. 2 della Convenzione ONU sottoscritta a Palermo nel 2000 (ed entrata in vigore nel 2003) fornisce una definizione di "gruppo criminale organizzato" – "gruppo strutturato, esistente per un periodo significativo 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

Con riguardo al nostro Paese, è risaputo che la scena criminale è dominata da una serie di sodalizi dall'origine storica risalente¹⁰ e fortemente legati a un contesto regionale¹¹: *Cosa nostra* per la Sicilia, la *Camorra* per la Campania, la

presente Convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale” – mentre l'art. 5 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.

Deve, inoltre, menzionarsi la Decisione Quadro 2008/841/GAI sul crimine organizzato. Questo provvedimento normativo, inserito in un contesto di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri in materia penale, fornisce una definizione di “criminalità organizzata” e disciplina la condotta partecipativa e le relative sanzioni, sulla scia dell'impostazione accolta nella Convenzione di Palermo.

Occorre infine segnalare che, nell'ottobre del 2011, il Parlamento Europeo ha adottato una Risoluzione sul tema della criminalità organizzata nell'Unione Europea [2010/2309(INI)] in cui, al punto 7: “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 in questione, nonostante sia sprovvista di efficacia giuridica, è molto rilevante poiché affronta in maniera specifica il problema del contrasto alle associazioni di tipo mafioso, invitando la Commissione a provvedere all'armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri mediante l'introduzione di una norma incriminatrice rivolta specificamente a sanzionare tale fenomeno (punto 14) e creando una specifica commissione di studio della mafia in ambito europeo (punto 15). Cfr. BALSAMO A. - LUCCHINI C., *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, pagg. 13-14.

10 Sulla genesi storica del fenomeno mafioso sono stati versati fiumi d'inchiostro. In questa sede ci si limita a rilevare che il concetto di mafia ha un'origine relativamente recente, essendo emerso nell'opinione pubblica di poco successiva all'unità d'Italia. È in questo periodo che la debolezza dello Stato italiano nella provincia siciliana si concretizza nell'affidamento alle cosche della gestione dell'ordine pubblico, contribuendo alla loro affermazione nella “fornitura della protezione” (sia sul versante legale, sia su quello illegale). Cfr. LUPO S., *Storia della mafia*, Donzelli editore, Roma, 1996, pagg. 45 e ss.

11 Tuttavia, nonostante la mafia debba considerarsi figlia di un ambiente locale, non è nel suo ambiente d'origine (o quantomeno non solo in esso) che deve ricercarsene la causa ultima: essa è, infatti, il prodotto di una serie di circostanze sociali, economiche e politiche; cfr. LUPO S., *Storia della mafia*, cit., pagg. 17 e ss.; SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, Donzelli Editore, Roma, 2009, pagg. 23 e ss.

Si aggiunge che raggio d'azione delle organizzazioni criminali si è ormai esteso “a macchia di leopardo” su tutto il territorio italiano e ha, altresì, varcato i confini nazionali. Cfr. SAVONA

'*ndrangheta* per la Calabria, la *Sacra Corona Unita* per la Puglia¹².

Quando si parla di queste organizzazioni, viene spesso utilizzata l'espressione generica "mafia" o addirittura la sua declinazione plurale: "le mafie". Si tratta indubbiamente di un'astrazione, una riconduzione semplificatoria a un modello unico, che, peraltro, è stata fatta propria dal diritto penale¹³.

Quando si indaga sui tratti di originalità di questa forma particolare di criminalità, è importante tenere presente che tra le organizzazioni "mafiose" sussistono significative differenze (circa le attività svolte, le forme organizzative, l'area di espansione, ecc...), al mutare del contesto spaziale e temporale¹⁴. In aggiunta, il crimine mafioso cambia forma con il passare del tempo per adattarsi ai mutamenti del sistema politico, economico e culturale¹⁵.

È innegabile, tuttavia, che il fenomeno mafioso presenti anche una formidabile continuità storica e che, tra i diversi gruppi, si possa individuare un minimo comune denominatore¹⁶. In altri termini, l'essenza è sempre la stessa ed è proprio questa identità che permette di classificare, quella mafiosa, come una

E.U., Voce *Criminalità Organizzata*, cit., pagg. 422 e ss.; SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pagg. 55 e ss.

12 SAVONA E.U., Voce *Criminalità Organizzata*, cit., pagg. 422 e ss.

13 Il riferimento è, chiaramente, all'art. 416 bis c.p. il quale sanziona il coinvolgimento in una organizzazione criminale con determinate caratteristiche – cui ampio spazio verrà dedicato nel seguito della trattazione –, all'interno del quale sono esplicitamente ricondotte: la "mafia" in senso stretto; la "camorra", la "*ndrangheta*" (riferimento aggiunto dall'art. 6, comma 2, del D.L. n. 4 del 2010 convertito in legge n. 50 del 2010) e le "altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere (locuzione inserita dall'art. 1, comma 1, lett. b bis), n. 4) del D.L. n. 92 del 2008, n. 92, convertito in legge n. 125 del 2008), che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso". Cfr. art. 416 bis c.p., ultimo comma.

14 SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., 2009, pag. 21.

15 SAVONA E.U., voce *Criminalità Organizzata*, cit., 1998, pagg. 422 e ss.

16 Sarebbe fuorviante, quindi, la tesi secondo la quale la Mafia isolana si sarebbe trasformata, nel corso degli anni '60 e '70, in un'organizzazione criminale moderna, dalle spiccate capacità imprenditoriali. Cfr. LUPO S., *Storia della mafia*, cit., pag. 22. Così anche: SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pag. 23. Essa si è semplicemente adattata ai cambiamenti della società siciliana, a sua volta passata da un'economia rurale a una capitalistica. Cfr. SAVONA E.U., voce *Criminalità Organizzata*, cit., 1998, pagg. 422 e ss.; SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pag. 22. Non vi è stato alcun "salto di qualità" in senso imprenditoriale da parte di *Cosa Nostra*: essa è sempre stata, in qualche maniera, imprenditrice e al tempo stesso non lo è stata mai. È sempre stata attiva nel settore economico, ma vi si è sempre inserita in modo parassitario o, nei casi di gestione diretta delle imprese, con scarsi risultati; Cfr. LUPO S., *Storia della mafia*, cit., pagg. 22-23; SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pagg. 37-38.

forma *sui generis* di criminalità organizzata¹⁷.

Per questi motivi, si è sostenuto – in maniera molto efficace – che l'odierna manifestazione del fenomeno mafioso costituisce “un singolare ibrido di elementi di innovazione ed elementi di continuità”¹⁸ e questo carattere duplice si riversa su tutti i suoi aspetti: attività, organizzazione e metodo.

Con riguardo al primo profilo, la mafia si configura tradizionalmente come una sorta di “industria della protezione privata”, contendendo allo Stato il “monopolio della violenza” sul territorio¹⁹. Infatti, le organizzazioni pretendono di assicurare la sicurezza degli operatori economici (industriali, commercianti, agricoltori, ecc...), in cambio del pagamento di un corrispettivo: il c.d. “pizzo”²⁰.

Non si pensi, però, che le mafie contribuiscano a garantire l'ordine sociale²¹. Anzi, la suddetta “protezione” è diretta a salvaguardare l'incolumità di imprese e imprenditore da minacce create dalla mafia stessa, trasformandosi così in “estorsione”²². D'altra parte, l'attività economica dei gruppi mafiosi si va caratterizzando da un livello sempre maggiore di infiltrazione nei mercati legali, anche finanziari²³; si tratta, invero, di settori in cui i sodalizi criminali possono reinvestire i capitali provenienti dalla gestione dei traffici illeciti (stupefacenti, prostituzione...) ²⁴.

17 FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pag. 8; in senso analogo: SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pag. 45.

18 FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pag. 8.

19 GAMBETTA D., *The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1993, pagg. 1-2. Lo stesso autore riconosce che già nel 1876 Leopoldo Franchetti, primo studioso del fenomeno, definiva la mafia come un'industria, in particolare come “industria della violenza”; cfr. FRANCHETTI L., *Considerazioni politiche e amministrative sulla Sicilia*, Donzelli editore, Roma, 2011, pagg. 84 e ss. Conformemente: SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pag. 31.

20 FIANDACA G., *Il concorso «esterno» tra sociologia e diritto penale*, in *Foro It.*, V, 2010, pag. 180.

21 È un ceto di persone violente a essere chiamato a mantenere l'ordine. Tra gli “aspiranti protettori” intercorre un sistema di relazioni giuridiche molto primitivo che lascia spesso spazio alla violenza, specialmente in caso di emersione di forze riformatrici che fanno saltare il modello. Cfr. LUPO S., *Storia della mafia*, cit., pag. 24.

22 “La minaccia viene amplificata o creata *ex novo* perché la polizza venga stipulata”. Così LUPO S., *Storia della mafia*, cit., pag. 24. In senso analogo: SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pag. 32.

23 LUPO S., *Storia della mafia*, cit., pagg. 26-27; SAVONA E.U., *Le organizzazioni criminali in Europa viste dall'esperienza italiana*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 34-35.

24 FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pagg. 8-9; SAVONA E.U., voce *Criminalità Organizzata*, cit., pagg. 422 e ss.

Questo duplice volto sul piano economico-operazionale si riversa sulla forma organizzativa la quale, a sua volta, comprende “due sfere concettualmente ed empiricamente separabili, ma funzionalmente sovrapponibili”²⁵. Il mantenimento del controllo capillare del territorio, causa ed effetto della gestione del *racket*, implica: un’organizzazione duratura, dotata di una struttura gerarchica composta da gruppi locali o famiglie (spesso, tenuti assieme da un giuramento di sangue) e organismi direttivi di vertice rappresentativi delle singole realtà territoriali²⁶. Allo stesso tempo, però, i gruppo mafiosi sono strutturati come imprese multinazionali la cui rete affaristica si dirama a livello globale, muovendosi in un limbo che si insinua tra l'attività economica illegale e quella para-legale²⁷.

In ogni caso, la “vera risorsa dei gruppi mafiosi” rimane il controllo del territorio²⁸. Attraverso la gestione monopolistica del “sistema di protezione-estorsione”, le organizzazioni mafiose si atteggiavano a veri e propri “soggetti politici” nella dimensione locale²⁹. Questo carattere “politico” della mafia si manifesta, inoltre, nella capacità di influenzare le istituzioni politico-amministrative in un'ottica di reciprocità di favori: l'industria della protezione chiede l'impunità e la disponibilità dei fondi pubblici e li ottiene in cambio di vantaggi elettorali, indirizzando il bacino di voti di cui detiene il controllo³⁰.

Insomma, la criminalità di stampo mafioso si atteggia come un *network* di relazioni illecite³¹ il cui scopo non è solo l'arricchimento, ma anche

25 Espressamente: SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pag. 44. In senso analogo: LUPO S., *Storia della mafia*, cit., pag. 27.

26 LUPO S., *Storia della mafia*, cit., pag. 33. Le mafie mantengono un “forte vincolo associativo”, in controtendenza rispetto alla *flessibilizzazione* sempre maggiore dei principali gruppi criminali dell'Europa occidentale; cfr. SAVONA E.U., *Le organizzazioni criminali cit.*, pagg. 34-35. Ancora oggi, si caratterizzano per la segretezza e la struttura gerarchica di comando; cfr. SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pag. 39.

27 FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pag. 8-9; SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pagg. 37-38; LUPO S., *Storia della mafia*, cit., pag. 27.

28 Testualmente: SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pag. 26.

29 SAVONA E.U., *Le organizzazioni criminali cit.*, pagg. 34-35; SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pag. 29.

30 LUPO S., *Storia della mafia*, cit., pag. 26; SAVONA E.U., *Le organizzazioni criminali cit.*, pagg. 34-35.

31 SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pag. 22.

l'occupazione delle posizioni di potere³². Infatti, lo sfruttamento del “capitale sociale” (proveniente da una fitta rete di dipendenze o relazioni personali con gli esponenti del sistema sociale politico ed economico), in una logica dello scambio o della reciprocità di favori³³, rappresenta una costante storica del fenomeno in esame³⁴. Insomma, il ruolo di soggetti “contigui” è fondamentale per la vita delle organizzazioni: la criminalità mafiosa trae risorse e si alimenta non solo grazie degli affiliati in senso stretto, ma anche grazie a questi contributi provenienti dall'esterno dell'associazione³⁵.

Ciò detto, è evidente che si tratta di comportamenti “contigui” il cui grado di disvalore può giustificare la repressione mediante gli strumenti giuridico-penali e, com'è noto, la risposta dell'ordinamento ha assunto la forma del c.d. concorso “esterno, i cui aspetti problematici verranno affrontati in seguito.

Tuttavia, il risalto attribuito all'impiego delle relazioni intrattenute dalla mafia con i ceti dirigenti dell'apparato economico-politico “legale” non deve far passare in secondo piano il ricorso che i sodalizi fanno alla violenza e all'intimidazione. L'impiego della forza è, da sempre, il tratto distintivo delle organizzazioni mafiose³⁶, sia come strumento per il raggiungimento degli “scopi sociali”³⁷, sia come mezzo per il conseguimento dell'impunità (la quale rappresenta la condizione di esistenza dell'organizzazione stessa)³⁸.

In questa prospettiva, la consorterìa mafiosa provvede ad alimentare un clima di omertà diffusa, ricorrendo alla soppressione delle prove a carico³⁹ con un

32 SAVONA E.U., voce *Criminalità Organizzata*, cit., pagg. 422 e ss.; SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pag. 22.

33 FIANDACA G., *Il concorso «esterno» tra sociologia e diritto penale*, cit., pag. 180. LUPO S., *Storia della mafia*, cit., pag. 36.

34 LUPO S., *Storia della mafia*, cit., pag. 36; SAVONA E.U., voce *Criminalità Organizzata*, cit., pagg. 422 e ss.; SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pag. 22.

35 FIANDACA G., *Il concorso «esterno» tra sociologia e diritto penale*, cit., pagg. 177-178.

36 LUPO S., *Storia della mafia*, cit., pag. 22.

37 La violenza è condizione essenziale per la vita delle associazioni criminali. In particolare è stata efficacemente qualificata come “precondizione per l'accesso alle risorse” necessarie per alimentare il circuito criminale; SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., pag. 28.

38 FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pag. 8-9.

39 Secondo la Commissione Parlamentare Antimafia (Relazione del 1991), “è, perciò, normale che i testimoni siano intimiditi fino alla violenza fisica, che i pentiti siano uccisi, che siano soppressi o siano a rischio tanto i poliziotti e i magistrati più capaci, quanto gli imprenditori che rifiutano la passività. La violenza è il metodo ordinario per la risoluzione dei conflitti di cui è parte la mafia e viene conseguentemente utilizzata anche nel conflitto con la legalità”.

impegno che – per citare le celeberrime parole di Elvio Fassone – i sodalizi hanno “elevato a scienza”⁴⁰. In particolare, “l'arma utilizzata per un certo fatto di sangue viene distrutta, per evitare comparazioni con altri episodi di fuoco; l'auto impiegata non è soltanto un veicolo rubato, ma viene incendiata per impedire il rilevamento di micro-tracce; le telefonate dei sequestratori non durano mai tanto da consentire il blocco; le fonti testimoniali, quando raramente vi sono, vengono intimidite o soppresse”⁴¹.

In un'ottica processualpenalistica, queste ultime considerazioni hanno indotto la dottrina a interrogarsi sulla capacità di un sistema processuale di ispirazione accusatoria (come quello previsto dal codice di rito entrato in vigore nel 1988) di accertare i reati di criminalità organizzata. Le potenzialità – insite nella consorceria criminale di tipo mafioso – di demolizione delle prove, hanno dato vita a un dibattito (mai sopitosi) circa la possibilità di differenziare la disciplina processuale volta ad accertare questa insidiosa forma di criminalità. In particolare, ci si è chiesti se fosse ipotizzabile, in termini di opportunità e di compatibilità costituzionale, un c.d. “doppio binario” con riferimento al procedimento probatorio nei processi di mafia.

In queste pagine si è tentato di mostrare l'importanza del dato criminologico nella predisposizione di una risposta legislativa al fenomeno della criminalità organizzata. Nel prosieguo del lavoro si procederà, quindi, alla ricostruzione dell'insieme di norme poste in essere in tale ottica cercando di seguire in parallelo i dibattiti relativi all'indagine socio-criminologica del fenomeno mafioso, per evidenziare, eventualmente, le sfasature che le misure di contrasto presentano rispetto ai risultati da essa forniti.

Cfr. VIOLANTE L., *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, pag. 486.

40 FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pag. 229.

41 Ancora, testualmente: FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., 1993, pag. 229.

CAPITOLO 1. I PROCEDIMENTI DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

PARTE I. LA LEGISLAZIONE “SPECIALE” IN TEMA DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA: TRA TUTELA DEL SINGOLO E DIFESA DELLA COLLETTIVITÀ

Il presente lavoro si propone di affrontare il tema della formazione della prova nei processi di criminalità organizzata; il principale oggetto di analisi sarà costituito dagli istituti processuali riguardanti l'acquisizione probatoria. In particolare, si rivolgerà lo sguardo a quei congegni processuali la cui disciplina assume dei tratti peculiari nei processi a carico dei soggetti accusati di aver operato in una logica di collusione con le organizzazioni criminali.

Tuttavia, prima di affrontare in maniera specifica la questione si ritiene opportuno effettuare una panoramica generale sui peculiari connotati dei procedimenti per fatti legati all'associazionismo criminale. Com'è noto, infatti, la legislazione penale italiana presenta una significativa specificità in sede di contrasto alla criminalità organizzata, in particolar modo quella di stampo mafioso.

L'esigenza di fronteggiare efficacemente il crimine organizzato costituisce il più impegnativo terreno di scontro di quel conflitto tra garanzie dell'individuo ed esigenze di difesa della collettività che informa, in prima istanza, l'attività del legislatore penale¹. In effetti, nell'arco degli ultimi cinquant'anni, quest'ultimo si è trovato a dover fronteggiare una serie di situazioni emergenziali dalla notevole

1 STORTONI L., *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, in *Crit. Dir.*, 1996, pag. 173; ORLANDI R., *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)* in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2000, pagg. 546-547.

risonanza allarmistica; fenomeni criminali che, a detta dell'opinione pubblica, hanno messo a nudo l'inadeguatezza dell'apparato repressivo nel fronteggiarne la pericolosità. Ci si riferisce, in special modo, alla mafia, al terrorismo "interno", e, da ultimo, al terrorismo internazionale².

Alla "cultura dell'emergenza", è seguita la "pratica dell'eccezione"³. In altre parole, l'allarme sociale prodotto da questi fenomeni ha dato vita alle c.d. "legislazioni dell'emergenza", ossia interventi normativi volti a contrastare le contingenze criminali attraverso soluzioni fortemente connotate in senso repressivo, in un'ottica di lotta nei confronti di "nemico"⁴. Di conseguenza, il nostro sistema penale ha conosciuto (e tuttora conosce) una serie di "sottosistemi" segnati da una profonda alterazione del modello di giustizia penale di ispirazione liberale⁵. Un "diritto penale speciale"⁶ per cui – in evidente contrasto con le logiche proprie dello Stato di diritto – a una maggior gravità della sanzione corrisponde un arretramento delle garanzie poste a tutela dell'individuo⁷.

La specialità della normativa volta a rispondere ai colpi sferrati dai "contropoteri criminali"⁸ interessa, infatti, tutti i livelli del meccanismo repressivo: il sistema delle misure di prevenzione *ante delictum*, il diritto penale sostanziale, il

2 SCAGLIONE A., *Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pagg. 575-576; SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2009, pag. 129; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 533 e ss.

3 Si tratta di espressioni mutuare da FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, X ed., Laterza, Roma-Bari, 2011, pag. 844. Cfr. anche STORTONI L., *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, cit., pag. 176.

4 Sul tema, DONINI M., *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, II, 2006, pagg. 735 e ss. Per una recente teorizzazione del concetto di "nemico" nel diritto penale – in un'ottica tanto descrittiva quanto (discutibilmente) prescrittiva – si veda: JAKOBS G., *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in JAKOBS G. - CANCIO MELIÀ M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pagg. 26 ss.

5 FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 2011, pag. 853.

6 Ancora, testualmente: FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 2011, pag. 853.

7 STORTONI L., *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, cit., pag. 175.

8 Espressione coniata, con riferimento all'associazionismo di matrice mafiosa e terroristica, da NEPPI MODONA G., *I meccanismi processuali differenziati*, in *Cass. pen.*, 1984, pag. 430.

processo penale e il diritto penitenziario⁹.

Emblematico, in questo senso, quell'agglomerato di norme che, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, è stato via via posto in essere per rispondere ai colpi del fenomeno mafioso; e il risultato è rappresentato da una legislazione "antimafia" che riflette le incongruenze di una tensione emergenziale del tutto ingiustificata, dal momento che si è rivolta a una realtà criminale tutt'altro che contingente¹⁰.

In particolare, quest'ultima comincia a prendere forma con la legge n. 575 del 1965, di poco successiva alla strage di Cianculli (30 giugno 1963). Si tratta del primo provvedimento legislativo in cui si fa riferimento esplicito alla realtà mafiosa, con il quale si predispose uno speciale sistema di misure *ante delictum* personali per i soggetti "indiziati di appartenere alle associazioni mafiose".

Seguirono i c.d. "anni di piombo" in cui l'attenzione era monopolizzata dalla lotta al terrorismo interno di matrice politico-eversiva e, di conseguenza, la criminalità mafiosa finì per essere relegata in secondo piano¹¹. Ne scaturì una vasta produzione normativa (dal d.l. n. 99 del 1974) che – dopo alcune oscillazioni sul versante terminologico – venne indirizzata contro i "delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale" (legge n. 304 del 1982)¹². L'esito di tale impostazione fu la creazione di una "legislazione dell'emergenza" che interessava sia il versante sostanziale che quello processuale¹³.

Dopo questa stagione di lotta alla criminalità politica, a cavallo degli anni

9 FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 2011, pag. 853; SCAGLIONE A., *Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo*, cit., pagg. 575-576; SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pagg. 129-130.

10 SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 129.

11 CORSO P., *Codice penale e criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di BRICOLA F. - ZAGREBELSKY V.), *Mafia e criminalità organizzata*, UTET, Torino, 1995, pagg. 119 e ss.

12 In precedenza, il legislatore si riferiva espressamente al bene giuridico dell'"ordine democratico" (in particolare, nel d.l. n. 625 del 1979). Per una sintesi sulla progressiva formazione della c.d. "legislazione dell'emergenza", con particolare riferimento al linguaggio utilizzato dal legislatore, si veda CONSO G., *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, in *Giust. Pen.*, III, 1992, pagg. 387-388.

13 Sui tratti essenziali del "processo penale parallelo" finalizzato all'accertamento dei reati di terrorismo, si veda: ILLUMINATI G., *Reati «speciali» e procedure «speciali» nella legislazione dell'emergenza*, in *Giust. Pen.*, III, 1981, pagg. 106 e ss.

Ottanta, l'attenzione delle istituzioni si rivolse nuovamente alla criminalità di tipo mafioso. Ma la reazione delle organizzazioni criminali non si fece attendere. Fu così che, nella strage di via Carini, perse la vita il generale Carlo Alberto Dalla Chiesa, una delle personalità più impegnate nel contrasto al terrorismo, prima, e alla mafia, poi¹⁴. In seguito a questo drammatico episodio, e grazie alla spinta emotiva che ne derivò, il 13 settembre 1982 venne emanata la celeberrima legge "Rognoni-La Torre" (dal nome dei politici che vi diedero iniziativa).

Questa legge rappresentò uno snodo fondamentale poiché, oltre a introdurre misure di prevenzione dirette a colpire i patrimoni mafiosi, collocò il primo tassello verso una specialità del procedimento penale in senso stretto: l'introduzione di una specifica norma incriminatrice, il reato di associazione mafiosa (art. 416 bis c.p.).

A seguito di questo intervento, i risultati sul piano repressivo non tardarono ad arrivare. A dispetto della secolare inefficienza del diritto penale nei confronti del fenomeno mafioso, un numero molto rilevante di soggetti venne rinviato a giudizio per rispondere del delitto di cui all'art. 416 bis del codice penale. D'altro canto, la contestazione del "nuovo" reato associativo conduceva inevitabilmente all'instaurazione di procedimenti, definiti "maxiprocessi" che – per la particolare complessità dovuta alla consistenza numerica di imputati e imputazioni nonché dell'oggetto di prova – finivano per avere un costo eccessivo sotto il profilo delle garanzie difensive¹⁵.

È per questi motivi che, al momento della redazione del nuovo codice di procedura penale del 1988, si volle limitare il fenomeno del "gigantismo processuale". Al contempo, però, le nuove regole processuali, ispirate a un modello accusatorio, apparivano inadeguate a fronteggiare le complicazioni relative ai procedimenti di criminalità organizzata. Non è un caso, infatti, se, immediatamente dopo l'entrata in vigore del "nuovo" codice di rito, da più parti era invocata una disciplina più flessibile in tema di formazione della prova, che

14 CORSO P., *Codice penale e criminalità organizzata*, cit., pagg. 119 e ss.

15 FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 2011, pagg. 861 e ss.; CORSO P., *Codice penale e criminalità organizzata*, cit., pagg. 119 e ss.

fosse compatibile con le potenzialità inquinanti dei sodalizi mafiosi¹⁶. Soddisfatte le istanze del garantismo, ci si chiedeva se il legislatore non avesse trascurato quelle esigenze di tutela della collettività che ne costituiscono il contrappeso sulla bilancia politico-criminale¹⁷.

Fu così che, nel biennio 1991-1992, sull'onda emotiva dello stragismo mafioso la specialità pervase definitivamente il processo penale. Si verificò, infatti, il proliferarsi di interventi legislativi¹⁸ e di sentenze manipolative della Corte Costituzionale¹⁹ destinati a incidere sulla normativa processualpenalistica. In tal modo, si disegnò una sorta di “regime processuale differenziato”, dai confini incertissimi, per l'accertamento dei delitti di criminalità organizzata²⁰.

Negli ultimi anni, infine, si è in qualche modo tornati alle origini. L'attenzione del legislatore, infatti, si è focalizzata nuovamente sulle forme di contrasto *ante delictum*; in particolare, si sono volute potenziare le misure rivolte all'aggressione dei patrimoni illecitamente accumulati dalle organizzazioni criminali e alla gestione dei beni confiscati²¹.

Si è assistito, dunque, alla creazione di un “sotto-sistema penale d'eccezione”²². A questo punto, però, occorre aggiungere una considerazione: il “diritto penale” pensato per contrastare l'espansione della piaga mafiosa è stato predisposto all'infuori di una strategia di lungo termine e costituisce, ad oggi, un agglomerato di norme frutto di successive stratificazioni e mal coordinato (al suo interno e con la disciplina “ordinaria”), che ha finito per minare l'organicità

16 BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, in AA.VV. (a cura di SPANGHER G.), *Trattato di Procedura penale*, Vol. VII, Utet, Torino, 2011, pag. 264.

17 FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, I, 1991, pag. 28.

18 Si ricordano, in particolare: il d.l. n. 152 del 1991, convertito con modificazione nella legge n. 203 del 1991; il d.l. n. 345 del 1991, conv. in legge n. 410 del 1991; il d.l. n. 367 del 1991, conv. in legge n. 8 del 1992; il d.l. n. 306 del 1992, conv. in legge n. 356 del 1992; il d.l. n. 399 del 1994, conv. in legge n. 501 del 1994.

19 Ci si riferisce, in particolare a: C. Cost., sent. n. 254 del 1992; C. Cost., sent. n. 255 del 1992. Per un'analisi di tali decisioni si rinvia al Capitolo 2, paragrafo 3.

20 Circa i confini di operatività e i profili di specialità della strategia processuale differenziata, si consenta di rinviare alla terza parte del Capitolo 1.

21 Cfr. d.l. n. 92 del 2008, conv. in legge n. 125 del 2008; la legge n. 94 del 2009; il d.l. n. 4 del 2010, conv. in legge n. 50 del 2010; cfr. MENDITTO F., *Le luci e le (molte) ombre del c.d. codice antimafia*, in *Cass. pen.*, 2012, pagg. 792 e ss.

22 Espressione mutuata da: FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 2011, 844 e ss.

del sistema penale nel suo complesso²³.

Per questi motivi, da più parti si sollecitava un'operazione di ricognizione, raccolta e sistematizzazione dell'intera normativa antimafia (norme di diritto sostantivo, disciplina processuale e misure di prevenzione), magari attraverso una rimeditazione del bilanciamento tra le esigenze di difesa sociale e il rispetto dei valori garantiti dalla Costituzione e dalle convenzioni internazionali²⁴.

E, infatti, istanze di questa risma hanno condotto all'avvio dell'*iter* parlamentare per la redazione del c.d. "Codice Antimafia", ma l'esito non ha soddisfatto le aspettative²⁵. Il decreto legislativo n. 159 del 2011 (in vigore dal 13/10/2011) è un corpo normativo il cui raggio d'azione è limitato principalmente alle misure *ante delictum*, personali e patrimoniali (Libro I)²⁶.

In ogni caso, ritornando alla legislazione antimafia, è ancora in essere un complesso apparato normativo che si affianca al regime "ordinario", il quale abbraccia la legislazione, la giurisdizione e l'esecuzione²⁷ penali in tema di

23 GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Bari-Roma, 1993, pag. 35; GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2008, pagg. 94 e ss.

24 MENDITTO F., *Le luci e le (molte) ombre del c.d. codice antimafia*, cit., pagg. 792 e ss.

25 MENDITTO F., *Le luci e le (molte) ombre del c.d. codice antimafia*, cit., pagg. 792 e ss.

26 Si occupa, inoltre, della documentazione antimafia, per cui si istituisce una banca dati, e alla disciplina relativa agli enti locali disciolti per infiltrazione mafiosa ai sensi dell'art. 143 del d.l. n. 267 del 2000 (Libro II); offre una mera ricognizione delle norme in tema di attività informative e investigative della Direzione Distrettuale Antimafia, della Direzione Nazionale Antimafia, al Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata e la Direzione Investigativa Antimafia, nonché relative all'organizzazione dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (Libro III); infine, nel Libro I sono contenute alcune disposizioni abrogative, di coordinamento e transitorie.

27 Esaminando le norme concernenti il trattamento carcerario, si osserva che la disposizione di cui all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975) vieta espressamente la concessione dei benefici penitenziari ai soggetti detenuti per i "reati di mafia", nonché per gli internati per una serie di reati collegati al fenomeno mafioso (elenco che ricalca sostanzialmente il catalogo ex art. 51 comma 3 bis c.p.p., per la cui analisi si rinvia alla terza parte del capitolo). La differenziazione riportata vede accrescere ampiamente la sua rilevanza se si considera, alla disposizione sopra citata, il rinvio *per relationem* all'art. 41 bis ord. pen. sul c.d. "carcere duro". Il sistema costruito dalle due norme non si limita, infatti, a stabilire un regime nettamente differenziato, ma costituisce una delle espressioni più recenti della normativa premiale: i richiamati irrigidimenti del trattamento penitenziario vengono meno qualora il detenuto sia disposto a collaborare con la giustizia ex art. 58 ter ord. pen. Per un approfondimento sull'evoluzione storica della normativa premiale nel nostro ordinamento (sino al 1992), si rinvia a CASELLI G.C. - INGROIA A., *Normativa premiale e strumenti di protezione per i collaboratori di giustizia: tra inerzia legislativa e soluzioni d'emergenza*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), in *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pagg. 195 e ss.

“criminalità organizzata”²⁸. E ciò accade nonostante non si riscontri una definizione normativa di tale qualifica.

Sul versante sostanziale, il “sotto-sistema” è incardinato sul reato associativo che, oltre ad assolvere una significativa funzione simbolica circa il disvalore dei comportamenti sanzionati, garantisce l'anticipazione della soglia di punibilità e la surrogazione processuale della prova. Questo dato rende imprescindibile, quindi, una disamina della normativa sostanziale di parte speciale riferibile alla criminalità organizzata, la quale sarà svolta nella seconda parte di questo primo capitolo. In particolare, si dedicherà ampio spazio al delitto di associazione mafiosa (art. 416 bis c.p.) e alle sue ricadute sul processo penale (ricavabili da un confronto con gli aspetti distintivi dell'associazione per delinquere “comune”). Sotto il profilo processuale, invece, la qualificazione di un comportamento come mafioso provoca una serie di conseguenze giuridiche di grande rilevanza. Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata segue un regime connotato da numerosi profili di specialità, dall'inizio del procedimento alla fase esecutiva, all'interno del quale le garanzie poste a tutela dell'imputato arretrano in maniera considerevole per garantire le esigenze repressive. Di conseguenza, nella terza parte del capitolo l'attenzione sarà spostata, passando per una ricostruzione del concetto normativo di “criminalità organizzata”, sull'analisi di questo microcosmo processuale, derogatorio rispetto alla disciplina ordinaria, che il legislatore ha predisposto nell'intento di contrastare le associazioni mafiose.

Si noti, dunque, come la suddivisione di questa prima parte del lavoro non sia dettata esclusivamente da ragioni di ordine, per così dire, “logico”, posto che la normativa sostanziale costituisce indubbiamente un *præius* rispetto alle disposizioni processuali (il processo è l'unico modo per applicare il diritto penale sostanziale); si è voluto, inoltre, che la partizione del lavoro rispecchiasse le tendenze riscontrabili nella strategia di contrasto normativo che il legislatore ha adottato nei confronti della “criminalità organizzata”; come si è visto, infatti, se in

28 STORTONI L., *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, cit., pag. 179; BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Utet, Torino 2005, pagg. 394-395; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 533 e ss.

un primo tempo si è scelto di intervenire solamente sul diritto sostantivo, solo in tempi più recenti l'attenzione è stata rivolta anche alla normativa processuale.

Per concludere questa rapida introduzione sulla “specialità” dell'apparato repressivo indirizzato al contrasto del crimine organizzato, appare opportuno tratteggiare un settore del “diritto penale atipico”²⁹ che si sta esaminando, dalle caratteristiche molto marcate: il sistema delle misure di prevenzione.

In generale, com'è noto, si tratta di strumenti giuridici – collocabili, in realtà, a cavallo tra il diritto penale e il diritto amministrativo – finalizzati a prevenire la commissione di reati da parte di soggetti che l'ordinamento ritiene socialmente pericolosi. Possono applicarsi, infatti, a prescindere dalla pregressa realizzazione di un fatto previsto dalla legge come reato³⁰.

Nonostante la dubbia compatibilità con il sistema costituzionale³¹, l'istituto delle misure di prevenzione è andato espandendosi nel nostro ordinamento e rappresenta una costante storica nella lotta alla criminalità mafiosa (nonostante a esso siano state affiancate le disposizioni di diritto penale sostantivo)³². In particolare, l'attenzione del legislatore verso tali congegni si è rivelata, negli ultimi tempi, più viva che mai. L'apparato preventivo è stato significativamente rafforzato mediante i c.d. “pacchetti sicurezza” del 2008³³ e del 2009³⁴. Inoltre, è principalmente rivolta alle misure *ante delictum* l'attività di sistemazione e novellazione compiuta dal recente “Codice Antimafia”³⁵.

Storicamente, lo speciale sistema di prevenzione antimafia ha cominciato a prendere forma con legge n. 575 del 1965 che, come si è accennato poco sopra, ha adattato le misure di prevenzione personali già previste dalla legge n.

29 INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa cit.*, pag. 579.

30 FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, VI ed., Zanichelli, Bologna, 2008, pagg. 857 e ss.

31 Occorre ricordare che si tratta di strumenti normativi idonei a comprimere i diritti fondamentali del cittadino (in primis, la libertà personale) la cui tassatività è ontologicamente carente. Tra gli altri: BRICOLA F., *Forme di tutela «ante-delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1975, pagg. 35 e ss.

32 INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino, Bologna, 1996, pag. 21.

33 D.l. n. 92 del 2008, convertito in legge n. 125 del 2008.

34 Legge n. 94 del 2009.

35 D.lgs. n. 159 del 2011 (in vigore dal 13/10/2011).

1423 del 1956 ai soggetti “indiziati di appartenere ad associazioni mafiose”³⁶. Oggi, invece, le misure personali sono raccolte organicamente nel Libro I, Titolo I, del c.d. “Codice Antimafia”, il quale distingue tra misure adottabili dal Questore e adottabili dall'autorità giudiziaria.

Con particolare riferimento a queste ultime, la normativa vigente prevede che – su proposta del Procuratore nazionale antimafia, Procuratore della Repubblica distrettuale e circondariale, Direttore della Direzione investigativa antimafia o del Questore (art. 5 d.lgs. 159/2011) – possano comminarsi le misure della sorveglianza speciale e dell'obbligo o divieto di soggiorno a una serie di soggetti pericolosi; e tra questi si annoverano gli “indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416 bis c.p.” (art. 4 lett. a d.lgs. 159/2011), nonché i “soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3 bis, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12 quinquies, comma 1, del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356” (art. 4 lett. b d.lgs. 159/2011).

In definitiva, per quanto la perifrasi “indiziato di mafia” sia stata sostituita da una formula maggiormente determinata – che peraltro, come si dirà a breve, è foriera di un diverso ordine di problematiche³⁷ – la persistente presenza nel sistema giuridico delle misure *ante delictum* “personali” (ossia, quelle limitative della libertà personale) continua a essere oggetto di aspre critiche. In particolare, si denuncia la frizione di tali misure con taluni principi cardine dell'ordinamento, la cui rilevanza è sancita a livello costituzionale: il principio di personalità della pena, la presunzione di non colpevolezza e l'inviolabilità della libertà personale³⁸.

Per converso, già con la legge n. 646 del 1982, il sistema della prevenzione antimafia ha compiuto un notevole “salto di qualità”. Il provvedimento citato, infatti, oltre all'introduzione dell'art. 416 bis del codice penale, implementava il sistema delle misure di prevenzione mediante l'aggiunta delle c.d. “misure

36 Cfr. FIANDACA G., *Controllo penale e criminalità organizzata*, cit., pagg. 10 e ss.

37 Per le questioni inerenti alla qualificazione dei fatti all'interno di tale norma incriminatrice, si rimanda alla seconda parte del Capitolo 1.

38 FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pagg. 857 e ss.

patrimoniali”³⁹: il sequestro e la confisca per i beni di sospetta provenienza illecita (oggi disciplinate, rispettivamente, dagli artt. 20 e 24 del d.lgs. n. 159 del 2011).

Numerosi elogi sono stati spesi nei confronti di questa innovazione, il cui principale pregio è la funzionalità alle più proficue tecniche di investigazione della realtà mafiosa⁴⁰. È innegabile, infatti, che “il vero tallone d'Achille delle organizzazioni mafiose è costituito dalle tracce che lasciano dietro di sé i grandi movimenti di denaro, connessi alle attività criminose più lucrose”; e, quindi, alla luce dell’impegno soppressivo sottoscritto dalle organizzazioni mafiose, “lo sviluppo di queste tracce, attraverso un’indagine patrimoniale che segua il flusso di denaro proveniente dai traffici illeciti, è (...) la strada maestra, l’aspetto decisamente da privilegiare nelle investigazioni in materia di mafia, perché è quello che maggiormente consente agli inquirenti di costruire un reticolo di prove obiettive, documentali, univoche, insuscettibili di distorsioni, e foriere di conferme e riscontri ai dati emergenti dall’attività probatoria di tipo tradizionale”⁴¹.

Ciò premesso, si vuole mettere in luce, in questa sede, un’indicativa evoluzione realizzatasi nel campo delle misure *ante delictum* di tipo patrimoniale. Con le modifiche introdotte dal d.l. n. 92 del 2008 (c.d. “decreto sicurezza”), consolidate nel c.d. “Codice Antimafia”, si è superato quel rapporto di accessorietà che vigeva tra le misure personali e le misure patrimoniali, per cui l’applicazione di quest’ultime era legato indissolubilmente alla pericolosità della persona⁴². Attualmente, invece, è possibile infliggere le misure patrimoniali

39 INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., pagg. 21 e ss.; FIANDACA G., *Controllo penale e criminalità organizzata*, in *Ind. pen.*, I, 1991, pagg. 10 e ss.

40 Tra gli ultimi: BALSAMO A. - LUCCHINI C., *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, pagg. 5 e ss.

41 In questi termini: FALCONE G. - TURONE G., *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in AA.VV., *Riflessioni ed esperienze sul fenomeno mafioso*, in *Quad. C.S.M.*, 1983, pag. 46. Si è segnalata, inoltre, la considerevole efficacia delle misure patrimoniali in un’ottica strettamente “special-preventiva” sulla base di considerazioni criminologiche. Infatti, se è vero che la finalità ultima delle organizzazioni criminali è l’arricchimento “è ragionevole presumere che maggiore efficacia preventiva sia potenzialmente esercitata da misure rivolte a impedire od ostacolare l’acquisizione di ricchezza”; così, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pagg. 857 e ss.

42 Cfr. BALSAMO A. - LUCCHINI C., *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del parlamento europeo*, cit., pagg. 5 e ss.

“indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione” (art. 18 comma 1 d.lgs. n. 159 del 2001) e, addirittura, “in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione” (art. 18 comma 2 d.lgs. 159/2001) o di intestazione fittizia dei beni (art. 26 d.lgs. 159/2001)⁴³.

Per concludere, dal sintetico quadro fornito sul sistema di prevenzione antimafia, può trarsi allora una considerazione. La produzione normativa e la prassi applicativa sviluppatasi nel nostro ordinamento dalla legge “Rognoni-La Torre”⁴⁴ hanno gradualmente orientato l'apparato repressivo verso il volto imprenditoriale della criminalità organizzata, fino all'istituzione di un vero e proprio procedimento parallelo al processo penale, tutto sbilanciato verso istanze repressive⁴⁵.

Posto che sia il sistema di prevenzione *ante delictum* che quello repressivo assumono a presupposto la medesima fattispecie astratta (l'art. 416 bis c.p.), i due procedimenti si distinguono esclusivamente per il grado di prova dell'accertamento (relativo all'appartenenza del soggetto all'organizzazione mafiosa): se per l'attivazione del procedimento di prevenzione si richiedono sospetti suffragati sulla base di riscontri oggettivi, in caso di quadro probatorio più “corposo” si dovrebbe dare vita al procedimento penale in senso stretto⁴⁶.

Di fatto, però, dalle medesime fattispecie concrete discendono: un intervento giurisdizionale, volto ad accertare la sussistenza di una responsabilità penale, e un procedimento di prevenzione, focalizzato sulla pericolosità sociale. In questo

43 D'altronde, un'analogia tendenza verso una “oggettivizzazione” del procedimento di irrogazione delle misure patrimoniali si riscontra anche in ambito sovranazionale; segnatamente, nella Risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento Europeo [2010/2309(INI)]. Secondo alcuni commentatori questa propensione sarebbe il riflesso di un “nuovo approccio” nei confronti del crimine organizzato, contraddistinto dal tentativo di conformarsi all'evoluzione di un fenomeno criminale sempre più legato alla criminalità economica; BALSAMO A. - LUCCHINI C., *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del parlamento europeo*, cit., pagg. 5 e ss.

44 Con la legge n. 646 del 1982, dunque, i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione si sovrappongono con quelli stabiliti dalla medesima legge – la fattispecie di cui all'art. 416 bis c.p. (associazione a delinquere di tipo mafioso) – per l'attivazione del procedimento penale in senso stretto.

45 Come si è visto, oggi il descritto parallelismo sul piano strutturale riguarda tanto le misure *ante delictum* “patrimoniali” quanto quelle “personali”, come fatto proprio dalla recente normativa che ha provveduto a riorganizzare le leggi antimafia e le misure di prevenzione (il d.lgs. n. 159 del 2011, altrimenti noto come “Codice Antimafia”).

46 FIANDACA G., *Controllo penale e criminalità organizzata*, cit., pagg. 10 e ss.

modo, si rischia di “degradare a labili sospetti gli indizi sufficienti ai fini dell'attivazione della procedura preventiva”⁴⁷ e di ridurre significativamente le differenze tra i due tipi di procedimento, comprimendo la portata garantistica del processo penale.

47 Testualmente: FIANDACA G., *Controllo penale e criminalità organizzata*, cit., pagg. 10 e ss.

PARTE II. LA “SPECIALITÀ” SUL VERSANTE SOSTANZIALE

1. I reati associativi

Conformemente a quanto accennato in precedenza, il “diritto penale speciale” riferito al crimine organizzato ha, come punto di riferimento sul versante sostanziale, la categoria delittuosa del reato associativo.

Sotto il profilo politico-criminale, oltre a una funzione tipicamente simbolica (evidenziare il disvalore dei comportamenti incriminati per diminuire il livello di allarme sociale), questo modello criminoso assume una *ratio* preventiva. Infatti, i reati associativi, per la loro peculiarità strutturale di “incriminare associazioni di persone ritenute – in ragione dei mezzi usati e/o dei fini perseguiti – pericolose per la sicurezza dello Stato o l'ordine pubblico”⁴⁸, assolvono la funzione di anticipare la soglia di punibilità. Attraverso l'autonoma incriminazione della condotta associativa, la dimensione organizzativa, si ottiene il risultato di estendere la tutela penale per le attività preparatorie dei c.d. “delitti-scopo” al di là dei limiti consentiti dalla norma di parte generale sulla punibilità del tentativo (art. 56 c.p.) e arretrare ulteriormente la difesa dei beni giuridici che verrebbero lesi da un'attuazione del programma criminoso⁴⁹.

D'altra parte, la categoria dei reati associativi non si è mai affrancata dalle pressanti critiche che interessano, tanto la sua giustificazione, quanto la sua legittimità sotto il profilo costituzionale.

In primo luogo, se ne denuncia l'assenza di determinatezza (art. 25 comma 2 Cost.), nella misura in cui rimane “del tutto indeterminata proprio l'individuazione di quel requisito fondamentale che dovrebbe caratterizzarne la struttura, e cioè il concetto stesso di «associazione» delittuosa, con il grave rischio (...), di dare vita ad una incongrua sovrapposizione tra la struttura

48 In questi termini: FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, VI ed., Zanichelli, Bologna, pag. 34.

49 FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, I, 1991, pag. 15; INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino, Bologna, 1996, pagg. 18 ss. e 49 ss.; SPAGNOLO G., *Reati associativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 2006, pag. 1.

dell'associazione e il ben diverso fenomeno del concorso di persone del reato⁵⁰. In secondo luogo, oltre che con riferimento alle caratteristiche strutturali dell'associazione, la carenza di determinatezza si riscontra nelle condotte punibili. In effetti, nel ricorso a questo modello delittuoso, il legislatore è solito tipizzare queste ultime attraverso una tecnica normativa che si limita a distinguere tra “ruoli di rango superiore” e “semplice partecipazione”⁵¹.

Inoltre, la mancata puntualizzazione dei presupposti delle condotte punibili comporta, inoltre, il rischio che possa essere ritenuta integrata la fattispecie associativa sulla base dell'esclusiva sussistenza dell'elemento soggettivo, erodendo il canone dell'offensività mediante la penalizzazione di un'adesione meramente psicologica al sodalizio⁵²; si segnala, infine, che l'assenza di tipizzazione della partecipazione rischia di riverberarsi anche sul principio di personalità della responsabilità penale, nel momento in cui il supposto membro del sodalizio “venga chiamato a rispondere di risultati addebitabili, più che al suo personale contributo, all'operato dell'associazione complessivamente considerata”⁵³.

Ad ogni modo, i descritti profili di criticità risultano di gran lunga accentuati, qualora si prenda in considerazione la controversa figura del c.d. concorso “esterno”. Tra le condotte punibili, si colloca, infatti, un paradigma concettuale di origine pretoria che consente di estendere la punibilità ai soggetti esterni all'associazione che contribuiscano a mantenere in vita o rafforzare il vincolo associativo mediante il ricorso allo strumento giuridico del concorso di persone (art. 110 c.p.).

Poiché, negli ultimi anni, la disciplina di questo istituto è stata affinata dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento al reato di associazione mafiosa

50 Testualmente: DE FRANCESCO G., *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pagg. 59 e ss. In senso analogo: FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pagg. 16-17; INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., pagg. 49 e ss.

51 FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale cit.*, pag. 36.

52 FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pagg. 16-17; INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., pagg. 49 ss.

53 FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pag. 17.

(art. 416 bis c.p.)⁵⁴, si rinvia la trattazione dell'istituto al momento di analisi di tale norma incriminatrice.

Il profilo che maggiormente interessa, in questa sede, è invece un particolare intreccio che si realizza, in tema di accertamento dei reati associativi, tra diritto sostanziale e processo. Questa interazione tra i due piani del sistema penale consente, infatti, di porre l'accento sulla capacità delle norme incriminatrici di contribuire alla specialità dei procedimenti per fatti legati al crimine organizzato. Ci si riferisce all'utilizzo "strumentale" della contestazione dei reati associativi – una costante di questi procedimenti – per conseguire un abbassamento dello standard di prova richiesto per la decisione di condanna e ottenere risultati repressivi non altrimenti raggiungibili in situazioni di scarsità del materiale probatorio disponibile⁵⁵.

Un simile uso "manipolativo" del modello delittuoso associativo deriva dalla stretta relazione che intercorre tra la tecnica di redazione legislativa della fattispecie sostanziale e l'oggetto di prova nel procedimento. L'indeterminatezza che contraddistingue le fattispecie associative consente all'interprete di sfruttare l'ampio margine di manovra di cui dispone in sede decisoria nell'individuare la condotta punibile⁵⁶. In altri termini, il difetto di tassatività della fattispecie sostanziale è integrato nel processo, in una sorta di "formazione giudiziale della fattispecie"⁵⁷.

La questione sopra riportata è emersa, in tutti suoi aspetti problematici, al momento di entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988. La

54 In particolare, le Sezioni Unite "Mannino" (Cass., S.U., 12/07/05, "Mannino", in *Cass. Pen.*, 2005, pag. 3732) in cui sono stati fissati numerosi principi di diritto che hanno contribuito a definire i contorni della figura in esame. Cfr. VISCONTI C., *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, in *Dir. Pen. Cont.*, I, 2012, pagg. 247 e ss.

55 DE FRANCESCO G., *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pag. 64; INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., pagg. 49 ss.

56 FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pagg. 16-17; IACOVIELLO F.M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 162. MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari attuali di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 491 e ss.

57 In questi termini: INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. Giust.*, n. 3, 2002, pag. 576-577. Da questo testo provengono tutte le successive espressioni virgolettate.

dottrina, infatti, aveva espresso non poche perplessità sulla compatibilità di un sistema ispirato al modello accusatorio con le numerose fattispecie costruite in maniera vaga presenti nel nostro ordinamento, in particolare con i reati associativi⁵⁸. Tali osservazioni sono state successivamente riprese e ulteriormente sviluppate all'interno di un dibattito che tiene tuttora banco nelle aule universitarie e in quelle di giustizia. Se ne propongono, dunque, gli snodi essenziali.

Innanzitutto, vi è un nesso inscindibile tra la struttura della norma incriminatrice e il *thema probandum*, ossia il punto di partenza per l'esercizio del contraddittorio⁵⁹. Com'è noto, infatti, il principale oggetto di prova del processo è l'imputazione – e cioè l'attribuzione a un soggetto di un fatto riconducibile a una norma incriminatrice (art. 187 c.p.p.) – ed è il frutto di un'operazione di “concretizzazione” degli elementi della fattispecie penale sostanziale (sulla base di una selezione di quanto emerso dalle indagini preliminari) da parte dell'organo dell'accusa, alla quale si aggiungono ulteriori dettagli empirici (*ubi, quando, quomodo*)⁶⁰.

Ciò premesso, si segnala che in un sistema processuale ispirato al modello

58 Si riportano alcuni stralci, espressivi del pensiero degli autori più autorevoli che contribuiscono ad alimentarlo. PADOVANI T., *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1989, pag. 921: “Il diritto penale attuale, farcito di fattispecie grondanti elementi valutativi elastici o addirittura vaghi, è il peggior nemico del nuovo processo, proprio perché tali fattispecie ripropongono di per sé la signoria del giudice in un apprezzamento valutativo a maglie larghe, rispetto al quale le garanzie del procedimento di acquisizione probatoria perdono ogni effettiva consistenza”. Ancora: “Il nuovo paradigma processuale, per esprimere compiutamente il proprio significato, abbisogna di fattispecie incriminatrici che al nitore della tipicità uniscano un solido impianto lesivo: soltanto offese reali costruite intorno a un nucleo materiale, capace di identificare il disvalore, rappresentano il contrappunto armonico del contraddittorio per la prova, che su di esse potrà davvero esercitarsi con pienezza di significato pratico”. Nello stesso senso anche BRICOLA F., *Riforma del processo penale e riforma del diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989, pag. 318: “Se si vuole che il contraddittorio per la prova non sia di mera apparenza e se si ha di mira la fecondità logica della contestazione della pretesa punitiva, nonché della sua esposizione al controllo da parte dell'accusato, presupposto epistemologico necessario è la tassatività e la materialità della fattispecie penale”. “Il fatto oggetto del contraddittorio non deve essere, perciò, né a offensività evanescente, neutrale e tutto proiettato verso una sua utilizzazione in chiave sintomatica, né, come avviene per le fattispecie ricche di elementi valutativi, dotato di un'offensività che si materializza soprattutto od esclusivamente nel profilo valutativo dello stesso”.

59 INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, cit., pagg. 576-577.

60 IACOVIELLO F.M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 154; SIRACUSANO D., *Reati associativi e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1086.

accusatorio è necessario che l'imputazione venga formulata in modo tale che il contenuto fattuale (le condotte e gli eventi attribuite all'accusato) sia descritto con precisione⁶¹. Una dettagliata indicazione del fatto addebitato assolve, infatti, la fondamentale funzione di porre l'imputato nella condizione di conoscere l'accusa da cui deve difendersi e, di conseguenza, di permettere un effettivo esercizio del contraddittorio⁶². Pertanto, "la verificabilità o falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo, e la loro prova empirica in forza di procedure che ne consentano sia la verifica che la falsificazione"⁶³, costituisce una delle condizioni basilari affinché sia soddisfatto il paradigma epistemologico che informa il "giusto processo".

Ben si comprende, allora, come l'indeterminatezza delle norme incriminatrici, vada a inficiare tale presupposto, minando le basi per il corretto esercizio della giurisdizione. Come si vedrà meglio con riferimento al delitto di cui all'art. 416 bis c.p., quando la fattispecie legislativa è costruita su formule elastiche o vaghe, non solo si scarica sugli inquirenti il compito di tracciare le direzioni d'indagine per la ricerca e la selezione del materiale probatorio, ma questi ampi margini di manovra si ripercuotono sulla formulazione dell'accusa⁶⁴.

Insomma, la genericità sul versante sostanziale apre a scenari processuali inquietanti dal punto di vista delle garanzie processuali poiché permette che si contestino accuse – ed è quello che più frequentemente avviene nella prassi – in cui il fatto attribuito all'imputato assume contorni evanescenti, sino a

61 IACOVIELLO F.M., *La motivazione cit.*, pagg. 154 e ss.; SIRACUSANO D., *Reati associativi cit.*, pag. 1086; FERRUA P., *Il giudizio penale: atto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007, pagg. 327 e ss.; PULITANÒ D., *La requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*, in *Dir. Pen. Cont.*, I, 2012, pagg. 257 e ss.

62 Il fondamentale rilievo garantistico dell'imputazione è stato più volte evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (Corte eur., 25/03/1999, Pélissier e Sassi c. Francia; Corte eur., 11/12/2007, Drassich c. Italia) e recentemente ribadito con enfasi dal procuratore generale presso la Corte di cassazione, Francesco Iacoviello, in occasione della discussa requisitoria nel processo "Dell'Utri" (Cass. Penale, sez. V, udienza 9 marzo 2012). In particolare, l'accento è posto soprattutto sull'importanza di una formulazione dell'accusa in modo chiaro poiché tale atto pone le basi del processo argomentativo. Cfr. FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Dir. Pen. Cont.*, I, 2012, pag. 254.

63 Così, FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, X ed., Laterza, Roma-Bari, 2011, pag. 8.

64 FERRAJOLI L., *Diritto e ragione cit.*, pagg. 859 e ss.; ORLANDI R., *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, II, pagg. 568 e ss.

confondersi con gli elementi di prova reperiti nelle indagini quando l'imputazione riprende letteralmente il dettato legislativo⁶⁵.

Di conseguenza, in questi procedimenti, in cui è carente il contenuto descrittivo dell'imputazione e, allo stesso tempo, la condotta tipica ha dei contorni sfuggevoli, il giudice deve compiere un'operazione induttiva che si distingue non poco dalla logica sussuntiva. E, in conformità a questo sviluppo ermeneutico, il fatto attribuito all'imputato viene assorbito nella sua qualificazione giuridica ed è sottratto al controllo dialettico delle parti⁶⁶. In altre parole, "quando l'oggetto è incerto, la prova surroga l'oggetto e si verifica un interscambio tra piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato all'esigenza probatoria) come in un gioco di specchi in cui prova ed oggetto di essa di confondono, poi si alternano e infine si sovvertono"⁶⁷.

Se quanto precede è vero, la contestazione dei reati associativi può comportare una semplificazione dell'onere della prova per l'accusa, una scorciatoia di ordine probatorio nei casi in cui dovessero scarseggiare le prove del coinvolgimento dell'associato nei singoli reati-scopo⁶⁸. Spesso, infatti, tale onere assume i tratti di una vera e propria *probatio diabolica*, specialmente quando riguarda i vertici dell'organizzazione⁶⁹. Per converso, qualora il programma criminoso sia stato effettivamente attuato e ne sussistano le prove, tali elementi potranno a loro volta integrare la prova dell'illecito associativo,

65 IACOVIELLO F.M., *La motivazione cit.*, pag. 160. PULITANÒ D., *La requisitoria cit.*, pagg. 258-259.

66 FERRUA P., *Il giudizio penale cit.*, pagg. 331-332. INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, cit., pag. 576-577.

67 Espressamente: PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, pag. 539.

68 FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pag. 15.

69 SPAGNOLO G., *Criminalità organizzata: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pag. 1161. L'autore, schierandosi nel dibattito circa l'abolizione delle fattispecie associative a favore della tesi negativa, sostiene che "le fattispecie associative che rappresentano spesso (...) l'unico modo per colpire i vertici di una organizzazione criminale indipendentemente dall'accertamento, spesso assai difficile, della loro partecipazione ai singoli delitti-scopo. I capi dell'organizzazione, almeno all'interno delle associazioni criminali di una certa complessità, difficilmente prendono parte alla realizzazione del singolo delitto-scopo; e lo stesso ordine di commetterlo risulterà dato dalle gerarchie intermedie che fungono di fatto da schermo protettivo invalicabile. In difetto di prova della partecipazione dei capi al delitto-scopo nessuna sanzione sarebbe loro applicabile e del tutto irrilevante risulterebbe - una volta aboliti i reati associativi - la prova anche sicura del ruolo qualificato svolto all'interno dell'associazione".

producendo una duplicazione della responsabilità penale in capo ai membri dell'organizzazione⁷⁰.

Con riferimento a questo fenomeno, si è parlato, quindi, di una “processualizzazione delle categorie sostanziali”⁷¹. Si consente di adeguare l'interpretazione della norma incriminatrice al quadro probatorio disponibile, piegando i principi cardine del diritto sostantivo alle difficoltà emerse sul terreno processuale⁷².

2. Il reato di associazione di tipo mafioso (art. 416 bis c.p.): processo genetico, ragioni e struttura della fattispecie

2.1. Struttura della fattispecie: elementi costitutivi e condotte punibili

La fattispecie associativa di cui all'art. 416 bis c.p. (rubricato “associazione di tipo mafioso”) assolve una funzione centrale all'interno del sottosistema penale speciale riferibile ai fatti di criminalità organizzata. Da una parte, la norma costituisce il primo profilo di specialità, arricchendo l'armamentario giuridico di uno strumento dalle grandi potenzialità repressive; dall'altra, rappresenta il fulcro sistematico di un reticolato di disposizioni di “diritto penale speciale” di lotta contro il fenomeno della criminalità organizzata, che si diramano al di là delle norme di carattere sostanziale, comprendendo anche: misure preventive, norme processuali e penitenziarie⁷³. Insomma, la qualificazione di un comportamento come “mafioso” comporta l'attivazione di una serie di congegni giuridici, con conseguenze a dir poco incisive sui diritti dell'accusato.

Per queste ragioni, non si ritiene possibile comprendere adeguatamente la strategia normativa di contrasto al fenomeno mafioso, se non a partire da una

70 FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pag. 15.

71 In questi termini: FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pag. 359. Cfr. altresì: MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari attuali di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 491 e ss.

72 INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, cit., pag. 580.

73 INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino, Bologna, 1996, pagg. 68-69.

corretta esegesi della norma in questione. In secondo luogo, al fine di cogliere le peculiarità che permettono all'art. 416 bis c.p. di spiccare all'interno della categoria dei reati associativi, si impone un confronto della suddetta fattispecie con il delitto di associazione per delinquere "comune" di cui all'art. 416 del codice penale.

L'art. 416 bis c.p. è stato introdotto dalla legge c.d. "Rognoni-La Torre" (Legge 13 settembre 1982, n. 646), con il quale è stata predisposta la definizione normativa di "mafiosità". Dal terzo comma si ricava, infatti, che "l'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali".

Da quanto riportato, si osserva che la norma qualifica un'associazione come "mafiosa" sulla base di un criterio definitorio facente leva tanto sui mezzi utilizzati, quanto sui fini perseguiti⁷⁴.

Per quanto riguarda il versante "strumentale", la prima parte del terzo comma stabilisce che i membri dell'organizzazione debbano avvalersi, sul lato attivo, "della forza di intimidazione del vincolo associativo" e, su quello passivo, "della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva".

Sotto il profilo "finalistico", invece, un'associazione si definisce "mafiosa" quando le condotte dei sodali siano funzionali alla realizzazione di una delle attività enucleate nella seconda parte del terzo comma⁷⁵; vale a dire: a) la

74 TURONE G., *Il delitto cit.*, pag. 111; FIANDACA G., *Commento all'art. 1 L. 13/09/1982 n. 626 (Norme "antimafia")*, in *Leg. pen.* 1993, pag. 258. Si segnala, inoltre, che la tecnica legislativa impiegata aveva sollevato alcuni problemi interpretativi. Ci si riferisce, in particolare, al dibattito circa la qualificazione del c.d. "metodo mafioso" come requisito aggiuntivo o sostitutivo rispetto agli elementi costitutivi dell'associazione. Ad ogni modo, alla luce del dato letterale (la lettura combinata dei primi tre commi) e di quanto emerge nei lavori preparatori, sembra più convincente la prima delle due tesi. Cfr. SPAGNOLO G., *L'Associazione di tipo mafioso*, Cedam, Padova, 1997, pag. 27.

75 Dell'opinione per cui sarebbe sufficiente – ai fini dell'integrazione del reato – la presenza di anche una sola tra le finalità indicate e che il concorso di finalità – al contrario – non

commissione di attività penalmente illecita; b) l'acquisizione in modo diretto o indiretto della gestione o comunque del controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici; c) l'impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali⁷⁶; d) la realizzazione di profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri.

In particolare, secondo parte della dottrina, la finalità da ultima riportata rappresenta una clausola di chiusura, inserita dal legislatore per evitare il rischio di lacune. Di conseguenza, l'elencazione degli scopi sociali (in ogni caso talmente ampia da difettare di efficacia selettiva) avrebbe un valore meramente esemplificativo⁷⁷.

In ogni caso, gli studiosi sono tendenzialmente concordi nel ritenere l'attuazione del programma criminoso alla stregua di un dato superfluo ai fini della configurabilità del reato in esame⁷⁸. In altri termini, non sarebbe necessaria la prova che i piani prefissati siano stati effettivamente conseguiti. Tuttavia, com'è stato acutamente segnalato⁷⁹, l'accertamento di un'attività (quantomeno preparatoria), finalizzata a mettere in pratica i programmi dell'organizzazione, costituisce un passaggio concretamente obbligato per dimostrare un effettivo impiego della forza intimidatrice da parte degli affiliati.

Venendo al delicato profilo delle condotte punibili, si ricorda che il legislatore del 1982 ha adottato una tecnica, frequentemente utilizzata per i reati associativi, che delinea due ipotesi: da una parte, l'attività di promozione direzione o organizzazione del gruppo criminale; dall'altra, la condotta di "semplice" partecipazione⁸⁰. Inoltre, come già anticipato con riferimento ai reati associativi,

determina una pluralità di reati: FIANDACA G., *Commento cit.*, pag. 262. Conformemente: SPAGNOLO G., *L'Associazione cit.*, pag. 68; TURONE G., *Il delitto cit.*, pag. 181.

76 Quest'ultima finalità è stata introdotta dall'art. 11 bis del d.l. n. 306 del 1992.

77 Cfr. FIANDACA G., *Commento cit.*, pag. 264. Analogamente: TURONE G., *Il delitto cit.*, pag. 269

78 I principali argomenti a favore di questa tesi sono l'impiego del verbo "intendere" nel sesto comma nonché i lavori parlamentari che hanno portato alla stesura dell'art. 416 bis c.p. Cfr. SPAGNOLO G., *L'Associazione cit.*, pagg. 69 e ss.

79 Per un approfondimento sulle ragioni che hanno portato a queste conclusioni, si veda: TURONE G., *Il delitto cit.*, pagg. 282 e ss.

80 Come già visto, la disposizione prevede due ipotesi che si differenziano sul piano sanzionatorio. In ogni caso, nel tentativo di riempire di contenuto queste condotte, parte della dottrina ha ritenuto più appropriato distinguere tre distinte fattispecie: a) il

tra i comportamenti penalmente rilevanti assume un ruolo di primo piano anche il cd “concorso esterno”⁸¹.

Prima di passare all'analisi del “metodo mafioso”, il vero e proprio baricentro della fattispecie incriminatrice, è opportuno fornire alcuni cenni sui restanti incisi. Nel primi due commi – oltre a essere stabilito il trattamento sanzionatorio per le condotte sopra tratteggiate – si individua, la dimensione minima dell'associazione, la quale deve essere composta da “tre o più persone”⁸². Nei successivi incisi, inoltre, il legislatore ha previsto una serie di circostanze aggravanti, nonché stabilito l'obbligatorietà della confisca. Nel capoverso, infine, si trova una discussa clausola di estensione della fattispecie per le organizzazioni, anche straniere, non rientranti nelle c.d. “mafie classiche”⁸³.

Veniamo ora al fulcro del precetto penale in esame, il c.d. “metodo mafioso”⁸⁴, e cioè i modi con cui l'associazione raggiunge i suoi fini. Questa modalità di realizzazione delle finalità tipiche consiste nello sfruttamento di una “forza intimidatrice” – ossia una fama criminale (un sedimento di attività intimidatoria sistematicamente realizzata nel tempo) scaturente direttamente dal sodalizio mafioso⁸⁵ – idonea a suscitare sulle potenziali vittime⁸⁶ uno stato di soggezione

“promuovere; b) il “dirigere” o “organizzare”; c) il “far parte”. In particolare, è con riferimento a quest'ultima condotta – per la sua genericità: si realizza quando il soggetto un qualsiasi ruolo volto a portare un contributo materiale al sodalizio criminoso – che si sono presentate le maggiori difficoltà interpretative. Cfr. SPAGNOLO G., *L'Associazione cit.*, pagg. 79 e ss.; TURONE G., *Il delitto cit.*, pagg. 349 e ss.

81 In particolare, si tratta di una estensione del campo della punibilità a forme di “contiguità” da parte di soggetti non affiliati, realizzata dalla magistratura attraverso lo strumento giuridico del concorso di persone *ex art. 110 c.p.* Per un'analisi più approfondita di tale istituto si rinvia al prossimo paragrafo.

82 Primo comma: “Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da sette a dodici anni”. Secondo comma: “Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da nove a quattordici anni”.

83 In effetti, si tratta di una “clausola di apertura” che è stata sottoposta dalla dottrina a un'*interpretatio abrogans*. In altri termini, si ritiene sempre necessaria (ai fini del reato in esame) la sussistenza del “metodo mafioso”. D'altronde, rappresenta una soluzione obbligata, nell'ottica del rispetto del principio di legalità. Cfr. FIANDACA G., *Commento cit.*, pagg. 278 e ss.; FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, I, 1991, pagg. 23 e ss.

84 SPAGNOLO G., *L'Associazione cit.*, pag. 27; TURONE G., *Il delitto cit.*, pag. 112.

85 Ci si riferisce alla cattiva reputazione “che l'associazione si è conquistata con precedenti atti di violenza o sopraffazione e dalla conseguente possibilità – nota alle potenziali vittime – che gli associati continuino in futuro a ricorrere alla violenza al fine di conseguire i loro obiettivi”. Testualmente FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale cit.*, pagg. 481-482.

psicologica connotata da perdurante paura⁸⁷ (“assoggettamento”), tale da indurle a tenere un comportamento caratterizzato dal rifiuto generalizzato di collaborare con gli organi dello Stato⁸⁸ (“omertà”). In altre parole, l'avvalersi della norma incriminatrice non postula che l'organizzazione ottenga i propri fini attraverso l'effettivo compimento di atti propriamente intimidatori (quali possono essere i singoli atti di estorsione, minaccia, ecc...). Invero, ciò che contraddistingue l'associazione mafiosa è il ricorso a comportamenti che presuppongono una carica intimidatoria che l'associazione deve avere già maturato mediante precedenti comportamenti inquinanti⁸⁹.

Arrivati a questo punto, ci si deve chiedere se lo sfruttamento della forza intimidatrice costituisca una modalità di realizzazione del programma criminoso o una condotta strumentale a esso⁹⁰. Dalla soluzione al quesito derivano, infatti, importanti ricadute sull'accertamento della condotta di partecipazione.

Da una parte, è opinione condivisa che il ricorso al metodo mafioso da parte degli affiliati debba essere considerato alla stregua di elemento costitutivo del reato di cui all'art. 416 bis c.p. È pacifico, infatti, che – per aversi un'associazione di tipo mafioso – non è sufficiente che lo sfruttamento della forza intimidatrice rientri solamente nel programma criminoso, ma si richieda altresì che il *gruppo* se ne sia avvalso al fine di realizzare le finalità tipiche⁹¹.

86 La dottrina maggioritaria è ormai concorde nel ritenere che gli effetti psicologici prodotti dalla forza intimidatrice debbano prodursi all'esterno dell'organizzazione, ossia nella cerchia delle potenziali vittime. FIANDACA G., *Commento cit.*, pag. 260; Su tale posizione si è allineato, dopo aver rivisto la tesi in precedenza sostenuta, anche: TURONE, *Il delitto cit.*, 2008, pag. 158. Ad ogni modo, tali effetti non sono però del tutto irrilevanti se manifestatisi all'interno della stessa associazione. La soggezione degli stessi affiliati potrebbe costituire un elemento indiziante per ricostruire la graduazione di responsabilità dei singoli partecipi. FIANDACA G., *Commento cit.*, pag. 260.

87 SPAGNOLO G., *L'Associazione cit.*, pag. 36.

88 SPAGNOLO G., *L'Associazione cit.*, pag. 38.

89 Cfr. TURONE G., *Il delitto cit.*, pag. 112.

90 Per le riflessioni sull'autonomia concettuale dell'atto di “avvalersi” della forza intimidatrice, la c.d. “condotta strumentale”, si rinvia a RUBIOLA E., *Associazione per delinquere di tipo mafioso (Voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1990, pagg. 2 e ss.

91 Sul punto, si rinvia a quanto detto in precedenza sul metodo mafioso. Se non sono necessari concreti atti intimidatori, è però necessario che l'associato “strumentalizz(i) la sua posizione nell'organizzazione: la minaccia può essere esplicita, ma è spesso implicita” (TURONE G., *Il delitto cit.*, pagg. 115 e ss.). In particolare, “si avvale della forza di intimidazione chi chiede senza bisogno di minacciare esplicitamente, chi ottiene senza bisogno di chiedere, utilizzando la cattiva fama del sodalizio criminoso e la paura che incute il vincolo associativo” (SPAGNOLO G., *L'Associazione cit.*, pag. 29).

D'altra parte, è dibattuto, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, se la prova del compimento di concreti atti intimidatori da parte del *singolo* affiliato sia necessaria per integrare gli estremi della condotta di partecipazione.

Alcuni studiosi, argomentando a favore della risposta affermativa, classificano il delitto di associazione mafiosa come “reato a struttura mista”⁹². Ai fini della prova della condotta partecipativa, si imporrebbe all'organo dell'accusa di dimostrare il compimento di uno specifico atto intimidatorio – “almeno a livello di violenza privata”⁹³ – che abbia fornito un oggettivo e riscontrabile contributo causale alla realizzazione delle finalità dell'organizzazione o alla sua sopravvivenza.

Altri autori, invece, ritengono che il delitto di cui all'art. 416 bis c.p. configuri un'ipotesi di reato meramente associativo⁹⁴. Secondo questo secondo indirizzo ermeneutico, l'interpretazione maggiormente aderente al dato letterale (dal quale si evince che la forza è propria “del vincolo associativo”) sarebbe quella per cui la forza intimidatrice dovrebbe “rientr(are) tra gli strumenti di pressione di cui l'associazione soglia o intenda avvalersi”⁹⁵. Per converso, però, si potrebbe prescindere dalla prova di una concreta attività intimidatoria da parte del sodale svolta in favore dell'associazione⁹⁶. Di conseguenza, una volta appurata l'esistenza del sodalizio, la formale affiliazione a esso diverrebbe prova sufficiente (ma non necessaria) della partecipazione – intesa come organica collocazione nell'organizzazione criminale, l'assunzione di un ruolo funzionale –, anche a prescindere dalla dimostrazione di una concreta attività

92 Il c.d. metodo mafioso è inteso come “ulteriore elemento oggettivo della fattispecie”, non come mero elemento del programma criminoso. Tale profilo rappresenta allora un ulteriore elemento di differenziazione della norma in esame, rispetto all'art. 416 c.p., il quale configura un reato meramente associativo. Cfr. SPAGNOLO G., *L'Associazione cit.*, pag. 65.

93 SIRACUSANO D., *Reati associativi e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1088.

94 Tra gli altri: FIANDACA G., *Commento cit.*, pag. 260. In senso analogo: TURONE G., *Il delitto cit.*, pag. 112, che chiarifica: “Il metodo non costituisce modalità di realizzazione delle condotte tipiche del reato poste in essere dai singoli associati, ma componente strumentale tipico di cui gli associati si avvalgono in vista della realizzazione degli scopi dell'organizzazione”.

95 TURONE G., *Il delitto cit.*, pag. 115.

96 FIANDACA G., *Commento cit.*, pag. 260 e ss.

svolta dal sodale in favore dell'associazione⁹⁷.

Sul punto, si vuole rilevare che la Corte di cassazione⁹⁸ ha recentemente optato per quest'ultima impostazione. I giudici di legittimità hanno, infatti, ricondotto la nozione di partecipazione al di fuori del "modello causale", adottando moduli organizzatori di tipo "dinamico" e "funzionalistico". In altri termini, in conseguenza di tale orientamento giurisprudenziale, è sufficiente – ai fini della sussunzione della condotta materiale nel delitto di cui all'art. 416 bis c.p. – individuare il ruolo dell'imputato, funzionale al raggiungimento degli scopi causali, nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa⁹⁹.

2.2. Segue. *Il concorso "esterno"*

Come anticipato, quella del c.d. concorso "esterno" in associazione di tipo mafioso è una figura controversa, tanto per l'identificazione dei suoi elementi strutturali quanto per la sua ammissibilità. Com'è noto, infatti, tale istituto è tornato recentemente al centro del dibattito a seguito della pronuncia della Corte di cassazione in relazione al caso "Dell'Utri"¹⁰⁰, le cui conclusioni erano state sollecitate dalla requisitoria del Procuratore generale Iacoviello¹⁰¹.

Volendo tentare un primo approccio definitorio, si potrebbe tratteggiare il "concorrente esterno" come quel soggetto che, pur non facendo parte del sodalizio criminoso, pone in essere una condotta che contribuisce alla conservazione, al consolidamento o al rafforzamento dell'organizzazione (come può essere, ad esempio, l'assegnazione di una gara d'appalto alla cosca mafiosa da parte di un politico non formalmente affiliato). Il problema, però, è

97 SIRACUSANO D., *Reati associativi cit.*, pag. 1088.

98 Cfr. Cass., S.U., 12/07/05, "Mannino", in *Cass. Pen.*, 2005, pag. 3732.

99 Cfr. MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 549.

100Cfr. Cass., 09/03/2012 (con nota di DE FRANCESCO G., *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*), in *Cass. pen.*, 2012, pagg. 2552 e ss.

101In quella sede, il P.G. presso il Supremo Collegio si era spinto ad affermare, destando un giustificato scalpore, che: "Al concorso esterno ormai non crede più nessuno!". Cfr. VISCONTI C., *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, in *Dir. Pen. Cont.*, I, 2012, pagg. 247-248; MOROSINI P., *Il "concorso esterno" oltre le aule di giustizia*, in *Dir. Pen. Cont.*, I, 2012, pag. 261.

tutto qui: l'assenza di definizioni condivise circa gli elementi essenziali.

Già si è detto che non si tratta di un particolare modello criminoso disciplinato dal legislatore, ma di un istituto che risulta dalla combinazione tra la norma di carattere generale di cui all'art. 110 c.p. (“concorso di persone nel reato”) e le fattispecie associative, tra cui, in particolare, il delitto di “associazione di tipo mafioso” (art. 416 bis c.p.)¹⁰². Se si può discutere sul rigore esegetico di questa impostazione, è indubbia la sua motivazione politico-criminale. Attraverso il concorso “esterno” è possibile, infatti, attribuire rilevanza penale alle condotte di contiguità poste in essere dalla “borghesia mafiosa”, ossia di quel “capitale sociale” di cui le cosche mafiose dispongono all'interno del ceto dirigente¹⁰³.

Si era anticipato, altresì, come per la costruzione della figura del concorso “esterno” abbia avuto un ruolo fondamentale la giurisprudenza della Suprema Corte. Nel corso degli ultimi vent'anni, invero, le Sezioni Unite¹⁰⁴ sono più volte intervenute per stabilire se tale istituto fosse ammissibile e per ricostruirne, in via ermeneutica, i presupposti della condotta punibile¹⁰⁵.

In particolare, la sentenza “Mannino”¹⁰⁶ rappresenta l'ultimo stadio di questa evoluzione. In questa occasione, i giudici di legittimità hanno sciolto il nodo circa la efficacia eziologica del contributo esterno, ragionando esplicitamente in termini “condizionalistici” o “causali”. Nel caso in questione, infatti, si è richiesta la sussistenza di un effettivo contributo di agevolazione all'associazione – nei termini, sopra citati, di conservazione o rafforzamento – risultante da una

102FIANDACA G., *Il concorso «esterno» tra sociologia e diritto penale*, in *Foro It.*, V, 2010, pag. 178. Circa l'applicabilità del concorso materiale per i reati associativi di cui agli artt. 416 e 416 bis c.p. a chi ponga in essere una condotta di ausilio del sodalizio deve considerarsi ormai pacifico – tanto in dottrina quanto in giurisprudenza – almeno da vent'anni a questa parte. Cfr. VISCONTI C., *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, cit., pagg. 247 e ss.

103FIANDACA G., *Il concorso «esterno» tra sociologia e diritto penale*, cit., pagg. 177-178; MOROSINI P., *Il “concorso esterno” oltre le aule di giustizia*, cit., pag. 262. Per un approfondimento circa l'opportunità dello strumento si consenta di rinviare alle considerazioni criminologiche effettuate nella parte introduttiva del presente lavoro.

104Si ricordano, in particolare: Cass., S.U., 05/10/1994, “Demitry”, in *Foro it.*, 1995, II, pag. 422; Cass., S.U., 30/10/2002, “Carnevale” in *Foro It.*, 2003, II, pag. 453; Cass., S.U., 12/07/05, “Mannino”, in *Cass. Pen.*, 2005, pag. 3732.

105FIANDACA G., *Il concorso «esterno» tra sociologia e diritto penale*, cit., pagg. 180-181; FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Dir. Pen. Cont.*, I, 2012, pagg. 251 e ss.; MOROSINI P., *Il “concorso esterno” oltre le aule di giustizia*, cit., pag. 263.

106Cass., S.U., 12/07/05, “Mannino”, in *Cass. Pen.*, 2005, pag. 3732.

verifica *ex post*¹⁰⁷. È stato ritenuto irrilevante, invece, discostandosi dagli interventi precedenti, che il sostegno esterno avesse potuto essere idoneo a realizzare tale risultato sulla base di una prognosi *ex ante*¹⁰⁸.

Tuttavia, la successiva giurisprudenza della Sezioni semplici ha spesso disatteso i parametri epistemici sanciti da questa esemplare pronuncia – probabilmente a causa della difficoltà riscontrata dai giudici di merito di darvi applicazione nei casi concreti oggetti di giudizio – ed è ritornata, ai fini della rilevanza penale della condotta dell'*extraneus*, a ragionare in termini di “idoneità *ex ante*”¹⁰⁹.

Insomma, il concorso “esterno” rimane una nozione molto controversa all'interno della stessa magistratura, sia giudicante che requirente¹¹⁰, con il risultato che, ad oggi, si versa in una situazione di estrema incertezza che allontana ulteriormente il sistema dei principi costituzionali, primo fra tutti il principio di legalità. E ciò comporta, tra l'altro, un'intensificazione degli effetti negativi sul “giusto processo” – precedentemente illustrati, in tema di reati

107In effetti, le precedenti pronunce a Sezioni Unite scontavano una certa ambiguità sullo statuto della causalità. In particolare, la sentenza “Demitry” (Cass., S.U., 05/09/1994, “Demitry”, in *Foro it.*, 1995, II, pag. 422) non precisava se l'apporto esterno dovesse portare a un risultato reale ovvero dovesse essere semplicemente a garantire tale risultato secondo un criterio improntato sull'idoneità *ex ante*. Si stabiliva, invero, che il contributo del concorrente doveva permettere all'associazione criminosa di uscire dallo “stato di fibrillazione” in cui prima versava. Con questo intervento giurisprudenziale, inoltre, i giudici identificavano l'elemento differenziazione tra partecipe “interno” e “concorrente esterno” nell'elemento soggettivo del reato: mentre l'affiliato dev'essere mosso da un dolo specifico di realizzare il programma criminoso dell'organizzazione, il soggetto estraneo è sufficiente che agisca con lo scopo di agevolare l'associazione criminale. In seguito, nel caso “Carnevale” (Cass., S.U., 30/10/2002, “Carnevale” in *Foro It.*, 2003, II, pag. 453), le Sezioni Unite provvedevano a ridefinire gli elementi strutturali del concorso “esterno”. Non era più richiesta una “situazione di difficoltà patologica” dell'associazione e si proponeva un modello causale differenziato a seconda del tipo di sostegno “esterno”: occasionale o ripetuto. Inoltre, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, si richiedeva esplicitamente un dolo diretto (e non meramente eventuale) alla realizzazione dei fini dell'associazione criminosa.

108FIANDACA G., *Il concorso «esterno» tra sociologia e diritto penale*, cit., pag. 181; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 549-550; MOROSINI P., *Il “concorso esterno” oltre le aule di giustizia*, cit., pagg. 263-264.

109MAIELLO V., *Concorso di persone in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 160 e ss.; VISCONTI C., *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, cit., pag. 247; MOROSINI P., *Il “concorso esterno” oltre le aule di giustizia*, cit., pag. 264; FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, cit., pagg. 251 e ss.

110Sul punto: Cfr. MOROSINI P., *Il “concorso esterno” oltre le aule di giustizia*, cit., pagg. 263 e ss.

associativi – causati dal fenomeno della “formazione processuale della fattispecie”¹¹¹.

In definitiva, alla luce di queste premesse, non sembra più tollerabile che la giurisprudenza continui ad applicare il concorso “esterno”, autoimponendosi il compito di individuarne i confini di punibilità. È ormai pacifico che occorra percorrere una strada alternativa: quella che conduce all'individuazione legislativa delle condotte di contiguità¹¹².

2.3. *L'introduzione di una fattispecie incriminatrice speciale, con lo sguardo rivolto al processo*

Dall'indiscutibile specialità della norma incriminatrice in esame – giacché “traduce un concetto meta-giuridico (il concetto di mafia) in un concetto giuridico (la categoria dell'associazione mafiosa)”¹¹³ – deriva l'insufficienza di un'analisi interpretativa di tipo tradizionale. Per comprendere la peculiare *ratio* sottesa all'introduzione dell'art. 416 bis c.p. è, quindi, necessario ripercorrere l'*iter* storico che ha condotto all'emanazione della norma.

La legge “Rognoni-La Torre” è, in un certo senso, il risultato finale di una estesa attività parlamentare il cui momento iniziale può idealmente individuarsi nell'istituzione della Commissione d'inchiesta sul fenomeno mafioso (a opera della legge n. 1720 del 1962). L'attività svolta dalla Commissione ha, infatti,

111Su queste problematiche, con specifico riguardo alla figura del concorrente “esterno”: FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, cit., pagg. 252 e ss. Si segnala, in questa sede, che altri autori hanno denunciato un ulteriore limite dell'attuale gestione dell'istituto. Più specificamente, il paradigma causale imposto dalla sentenza Mannino – per quanto costituisca un significativo passo avanti nella direzione delle garanzie – non sarebbe praticabile. Infatti, il termine di relazione della connessione eziologica – cioè il risultato di “conservazione” o “rafforzamento” del tessuto organizzativo dell'associazione prodotto dall'apporto “esterno” – non è tipizzato da nessuna fattispecie incriminatrice alla guisa di elemento costitutivo o aggravante. Così: MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 551; DE FRANCESCO G., *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità* (nota a: Cass., 09/03/2012), in *Cass. pen.*, 2012, pagg. 2552 e ss.

112In particolare, alcuni autori propongono di incentrandone la punibilità sulla logica sinallagmatica intercorrente tra il concorrente “esterno” e l'associazione criminosa, adeguando così la normativa penale ai risultati delle scienze sociali. FIANDACA G., *Il concorso «esterno» tra sociologia e diritto penale*, cit., pag. 178; DE FRANCESCO G., *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità* (nota a: Cass., 09/03/2012), in *Cass. pen.*, 2012, 7-8, pagg. 2552.

113Testualmente: TURONE G., *Il delitto cit.*, pag. 3.

creato le premesse per la prima legge antimafia (la legge n. 575 del 1965), ossia di una disciplina normativa che optava per l'estensione (con alcuni adattamenti) del sistema di misure *ante delictum* disciplinato dalla legge n. 1423 del 1956 agli "indiziati di appartenere alle associazioni mafiose"¹¹⁴.

Tuttavia, con questo provvedimento, che limitava il suo raggio d'azione alle misure di prevenzione, il legislatore non si era preoccupato di definire normativamente il concetto di mafia e ne aveva lasciato la ricostruzione in sede di applicazione¹¹⁵. Ed è proprio all'elaborazione giurisprudenziale volta a ricostruire la nozione di "associazioni mafiose" –locuzione che la suddetta legge indicava espressamente come presupposto di applicazione – che si ricaveranno, circa vent'anni dopo, preziosi elementi per formulare la definizione normativa di associazione a delinquere di stampo mafioso¹¹⁶.

La scelta politico-criminale di affrontare il fenomeno mafioso sul versante delle misure di prevenzione, anziché mediante la creazione di una nuova fattispecie incriminatrice, rifletteva, soprattutto, un'impostazione maturata dall'osservazione dell'esperienza giudiziale circa la sussunzione della partecipazione al sodalizio mafioso all'interno della fattispecie di cui all'art. 416 del codice penale¹¹⁷. Si riscontrava, infatti, una totale inefficacia nel contrasto a tale forma di criminalità mediante il ricorso all'ordinario canale del diritto penale sostanziale. Ciò avveniva, in particolare, a causa tanto della difficoltà (più volte ricordata) di dimostrare la sussistenza della partecipazione degli affiliati – a livello di prova e non di mero indizio o sospetto –, quanto in ragione della reticenza dei magistrati a individuare una finalità delittuosa nell'associazionismo mafioso.

Negli anni Sessanta, infatti, non era ancora approdato a soluzioni pacificamente condivise un dibattito sviluppatosi tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo tra magistrati e cattedratici per stabilire se e in che modo le consorterie mafiose potessero integrare il reato della "associazione di malfattori" (di cui all'art. 248 del codice "Zanardelli" e derivante dal codice napoleonico del 1810) e,

114Cfr. TURONE G., *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 3.

115FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, VI ed., Zanichelli, Bologna, 2008, pagg. 857 e ss.

116Per una sintetica analisi sulla ricostruzione del concetto di "associazione mafiosa" da parte della giurisprudenza si veda: TURONE G., *Il delitto cit.*, pagg. 20 e ss.

117INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., pagg. 21 e ss.

successivamente, della “associazione per delinquere” (ai sensi dell'art. 416 del codice “Rocco”)¹¹⁸.

Il passaggio cruciale del dibattito risiedeva nella dimostrazione – richiesta dai reati potenzialmente applicabili ai sodali – che le associazioni mafiose costituissero delle organizzazioni finalizzate alla commissione di reati. Tuttavia, la valutazione della rilevanza penalistica del fenomeno mafioso si scontrava con la concezione dominante tra gli esponenti del ceto giuridico fino all'avvento del fascismo: prevaleva una visione della mafia intesa come un'istituzione benefica che, garantendo la tutela della sicurezza e la funzione di pacificazione sociale attraverso la conciliazione dei conflitti, non costituiva un fenomeno necessariamente criminale, ma, al massimo, una manifestazione esasperata o degenerata di presunti tratti antropologico-culturali della tradizione siciliana (onore, coraggio, virilità, ecc...)¹¹⁹.

In seguito, però, l'impegno del governo fascista di sconfiggere la mafia – concretizzatosi nelle operazioni di polizia del prefetto Cesare Mori – fornì l'*imput* necessario per un cambio di rotta sul versante giudiziario. In altre parole, parallelamente alle tendenze repressive manifestate dall'esecutivo, occorre un mutamento della politica giudiziaria, favorevole a qualificare gli aggregati mafiosi (in quanto tali) alla stregua di associazioni per delinquere¹²⁰.

Una volta affermatasi in giurisprudenza la c.d. “tesi della sovrapposibilità”¹²¹ – ossia l'inquadramento delle organizzazioni mafiose all'interno del reato di cui all'art. 416 del codice penale – la risposta giudiziaria si venne a scontrare con la difficoltà, tipica nei processi di mafia, di ricercare e acquisire prove in un ambiente dominato dall'omertà¹²². Ai fini dell'applicazione dell'art. 416 c.p.,

118TURONE G., *Il delitto cit.*, pagg. 3 e ss.

119LUPO S., *Storia della mafia*, cit., pagg. 19 e ss.; TURONE G., *Il delitto cit.*, pagg. 3 e ss.

120FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pagg. 19-20.

121In dottrina, invece, la spinosa questione della “sovrapposibilità” dei sodalizi mafiosi alle associazioni per delinquere “comuni” generò accesi contrasti fino agli anni Sessanta. La tesi che escludeva l'automatica sussunzione del fenomeno mafioso all'interno dell'art. 416 c.p. (sostenuta, tra gli altri, dall'Antolisei) si fondava principalmente sull'assunto per cui la finalità di realizzare porre in essere reati, richiesta per l'integrazione del reato associativo, non è dato necessariamente caratterizzante le consorterie mafiose; presupposto che, tra l'altro, può ritenersi smentito dal dato storico-criminologico (per cui si rimanda alla Introduzione). Cfr. TURONE G., *Il delitto cit.*, pag. 115.

122TURONE G., *Il delitto cit.*, pag. 115; INSOLERA G., *La nozione normativa cit.*, pag. 21.

infatti, non era sufficiente dimostrare l'appartenenza del singolo imputato al sodalizio mafioso, ma occorreva anche provare caso per caso la "delittuosità" del programma e l'adesione a esso del singolo imputato¹²³. Sino agli anni Ottanta, quindi, i procedimenti penali alle organizzazioni mafiose si concludevano inesorabilmente con una sentenza di assoluzione con formula dubitativa.

I descritti problemi applicativi spinsero allora la magistratura a elaborare e sperimentare alcuni *escamotages* finalizzati a semplificare (ulteriormente¹²⁴) l'onere probatorio a carico dell'accusa¹²⁵, ma senza ottenere risultati significativi oltre a quello di allentare le garanzie individuali degli imputati.

Di conseguenza, al fine di contrastare tali condotte antisociali che continuavano a godere di ampi margini di impunità, decise quindi di intervenire il legislatore. Con l'esplicito intento di "colmare una lacuna legislativa"¹²⁶ si scelse di introdurre, con la citata legge n. 646 del 1982, una nuova norma incriminatrice: l'art. 416 bis c.p.¹²⁷.

Si pone, a questo punto, un interrogativo: se è vero che l'art. 416 bis c.p. è stato introdotto porre fine alla descritta incapacità della fattispecie dell'associazione per delinquere "comune", come si spiega il ricorso a una tecnica legislativa che amplia il *thema probandum* e che, a prima vista, complica gli oneri dimostrativi dell'accusa?¹²⁸ E la risposta non può che scaturire da un'indagine sulle differenze tra le due norme.

In effetti, com'è noto, l'art. 416 c.p. si caratterizza per un'ampia latitudine applicativa, dovuta alla "asettica" genericità con cui sono formulati: l'apparato

123TURONE G., *Il delitto cit.*, pag. 3 e ss.

124Si consenta di rinviare alle considerazioni già portate a proposito dei reati associativi. Cfr. Capitolo 1, Parte 2, Paragrafo 1.

125Ad esempio, negli anni Settanta, la giurisprudenza desunse automaticamente l'adesione psicologica al programma criminoso (richiesta da un orientamento consolidatosi in giurisprudenza sin da epoca risalente) da parte degli imputati di mafia dal fatto stesso di far parte di un sodalizio mafioso. In pratica era sufficiente che nell'ambiente un certo soggetto fosse notoriamente considerato mafioso. Cfr. TURONE G., *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 10.

126In questi termini si esprimeva la Relazione alla proposta di legge n. 1581 del 1980. Cfr. FIANDACA G., *Commento cit.*, pag. 257; INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., 1996, pag. 66.

127FIANDACA G., *Commento cit.*, pag. 257 e ss.

128Testualmente: NOBILI M., *Associazioni mafiose cit.*, pag. 229.

strutturale dell'organizzazione (in alcun modo delineato)¹²⁹, le finalità perseguite (la commissione di una pluralità di delitti, di qualsiasi tipo essi siano)¹³⁰ e le condotte punibili¹³¹. Nonostante ciò, il legislatore è ricorso alla costruzione di una “nuova” norma incriminatrice e, nel fare ciò, ha adottato una peculiare tecnica di costruzione della fattispecie, tipizzando il metodo e gli scopi dell'associazione¹³².

Di conseguenza, rispetto alla previsione di cui all'art. 416 c.p. – sebbene permanga un certo alone indeterminatezza, anche senza considerare la mancata individuazione del contenuto dei singoli comportamenti penalmente rilevanti¹³³ – la disposizione appare “arricchita” nei suoi elementi tipici.

Innanzitutto, per quanto riguarda specificamente le finalità tipiche, l'orizzonte del reato di associazione di tipo mafioso è sicuramente più ampio¹³⁴. Oltre alla commissione di delitti, sono state tipizzate ulteriori “attività para-letite” nelle sfere dell'economia e della politica “pulite” (la cui antigiuridicità discende dalle modalità impiegate per realizzarle, ossia del ricorso al metodo mafioso)¹³⁵. Ed è proprio su questo assunto che poggia la motivazione “ufficiale”; secondo quanto emerge dai lavori preparatori, infatti, la nuova fattispecie incriminatrice avrebbe dovuto contribuire a rimediare a un'inadeguatezza strutturale dell'art. 416 c.p., la quale non era in grado di colpire “tutte le realtà associative che talvolta prescindono da un programma criminoso”.

Ad ogni modo, un apprezzamento dei largheggianti orientamenti giurisprudenziali, diffusi prima del 1982, in relazione all'applicazione dei reati di violenza privata ed estorsione – per cui si ammetteva fosse sufficiente una minaccia anche in forma implicita, quando di matrice mafiosa – portano a

129Tra gli altri: FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. cit.*, pag. 474.

130INSOLERA G., *La nozione normativa di “criminalità organizzata” e di “mafiosità”: il delitto associativo, le fattispecie aggravanti e quelle di rilevanza processuale*, in *Ind. pen.*, 2001, pag. 21.

131Valgono anche per questa fattispecie incriminatrice le medesime considerazioni fatte sulla tecnica legislativa impiegata per l'art. 416 bis c.p. Si rimanda, quindi, alle pagine precedenti.

132FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pag. 358. SIRACUSANO D., *Reati associativi cit.*, pag. 1087.

133Cfr. SIRACUSANO D., *Reati associativi cit.*, pag. 1087, secondo cui le aggiunte “servono solo a circoscrivere, nel segno della pertinenza l'area di investigazione e prova”.

134FIANDACA G., *Commento cit.*, pag. 262; TURONE G., *Il delitto cit.*, pag. 280.

135Ancora: FIANDACA G., *Commento cit.*, pag. 264.

ridimensionare notevolmente la portata euristica della spiegazione “ufficiale”¹³⁶. Passando al profilo strumentale, balza immediatamente allo sguardo che “quanto costituiva un ostacolo per l'accertamento del reato previsto dal 416 c.p.” (e cioè la forza intimidatrice dell'associazione da cui deriva uno stato di assoggettamento e omertà) è stato assunto a elemento costitutivo della “nuova” fattispecie¹³⁷. Tuttavia, anche a questa riflessione è difficile conferire il carattere di decisività tra le ragioni giustificative della legge “Rognoni-La Torre”. In precedenza, infatti, la “condizione di assoggettamento e di omertà” nella cerchia delle vittime dei soprusi era presa in considerazione dalla magistratura quale elemento di prova per avvalorare l'ipotesi dell'esistenza di una associazione mafiosa¹³⁸.

In definitiva, alla luce delle perplessità suscitate dalle precedenti risposte al quesito, le ragioni che hanno spinto il legislatore a introdurre una specifica fattispecie incriminatrice devono cercarsi altrove. La reale giustificazione del reato di associazione mafiosa si coglie, infatti, ponendo l'accento sulla spiccata connotazione sociologico-ambientale degli elementi costitutivi della fattispecie. La qualificazione espressa delle associazioni mafiose alla stregua di organizzazioni criminali è rivolta ad agevolare la repressione giudiziaria, attraverso l'imposizione di orientamento socio-culturale. Da un lato, quindi, la nuova norma ha una funzione “simbolica”¹³⁹, ossia di promozione culturale¹⁴⁰. Allo stesso tempo, però, si contraddistingue per una marcata funzione “processuale”. In altre parole, la *ratio ultima* che ha condotto il legislatore del 1982 alla predisposizione di una specifica fattispecie associativa si individua nella volontà di orientare la magistratura inquirente e requirente “verso un certo tipo di procedimento”, il cui principale oggetto d'accertamento non è la condotta

136La dottrina più attenta non ha mancato di segnalare che, sulla base di questa giurisprudenza, l'onere dimostrativo sarebbe stato sostanzialmente equivalente sia con riguardo alla forza intimidatrice (prevista dalla “nuova” fattispecie) sia in relazione a un programma criminoso avente a oggetto i reati riportati (ai sensi della “vecchia” fattispecie). Cfr. FIANDACA G., *Commento cit.*, pagg. 265 e ss.

137Si cita testualmente, INSOLERA G., *La nozione normativa cit.*, pag. 21.

138IACOVIELLO F. M., *La motivazione cit.*, pag. 160.

139INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., pagg. 66 e ss.

140É innegabile, infatti, che la definizione legale in termini di punibilità penalistici di un fenomeno contribuisca a rafforzare la percezione sociale sulla necessità di stigmatizzazione del fatto. FIANDACA G., *Commento cit.*, pag. 266.

materiale di un singolo soggetto, ma “un fenomeno sociale complessivo: l'associazione mafiosa”¹⁴¹.

Si tratta, quindi, di una norma pensata per il processo e che, quindi, contribuisce alla specialità dei procedimenti per fatti legati al crimine organizzato (in particolare, con riguardo all'inizio del procedimento e alla fase decisoria). Nel prossimo paragrafo si tenterà, allora, di illustrare le concrete modalità con cui la “nuova” norma incriminatrice permetta di affievolire le difficoltà probatorie che si erano tradizionalmente frapposte alla possibilità di ricondurre le associazioni mafiose al generale paradigma criminoso di cui all'art. 416 del codice penale.

3. I processi *di* mafia come “processo *alla* mafia”

La tecnica di tipizzazione impiegata per la formulazione della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416 bis c.p. – segnata da un “marcato sociologismo”¹⁴² – mirava a favorire la raccolta del materiale probatorio attraverso l'indirizzamento delle procure verso un certo tipo di indagine. Le attività degli investigatori vengono rivolte alle organizzazioni le caratteristiche criminologiche cristallizzate nel precetto penale di nuovo conio. Nei procedimenti di mafia, è il sodalizio stesso a essere oggetto di un'indagine conoscitiva, da parte degli organi dell'accusa, che mira a delinearne il volto, la struttura, gli scopi.

In questo modo – senza dimenticare il ruolo, in quest'ottica, dei penetranti poteri di investigazione preventiva di cui si dirà in seguito – viene a configurarsi quella che Renzo Orlandi ha definito come una “inchiesta preparatoria”¹⁴³. Nelle indagini sul crimine organizzato, la *notitia criminis* costituisce lo scopo, piuttosto

141Così: NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in AA.VV. (a cura di MOCCIA S.) *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Esi, Napoli, 1994, pag. 229. Da questo testo sono prese in prestito le successive espressioni virgolettate.

142In questi termini: INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino, Bologna, 1996, pag. 66.

143L'espressione è tratta da: ORLANDI R., *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, II, pagg. 568 e ss.

che il presupposto di fatto, della ricognizione¹⁴⁴, la quale funge a sua volta da premessa conoscitiva per l'apertura di successive indagini preliminari, soggettivamente orientate nei confronti dei singoli associati e dei responsabili dei diversi “reati-scopo” (estorsioni, traffico di stupefacenti, ecc...) ¹⁴⁵.

In questo modo, però, si è prodotta una notevole alterazione del rapporto tra il diritto penale sostanziale e il processo. Nel diritto penale liberale – segnato dal passaggio da una concezione “naturalistica” del reato, a un’impostazione di tipo “normativo” –, il limite al potere d’investigazione e di accertamento processuale in capo al magistrato non si ritrova più nel materiale *corpus delicti*, ma nell’astratto principio di legalità sostanziale (sancito all’art. 25 comma 2 Cost.: “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”) ¹⁴⁶.

In questo sistema, dunque, è il legislatore, attraverso la creazione di norme di diritto sostanziale, a costituire il vincolo all’arbitrio dell’autorità giurisdizionale ¹⁴⁷ e il procedimento penale è un’attività “strumentale”, un’istituzione “servente”, rispetto al diritto sostanziale ¹⁴⁸. Il processo, tuttavia, non passa in secondo piano. In effetti, e ciò rappresenta una specificità del diritto penale, le norme sostanziali “esistono” solo in quanto violate ¹⁴⁹. In altri termini, “mentre il diritto civile può vivere, anzi, se le cose andassero bene, dovrebbe vivere senza processo, il diritto penale vive, perché è destinato a vivere, soltanto nel processo” ¹⁵⁰.

144Con riferimento a “fenomeni criminosi caratterizzati da una certa continuità nel tempo” – in particolar modo la criminalità organizzata di stampo mafioso – il pubblico ministero “si trova di fronte a una sorta di notizia permanente (o generica) di reato” per cui “l’avvio di un’indagine in ordine a quella notizia, apre indefinite possibilità di ulteriori investigazioni”. Cfr. ORLANDI R., *Inchieste preparatorie cit.*, pag. 569.

145ORLANDI R., *Inchieste preparatorie cit.*, pagg. 583 e ss.

146ORLANDI R., *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell’inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 1996, pag. 571.

147ORLANDI R., *Inchieste preparatorie cit.*, pag. 571; PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, pagg. 531 e ss.

148Sul punto, si vedano: PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, pagg. 527 e ss.; PULITANO D., *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, III 2005, pagg. 951 e ss. Sulla crisi i cui verserebbe tale concezione: NOBILI M., *Principio di legalità e processo*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, II, 1995, pag. 656.

149PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., pagg. 527 e ss.

150Si cita testualmente CARNELUTTI F., *Pena e processo*, in *Riv. it. proc.*, 1952, pag. 161. Preme esplicitare una considerazione. Puntando le luci sul rapporto di strumentalità tra

Ma da quanto precede, si ricava un corollario; essendo le norme esposte all'interpretazione del magistrato, queste non possano fungere da vincolo al potere di quest'ultimo qualora siano state costruite in maniera tale da risultare indeterminate¹⁵¹.

Di conseguenza, con particolare riferimento ai procedimenti in esame, le descritte “inchieste preparatorie” sull'associazione mafiosa si traducono, quindi, in una serie di procedimenti – strettamente intrecciata sotto i profili dell'oggetto di prova (il minimo comune denominatore è costituito dall'esistenza di un certo tipo di associazione criminale) e delle relazioni che intercorrono tra gli accusati (legati dal differente grado del vincolo associativo)¹⁵² – che possono considerarsi alla stregua di “porzioni di un grande processo virtuale a gironi concentrici”¹⁵³.

Ma la specialità del reato di associazioni di tipo mafioso ha finito col permeare inevitabilmente anche il dibattimento. L'art. 416 bis c.p., con la descritta capacità di catalizzare in solo procedimento una fitta rete di comportamenti apparentemente distanti, ha contribuito a “superare un'ottica parcellizzante circoscritta a singoli episodi delittuosi, per conseguire una visione di insieme che inquadri il fenomeno mafioso come entità unitaria”¹⁵⁴. Detto altrimenti, in questi procedimenti, orientati a “ricostruire il retroterra ambientale e il contesto socio-culturale e socio-economico”¹⁵⁵, la giurisprudenza finisce per eleggere la “cultura d'ambiente” a criterio guida dell'accertamento¹⁵⁶.

processo e diritto sostanziale, non si intende in nessun modo oscurare l'autonomia della disciplina processuale, intesa come insieme di regole a garanzia dell'accusato e dell'attendibilità dell'accertamento. Cfr. PULITANÒ D., *Sui rapporti cit.*, pag. 951; NOBILI M., *Principio di legalità e processo*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1995, II, pag. 656. Anche questa seconda idea cardine, secondo quanto denunciato dalla dottrina più attenta, sarebbe finita nel turbine generato dalla “lotta” alla criminalità organizzata, in particolare dalla predisposizione di un consistente blocco di disposizioni processuali derogatorie. NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, cit., pagg. 223-224. Ad ogni modo, di questo fenomeno si dirà meglio nella terza parte del capitolo.

151 ORLANDI R., *Inchieste preparatorie cit.*, pagg. 568 e ss.

152 Cfr. NOBILI M., *Associazioni mafiose cit.*, pag. 230; INSOLERA, *Il reato di associazione mafiosa cit.*, pag. 579.

153 Testualmente: NOBILI M., *Associazioni mafiose cit.*, pag. 230.

154 In questi termini: FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pag. 27.

155 Così: FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pag. 358.

156 FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Bari-Roma, 1993,

Innanzitutto, nella pratica giudiziaria relativa ai processi di mafia si riscontra le tendenza, alquanto allarmante, di fare ampio ricorso ai “fatti notori” e alle “massime di esperienza”.

Com'è noto, infatti, si tratta di forme di sapere preconstituito rispetto allo specifico processo – conoscenze di natura extra-giudiziale, tratte dalle scienze sociali o emerse in procedimenti precedenti – che, non dovendo essere dimostrate in giudizio, si sottraggono all'accertamento e alla dialettica processuali¹⁵⁷. Di conseguenza, se, da un lato, si tratta di conoscenze utilissime poiché tale sapere permette di interpretare comportamenti che altrimenti potrebbero sembrare irrilevanti dal punto del diritto penale, di decifrare condotte che assumono forme mimetiche o poco decifrabile; dall'altro lato, è forte il rischio che in questi procedimenti si verifichi un abuso della “cultura d'ambiente” utilizzata in funzione di supplenza all'insufficienza probatoria¹⁵⁸.

In altre parole, è fondamentale che il sapere criminologico sia utilizzato come criterio di valutazione giudiziale, al fine decifrare la carica intimidatoria di comportamenti concreti la cui sussistenza è supportata da prove che saranno vagliate in contraddittorio; al contrario, il “notorio” non può essere considerato alla stregua di un mezzo di prova, ossia come un dato gnoseologico idoneo a dimostrare che gli imputati hanno posto in essere atti di intimidazione¹⁵⁹.

In secondo luogo, è innegabile che, nei processi di mafia, il fenomeno della “formazione giudiziale della fattispecie” presenti degli specifici profili di criticità¹⁶⁰. Come si è detto, infatti, esso si manifesta quando la genericità della norma incriminatrice si traduce in imputazioni ambigue, in cui i fatti addebitati all'accusato si confondono con gli elementi di prova a suo carico.

pagg. 263 e ss. In particolare, secondo autorevole dottrina, alle spalle di quest'approccio della magistratura vi sarebbe una discutibile equiparazione del sodalizio mafioso a un vero e proprio ordinamento giuridico. Per le ragioni che spingono a queste conclusioni e una loro analisi critica, si veda: FIANDACA G., *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, 1995, V, pag. 28.

157MAGGIO P., *Prova e valutazione cit.*, pagg. 491 e ss.

158MAGGIO P., *Prova e valutazione cit.*, pagg. 491 e ss. *Contra*: FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 263 e ss.

159MAGGIO P., *Prova e valutazione cit.*, pagg. 491 e ss.; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 552.

160Si rinvia al Capitolo 1, Parte 2, Paragrafo 1.

Il *modus operandi* sollecitato dall'art. 416 bis c.p. condiziona, infatti, l'operazione ricostruttiva dei “paradigmi concettuali in grado di funzionare come oggetto di prova”¹⁶¹. Nella prassi giudiziaria si è affermato un approccio che valorizza il ruolo dell'accusato all'interno dell'organizzazione, piuttosto che il suo contributo fattuale¹⁶². Ragionando in questo modo, si utilizza la conformazione organizzativa dell'associazione per delimitare i confini di punibilità dei soggetti gravitanti nell'orbita del sodalizio qualificandone la condotta materiale come “partecipazione” o come “concorso esterno”¹⁶³. La frequente scelta di campo, da parte della giurisprudenza, a favore dell'approccio “*organizzatorio*”, è altresì connessa al quadro probatorio tipicamente emergente nel processo di mafia, all'interno del quale un ruolo decisivo è attribuito alle chiamate in correità¹⁶⁴.

Si nota, quindi, come il fenomeno del c.d. “adattamento biologico” della tipicità allo standard di prova utile per la decisione¹⁶⁵ – già di per sé alquanto limitativo delle garanzie individuali – produca, con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 416 bis c.p., un “vero e proprio circolo vizioso”¹⁶⁶. Attraverso il ricorso al sapere criminologico nella costruzione del fatto tipico si è voluto impostare in un certo modo il procedimento al fine di “conoscere” il fenomeno mafioso. Ma le conoscenze così ottenute hanno contribuito, a loro volta, ad abbassare gli standard probatori di valutazione probatoria¹⁶⁷.

161Espressione mutuata da: VIGANÒ F., *Introduzione*, in AA.VV. (a cura di PICOTTI L. - FORNASARI G. - VIGANÒ F. - MELCHIONDA A.), *I reati associativi: paradigmi processuali e materiale probatorio*, Cedam, Padova, 2005, pag. 2.

162FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Dir. pen. cont.*, I, 2012, pagg. 253 e ss.

163Cfr. FIANDACA G., *Ermeneutica cit.*, pag. 359. In particolare, si riscontra in giurisprudenza un'oscillazione tra: a) la “tesi dell'autonomia interpretativa”: la condotta di partecipazione è determinata sulla base di criteri e regole autonomamente individuati dal giudice con l'ausilio dei metodi giuridici di interpretazione; b) la “tesi del vincolo socio-criminologico”: si devono utilizzare criteri di valutazione interni alle stesse organizzazioni criminali. Cfr. FIANDACA G., *Il concorso esterno cit.*, pagg. 253 e ss.

164FIANDACA G., *Ermeneutica cit.*, pag. 359; VIGANÒ F., *Riflessioni conclusive*, in AA.VV. (a cura di PICOTTI L. - FORNASARI G. - VIGANÒ F. - MELCHIONDA A.), *I reati associativi: paradigmi processuali e materiale probatorio*, Cedam, Padova, 2005, pagg. 305 e ss.

165Cfr. INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Questione Giustizia* n. 3, 2002, pag. 582.

166Così: FIANDACA G., *Il concorso esterno cit.*, pag. 253. Si veda, altresì: MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari attuali di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 491 e ss.

167FIANDACA G., *La mafia come ordinamento giuridico cit.*, pag. 28; MAGGIO P., *Prova e valutazione cit.*, pagg. 491 e ss.

Ecco, dunque, i risultati della “missione” affidata all'art. 416 bis c.p. alla magistratura: “il processo accerta, conosce (...) l'esistenza dell'organizzazione, in essa poi colloca il fatto (individuale) punibile. Ma ciò non avviene attraverso un meccanismo di sussunzione riferito alla norma astratta. È *quella*¹⁶⁸ organizzazione – spesso disegnata dai collaboranti – a decidere della partecipazione (o del concorso esterno) del singolo. (...) È il processo, è nel processo, che si identifica il fatto (individuale) punibile”¹⁶⁹. Con buona pace dei principi cardine del giusto processo¹⁷⁰.

Insomma, dall'analisi proposta emerge come, negli ultimi tempi, il legislatore abbia costruito le norme incriminatrici in vista del processo e di come ciò sia avvenuto in modo soprattutto con l'introduzione del reato di associazione mafiosa¹⁷¹. Nel “diritto penale atipico”¹⁷² relativo ai fatti di criminalità organizzata, il processo assurge a “fine primario” del sistema complessivo¹⁷³.

In questo contesto, quindi, è conclusione solo apparentemente paradossale quella che annovera, tra le principali fonti di procedura penale, le fattispecie delittuose di natura sostanziale¹⁷⁴.

168In corsivo nel testo. Da intendere come: “le regole che informano la vita dell'organizzazione”.

169Testualmente: INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa cit.*, pag. 581.

170FIANDACA G., *La mafia cit.*, pag. 28; MAGGIO P., *Prova e valutazione cit.*, pagg. 491 e ss.

171NOBILI M., *Associazioni mafiose cit.*, pag. 229.

172In questi termini: INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa cit.*, pag. 579.

173NOBILI M., *Associazioni mafiose cit.*, pag. 229. NOBILI M., *Principio di legalità e processo*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1995, II, pag. 656.

174NOBILI M., *Associazioni mafiose cit.*, pagg. 229-230.

PARTE III. LA NORMATIVA PROCESSUALE

1. Cenni all'evoluzione della “risposta legislativa” al fenomeno mafioso sul versante processuale

Il tema che sarà trattato in questa sezione è quello della disciplina processuale applicabile ai fatti di criminalità organizzata, ma, prima di procedere all'individuazione delle singole norme procedurali, preme tratteggiare a grandi linee gli eventi normativi che hanno portato alla situazione odierna¹⁷⁵.

Si è assistito, dagli anni Ottanta, a una fase caratterizzata da una nuova impostazione nella lotta alla delinquenza di stampo mafioso. In particolare, il legislatore ha introdotto progressivamente una serie di deroghe alla disciplina processuale e al diritto penitenziario nell'intenzione di contrastare il fenomeno della “criminalità organizzata”¹⁷⁶. La conseguenza è che, a tutt'oggi, l'ipotizzata violazione di talune fattispecie incriminatrici (tra cui, ad esempio, l'art. 416 bis c.p.) implica l'attivazione di una “speciale procedura giudiziaria”¹⁷⁷ volta ad accertarla.

Il primo caso in cui il legislatore processuale si riferisce espressamente al concetto di “criminalità organizzata” si ha con la novellazione dell'art. 340 comma 3 del codice “Rocco”, ad opera della legge n. 15 del 1980¹⁷⁸; ma il dibattito sulla “matrice processualistica” della strategia di contrasto alla criminalità organizzata si rinfocola, pochi anni più tardi, in concomitanza con la

175ORLANDI R., *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata: dal maxiprocesso al “grande processo”*, In AA.VV. (a cura di GIOSTRA G. - INSOLERA G.), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Giuffrè, Milano, 1995, pagg. 83 e ss.

176INSOLERA G., *La nozione normativa di “criminalità organizzata” e di “mafiosità”: il delitto associativo, le fattispecie aggravanti e quelle di rilevanza processuale*, in *Ind. pen.*, 2001, pag. 20.

177Espressione mutuata da ORLANDI R., *Il procedimento penale cit.*, pagg. 83 e ss. Cfr. anche: INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa*, pagg. 574 e ss.

178Si trattava di una disposizione in tema di delegabilità alla polizia giudiziaria dei sequestri presso le banche o altri istituti pubblici, per verificare la presenza di indizi o accertare la sussistenza di “reati di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico” nonché, appunto, di “criminalità organizzata”. Cfr. CONSO G., *La criminalità organizzata cit.*, pagg. 387-388.

discussione sul progetto di riforma del codice di procedura penale¹⁷⁹.

Ad ogni modo, la “legge delega”¹⁸⁰ recepisce solo in parte le istanze di differenziazione procedimentale proposte per adeguare la disciplina processuale alle peculiarità del fenomeno mafioso¹⁸¹. In particolare, l'espressione “criminalità organizzata” si riscontra solo all'art. 2 n. 48, con cui si indirizza il legislatore verso una speciale disciplina della fase investigativa, attraverso la “possibilità di concludere le indagini entro due anni in caso di processi di criminalità organizzata e in ipotesi eccezionali specificamente indicate”¹⁸².

Il “nuovo” codice di procedura del 1988 non contiene, invece, richiami espliciti alla criminalità organizzata, salvo annoverarla tra le gravi manifestazioni criminali cui è associata l'esigenza cautelare della c.d. “tutela della collettività”¹⁸³. Al contempo, però, vengono predisposti istituti che, nonostante siano di applicazione comune, riflettono la consapevolezza del legislatore delle peculiarità tali procedimenti. Ci si riferisce, ad esempio, agli istituti del collegamento tra le indagini, dell'incidente probatorio e della c.d. “circolazione delle prove” (con la possibilità di utilizzare le dichiarazioni, specialmente quelle dei correi, sentiti in altro procedimento)¹⁸⁴.

Il regime processuale differenziato di cui si parlava in precedenza assume una “fisionomia riconoscibile”¹⁸⁵ solamente con successivi eventi legislativi del

179In particolare, il problema della compatibilità del modello processuale con il fatto criminoso da accertare si era già presentato con riguardo alle forme di “abuso del processo” (tecniche processuali dilatorie per ottenere l'impunità) sotto la vigenza del c.p.p. 1930. I cd “maxi-processi” – frutto delle “maxi-indagini” figlie dalla normativa del 1982 – non si conciliavano con alcuni istituti processuali (tra cui le letture dibattimentali) che ne rallentavano l'avanzamento sino a renderlo inefficace. Cfr. AMODIO E., *La patologia del maxiprocesso: diagnosi e terapeutica*, in *Cass. pen.*, 1988, pagg. 2056 e ss.; CORSO P., *Codice penale cit.*, pag. 122.

180La legge n. 81 del 1987 (“Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale”).

181Per un'opinione critica, si veda: GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pag. 4, in cui si sostiene, testualmente, che: “La legge delega del 1987 non aveva dimostrato specifiche preoccupazioni per i processi di criminalità organizzata”.

182Sul punto, cfr. CONSO G., *La criminalità organizzata cit.*, pag. 389.

183Per la quale, si rimanda al prossimo paragrafo.

184GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 5. Nello stesso senso, con riferimento alle direttive della “legge delega”: CORSO P., *Codice penale cit.*, pagg. 125 e ss.

185Così: ORLANDI R., *Il procedimento penale cit.*, pagg. 84-85.

biennio 1991-1992¹⁸⁶. Infatti, le prime insoddisfacenti applicazioni del codice del 1988 e i tragici delitti prodotti dalla stagione stragista inaugurata dai Corleonesi avevano contribuito a diffondere tra gli operatori del diritto l'opinione che la nuova normativa processuale fosse inadeguata ad adattarsi ai procedimenti di mafia, a causa delle loro "indubbie peculiarità oggettive e soggettive"¹⁸⁷. Una parte consistente della dottrina¹⁸⁸ auspicava, quindi, un nuovo intervento del legislatore al fine di predisporre un sistema di norme processuali derogatorie o "speciali", idoneo a consentire una risposta efficiente dell'apparato repressivo alla fenomenologia criminale mafiosa. E, in quest'ottica, il punto di partenza doveva essere la precisa individuazione di una serie di reati da ricondurre sotto l'etichetta "criminalità organizzata", che avrebbe funzionato da perno "sostanziale" per l'applicazione della disciplina processuale differenziata.

A dispetto di tali auspici, però, il complesso di disposizioni derogatorie è il frutto di una caotica stratificazione normativa, attuata senza una strategia elaborata in conformità a una valutazione complessiva del fenomeno: il legislatore interviene, sospinto dall'urgenza, ora "rattoppando" il tessuto codicistico, ora attraverso decreti legge e leggi speciali¹⁸⁹.

186In particolare: il d.l. 345 del 1991 (istitutivo la Direzione Investigativa Antimafia); il d.l. 367 del 1991 (istitutivo della Direzione Nazionale Antimafia); il d.l. 306 del 1992 (che stabiliva deroghe alle regole di concernenti la formazione dibattimentale della prova). In questo periodo interviene anche il d.l. 152 del 1991 (con il quale erano state predisposta una disciplina premiale per i c.d. "collaboratori di giustizia").

187Così: GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pagg. 5-6. Nello stesso senso: MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, in *Quest. Giust.*, III, 2002, pag. 606.

188In questo stesso senso si schierava, infatti, la Commissione Parlamentare Antimafia (Relazione del 1991). "Quella giudiziaria non è certamente l'unica 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 principio d'irresponsabilità, si sacrificano i diritti dei cittadini più deboli, si sfibra il rapporto di fiducia tra cittadini e istituzioni"; cfr. VIOLANTE L., *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 475. Tale impostazione è altresì sintetizzata nel pensiero di Vittorio Grevi, secondo cui: "È vero che non è il processo penale il luogo più adeguato né, tanto meno, esclusivo per questa lotta che deve svilupparsi specialmente prima e fuori del processo. (...) È altrettanto vero, tuttavia, che quando la lotta si concretizza nel momento della repressione penale, la macchina processuale deve essere efficiente, idonea all'accertamento dei fatti e delle eventuali responsabilità"; cfr. GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 3.

189CONSO G., *La criminalità organizzata cit.*, pag. 385, parla a tal proposito di "iperproduzione normativa". Nello stesso senso anche: GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 7; INSOLERA G., *Reato di associazione mafiosa cit.*, pag. 574; SCAGLIONE A., *Il processo penale per i delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2009, pag. 131.

Inoltre, al *deficit* di sistematicità di quest'aggregato legislativo, si aggiungeva una preoccupante trascuratezza del linguaggio adottato dal legislatore. In particolare, alquanto criticabile, in tal senso, risultava l'impiego dell'espressione "criminalità organizzata", senza che di tale categoria se ne fosse data una definizione¹⁹⁰.

Non ci si stupisce dunque se, da questo ambiente di approssimazione linguistica, siano fiorite una serie di formule vaghe, dal sapore giornalistico, quali: "doppio binario", "strategia processuale differenziata", ecc.; le quali si trovano utilizzate, talvolta in senso descrittivo della realtà normativa asistemica sopra citata, altre volte per promuovere un sistema di regole processuali diversificate in relazione alla tipologia di reato da accertare¹⁹¹.

Nelle prossime pagine si cercherà, quindi, di "mettere ordine" nel magmatico insieme delle disposizioni derogatorie e si tenterà, inoltre, di individuare le linee guida per la delimitazione dell'indefinito concetto di "criminalità organizzata".

In tale prospettiva, si muoverà da un'esplorazione dell'universo normativo penale per redigere un inventario dei dati normativi esistenti in tema di criminalità organizzata¹⁹².

190Per le ragioni in base alle quali la chiarezza nel legiferare dovrebbe essere una componente essenziale nel contrasto ai fenomeni criminali più gravi, si veda: CONSO G., *La criminalità organizzata cit.*, pag. 385. Cfr. anche GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 36; MADDALENA M., *I problemi pratici delle inchieste di criminalità organizzata nel nuovo processo penale*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.) *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pag. 79.

191BERNASCONI A., *Criminalità organizzata (Voce)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2000, pagg. 501-502. Vedi anche: SCAGLIONE A., *Il processo penale per i delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2009, pag. 131.

192In particolare, una simile operazione classificatoria è già stata compiuta in precedenza da altri autori, tra cui: VIGNA P.L., *Le "nuove" indagini preliminari nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pagg. 74 e ss.; DI CHIARA G., *Appunti per una ricognizione della normativa processuale in tema di criminalità organizzata*, in *Foro it.*, 1999, pagg. 217 e ss.; BERNASCONI A., *Criminalità organizzata cit.*, pagg. 503 e ss.; SCAGLIONE A., *Il processo penale cit.*, pagg. 131-132.

2. Inventario delle disposizioni processuali in tema di criminalità organizzata

2.1. La prima categoria: norme che si riferiscono espressamente alla "criminalità organizzata"

Un'investigazione della disciplina applicabile nei procedimenti di criminalità organizzata conduce a individuare due tipologie di disposizioni "speciali". Si tratta, invero, di due classi che si differenziano per la tecnica con cui il legislatore ha individuato il presupposto sostanziale cui riferire la loro disciplina derogatoria.

Nella prima si annoverano le disposizioni che richiamano espressamente la locuzione "criminalità organizzata". La seconda classe raggruppa, invece, le norme il cui campo di applicazione è individuato attraverso cataloghi di norme sostanziali "elettive". Analizziamole singolarmente.

Le norme riferibili alla prima categoria non sono numerose. A livello codicistico, 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; (sulle 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).

Anche a livello extra-codicistico, si riscontra una serie di disposizioni processuali il cui l'elemento testuale reca la formula "criminalità organizzata". Si riportano, in particolare: l'art. 13 d.l. n. 152 del 1991 (intercettazioni telefoniche e ambientali); l'art. 21 bis d.l. n. 306 del 1992 (correlato all'art. 240 bis disp. att. c.p.p.; sancisce la non operatività della sospensione feriale dei termini per le indagini preliminari volte ad accertare la sussistenza di tale tipologia di reati); l'art. 23 comma 2 lett. c del d.p.r. n. 448 del 1988 (previsione speculare, a livello di processo minorile, rispetto all'art. 274 lett. c c.p.p.); l'art. 37 comma 2 d.p.r. n. 448 del 1988 (applicazione provvisoria di misure di sicurezza in capo a minorenni); e, infine, la già citata direttiva n. 48 della legge delega (Legge n. 81

del 1987), in tema di durata delle indagini preliminari.

Più frequente è, invece, il riferimento alla locuzione “criminalità organizzata” in settori dell'ordinamento penale quali l'organizzazione delle strutture investigative e di supporto, l'attività preventiva di polizia e le norme penitenziarie. Si riportano, in via esemplificativa, due disposizioni molto significative relative a tali materie: l'art. 12 d.l. n. 152 del 1991 (convertito in legge n. 203 del 1991; sull'organizzazione dei servizi centrali e interprovinciali di polizia, carabinieri e guardia di finanza) e l'art. 18 bis legge n. 354 del 1975 (inserito dalla legge n. 8 del 1992; in tema di colloqui investigativi riservati)¹⁹³.

Come anticipato, questa tecnica legislativa ha subito numerose critiche da parte della dottrina a causa della genericità di tale endiadi. Tuttavia, prima di trattare dei problemi che ne scaturiscono in termini di consistenza rispetto ai parametri costituzionali e delle soluzioni fornite dalla scienza giuridica e dalla prassi giudiziaria, si ritiene opportuno tracciare anche la seconda categoria di norme pensate per intensificare il contrasto ai sodalizi criminali. Si vedrà, infatti, che una parte significativa della dottrina ha fatto riferimento – per riempire di significato la formula legislativa della “criminalità organizzata” – proprio alla normazione per cataloghi.

2.2. La seconda categoria: la normazione per cataloghi

Questo gruppo contiene le disposizioni processuali strutturate attraverso elencazioni di ipotesi delittuose e le norme che, a tali “cataloghi centralizzati di *titula iuris*”¹⁹⁴, rinviano formalmente.

È questa la tecnica di normazione che il legislatore ha impiegato più frequentemente quando ha operato nell'intenzione di predisporre un regime processuale differenziato per i reati di criminalità organizzata. In ogni caso, ripetuti e sordinati interventi su tale *corpus* normativo, succeduti negli anni successivi al biennio 1991-1992, hanno portato alla dissoluzione anche quel

¹⁹³Per un'elencazione completa delle disposizioni sul tema, si permetta di rimandare a: ORLANDI R., *Il procedimento penale cit.*, pagg. 86 e ss.; DI CHIARA G., *Appunti cit.*, pag. 217; BERNASCONI A., *Criminalità organizzata cit.*, pag. 503.

¹⁹⁴L'espressione è mutuata da DI CHIARA G., *Appunti cit.*, pag. 218.

minimo grado di sistematicità di cui era dotato¹⁹⁵. Di conseguenza, la ricognizione che si andrà a compiere si propone di ricercare se e quali relazioni vi siano tra le differenti liste di *figurae criminis*.

In particolare, nell'attuale situazione normativa è possibile individuare due serie principali di delitti: quella contenuta nel comma 3 bis dell'art. 51 c.p.p. e quella risultante dall'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p.

In particolare, la norma da ultima citata – in tema di termini massimi di durata delle indagini¹⁹⁶ – comprende un gruppo molto vasto ed eterogeneo di norme incriminatrici¹⁹⁷. In essa, si annoverano, infatti, taluni delitti obiettivamente

195Si consenta di rinviare, sul punto, alle pagine precedenti.

196La norma in questione costituiva, senza dubbio, l'attuazione della direttiva n. 48 di cui all'art. 2 della delega del 1987. Come detto, infatti, tale inciso prevedeva la "possibilità di concludere le indagini preliminari entro 2 anni in caso di processi di criminalità organizzata". Di conseguenza, l'elencazione originaria di reati in essa contenuta poteva essere considerata la declinazione legislativa della formula "criminalità organizzata". Come comprensibile, principalmente su quest'argomentazione si fondava quella dottrina che considerava la lista contenuta all'art. 407, comma 2, lett. a c.p.p. alla stregua di una "chiave di volta" per individuare una base sostanziale cui si riferiva il legislatore quanto tale clausola generale era elevata a presupposto per l'operatività di una disciplina speciale (per i singoli casi, vedi paragrafo precedente). Ma tale ipotesi poggiava, altresì, su un argomento di ordine storico-sistematico; infatti, il d.l. n. 367 del 1991 – nel disciplinare il coordinamento delle indagini nell'ambito della criminalità mafiosa (criminalità organizzata in senso stretto) – aveva ritagliato il concetto di quest'ultima dall'elenco di reati che si sta analizzando, mostrandone l'attitudine a qualificarsi come criminalità organizzata in senso ampio. Cfr. CONSO G., *La criminalità organizzata cit.*, pagg. 388 e ss. In ogni caso, l'impostazione sopra tratteggiata sembra aver perso gran parte della sua attrattiva; in effetti, la catalogazione di cui all'art. 407 comma 2 lett. a è stata stravolta dagli interventi legislativi successivi al 1991-1992, che su di essa hanno inciso a più riprese aumentando la quantità e la varietà delle ipotesi delittuose contenute in essa. Cfr., tra gli altri: VIGNA P.L., *Le "nuove" indagini cit.*, pagg. 74 e ss.

197Questa la lista completa e aggiornata dei reati di cui art. 407 comma 2 lett. a:

"1) delitti di cui agli articoli 285, 286, 416-bis e 422 del codice penale, 291-ter, limitatamente alle ipotesi aggravate previste dalle lettere a), d) ed e) del comma 2, e 291-quater, comma 4, del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43;

2) delitti consumati o tentati di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice penale;

3) delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo;

4) delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché delitti di cui agli articoli 270, terzo comma e 306, secondo comma, del codice penale;

5) delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110;

collegati a strutture associative e talaltri reati che “non presuppongono necessariamente il substrato di una organizzazione criminale”¹⁹⁸.

Ad ogni modo, la rilevanza 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 (l'art. 301, comma 2 bis c.p.p.¹⁹⁹; l'art. 303 comma 1 lett. a n. 3 c.p.p.; l'art. 304, comma 2 c.p.p.; l'art. 307, comma 1 bis c.p.p.); altre riguardano alcuni “delicati snodi della fase delle indagini preliminari”²⁰⁰: l'art. 335 comma 3 c.p.p. (sulla comunicabilità esterna delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato); l'art. 347 comma 3 c.p.p. (sull’obbligo della polizia giudiziaria di riferire immediatamente, anche in forma orale, la notizia di reato al pubblico ministero)²⁰¹; l'art. 405, comma 2 c.p.p. (sul termine di durata delle indagini preliminari); l'art. 112 disp. att. c.p.p. (sulla comunicazione semplificata delle attività compiute dalla polizia giudiziaria al pubblico ministero in mancanza di condizione di procedibilità); l'art. 118 bis, comma 1 disp. att. c.p.p. (sul coordinamento investigativo).

La seconda elencazione di delitti è quella prevista dal comma 3 bis dell'art. 51 c.p.p., introdotto dalla legge n. 306 del 1992 e funzionale all’individuazione dei c.d. “reati distrettuali” (e cioè, i delitti le cui indagini sono attribuite alle Direzioni Distrettuali Antimafia). Ciò premesso, non stupisce che il catalogo in esame contenga, per prima cosa, i delitti tipicamente connessi alla criminalità mafiosa: il reato di cui all'art. 416 bis c.p. e “i delitti commessi avvalendosi delle

6) delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni;

7) delitto di cui all'articolo 416 del codice penale nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza;

7-bis) dei delitti previsto dagli articoli 600, 600-bis, comma 1, 600-ter, comma 1, 601, 602, 609-bis nelle ipotesi aggravate previste dall'articolo 609-ter, 609-quater, 609-octies del codice penale, nonché dei delitti previsti dall'art. 12, comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni”.

198In questi termini: DI CHIARA G., *Appunti cit.*, pag. 219. Ci si riferisce, per esempio, al reato di omicidio “semplice” (art. 407, comma 2, lett. a., n. 2 c.p.p.).

199In realtà, la norma prende in considerazione solo i numeri 1 e 6 dell'art. 407 comma 2 lett. a.

200Così: BERNASCONI A., *Criminalità organizzata cit.*, pag. 504.

201Anche in questo caso la deroga riguarda solo i numeri 1 e 6 dell'art. 407 comma 2 lett. a.

condizioni previste dal predetto articolo 416 bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo²⁰². Col passare degli anni, però, l'area dei "reati distrettuali" è stata progressivamente estesa attraverso l'inserimento di altre fattispecie considerate foriere di allarme sociale altrettanto elevato²⁰³. Di conseguenza, ad oggi tale indice comprende anche svariati reati associativi²⁰⁴ e alcune fattispecie monosoggettive²⁰⁵.

Come detto, dunque, questa elencazione comprende anche una sottoclasse peculiare di reati: i delitti "potenzialmente mafiosi"²⁰⁶. Si tratta dei crimini perpetrati sfruttando il metodo mafioso o al fine di favorire i sodalizi della medesima specie²⁰⁷ ed è indubbio che si tratti di una perifrasi modellata sulla fattispecie circostanziale di cui art. 7 d.l. n. 152 del 1991²⁰⁸.

In ogni caso, il richiamo a tale sottocategoria ha destato non poche perplessità nella dottrina. Non sfugge, infatti, che l'impiego di nessi teleologici o causali alla fattispecie sostanziale di cui all'art. 416 bis c.p. consenta di estendere il perimetro applicativo della previsione normativa a una serie potenzialmente indeterminata di reati. In particolare, il riferimento a una classe aperta di reati – se elevato presupposto di operatività di una normativa processuale derogatoria

202Ai procedimenti relativi all'art. 416 bis c.p. e a quelli "commessi in relazione a esso" si riferisce anche l'art. 27 comma 2 Legge n. 55 del 1990. Più specificamente, si tratta di una norma che attribuisce alla polizia giudiziaria un vasto potere di controllo, ispezione e perquisizione dei mezzi di trasporto e degli effetti personali.

203In particolare, non sembra più valida l'opinione secondo cui tale elenco "consacra vere e proprio fattispecie elettive di criminalità organizzata". DI CHIARA G., *Appunti cit.*, pag. 219.

204Si tratta delle seguenti fattispecie: a) l'art. 416, sesto comma, c.p. (associazione criminale diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602 c.p., nonché all'articolo 12, comma 3 bis, del TU sull'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, il d.l. n. 286 del 1998; parole aggiunte da dalla legge n. 228 del 2003); b) l'art. 416 c.p., quando realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli articoli 473 e 474 c.p. (l'associazione per delinquere in materia di contraffazione, reato inserito dalla legge n. 99 del 2009); c) l'art. 74 del TU approvato con il d.p.r. a n. 309 del 1990 (l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti); d) l'art. 291 quater d.p.r. n. 43 del 1973 (associazione per delinquere finalizzata al contrabbando dei tabacchi lavorati esteri, inserito sulla base dell'intervento della legge n. 136 del 2010); e) l'art. 260 del d.l. n. 152 del 2006 ("attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti"; aggiunto dalla n. 136 del 2010).

205Vale a dire: a) Sin dalla versione originaria, l'art. 630 c.p. (sequestro di persona scopo di estorsione); b) A seguito della legge n. 228 del 2003, le attribuzioni riguardano anche i reati concernenti la tratta di esseri umani: l'art. 600 c.p. (riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù); l'art. 601 c.p. (tratta di persone); l'art. 602 c.p. (acquisto e alienazione di schiavi).

206Espressamente, VIGNA P.L., *Le "nuove" indagini cit.*, pag. 76.

207ORLANDI R., *Procedimento penale cit.*, pag. 88, parla di "delitti che si trovano in relazione strumentale o teleologica" nei confronti dell'associazione mafiosa.

208In questo senso: VIGNA P.L., *Le "nuove" indagini cit.*, pagg. 76 e ss. Si segnala, in particolare, che si tratta di circostanza aggravante a effetto speciale.

– contribuisce ad annullare la tassatività dell'elencazione, ponendosi in contrasto con i precetti costituzionali che presidiano il corretto esplicarsi della giurisdizione penale (in primo luogo, l'art. 25 comma 2 Cost.)²⁰⁹.

Le critiche sollevate dalla dottrina sembrano ancor più giustificate, se si considera che al catalogo di cui all'art. 51, comma 3 bis c.p.p. rinvia un nutrito gruppo di disposizioni del codice di procedura penale: l'art. 54 ter c.p.p. (di cui sopra); l'art. 190 bis c.p.p. (rubricato: "Requisiti della prova in casi particolari"); l'art. 328 comma 1 bis c.p.p. (g.i.p. "distrettuale"); l'art. 371 bis commi 1 e 3 lett. h c.p.p. (attività di coordinamento e potere di avocazione del Procuratore nazionale antimafia); l'art. 406, comma 5 bis c.p.p. (proroga del termine per le indagini); l'art. 444, comma 1 bis c.p.p. (limitazione all'operatività del "patteggiamento")²¹⁰. A questa catalogazione fanno riferimento, altresì, numerose disposizioni che rafforzano gli strumenti investigativi per l'attività di prevenzione, come ad esempio: l'art. 25 bis d.l. n. 306 del 1992 (perquisizioni locali di interi edifici o di blocchi di edifici); l'art. 295, comma 3 bis, c.p.p. (intercettazioni ambientali per la ricerca dei latitanti); art. 25 ter d.l. 306 del 1992 (intercettazioni preventive); art. 226 disp. att. c.p.p. (intercettazioni e controlli preventivi sulle comunicazioni). Altri rinvii si riscontrano nelle norme volte a predisporre la disciplina sulla partecipazione e l'esame a distanza: l'art. 45 bis disp. att. c.p.p. (partecipazione dell'imputato o del condannato al procedimento in camera di consiglio), l'art. 145 bis disp. att. c.p.p. (aule di udienza protette), l'art. 146 bis disp. att. c.p.p. (partecipazione a distanza della persona in stato di detenzione), l'art. 147 bis disp. att. c.p.p. (esame delle persone che collaborano con la giustizia o degli imputati di reato connesso), l'art. 9 d.l. n.8 del 1991,

209Tra gli altri: VIGNA P.L., *Le "nuove" indagini* cit., pagg. 76 e ss.; ORLANDI R., *Procedimento penale* cit., pag. 88. INSOLERA G., *La nozione normativa* cit., pag. 24. Si tratta di questione molto delicata, anche dal punto di vista della politica criminale: la nozione – essendo circondata da un alone di indeterminatezza – non soddisfa quei criteri di precisione e oggettività che le scelte normative a essa collegate avrebbero consigliato. In particolare, per una critica – fondata proprio su tali argomentazioni – alla sovrapposizione tra la clausola legislativa "criminalità organizzata" e l'elencazione di reati ex all'art. 51 comma 3 bis c.p.p., si veda: MELILLO G., *La ricerca della prova* cit., pagg. 3521 e ss.

210Si tratta di un inciso introdotto dalla Legge n. 143 del 2003. Tale provvedimento legislativo, nell'estendere notevolmente l'ambito di applicazione di tale rito speciale, ne ha comunque escluso l'applicabilità sopra il limite della condanna a due anni di reclusione. Cfr. BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, in AA.VV. (a cura di SPANGHER G.), *Trattato di Procedura penale*, Vol. VII, Utet, Torino, 2011, pagg. 338 e ss.

convertito in legge n. 82 del 1992 (condizione per l'applicazione delle speciali misure di protezione per i collaboratori di giustizia).

Si aggiunge che, a seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 11 del 2009²¹¹, oggi rinvia all'elenco in esame anche l'art. 275 comma 3 c.p.p. (sulla custodia cautelare in carcere) che, anteriormente, si riferiva alle fattispecie più emblematiche di criminalità mafiosa (art. 416 bis c.p. e reati aggravati dall'art. 7 del d.l. 152 del 1991). Si ricorda, inoltre, che tale norma è esplicitamente richiamata dall'art. 25 quater d.l. n. 306 del 1992 (in tema di “soggiorno cautelare”).

Vale la pena di accennare, in questa sede, anche alla catalogazione fissata dall'art. 380 c.p.p. (arresto obbligatorio da parte della polizia giudiziaria qualora sussista lo stato di flagranza)²¹². In effetti, un richiamo a tale indice normativo è d'obbligo; esso si applica – oltre che a un gruppo alquanto eterogeneo di delitti – anche al reato di associazione mafiosa. Degno di nota, infine, il rinvio a tale catalogo da parte dell'art. 270 comma 1 c.p.p. (sull'impiego del materiale raccolto attraverso le intercettazioni)²¹³.

Insomma, sulla base dell'analisi compiuta, è possibile individuare i tratti del rapporto strutturale esistente tra i due principali cataloghi. Nonostante il legislatore abbia continuato a espanderne l'area di operatività attraverso l'aggiunta di figure criminose, l'elenco di reati di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p. può ancora definirsi un sottoinsieme di quello predisposto all'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p. La conseguenza, intuitiva, è che la disciplina derogatoria, applicabile ai c.d. “reati distrettuali” – risultante dalla somma delle disposizioni riferite a entrambe le elencazioni – viene a configurare un blocco consistente di disposizioni “speciali”.

211In particolare, con tale intervento il legislatore ha collegato l'applicazione dell'art. 275 comma 3 c.p.p. alla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli artt. 51 comma 3 bis e comma 3 quater c.p.p., nonché ad altri gravi reati.

212Si segnala che questa catalogazione era presa in considerazione da qualche studioso all'interno di un inventario della normativa processuale penale rivolta al contrasto dell'*organized crime*. Cfr. NOBILI M., *Associazioni mafiose cit.*, pag. 271; ORLANDI R., *Procedimento penale cit.*, pag. 288. Tuttavia, condividendo la sorte di altre elencazioni, il suo rilievo si è oggi ridotto notevolmente.

213Un rinvio – seppur di minor rilevanza ai nostri fini – si riscontra pure a opera dell'art. 118 c.p.p. nel quale si facilita la collaborazione tra attività preventiva e repressiva nel perseguimento dei reati in questione attraverso la circolazione di copie di atti di procedimenti penali e altre informazioni.

Per concludere, si osserva che, dai primi anni del nuovo millennio, si è tentato di porre in essere un’analoga strategia processuale differenziata anche con riguardo ai “delitti commessi per finalità di terrorismo od eversione dell’ordinamento costituzionale”²¹⁴. In particolare, dal punto di vista della tecnica normativa, ciò è avvenuto principalmente attraverso il rinvio da parte di numerose disposizioni derogatorie all’art. 407 comma 2 lett. a n. 4 c.p.p., che contiene la locuzione in questione²¹⁵.

2.3. Segue. *Una nozione processuale di “criminalità organizzata”*

Come si è già accennato in precedenza, una delle principali critiche mosse al “legislatore dell’emergenza” concerne la mancata delimitazione dell’area dei delitti rientranti nella categoria “criminalità organizzata”. L’individuazione dei fatti criminali sussumibili sotto tale nozione non costituisce uno sterile esercizio teorico, ma da essa dipende l’applicazione delle norme processuali rientranti nella “prima categoria”.

È innegabile, infatti, che la locuzione “criminalità organizzata” sia una clausola generale dai marcati connotati socio-criminologici²¹⁶. Ma la collocazione di tale

214Si tratta di una categoria che venuta a definirsi già alla fine degli anni Ottanta (cfr. Legge n. 304 del 1982). Ci si limita a segnalare, in questa sede, che il legislatore – mediante l’art. 15 della legge n. 155 del 2005 – ha provveduto a definire la “finalità di terrorismo” (art. 270 sexies c.p.). Cfr. MANTOVANI M., *Le condotte con finalità di terrorismo*, in AA.VV. (a cura di KOSTORIS R.E. - ORLANDI R.), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006, pagg. 77 e ss.; SCAGLIONE A., *Il regime processuale cit.*, pagg. 577 e ss.

215Come risulta da un’attenta ricognizione del codice, a esso si riferiscono quasi tutte le disposizioni speciali che rinviano anche all’art. 51 comma 3 bis c.p.p.: art. 295, comma 3 bis c.p.p. (intercettazioni ambientali per ricerca latitanti), art. 406, comma 5 bis c.p.p. (proroga indagini senza notifica all’indagato); art. 145 bis disp. att. c.p.p. (aule protette), art. 146 bis disp. att. c.p.p. (partecipazione a distanza), art. 147 bis disp. att. c.p.p. (esame delle persone che collaborano con la giustizia o degli imputati di reato connesso), art. 226 disp. att. c.p.p. (intercettazioni e controlli preventivi su intercettazioni), art. 4 d.l. 144 del 2005 (intercettazioni e acquisizione di tabulati). Per la disciplina dell’art. 407 c.p.p. si rinvia alle pagine precedenti. Infine, anche se riferito esclusivamente ai delitti di terrorismo, si segnalano l’inserimento dell’art. 51 comma 3 quater c.p.p. (disciplina speculare a quella del 51 comma 3 bis c.p.p. a cui fa riferimento anche l’art. 275, comma 3 c.p.p.; cfr. SCAGLIONE A., *Il regime processuale cit.*, pag. 590) e il ritocco effettuato dal d.l. 144 del 2005 all’art. 384 c.p.p. (estesa l’operatività del fermo di indiziato delitto ai reati di terrorismo senza riferimento a un limite edittale di pena per procedere al fermo; cfr. SCAGLIONE A., *Il regime processuale cit.*, pag. 579).

216Autorevole dottrina sostiene che ha “una matrice più socio-criminologica che penalistica”. Cfr. FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, pag. 10.

endiadi all'interno di una prospettiva strettamente giuridico-penale pone innanzitutto, problemi in ambito applicativo; si impone all'interprete una complicata operazione ermeneutica di traduzione della formula vaga in una serie di fattispecie sostanziali.

Si paventa, in seconda battuta, il rischio di un'incompatibilità di una simile ingegneria normativa con il principio di legalità, nella sua declinazione di esigenza di determinatezza. E si tratta di un'esigenza ancor più sentita quando occorre di individuare una categoria di reati cui sono ricollegate importanti ricadute giuridiche, quale, appunto, quella della "criminalità organizzata"²¹⁷. Si è visto, infatti, come dall'attribuzione di tale qualifica a un fatto derivino conseguenze processuali tutt'altro che irrilevanti, che possono spingersi sino alla legittimazione di proiezioni invasive nella sfera dei diritti fondamentali (si pensi, ad esempio, alla deroga alla disciplina delle intercettazioni prescritta dall'art. 13 d.l. n. 152 del 1991). In altre parole, l'ambiguità della locuzione rischia di non adeguarsi ai canoni di precisione richiesti al legislatore per la limitazione dei diritti dell'accusato²¹⁸.

Ciò premesso, si comprende come la definizione della portata semantica da attribuire alla formula legislativa "criminalità organizzata", costituisca un'operazione non solo molto complicata, ma anche molto delicata. Non è causale, dunque, se il tema è stato oggetto di un acceso dibattito, di cui se ne andranno a ripercorrere brevemente gli sviluppi nelle prossime pagine.

In questo contesto, è opinione condivisa²¹⁹ che, per affrontare la questione, si debba prendere le mosse dalla sentenza n. 1/1980 della Corte Costituzionale. Infatti, le soluzioni prospettate in questa decisione hanno rappresentato la piattaforma giuridica sulla quale si è sviluppata la riflessione della dottrina, nonché il punto di partenza del percorso esegetico compiuto dalla giurisprudenza.

In quell'occasione, la Consulta era stata chiamata a risolvere una questione di

217CONSO G., *La criminalità organizzata cit.*, pag. 385.

218Si pensi, ad esempio, ai requisiti imposti dagli artt. 13, 14 e 15 Cost. alla disciplina legislativa che imponga limitazioni ai diritti in essi definiti inviolabili.

219Si veda, tra gli altri: CONSO G., *La criminalità organizzata cit.*, pagg. 385 e ss.; DI CHIARA G., *Appunti cit.*, pag. 218; BERNASCONI A., *Criminalità organizzata cit.*, pag. 502; SCAGLIONE A., *Il processo penale cit.*, pag. 131.

legittimità della disciplina allora vigente in tema di libertà provvisoria (art. 1 comma 3 legge n. 152 del 1975), sollevata con riferimento al diritto di libertà personale (art. 13 Cost.). In particolare, il giudice *a quo* non riteneva che la normativa integrasse il requisito della predeterminazione legale dei "casi" stabilito dalla Carta fondamentale ai fini di una restrizione di tale diritto fondamentale (stabiliti dal secondo comma dello stesso art. 13 Cost.). Infatti, la disposizione rimessa al vaglio della Consulta precludeva la concessione del beneficio in caso di sussistenza del rischio che il soggetto potesse commettere fatti delittuosi tali da porre in pericolo le "esigenze di tutela della collettività". Questo il responso del giudice delle leggi: nonostante si trattasse di una formula "indubbiamente generica" (dotata di una latitudine semantica estesa al punto tale da essere potenzialmente riferibile a un qualsiasi reato), poteva comunque collocarsi all'interno del sistema costruito dai parametri costituzionali (artt. 13 e 25 Cost.) in quanto idonea a trovare "delimitazione e senso concreto «nel» e «dal» contesto storico e normativo".

Di conseguenza, dalla decisione riportata è possibile astrarre un principio: le clausole generali vaghe – tra cui rientra indubbiamente la locuzione "criminalità organizzata" – devono poter ritrovare una specificazione all'interno del contesto legislativo di riferimento. Viceversa, una disciplina processuale il cui presupposto di applicazione non sia ricavabile in tal modo risulta viziata di incostituzionalità, quantomeno alla luce del parametro della determinatezza (art. 25 Cost.)²²⁰.

Ciò premesso, si osserva che la dottrina che ha tentato di sciogliere questo nodo interpretativo si divide in due schieramenti. Un primo orientamento ritiene che, per circoscrivere l'area semantica della nozione "criminalità organizzata" nel lessico legislativo, si debbano utilizzare i criteri forniti dalle scienze sociali e criminologiche²²¹. Si tratta di un approccio "socio-criminologico" che tende, quindi, a sovrapporre il concetto di "criminalità organizzata" a quello di

220CONSO G., *La criminalità organizzata cit.*, pagg. 386-387; BERNASCONI A., *Criminalità organizzata cit.*, pag. 502.

221Tra gli altri: FIANDACA, *Controllo penale cit.*, pagg. 5 e ss.; MADDALENA M., *I problemi pratici delle inchieste di criminalità organizzata nel nuovo processo penale*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), in *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pagg. 83 e ss.; MELILLO G., *La ricerca della prova cit.*, pagg. 3512 e ss.

“criminalità mafiosa”²²².

Questa impostazione, però, è stata duramente criticata dagli autori aderenti al secondo filone interpretativo. Si è obiettato, in particolare, l'incapacità della “tesi criminologica” di condurre ad esiti univoci²²³. Infatti, oltre all'intuitiva riconducibilità del fenomeno a taluni reati associativi (la mente corre immediatamente al reato di associazione mafiosa), la presa in considerazione dei c.d. “reati scopo” renderebbe impossibile escludere a priori un qualsiasi fatto criminoso dalla classificazione nell'area della criminalità organizzata²²⁴. Di conseguenza, il descritto approccio finirebbe per comportare un inaccettabile deficit di determinatezza, alla luce di quanto statuito dalla Consulta nel 1980²²⁵. Autorevole dottrina rileva, altresì, come l'operazione ermeneutica svolta dalla Consulta non sia sufficiente a soddisfare quelle esigenze di “coordinamento sistematico e coerenza delle soluzioni” che costituiscono la “premessa per condurre senza sbandamenti la battaglia” contro le emergenze criminali²²⁶. Sarebbe, dunque, richiesto all'interprete di ricavare una definizione normativa di criminalità organizzata “attraverso i segnali ricavabili da un complesso modello eccezionale preventivo-repressivo che attraversa il sistema di diritto sostanziale, processuale e penitenziario”²²⁷. In quest'ottica, insomma, una ricostruzione del concetto di “criminalità organizzata” dovrebbe passare necessariamente per una scrupolosa indagine degli elenchi di fattispecie criminose selezionate dal legislatore attraverso la tecnica di normazione per cataloghi. E, di conseguenza, non ci si stupisce se la soluzione proposta da tali autori si sia spesso identificata con l'elenco di cui all'art. 51 comma 3 bis

222BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, in AA.VV. (a cura di SPANGHER G.), *Trattato di Procedura penale*, Vol. VII, Utet, Torino, 2011, pag. 269.

223BERNASCONI A., *Criminalità organizzata cit.*, pag. 501.

224INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino, Bologna, 1996, pagg. 36 e ss.

225In particolare, di fronte a norme la cui applicazione fosse in grado di pregiudicare i principi cardine del processo e i diritti fondamentali dell'imputato, si avvertiva distintamente un'esigenza di determinatezza: un criterio ispiratore di tutto l'universo penale, giacché discendente direttamente dal principio di legalità. Cfr. CONSO G., *La criminalità organizzata cit.*, pagg. 385 e ss. Nello stesso senso: ORLANDI R., *Procedimento penale cit.*, pag. 86.

226CONSO G., *La criminalità organizzata cit.*, pagg. 385 e ss.

227L'estratto citato proviene da: BRICOLA F., *Relazione introduttiva*, in AA.VV. (a cura di GIOSTRA G. - INSOLERA G.), *Lotta alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 9.

c.p.p.²²⁸

Questa tesi era stata accolta inizialmente dalla giurisprudenza²²⁹, ma è stata progressivamente accantonata al consolidarsi dell'opinione che i dati normativi non avrebbero potuto offrire una soluzione oggettiva; e ciò vale, a maggior ragione, a seguito dell'ampliamento della lista di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p., che l'ha portata a distanziarsi eccessivamente da – per quanto ipotizzabile – nozione criminologica di “criminalità organizzata”.

L'orientamento oggi prevalente fa invece leva sulla sentenza della Consulta del 1980 per adottare un approccio “teleologico” o “finalistico”, secondo il quale l'operazione di attribuzione di significato alla locuzione “criminalità organizzata” dovrebbe essere modulata volta per volta, avendo riguardo alle finalità specifiche della singola disciplina derogatoria²³⁰.

Conformemente a tale impostazione metodologica, la Suprema Corte ha ritenuto – in materia di intercettazioni (art. 13 d.l. n. 152 del 1991)²³¹ – che rientrassero nella nozione di crimine organizzato le “attività criminose più diverse, purché realizzate da una pluralità di soggetti che abbiano costituito un

228ORLANDI R., *Procedimento penale cit.*, pag. 88; BORRACCETTI V., *Il processo e la criminalità organizzata*, in *Quest. giust.*, VI, 2001, pag. 1170; INSOLERA G., *La nozione normativa cit.*, pagg. 24 e ss. Contra: VIGNA P. L., *Le “nuove” indagini cit.*, pagg. 74 e ss., il quale riteneva che si dovesse limitare l'area di operatività della nozione di “criminalità organizzata” ai delitti cui fa riferimento il meccanismo dell'avocazione delle indagini da parte del procuratore generale presso la corte d'appello. In tale ottica, dovevano quindi considerarsi gli elenchi di cui all'art. 372 comma 1 bis c.p.p. e quello alla base dell'art. 51 comma 3 bis c.p.p. (poiché richiamato dall'art. 371 bis comma 3 c.p.p.). In particolare, si individuava, nel collegamento delle indagini, l'obiettivo primario del legislatore per il contrasto alla criminalità organizzata. Di conseguenza, non poteva non eleggersi l'istituto dell'avocazione a “guida normativa” (giacché funzionale proprio al più efficiente soddisfacimento di tale esigenza).

229Per tale soluzione si veda, tra le altre: Cass., 22/02/1995, “Galvanin”, in *Mass. Cass. pen.*, 1995, pag. 144 (in tema di intercettazioni). In questa decisione la Suprema Corte sosteneva che: “Nel vigente ordinamento penale l'espressione delitti di criminalità organizzata ha un significato ben preciso, che tende a individuare non una fattispecie autonoma, ma una categoria di reati definita chiaramente attraverso l'analitica individuazione delle fattispecie fatta dall'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p., dall'art. 372 comma 1 bis c.p.p., dagli artt. 51 comma 3 bis c.p.p., e 54 c.p.p.”. Aggiungeva, inoltre, che l'analitica individuazione delle fattispecie – poiché incide sui provvedimenti limitativi della libertà personale – è tassativa e non può andare oltre le ipotesi espressamente previste. Le stesse considerazioni si riscontrano, peraltro, in un'altra sentenza della Cassazione, questa volta relativa al sequestro di persona (reato rientrante nel catalogo di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p.). Cfr. Cass., 05/11/2003, “Anghelone”, in *C.E.D.* n. 227772.

230Si veda anche BORRELLI G., *Modelli differenziati cit.*, pag. 271.

231In particolare: Cass., 07/01/1997, “Pacini Battaglia” (con nota di MELILLO G., *La ricerca della prova cit.*), in *Cass. pen.* 1997, pag. 3500; Cass., 02/07/1998, “Capoccia” in *C.E.D.* n. 211264; Cass., 02/07/1998, “Ingresso”, in *Giust. pen.*, III, 1999, pag. 360.

apparato organizzativo per commettere reati”²³². L'operatività della disciplina è limitata ai fatti criminosi nei quali la struttura organizzativa – caratterizzata da articolati piani di suddivisione di compiti in vista del perseguimento del medesimo fine antiggiuridico – si rivela prevalente rispetto all'apporto causale del singolo partecipe. Ragionando in questo modo, la Suprema Corte finisce così per adottare l'impostazione metodologica propria di quell'orientamento dottrinale che tende a sovrapporre al dato giuridico quello di estrazione socio-criminologica.

Rispetto a quegli autori, però, l'esito dell'operazione ermeneutica coincide con una nozione molto più estesa di “criminalità organizzata”. In questa categoria, invero, non rientrerebbero unicamente i “delitti associativi, dove 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 in essa potrebbero trovare spazio anche le “ipotesi concorsuali”²³³, vale a dire i delitti realizzati da più soggetti in concorso tra loro (ai sensi dell'art. 110 c.p.).

Si segnala, inoltre, che l'approccio metodologico adottato in materia di intercettazioni è stato fatto proprio dalle Sezioni Unite²³⁴, nel 2005, anche con riguardo alla disciplina della sospensione feriale dei termini processuali (l'art. 21 bis d.l. n. 306 del 1992 correlato all'art. 240 bis comma 2 disp. att. c.p.p.).

La decisione rappresenta il punto di arrivo di un percorso ermeneutico con cui la Corte di cassazione aveva sempre più esteso la nozione di “criminalità

232Cfr. Cass., 07/01/1997, “Pacini Battaglia” (con nota di MELILLO G., *La ricerca della prova cit.*), in *Cass. pen.* 1997, pag. 3500 e ss. Tale definizione concettuale viene ripresa in numerose sentenze successive. Per un breve *excursus* sull'evoluzione dell'interpretazione della nozione di “criminalità organizzata” in materia di intercettazioni, si veda: Cass., S.U., 11/05/2005, “Petrarca”, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 2916.

233Ancora: Cass., 07/01/1997, “Pacini Battaglia” (con nota di MELILLO G., *La ricerca della prova cit.*), in *Cass. pen.* 1997, pagg. 3505 e ss. Si evidenzia, inoltre, che la Suprema Corte intendeva espressamente delineare, in questo modo, una nozione legale di criminalità organizzata liberata da ogni vincolo di dipendenza logica dalla tematica del c.d. “doppio binario”.

234Cass., S.U., 11/05/2005, “Petrarca”, in *Cass. pen.*, 2005, X, pag. 2925. Cfr. MELILLO G., *Appunti in tema di sospensione feriale dei termini relativi a procedimenti per reati di criminalità organizzata*, in *Riv. Pen.*, 2011, I, pag. 29. La decisione è stata inoltre oggetto di analisi in un Documento della Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane del 31/10/2008, intitolato: *Doppio binario: una deriva autoritaria del processo su cui iniziare una seria riflessione*, in www.camerepenali.it.

organizzata” rilevante ai fini dell’applicazione di tale disposizione²³⁵. In particolare, i giudici di legittimità identificano il crimine organizzato con “qualsiasi tipo di associazione per delinquere ex art. 416 c.p. correlata alle attività criminose più diverse con l’esclusione del mero concorso di persone nel reato, nel quale manca il requisito dell’organizzazione”. In altri termini, condizione sufficiente e necessaria ai fini dell’integrazione di una fattispecie di criminalità organizzata è la sussistenza del requisito della stabile organizzazione programmaticamente ispirata alla commissione di più reati, “e ciò in considerazione del particolare allarme sociale che qualsiasi struttura associativa criminale suscita nell’opinione pubblica”. Ciò premesso, la Cassazione in composizione plenaria 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 (conclusione cui erano approdati i giudici di legittimità in tema di intercettazioni)²³⁶.

Insomma, la decisione elegge il reato associativo “comune” a paradigma per la ricostruzione della nozione di criminalità organizzata, adducendo altresì a supporto della propria scelta ermeneutica le recenti tendenze in ambito sovranazionale. In particolare, la Corte intendeva dichiaratamente proporre un’interpretazione conforme alla definizione di “organizzazione criminale” ricavabile dall’Azione Comune deliberata il 21/12/1998 dal Consiglio dell’Unione Europea²³⁷ e alla normativa interna di attuazione della Decisione Quadro

235In precedenza la Corte di cassazione aveva ritenuto applicabile la disciplina per l'immediato perseguimento di “fenomeni di elevata pericolosità sociale”, tra i quali si annoverava il reato di associazione per delinquere finalizzata allo spaccio di stupefacenti (Cass., S.U., 08/05/96, “Giammaria”, in *C.E.D.* n. 205039). I giudici di legittimità avevano, inoltre, ritenuto applicabile la norma anche in una vicenda in cui erano stati contestati una serie di reati, fra i quali: l'associazione per delinquere, l'importazione illegittima di armi, la detenzione e il porto abusivo di armi con lesioni volontarie (Cass., 10/03/1999, “Capriati e altri”, in *C.E.D.* n. 212998). Ad ogni modo, la Suprema Corte ha ripetutamente affermato che il riferimento ai reati di "criminalità organizzata" deve intendersi operante non soltanto ai reati di criminalità mafiosa o assimilata, bensì anche ad altri reati di criminalità organizzata (tra le più recenti in tal senso: Cass., 20/04/2004, “Sanasi”, n. 32838).

236In particolare, l'esclusione del generico riferimento ai reati concorsuali è stato visto con favore dagli studiosi, sia per l'eccessivo rigore della soluzione opposta (MELILLO G., *Appunti in tema di sospensione feriale dei termini cit.*, pagg. 2925 e ss.), sia per la conformità alla c.d. “Convenzione di Palermo”, ossia la Convenzione sul crimine organizzato transnazionale adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 15/12/2000 e ratificata con legge n. 146 del 2006 (BORRELLI G., *Modelli differenziati cit.*, pag. 272-273).

237Come già detto, l'art. 1 dell'Azione Comune – relativo alla “punibilità della partecipazione a una organizzazione criminale negli Stati membri” – delinea l’organizzazione criminale in

2002/584/GAI sul c.d. “mandato di arresto europeo”²³⁸.

Si aggiunge, per concludere, che le Sezioni Unite²³⁹ hanno recentemente ribadito la fiducia nell'impostazione sopra descritta. Nel caso di specie, infatti, si è ritenuto l'omicidio aggravato ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991 un reato estraneo alla nozione “criminalità organizzata”, giacché non sussisteva il requisito della stabile organizzazione²⁴⁰.

Mi sia concesso, arrivati a questo punto, di esprimere un personalissima opinione sul tema. Ad avviso di chi scrive, non sembra tollerabile che il giurista possa prescindere da un approccio “normativo”, ossia un'esegesi volta a recuperare un presupposto sostanziale per l'applicazione delle norme processuali derogatorie dai dati forniti dal legislatore (nazionale o sovranazionale che sia)²⁴¹. D'altro canto, le difficoltà legate a una ricostruzione della nozione sulla base della normativa processuale non appaiono facilmente superabili.

In definitiva, non sembra più rinviabile un intervento definitorio da parte del legislatore, analogo a quello che, in tempi non lontani, ha portato a una delimitazione dell'area dei delitti di terrorismo²⁴².

modo non dissimile dall'art. 416 c.p. italiano, valorizzando la stabilità nel tempo, la programmazione di reati gravi e fissando a tre persone il numero minimo dei partecipi.

238In quel contesto è stato inserito, tra i casi di consegna obbligatoria del ricercato allo Stato richiedente, quello in cui si stia procedendo per la partecipazione in una associazione di tre o più persone finalizzata alla commissione di più delitti, purché si tratti di un reato punito con sanzione detentiva di almeno tre anni.

239Cass., S.U., 15/07/2010, “Donadio”, in *Riv. Pen.*, 2011, I, pag. 29.

240Nella sentenza si legge, altresì, che “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”. Cfr. Cass., S.U., 15/07/2010, “Donadio”, in *Riv. Pen.*, 2011, I, pag. 29.

241Si condivide, pertanto, l'auspicio di un'autorevole dottrina, secondo la quale “il doloroso delle garanzie e, quindi, del processo in nome della necessità di difesa sociale verso le forme più gravi di criminalità deve passare almeno attraverso una rigorosissima identificazione normativa delle incriminazioni che giustificano il ricorso al rito speciale”. Cfr. INSOLERA, *Il reato di associazione mafiosa cit.*, pag. 575.

242Si fa riferimento al d.l. 144 del 2005 con cui si è introdotto l'art. 270 sexies c.p., rubricato: “Condotte con finalità di terrorismo”.

3. Le peculiarità dei procedimenti di criminalità organizzata

Come già anticipato, nei primi anni Novanta si era imposta, nella cultura processualpenalistica, la convinzione che le peculiarità dei procedimenti di criminalità organizzata imponessero un adeguamento del metodo di accertamento processuale. In altri termini, si sentiva la “necessità di predisporre una strategia normativa differenziata che – senza alterare l'impianto del processo e, ovviamente, nel rispetto dei principi di fondo del sistema – consentisse nei suddetti procedimenti, attraverso una opportuna combinazione di previsioni derogatorie e norme specificamente «mirate» con riguardo a determinate situazioni tipiche degli stessi, un soddisfacente funzionamento della macchina giudiziaria”²⁴³. Si comprende, allora, come le disposizioni derogatorie introdotte in quegli anni per contrastare il fenomeno mafioso fossero il risultato di un calcolo in cui le connotazioni dello specifico oggetto dell'accertamento costituivano il fattore principale. In questo contesto, alcuni autori arrivarono addirittura a sostenere che la giustificazione logica per le deviazioni della normativa ordinaria derivasse dalla stessa “natura delle cose”²⁴⁴.

Focalizziamo allora l'attenzione su quelle caratteristiche – a tutt'oggi tipiche delle cosche mafiose – che, per la loro incidenza sull'accertamento giudiziario, spinsero il legislatore a intervenire proprio sulla materia processuale. Queste peculiarità costituiscono, infatti, il substrato imprescindibile del dibattito sulle misure di contrasto alla criminalità organizzata sul versante processualpenalistico.

In primo luogo, l'estensione territoriale, la stabilità nel tempo e la complessità del fenomeno mafioso²⁴⁵ costringono gli organi inquirenti allo svolgimento di

243 GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 6.

244 ORLANDI R., *Il procedimento penale cit.*, pag. 89.

245 Autorevole dottrina riunisce queste caratteristiche sotto il concetto di “diffusione”. In particolare, tale nozione si declina in senso spaziale, in senso temporale (fatti noti agli organi inquirenti prima di divenire oggetto di procedimento penale e continuano a manifestarsi dopo tale momento) e come attitudine a condizionare attività di per sé lecite della vita di relazione sociale (ramificazione e interferenze con vita economica e politica); cfr. ORLANDI R., *Il procedimento penale cit.*, pagg. 92 e ss. Cfr. altresì: VIOLANTE L., *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, pag. 48.

Con riguardo alla “complessità”, ci si riferisce invece al costante imbattersi – nelle indagini e nel giudizio – in contributi materiali “intrinsecamente ambigui”, dai differenti gradi e forme di

investigazioni dall'elevato quoziente di difficoltà²⁴⁶, le quali conducono inevitabilmente all'instaurazione di dibattimenti con un numero elevato di imputati e di imputazioni estremamente articolate²⁴⁷. In questi procedimenti l'oggetto di prova non è solo un singolo evento naturalistico attribuito ad un soggetto determinato, ma una serie di relazioni pluripersonali gravitanti attorno ad un sodalizio criminale, le cui complesse dinamiche interne sono fondamentali per individuare le condotte punibili degli accusati²⁴⁸.

In seconda battuta, costituisce una costante – nei procedimenti per fatti legati al crimine organizzato – la difficoltà di reperimento dei dati conoscitivi, dovuta principalmente alla coltre omertosa che avvolge l'ambiente criminale in questione²⁴⁹.

Infine, come più volte anticipato, fa da sfondo a questi processi il pericolo d'inquinamento delle fonti di prova e, in particolare, il rischio che la genuinità delle fonti testimoniali venga condizionata dalla violenza o alle minacce – anche se solo larvate o implicite – sistematicamente poste in essere dalle associazioni criminali²⁵⁰. Le cosche mafiose, infatti, sono consapevoli che il conseguimento

collusione alla cosca mafiosa. VISCONTI C., *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, in *Dir. pen. cont.*, I, 2012, pag. 248.

246 GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 4. In senso analogo: PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, pag. 313.

247 Cfr. DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale cit.*, pag. 90; PULEIO F., *Rito accusatorio cit.*, pag. 313. Alcuni studiosi, tentando un approccio "funzionale" nella classificazione delle norme rivolte a contrastare la criminalità organizzata, individuano nel clima omertoso (caratterizzante tale ambiente criminale) la *ratio* della predisposizione di "attività investigative ispirate a rigorosi criteri di segretezza e strutturate in modo da assicurare l'effetto sorpresa"; cfr. ORLANDI R., *Il procedimento penale cit.*, pagg. 89-90. Al contempo, la durevolezza nel tempo del fenomeno spiegherebbe la capacità di tali strumenti di "predisporre il terreno per nuova indagine penale", in una logica ancora legata a una c.d. *inquisitio generalis*; cfr. ORLANDI R., *Inchieste preparatorie cit.*, pagg. 568 e ss. Nello stesso senso: BERNASCONI A., *Criminalità organizzata cit.*, pag. 506.

248 Si tratta di una considerazione condivisa dalla Commissione Parlamentare Antimafia (Relazione del 1991), che ne rileva la validità anche nei processi per i c.d. "reati scopo"; cfr. VIOLANTE L., *La formazione della prova cit.*, pag. 484. Sulle problematiche riguardanti l'imputazione e le indagini in materia di criminalità (nonché le soluzioni escogitate dal legislatore sostanziale), si rinvia al Capitolo 1, Parte 2.

249 GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 4; ORLANDI R., *Il procedimento penale cit.*, pagg. 89-90. A proposito di tali caratteri del fenomeno mafioso si è già detto molto con riferimento alla genesi dell'art. 416 bis c.p. e nell'introduzione del lavoro. Si consenta di rimandare, allora, a quelle pagine.

250 In questi termini si esprimeva la Commissione Parlamentare Antimafia (Relazione del 1991): "È (...) normale che i testimoni vengano intimiditi fino alla violenza fisica, che i pentiti siano uccisi (...). La violenza è metodo ordinario di risoluzione dei conflitti di cui è parte la

dell'impunità per i loro membri, in particolare per i vertici del sodalizio, rappresenta una condizione essenziale per la loro stessa esistenza²⁵¹ e, in funzione di ciò, hanno “elevato a scienza” l'impegno di cancellare le prove dei crimini perpetrati²⁵².

Insomma, come si è potuto constatare, le peculiarità esaminate finiscono tutte per incidere sul regime della prova che, com'è noto, assume un ruolo centrale nella definizione del modello processuale²⁵³.

Di conseguenza, proprio alla luce di queste considerazioni, autorevole dottrina²⁵⁴ aveva proposto di aggiungere una terza categoria di disposizioni nell'inventario delle norme in tema di criminalità organizzata²⁵⁵. Si tratta di un gruppo di norme che si ricava, prendendo in considerazione gli indici interpretativo e applicativo (l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e le problematiche scaturite dall'esperienza), piuttosto che i dati testuale o classificatorio (come, invece, si è fatto in precedenza)²⁵⁶. Muovendo da queste premesse, si ottiene una classe normativa che annovera tutte quelle disposizioni che, applicabili a tutti i procedimenti, sono suscettibili di generare specifici problemi applicativi con riferimento ai processi di criminalità organizzata. Viene quindi a tracciarsi un gruppo di istituti che, in quanto inerente al tema della prova, rappresenta la categoria più significativa di norme

mafia e viene conseguentemente utilizzata anche nel conflitto con la legalità. L'ordinamento è sfidato a una gara di velocità; l'acquisizione o la soppressione della prova è la posta in gioco. Il tempo che intercorre tra il momento in cui è stato e quello in cui si raccoglie la prova gioca a vantaggio della criminalità. Più questo tempo è lungo, più è possibile agire per inquinare la prova, manometterla o addirittura renderne impossibile l'acquisizione”; cfr. L. VIOLANTE, *La formazione della prova cit.*, pag. 486. Nello stesso senso: GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 28; DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale cit.*, pag. 90.; PULEIO F., *Rito accusatorio cit.*, pag. 314.

251 Ancora: VIOLANTE L., *La formazione della prova cit.*, pag. 486.

252 Si è parlato, con riferimento alle mafie, di una “controcultura moderna e spregiudicata” di soppressione della prova; cfr. FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pag. 229.

253 DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale cit.*, pag. 90.

254 DI CHIARA G., *Appunti cit.*, pagg. 217 e ss. Nello stesso senso: BERNASCONI A., *Criminalità organizzata cit.*, pagg. 500 e ss.; SCAGLIONE A., *Il processo penale cit.*, pagg. 130 e ss.

255 Si proponeva, allora, una “tripartizione di fondo dell'universo esplorabile”. DI CHIARA G. *Appunti cit.*, pag. 217.

256 Per una premessa metodologica, ai fini della “ricognizione della normativa processuale penale in tema di criminalità organizzata”; cfr. DI CHIARA G., *Appunti cit.*, pag. 217.

processuali penali in tema di criminalità organizzata.

Ci si riferisce, in particolare, alle norme di cui agli articoli: 192 comma 3 c.p.p. (canoni di valutazione della chiamata di correo); 210 c.p.p. (esame di persona imputata in procedimento connesso); 238 c.p.p. (circolazione dei verbali di prove di altri procedimenti); 238 bis c.p.p. (acquisizione e valutazione delle sentenze irrevocabili); 392 comma 1 lett. c e d c.p.p. (casi in cui è esperibile l'incidente probatorio: esame dell'"indagato" su fatti concernenti la responsabilità di altri ed esame dell'imputato in procedimento connesso); 500 e 503 c.p.p. (contestazioni nell'esame testimoniale e nell'esame dell'imputato); 511 bis c.p.p. (lettura di verbali di prove di altri procedimenti); 513 c.p.p. (lettura delle dichiarazioni rese dall'imputato nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare)²⁵⁷.

In definitiva, si deduce che – fatta eccezione per l'art. 192 comma 3 c.p.p. – le norme rientranti nell'elencazione da ultima proposta sono tutte rivolte a disciplinare la materia dell'ammissione e acquisizione della prova; si tratta, quindi, di disposizioni che, svolgendo un ruolo di "cerniera" tra le indagini preliminari e il dibattimento, rappresentano la "cartina di tornasole" della filosofia ispiratrice del modello processuale. Ed è proprio per questi motivi – come si vedrà meglio nello sviluppo del presente lavoro – che i succitati meccanismi di regolazione del procedimento probatoria (in particolare, quelli inerenti all'essenziale fase della formazione della prova) sono stati oggetto di continua rielaborazione, all'interno di una dialettica conflittuale tra del legislatore e Corte costituzionale sviluppatasi nel corso degli ultimi decenni.

4. Una panoramica sulla "procedura penale antimafia"

A seguito della ricognizione normativa effettuata, non è certo possibile proclamare l'esistenza di un compiuto e sistematico regime processuale differenziato per i delitti di criminalità organizzata. Al contempo, però, sembra

²⁵⁷Per analoghe elencazioni, si vedano: DI CHIARA G., *Appunti cit.*, pag. 220; BERNASCONI A., *Criminalità organizzata cit.*, pag. 505; SCAGLIONE A., *Il processo penale cit.*, pagg. 132-133.

possibile cogliere “all'interno dell'attuale tessuto normativo, ancorché talvolta di difficile lettura, un filo rosso che, collegando tra loro le varie disposizioni destinate a operare nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata (soprattutto di tipo mafioso) consente di individuare, per differenza rispetto al regime processuale ordinario, le linee qualificanti della normativa applicabile a tali procedimenti”²⁵⁸. In altre parole, a seguito della “legislazione emergenziale antimafia” (introdotta nei primi anni Novanta) era possibile ricavare “in negativo” un'area di previsioni processuali riferibili alla criminalità organizzata; e tale sottosistema processuale non si restringeva fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416 bis c.p. (la quale era assunta a perno dell'impianto derogatorio²⁵⁹), ma contemplava anche una serie di ulteriori delitti latamente connessi al fenomeno mafioso: ci si riferisce, insomma, all'elenco di reati previsto dall'originario art. 51 comma 3 bis c.p.p.

Tuttavia, come si è visto, nella situazione normativa odierna – a causa delle numerose modifiche intervenute sull'elencazione in essa contenuta – quest'ultima disposizione rappresenta il punto di riferimento di una circoscritta disciplina processuale derogatoria relativa all'accertamento di alcuni “gravi”, la cui somma sembra allontanata eccessivamente da una nozione criminologica (per quanto vaga possa essere) di criminalità organizzata.

Arrivati a questo punto (morto), si propone un cambio di prospettiva. Qualora si adotti, quale punto di osservazione, la contestazione all'accusato del reato di cui all'art. 416 bis c.p., si nota che la qualificazione di un comportamento come “mafioso” provoca una cascata di “speciali” conseguenze giuridiche che si esprimono nell'ambito del procedimento penale.

All'attribuzione di quell'etichetta al procedimento sono infatti collegate le deroghe stabilite dai due cataloghi principali (e di quello previsto dall'art. 380 c.p.p.), nonché quelle disciplinate norme del primo del gruppo. Inoltre, non

²⁵⁸Seppur rivolte a fotografare l'ordinamento penale successivo al d.l. n. 306 del 1992, queste parole sono veramente esplicative dell'assetto normativo attuale; cfr. GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 8. Altri autori, in maniera più criptica, “(l')adesso cennato composito gruppo di norme precipuamente ed elettivamente riferentesi a fattispecie di criminalità organizzata (...) realizza *de iure* – unitamente alle disposizioni del primo gruppo – una sorta di embrionale doppio binario (o, *recte*, binario pluri-differenziato) *per frammenti*”. DI CHIARA, *Appunti cit.*, pag. 219.

²⁵⁹In questi termini, CONSO G., *La criminalità organizzata cit.*, pag. 839.

bisogna trascurare – valorizzando l'esperienza giudiziaria – quei congegni normativi che trovano applicazione in tutti i procedimenti, ma che si atteggiavano in maniera del tutto peculiare nei “processi alle associazioni mafiose”²⁶⁰. In altre parole, l'insieme delle deroghe alla disciplina ordinaria è venuto a creare un “sottosistema processuale” – tarato sulle caratteristiche del fenomeno e le specificità dei processi – rivolto ad assicurare un contrasto effettivo alla criminalità organizzata di tipo mafioso²⁶¹.

Nelle pagine che seguono, si andrà a effettuare una panoramica su questo “procedimento penale speciale”²⁶², offrendo un quadro sintetico dei principali elementi di differenziazione.

Innanzitutto la specialità della procedura antimafia si riscontra nella fase preliminare e, in special modo, in quell'insieme di norme finalizzate a modellare l'organizzazione delle indagini alle peculiari modalità investigative richieste dal fenomeno del crimine organizzato²⁶³.

Ad ogni modo, tali esigenze non erano state sufficientemente prese in considerazione dal legislatore delegato, al momento di redigere il nuovo codice di procedura penale. Infatti, la disciplina del 1988 incentrava il coordinamento tra gli uffici dell'accusa a un istituto, quello cui all'originario art. 371 c.p.p., la cui operatività dipendeva esclusivamente da una scelta degli organi inquirenti²⁶⁴. Inefficaci, in tal senso, si rivelarono anche i successivi interventi con cui si tentò di stimolare la circolazione delle conoscenze tra procure e Procuratori generali presso le Corti d'Appello, nel perseguimento dei reati di cui all'art. 407 comma 2

260 Sul punto, si rimanda all'analisi compiuta nei paragrafi precedenti.

261 AMODIO E., *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *Ind. pen.*, 2003, pagg. 7 e ss.; MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari attuali di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 502 e ss.

262 NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in AA.VV. (a cura di MOCCIA S.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Esi, Napoli, 1994, pag. 236.

263 SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2009, pag. 132.

264 GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Bari-Roma, 1993, pagg. 20 e ss.; SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 132; BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, in AA.VV. (a cura di SPANGHER G.), *Trattato di Procedura penale*, Vol. VII, Utet, Torino, 2011, pag. 274.

lett. a c.p.p. (ex art. 118 bis disp. att. c.p.p.)²⁶⁵, poiché non erano stati previsti poteri di realizzazione coattiva del coordinamento²⁶⁶; ma la stessa sorte toccò al meccanismo di avocazione da parte del Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, nei casi in cui, nonostante le iniziative adottate, un collegamento non si fosse realizzato (art. 372 comma 1 bis c.p.p.)²⁶⁷.

Si provide, allora, alla creazione *ex novo* di organi investigativi specializzati nell'affrontare la fenomenologia mafiosa. Tra questi si annoverano i servizi centrali e interprovinciali di polizia giudiziaria (art. 12 del d.l. n. 152 del 1991, convertito nella legge n. 203 del 1991)²⁶⁸ e la Direzione investigativa antimafia (art. 3 d.l. n. 345 del 1991). Ma la diversificazione soggettiva più significativa è, senza dubbio, quella ha riguardato l'organizzazione degli uffici dell'accusa.

Con il decreto legge n. 367 del 1991 (poi convertito nella legge n. 8 del 1992) e intitolato, appunto, "Coordinamento delle indagini nei procedimenti per reati di criminalità organizzata" si è differenziata la disciplina in tema di acquisizione della notizia di reato mediante l'istituzione delle Direzioni Distrettuali antimafia (art. 70 bis ord. giud.) e della Direzione Nazionale Antimafia (art. 76 bis ord. giud.), cui è preposto il Procuratore nazionale antimafia²⁶⁹.

A seguito di tale intervento legislativo, le indagini sui reati di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p.²⁷⁰ sono concentrate presso uno speciale ufficio del pubblico ministero, appositamente costituita presso il tribunale del capoluogo del distretto (le DDA, appunto), in modo da rafforzare l'unitarietà dell'accusa e

265GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pagg. 20 e ss.

266BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pag. 283.

267Dal 1991, potere circoscritto ai reati non compresi all'art. 51 comma 3 bis c.p.p. GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pagg. 20 e ss.

268SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 132.

269Per un'analisi approfondita sul tema si rinvia a TURONE G., *Indagini collegate, procure distrettuali e procura nazionale antimafia*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pagg. 141 e ss. Nello stesso senso: GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pagg. 20 e ss.; LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 400 e ss.

270Per l'elenco di delitti contenuto in tale disposizione e per la sua evoluzione, si rinvia alle pagine precedenti.

annullare la possibilità che possa insorgere un contrasto²⁷¹.

Alle singole “procure distrettuali” è stato preposto – secondo una “logica verticale”²⁷² – un organo istituito nell'ambito della Procura Generale presso la Corte di cassazione: la “Procura Nazionale Antimafia”. A questa struttura, sono demandate funzioni di “impulso” dell'attività investigativa (assicurando la funzionalità dell'impiego della polizia giudiziaria e garantendo tempestività e coordinamento delle investigazione a livello nazionale²⁷³), nonché di ricerca e sistemazione delle informazioni attinenti al crimine organizzato (art. 371 bis c.p.p.)²⁷⁴.

Tra le attribuzioni del Procuratore nazionale si segnala, in particolare, il potere di disporre, nelle ipotesi tassative di cui all'art. 371 bis comma 3 lett. h c.p.p., l'avocazione delle indagini mediante l'emaneazione di un decreto reclamabile entro dieci giorni di fronte al Procuratore Generale presso la Corte di cassazione (art. 70 comma 6 bis ord. giud.)²⁷⁵. Da ultimo, infine, il c.d. “Decreto sicurezza” del 2008 (d.l. n. 92 del 2008) ha esteso le prerogative del Procuratore nazionale antimafia alla sfera dell'investigazione “preventiva”²⁷⁶.

Per completare il quadro relativo ai “soggetti” delle indagini preliminari occorre aggiungere che, nei procedimenti per i “reati distrettuali”, la funzione di g.i.p. è conferita ad un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente (art. 328 comma 1 bis c.p.p.)²⁷⁷. Com'è noto, però, tale attribuzione di competenza è stata aspramente criticata sotto il profilo della legittimità costituzionale. In particolare, parte della dottrina ritiene, infatti, che tale disposizione si ponga in contrasto con il principio del “giudice

271 GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pagg. 20 e ss.; NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, pag. 236.

272 NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, pag. 236.

273 GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pag. 24; BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, 286.

274 Si rinvia ancora a: TURONE G., *Indagini collegate, procure distrettuali e procura nazionale antimafia*, cit., pagg. 167 e ss.

275 GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pagg. 20 e ss.

276 Per le critiche si vedano, tra gli altri: SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 133; BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, pagg. 286 e ss.

277 SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 132.

naturale” (art. 25 della Costituzione)²⁷⁸.

Sempre con riguardo alle indagini preliminari, la specialità investe altresì la tempistica e i meccanismi di proroga. In effetti, le esigenze di assicurare la completezza di investigazioni complesse e di garantirne la segretezza nei procedimenti per i “delitti di grande criminalità” (art. 407 comma 2 lett. a c.p.p.)²⁷⁹ hanno portato il legislatore a predisporre un secondo gruppo di disposizioni derogatorie.

Per cominciare, l'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p. allunga a due anni la durata massima complessiva delle indagini preliminari, contro un termine ordinario di diciotto mesi; mentre l'art. 405 comma 2 c.p.p., in maniera analoga, fissa in un anno (il doppio rispetto ai procedimenti per reati “comuni”) il termine entro il quale il pubblico ministero è normalmente tenuto alla conclusione delle indagini preliminari²⁸⁰.

Si prosegue con l'art. 406 comma 5 bis c.p.p. che contempla una disciplina ampiamente derogatoria rispetto al regime ordinario di comunicazioni e avvisi per una serie più ristretta di reati²⁸¹. Esclude, infatti, ogni forma di contraddittorio con la persona sottoposta alle indagini riguardo alla proroga, perciò definita “coperta”²⁸², al fine di salvaguardare gli sviluppi delle attività investigative dai tentativi di depistaggio o inquinamento che puntualmente si registrano nelle inchieste relative ai delitti di mafia²⁸³.

Alla medesima finalità è orientato l'art. 335 comma 3 c.p.p. che deroga al regime di conoscibilità dell'indagine sancendo la non comunicabilità esterna delle informazioni iscritte nel registro delle notizie di reato. Si tratta, però, di una

278In senso critico verso tali orientamenti: BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pagg. 296-297.

279GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pagg. 18 e ss.

280GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pagg. 18 e ss. Per una riflessione riguardante l'intera disciplina speciale dei termini delle indagini preliminari nei procedimenti di criminalità organizzata, soprattutto riguardo alle loro problematiche, si veda: MADDALENA M., *I problemi pratici cit.*, pagg. 83 e ss.

281Ossia, “(...) taluno dei delitti indicati nell'articolo 51 comma 3 bis e nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numeri 4 e 7 bis”.

282SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 133.

283Cfr. GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pag. 19.

disposizione potenzialmente idonea a compromettere in maniera significativa l'esercizio del diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.), dal momento che restringe notevolmente il tempo materiale a disposizione dell'imputato per predisporla²⁸⁴.

Si riporta, per concludere, l'art. 2 legge n. 742 del 1969 (come modificato dall'art. 21 bis d.l. n. 306 del 1992, convertito in legge n. 356 del 1992, e richiamato dall'art. 240 bis disp. att. c.p.p.), che sancisce la non applicabilità ai "reati di criminalità organizzata" la sospensione dei termini per le indagini preliminari durante il periodo feriale.

Continuando la carrellata sugli elementi di specialità, una significativa differenziazione si registra anche in relazione alle attività esperibili nell'indagine preliminare. Nei procedimenti di criminalità organizzata è, infatti, incrementata la facoltà di iniziativa, nonché l'incisività, dei poteri investigativi e coercitivi attribuiti alla polizia giudiziaria²⁸⁵.

Si segnala, a proposito, la possibilità affidata agli ufficiali e agli agenti di p.g. di procedere – nel corso di procedimenti per la prevenzione e la repressione del reato di cui all'art. 416 bis c.p. e di "quelli commessi in relazione ad esso", nonché di delitti connessi al riciclaggio (ex artt. 648 bis e 648 ter c.p.) – a controlli, ispezioni e perquisizioni con l'autorizzazione, anche successiva, del pubblico ministero (art. 27, commi 1 e 2, della legge n. 55 del 1990)²⁸⁶.

Altrettanto degno di nota è il potere di compiere perquisizioni in interi edifici o blocchi di essi attribuito dall'art. 25 bis d.l. n. 306 del 1992. Si tratta di una disposizione, risalente agli "anni di piombo", che è stata riproposta per i delitti di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p. ed è stata altresì recentemente estesa nell'ambito del contrasto al terrorismo internazionale. Quest'ultima prevede, infatti, un allargamento eccezionale dei poteri di ricerca degli organi di polizia, qualora ci sia fondato motivo di sospettare che un latitante o un evaso stia trovando riparo in un contesto urbano. Si segnala, infine, che, per l'utilizzo di tale strumento investigativo, è richiesto un controllo da parte dell'autorità giurisdizionale. Permangono, tuttavia, i dubbi circa una legittimità costituzionale

284BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pag. 309.

285SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 133.

286SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 133.

della disposizione in esame, in considerazione della notevole portata coercitiva della libertà personale dei soggetti “terzi”²⁸⁷.

Un’ultima menzione, per concludere, si rivolge alla possibilità da parte del pubblico ministero o degli ufficiali di polizia appartenenti alle strutture investigative specializzate (previa autorizzazione) di raccogliere le dichiarazioni dei soggetti detenuti o internati, a fini preventivi o repressivi, attraverso colloqui riservati e informali per cui non è nemmeno prevista la presenza del difensore (art. 18 bis ord. pen., introdotto dalla legge n. 306 del 1992)²⁸⁸.

Nella dissertazione sulla specialità degli strumenti investigativi, le intercettazioni meritano uno spazio autonomo. Infatti, l’art. 13 d.l. n. 152 del 1991 (convertito nella legge n. 203 del 1991, come modificato, da ultimo, dalla legge n. 63 del 2001) prevede specifici presupposti e differenti limiti durata per l’ascolto occulto delle conversazioni telefoniche e ambientali, in deroga ai parametri imposti dagli artt. 266 e 267 c.p.p. per la concessione di questi invasivi mezzi di ricerca della prova. In particolare, per quanto riguarda la captazione di comunicazioni telefoniche, si attenua il rigore dei presupposti richiesti per l’atto di autorizzazione (il riscontro di “sufficienti indizi” di tale tipologia di reato, un parametro meno stringente rispetto a quello ordinario della “assoluta indispensabilità” dello strumento “per la continuazione delle indagini”) e si allungano dei tempi di durata per le operazioni (quaranta giorni con proroga di venti, anziché quindici giorni con proroga della medesima durata). Inoltre, ai fini dell’autorizzazione allo svolgimento di intercettazioni di conversazioni “tra presenti” nei luoghi indicati dall’art. 614 c.p., non è necessario un fondato motivo che all’loro interno si stiano svolgendo attività criminose²⁸⁹. Inoltre,

287Cfr. GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pagg. 15 e ss.; SCAGLIONE A., *Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pag. 580; SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata* cit., pag. 133.

288Cfr. SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 133. Per la rilevanza di quest’ultima disposizione nella progressiva formazione delle prove dichiarative nei processi di mafia, si veda NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, cit., pag. 236.

289Cfr. GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pag. 16; MELILLO G., *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.*, XII, 1997, pagg. 3512 e ss.; SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 133.

quest'ultima particolare modalità di captazione è ammessa anche “quando si tratta di agevolare le ricerche di un latitante” (art. 295 comma 3 c.p.p.)²⁹⁰.

Per i “delitti distrettuali”, l'art. 226 disp. att. c.p.p. prevede, altresì, che la polizia giudiziaria, con un provvedimento motivato del Procuratore della Repubblica, possa svolgere controlli sulle comunicazioni quando questi siano indispensabili per la prevenzione del crimine organizzato di stampo mafioso²⁹¹. Si ricorda, però, che – in quanto strumenti preventivi – i risultati di tali intercettazioni saranno sprovvisti di qualsiasi valore processuale, “valendo quindi unicamente a giustificare successive attività idonee a costituire autonoma fonte di acquisizione di notizie di reato”²⁹².

Infine, l'art. 270 primo comma c.p.p. ammette la possibilità – per i reati per cui è previsto l'arresto in flagranza (art. 380 c.p.p.) – di utilizzare i risultati delle intercettazioni anche in procedimenti diversi da quello in cui siano state autorizzate²⁹³. Tra l'altro, questa disposizione è stata oggetto di una importante sentenza con la quale la Consulta²⁹⁴, nel dichiararne la conformità ai principi costituzionali, ha finito per contribuire alla formazione di una base teorica per la tecnica legislativa con cui è stato costruito il blocco di norme “speciali” riguardanti la criminalità organizzata. La Corte ha, infatti, sostenuto che la disciplina in esame costituisce indubbiamente l'esito di un “non irragionevole bilanciamento operato discrezionalmente dal legislatore fra il valore costituzionale rappresentato dal diritto inviolabile dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni e quello rappresentato dall'interesse pubblico primario alla repressione dei reati e al perseguimento in giudizio di coloro che delinquono”. Perciò, il regime differenziato che ne deriva – particolarmente sfavorevole per l'imputato – è giustificato dalla necessità di perseguire “una categoria predeterminata di reati presuntivamente capaci di

290SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pagg. 133-134; BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pag. 302.

291SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pagg. 133-134.

292Testualmente: BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pag. 305.

293Cfr. GAITO A., *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. Pen.*, n. 3, 2011, pagg. 17 e ss.

294C. Cost., sent. n. 63 del 1994.

destare particolare allarme sociale”²⁹⁵.

Insomma, dall'analisi sinora compiuta, si ricava che uno dei tratti di specialità più marcati dei procedimenti per fatti di criminalità mafiosa riguarda l'attività di ricerca – in maniera costante e diretta – della *notitia criminis* da parte degli organi inquirenti. A questo scopo il legislatore è andato implementando sempre più quello che è stato efficacemente definito come un “apparato di auto-provvigionamento di informazioni”²⁹⁶ sui sodalizi mafiosi (dati ambientali, forme organizzative ecc...)²⁹⁷. Quest'apparato – i cui soggetti possono individuarsi nelle strutture centralizzate di polizia giudiziaria e degli uffici dell'accusa, mentre i mezzi si identificano principalmente negli strumenti investigativi *ante delictum* (come ad esempio, le intercettazioni preventive di cui all'art. 226 disp. att. c.p.p.) – si traduce, quindi, in una “super indagine” rivolta a porre le basi conoscitive sull'associazione mafiosa, funzionali alla stessa indagine preliminare²⁹⁸. In altri termini, si registra la predisposizione di uno strumentario giudico rivolto a disciplinare quelle “inchieste preparatorie” favorite dalla stessa fattispecie del reato di cui all'art. 416 bis c.p.; si tratta di una fase che il legislatore qualifica come “preventiva”, per la quale dispone che gli elementi raccolti in essa non siano in alcun modo utilizzabili nel procedimento penale in senso stretto²⁹⁹. Si segnala, in ogni caso, che – nonostante la sterilità probatoria che le contraddistingue – queste attività sono in grado di incidere su libertà costituzionalmente garantite in maniera analogamente a quanto avviene

²⁹⁵Si segnala, inoltre, che le riportate argomentazioni sono state successivamente riproposte dalla Consulta nella sentenza n. 372 del 2006. In particolare, con tale decisione si è dichiarata infondata una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 3 dell'art. 132 comma 4 d.lgs. n. 196 del 2003 (una disposizione escludeva l'ammissione e l'utilizzabilità dei dati di traffico telefonico per i reati diversi da quelli di cui all'art. 407 co. 2 lett. a c.p.p. e ora abrogata dal d.lgs. n. 109 del 2008). Anche in questo caso, infatti, la Corte Costituzionale aveva ritenuto che, in corrispondenza di reati di particolare gravità, una più ampia limitazione della tutela della riservatezza sia giustificabile in ragione del maggior allarme sociale che essi sono in grado di provocare.

²⁹⁶ORLANDI R., *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata: dal maxi-processo al “grande processo”*, in AA.VV. (a cura di GIOSTRA G. - INSOLERA G.), *Lotta alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1995, pagg. 97.

²⁹⁷MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 542-543.

²⁹⁸ORLANDI R., *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 1996, pagg. 568 e ss.

²⁹⁹MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 542-543.

con i canonici “mezzi di prova”, ma coloro che vi sono sottoposti non possono godere dei diritti di difesa, collegati all'inizio del procedimento penale “formalmente inteso” (art. 24 comma 2 Cost.)³⁰⁰.

Un ulteriore profilo di specialità dei procedimenti in esame si registra sul terreno delle misure cautelari. È innegabile che, in materia di compiti cautelari del giudice, viga un regime differenziato in base al quale, per gli accusati di mafia, si realizza un arretramento del principio di inviolabilità della libertà personale e si nota una netta prevalenza del carcere rispetto alle altre modalità di custodia.

In particolare, l'art. 274 lett. c c.p.p. ammette la possibilità di disporre un provvedimento cautelare non solo quando vi sia un pericolo di fuga o di inquinamento del materiale probatorio, ma anche quando sussista il rischio che l'indagato torni a commettere determinati delitti particolarmente efferati, tra cui quelli connessi all'associazionismo criminale. La descritta occorrenza cautelare – definita “esigenza di tutela della collettività” – rappresenta uno degli strascichi normativi della lotta al terrorismo politico interno, combattuta a cavallo degli anni Ottanta³⁰¹; è, infatti, l'espressione di una logica in cui si confondono le istanze preventive³⁰² con quelle direttamente sanzionatorie³⁰³.

Ma la disposizione di cui sopra deve essere letta congiuntamente a quella prevista dal terzo comma dell'art. 275 c.p.p. Quest'ultimo inciso fissa, invero, per i procedimenti in esame, una presunzione di inadeguatezza delle misure cautelari diverse dalla custodia cautelare in carcere. In altri termini, è rovesciata la regola “ordinaria” della residualità del carcere, salvo “siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari” (stabilita allo stesso art.

300MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 542-543.

301CORSO P, *Codice penale cit.*, pagg. 121 e ss.

302È stato segnalato, in particolare, come l'esigenza di custodia cautelare trasformi il processo in un “avamposto” di difesa sociale: da strumento di accertamento del fatto commesso in strumento di prevenzione dei gravi delitti *in fieri*. Cfr. MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 541-542.

303Secondo alcuni autori la disposizione in esame finisce per legittimare un “uso improprio delle indagini”. La norma consente, infatti, di rendere inoffensivo un soggetto ancor prima della conclusione del procedimento, limitandone la libertà personale sulla base di indizi relativi a una sua presunta pericolosità. Cfr. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, X ed., Laterza, Roma-Bari, 2011, pagg. 808-809. In senso analogo: CORSO P, *Codice penale cit.*, pagg. 121 e ss.; ORLANDI R., *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata: dal maxi-processo al “grande processo”*, cit., 1995, pag. 97.

275 comma 3). Si tratta, quindi, di una “*probatio diabolica*” per l'accusato che secondo alcuni autori reintrodurrebbe surrettiziamente nel nostro ordinamento processuale il controverso istituto della custodia cautelare obbligatoria³⁰⁴.

Occorre aggiungere sul punto che il regime speciale sopra descritto – nonostante sia caratterizzato da una “presunzione relativa di *periculum libertatis*”³⁰⁵ e da una “presunzione assoluta” circa l'adeguatezza del carcere – ha regolarmente superato il vaglio di legittimità da parte delle Corte Costituzionale³⁰⁶ e della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁰⁷, le quali ne hanno giustificato la sussistenza in ragione delle peculiarità strutturali e criminologiche dei delitti per cui è predisposto³⁰⁸.

Si rammenta, per concludere sulla materia cautelare, che, per i reati di “grande allarme sociale” (di cui all'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p.), sussistono altresì deroghe concernenti i termini di durata massima della custodia e il computo dei termini stessi, adeguando la disciplina delle misure cautelari ai più lunghi termini previsti per lo svolgimento delle indagini. In particolare, l'art. 301 comma 2 bis c.p.p. stabilisce una deroga per l'estinzione delle misure cautelari

304Tra gli altri: LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 303. Secondo alcuni autori, la norma avrebbe il pregio di precludere al giudice qualsiasi discrezionalità circa la scelta della misura cautelare più adeguata; in questo modo, invero, si priverebbe di significato qualsiasi forma di pressione o intimidazione volta a influenzarne l'applicazione. Cfr. GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pagg. 8 e ss.

305GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pag. 9.

306Ci si riferisce alla sentenza n. 450 del 1995. In tale decisione la Consulta ha escluso che l'art. 275 comma 3 c.p.p. fosse in contrasto con gli artt. 3, 13 primo comma e 27 secondo comma Cost. in ragione del “coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva” connaturata ai “delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso”.

307Corte eur, 06/11/2003, Pantano c. Italia. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che nel caso concreto – in cui si era applicata la custodia cautelare in carcere a un imputato del reato di cui all'art. 416 bis c.p. (ai sensi dell'art. 275 comma 3 c.p.p.) – non vi fosse stata una violazione dell'art. 5 § 3 CEDU. In particolare, per arrivare a tale conclusione i giudici europei hanno fatto leva sulla “natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso” e hanno segnalato la capacità di tale misura di “tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti”.

308Cfr. C. Cost., sent. n. 265 del 2010, con cui la Corte è tornata a pronunciarsi sull'argomento a seguito delle intercorse modifiche legislative alla disciplina in esame. Da segnalare, inoltre, come tale sentenza badi a specificare taluni indici criminologici relativi alla “appartenenza ad associazioni di tipo mafioso”, vale a dire: “Un'adesione permanente a un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice”.

personali disposte per esigenze probatorie; l'art. 303 comma 1 lett. a n. 3 c.p.p. prevede un allungamento dei termini massimi di durata della custodia; l'art. 304, comma 2 c.p.p. decreta la sospensione dei termini massimi per la fase del giudizio; l'art. 307 comma 1 bis c.p.p. prevede una disciplina differenziata per i casi di scarcerazione per decorrenza dei termini³⁰⁹.

Com'è noto, inoltre, la differenziazione sul versante processuale per l'accertamento dei reati di mafia ha riguardato anche la fase dibattimentale. Tra queste norme occorre ricordare quelle che, dal 1998, hanno contribuito a disciplinare il c.d. processo "virtuale". Si tratta, invero, di particolari modalità "smaterializzate"³¹⁰ di formazione della prova, quali la partecipazione a distanza della persona in stato di detenzione (art. 146 bis disp. att. c.p.p.) e l'esame delle persone che collaborano con la giustizia o degli imputati di reato connesso (147 bis disp. att. c.p.p.).

In particolare, mediante la prima disposizione citata il legislatore ha predisposto un apposito sistema di collegamento audiovisivo – quando si procede per taluni reati che rappresentano le più gravi manifestazioni della criminalità organizzata di stampo mafioso – per l'esame di una persona che si trovi (a qualsiasi titolo) in stato di detenzione in carcere e si versi in una delle ipotesi tassative previste dalla norma³¹¹. Si tratta, quindi, di una norma che, limitando gli spostamenti dei detenuti, consente di evitare dilatazioni dei tempi processuali (in procedimenti già afflitti dalle lungaggini del gigantismo processuale) e di garantire la tutela della sicurezza pubblica (poiché riguarda il trattamento di detenuti particolarmente pericolosi)³¹².

L'art. 147 bis disp. att. c.p.p., disciplina invece alcune particolari modalità di svolgimento dell'esame dibattimentale finalizzate a tutelare la sicurezza del

309SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 134.

310BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pagg. 333 e ss.

311 *Id est*. la sussistenza di gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; il dibattimento è di particolare complessità e la partecipazione a distanza sia necessaria a evitare ritardi nel suo svolgimento; al detenuto, per gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, è stata imposta la sospensione dell'applicazione delle regole di trattamento a norma dell'art. 41 bis comma 2 ord. pen. (Legge 354 del 1975). Cfr. BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pagg. 333 e ss.

312SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 134; BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pagg. 333 e ss.

dichiarante³¹³. Ad ogni modo, nei processi di criminalità organizzata, queste modalità sono imposte quando si devono esaminare persone sottoposte a misure di protezione (comma 3 lett. a) o i soggetti di cui all'art. 210 c.p.p. (comma 3 lett. c), salvo il giudice ritenga assolutamente necessaria la loro materiale partecipazione al processo.

Si ricorda, inoltre, che le norme sulla partecipazione a distanza sono state molto criticate per una supposta frizione con il diritto di difesa (come “autodifesa” e difesa “tecnica”) e il principio di oralità-immediatezza³¹⁴. Tuttavia, la Consulta si è ripetutamente pronunciata a favore della “non fondatezza” delle denunce di legittimità costituzionale sollevate con riferimento agli artt. 3, 24, 111 Cost. Infatti, le disposizioni in esame si limitano a disciplinare il *quomodo*, mentre non vanno a intaccare l'*an* della partecipazione dell'imputato al dibattimento³¹⁵.

Per concludere, è sufficiente ricordare – in questa sede – come la specialità dei processi di mafia sia arrivata a permeare anche il versante del procedimento probatorio in senso stretto. Nei procedimenti di criminalità organizzata si riscontrano, infatti: una peculiare limitazione del diritto alla prova per evitare la c.d. “usura delle fonti” (art. 190 bis c.p.p.); un particolare uso probatorio delle sentenze (art. 238 bis c.p.p.); e un singolare atteggiarsi del meccanismo di accertamento dell'intimidazione, ai fini del recupero delle precedenti dichiarazioni (art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.)³¹⁶.

313Cfr. BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pagg. 333 e ss.

314VOENA G.P., *Contraddittorio e garanzie difensive nelle "teleconferenze"*, in AA.VV., *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1999, pagg. 120 e ss.

315Per queste ragioni, la partecipazione al dibattimento a distanza è compatibile con il diritto di difesa, garantito dall'art. 24 secondo comma della Costituzione, nonché con gli artt. 14 § 3 lett. d del Patto internazionale sui diritti civili e politici e 6 § 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In particolare: “La premessa secondo cui solo la presenza fisica nel luogo del processo potrebbe assicurare l'effettività del diritto di difesa, non è però fondata. Ciò che occorre, sul piano costituzionale, è che sia garantita l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento, e dunque che i mezzi tecnici, nel caso della partecipazione a distanza, siano del tutto idonei a realizzare quella partecipazione” (Corte Cost., sent. n. 342 del 1999). Cfr. altresì: SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pagg. 134-135; BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pagg. 333 e ss.

316All'analisi di tali istituti sarà, infatti, dedicato il Capitolo 3.

5. Il c.d. “doppio binario”: un primo approccio critico

Il dibattito sviluppatosi intorno all'opportunità di predisporre un regime processuale differenziato per i delitti di criminalità organizzata non si è mai sopito del tutto e, recentemente, ha trovato nuova linfa nelle considerazioni sulla perdita di organicità del codice del 1988 a seguito della c.d. “legislazione dell'emergenza”.

In effetti, dall'osservazione sulla disciplina codicistica emerge un quadro così complesso e asistematico che l'interprete ne risulta disorientato³¹⁷. E, come già si è detto, questo “disordine normativo”³¹⁸ è il frutto di una produzione legislativa parametrata sulle contingenze, rivolta a inseguire il susseguirsi delle emergenze sulla scena politica (stragismo mafioso, terrorismo internazionale, ecc...)³¹⁹.

Un simile scenario ha portato alcuni studiosi a diagnosticare l'avvenuta “disgregazione” del sistema processuale penale, ossia la perdita di coerenza e unità dell'ordinamento in conseguenza della presenza stabile di “sottosistemi normativi” ispirati a logiche estranee a quella del Codice³²⁰. In particolare, un'espressione di questo “particolarismo processuale”³²¹ può sicuramente riconoscersi con riguardo alla discipline dei procedimenti per fatti di criminalità organizzata (la quale, come visto, gode di un notevole grado di differenziazione)³²².

Ecco, dunque, che per ripristinare la coerenza del sistema sono riorite le

317GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pag. 35.

318Espressione mutuata da: AMODIO E., *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, cit., pag. 7.

319GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2008, pagg. 94 e ss.

320AMODIO E., *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, cit., pagg. 7-8; In senso analogo: BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Utet, Torino 2005, pag. 399; SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 139; GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, cit., pagg. 94 e ss.

321In questi termini: MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi*, cit., pagg. 502 e ss.

322AMODIO E., *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, cit., pag. 9; GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, cit., pagg. 94 e ss.

riflessioni sulla possibilità di prevedere una “pluralità di riti”³²³, ossia una differenziazione del procedimento in ragione delle peculiarità dell'oggetto che si deve in concreto accertare³²⁴. Infatti, l'idea di un modello processuale unitario – valevole con riguardo a qualsivoglia ipotesi di reato – non sarebbe altro che mera utopia: Il sistema dovrebbe investire in termini diversificati per ottimizzare le risorse, tenendo in considerazione la multiformità delle realtà criminali e la disciplina sostanziale di riferimento³²⁵. Se questo è vero, si comprende che ciò dovrebbe valere in primo luogo per i procedimenti di criminalità organizzata, fortemente influenzati dalle specificità del fenomeno mafioso³²⁶.

In particolare, sotto il profilo attuativo, questi indirizzi suggeriscono l'opportunità di “depurare il testo codicistico delle norme costituenti il sottosistema regolatore delle forme processuali per l'accertamento dei reati in materia di criminalità organizzata e dei reati assimilati”³²⁷, allestendo un *corpus* normativo autonomo esterno al codice³²⁸. Detto altrimenti, se una diversificazione delle regole processuale per i fatti di criminalità organizzata è irrinunciabile, la collocazione *extra-codicem* di tale apparato normativo avrebbe i vantaggi di esaltarne la specialità rispetto al modello ordinario in considerazione dei caratteri – tutt'altro

323PIZIALI G., *Pluralità di riti e giudice unico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pagg. 966 e ss.

324Già: FOSCHINI G., *Sistema di diritto processuale penale*, II ed., vol. II, Giuffrè, Milano, 1968, pag. 10. In senso analogo: PIZIALI G., *Pluralità dei riti e giudice unico*, cit., pagg. 975, ss.; MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi*, cit., pagg. 502 e ss.

325NEPPI MODONA G., *I meccanismi processuali differenziati*, in *Cass. Pen.*, 1984, pagg. 425 e ss.; LATTANZI, *Sui principi e sulla realtà del processo penale*, in *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 156; SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato di formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1994, pagg. 478 e ss.; BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Utet, Torino 2005, pag. 399; MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi*, cit., pagg. 502 e ss.

326GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pag. 4. Sulle medesime posizioni: GIOSTRA G., *I limiti di una “strategia processuale differenziata”*, in *Gazz. Giur.*, n. 32, 1997, pag. 2; SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato di formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata*, cit., pagg. 478 e ss.; SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 139.

327Testualmente: AMODIO E., *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, cit., pag. 16.

328GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pag. 36; MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, in *Quest. giust.*, n. 3, 2002, pagg. 606 e ss.; BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, cit., pag. 399.

che occasionali ed eccezionali³²⁹ – del fenomeno mafioso³³⁰. Avrebbe altresì il pregio di facilitarne l'intelligibilità, la quale è un requisito necessario per scongiurare le soluzioni giurisprudenziali arbitrarie³³¹.

In definitiva, ad avviso di chi scrive, non dovrebbe respingersi a priori la possibilità che – con un “approccio scientificamente laico”³³² – il “sottosistema processuale” applicabile ai delitti di criminalità organizzata trovi una sistemazione a opera di una normativa extra-codicistica. In questo modo, infatti, si potrebbe ripensare serenamente – *id est*: al di fuori di una logica emergenziale – la composizione della tensione tra esigenze sostanzialistiche di difesa sociale (che hanno contribuito a connotare in senso illiberale il sottosistema penale dell'eccezione) e le contrapposte istanze del garantismo fine a se stesso (idonee a compromettere l'efficienza repressiva del sistema)³³³. Senza dimenticare che gli sforzi profusi in questo senso permetterebbero, altresì, di depurare il codice dalla stratificazione normativa prodotta dalle oscillazioni legislative tra sicurezza e libertà, riportandolo alla sua originaria razionalità³³⁴.

A ogni modo – tanto in previsione di un eventuale procedimento speciale da crearsi *ad hoc*, quanto per una valutazione critica del blocco di disposizioni derogatorie attualmente in vigore – è necessario, per prima cosa, stabilire con

329MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, cit., pagg. 606 e ss.; SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 139.

330GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pag. 36.

331AMODIO E., *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, cit., pag. 16; MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, cit., pagg. 606 e ss.

332RICCIO G., *Itinerari culturali e premesse di metodo per la “Riscoperta” del modello processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pag. 325.

333MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 533 e ss.; MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi*, cit., pagg. 502 e ss.

334GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pag. 36; AMODIO E., *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, cit., pag. 16. In questo senso si era mosso inizialmente l'iter parlamentare verso la compilazione di un “Codice Antimafia”. Come si è visto, però, l'attuale conformazione del decreto legislativo n. 159 del 2011 ha conferito al citato “Codice” un raggio d'azione alquanto limitato.

chiarezza le condizioni di ammissibilità di una “strategia processuale differenziata”³³⁵.

Com'è noto, la procedura penale non è un insieme di passaggi asettici che regolano l'applicazione della sanzione stabilita dalle norme di diritto sostanziale ma, al contrario, è un sistema di regole finalizzate a contenere il potere di irrogare la sanzione entro certi limiti, posti prevalentemente a tutela dell'imputato, e che spesso trovano riconoscimento nella Carta costituzionale³³⁶. Al contempo, però, la differenziazione del rito per l'accertamento dei fatti di criminalità organizzata comporta una notevole flessibilizzazione dell'assetto garantistico e occorre quindi compiere un'adeguata “riflessione sul bilanciamento tra principi sostanziali e processuali del diritto penale e ragioni del loro sacrificio o compressione nella lotta alla criminalità organizzata”, evitando al sistema penale complessivo un'esecrabile regressione culturale³³⁷.

A questo scopo, è opportuno modulare il ragionamento sui tre livelli procedurali che potrebbero essere oggetto di differenziazione. Sotto questo profilo, è stato autorevolmente sostenuto come un “doppio binario” possa essere: auspicabile, tollerabile o ingiustificabile dal punto di sistematico e costituzionale³³⁸.

In primo luogo, con riguardo alle strutture organizzative specializzate cui è elettivamente attribuita l'investigazione della realtà criminale mafiosa³³⁹, una diversificazione della disciplina è parsa doverosa, per adeguare la risposta

335 Testualmente: GIOSTRA G., *I limiti cit.*, pagg. 2-3; in senso analogo: LATTANZI G., *Sui principi e sulla realtà del processo penale*, cit., pag. 159; BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, cit., pagg. 397 e ss.; MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi*, cit., pagg. 502 e ss.

336 NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, cit., pag. 224.

337 Così: INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, cit., pag. 576.

338 Ci si riferisce all'opinione di Glauco Giostra, una delle più influenti riflessioni dottrinali sulla “strategia processuale differenziata”. Cfr. GIOSTRA G., *I limiti cit.*, pagg. 2 e ss. Al pensiero di questo autore si rifanno esplicitamente, tra gli altri: ORLANDI R., *Il procedimento penale cit.*, pag. 91; DI CHIARA G., *Appunti cit.*, pag. 220.

339 Definito come: “hardware della macchina giudiziaria” (GIOSTRA G., *I limiti cit.*, pag. 16). Come visto in precedenza, il legislatore aveva implementato il coordinamento delle indagini mediante l'istituzione delle 26 “procure distrettuali antimafia”, della “procura nazionale antimafia” e della Direzione Investigativa Antimafia.

ordinamentale alla diffusione territoriale e alla complessa ramificazione del fenomeno mafioso³⁴⁰.

In secondo luogo, per quanto concerne la macro-area della ricerca e tutela delle fonti di prova - ossia la gestione delle attività investigative "in senso lato" (i diversi termini di durata delle indagini, la diversa disciplina di accesso ai dati registro delle notizie reato, la maggiore ampiezza dei poteri investigativi) e il sistema cautelare (criteri di scelta assai più stretti e rigorosi³⁴¹) - non si esclude la possibilità di prevedere delle deroghe, ma è necessario che siano poste in essere "con ben ponderate cautele ed entro rigorosi limiti". In quest'ambito è infatti richiesto al legislatore un ponderato bilanciamento tra il sacrificio dei diritti costituzionali e la salvaguardia del processo e della collettività. In altri termini, potrebbe prevedersi una differenziazione del rito solo qualora essa risponda a essenziali criteri di logica politico-criminale³⁴².

Rimane da affrontare il tema centrale: il versante della formazione e valutazione della prova. Con riferimento al procedimento probatorio si impongono riflessioni prudenti e sfaccettate, ma si vuole anticipare, in questa sede, che un "doppio binario" non sembra ammissibile in termini di ragionevolezza del sistema³⁴³. In effetti, una differenziazione dei parametri di ammissione, assunzione e valutazione della prova si verrebbe a scontrare con una "obiezione insuperabile"³⁴⁴: "(s)e la deroga che si vorrebbe introdurre al procedimento probatorio ordinario è finalizzata a una migliore approssimazione alla verità perché garantisce meglio la formazione, genuinità, apprezzamento della prova", sarebbe irrazionale non estenderla a tutti i procedimenti, assurgendola a regola generale; "(s)e, invece, la deviazione dal corso ordinario comporta una minore affidabilità del metodo probatorio", stabilirla per l'accertamento dei reati più gravi

340Cfr. GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pag. 23; VIOLANTE L., *La formazione della prova* cit., pagg. 479 e ss.; GIOSTRA G., *I limiti* cit., pag. 3; ORLANDI, *Il procedimento speciale* cit., pagg. 92-93.

341Riguardo alle misure restrittive della libertà personale, alla durata della custodia cautelare e ai criteri di computo dei termini, si rinvia alle pagine precedenti.

342Si è segnalato, inoltre, come risulti illegittima ogni restrizione il cui obiettivo risultasse conseguibile con mezzi comportanti limitazione minore dei diritti dell'imputato. Cfr. GIOSTRA G., *I limiti* cit., pag. 2.

343INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, cit., pag. 576.

344Così: GIOSTRA G., *I limiti* cit., pagg. 2-3.

– quando si raccomanda maggior prudenza nel punire – sarebbe contrario ai basilari principi di civiltà giuridica. Insomma, “un doppio binario, così inteso, conduce a un doppio capolinea, perché conduce a due verità e, quindi, a due giustizie diverse”³⁴⁵.

Ma il criterio metodologico del “doppio binario” solleva un'altra questione che, volendo continuare con la metafora ferroviaria, si potrebbe definire: il problema del “capostazione”³⁴⁶. Una disciplina processuale differenziata imperniata sul titolo del reato che si deve accertare è un meccanismo alquanto pericoloso, poiché implica l'attivazione di un regime particolarmente sfavorevole per l'imputato sulla base di una scelta compiuta in sede preliminare. Infatti, una simile ingegneria normativa comporta che qualcuno debba scegliere il sistema processuale con il quale si procederà all'accertamento, realizzando così una sorta di anticipazione degli esiti giudiziari³⁴⁷. In particolare, non sembra sufficiente che a fugare i dubbi sin qui esposti, il fatto che la qualificazione da cui dipende la scelta del rito sia pur sempre affidata a un organo giurisdizionale (il giudice per le indagini preliminari) e non sia un'esclusiva dell'accusa (il pubblico ministero)³⁴⁸.

Ma vi è di più. Si è visto, infatti, con riferimento all'ultima fase del processo, che la sussunzione di un fatto all'interno della definizione giuridica di mafia sconta un ampio margine di elasticità, riconducibile alla vasta gamma di gradazioni dei comportamenti “mafiosi” e ai limiti ontologici e applicativi della fattispecie di cui all'art. 416 bis c.p. Ma tali argomenti valgono, *a fortiori*, per l'ascrivibilità di una condotta all'alveo del crimine organizzato ai fini dell'iscrizione dell'ipotesi investigativa nel registro delle notizie di reato e della formulazione

345Ancora, espressamente: GIOSTRA G., *I limiti cit.*, pag. 3. In senso analogo: SIRACUSANO D., *Introduzione*, in AA.VV., *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 25; DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Giuffrè, Milano, 2003, pagg. 90 ss.

346In questi termini: DI CHIARA G., *Procedimento probatorio, giusto processo e criminalità organizzata*, relazione al seminario di studio intitolato “*Processo penale e criminalità mafiosa*”, organizzato dalla Presidenza del Primo Corso di Laurea in Giurisprudenza e dal Dipartimento di Discipline Processualpenalistiche, Palermo, 2 dicembre 2004.

347SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato di formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata*, cit., pagg. 478 e ss.

348SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato di formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata*, cit., pagg. 478 e ss.

dell'imputazione. Detto altrimenti, nella predisposizione di un sistema processuale diversificato sulla base della norma sostanziale la cui violazione si deve appurare, occorre sempre tenere presente che la modulazione delle garanzie dell'imputato deriva da qualificazioni giuridiche (intrinsecamente fluide) della fattispecie concreta³⁴⁹.

³⁴⁹INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino, Bologna, 1996, pagg. 68-69.

CAPITOLO 2. ACQUISIZIONE PROBATORIA E CRIMINALITÀ ORGANIZZATA: TRASFORMAZIONI E PRINCIPI FONDAMENTALI

1. Un modello processuale per la criminalità organizzata

Il tema della prova, come già ampiamente ricordato, è una questione cruciale nei processi di criminalità organizzata. Con specifico riguardo alla disciplina processuale del procedimento probatorio si pongono diverse questioni che meritano una trattazione autonoma, in considerazione dell'assunto che la prova è esperienza dinamica; si individuano, infatti, tre fasi essenziali di scansione del procedimento probatorio: ammissione, assunzione, valutazione della prova. Ciò premesso, è possibile scindere il tema in due grandi ordini di problematiche.

Si pone, innanzitutto, la questione della formazione della prova, e cioè quella inerente il metodo utilizzabile (gli strumenti processuali di cui ci si può avvalere) per dimostrare la sussistenza dei requisiti previsti dalla norma incriminatrice a livello sostanziale. In seconda battuta, si presentano gli interrogativi che si riferiscono alla valutazione del materiale probatorio circa la mafiosità del fatto materiale; in altri termini, occorre chiedersi quale sia il livello di profondità dei risultati probatori per considerare integrata la natura mafiosa dell'associazione e l'appartenenza del singolo imputato al sodalizio.

La centralità del tema deriva da una constatazione. Le peculiarità oggettive e soggettive dei procedimenti per fatti di mafia – vale a dire: l'indeterminatezza di una norma incriminatrice dai tratti marcatamente sociologici (art. 416 bis c.p.); l'instaurazione di processi dall'elevato numero di imputati e dal complesso oggetto di accertamento; l'impegno soppressivo delle organizzazioni criminali e i conseguenti rischi di inquinamento probatorio – finiscono per incidere tutte sul

regime probatorio¹. In conseguenza di ciò, più volte è stata denunciata la possibilità che i meccanismi disciplinanti l'esperienza probatoria si pongano in conflitto con la realizzazione del diritto sostanziale². In particolare, è stato ripetutamente messo in luce che il processo penale per fatti riconducibili alla criminalità organizzata – proprio a causa dei condizionamenti derivanti dal sistematico ricorso all'intimidazione e alla soppressione delle fonti di prova da parte delle cosche – non sia un contesto neutro, ma rappresenti, invece, “uno dei numerosi terreni sui quali si esplica la capacità di dominio” delle associazioni mafiose³.

Le considerazioni sopra riportate hanno condotto inevitabilmente gli studiosi a interrogarsi su questioni di ordine più generale. Posto che il regime delle prove costituisce l'essenza del processo penale, l'influenza delle consorterie mafiose sul procedimento probatorio ha stimolato in più occasioni – soprattutto a seguito di episodi drammatici dalla forte carica emotiva – il dibattito sul modello processuale da adottare con riguardo a tale forma di criminalità⁴. In particolare, si è ribadita periodicamente l'istanza di predisporre regole processuali specifiche, diversificate rispetto a quelle ordinarie, oltre che più snelle e capaci di evitare la dispersione dei risultati delle investigazioni ottenuti, con estrema difficoltà, dagli organi inquirenti⁵.

1 SIRACUSANO D., *Introduzione*, in AA.VV., *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 22; DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Giuffrè, Milano, 2003, pagg. 89-90; BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Utet, Torino 2005, pag. 411.

2 BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, in AA.VV. (a cura di SPANGHER G.), *Trattato di Procedura penale*, Vol. VII, Utet, Torino, 2011, pag. 264.

3 Come già visto, le consorterie criminali iscrivono nei loro disegni complessivi l'impegno di non lasciare tracce dei loro delitti. In particolare, tale capacità è stata elevata a scienza: quando esistono le prove del fatto illecito, vengono disperse, devitalizzate, rese inefficaci. Così, FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Bari-Roma, 1993, pag. 229; PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2005, pag. 314; MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pagg. 387-388; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 538.

4 MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pag. 392; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 538.

5 BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pag. 264.

Tuttavia, il diritto delle prove è l'ambito più complesso nel quale ipotizzare un "doppio binario" poiché quest'ambito non sconta solo delle problematiche di natura strettamente giuridica, ma altresì dei risultati degli studi epistemologici⁶. In altri termini, sul versante del regime probatorio non è solo una questione di bilanciamento tra garanzie soggettive ed esigenze repressive, ma sono in gioco i meccanismi conoscitivi: dalle regole processuali impiegate deriva la qualità della ricostruzione del fatto. Le prove, infatti, sono gli strumenti con cui il processo svolge la sua funzione cognitiva, consentendo al giudice di acquisire quelle informazioni che servono per formare il suo convincimento sull'ipotesi di reato e adottare la decisione.

Di conseguenza, nel dibattito sul modello processuale da adottare nell'accertamento dei reati di mafia, le divergenti posizioni rispecchiano opposti approcci politico-ideologici circa la natura e il ruolo della procedura – gli scopi stessi del processo – ed è possibile tracciarne, in termini idealtipici, i due estremi⁷.

Una prima impostazione è il prodotto della cultura dell'individual-garantismo, diffusa principalmente in ambiente accademico⁸, la quale sponsorizza un sistema processuale di stampo accusatorio⁹.

6 SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2009, pag. 135.

7 Cfr. NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in AA.VV. (a cura di MOCCIA S.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Esi, Napoli, 1994, pagg. 223-224. Secondo un noto studio di Damaska (Cfr. DAMASKA M.R., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna, 1991), le posizioni sul modello processuale da adottare rifletterebbero (in linea di massima): da un lato, i modelli di Stato e le concezioni dominanti circa gli scopi della giustizia penale; dall'altro, i modelli di organizzazione giudiziaria. Tale interpretazione è stata successivamente ripresa anche da altri autori: FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, in *Foro it.*, 1992, pag. 2024.; MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pag. 393; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 539.

8 FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, cit., pag. 2026.

9 Questo primo approccio sarebbe, quindi, la diretta espressione dell'accoglimento di un modello di Stato definito come "guardiano" o "reattivo", il quale, secondo una logica prettamente liberale, attribuisce allo strumento penale una funzione prevalentemente conservativa dei diritti individuali e non di miglioramento delle condizioni sociali consolidate. In quest'ottica, sul versante sostanziale, il reato viene concepito come generatore di un conflitto tra delinquente e soggetto leso che dovrà essere ricomposto attraverso il processo. Cfr. FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, cit., pag. 2023; MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pag. 394; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 539.

In quest'ottica, la funzione principale del processo è la risoluzione del conflitto tra il delinquente e il soggetto titolare dell'interesse preesistente (e compromesso dalla commissione del fatto delittuoso), in ottica prevalentemente conservativa¹⁰. Lo Stato, impersonato dal giudice, è pensato come garante, arbitro tendenzialmente passivo di una controversia tra due parti interessate e gravate dall'iniziativa probatoria¹¹.

Una simile idea processo si fonda su un'opzione epistemologica ben precisa: la consapevolezza che il metodo di ricerca delle informazioni ne influenza in maniera decisiva il risultato e che il valore conoscitivo di una risultanza probatoria dipende dal contesto in cui si è formata¹². In tale prospettiva, il processo è orientato a ottenere una verità meramente procedurale, quale esito retorico-argomentativo del confronto dialettico delle parti¹³.

Di conseguenza, un sistema *adversary* richiede una serie di limiti molto stringenti alle forme di attività conoscitiva che possono essere esperite per la raccolta della informazioni. Si tratta di regole finalizzate a garantire l'imputato – sempre presunto innocente – contro l'arbitrio del magistrato, ma sono altresì preposte alla correttezza dell'accertamento¹⁴. In particolare, il principio cardine in materia di formazione della prova è costituito dall'irrelevanza dei risultati conoscitivi raccolti nella fase delle indagini preliminari ai fini della decisione sulla fondatezza dell'accusa; ogni eccezione alla separazione funzionale tra le fasi rappresenta un *vulnus* alle prerogative individuali ed epistemologiche

10 FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, cit., pag. 2024; MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pag. 394; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 539.

11 FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, cit., pag. 2024; PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, cit., pag. 312.

12 Conformemente a una "concezione relativistica" delle prova; cfr. NOBILI M., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1988, pagg. 10 e ss. Cfr. anche PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, cit., pag. 312.

13 FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, cit., pag. 2024; MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pag. 394; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 539.

14 NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, cit., pagg. 223-224; MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pag. 394; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 539.

garantite dal metodo del contraddittorio¹⁵.

Ciò premesso, ne consegue che il rispetto delle finalità autenticamente processuali costituisca di per sé un valore da perseguire e quindi, nel sistema penale complessivamente considerato, il processo acquisti una marcata autonomia rispetto agli obiettivi del diritto sostanziale¹⁶. Ben si comprende, allora, perché questa impostazione respinga nettamente l'ipotesi di predisporre un "doppio binario", in materia probatoria, per l'accertamento dei reati di criminalità organizzata¹⁷.

Il secondo orientamento, sostenuto soprattutto dai magistrati impegnati in prima linea nel contrasto al crimine organizzato¹⁸, conferisce maggior rilievo alle istanze di difesa sociale. E ciò implica che, quando tale lotta giunge al momento processuale, le suddette esigenze di tutela della collettività si debbano concretare in un giudizio ispirato a logiche inquisitorie¹⁹.

Secondo questa impostazione, infatti, l'organo giudicante dovrebbe compiere d'ufficio ogni accertamento che ritenga utile per l'avvicinamento alla verità sostanziale, senza che gli possano essere imposti limiti di alcun genere in ordine al metodo conoscitivo²⁰.

Questo modello presuppone, infatti, una concezione di verità intesa in senso sostanziale, che permette di acquisire certezze storiche assolute attraverso "una ricerca svincolata da regole prestabilite e dall'iniziativa delle parti e affidata, piuttosto, ai poteri autonomi d'indagine e alla più ampia libertà di

15 MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pag. 394; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 539.

16 FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, cit., pag. 2024; MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pag. 394.; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 539.

17 MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pag. 394; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 539.

18 FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, cit., pag. 2026.

19 Tale orientamento, sarebbe invece il prodotto di un'idea di Stato "interventista" o "attivo", il cui scopo ultimo è quello di "esercitare una funzione propulsiva nei confronti della società", ossia quello che "si prefigge come meta il mutamento delle condizioni esistenti in vista del maggiore benessere sociale". In questi termini: FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, cit., pag. 2024; MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pag. 394; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 539.

20 NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, pag. 23.

convincimento del giudice”²¹.

In questa prospettiva, quindi, il processo rappresenta un mero complesso di regole strettamente funzionale alla riaffermazione dei valori espressi dal diritto sostanziale²². Di conseguenza, la procedura può essere considerata alla stregua di uno tra i tanti strumenti predisposte per contrastare quelli che appaiono come i fenomeni criminali più pericolosi per la collettività²³. In particolare, sarebbe ammissibile un regime processuale differenziato in base al titolo del reato, anche sul versante delle formazione della prova, e calibrato sui connotati del fenomeno criminale da accertare²⁴.

In definitiva, proprio questi approcci politico-ideologici di segno opposto hanno orientato le differenti risposte dell'ordinamento al fenomeno della criminalità organizzata. L'evoluzione del sistema processuale italiano degli ultimi decenni si è caratterizzata, infatti, dalle oscillazioni legislative tra l'accoglimento delle istanze di difesa sociale e il recupero dei valori del garantismo individuale²⁵.

2. Il codice “Vassalli” e le difficoltà nell'accertamento dei delitti di mafia

Il processo penale disciplinato dal codice “Rocco”, oltre a prevedere l'unicità del rito processuale, era legato alla tradizione inquisitoria. Si trattava, inoltre, di un sistema parametrato sull'accertamento di una fenomenologia criminale di stampo rurale che si rifletteva, a sua volta, su un modello di reato di tipo monosoggettivo.

Di conseguenza, questa impostazione entrò in crisi quando si iniziò a scontrare

21 Ancora, testualmente: FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, cit., pag. 2025.

22 FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, cit., pag. 2025; PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, cit., pag. 312.

23 FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, cit., pag. 2025; NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, cit., pagg. 223-224; MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pag. 394; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 539.

24 MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pagg. 392-393; MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 539.

25 MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pag. 393.

con forme di criminalità strutturalmente diverse, emblematicamente rappresentate dalla criminalità organizzata di tipo mafioso²⁶. All'introduzione del reato di cui all'art. 416 bis c.p. seguì allora la celebrazione dei c.d. "maxi-processi" che – cumulando un numero considerevole di accusati e di accuse – rendevano talmente macchinoso l'iter procedimentale da annullare di fatto le garanzie difensive (in particolare, quelle degli "imputati minori")²⁷. Come si è visto, infatti, diritto penale sostanziale e processo non sono mondi separati, ma sono due facce della stessa medaglia: il sistema penale²⁸.

Ciò nonostante, la riforma del procedimento penale – in cantiere sin dagli anni Settanta²⁹ – era rallentata da un lato, dal timore che quest'ultima non apprestasse adeguati strumenti di contrasto al terrorismo interno; dall'altro, si temeva che il susseguirsi delle emergenze potesse portare a soluzioni eccessivamente repressive inserite all'ultimo minuto nel progetto di legge³⁰. Tuttavia, dopo un lunga gestazione, nel 1988 entrò in vigore il "nuovo" codice di procedura penale, alla base del quale vi era una scelta di sistema che lo distanziava notevolmente dal suo antecedente del 1930: l'ispirazione al modello accusatorio.

In quest'ottica, – per rendere compatibile i suoi principi di fondo³¹ con l'accertamento dei reati associativi – il legislatore della riforma adottò lo slogan "sì alle maxi-indagini, no ai maxi-processi". In altre parole, il codice Vassalli –

26 Cfr. AMODIO E., *La patologia del maxiprocesso: diagnosi e terapeutica*, in *Cass. pen.*, 1988, pag. 2057.

27 FALCONE G., *Lotta alla criminalità organizzata e nuovo modello processuale*, in *Ind. pen.*, I, 1989, pag. 248; FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, I, 1991, pagg. 28 e ss.; VIOLANTE L., *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, pag. 479; CORSO P., *Codice di procedura penale e criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di BRICOLA F. - ZAGREBELSKY V.), *Mafia e criminalità organizzata*, Utet, Torino, 1995, pagg. 122-123. Sulla "genetica" del maxiprocesso si consenta di rinviare a: AMODIO E., *La patologia del maxiprocesso: diagnosi e terapeutica*, cit., pag. 2057.

28 FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pag. 28.

29 Si ricorda, in particolare, la "legge delega" del 1974 (*recte*: legge n. 108 del 1974) poi tradotta nel progetto preliminare di codice (ultimato nel 1978). Cfr. NEPPI MODONA G., *I meccanismi processuali differenziati*, in *Cass. Pen.*, 1984, pag. 423.

30 NEPPI MODONA G., *I meccanismi processuali differenziati*, cit., pag. 430; MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pagg. 389-390.

31 Come già osservato in precedenza, il modello accusatorio non appariva compatibile con i c.d. "maxiprocessi" (nella forma assunta tra il 1982 e il 1988). Come noto, infatti, il contraddittorio predilige l'accertamento di ipotesi di reato mono-soggettive, nonché a imputazione singola.

rispetto al previgente codice “Rocco” – limitava drasticamente le ipotesi di connessione e riunione tra procedimenti. In particolare, si eliminava la c.d. “connessione probatoria”, un congegno che prevedeva lo svolgimento unitario del processo nei casi in cui la prova di un reato o di una circostanza di esso influisse sulla prova di un altro reato o di una sua circostanza (ipotesi ora rilevante solo ai sensi del collegamento investigativo di cui all'art. 371 c.p.p.)³². In secondo luogo, si circoscriveva la possibilità di riunire i procedimenti ai soli casi in cui i reati, tra i quali sussisteva il nesso probatorio, appartenessero già alla competenza dello stesso giudice sulla base delle regole ordinarie (sulla base del combinato disposto degli articoli 17 lett. c e 371 comma 2 lett. b c.p.p.)³³.

Insomma, il “nuovo” codice aveva destato larghi consensi per aver “tendenzialmente escluso i maxi-processi”³⁴, rimediando alle conseguenze negative che ne derivavano per i diritti difensivi degli imputati. Per converso, però, la riforma del 1988 suscitava parecchie perplessità sull'opposto versante della difesa della collettività e, in particolare, con riguardo alle misure di contrasto al fenomeno della criminalità organizzata³⁵.

Infatti, coerentemente con l'intrapresa direzione accusatoria, il codice “Vassalli” segnava un punto di frattura molto netto in materia probatoria rispetto al suo antecedente. L'effettività della separazione funzionale tra le fasi processuali – che aveva portato alla previsione di un c.d. “doppio fascicolo” – era presidiata da una serie di regole e divieti di ammissione probatoria: la testimonianza *de relato* della polizia giudiziaria non era ammissibile (art. 195 comma 4 c.p.p.); le

32 FALCONE G., *Lotta alla criminalità organizzata e nuovo modello processuale*, cit., pagg. 250-251; FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pagg. 27-28; VIOLANTE L., *La formazione della prova cit.*, pag. 479; SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato di formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1994, pagg. 478 e ss.; BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pag. 275.

33 FALCONE G., *Lotta alla criminalità organizzata e nuovo modello processuale*, cit., pagg. 250-251; LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 400.

34 Cfr. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, Suppl. ord. n. 2., pagg. 60 e ss.

35 FALCONE G., *Lotta alla criminalità organizzata e nuovo modello processuale*, cit., pag. 248; FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pag. 28; VIGNA P.L., *Il processo accusatorio nell'impatto con le esigenze di lotta alla criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 1992, pag. 462.

dichiarazioni rilasciate nella fase investigativa potevano essere valutate dal giudice, quando difformi da quelle rese durante l'esame dibattimentale, solo ai fini della credibilità del dichiarante (art. 500 c.p.p.); degli atti assunti unilateralmente dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero si poteva dare lettura solo per l'impossibilità di ripetere l'esame (art. 512 c.p.p.). In particolare, era prevista una sola eccezione alla rigidità della disciplina delle contestazioni; tra dichiarazioni rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria, poteva acquisire valore probatorio solo quella rilasciata nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo o nell'immediatezza del fatto (ai sensi dell'originario quarto comma dell'art. 500 c.p.p., abrogato dalla d.l. n. 306 del 1992). Tale inciso era, perciò, l'espressione di una regola di esperienza per cui gli inquirenti, nell'immediatezza del fatto, sarebbero sprovvisti di ogni possibile malizia (non avendo ancora essersi potuta elaborare, in quel frangente, un'ipotesi accusatoria): una presunzione sulla base della quale risultava relativizzato il metodo epistemologico del contraddittorio³⁶.

Tuttavia, è innegabile che nel travagliato percorso che aveva condotto alla redazione del nuovo codice si fosse preso in considerazione il fenomeno dell'associazionismo criminale e le difficoltà che erano tradizionalmente emerse nell'accertamento di tali delitti³⁷.

In primo luogo, il legislatore si era dimostrato consapevole che il *favor separationis* avrebbe comportato il rischio di incrinare l'unitarietà della valutazione dei dati acquisiti e la necessità di prevedere uno scambio dei risultati raggiunti nei procedimenti separati³⁸. Infatti, per rispondere a tali esigenze si era scelto di inserire la disposizione di cui all'art. 238 c.p.p., la quale

36 Sulla base di queste considerazioni, alcuni studiosi ritenevano che tale eccezione costituisse un "cuneo nel rigore del sistema ideologico"; cfr. FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 237. Altri autori sottolineavano, invece, la scarsa validità delle descritte "presunzione di genuinità"; cfr. FERRUA P., *Anamorfofi del processo accusatorio*, in AA.VV., *Studi sul processo penale*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 1992, pag. 83.

37 Cfr. DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pagg. 91 e ss. In senso critico: GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pag. 30.

38 In questo senso: SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pag. 480; DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pagg. 92-93; SIRACUSANO D., *Reati associativi e processo penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1997, pagg. 1089-1090.

avrebbe consentito una sorta di “circolazione del materiale probatorio”³⁹: con il consenso di tutte le parti del processo *ad quem*, si sarebbero potuti acquisire i verbali di prove formate nel dibattimento o nell'incidente probatorio di un altro procedimento penale⁴⁰.

In secondo luogo, per prevenire un qualsiasi condizionamento esterno sulla genuinità delle dichiarazioni testimoniali⁴¹, era stato introdotto l'istituto dell'incidente probatorio, meccanismo che consentiva di anticipare la formazione della prova all'interno di una parentesi dialettica nella fase preliminare⁴². Significativamente, l'inciso di cui all'art. 392 comma 1 lett. b c.p.p. prevedeva, quale presupposto di applicazione dello strumento in questione, la prognosi di alcuni comportamenti tipicamente accostati alle cosche mafiose⁴³. Si ricorda, inoltre, che alla preoccupazione di tutelare la fonte dichiarativa dalle intimidazioni erano ricollegabili – con i limiti riportati in precedenza – anche gli istituti delle letture e delle contestazioni⁴⁴.

Nonostante questi accorgimenti adottati dal legislatore delegato, da più parti si

39 Nella Relazione al progetto preliminare si legge, invero, che: “I delicati problemi sollevati dall'eliminazione dei casi di connessione, relativi all'utilizzazione delle prove nei diversi procedimenti e al potenziale contrasto tra giudicati, sono stati tenuti presenti e risolti, da un lato regolando (art. 238 c.p.p.) regolando in maniera diversa rispetto alla disciplina attuale, l'utilizzazione dei mezzi di prova acquisiti in separato procedimento, dall'altro ampliando (art. 630 c.p.p.) i casi di revisione del giudicato”; cfr. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, Suppl. ord. n. 2., pag. 60.

40 Dai lavori preparatori emerge, inoltre, come la scelta di presupposti applicativi così rigorosi derivasse da un timore del legislatore delegato. Si temeva, infatti, che l'utilizzazione di prove formate fuori dal procedimento potessero vanificare i principi cardine dell'oralità e del contraddittorio, quando le parti del processo *ad quem* non partecipavano alla formazione delle prove. Cfr. CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti»*. *Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002, pagg. 2561 e ss.

41 Infatti, “il frequente verificarsi di clamorose ritrattazioni o di altrettanto clamorosi silenzi in dibattimento aveva già indotto in passato a riflettere circa i pericoli derivanti dal profilarsi di condizionamenti esterni di vario tipo sulla genuinità delle deposizioni testimoniali”; Così: GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pagg. 28. Nello stesso senso: DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pag. 92.

42 In particolare, nel testo originario dell'art. 392 c.p.p. – rimasto invariato nelle parti che qui interessano – si leggeva, che: “Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio: a) (...) b) all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso; (...)”.

43 GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 28; DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pag. 92.

44 SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: una storia travagliata*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pagg. 347-348.

denunciava la scarsa adattabilità del codice Vassalli alle peculiarità dei procedimenti a carico della criminalità organizzata⁴⁵. In particolare, al centro delle critiche era finita la disciplina in tema di formazione della prova⁴⁶.

Si obiettava, infatti, che la disciplina della circolazione probatoria non era sufficiente a evitare un grave pregiudizio per l'accertamento dei delitti di mafia – in cui i nessi probatori costituiscono una costante⁴⁷ – poiché l'approvazione esplicita di entrambe le parti avrebbe consentito l'ingresso dei soli “atti inoffensivi”⁴⁸. Alla luce della frantumazione delle inchieste di criminalità organizzata in una pluralità di procedimenti, si avvertiva, quindi, l'inutilità di procedere *ex novo*, in ogni processo, a una onerosa ricostruzione di quanto già emerso e definito in altre sedi giudiziarie circa l'esistenza della organizzazione, la sua struttura, il compimento di determinati fatti criminosi, e così via⁴⁹. Ciò comportava, infatti, una serie di difficoltà di ordine logistico-organizzativo per l'assunzione dell'esame delle fonti testimoniali – si pensi ai disagi imposti dal dover comparire in molteplici dibattimenti per ripetere la stessa versione dei fatti – dalla quale derivavano i rischi di un fisiologico logoramento della capacità di ricostruzione dei fatti (la c.d. “usura del testimone”) e di esposizione del

45 BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pag. 274.

46 In particolare, la Commissione Parlamentare Antimafia (Relazione del 1991) riteneva che, soprattutto con riguardo alle particolari caratteristiche dei processi per mafia, “(i)l processo penale (fosse) sempre meno in grado di conseguire le proprie finalità istituzionali”. Ciò premesso, sarebbe stato necessario correggere “gli eccessi di interpretazione puramente sportiva” del modello accusatorio. Cfr. VIOLANTE L., *La formazione della prova cit.*, pag. 478. Dello stesso avviso anche autorevoli esponenti tra gli studiosi del processo penale e i magistrati. Cfr. GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pagg. 3 e ss., SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.

47 I procedimenti per fatti di mafia sono infatti “impennati sulle stesse fonti di prova in relazione agli stessi fatti”; GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 30. In senso analogo: VIGNA P.L., *Le «nuove» indagini preliminari nei procedimenti per i delitti di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pagg. 63-64; SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pag. pagg. 478 e ss.

48 Così: VIGNA P.L., *Il processo accusatorio nell'impatto con le esigenze di lotta alla criminalità organizzata*, cit., pagg. 473 e ss. Analogamente: SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.; CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti». Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002, pagg. 2561 e ss. In tal senso, inoltre, si era spesa anche la Commissione Parlamentare Antimafia (Relazione del 1991); cfr. VIOLANTE L., *La formazione della prova cit.*, pag. 484.

49 Cfr. Relazione del 1991 della Commissione Parlamentare Antimafia (VIOLANTE L., *La formazione della prova cit.*, pag. 485). Per un'opinione conforme, si veda: SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.

testimone ad atti intimidatori⁵⁰. Si finiva, insomma, per “nuocere alla credibilità dell'intervento giurisdizionale nel suo complesso”⁵¹.

Inoltre, con specifico riguardo all'esigenza di tutela delle fonti testimoniali, la predisposizione del solo rimedio dell'incidente probatorio faceva apparire il sistema originario del codice, per quanto coerente con l'impronta accusatoria, troppo rigoroso⁵². Era opinione condivisa che lo strumento in questione non fosse sufficiente a fornire una protezione completa da quei pericoli per cui era preordinata una formazione anticipata della prova, poiché la disposizione poteva trovare applicazione solo in quei casi in cui fosse possibile prevedere con largo anticipo una condotta intimidatoria. In aggiunta, in caso d'inerzia del pubblico ministero, un condizionamento esterno sul dichiarante non avrebbe potuto comportare un recupero delle precedenti dichiarazioni⁵³.

Infine, con speciale riguardo ai processi di criminalità organizzata – come metteva in guardia la stessa Commissione Parlamentare Antimafia – questo strumento sarebbe potuto essere addirittura controproducente: “il fatto che l'accusato po(tesse) con tanto anticipo conoscere il tipo di prova da assumere, il nome delle persone che devono essere ascoltate e la sua stessa partecipazione allo svolgimento dell'incidente probatorio, po(tevano) creare le condizioni auree per una azione di inquinamento”⁵⁴.

3. La “controriforma” del 1992. La Corte Costituzionale e il principio di non dispersione del materiale probatorio

É in questo contesto, segnato dalle perplessità verso le “lacune” del nuovo codice nel contrasto alla criminalità organizzata, che intervennero alcune

50 GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pagg. 28-29; VIGNA P.L., *Le «nuove» indagini preliminari cit.*, pag. 64; SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.

51 In questi termini, si esprimeva la citata Relazione della Commissione Parlamentare Antimafia (VIOLANTE L., *La formazione della prova cit.*, pag. 482).

52 Cfr. Relazione del 1991 della Commissione Antimafia (VIOLANTE L., *La formazione della prova cit.*, pag. 487). Peraltro, concordava con tale opinione la maggior parte degli studiosi: SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss. Cfr. anche Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, Cedam, Padova, 2009, pagg. 9-10.

53 SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: cit.*, pag. 350.

54 VIOLANTE L., *La formazione della prova cit.*, pag. 487.

celeberrime sentenze della Corte Costituzionale⁵⁵. Tali decisioni, abbattendo i limiti previsti per gli istituti che regolavano l'utilizzabilità degli atti raccolti unilateralmente nella fase delle indagini preliminari⁵⁶, finirono per demolire la struttura accusatoria del codice sotto l'insegna di un c.d. "principio di non dispersione dei mezzi di prova"⁵⁷. In particolare, in conformità ad esso, ritenuto un corollario degli artt. 24 e 112 della Costituzione: "Nessuna dichiarazione a contenuto probatorio deve sfuggire alla valutazione del giudice incaricato a pronunciare la sentenza, essendo indifferente la sede in cui (e quindi le modalità secondo le quali) le dichiarazioni siano state raccolte. In altre parole, tutto ciò che il giudice conosce (...) può indifferentemente utilizzato, con la sola mediazione del libero convincimento, secondo la logica tradizionale dei processi di stampo inquisitorio"⁵⁸. D'altronde, la Consulta non mancava di sottolineare come l'obiettivo primario e ineludibile del processo fosse l'accertamento della verità⁵⁹ (da intendersi, quindi, in senso "universalistico"), poggiando così la successiva argomentazione su presupposti epistemologici tipici di giustizia processuale di tipo inquisitorio⁶⁰.

E non c'è dubbio che attraverso il recupero del "sapere investigativo"⁶¹ si fornisse una risposta (per quanto criticabile) alle impellenti esigenze di difesa sociale che l'esperienza giudiziaria in tema di criminalità organizzata aveva messo in luce con specifico riguardo al tema della formazione dibattimentale della prova⁶².

55 Ci si riferisce a: C. Cost. n. 24 del 1992; C. Cost. n. 254 del 1992; C. Cost. n. 255 del 1992 (per la cui analisi si rinvia alle pagine seguenti).

56 GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 29; VIGNA P.L., *Le «nuove» indagini cit.*, pag. 60; DE FRANCESCO A., *Il principio del contraddittorio cit.*, pag. 9; SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: cit.*, pag. 350.

57 Cfr. DOMINIONI O., *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 768; MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, pagg. 334-335; MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, in *Quest. giust.*, n. 3, 2002, pagg. 609 e ss.; DE FRANCESCO A., *Il principio del contraddittorio cit.*, pag. 9.

58 Così, esattamente: ILLUMINATI G., *Giudizio*, in AA.VV. (a cura di CONSO G. e GREVI V.), *Compendio di procedura penale*, IV ed., Cedam, Padova, 2008, pagg. 688 e ss.

59 Cfr., in particolare: C. Cost. sent. n. 255 del 92.

60 PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, cit., pagg. 312-313.

61 L'espressione è di VIGNA P.L., *Le «nuove» indagini cit.*, pag. 60.

62 GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 29; VIGNA P.L., *Le «nuove» indagini cit.*, pag. 60; DE FRANCESCO A., *Il principio del contraddittorio cit.*, pag. 9; SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: cit.*, pag. 350.

Con la sentenza n. 24 del 1992, la Corte dichiarò costituzionalmente illegittimo, per violazione art. 3 Cost. (“palese irragionevolezza”), l'art. 195 comma 4 c.p.p. che sanciva il divieto di testimonianza da parte della polizia giudiziaria avente a oggetto il “contenuto delle dichiarazioni acquisite dai testimoni” (la c.d. testimonianza *de relato*). Di conseguenza, il materiale conoscitivo raccolto nella fase investigativa sarebbe potuto entrare nel dibattimento attraverso la deposizione della polizia giudiziaria.

Ad ogni modo, come intuibile, la sentenza in questione sollevò un coro di dissensi. La decisione in questione, non si limitava, infatti, a svuotare l'effettività della separazione tra le fasi⁶³, ma la soluzione proposta era più problematica rispetto alla stessa lettura dei verbali poiché il salvataggio degli atti investigativi avveniva per il tramite di una (intrinsecamente inaffidabile) testimonianza di secondo grado⁶⁴.

Un nuovo intervento demolitorio si ebbe, nello stesso anno, con la decisione n. 254. In questa sentenza, la Consulta sancì l'incostituzionalità dell'art. 513 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la facoltà di lettura delle dichiarazioni rilasciate *ante iudicium* dagli imputati per reato connesso (per i quali si procedeva separatamente) o per reato collegato, qualora avessero esercitato la facoltà di non rispondere⁶⁵. Poiché tale soluzione era prevista per gli imputati e per i coimputati per cui si procedeva congiuntamente, ad avviso della Consulta si trattava di una palese irragionevolezza; si faceva dipendere il regime probatorio da fattori contingenti: i meccanismi di riunione-separazione, espressione di esigenze di mera economia processuale.

Nella pratica giudiziaria, erano evidenti le ricadute sui procedimenti di criminalità organizzata, nei quali le dichiarazioni dei c.d. “pentiti” formavano

63 La Corte riteneva, invece, che il meccanismo dell'esame incrociato fosse sufficiente a garantire l'osservanza del principio del contraddittorio. Emergeva, dunque, una concezione alquanto riduttiva di tale principio, frutto di una sua identificazione con il concetto di oralità. Cfr. DE FRANCESCO A., *Il principio del contraddittorio cit.*, pagg. 16 e ss.

64 VIGNA P.L., *Le «nuove» indagini preliminari cit.*, pag. 63.

65 Secondo parte della dottrina si trattava di una soluzione che sarebbe comunque potuta scaturire da un'interpretazione estensiva della versione primigenia dell'art. 513 c.p.p. Tra gli altri: GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 29.

spesso l'asse portante del quadro probatorio dell'accusa⁶⁶; sulla base di tale riscrittura dell'art. 513 c.p.p., si sarebbe potuto condannare – come spesso avvenne – con una decisione fondata esclusivamente su dichiarazioni rese dai c.d. “collaboratori di giustizia” sempre sottrattisi alla dialettica dibattimentale⁶⁷.

A completare la disgregazione dell'impianto accusatorio del codice intervenne la sentenza n. 255, sempre del 1992. Questa volta la Consulta dichiarò parzialmente illegittimo l'art. 500 comma 3 c.p.p. poiché “istitui(va) (...) una irragionevole regola di esclusione che (...) (era) suscettibile di ostacolare la funzione stessa del processo proprio nei casi nei quali si fa(ceva) più pressante l'esigenza della difesa sociale dal delitto, quando per di più il ricorso all'intimidazione dei testimoni si verifica assai di frequente”.

In questo modo, facendosi carico dell'obiettivo di soddisfare la sentita esigenza di reprimere efficacemente la criminalità mafiosa⁶⁸, la Consulta aprì – anche per i procedimenti per reati “comuni” – una “breccia clamorosa”⁶⁹ tra la fase investigativa e quella dibattimentale, consentendo l'acquisizione al fascicolo dibattimentale delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone⁷⁰. Come già anticipato, la motivazione della sentenza argomentava che, se il “fine primario e ineludibile del processo penale” era “la verità storica”, il divieto di ammissione degli elementi di prova raccolti nelle indagini doveva essere bilanciato dal principio di “non dispersione” dei mezzi di prova.

Ma i giudici costituzionali denunciavano, altresì, l'incoerenza del legislatore del 1988, nella misura in cui aveva stabilito unicamente un rimedio preventivo e non uno successivo per tutelare la fonte dichiarativa da situazioni idonee a comprometterne la genuinità; si era introdotto l'istituto dell'incidente probatorio per prevenire i rischi di inquinamento (art. 392 comma 1 lett. b c.p.p.), ma non un meccanismo di recupero delle precedenti narrazioni ritenute “attendibili”

66 Sul tema, tra gli altri: IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative e procedimenti di criminalità organizzata: in particolare, l'inquadramento del dichiarante su fatti di criminalità organizzata nelle categorie soggettive dell'art. 111 Cost. e della normativa di attuazione*, in *Giur. mer.*, III, 2002, pagg. 885 e ss.

67 Cfr. DE FRANCESCO A., *Il principio del contraddittorio cit.*, pagg. 129 e ss.

68 FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, cit., pag. 2026.

69 L'immagine è presa in prestito da: GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 29.

70 GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 29. Sul punto si veda anche SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: cit.*, pag. 350.

quando la contaminazione probatoria si fosse accertata soltanto in sede dibattimentale⁷¹. Appariva, quindi, irragionevole escludere l'allegazione delle dichiarazioni connotate da precisione, analiticità e concordanza con altri elementi di prova, anche alla luce della presunzione di genuinità stabilita al quarto comma dello stesso art. 500 c.p.p.⁷².

Tuttavia, non c'è dubbio che una siffatta svalutazione del coefficiente euristico del contraddittorio – cardine del processo accusatorio – nascondesse una preferenza ideologica per il modello inquisitorio⁷³.

4. Segue. Il d.l. 8 giugno 1992 n. 306 (convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992 n. 356)

4.1. Il recupero del precedente difforme attraverso il meccanismo delle contestazioni (art. 500 c.p.p.)

In questo scenario, il legislatore non resta a guardare. Nel 1992 viene emanato il c.d. decreto “Martelli” (d.l. n. 306 del 1992 poi convertito, con modificazioni, dalla legge n. 356 del 1992), rubricato «Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa». Se è vero che *rubrica legis non est lex*, da essa ne affiora il contesto storico-politico in cui è stata posta in essere. Si tratta di un provvedimento legislativo che, dopo i drammatici fatti avvenuti in Sicilia⁷⁴, forniva nuovi strumenti normativi per contrastare più efficacemente proprio la criminalità organizzata di stampo mafioso, che in quegli anni aveva raggiunto l'acme della recrudescenza⁷⁵.

71 Cfr. Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 16 e ss.

72 In tema, si vedano: Fassone E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 238; Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 16 e ss.

73 Ferrua P., *Anamorfosi cit.*, pagg. 173 e ss.; Grevi V., *Nuovo codice cit.*, pag. 29; Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 16. Per un'esaltazione dell'“approccio laico” che avrebbe caratterizzato anche tale sentenza rispetto a una vera e propria “fede” nel principio del contraddittorio, cfr. Fassone E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 238.

74 Si pensi, tra gli altri episodi, alle stragi di Capaci (23 maggio 1992) e Via D'Amelio (19 luglio 1992) in cui persero la vita, rispettivamente, i giudici Giovanni Falcone e Paolo Borsellino.

75 Cfr. Fassone E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 231; Iadecola G., *Fonti di prova dichiarative cit.*, pagg. 885 e ss.; Cantone R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.; Scaglione A., *L'art. 500*

Appariva di estrema urgenza, inoltre, ristabilire la coerenza e la razionalità dei rapporti tra le fasi processuali a seguito delle pronunce “sovversive” della Consulta. In questo senso, l'intervento legislativo si inseriva nel solco tracciato dalle sentenze demolitorie della Corte Costituzionale⁷⁶ per concretizzarsi in norme inerenti alla disciplina della prova, con particolare riguardo agli aspetti destinati a semplificare l'accertamento dei reati di criminalità organizzata⁷⁷. In particolare, si modificarono: l'art. 238 c.p.p. (sulla “circolazione della prova”); l'art. 500 c.p.p. (in tema di contestazioni); e l'art. 512 c.p.p. (estendendo i casi in cui era possibile la lettura anche agli atti assunti per iniziativa della polizia giudiziaria⁷⁸). Furono introdotti, inoltre: l'art. 190 bis c.p.p., l'art. 238 bis c.p.p., e l'art. 512 bis c.p.p. (sulla lettura di dichiarazioni rilasciate da persone residenti all'estero).

Non c'era dubbio che la possibilità di recuperare (ai fini probatori) i verbali delle dichiarazioni rese agli organi investigativi, nei casi in cui si fossero verificati eventi perturbativi dell'attendibilità del testimone, fosse considerata una priorità assoluta per i processi di mafia. In questo modo, infatti, era possibile ovviare alle difficoltà di acquisizione delle testimonianze in procedimenti per fatti legati ad associazioni criminali, la cui efficacia dipendeva dalla capacità di conservazione del materiale conoscitivo dai tentativi di contaminazione⁷⁹. Tuttavia, dopo i varchi aperti in tale direzione dalla Corte Costituzionale⁸⁰, appariva altrettanto necessario ridimensionare il livello di efficacia probatoria di tali dichiarazioni alle sole situazioni nelle quali fosse ragionevole derogare al

c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: cit., pag. 353; BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, cit., pag. 411. In questo senso anche C. Cost. n. 29 del 2009, in tema di acquisizione delle sentenze irrevocabili.

76 Cfr. IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative cit.*, pagg. 885 e ss.; DE FRANCESCO A., *Il principio del contraddittorio cit.*, pagg. 33 e ss.; SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: cit.*, pag. 353.

77 GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 29; SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: cit.*, pag. 353.

78 Come si è visto in precedenza, tale intervento era stato reso necessario in seguito alla discussa sentenza n. 24 del 1992 della Corte Costituzionale, cfr. VIGNA P.L., *Le «nuove» indagini preliminari cit.*, pag. 63.

79 PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, cit., pag. 317; MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pagg. 389-390.

80 Si allude a: C. Cost. sent. n. 255 del 1992.

principio del contraddittorio nella formazione della prova⁸¹.

Con queste premesse, l'art. 7 della legge in esame riformava la disciplina delle contestazioni, mediante una riformulazione dell'art. 500 c.p.p.

A seguito di tale innovazione, permaneva un'ampia possibilità di acquisire il verbale della dichiarazione rilasciata nell'arco della fase preliminare e utilizzata per contestare la difforme versione dibattimentale. In particolare, l'inserimento nel fascicolo del dibattimento di quest'ultimo veniva esteso anche all'ipotesi in cui il testimone avesse ommesso o si fosse rifiutato di rispondere nel corso dell'esame (ai sensi del nuovo art. 500 comma 2 bis c.p.p.⁸²).

A presidio della separazione tra le fasi rimanevano, insomma, mere regole di valutazione⁸³. Infatti, ai sensi del quarto comma⁸⁴, il “precedente difforme” poteva essere utilizzato per la decisione se sussistevano i c.d. “riscontri esterni”⁸⁵, cioè ulteriori elementi conoscitivi che avessero potuto contribuire a avvalorarne l'attendibilità⁸⁶. Per converso, in mancanza della *corroboration*, i mezzi raccolti nella fase investigativa potevano essere utilizzati unicamente per motivare il giudizio di attendibilità del testimone (art. 500, comma 3 c.p.p.)⁸⁷.

Tuttavia – affinché le dichiarazioni extra-dibattimentali potessero essere poste alla base dell'accertamento giudiziale – le conferme esterne di affidabilità non

81 GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 32; SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: cit.*, pag. 353.

82 Si riporta l'inciso in questione, oggi abrogato: “Le parti possono procedere alla contestazione anche quando il teste rifiuta o comunque omette, in tutto o in parte, di rispondere sulle circostanze riferite nelle precedenti dichiarazioni”.

83 SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.

84 Questo il testo dell'inciso citato: “Quando, a seguito della contestazione, sussiste difformità rispetto al contenuto della deposizione, le dichiarazioni utilizzate per la contestazione sono acquisite nel fascicolo per il dibattimento e sono valutate come prova dei fatti in esse affermati se sussistono altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità”.

85 SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: cit.*, pag. 350.

86 SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.; FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 240 e ss. Alcuni autori – a parziale riscatto del legislatore del 1992 – ritenevano che tali modifiche fossero l'“unico argine compatibile con i *dicta* della Consulta”; così: BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 18.

87 Ecco il dettato della disposizione in questione: “Le dichiarazioni utilizzate per la contestazione possono essere valutate dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata”. Alcuni studiosi parlavano, a tal proposito di “efficacia negativa-screditante” dovuta a un “sospetto istituzionale”; espressamente: FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 238 e ss. Altri autori, invece, criticavano una sostanziale riproposizione della versione dichiarata illegittima dalla citata sentenza n. 255 del 1992 della Consulta; tra gli altri: SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.

erano richieste quando il giudice avesse accertato l'esistenza di una condotta illecita sul dichiarante (art. 500 comma 5 c.p.p.)⁸⁸. In sostanza, s'imponeva un "automatismo di stampo probatorio legale tra non genuinità e credibilità"⁸⁹, attraverso la predisposizione di una norma "particolarmente mirata al salvataggio del sapere investigativo acquisito nei procedimenti per i reati di criminalità organizzata, evitando che forme più o meno occulte di minaccia o lusinga po(tessero) vanificare l'attività d'indagine"⁹⁰.

E questa ragione ispiratrice emergeva altresì dal fatto che tale inciso era stato ricalcato sul dettato normativo dell'incidente probatorio e in particolare, al caso disciplinato all'art. 392 comma 1 lett. b c.p.p. Rispetto a tale ipotesi, però, si stabilivano dei presupposti di operatività che, per la loro genericità, apparivano meno rigorosi⁹¹.

4.2. La circolazione dei verbali di prova (art. 238 c.p.p.) e l'art. 190 bis c.p.p.

Come anticipato, il d.l. 306 del 1992 era intervenuto anche sulla disciplina dell'acquisizione dei verbali di prova provenienti da altri procedimenti (la c.d. "circolazione del materiale probatorio" ex art. 238 c.p.p.).

Per la riforma dell'istituto il legislatore aveva imboccato la strada indicatagli dalla Commissione Parlamentare Antimafia, la quale aveva denunciato l'eccessivo garantismo della disciplina originaria e aveva richiesto l'abolizione

88 Si riporta, allora, la lettera dell'art. 500 comma 5 c.p.p. a seguito delle modifiche effettuate dal c.d. decreto Martelli: "Le dichiarazioni acquisite a norma del comma 4 sono valutate come prova dei fatti in esse affermati quando, anche per le modalità della deposizione o per altre circostanze emerse dal dibattimento, risulta che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga o deponga il falso ovvero risultano altre situazioni che hanno compromesso la genuinità dell'esame". Per un commento, si vedano, tra gli altri: FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 247 e ss.; SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss. Cfr. altresì: Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 19.

89 In questi termini: FERRUA P., *Anamorfosi cit.*, pagg. 173 e ss. Cfr. anche: SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.; SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: cit.*, pag. 354.

90 Così, VIGNA P.L., *Le «nuove» indagini preliminari cit.*, pag. 61.

91 VIGNA P.L., *Le «nuove» indagini preliminari cit.*, pag. 61; Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 20-21.

del doppio consenso⁹². Così era stato, dunque: quando una parte intendeva importare *ab externo* un verbale di prova formata nel dibattimento o nell'incidente probatorio di un procedimento alieno, si poteva prescindere dal consenso dell'altra (ai sensi del nuovo comma 1)⁹³. Rispetto a quanto suggerito dalla Commissione, però, la soluzione non valeva per i soli processi di criminalità organizzata, ma era estesa per l'accertamento di qualsivoglia reato. Ad ogni modo, in ragione del fatto che potevano essere importati solo i verbali di prove formate attraverso il metodo della *confrontation*, poteva sembrare, *prima facie*, che la descritta disciplina fosse (quantomeno) rispettosa del principio del contraddittorio per la formazione della prova (ancora non riconosciuto esplicitamente all'art. 111 Cost., ma già ricavabile dall'allora vigente sistema costituzionale). Tuttavia, era sufficiente una lettura più attenta per accorgersi che tale principio fosse meramente di "facciata" e potesse, nella pratica, essere facilmente aggirato. Infatti, nulla imponeva che i protagonisti dell'attività dialettica nel diverso procedimento fossero le parti del processo in cui tali prove sarebbero poi state valutate⁹⁴.

Ma vi è di più. Il nuovo comma 4 dell'articolo 238 c.p.p. ammetteva la possibilità di utilizzare per la decisione anche le dichiarazioni raccolte (*aliunde*) dagli organi investigativi, qualora le parti vi avessero consentito. E – in mancanza di tale accordo – esse potevano essere comunque impiegate "a norma degli artt. 500 e 503 c.p.p."⁹⁵. Quest'ultimo inciso svelava, quindi, – in considerazione

92 VIOLANTE L., *La formazione della prova cit.*, pagg. 484-485. Cfr. anche: SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.; MOROSINI P., *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190 bis c.p.p.)*, in AA.VV. (a cura di TONINI P.), *Giusto processo*, Cedam, Padova, 2001, pag. 220.

93 GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pag. 30.

94 In questo senso, tra gli altri: DOMINIONI O., *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 768; SCELLA A., *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in AA.VV. (a cura di KOSTORIS R.E.), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2003, pagg. 94 e ss.; BERNASCONI A., *Ideologie e prassi in tema di circolazione di verbali "alieni"*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pagg. 322 e ss.

95 Il mutamento della formula rispetto al vecchio art. 238 c.p.p. (i verbali potevano "essere utilizzati nel dibattimento *ai fini* delle contestazioni previste dagli artt. 500 e 503") non è apparso casuale ad alcuni studiosi. In conformità a questa considerazione si era ritenuto che la contestazione rappresentava la condizione per utilizzare quegli atti ai vari effetti (e quindi con la diversa efficacia probatoria) previsti dalle norme richiamate; cfr. SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss. Altri autori, invece, facendo leva

della rinnovata disciplina delle contestazioni “acquisitive” – quali inquietanti risvolti per formazione dialettica delle prove potevano celarsi dietro uno sbrigliato sistema di tras migrazione probatoria⁹⁶.

In quest'ottica, il quinto comma dell'art. 238 c.p.p. – garantendo alle parti del processo *ad quem* il diritto (a norma degli artt. 190 e 495 comma 1 c.p.p.) di esaminare di quei soggetti cui le dichiarazioni fossero state acquisite – rappresentava l'“ultimo baluardo contro l'impero della scrittura”⁹⁷. Così facendo, si intendeva compensare la lesione del diritto di difesa tramite l'instaurazione di un contraddittorio quantomeno differito, ossia una discussione critica su un elemento conoscitivo che sarebbe comunque potuto essere valutato come prova⁹⁸.

Com'è noto, però, la suddetta clausola di garanzia era esplicitamente derogata nei casi in cui si procedesse per i reati di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p. – a quel tempo tutti strettamente legati al fenomeno della criminalità organizzata⁹⁹ – con riferimento ai quali operava il regime eccezionale di cui all'art. 190 bis c.p.p. (introdotto, anch'esso, dal d.l. n. 306 del 1992)¹⁰⁰.

sulla vaghezza dell'inciso propendevano per la soluzione negativa; cfr. CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.

96 Un tale sistema di circolazione degli elementi conoscitivi portava a soluzioni paradossali. "Per eludere gli sbarramenti posti a guardia del contraddittorio il pubblico ministero avrebbe dovuto semplicemente disporre lo stralcio dei procedimenti e chiedere poi l'acquisizione dei verbali di prova ai sensi del 238 c.p.p."; testualmente: SCELLA A., *Tutela del contraddittorio cit.*, pagg. 94 e ss.

97 Espressione mutuata da BELLUTÀ H., voce *Prova (Circolazione della)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 5.

98 SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.

99 Sul tema, si consenta di rimandare al capitolo precedente.

100 Il testo dell'art. 190 bis c.p.p. (rubricato "requisiti della prova in casi particolari"), come modificato dall'art. 3 della legge n. 356 del 1992, recitava così: "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 ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se il giudice lo ritiene assolutamente necessario". Viceversa, nella versione risultante del decreto “Martelli”, non era prevista alcuna circoscrizione dell'ambito di applicabilità. Evidentemente, però, questa impostazione doveva essere sembrata una limitazione eccessiva delle garanzie dei soggetti imputati per reati “comuni” (SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.). In ogni caso, se non fosse intervenuta la succitata modifica, da parte della legge di conversione, il codice avrebbe contenuto due "norme generali tra loro antitetiche": l'art. 190 e, appunto, l'art. 190 bis c.p.p. (in questi termini: FRIGO G., *La formazione della prova in dibattimento: dal modello originario al modello deformato*, in *Giur. it.*, IV, 1993, pag. 327). Si segnala, tuttavia, che la stessa Commissione parlamentare antimafia, nel proporre l'abolizione del regime del doppio consenso e di correggere l'art. 238 c.p.p., aveva avvertito la necessità che – una

Più specificamente, tale norma restringeva – rispetto alla disciplina ordinaria – la possibilità di “riesaminare” il testimone o l'imputato di reato connesso o collegato precedentemente sentiti¹⁰¹. Infatti, per la citata categoria di reati, l'ammissione di una nuova escussione del dichiarante era subordinata a un parametro molto stringente: il giudice doveva ritenerla "assolutamente necessaria".

Ciò premesso, non c'era dubbio di trovarsi al cospetto di una deroga alla regola della "presunzione di ammissibilità" sancita dall'art. 190 c.p.p.¹⁰². Si stabiliva, al contrario, una “presunzione di superfluità”¹⁰³, la quale era estesa anche ai casi in cui precedenti dichiarazioni fossero state rese nell'incidente probatorio.

Ma una simile eccezionalità trovava la sua giustificazione nella necessità di dare forma normativa alle richieste – ancora una volta provenienti dalla Commissione Parlamentare Antimafia¹⁰⁴ – di protezione dei dichiaranti da quei comportamenti intimidatori che le organizzazioni criminali pongono sistematicamente in essere sulle fonti testimoniali a loro carico, nonché di evitare a questi soggetti (specialmente se "collaboratori di giustizia") lo stress psico-fisico causato dell'essere ripetutamente contro-esaminati, sugli stessi fatti, in procedimenti diversi. Insomma, prendendo le mosse da queste regole di esperienza, una norma che favorisse la “fissazione” della prima versione del racconto¹⁰⁵ avrebbe potuto scoraggiare, rendendole inutili, le condotte

volta acquisiti i verbali di prove raccolte *aliunde* – dovesse essere riconosciuto a chiunque il diritto di chiedere e ottenere l'esame della fonte (VIOLANTE L., *La formazione della prova cit.*, pag. 485).

101Cfr. CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del collegio nei processi in materia di criminalità organizzata: un'inedita riproposizione del paradigma dell'«assoluta necessità» probatoria*, in Cass. pen., IX, 2007, pagg. 3459 e ss.

102Com'è noto, tale disposizione prevede che il giudice debba sempre ammettere le prove richieste dalle parti, salvo i casi tassativi della “contrarietà alla legge” e della “manifesta superfluità o irrilevanza”.

103In questo senso: MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 220-221; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.; BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio e requisiti della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura KOSTORIS R.E.), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2003, pagg. 106 e ss. In giurisprudenza: Cass., 12/06/2001, “Bagarella”, in Cass. pen., 2002, pagg. 3502 e ss.

104Per una ricognizione di tali istanze si consenta di rinviare al paragrafo 2.

105ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 87 e ss.

perturbative e ovviare, al contempo, alla c.d. "usura del testimone"¹⁰⁶.

Ad ogni modo, la problematicità del parametro stabilito dall'art. 190 bis c.p.p., l'"assoluta necessità", si palesava soprattutto in sede di confronto con le altre disposizioni del codice in cui si faceva ricorso alla medesima locuzione (gli artt. 507 e 603 c.p.p.). In questi contesti, infatti, essa fungeva da argine rispetto all'integrazione dell'istruttoria in una fase avanzata del dibattimento, successivamente all'assunzione delle prove ammesse su richiesta delle parti (nel primo caso) o in sede di impugnazione (nel secondo caso). In altri termini, in questi casi il giudice disponeva di un'istruttoria potenzialmente completa per valutare se l'ingresso di un nuovo elemento conoscitivo nel processo fosse indispensabile per integrare quanto emerso dall'attività probatoria già compiuta dalle parti. Al contrario, l'art. 190 bis c.p.p. doveva applicarsi nella fase introduttiva del dibattimento, dove l'organo giudicante non poteva avere alle spalle che una visione frammentaria e incompleta dell'oggetto di causa, frutto della sola conoscenza degli atti già raccolti nel fascicolo del dibattimento¹⁰⁷.

Insomma, considerato il *background* conoscitivo del giudice, il "requisito di prova" (nonostante l'apparente severità formale) era talmente generico da scadere nell'attribuzione al giudice di un ampio potere discrezionale, soggettivo e incontrollato sull'esplicazione del diritto all'ammissione probatoria in capo alle parti.

In conseguenza di una disciplina siffatta, quindi, si riscontrava un mutamento dei poteri attribuiti al giudice in ossequio ai valori cardine del rito accusatorio. L'organo giudicante si trasformava, infatti, da una parte passiva (con il compito di escludere l'ammissione del materiale probatorio manifestamente superfluo o irrilevante, ai sensi dell'art. 190 c.p.p.), in un soggetto attivo (in grado di vagliare positivamente quali elementi conoscitivi meritassero di entrare nel

¹⁰⁶Per la dottrina, si vedano: SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.; ORLANDI R., *Il procedimento penale cit.*, pagg. 63 e ss.; MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pag. 221; CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.; IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative cit.*, pagg. 885 e ss. BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pag. 106 e ss.; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.; ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel processo penale*, cit., pagg. 87 e ss. In giurisprudenza: Cass., 12/06/2001, "Bagarella", in *Cass. pen.*, 2002, pagg. 3502 e ss.

¹⁰⁷MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

dibattimento)¹⁰⁸.

Inoltre, come se non bastasse, tale requisito di ammissione presentava un ulteriore inconveniente di ordine pratico: la parte interessata alla rinnovazione dell'esame si trovava costretta, nel tentativo di convincere il giudice sulla necessità del riesame, a scoprire anticipatamente le carte rispetto a un eventuale confronto dialettico¹⁰⁹.

In definitiva, alla luce dell'analisi finora svolta sull'art. 190 bis c.p.p., non ci si stupisce che la dottrina avesse nutrito, sin dalla sua introduzione, numerosi dubbi sulla sua compatibilità con i parametri costituzionali. Alcuni studiosi ritenevano, innanzitutto, che la deroga all'oralità-immediatezza¹¹⁰ fosse tale da configurare una compressione del diritto di difesa (art. 24 Cost.) "nella sua particolare estrinsecazione rappresentata dal diritto alla prova orale"¹¹¹. Altri, invece, denunciavano una lesione della presunzione di innocenza (art. 27 comma 2 Cost.) nella misura in cui le garanzie processuali dell'imputato erano limitate unicamente sulla base di una mera ipotesi accusatoria¹¹². A tali critiche si aggiungeva la denuncia di un pregiudizio al principio di eguaglianza, in ragione del diverso trattamento riservato unicamente agli accusati dei reati previsti dall'articolo 51 comma 3 bis c.p.p.¹¹³. Si lamentava, infine, una violazione del diritto di "interrogare o far interrogare i testimoni a carico" sancito

108Cfr. MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pag. 220-221. In senso analogo: MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.; BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pagg. 108 e ss.

109In effetti, in tal modo poteva risultare pregiudicato quell'"effetto sorpresa" utile a evidenziare eventuali profili di inattendibilità della fonte. In particolare, se si pensa che la disposizione di cui all'art. 190 bis c.p.p. era stata pensata principalmente per i "collaboratori di giustizia", era palese la potenziale deroga alla parità tra accusa e difesa. Cfr. MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pag. 221; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

110In questo senso: MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pag. 221; ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 87 e ss.

111ORLANDI R., *Il procedimento penale cit.*, pagg. 91 e ss. Cfr. anche: MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 222-223; BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pagg. 108 e ss.

112Cfr. CORSO P., *Codice di procedura penale cit.*, pag. 150. Si veda anche: MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 222-223. Si segnala, inoltre, come alcuni studiosi abbiano letto in tale disposizione uno strumento idoneo a distorcere il ruolo istituzionale del pubblico ministero, in quanto selettore del "meccanismo di penalizzazione"; cfr. BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pagg. 108 e ss.; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

113BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pagg. 108 e ss.

dell'art. 14 n. 3 lett. e del Patto Internazionale relativo ai Diritti Civili e Politici, nonché dell'art. 6 n. 3 lett. d della Convenzione Europea di salvaguardia dei Diritti dell'Uomo¹¹⁴.

In ogni caso, preme segnalare che la Corte di cassazione¹¹⁵ – con riferimento all'utilizzazione delle dichiarazioni rese nel dibattimento del medesimo dibattimento – aveva ritenuto manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale del combinato disposto artt. 511 comma 2 c.p.p. e 190 bis c.p.p. in relazione agli articoli 3 e 24 della Costituzione.

4.3. *La sentenza irrevocabile come prova dei fatti in essa accertati (art. 238 bis c.p.p.)*

Alla luce di quanto detto in precedenza, parte delle critiche al sistema processuale del 1988 muovevano dall'assunto che fosse inappropriato ripetere tutti gli accertamenti già compiuti in altri procedimenti. In particolare, si trattava di un'esigenza particolarmente sentita per la ricostruzione delle c.d. “vicende di contesto” nei procedimenti di mafia¹¹⁶.

A questo scopo, il legislatore del 1992 aveva previsto – introducendo un istituto rimasto ad oggi immutato – la possibilità di acquisire al fascicolo del dibattimento le sentenze penali passate in giudicato (art. 238 bis c.p.p.) “ai fini della prova di fatto (*sic!*) in esse accertato”.

Nonostante il ricorso formula assai infelice (anche da un punto di vista lessicale), si ritiene che tale inciso configuri un peculiare mezzo di prova documentale, impiegabile per corroborare l'attendibilità dei fatti accertati in una decisione giudiziale¹¹⁷. In particolare, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie reputano che l'efficacia probatoria della sentenza irrevocabile¹¹⁸ si

114Cfr. MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pag. 222-223; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

115Si allude a: Cass., 12/06/2001, “Bagarella”, in *Cass. pen.*, 2002, pagg. 3502 e ss.

116SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.; CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.

117Cfr. LOZZI G., *Procedura penale*, cit., pag. 272; GAITO A., *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. Pen.*, n. 3, 2011, pagg. 24-25.

118Tuttavia, a proposito del requisito dell'irrevocabilità della sentenza, occorre mettere in luce come l'orientamento consolidato in giurisprudenza ritenga liberamente acquisibile qualsiasi

riferisca a qualsiasi circostanza di fatto che sia stata oggetto di specifico accertamento nella decisione acquisita e, perciò, anche ai fatti diversi dall'imputazione (quali, ad esempio, quelli che sono stati oggetto di accertamento incidentale per stabilire l'esistenza di una condotta illecita ai fini dell'applicazione dell'art. 500 comma 4 c.p.p.)¹¹⁹.

In questo modo, l'art. 3 d.l. n. 306 del 1992 (come convertito nella legge n. 356 del 1992) affida alla magistratura un efficacissimo strumento per semplificare l'onere probatorio nei processi di criminalità organizzata. Delle sentenze pregresse possono valorizzarsi, infatti, le descrizioni minuziose della struttura gerarchica del sodalizio criminale – fondamentali per dimostrare la sussistenza degli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 416 bis c.p. – nonché altri elementi conoscitivi che potrebbero fungere da riscontro delle dichiarazioni dei c.d. “pentiti”¹²⁰. Di conseguenza, “la prova dell'esistenza dell'associazione mafiosa [*id est*: “Cosa Nostra”] fornita nell'ambito di un procedimento assumeva e assume, pertanto, un singolare effetto moltiplicativo nei procedimenti instaurati parallelamente o successivamente a carico dei singoli sodali, esonerando la pubblica accusa e quindi il giudice dal gravoso compito di doverla provare tutte le volte”¹²¹. Allo stesso tempo, analogamente ad altre interpolazioni realizzate dal decreto “Martelli”, la disposizione, pur pensata con specifico riguardo ai processi di mafia, è applicabile in via generale indipendentemente dal titolo del reato per cui si procede¹²².

Tuttavia, la disposizione ha prestato il fianco, sin dalla sua introduzione, a

decisione non definitiva (sentenza, decreto od ordinanza emessa nel corso del procedimento) ai sensi dell'art. 234 c.p.p. In ogni caso, sul piano valutativo, la celebre sentenza “Mannino” delle Sezioni Unite ha stabilito che “le sentenze pronunciate in procedimenti penali diversi e non ancora divenute irrevocabili, legittimamente acquisite al fascicolo del dibattimento nel contraddittorio fra le parti, possono essere utilizzate come prova limitatamente all'esistenza della decisione e alle vicende processuali in esse rappresentate, ma non ai fini della valutazione delle prove e della ricostruzione dei fatti oggetto di accertamento in quei procedimenti” (Cass., S.U., 12/07/05, “Mannino”, in Cass. Pen., 2005, pag. 3732). Cfr. GAITO A., *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., pagg. 29 e ss.

119Cfr. LOZZI G., *Procedura penale*, cit., pag. 272; GAITO A., *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., pag. 27.

120Cfr. PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, cit., pagg. 316-317; GAITO A., *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., pag. 25.

121In questi termini: GAITO A., *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., pag. 25.

122GAITO A., *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., pag. 25.

numerose critiche da parte della più influente dottrina. Con particolare riguardo all'oggetto della dimostrazione, si è messo in luce che le sentenze irrevocabili siano solo delle “pseudo-prove”¹²³: atti inidonei a provare alcunché, poiché costituiscono solamente il risultato di una valutazione del materiale conoscitivo su cui si fondano. Inoltre, tale istituto, al di là dei suoi limiti ontologici, potrebbe fungere da “grimaldello” per sovvertire i limiti posti per la circolazione dei verbali di prova a presidio della formazione dialettica della prova (in questa stagione, molto ridotti)¹²⁴. Altri autori rincarano la dose, adducendo la potenziale estensione dell'efficacia che tale norma attribuisce alle sentenze penali: si riconoscerebbe loro un'efficacia *erga omnes* (idonea a vincolare i successivi accertamenti), tracciando una soluzione incompatibile con l'abolizione della pregiudizialità penale¹²⁵.

Poco significativo, in quest'ottica, appare anche il tentativo di compensare il vizio genetico della disposizione – secondo una logica già utilizzata per le contestazioni all'esame testimoniale – mediante l'estensione del criterio di valutazione previsto, dall'art. 192 comma 3 c.p.p., per gli imputati di reato connesso o collegato¹²⁶.

Per concludere, si vogliono anticipare, in questa sede, alcuni dati che saranno molto utili ai fini dell'intera trattazione. Preme, infatti, segnalare che – nonostante i descritti profili di criticità – la legge n. 63 del 2001 (attuativa dei precetti costituzionali sanciti dal novellato art. 111 Cost.) non è intervenuta sull'art. 238 bis c.p.p.¹²⁷.

Recentemente, inoltre, la Corte Costituzionale¹²⁸ ha ritenuto “non fondata” una questione di legittimità costituzionale di tale disposizione sollevata dal Tribunale di Biella, il quale la reputava in palese contrasto proprio con i nuovi parametri

123In questi termini: CORDERO F., *Procedura penale cit.*, pag. 801.

124CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.

125In senso contrario SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.

126SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato cit.*, pagg. 478 e ss.

127Dai lavori preparatori non emergono le ragioni di quest'omissione. Tuttavia la giurisprudenza successiva al 1999 aveva escluso che l'art. 238 bis c.p.p. potesse consentire l'ingresso di elementi probatori la cui acquisizione fosse altrove interdotta. Cfr. CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.

128Ci si riferisce a: C. Cost., sent. n. 29 del 2009 (con nota di IAFISCO L., *Acquisizione della prova-sentenza ex art. 238-bis c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova*), in *Giur. cost.*, I, 2009, pagg. 217 e ss.

stabiliti nell'art. 111 commi 4 e 5 Cost. Di questa decisione interessa, in special modo, la peculiare configurazione del principio del contraddittorio che in essa emerge (molto significativa non solo ai fini della disciplina dell'acquisizione delle sentenze irrevocabili). Infatti, a dire della Corte, la portata del precetto deve essere individuata "in considerazione della specificità dei singoli mezzi di prova". In particolare, allora, con riferimento alla "specificità natura della sentenza irrevocabile", il principio dialettico "trova il suo momento di esplicazione non nel momento dell'acquisizione, ma in quello successivo della valutazione e utilizzazione". La Consulta muove, infatti, dal presupposto che l'acquisizione del dato probatorio non sia un momento autonomo rispetto all'utilizzazione e, di conseguenza, che "i limiti imposti a quest'ultima s(iano) rilevanti ai fini del giudizio sulla legittimità dell'acquisizione"¹²⁹.

4.4. *Un bilancio sulla stagione dell'emergenza: contrasto alla criminalità organizzata e garanzie processuali*

Come si è detto, la legislazione dell'estate del 1992 è stata fortemente condizionata dal principio di non dispersione del materiale probatorio sancito dalla Corte Costituzionale. Poiché ispirata da una concezione riduttiva della funzione epistemologica garantita dal metodo del contraddittorio, realizzava un'autentica "controriforma", in senso inquisitorio, del sistema processuale allestito dal codice "Vassalli"¹³⁰.

¹²⁹Testualmente: C. Cost. n. 29 del 2009 (con nota di IAFISCO L., *Acquisizione della prova-sentenza ex art. 238-bis c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova*, cit., pagg. 217 e ss.)

¹³⁰In questo senso: FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 233-234; DOMINIONI O., *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 738; IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative cit.*, pagg. 885 e ss.; DE FRANCESCO A., *Il principio del contraddittorio cit.*, pagg. 33 e ss.; SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: cit.*, pag. 355; SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 136. *Contra*: GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pag. 35, il quale parla di "modello accusatorio corretto o affievolito". Parte della dottrina denunciava altresì una "evidente ipocrisia" del sistema processuale risultante. L'ampia possibilità di utilizzare elementi delle indagini preliminari sarebbe dovuta quantomeno essere bilanciata con l'imparzialità del pubblico ministero e l'obbligo di ricerca degli elementi di prova a favore dell'imputato al di fuori dell'ottica dall'esercizio dell'azione penale (come avveniva nella "vecchia" istruzione formale, in cui il giudice istruttore godeva di maggiore imparzialità) Cfr. LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, cit., pagg. 548 e ss. Altri studiosi, invece, avevano accolto favorevolmente gli eventi normativi del 1992 per il loro

Nonostante lo scopo (esplicito o meno) fosse quello di agevolare l'accertamento dei delitti di mafia, il risultato fu l'erosione – a prescindere dal reato perseguito – dei divieti di ammissione probatoria preordinati al presidio dell'oralità e del contraddittorio. Di conseguenza, si consentiva al giudice di scegliere tra gli elementi conoscitivi raccolti unilateralmente, nel corso delle indagini preliminari o in altro procedimento, e le risultanze probatorie dibattimentali¹³¹.

Un altro rilievo è d'obbligo. Con la manovra in questione si affermava, a livello legislativo, un nuovo meccanismo funzionale alla tutela dell'accertamento contro l'inquinamento probatorio: le contestazioni all'esame testimoniale (art. 500 c.p.p.)¹³². Lo strumento contestativo veniva quindi affiancato all'incidente probatorio al fine di presidiare la funzione giurisdizionale – lungo tutto l'arco del processo – contro i perversi effetti delle condotte inquinanti sul procedimento probatorio¹³³.

Si tracciavano così le basi dell'apparato normativo vigente, riferibile alla fenomenologia dell'intimidazione dei testimoni. In particolare, sotto il profilo "preventivo", è schierato l'incidente probatorio: un rimedio volto a raccogliere le dichiarazioni prima che la fonte possa subire condizionamenti che sacrifica, tuttavia, quella dimensione dell'oralità rappresentata dall'immediatezza¹³⁴. Sul versante "terapeutico" si colloca, invece, il recupero delle dichiarazioni predibattimentali attraverso il meccanismo processuale delle letture (art. 512 c.p.p.) e delle contestazioni (art. 500 c.p.p.); si tratta di strumenti operanti ex

"abbandono delle pregiudiziali ideologiche in tema di prova". In questo modo, si svincolava il processo da quell'eccesso di formalizzazione che aveva reso impotente il processo penale, soprattutto nei confronti delle organizzazioni criminose che avevano compreso i metodi di alterazione dei meccanismi. Così: FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 234 e ss.

131Tra gli altri: FERRUA P., *Anamorfosi cit.*, pagg. 173 e ss.; NOBILI M., *L'accusatorio sulle labbra e l'inquisitorio nel cuore*, in *Critica dir.*, IV, 1992, pagg. 11 e ss. In senso favorevole: FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 233-234. In chiave critica: DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pagg. 91 e ss.; SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: cit.*, pag. 353. Sul punto, si riporta il pensiero di un illustre studioso: "La questione d'igiene istruttoria era seria. Pessimo l'espedito. Hanno lunghi tentacoli le famiglie criminali e talvolta inquinano i processi: parole diluite o ringoiate segnalano sfondi loschi, ma il rimedio esiste; essendo nel fascicolo i detti anteriori, spetta al giudice cogliere i più credibili"; cfr. CORDERO F., *Procedura penale*, cit., pagg. 935-936.

132BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 15-16.

133BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 8-9.

134BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 20-21.

post (quando l'inquinamento della prova testimoniale si sia già verificato), che derogano al principio del contraddittorio nella formazione della prova al fine di neutralizzare gli esiti processuali della condotta intimidatoria.

Ad ogni modo, nella stagione dell'emergenza – diversamente da quanto accade oggi – lo strumento contestativo concedeva ampi spazi d'impiego delle dichiarazioni precedenti. In particolare, era sufficiente che un condizionamento esterno sulla genuinità del dichiarante emergesse da qualsiasi circostanza dibattimentale, quali potevano essere le stesse “modalità della deposizione” (ai sensi del comma 5 dell'art. 500 c.p.p.)¹³⁵. Non ci si stupisce, quindi, se, in questo contesto, il rimedio preventivo dell'incidente probatorio fosse relegato in secondo piano¹³⁶.

Venendo al tema della circolazione probatoria, il legislatore del 1992 optava per soluzioni volte a soddisfare l'economia processuale e la non dispersione probatoria¹³⁷. Come si è visto, la possibilità di acquisire i verbali di prove e di dichiarazioni raccolte era stata considerevolmente ampliata¹³⁸. Innegabile, dunque, che la nuova disciplina dall'articolo 238 c.p.p. fosse di per sé vistosamente limitativa dei principi cardine propri del rito accusatorio¹³⁹.

Inoltre, nel sistema previsto dalla legge n. 356 del 1992, per i procedimenti di cui al comma 3 bis dell'articolo 51 c.p.p. non solo la colpevolezza dell'imputato

135In pratica, ai fini di un utilizzo del materiale formato fuori dal confronto dialettico era sufficiente “la mera sensazione del giudice ricavata dai più disparati elementi” del buon esito della coazione esterna sul testimone. Cfr. GIOSTRA G., *I limiti cit.*, pag. 4. Nello stesso senso: GREVI V., *Nuovo codice cit.*, pagg. 33-34; Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 20-21.

136Secondo alcuni autori si verificò, quindi, un “mutamento radicale del modo di concepire i rapporti tra inquinamento della prova e principio del contraddittorio” passando dalla logica della “giurisdizione anticipata” a quella dei recuperi inquisitori. Così: Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 15-16.

137CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.; SCELLA A., *Tutela del contraddittorio cit.*, pag. 92.

138Infatti, si era messo in luce che: “la separazione fra diversi procedimenti ne esce ulteriormente relativizzata, la norma tende ad abolire gli steccati tra un accertamento e l'altro favorendo l'utilizzazione del materiale probatorio in una serie indeterminata di procedimenti”. Cfr. ORLANDI R., *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata: dal maxi-processo al “grande processo”*, in AA.VV. (a cura di GIOSTRA G. - INSOLERA G.), *Lotta alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 89. Nello stesso senso: MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pag. 221.

139CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.; SCELLA A., *Tutela del contraddittorio cit.*, pag. 92; BERNASCONI A., *Ideologie e prassi cit.*, pagg. 324 e ss.

poteva essere provata sulla base del materiale probatorio formatosi senza il suo contributo dialettico, ma addirittura poteva essere negato il "guidrigildo" di una successiva integrazione dibattimentale, seppur su una prova precostituita. Insomma, come era stato acutamente evidenziato, con l'introduzione dell'art. 190 bis c.p.p. venne fatto un passo ulteriore, rispetto alle sentenze della Corte Costituzionale, verso la dissoluzione dei principi ispiratori del codice del 1988. Infatti, mentre la Consulta si era (per così dire) limitata a imporre un contraddittorio "debole" (sulle fonti di prova), un legislatore con "l'accusatorio sulle labbra (e) l'inquisitorio nel cuore"¹⁴⁰ era giunto a negare persino un successivo confronto tra accusato e accusatore¹⁴¹.

Sulla base di queste premesse, la dottrina era unanime nel ritenere che il 190 bis c.p.p. costituisse una differenziazione normativa idonea a sfondare l'ultima barriera per una diversificazione processuale a seconda del reato perseguito: un vero e proprio "doppio binario" in ambito probatorio. Detto altrimenti, con l'aggiunta di tale disposto il legislatore si era mosso aderendo alla logica di modelli diversificati in tema di formazione della prova; la differenziazione di disciplina tra reati ordinari e reati di criminalità organizzata finiva quindi per incidere anche sui metodi di avvicinamento alla verità¹⁴².

In definitiva, in tema di lotta alla mafia, si prospettavano scenari in cui erano compromessi il diritto di difesa, il principio di formazione dialettica della prova, nonché i basilari principi di civiltà giuridica¹⁴³. Pertanto, l'economia processuale – cui aspirava una disciplina di tal sorta – degenerava, nelle situazioni-limite sopra descritte, in un'economia dei diritti del processo: una valutazione utilitaristica di costi e benefici disposta a calpestare i diritti dell'imputato nella marcia forzata verso la repressione del fenomeno mafioso.

140Espressione mutuata da: NOBILI M., *L'accusatorio sulle labbra cit.*, pagg. 16 e ss.

141BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pag. 107.

142In questo senso, tra gli altri: ORLANDI R., *Il procedimento penale cit.*, pagg. 91 e ss.; GIOSTRA G., *I limiti di una "strategia processuale differenziata"*, in *Gazz. Giur.*, n. 32, 1997, pagg. 2 e ss.; IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative cit.*, pagg. 885 e ss.; CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento*, pagg. 3460 e ss.

143LATTANZI G., *Un processo riformato o rivoluzionato?*, in *Leg. pen.*, 1993, pag. 358.

5. Gli sviluppi del conflitto tra legislatore e Corte Costituzionale sul valore epistemologico del contraddittorio

Le feroci critiche sferrate contro la disciplina risultante dal d.l. 306 del 1992 – in special modo, contro la prassi giudiziaria che ne scaturì, per cui si condannava l'imputato esclusivamente sulla base di dichiarazioni rese dai collaboratori di giustizia al di fuori dal contraddittorio e stimate attendibili alla stregua della c.d. *mutual corroboration*¹⁴⁴ – indussero il legislatore a un cambio di rotta. Di conseguenza, nel tentativo di riscrivere l'equilibrio tra le istanze di difesa della collettività e le garanzie della persona, si imboccò la direzione del recupero dei principi accusatori¹⁴⁵.

Questa rinnovata “sensibilità garantista”¹⁴⁶ condusse alla legge n. 267 del 1997 che – con l'obiettivo di rivitalizzare il metodo del contraddittorio – riscrisse completamente l'art. 513 c.p.p. (in tema di letture dibattimentali). Tale riforma, però, si incentrava unicamente sulla figura dell'imputato, lasciando immutato il regime di utilizzabilità dei contribuiti extra-dibattimentali resi dalle altre figure di dichiaranti¹⁴⁷.

Da quel momento, infatti, la dichiarazione rilasciata dal coimputato alle autorità investigative non poteva essere utilizzata *contra alios* senza il loro consenso (art. 513 comma 1 c.p.p.). Inoltre, per gli imputati di reato connesso o collegato si distingueva nettamente tra le ipotesi della c.d. “impossibilità oggettiva”, per cui si ribadiva fosse possibile effettuarne lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p., e dell'esercizio dello *ius tacendi*, per cui la valutazione era invece condizionata all'accordo delle parti (art. 513 comma 2 c.p.p.)¹⁴⁸.

144 Si tratta della situazione che si verifica quanto i riscontri esterni erano costituiti da altre dichiarazioni rese da imputati di reato connesso o collegato. Cfr. DE FRANCESCO A., *Il principio del contraddittorio cit.*, pag. 136.

145 BERNASCONI, *Ideologie e prassi cit.*, pag. 326; BITONTI A., *Voce Doppio Binario, cit.*, pag. 411.

146 Immagine di BITONTI A., *Voce Doppio Binario, cit.*, pag. 411.

147 BITONTI A., *Voce Doppio Binario, cit.*, pag. 411.

148 Tuttavia, la dottrina maggioritaria riteneva che la disciplina riformata fosse ora sbilanciata in senso opposto. In particolare, appariva troppo rigorosa la scelta a favore di tutela forte dello *ius tacendi* che non prendeva in considerazione le ipotesi in cui il silenzio fosse dipeso da atti intimidatori (violenza, minacce, promessa di denaro). Cfr. GIOSTRA G., *I limiti cit.*, pag. 3; BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato, cit.*, pagg. 22 e ss.

Al tempo stesso, tuttavia, al fine di “compensare” il compiuto “passo indietro” del sistema contro l'adulterazione del procedimento probatorio (ascrivibile al compimento di atti intimidatori), il legislatore del 1997 ampliava i presupposti per la concessione dell'incidente probatorio: per l'assunzione delle dichiarazioni dei coimputati e dei soggetti di cui all'art. 210 c.p.p. non occorreva più dimostrare la sussistenza del rischio di inquinamento – adducendo “elementi concreti e specifici” –, ma era sufficiente la mera richiesta di parte¹⁴⁹. Era stato altresì aggiunto, però, anche il comma 1 bis all'art. 403 c.p.p., sulla base del quale – tra tutte le dichiarazioni rilasciate in tale parentesi dialettica della fase investigativa – potevano essere utilizzate per formare il convincimento del giudice sulla colpevolezza di un soggetto – in quel momento imputato o sopraggiunto, in seguito, da indizi di colpevolezza – soltanto quelle assunte con la presenza del difensore di quest'ultimo¹⁵⁰.

Ma in un'ottica di recupero dei principi ispiratori del codice del 1988 deve leggersi anche l'intervento manipolativo – sempre a opera della legge 267 del 1997 – sulla disciplina della circolazione probatoria, concretizzatosi nell'aggiunta del comma 2 bis all'articolo 238 c.p.p. Si trattava, infatti, di una “clausola di garanzia” con la quale si stabiliva che i verbali delle dichiarazioni rese dalle persone imputate di procedimento connesso o collegato (art. 210 c.p.p.)¹⁵¹, provenienti da altri procedimenti, potessero essere utilizzabili solamente “contro” quell'imputato il cui difensore avesse partecipato alla loro assunzione quando vi fosse stata, quindi, (se non altro astrattamente) una

149Secondo parte della dottrina, l'alleggerimento dei requisiti per l'incidente probatorio e il concentrarsi unicamente sui soggetti di cui all'art. 210 c.p.p. costituivano i sintomi di una rinuncia del legislatore a ripristinare la centralità del dibattimento nel processo e della prova nel dibattimento. Si ponevano le basi per cui il giudice continuasse a decidere sulla base di stanca replica di attività procedurali formate in sua assenza. Ma proprio in queste “lacune” nella tutela dei principi dell'oralità e del contraddittorio si sarebbe poi insinuata la Consulta. Cfr. DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pagg. 95-96; BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, cit., pag. 412.

150In tal modo, il legislatore aveva pertanto annullato gli effetti della sentenza n. 181 del 1994 della Corte Costituzionale con la quale aveva decretato che – se l'imputato era raggiunto da indizi di colpevolezza dopo lo svolgimento dell'incidente probatorio – le dichiarazioni sarebbero state utilizzabili nei suoi confronti anche nel caso il suo difensore non avesse partecipato all'assunzione della prova; cfr. MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pag. 226.

151BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, cit., pagg. 411-412. Come si vedrà meglio più avanti, con la legge n. 63 del 2001 tale inciso fu riferito a tutte le dichiarazioni, indipendentemente dalla qualificazione processuale della fonte.

possibilità di contraddire le sue affermazioni¹⁵².

Infine, nonostante l'anomalia dell'art. 190 bis c.p.p. – il “vero asse portante dell'assetto probatorio originato dall'emergenza”¹⁵³ – apparisse alquanto evidente, la riforma del 1997 non optò per una sua abrogazione. Si limitò, infatti, a ridimensionarne il raggio di operatività nei termini sopra descritti (e cioè tramite l'inserimento del comma 1 bis all'art. 403 c.p.p. e del comma 2 bis all'art. 238 c.p.p.)¹⁵⁴.

Ad ogni modo, quale che fosse la portata garantista della modifica del 1997, essa fu vanificata, pochi mesi dopo la sua emanazione, da un nuovo intervento della Corte Costituzionale.

Infatti, con la sentenza n. 361 del 1998 la Consulta ribadiva che non fosse “conforme al parametro costituzionale di ragionevolezza una disciplina che preclud(eva) a priori l'acquisizione in dibattimento di elementi raccolti legittimamente nel corso delle indagini preliminari”, riportando così in auge il principio di non dispersione¹⁵⁵. In ragione di ciò, estendeva il meccanismo delle contestazioni acquisitive agli imputati di reato connesso o collegato che avessero esercitato il diritto al silenzio dopo aver rilasciato dichiarazioni sulle responsabilità altrui (le c.d. dichiarazioni “etero-accusatorie”), nella fase investigativa o in altro procedimento¹⁵⁶.

152In tal modo, pur non intervenendosi sulla possibilità di acquisire le prove provenienti da altri procedimenti se ne evitava l'indiscriminata utilizzazione: la nuova regola produceva l'effetto di rendere utilizzabili i verbali acquisiti soltanto nei confronti di alcune categorie soggettive; cfr. CANTONE R., *La « circolazione probatoria tra procedimenti » cit.*, pagg. 2561 e ss.

153Testualmente: MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

154BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pagg. 110-111; MOROSINI P., *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura TONINI R.), *Giusto processo*, Cedam, Padova, 2001, pag. 223; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

155Pur riconoscendo l'irragionevole lesione che il c.d. “metodo cartolare” comportava per il contraddittorio – inteso come mera espressione del diritto di difesa dell'imputato che garantisce un confronto con l'accusa su una prova già formata – la Consulta riteneva che tale principio dovesse essere bilanciato con il “principio di non dispersione” in quanto corollario della funzione essenziale del processo, l'accertamento della verità. Sulla base di queste considerazioni, la Corte individuava nello strumento delle contestazioni acquisitive (art. 500 comma 2 bis c.p.p.) un meccanismo idoneo a contemperare le due esigenze. Cfr. DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pag. 96.

156In questo modo, i verbali di prove di altri procedimenti non utilizzabili “in via diretta”, lo diventavano attraverso il meccanismo delle contestazioni ai sensi dei commi 2 bis, 3 e 4 dell'art. 500 c.p.p. Cfr. CANTONE R., *La « circolazione probatoria tra procedimenti » cit.*, pagg. 2561 e ss.

Ad ogni modo, contro tale decisione la dottrina reagì causticamente. La decisione rifletteva, infatti, una visione molto riduttiva, la cui osservanza era garantita da un'attività dialettica svolta su una prova già pienamente utilizzabile¹⁵⁷. Si criticava, inoltre, che i giudici della Consulta non avevano considerato l'eventualità – in una prospettiva di tutela dell'accertamento dalle condotte inquinanti – che il pubblico ministero avesse consapevolmente assunto il rischio di non ricorrere agli strumenti di raccolta anticipata della prova per non essere costretto a una *discovery* degli atti di indagine¹⁵⁸.

Insomma, la sentenza per ultima citata – con la quale si sanciva la “definitiva mortificazione del contraddittorio”¹⁵⁹ – lasciava pochi dubbi circa l'esistenza di un conflitto tra potere legislativo e una giurisprudenza costituzionale “eversiva”¹⁶⁰.

6. La riforma costituzionale sul “giusto processo”

Sul finire del millennio, però, il “conflitto” tra Consulta e legislatore arriva a una svolta. Si assiste, infatti, al varo della legge costituzionale n. 2 del 1999, che apporta una profonda innovazione dell'articolo 111 della Carta fondamentale (il quale si colloca, significativamente, a mo' di *incipit* della sezione sulla giurisdizione). Invero, con tale modifica il costituente sancisce espressamente – nonostante fossero in gran parte ricavabili dal diritto sovranazionale e dai precetti costituzionali esistenti – i principi del “giusto processo”¹⁶¹.

157Cfr. DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pag. 97. DE FRANCESCO A., *Il principio del contraddittorio cit.*, pagg. 141 e ss.

158DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pag. 97.

159Così: DE FRANCESCO A., *Il principio del contraddittorio cit.*, pag. 141.

160Espressamente: GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del) – II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Agg., Roma, 2001. Su posizioni analoghe: DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pagg. 98 e ss.

161ILLUMINATI G., *Giudizio*, in AA.VV. (a cura di CONSO G. e GREVI V.), *Compendio di procedura penale*, IV ed., Cedam, Padova, 2008, pagg. 681 e ss.; SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: una storia travagliata*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pagg. 357 e ss. Pertanto, nonostante non vi sia stata una presa di posizione esplicita del legislatore costituzionale, alcuni studiosi hanno letto in questo intervento sulla Carta Fondamentale un riconoscimento implicito del sistema accusatorio quale modello

In particolare, tra le garanzie in tema di processo penale previste dal rinnovato dettato costituzionale, si segnala la valorizzazione del diritto alla prova (e si tratta di un dato non trascurabile, a mente della disciplina derogatoria di cui all'art. 190 bis c.p.p.). L'art. 111 comma 3 terzo periodo Cost. prescrive, infatti, 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, 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"¹⁶². Si tratta, quindi, il riconoscimento costituzionale del "diritto di difendersi provando"¹⁶³ che, tra le altre cose, comporta l'onere per il legislatore ordinario di garantire all'imputato che al procedimento probatorio (*id est*, alle fasi di ammissione, assunzione dei mezzi di prova richiesti e di valutazione dei risultati emersi) sia preposta una figura giurisdizionale¹⁶⁴.

In ogni caso, nel quadro disegnato dalla riforma costituzionale, risalta soprattutto il riconoscimento esplicito del "principio del contraddittorio" quale canone essenziale della giurisdizione (artt. 111 comma 2 e comma 4 Cost.). Difatti – considerando che questo parametro era precedentemente ricondotto all'art. 24 comma 2 Cost., in una riduttiva ottica di garanzia del singolo imputato¹⁶⁵ – ben si comprende come la modifica costituzionale abbia voluto eleggerlo come metodo più affidabile per l'accertamento dei fatti, esaltandone la dimensione euristica¹⁶⁶.

processuale con cui deve esercitarsi la giurisdizione penale. Cfr. ILLUMINATI G., *Giudizio*, cit., pagg. 681 e ss.

162In ogni caso, tale principio si trovava già esplicitamente sancito agli artt. 6 comma 3 lett. d della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e 14 comma 3 lett. e del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici.

163Così, espressamente: VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale* (1967), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 12. Si veda anche: UBERTIS G., voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II-1, Giuffrè, Milano, 2008, pagg. 14-15.

164UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, I, Parte generale*, Utet, Torino, 2007, pagg. 163 e ss.; UBERTIS G., voce *Giusto processo cit.*, pagg. 14-15; RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1019 e ss.

165Cfr. C. Cost., sent. n. 46 del 1957. Sul tema: GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del) – II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Agg., Roma, 2001, pagg. 5-6; UBERTIS G., *Sistema di procedura penale cit.*, pagg. 143 e ss.

166MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, cit., pagg. 334-335; MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, in *Quest. giust.*, n. 3, 2002, pagg. 609 e ss.; IADECOLA G., *Fonti di*

É innegabile, peraltro, che alla base della riforma sul giusto processo, vi fosse un chiaro intento “politico”. L'obiettivo del legislatore era quello superare definitivamente, in modo da scongiurarne una riproposizione in futuro, quel consolidato orientamento della Corte Costituzionale che – ridimensionando la cesura tra la fase preliminare e la fase dibattimentale in nome del “principio di non dispersione” – aveva permesso di smantellare i caposaldi del sistema del codice del 1988¹⁶⁷.

La descritta genesi della riforma suggerisce, quindi, la linea interpretativa da privilegiare nella lettura delle innovazioni apportate, tanto per le regole quanto per le eccezioni¹⁶⁸. In altri termini, l’“impeto reattivo”¹⁶⁹ alla base della revisione costituzionale esorta a privilegiare una lettura congiunta dei singoli commi dell'art. 111 Cost. che ponga in posizione nodale il primo periodo del comma quarto – ossia l'inciso che recita: “il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova” –, elevandola alla stregua di una “regola” di carattere generale¹⁷⁰.

Conformemente a tale approccio deve leggersi che il “giusto processo” è quello “regolato dalla legge” (art. 111 comma 1 Cost.) la quale, solo essa, può stabilire i “casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio”, purché rientrino nelle ipotesi eccezionali tassativamente indicate dalla stessa Costituzione: consenso dell'imputato, accertata impossibilità di natura oggettiva e provata condotta illecita (art. 111 comma 5 Cost.)¹⁷¹.

prova dichiarative e procedimenti di criminalità organizzata: in particolare, l'inquadramento del dichiarante su fatti di criminalità organizzata nelle categorie soggettive dell'art. 111 Cost. e della normativa di attuazione, in Giur. mer., III, 2002, pagg. 885 e ss.; UBERTIS G., Sistema di procedura penale, Utet, Torino, 2007, pagg. 143 e ss.; ILLUMINATI G., Giudizio, cit., pagg. 688 e ss.

167Ci si riferisce, in particolare, alle sentenze: C. Cost., n. 255 del 199 e C. Cost., n. 361 del 1998. In questo senso: MOROSINI P., *Contraddittorio cit.*, pagg. 334-335; DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pagg. 98 e ss.; MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo cit.*, pagg. 609 e ss.; ILLUMINATI G., *Giudizio*, cit., pagg. 688 e ss.

168BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, Cedam, Padova, 2009, pagg. 26 e ss.

169Così: GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., pagg. 6 e ss.

170FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 3.

171GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., pagg. 6 e ss.; BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, Cedam, Padova, 2009, pagg. 26 e ss.; FERRUA P., *La dialettica*

Ad ogni modo, deve tenersi in conto anche il secondo periodo dell'art. 111 comma 4 Cost., il quale proclama che “la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore”. Si tratta, quindi, di un'ulteriore “regola”: un secondo vincolo all'attività legislatore ordinario, “speciale” nella sua efficacia rispetto a quello imposto dal primo periodo, nonché operante sul versante valutativo¹⁷².

Si vuole tornare, però, al baricentro della revisione costituzionale: la regola del contraddittorio per la formazione della prova.

La riforma del 1999 è segnata dalla proclamazione solenne del metodo dialettico quale “statuto epistemologico” della giurisdizione penale¹⁷³. Si riconosce, infatti, un diritto al contraddittorio inteso “in senso forte”, alla stregua di “contraddittorio *per* l'elemento di prova”¹⁷⁴: la possibilità di acquisire e valutare come prova da porre a fondamento della decisione, è circoscritta a quelle informazioni assunte per mezzo dell'attività dialettica delle parti¹⁷⁵. Da questa norma generale si ricava, *a contrario*, una altrettanto generale regola di esclusione probatoria, in base alla quale nessun elemento conoscitivo unilateralmente formato può avere alcuna rilevanza probatoria (salve, come si vedrà meglio in seguito, le eccezioni di cui al comma 5 dell'art. 111 Cost.)¹⁷⁶.

Di conseguenza, per quanto possa suonare paradossale, il “principio” del contraddittorio assume i connotati di una “regola”: può essere solo applicato o

regola-eccezioni cit., pag. 3; RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pag. 1019 e ss.

172 GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., pagg. 6 e ss.; FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni cit.*, pag. 3; DANIELE M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1008 e ss.

173 In questi termini: GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., pag. 6. Nello stesso senso: RENON P., *L'incidente probatorio cit.*, pag. 1019 e ss.

174 Sul tema – in particolare sulla contrapposta nozione di “contraddittorio *sull'*elemento di prova” – si veda: UBERTIS G., *Sistema di procedura penale cit.*, pagg. 166 e ss.; UBERTIS G., voce *Giusto processo cit.*, pagg. 15-16.

175 ILLUMINATI G., *Giudizio*, cit., pagg. 688 e ss.; FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pagg. 4-5; DANIELE M., *Principi costituzionali cit.*, pagg. 1008 e ss.

176 GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., pagg. 6 e ss.; FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni cit.*, pagg. 4-5; DANIELE M., *Principi costituzionali cit.*, pagg. 1008 e ss.

non applicato dal legislatore ordinario, *tertium non datur*.

In negativo, invece, la scelta di tale impostazione “significa che il momento dialettico deve esplicitare la massima potenzialità espansiva consentita dal tipo di prova: dal mero confronto dialettico sul valore della prova precostituita al contraddittorio nella formazione della prova dichiarativa”¹⁷⁷. In aggiunta, oltre a quello legato alla natura dell'esperimento gnoseologico, la dottrina individua un secondo “limite implicito”¹⁷⁸ del principio del contraddittorio, inerente al suo ambito di operatività. Si sostiene, infatti, che a esso debba informarsi solamente la decisione di merito, ossia sulla colpevolezza dell'imputato, e non anche le questioni incidentali¹⁷⁹.

A questo punto, per concludere sulla portata dell'art. 111 comma 4 primo periodo Cost., si vuole affrontare la questione del valore da attribuire al principio dell'immediatezza. Ad avviso di chi scrive, la chiave di volta per la soluzione si rinviene nell'esclusione di tale criterio dal novero esplicito delle garanzie cui il giusto processo deve ispirarsi; consapevole che l'imposizione di un modello accusatorio puro sarebbe stata una soluzione utopistica, il legislatore costituzionale ha optato per una tutela “forte” della dialettica nel momento genetico della prova, ma non pretende che il giudice dell'assunzione probatoria sia il medesimo che dovrà poi valutarne gli esiti¹⁸⁰. Di conseguenza, ai fini del rispetto della nuova disciplina costituzionale, tale garanzia non dovrebbe reputarsi un requisito necessario della legislazione¹⁸¹.

Ad ogni modo, come si era accennato in precedenza, la Costituzione prevede delle ipotesi tassative in cui legislatore ordinario può disciplinare che la

177Espressamente, GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., pagg. 6 e ss. Nello stesso senso: FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni cit.*, pagg. 4-5. In questo senso si è espressa anche la Corte Costituzionale (in tema di acquisizione delle sentenze irrevocabili). Cfr. C. Cost., ord. n. 29 del 2009.

178FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni cit.*, pagg. 4-5.

179In questo senso: GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., pagg. 6-7. Allo stesso modo: FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni cit.*, pagg. 4-5; DANIELE M., *Principi costituzionali cit.*, pagg. 1008 e ss. Per i profili problematici di tale concezione, si rinvia alla sede in cui verrà trattato il tema dell'accertamento della condotta illecita.

180GREVI V., *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 301. In senso analogo: RENON P., *L'incidente probatorio cit.*, pag. 1019 e ss.

181GIOSTRA, G. voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., pagg. 7 e ss. Della stessa opinione: RENON P., *L'incidente probatorio cit.*, pagg. 1019 e ss. In chiave critica: LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 564-565.

formazione della prova si svolga anche all'infuori del contraddittorio; casi ridefiniti dalla dottrina in termini di: contraddittorio "implicito" (ossia "per consenso dell'imputato"), "impossibile" ("per accertata impossibilità oggettiva") e "inquinato" ("per effetto di provata condotta illecita")¹⁸².

Con riferimento a tali eccezioni, è indubbiamente una questione cruciale (ai fini del presente lavoro) quella che concerne il loro carattere; se si tratti, cioè, di ipotesi autorizzative o prescrittive. Da tale scelta di campo ne va, infatti, dell'interpretazione delle disposizioni di legge che danno attuazione alle deroghe in esame.

In particolare, conformemente alla seconda impostazione, un'esegesi della legislazione ordinaria tale da renderne residuale l'operatività si porrebbe in frizione ai canoni costituzionali di cui all'art. 111 commi 4 e 5¹⁸³. Si tratta, tuttavia, di una conclusione da rigettare, posto che, a nostro avviso, le eccezioni in questione non sono imposte, bensì tollerate dalla Costituzione¹⁸⁴. Nonostante sia molto nutrito il coro delle voci contrarie¹⁸⁵, questa soluzione appare, infatti, preferibile sulla base delle argomentazioni, di ordine letterale e storico, illustrate nelle pagine precedenti¹⁸⁶.

Si anticipa, per concludere, un tema che sarà al centro della terza e ultima parte del lavoro. Le eccezioni alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti – specialmente quella stabilita per le ipotesi in cui si sia verificata una "provata condotta illecita" – assumono un'importanza decisiva nei processi di criminalità organizzata. Come si è più volte ripetuto, infatti, è in tali procedimenti

182In questi termini: UBERTIS G., *Sistema di procedura penale*, Utet, Torino, 2007, pagg. 170 e ss.

183DANIELE M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, cit., pagg. 1008 e ss.

184BUSETTO M.L., *Ancora sulla prova della «condotta illecita» ex art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.: recenti indirizzi e nodi irrisolti*, in *Riv. pen.*, n. 12, 2011, pag. 1247.

185Per la tesi autorizzativa, si veda GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., pag. 6; BUSETTO M.L., *Ancora sulla prova della «condotta illecita» ex art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.: recenti indirizzi e nodi irrisolti*, cit., pag. 1247. *Contra*: FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni cit.*, pagg. 4-5; SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste cit.*, pagg. 537 e ss.; ORLANDI R., *Linee applicative dell'art. 500 commi 4 e 5*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pagg. 363 e ss.; DANIELE M., *Principi costituzionali cit.*, pagg. 1008 e ss.

186BUSETTO M.L., *Ancora sulla prova della «condotta illecita» ex art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.: recenti indirizzi e nodi irrisolti*, cit., pag. 1247.

che si riscontra la più vasta gamma di situazioni potenzialmente idonee a compromettere la regolarità dell'assunzione dell'esame testimoniale (dalla creazione "ad arte" di un clima di reticenza alla collaborazione, alla soppressione fisica dei testimoni)¹⁸⁷.

7. L'attuazione della riforma (la legge 1 marzo 2001 n. 63). In particolare: la c.d. "testimonianza assistita"

La riforma costituzionale del 1999 imponeva, quindi, un adeguamento della legislazione ordinaria ai nuovi precetti sul "giusto processo". In particolare, per un'effettiva attuazione del principio del contraddittorio era necessario ripristinare la regola dell'irrelevanza probatoria dei contributi conoscitivi raccolti *inaudita altera parte*, realizzabile attraverso una modifica della disciplina processuale di ammissione delle prove¹⁸⁸.

È da queste premesse che scaturì, allora, la legge n. 63 del 2001, la quale interveniva a ritoccare gli istituti della testimonianza *de relato* degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria (art. 195 comma 4 c.p.p.)¹⁸⁹, della "trasmigrazione" del materiale probatorio (artt. 238 c.p.p.), del diritto alla prova nei processi di criminalità organizzata (art. 190 bis c.p.p.)¹⁹⁰ e delle contestazioni (art. 500

187DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pagg. 102 e ss.; BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, cit., pag. 414; SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pag. 136.

188MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, cit., pag. 610; IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative cit.*, pagg. 885 e ss.; DE FRANCESCO A., *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana. Analisi delle giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2005.

189Più specificamente, il divieto ex art. 195 comma 4 c.p.p. è stato reintrodotta dalla legge attuativa della riforma costituzionale del 1999 (legge n. 63 del 2001) che, rispetto alla norma originaria, ne ha precisato l'oggetto, allo scopo di ammettere l'acquisizione di tale mezzo di prova qualora il funzionario di polizia avesse percepito la dichiarazione al di fuori di uno specifico contesto di ricerca investigativa. Perciò, ai sensi della disciplina vigente: "Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli articoli 351 e 357, comma 2, lettere a) e b). Negli altri casi si applicano le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 del presente articolo". Cfr. IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative cit.*, pagg. 885 e ss.; DE FRANCESCO A., *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana cit.*, pagg. 241 e ss.

190Per una disamina più approfondita delle modifiche apportate dalla legge attuativa agli artt. 238 e 190 bis c.p.p. si consenta di rimandare al Capitolo 3, Parte 1.

c.p.p.)¹⁹¹.

Come già anticipato, il disposto dell'art. 111 comma 4 primo periodo Cost. non implicava, però, la messa al bando delle fattispecie di “contraddittorio senza immediatezza” (a discapito dell'oralità). Di conseguenza, il legislatore del 2001 non decretò l'eliminazione dei meccanismi di formazione anticipata della prova e, in particolare, dell'incidente probatorio (artt. 392 e ss. c.p.p.)¹⁹².

Al contempo, però, con il provvedimento il esame si scelse di limitare il diritto al silenzio per alcuni soggetti. A seguito delle legge attuativa, infatti, il rilascio di dichiarazioni sfavorevoli per un imputato, da parte di un soggetto a sua volta accusato, poteva comportare l'assunzione, per quest'ultimo, dell'ufficio di testimone.

La *ratio* di un simile intervento sull'ampiezza del principio del *nemo tenetur se detegere* si ricava nel tentativo di allineare ai nuovi parametri costituzionali e razionalizzare una volta per tutte la disciplina delle letture delle dichiarazioni rese dall'“imputato” nella fase preliminare. Come si è potuto osservare nel corso dell'analisi svolta, tali meccanismi sono, infatti, stati oggetto di una travagliata evoluzione normativa – in gran parte causata dagli equivoci insorti nell'esegesi dell'art. 513 c.p.p. – sulla portata della nozione di “impossibilità di ripetizione” dell'esame dei soggetti indicati nel 210 c.p.p. (ossia gli imputati di reato connesso o collegato).

La centralità della questione risiedeva, e risiede tuttora, nel fatto che, dalla soluzione proposta, dipendeva la sorte delle dichiarazioni etero-accusatorie rilasciate in fase di indagine (e non ribadite in dibattimento) dai c.d. “collaboratori di giustizia”, ossia di coloro che – vantando un passato nelle file dei sodalizi criminali – decidono di cooperare con gli organi inquirenti¹⁹³. E questi soggetti – per i loro trascorsi criminali – “sono portatori di un sapere specifico, espressivo di una diretta partecipazione o conoscenza delle

191 Sul punto, si rinvia all'analisi dei meccanismi contestativi compiuta nell'ultima parte del Capitolo 3, Parte 2.

192 DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pag. 109.

193 BORRACCETTI V., *Il processo e la criminalità organizzata*, in *Quest. giust.*, n. 6, 2001, pagg. 1172 e ss.; MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, cit., pag. 615.

dinamiche delittuose”¹⁹⁴.

Da questo particolare *status* discendono, quindi, due rilevanti considerazioni: se, da un lato, i loro apporti conoscitivi forniscono un contributo imprescindibile per raggiungere la prova degli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 416 bis c.p. (soprattutto per quanto riguarda la struttura dell'associazione), in un “arido” contesto connotato dalla segretezza e dall'omertà¹⁹⁵; dall'altro lato, per l'interesse specifico nei fatti di causa¹⁹⁶, il contenuto delle narrazioni fornite da questi soggetti invoca particolare diffidenza e cautela.

In conseguenza di ciò – e conformemente all'andamento oscillatorio che ha caratterizzato la disciplina processuale dal 1988 al 2001 – sul tema è prevalsa ora la soluzione che escludeva l'utilizzabilità di tali dichiarazioni, attuando una tutela “forte” del contraddittorio (nel codice del 1988 e nella legge 267 del 1997); ora quella più attenta alle esigenze di non dispersione del materiale probatorio raccolto dagli organi inquirenti (in particolare, con le sentenze n. 254 del 1992 e n. 361 del 1998 della Corte Costituzionale)¹⁹⁷.

Alla fine, però, la soluzione escogitata dal legislatore del 2001 è stata quella di escludere l'incompatibilità a testimoniare (art. 197 c.p.p.) per gli imputati di reato collegato¹⁹⁸ o connesso ai sensi dell'art. 12 lett. c. c.p.p. che abbiano reso dichiarazioni sulla responsabilità altrui, assoggettandoli agli obblighi del testimone. In questo modo, l'imputato accusatore vede restringersi il suo diritto

194Testualmente: MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari attuali di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 356.

195BORRACCETTI V., *Il processo e la criminalità organizzata*, in *Quest. giust.*, n. 6, 2001, pagg. 1170 e ss.; MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo cit.*, pag. 615; MAGGIO P., *Prova e valutazione cit.*, pag. 356.

196Considerata per di più la “difficile districazione tra fatto proprio e fatto altrui nel racconto del dichiarante-collaboratore” che si riscontra nei procedimenti *de quibus*. Cfr. IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative cit.*, pagg. 885 e ss.

197Ad ogni modo, si trattava di soluzioni “inappaganti” poiché la prima finiva per comprimere eccessivamente la funzione di accertamento cui è preposto il processo, mentre la seconda comprometteva il diritto al contraddittorio dell'accusato (perché consentiva recupero incondizionato delle precedenti dichiarazioni). Cfr. MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo cit.*, pagg. 615-616.

198Si ricorda che – tra le ipotesi di collegamento tra le indagini ex art. 371 comma 2 lett. b – sono compresi i casi in cui “la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza”. Come già detto, si tratta di una circostanza molto rilevante nei procedimenti di mafia, dove la sua sussistenza è praticamente *in re ipsa*. Rappresenta, invero, della traduzione di quella “connessione probatoria” che, determinando la competenza del Tribunale nel codice del 1930, dava origine ai c.d. “maxi-processi”.

al silenzio, ma le sue dichiarazioni saranno soggette alla particolare disciplina di cui all'art. 197 bis c.p.p.; e cioè una disciplina che assicura al dichiarante una serie di garanzie: l'assistenza del difensore (comma 3), il diritto a non autoincriminarsi (comma 4) e l'inutilizzabilità a suo carico delle proprie deposizioni (comma 5)¹⁹⁹. In definitiva, dunque, è stata aggiunta una nuova figura di dichiarante: il c.d. "testimone assistito"²⁰⁰.

In ogni caso, per queste dichiarazioni il legislatore ha esteso la regola di valutazione di cui all'art. 192 comma 3 c.p.p. (ex art. 197 bis comma 6 c.p.p.), stabilita per i soggetti di cui all'art. 210 c.p.p. E, in effetti, l'inaffidabilità intrinseca degli imputati per reati connessi o collegati – legata al coinvolgimento nei fatti causa – non viene certamente meno a seguito del rilascio di rivelazioni confessorie che coinvolgono altri soggetti²⁰¹.

Invero, la tutela incondizionata del principio del *nemo tenetur se detegere* (prevista dalla disciplina previgente) aveva condotto, specialmente nei processi di mafia, al verificarsi di forme di abuso della facoltà di non rispondere. In aggiunta, tale impostazione aveva finito per creare le premesse per una peculiare forma di regolamento di conti tra i clan rivali, una battaglia combattuta sul terreno processuale e realizzata a colpi di dichiarazioni accusatorie²⁰².

Si vuole rilevare, tuttavia, che la descritta opzione legislativa non ha mancato di suscitare qualche perplessità. Si atteggia, infatti, come una soluzione compromissoria tra la tutela del diritto al silenzio (fondamentale declinazione del diritto di difesa dell'imputato, presidiata dall'art. 24 comma 2 Cost.), e un vero e proprio "esprit collaborativo"²⁰³ estraneo, quest'ultimo, tanto ai vecchi quanto ai nuovi precetti costituzionali²⁰⁴.

199IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative e procedimenti di criminalità organizzata cit.*, pagg. 885 e ss.

200Cfr. IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative e procedimenti di criminalità organizzata cit.*, pagg. 885 e ss.; MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo cit.*, pag. 616.

201IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative e procedimenti di criminalità organizzata cit.*, pagg. 885 e ss.

202Cfr. MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo cit.*, pag. 616.

203Espressione mutata da BERNASCONI A., *Ideologie e prassi cit.*, pag. 321.

204NOBILI M., *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1, 2001, pag. 7. Nello stesso senso: BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio*, cit., pagg. 112 e ss. In senso opposto: MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo cit.*, pag. 615-616. Si è detto altresì – con riferimento ai processi di mafia – che l'irrinunciabilità della narrazione del correo rappresenta una variabile con cui valutare la

8. Qualche cenno sull'influenza degli orientamenti sovranazionali in tema di prova dichiarativa nei processi di criminalità organizzata

8.1. Right of confrontation *tra Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e giurisprudenza della Corte di Strasburgo*

Accostandosi al tema della prova dichiarativa, non può si prescindere dall'analisi dei principi stabiliti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dall'interpretazione fornite dalla giurisprudenza della Corte europea. Ciò vale, in particolar modo, a seguito del riconoscimento, da parte della Consulta, di questi atti internazionali a fonte di rango "sub-costituzionale"²⁰⁵. La Corte Costituzionale ha stabilito, infatti, che le previsioni contenute nella Convenzione, "come interpretate dalla Corte Europea", hanno valore sovraordinato alla legge ordinaria ai sensi dell'art. 117 della Carta fondamentale. Per conseguenza, qualora esse siano compatibili con i principi che informano il nostro ordinamento, devono fungere da canoni ermeneutici per il giudice in sede di applicazione della disciplina nazionale. Quando, invece, il tenore letterale della norma statale non ne permetta un'interpretazione conforme, sarebbe inevitabile una declaratoria di illegittimità costituzionale per contrasto con il succitato parametro costituzionale²⁰⁶.

Ma la disciplina del *right of confrontation* emergente in ambito europeo assume un ruolo centrale, all'interno del tema affrontato dal presente lavoro, anche per un'altra ragione. Numerosi studiosi richiamano, infatti, le norme convenzionali e agli indirizzi emersi presso la Corte di Strasburgo per criticare alcuni presunti eccessi – in senso garantistico – delle regole sulla formazione della prova

disciplina processuale, "nella condivisibile prospettiva di quanti, a ragione, hanno ritenuto essenziale il ricorso ai collaboratori di giustizia"; così: MAGGIO P., *Prova e valutazione cit.*, pagg. 356-357.

²⁰⁵Cfr. C. Cost. n. 348 del 2007; C. Cost., n. 349 del 2007.

²⁰⁶Cfr. FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 37; RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pag. 1019 e ss.; DANIELE M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1008 e ss.

stabilite dal nostro ordinamento processuale²⁰⁷, i quali risulterebbero particolarmente controindicati proprio nei processi per crimini legati al crimine organizzato²⁰⁸.

Si segnala, allora, che l'art. 6 § 3 lett. d CEDU riconosce all'accusato il diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico nonché di ottenere la convocazione e l'interrogazione di quelli a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico.

Inoltre, com'è noto, i giudici di Strasburgo hanno avuto modo, negli anni, di delineare un contenuto specifico del diritto al confronto. Si tratta di una disciplina ormai consolidata, che è venuta a configurarsi con riguardo ai casi in cui la fonte di prova, dopo aver reso dichiarazioni accusatorie in sede investigativa, sia deceduta²⁰⁹, sia divenuta irreperibile²¹⁰, si sia avvalsa della facoltà di non rispondere²¹¹, sia stata vittima di intimidazione²¹² ovvero sia stata semplicemente considerata un soggetto “debole” (in quanto persona offesa dai reati o testimone coperto dall'anonimato per ragioni di protezione²¹³)²¹⁴.

Ai fini della conformità della legislazione statale a tale orientamento, la persona accusata deve disporre di una “occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico”, in modo da poter “esaminarne l'autore, al momento della deposizione o in seguito”²¹⁵. Specifica altresì la Corte che, affinché non sia

207VOGLIOTTI M., *La logica floue della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.*, 1998, pagg. 851 e ss.; BALSAMO A., *La costruzione di un modello europeo di prova dichiarativa: il nuovo corso della giurisprudenza e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010, pagg. 3637 e ss.

208MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, cit., pagg. 335-336; MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 231 e ss.; MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, cit., pagg. 610-611.

209Corte eur., 05/12/2002, Craxi c. Italia.

210Corte eur., 06/12/1988, Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna.

211Corte eur., 20/04/2006, Carta c. Italia.

212Corte eur., 07/06/2002, Jerinò c. Italia.

213Corte eur., 20/11/1989, Kostovski c. Paesi Bassi; Corte eur., 26/03/1996, Doorson c. Paesi Bassi.

214Per Cfr. BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, Cedam, Padova, 2009, pag. 42; RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo cit.*, pag. 1019 e ss.; DANIELE M., *Principi costituzionali italiani cit.*, pagg. 1008 e ss.

215Tale principio è emerso per la prima volta in: Corte eur., 20/11/1989, Kostovski c. Paesi Bassi. Tra le sentenze più recenti, si segnala anche: Corte eur., 18/05/2010, Ogaristi c. Italia. Cfr. BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 42; DANIELE M., *Principi*

pregiudicato il diritto al contraddittorio, è necessario che la suddetta condizione sia rispettata al fine dell'utilizzo per la decisione del precedente difforme contestato in dibattimento²¹⁶. Al contempo, ai fini della compatibilità con i canoni convenzionali, non è invece richiesto che la legislazione statale preveda un contributo dialettico dell'imputato nel momento genetico del dato conoscitivo, ma può limitarsi ad allestire un confronto in un tempo successivo²¹⁷.

Si osserva, dunque, come la giurisprudenza europea prescriva – quale regola di acquisizione per gli elementi di prova formate senza la garanzia epistemologica del metodo dialettico – un criterio molto meno stringente rispetto a quello imposto dall'art. 111 Cost. Come detto, in effetti, quest'ultimo prescrive, invece, la non ammissibilità del sapere investigativo (al di fuori delle eccezioni ivi previste).

Insomma – nonostante qualcuno auspichi il contrario²¹⁸ – il parametro dell'occasione adeguata e sufficiente, elaborato dalla Corte Europea, non sembra in grado di giocare un ruolo attivo nel nostro sistema processuale: prescrive, infatti, uno standard di garanzia inferiore rispetto a quello richiesto dalla nostra Costituzione²¹⁹.

Ad ogni modo, l'orientamento consolidato presso la Corte di Strasburgo prevede che il recupero ai fini probatori delle dichiarazioni unilateralmente formate – per le quali non vi fosse stata alcuna possibilità di confronto con l'accusatore – configuri un contrasto con l'art. 6 § 3 lett. d della Convenzione

costituzionali italiani cit., pagg. 1008 e ss.; RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo cit.*, pagg. 1019 e ss.

216Corte eur., 16/03/2000, Camilleri c. Malta. Cfr. BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 42. UBERTIS G., *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010, pagg. 50 e ss.

217UBERTIS G., voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II-1, Giuffrè, Milano, 2008, pagg. 15-16; BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 44; BELLUTÀ H., *Voce Prova (Circolazione della)*, cit., pagg. 7-8; DANIELE M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1008 e ss.

218Si segnala, in particolare, che alcuni autori ritengono l'impostazione adottata dalla Corte Europea maggiormente funzionale all'accertamento della verità, in ossequio a una logica puramente inquisitoria. Cfr. BALSAMO A., *La costruzione di un modello europeo di prova dichiarativa: il nuovo corso della giurisprudenza e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona*, cit., pagg. 3637 e ss.

219BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 44; RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo cit.*, pagg. 1019 e ss.; DANIELE M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1008 e ss.

solo qualora la condanna del ricorrente si fosse fondata “unicamente o in misura determinante, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto esaminare o far esaminare, né durante le indagini preliminari, né in dibattimento”²²⁰.

É chiaro allora, a questo punto, come la Corte Europea ritenga sufficientemente garantita la *fairness* processuale anche in un sistema in cui la separazione funzionale tra le fasi sia presidiata da un'elastica regola di valutazione, quale può essere quella che prescrive l'impiego delle affermazioni per le quali non ci sia stata la possibilità di un confronto di essere impiegate solo per corroborare le altre prove pienamente utilizzabili²²¹.

Come accennato, l'impostazione accolta dai giudici della Corte di Strasburgo è stata elogiata da alcuni autori, soprattutto per la sua flessibilità alle peculiarità del caso concreto. Secondo questi commentatori, la Corte si muoverebbe secondo un'innovativa logica *fuzzy*²²² che invita a sovvertire – specialmente nei processi per fatti di criminalità organizzata – una “versione massimalista del contraddittorio” (come quella in vigore nel nostro sistema processualpenalistico). In questi processi, una concezione “forte” del contraddittorio – inteso, cioè, come “regola” e non come “principio” – dovrebbe infatti essere abbandonata alla luce di una valutazione complessiva degli ulteriori interessi in gioco²²³.

In realtà, tali orientamenti sembrano poggiare su un duplice equivoco. Il primo risiede nella convinzione che l'apposizione di regole di prudenza valutativa a garanzia del “doppio fascicolo” possa compensare, sul piano euristico, la mancata attivazione di un confronto dialettico nel momento genetico dell'elemento conoscitivo (un'illusione analoga a quello che ha mosso la Corte

²²⁰Corte eur., 18/05/2010, Ogaristi c. Italia. Cfr. BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 42; BELLUTÀ H., *Voce Prova (Circolazione della)*, cit., pagg. 7-8; DANIELE M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1008 e ss.

²²¹UBERTIS G., *La tutela del contraddittorio* cit., pagg. 50 e ss.

²²²VOGLIOTTI M., *La logica floue della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, cit., pagg. 851 e ss.

²²³Così è stata definita l'interpretazione data dal legislatore del 2001, che ha dato attuazione alla riforma del giusto processo: un'impostazione idonea a “favorire abusi o interventi di inquinamento delle fonti di prova da parte dei sodalizi criminali”. MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, cit., pag. 610.

Costituzionale fino alla riscrittura dell'art. 111 Cost.)²²⁴.

Il secondo equivoco si annida, invece, nella portata attribuita delle disposizioni convenzionali e degli orientamenti giurisprudenziali della Corte Europea; a tali fonti, invero, non compete di predisporre una disciplina universale e astratta per la repressione dei fenomeni criminali, ma si tratta di parametri in base ai quali valutare la legittimità delle scelte legislative compiute dagli Stati contraenti in sede di applicazione concreta delle norme²²⁵. Non a caso, la Corte ha più volte ribadito come il suo ruolo non sia quello di valutare – in via generale – l'opportunità delle politiche legislative di contrasto alla criminalità organizzata, ma piuttosto, – nel singolo caso, ma senza perdere di vista il contesto normativo di riferimento – la compatibilità del trattamento subito dal ricorrente con i principi della Convenzione²²⁶. Di conseguenza, l'efficacia giuridica di questi ultimi dipende unicamente dalla loro eventuale capacità di integrare i “vuoti di tutela” lasciati scoperti dalla disciplina processuale nazionale²²⁷.

224CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, pag. 61; Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 44.

225FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, cit., 2009, pag. 32.

226Già, in un caso relativo all'associazionismo finalizzato al terrorismo politico: Corte eur., 06/11/1980 “Guzzardi” c. Italia.

227Se questo è vero, l'unico margine di interposizione potrebbe aversi con riguardo alla traduzione normativa delle eccezioni al contraddittorio (art. 111 comma 5 Cost.), nei casi in cui non sono previsti limiti al libero apprezzamento del giudice analoghi a quelli richiesti dalla Corte. A conferma di quanto detto, si segnala, infatti, che l'Italia è stata ripetutamente condannata per violazione dell'art. 6 CEDU. (Cfr. Corte eur., 18/05/2010, Ogaristi c. Italia; Corte eur., 19/10/2006, Majadallah c. Italia; Corte eur., 13/10/2005, Bracci c. Italia). Cfr. Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 45-46; ORLANDI R., *Linee applicative dell'art. 500 commi 4 e 5*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 363; DANIELE M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1008 e ss.; RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo cit.*, pag. 1019 e ss. Non a caso, infatti, si osserva il diffondersi, in giurisprudenza, di un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 512 c.p.p.: si richiede la sussistenza di adeguati riscontri ai fini dell'utilizzazione delle dichiarazioni per le quali sia sopraggiunta un'impossibilità oggettiva di ripetizione (in particolare: Cass., 18/11/2007, “Poltronieri”, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pagg. 878 e ss.). Inoltre, la medesima soluzione è estesa anche ai testimoni che – dopo aver rilasciato dichiarazioni in fase investigativa – esercitino in dibattimento il diritto al silenzio (tra le altre: Cass., 26/03/2010, in *Cass. pen.*, 2011, pagg. 276 e ss.). Cfr. Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 46; DANIELE M., *Principi costituzionali italiani cit.*, pagg. 1008 e ss. In senso critico: UBERTIS G., *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010, pag. 2507.

8.2. *Il crimine organizzato e la tutela del testimone*

A questo punto, si vuole rivolgere l'attenzione su un tema trasversale a quello trattato nel paragrafo precedente, per segnalare le tendenze emerse in ambito sovranazionale con specifico riferimento alla tutela del testimone. In questo ambito, infatti, non mancano i riferimenti al fenomeno della criminalità organizzata e alle capacità intimidatorie e ritorsive dei grandi gruppi malavitosi. In primo luogo, è d'obbligo un riferimento alla raccomandazione del Comitato dei Ministri dell'Unione Europea R (97) 13, in materia di protezione dei testimoni con gli atti intimidatori e i diritti della difesa. In tale atto – dedicato soprattutto ai procedimenti di criminalità organizzata – si propone agli Stati l'adozione di una serie di accorgimenti processuali finalizzati a tutelare l'incolumità fisica di coloro che forniscano informazioni rilevanti per il processo, nonché quella dei loro congiunti²²⁸.

Si comprende, allora, come non possa rientrare (e, di fatto, non rientri) nella prospettiva d'intervento della raccomandazione un meccanismo che consenta un allargamento della possibilità di recupero dei contributi conoscitivi raccolti unilateralmente in sede d'indagine nell'ipotesi in cui il testimone subisca illecite pressioni. Per quanto un simile congegno normativo (alla stregua di quello predisposto dal vigente art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.) possa rappresentare un disincentivo al compimento di atti intimidatori – neutralizzandone gli effetti ricercati sul piano del processo – esso presuppone che il dichiarante abbia già subito una coazione e, in ogni caso, non lo assicura dal subire in futuro comportamenti di tipo ritorsivo²²⁹.

Tra le misure suggerite dal Comitato dei Ministri si annoverano, invece, l'istituzione di *pre-trials statements*, l'introduzione di meccanismi analoghi al “telesame” (nel nostro ordinamento, già disciplinato dagli artt. 146 bis e 147 bis disp. att. c.p.p.) e l'estensione del diritto al silenzio per i dichiaranti “a rischio”²³⁰. In aggiunta, la raccomandazione R(97) n. 13 attribuisce grande rilievo alla

228CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 39; BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 51-52.

229CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 40-41; BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 51-52.

230CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 41 e ss.; BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 51-52.

possibilità di precludere all'imputato la conoscenza dell'identità della fonte dichiarativa: le c.d. "testimonianze anonime"²³¹.

In effetti, tale strumento – lontano dall'essere compatibile con il nostro sistema processuale²³² – è stato accolto nell'ordinamento processuale di molti Paesi membri dell'Unione Europea²³³. Inoltre, tale mezzo di prova è ritenuto pacificamente conforme ai canoni della Convenzione Europea dai giudici di Strasburgo²³⁴, qualora sia presidiato da taluni accorgimenti finalizzati a garantire un minimo di tutela dei diritti difensivi²³⁵.

In particolare, la Corte richiede che l'occultamento delle generalità dei testimoni non precluda quelle cautele valutative a garanzia del diritto al confronto descritte al paragrafo precedente. In secondo luogo, i giudici europei condizionano la compatibilità di tale mezzo di prova, alla sussistenza di ulteriori requisiti che si collocano, questa volta, a livello di ammissione probatoria.

Tra questi parametri acquisitivi – giustificati dall'eccezionalità del mezzo di prova in esame – dovrebbe individuarsi anche la necessità di accertare la sussistenza di un pericolo effettivo per la persona fisica del dichiarante. Tuttavia – ai fini di della verifica di tale parametro di ammissibilità – la Corte finisce per attribuire un ruolo decisivo alla "cultura d'ambiente". Così, nella motivazione

231 Per un tentativo di delimitazione concettuale di tale controverso mezzo di prova si rinvia a: CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 41 e ss.

232 Il nostro sistema processuale si caratterizza, infatti, per una giustificata diffidenza verso le fonti ignote al fine di poter valutare l'attendibilità del loro apporto conoscitivo. In particolare, si ammette la "testimonianza *de relato*" solo qualora l'informazione si attribuisca a una persona esistente e di cui si conoscano le generalità (art. 195 comma 7 c.p.p.); si vieta che possano essere oggetto di testimonianza le "voci correnti nel pubblico" (art. 194 comma 3 c.p.p.); e così via. L'unica apertura riscontrabile in tal senso è il controverso orientamento della Corte di cassazione sull'irreperibilità del testimone, per cui l'utilizzabilità della testimonianza *de relato* ai sensi dell'art. 195 comma 7 c.p.p. si ricollega alla volontà della "fonte primaria" di consentire la verifica di quella secondaria (*leading case*: Cass. 03/05/1996, "Nocchiero", in *Cass. pen.*, 1997, pag. 3539; in cui testimone "indiretto" non fornisce le generalità della fonte, ma suggerisce alla polizia giudiziaria informazioni sufficienti per rintracciare il soggetto). Cfr. CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 46-47.

233 CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 41 e ss.

234 Per il primo riconoscimento esplicito, si veda: Corte eur., 26/03/1996, Doorson c. Paesi Bassi. In precedenza, la Corte aveva invece condannato il governo olandese (Corte eur., 20/11/1989, Kostovski c. Paesi Bassi).

235 CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 48-49.

della sentenza “Doorson”²³⁶ – che può essere considerata il *leading case* in materia –, una presunta prassi intimidatoria degli spacciatori di droga è elevata a chiave di volta per integrare la sussistenza del presupposto²³⁷. D'altronde, un'impostazione analoga si legge anche nei motivi della Raccomandazione R (97) 13, che peraltro apre espressamente al concetto di “intimidazione ambientale” (“*intimidation ambiante*”) riferendosi al clima “*créée par le pouvoir intrinsèque d'intimidation d'un groupe et résultant par conséquent automatiquement du simple fait d'appartenir à un groupe*”. Non c'è dubbio, quindi, che – a dispetto della pretesa eccezionalità del rimedio – “nei processi di criminalità organizzata la concessione dell'anonimato finirebbe per trasformarsi in regola”²³⁸.

A dispetto di ciò, gli autori favorevoli a importare nel nostro ordinamento la filosofia della Convenzione Europea²³⁹ vedono, nella citata sentenza “Doorson”, un ulteriore esempio di quella “logica della complessità” che dovrebbe informare la disciplina probatoria applicabile nei procedimenti di criminalità organizzata. Tra gli *obiter dicta* della decisione, si legge che “i principi dell'equo processo esigono che, se necessario, gli interessi della difesa siano ponderati con quelli dei testimoni o delle vittime chiamati a deporre”²⁴⁰.

Inoltre, ulteriori “segnali di controtendenza”²⁴¹ rispetto all'impostazione accolta nel nostro sistema processuale per fronteggiare il crimine mafioso si coglierebbero – a detta dei succitati indirizzi – nello stesso dettato convenzionale. Ed è innegabile, invero, che all'interno della Convenzione

236Corte eur., 26/03/1996, Doorson c. Paesi Bassi.

237L'ipotesi che il teste fosse stato minacciato risultava altresì corroborata, ad avviso dei giudici europei, dal sospetto che, in passato, tali soggetti avessero subito degli atti di violenza. Cfr. VOGLIOTTI M., *La logica flouée della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, cit., pag. 856; CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 54.

238In questi termini: CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, cit., pag. 54.

239Cfr. tra gli altri, l'approccio di Piergiorgio Morosini in: MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, cit., pagg. 335-336; MOROSINI P., *La formazione della prova* cit., pagg. 231 e ss.; MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, cit., pagg. 610-611.

240Testualmente: CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, cit., pagg. 48-49.

241Così: MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, cit., pag. 610.

trovino esplicito riconoscimento delle vere e proprie clausole di compensazione delle garanzie dell'oralità e del contraddittorio²⁴².

Ci si riferisce alla possibilità di adottare misure di deroga che la CEDU predispone in vista delle situazioni di “emergenza criminale” (art. 15 CEDU) e dell'impiego abusivo, in violazione dei diritti altrui, che potrebbero farne i c.d. “soggetti forti” (art. 17 CEDU)²⁴³. Ed è altrettanto plausibile, per di più, che tali ipotesi possano attagliarsi al fenomeno mafioso, nella definizione datane incidentalmente dalla stessa Corte Europea²⁴⁴.

In particolare, i giudici di Strasburgo²⁴⁵ – in vari casi in cui dovevano giudicare la conformità ai parametri convenzionali dell'applicazione del c.d. “telesame” (art. 146 bis disp. att. c.p.p.) a soggetti accusati di fatti legati al fenomeno mafioso – hanno definito la mafia come una piaga (“*scourge*”) che può richiedere misure tese a proteggere la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché a prevenire altri reati. La Corte Europea sostiene, inoltre, che – con la sua rigida struttura gerarchica e le sue regole molto strette e rigide, nonché il significativo potere di intimidazione basato sulla regola del silenzio e la difficoltà a identificare gli affiliati – tale forma di criminalità rappresenta “*a sort of criminal opposition force*” capace di influenzare la vita pubblica e di infiltrarsi nelle sue istituzioni. Di conseguenza, non sarebbe per nulla irragionevole – sempre a detta dei giudici europei – ritenere che gli affiliati siano, anche per la loro

242VOGLIOTTI M., *La logica floue della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, cit., pagg. 851 e ss.; IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative e procedimenti di criminalità organizzata cit.*, pagg. 885 e ss.; MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, cit., pagg. 335-336; MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 231 e ss.; MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, cit., pagg. 610-611.

243VOGLIOTTI M., *La logica floue della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, cit., pagg. 851 e ss.; IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative e procedimenti di criminalità organizzata cit.*, pagg. 885 e ss.; MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, cit., pagg. 335-336; MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 231 e ss.; MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, cit., pagg. 610-611.

244In effetti, la Corte si è più volte trovata a dover definire incidentalmente il concetto di “mafia”. Si tratta chiaramente di una delimitazione concettuale flessibile realizzata mediante un ampio riferimento ai risultati delle scienze sociali, nonché variabile secondo il contesto e il tipo di misura che la Corte è chiamata a valutare.

245Cfr. Corte eur., 05/10/2006, Viola c. Italia; Corte eur., 06/11/2003, Pantano c. Italia; Corte eur. 24/08/1998, Contrada c. Italia.

semplice presenza in un'aula di udienza, in grado di esercitare un'indebita pressione sulle altre parti del procedimento, in particolare le vittime e i "pentiti"²⁴⁶.

Ad ogni modo, come già si è detto, gli orientamenti largheggianti che pretendono di fondarsi sull'esperienza europea – per quanto si possa discutere su una loro condivisibilità in un'ottica di politica del diritto – si scontrano con il dato giuridico. Le disposizioni convenzionali e la giurisprudenza europea si limitano a garantire lo standard minimo di tutela che gli Stati devono garantire all'imputato, da valutare caso per caso. In altri termini, non è possibile far leva su tali fonti sovranazionali per sollecitare la compressione delle garanzie riconosciute dalla nostra Carta Costituzionale e, a maggior ragione, per invocare una "legislazione di lotta" che deroghi a un precetto che la Costituzione individua in modo rigido: la "regola" fissata all'art. 111 comma quarto.

246Ancora: Corte eur., 05/10/2006, Viola c. Italia.

CAPITOLO 3. REGIME PROBATORIO E INTIMIDAZIONE DEI TESTIMONI

PARTE I. L'ART. 190 BIS C.P.P.: IL DIRITTO ALLA PROVA NEI PROCESSI DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

1. La riforma dell'art. 111 Cost. e la disciplina di attuazione

La norma di cui all'art. 190 bis c.p.p. è una delle espressioni dell'ideologia del c.d. “doppio binario”. Alla stregua di molte altre norme processuali coniate nella stagione legislativa del biennio 1991-1992 (si pensi, per esempio, alla disciplina delle intercettazioni telefoniche), tale disposizione allestisce una differenziazione del regime processuale al fine di contrastare efficacemente il fenomeno della criminalità organizzata.

Tuttavia, rispetto alle altre interpolazioni intervenute sulla disciplina codicistica, quella in esame è l'unica norma, concernente il procedimento probatorio, specificamente indirizzata ai processi legati all'*organized crime*. Di conseguenza, con essa l'esigenza di specialità finisce per coinvolgere anche la materia della formazione della prova, sfondando l'ultima barriera verso la creazione di un c.d. “sottosistema penale differenziato”.

Infatti – come si è visto nel corso dell'analisi del c.d. decreto “Martelli” (d.l. n. 306 del 1992, istitutivo della disposizione) – la norma di cui all'art. 190 bis c.p.p. limita il diritto alla prova quando si procede per i delitti previsti nell'art. 51 comma 3 bis c.p.p. (i c.d. “reati distrettuali”)¹. Occorre ricordare, però, che l'introduzione del comma 1 bis (ad opera della legge n. 66 del 1996; comma

1 Si ricorda che, in seguito all'introduzione della norma, il novero dei reati di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p. è stato esteso alle fattispecie associative relative al reato di contrabbando di tabacchi lavorati ed esteri (legge n. 92 del 2001) e ai reati di cui agli artt. 600 bis comma 1, 600 ter e 600 quater c.p. (connessi al fenomeno della pedo-pornografia virtuale). Cfr. BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pagg. 110-111; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

successivamente modificato dalla legge n. 269 del 1998) ha esteso l'ambito di operatività della disposizione alla repressione di altri crimini particolarmente gravi, rientranti nella sfera dei c.d. "reati sessuali"².

Ad ogni modo, in questi "casi particolari" (*id est*: quando si procede per questi reati), il diritto di riesaminare la fonte di prova è subordinato a più rigide condizioni rispetto all'ordinario regime di ammissione della prova fissato dall'art. 190 del codice "Vassalli".

Riecheggia una tradizione risalente, che permeava anche il sistema concepito dal codice "Rocco"³: la versione originaria dell'art. 190 bis c.p.p. – alterando la presunzione di rilevanza e non superfluità del materiale probatorio riconosciuta all'imputato dal codice di rito del 1988, per tutelare il suo diritto a difendersi provando – finiva, infatti, per riportare la discrezionalità giudiziale in ambito istruttorio ai fasti del processo inquisitorio.

Chiaramente, tale limitazione corrisponde alla necessità di soddisfare specifiche esigenze, particolarmente sentite nei processi in materia di criminalità mafiosa (che si è già avuto modo di illustrare). La *ratio* della norma è cristallizzare le deposizioni già effettuate, in modo da mettere al riparo i contribuiti dichiarativi (e i rispettivi dichiaranti) dai rischi d'inquinamento probatorio e di "usura del testimone" derivanti dalla moltiplicazione dello svolgimento dell'esame.

Ciò premesso, si comprende che l'evento normativo che, più di ogni altro,

2 Si tratta dei procedimenti riguardanti reati di prostituzione minorile, pedofilia e violenza sessuale, con riguardo all'esame del testimone infra-sedicenne (all'evidente scopo di tutela del minore dai traumi derivanti dall'obbligo di deporre su fatti aberranti). In particolare, tale intervento è stato concepito all'interno di una manovra più ampio respiro che ha coinvolto, sul versante processuale, anche i requisiti di ammissione e le modalità di assunzione dell'incidente probatorio (art. 392 comma 1 bis c.p.p.), nonché particolari regole di svolgimento del dibattimento (art. 472 comma 4 bis c.p.p.) e, specificamente, dell'esame incrociato (art. 498 comma 4 ter c.p.p.). Cfr. BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pagg. 110-111; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.; BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, in AA.VV. (a cura di SPANGHER G.), *Trattato di Procedura penale*, Vol. VII, Utet, Torino, 2011, pag. 327. Inoltre, ad alcuni studiosi è apparso incoerente, alla luce dei riportati interventi, la scelta del legislatore di non estendere l'applicabilità dell'art. 190 bis c.p.p. anche ai delitti aventi "finalità di terrorismo" di cui all'art. 51 comma 3 quater c.p.p.; cfr. GREVI V., *Prove*, in AA.VV. (a cura di CONSO G. e GREVI V.), *Compendio di procedura penale*, IV ed., Cedam, Padova, 2008, pagg. 312 e ss.

3 Com'è noto, l'art. 190 c.p.p. prescrive al giudice di ammettere sempre le prove che le parti richiedono, se non per i tre motivi tassativamente indicati dalla stessa disposizione; vale a dire, quando la prova di cui è richiesta l'ammissione: a) è vietata dalla legge; b) è manifestamente superflua; c) è manifestamente irrilevante.

avrebbe potuto influire sulle sorti del criticato disposto di cui al primigenio art. 190 bis c.p.p., era senza dubbio la legge costituzionale n. 2 del 1999, con la quale erano stati riconosciuti a livello costituzionale i postulati cardine della giurisdizione penale. In particolare, si prospettavano frizioni tra la norma in questione e l'art. 111 comma 3 Cost. nella parte in cui riconosceva all'imputato la prerogativa 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"⁴. Inoltre, l'adesione al principio della formazione dialettica della prova (art. 111 comma 4 Cost., primo periodo) imponeva che le dichiarazioni richiamate dalla disposizione in esame fossero state rese nel contraddittorio con la persona nei cui confronti sarebbero state utilizzate⁵.

Di conseguenza, all'interno del dibattito sull'attuazione della riforma, la dottrina più attenta alle garanzie dell'imputato auspicava l'abrogazione della succitata disposizione⁶. L'art. 3 della legge n. 63 del 2001 optava, tuttavia, per una drastica correzione della norma, nel tentativo renderla compatibile con i nuovi precetti costituzionali⁷.

4 "Nonostante i margini di interpretatività di ogni principio e la possibilità di bilanciamento tra opposti valori, il "nocciolo duro" delle nuove garanzie costituzionali (...) sembra escludere che il diritto alla prova possa essere rimesso alla discrezionalità del giudice, dovendo trovare tutela oggettiva"; in questi termini: MOROSINI P., *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190 bis c.p.p.)*, in AA.VV. (a cura di TONINI P.), *Giusto processo*, Cedam, Padova, 2001, pag. 224. In senso analogo: GREVI V., *Prove*, in AA.VV. (a cura di CONSO G. e GREVI V.), *Compendio di procedura penale*, IV ed., Cedam, Padova, 2008, pagg. 312 e ss.

5 CARCANO D. - MANZIONE D., *Il giusto processo. Commento alla Legge 1º marzo 2001, n. 63*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 13. Nello stesso senso: MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del collegio nei processi in materia di criminalità organizzata: un'inedita riproposizione del paradigma dell'«assoluta necessità» probatoria*, in *Cass. pen.*, IX, 2007, pag. 3459 e ss.

6 Propendevano per l'abrogazione o, almeno, per un netto ridimensionamento della norma, tra gli altri: MARZADURI E. - MANZIONE D., *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, in *Guida dir.*, n. 13, 2001, pag. 49. Cfr. BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio e requisiti della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di KOSTORIS R.E.), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2003, pag. 111; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss. Al contrario, ritenevano la soluzione compatibile con i canoni espressi dai nuovi commi 3 e 4 dell'art. 111 Cost.: GREVI V., *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale (tra "ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, pag. 439. Cfr.: MOROSINI P., *La formazione*, cit., pag. 224.

7 Si segnala che, tra le varie possibilità di cui si discusse durante i lavori parlamentari, si era ipotizzato di estendere l'area di operatività dell'istituto a tutti i procedimenti, indifferentemente dal reato da accertare; cfr. CARCANO D. - MANZIONE D., *Il giusto*

Tale modifica si collocava, inoltre, nell'ambito di un intervento di più ampio respiro – con cui si rimodellavano gli istituti di formazione della prova, richiamati dall'art. 190 bis c.p.p. (in particolare, la disciplina della circolazione probatoria) – che finì per ridurre indirettamente l'ambito operativo di quest'ultima⁸.

Si rileva, tuttavia, che – nonostante il ritocco apportato al testo originario da parte della legge attuativa della riforma costituzionale sul giusto processo, attraverso il quale è stata notevolmente ridimensionata la sua eccezionalità rispetto all'ordinaria disciplina di ammissione della prova⁹ – la norma continua a configurare un'innegabile deroga al principio di "oralità-immediatezza". Infatti, come si vedrà meglio in seguito, è ancora consentito al giudice di rifiutare l'ammissione della "rinnovazione testimoniale" qualora sia possibile "recuperare" i verbali delle dichiarazioni rilasciate in altra sede¹⁰.

Più specificamente, la legge attuativa del 2001 è andata a incidere sull'istituto in esame in un duplice senso. Da un lato, con l'intento di ridurre la discrezionalità del giudice che scaturiva dalla precedente disciplina, il citato intervento ha riformulato le condizioni per l'ammissione della nuova escussione della fonte dichiarativa nei procedimenti aventi ad oggetto i reati di cui al comma 3 bis dell'articolo 51 c.p.p. Dall'altro, sotto il profilo della sfera di applicazione, il testo rinnovato impone che le dichiarazioni (rientranti nell'orbita della disposizione) siano state rese "nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni saranno utilizzate"¹¹ e inserisce, altresì, il riferimento alle

processo cit., pag. 13; BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pag. 112; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

8 BORRACCETTI V., *Il processo e la criminalità organizzata*, in *Quest. giust.*, n. 6, 2001, pag. 1170; CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

9 Tra gli altri, si veda: GREVI V., *Prove, cit.*, pagg. 312 e ss.

10 SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2009, pagg. 136-137; ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 87 e ss.

11 L'inserimento di tale formula si deve leggere nella volontà di aderire al precetto costituzionale enunciato nell'art. 111 comma 4 Cost. nella parte in cui vieta di affermare la responsabilità dell'imputato quando il soggetto che lo accusa si sia sempre sottratto al contraddittorio. Cfr. CARCANO D. - MANZIONE D., *Il giusto processo cit.*, pagg. 13-14; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss. Ad ogni modo, alcuni studiosi ritengono che si tratti di una clausola ridondante, alla luce del fatto che medesime prescrizioni deriverebbero dell'art. 238 c.p.p. (anch'esso modificato dalla legge n. 63 del

deposizioni rilasciate nel dibattimento dello stesso procedimento.

In definitiva, come si vedrà meglio nelle prossime pagine, il nuovo testo dell'art. 190 bis c.p.p. prevede che – se già vi è stata per l'imputato la possibilità di contribuire alla formazione delle dichiarazioni rese da un testimone o da una delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. in altra sede – tali dichiarazioni possano essere utilizzate contro tale parte senza la possibilità di ottenere un nuovo esame della stessa fonte dichiarativa sul medesimo oggetto, salvo che il giudice lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze.

2. L'ambito applicativo della norma

2.1. I soggetti e le dichiarazioni rese in incidente probatorio

Allo stato attuale, la restrizione del diritto di ottenere *ex novo* l'esame del testimone (figura in cui si deve ricomprendere anche la nuova figura del “testimone assistito” ex art. 197 bis c.p.p.)¹² o di una persona indicata nell'art. 210 c.p.p. (ossia l'imputato di reato connesso o collegato)¹³ può aversi quando questi soggetti abbiano già reso dichiarazioni: a) in sede di incidente probatorio, nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni saranno utilizzate; b) in dibattimento, nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni saranno utilizzate; c) in un altro procedimento, i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p.

In mancanza di previsione espressa, dunque, deve escludersi che rientrino nella sfera di operatività della disposizione in esame anche le dichiarazioni rese

2001, specialmente al comma 2 bis); cfr. MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 224 e ss.

12 In effetti, tali soggetti “assumono l'ufficio di testimone” e, in mancanza di una previsione esplicita, a essi si applicano le norme previste per quella figura di dichiarante. Cfr. CARCANO D. - MANZIONE D., *Il giusto processo cit.*, pag. 13; GREVI V., *Prove, cit.*, pagg. 312 e ss.; BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento, cit.*, pag. 328.

13 In particolare, la circostanza per cui la figura dell'imputato del procedimento non ha trovato espressa menzione, nel dettato dell'art. 190 bis c.p.p., deve portare a escluderne il novero dal suo ambito di operatività. Si tratta, infatti, di una norma eccezionale – in quanto derogatoria degli ordinari parametri del diritto alla prova, nonché, in questa particolare accezione, del diritto di difesa – e, di conseguenza, la possibilità per l'imputato di rendere dichiarazioni nel corso del processo non può incontrare limitazioni sulla base di interpretazioni analogiche. Cfr. BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento, cit.*, pag. 328.

nel corso dell'udienza preliminare, qualora ivi si svolga l'attività di integrazione probatoria ai sensi dell'art. 422 comma 3¹⁴. La norma di cui all'art. 190 bis c.p.p. ha, infatti, carattere eccezionale (rispetto agli ordinari parametri stabiliti dall'art. 190 c.p.p. per l'ammissione delle prove) e, di conseguenza, la sua applicazione non spingersi oltre i casi in essa disciplinati¹⁵.

Con riferimento alla prima categoria di dichiarazioni, la limitazione del diritto alla prova suscita alcune perplessità legate alla dimensione dell'immediatezza (intesa quale condizione necessaria per l'esaltazione delle potenzialità euristiche del momento dialettico). Dal punto di vista della garanzia epistemologica del contraddittorio, infatti, l'acquisizione anticipata della prova nella fase preliminare è intrinsecamente limitata rispetto a un'assunzione dibattimentale, per una serie di ragioni. Innanzitutto, la formazione della prova si svolge davanti ad un giudice diverso rispetto a quello che dovrà valutarla¹⁶; in secondo luogo, la collocazione all'interno della fase delle indagini comporta che la discussione si svolga su un tema (l'imputazione) dai tratti ancora fortemente ipotetici¹⁷; e, infine, la segretezza che connota il contesto in cui si svolge questa peculiare assunzione anticipata del mezzo di prova (la fase investigativa) costringe l'imputato a difendersi senza la possibilità di disporre di una completa cognizione degli atti di indagine¹⁸.

Si osserva, inoltre, che l'aggiunta della formula di garanzia "nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni saranno utilizzate" (ad opera

14 Tale norma prevede che l'audizione e l'interrogatorio dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici e delle persone indicate nell'articolo 210 si svolgano secondo modalità analoghe a quelle dibattimentali ("Il pubblico ministero e i difensori possono porre domande, a mezzo del giudice, nell'ordine previsto dall'articolo 421, comma 2. Successivamente, il pubblico ministero e i difensori formulano e illustrano le rispettive conclusioni").

15 *Contra*: MOROSINI P., *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190 bis c.p.p.)*, in AA.VV. (a cura di TONINI P.), *Giusto processo*, Cedam, Padova, 2001, pag. 422, per cui il principio del contraddittorio nella formazione della prova sarebbe comunque garantito dalle modalità di cui alla nota precedente. In realtà, l'impossibilità di equiparare le situazioni trova certificazione insuperabile nell'art. 514 c.p.p., che esclude dal divieto di lettura solo quelle dichiarazioni assunte nelle forme di cui agli artt. 498 e 499 c.p.p.; in questo senso: BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pag. 328.

16 LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 564-565; RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1019 e ss.

17 ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 89-90; RENON P., *L'incidente probatorio cit.*, pagg. 1019 e ss.

18 RENON P., *L'incidente probatorio cit.*, pagg. 1019 e ss.

della legge n. 63 del 2001) poco aggiunge al comma 1 bis dell'art. 403 c.p.p. (inserito, come si è visto, dalla legge 267 del 1997), il quale già consente l'utilizzo delle dichiarazioni assunte in incidente probatorio solo nel caso in cui avesse partecipato il difensore dell'imputato¹⁹.

2.2. Le narrazioni dibattimentali. In particolare: la controversa ipotesi della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per il sopravvenuto mutamento della composizione del collegio giudicante

Con riferimento a questa seconda ipotesi, è pacifico che l'aggiunta del riferimento alle dichiarazioni rese in dibattimento da parte del legislatore del 2001 persegue l'intento di estendere l'applicabilità dell'istituto in esame ad altre situazioni processuali in cui si riscontri il mutamento della persona del giudice, dinanzi alla quale si era svolta la precedente istruttoria dibattimentale²⁰. Si rivolge, dunque, alle ipotesi di rimessione del processo (art. 48 comma 5 c.p.p.)²¹, di riunione di procedimenti in fase dibattimentale (art. 17 c.p.p.)²², rinnovazione del dibattimento in appello (art. 603 c.p.p.)²³ e di rinnovazione dell'istruttoria per sopravvenuta variazione della composizione del collegio giudicante.

Giunti a questo punto, preme soffermarsi brevemente sull'ipotesi da ultima elencata poiché essa rappresenta, forse, la situazione più controversa all'interno di tale categoria (sia per la frequenza con cui si manifesta nella prassi, sia per i numerosi interventi giurisdizionali che hanno contribuito a modellare per via esegetica la disciplina frutto del cominato disposto degli artt.

19 MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 224 e ss.

20 In questo senso: GREVI V., *Prove*, cit., pagg. 312 e ss.

21 É la stessa disciplina codicistica a rinviare alla norma in esame. Essa, infatti, prevede che "fermo quanto disposto dall'articolo 190 bis, il giudice designato dalla Corte di cassazione procede alla rinnovazione degli atti compiuti anteriormente al provvedimento che ha accolto la richiesta di rimessione, quando ne è richiesto da una delle parti e non si tratta di atti di cui è divenuta impossibile la ripetizione. Nel processo davanti a tale giudice, le parti esercitano gli stessi diritti e facoltà che sarebbero loro spettati davanti al giudice originariamente competente". Cfr. GREVI V., *Prove*, cit., pagg. 312 e ss.

22 Ipotesi segnalata, tra gli altri, da: MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, in *Cass. pen.*, 2007, pagg. 3459 e ss.; BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pag. 114.

23 Sull'applicabilità dell'art. 190 bis c.p.p. a questa ipotesi, si veda: Cass., 09/05/2002, "Pinto", in *Dir. pen. proc.*, 2004 pag. 82.

525 comma 2, 511 e 190 bis c.p.p.).

In particolare, con riferimento a questa situazione, la Corte Costituzionale²⁴ aveva sancito che il rispetto del principio di immediatezza (riconducibile all'art. 525 comma 2 c.p.p.)²⁵ imponesse di procedere alla integrale rinnovazione del dibattimento ogniqualvolta intervenissero cambiamenti della persona del giudice monocratico o della composizione del collegio²⁶. Inoltre, con riferimento alle modalità acquisitive delle prove raccolte in precedenza, la Consulta individuava la disciplina applicabile in quella stabilita all'art. 511 c.p.p.: i verbali da cui risulta attività istruttoria – in quanto “legittimamente compiuta” – sono inseriti nel fascicolo per il dibattimento a disposizione del nuovo organo giudicante e, di conseguenza, possono essere oggetto di lettura²⁷.

La descritta impostazione adottata dalla Consulta aveva, però, dato origine ad una disputa – tanto in giurisprudenza, quanto in dottrina – sulla necessità o meno di escutere nuovamente le fonti dichiarative, precedentemente sentite dal collegio originario²⁸.

La questione finì, così, per essere sottoposta ad intervento chiarificatore delle Sezioni Unite²⁹. Ad avviso del giudice di legittimità in composizione plenaria – dovendosi coordinare l'art. 525 comma 2 c.p.p. con il disposto del comma 2 dell'art. 511 c.p.p. (per cui “la lettura di verbali di dichiarazioni è disposta solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo”) – il rinnovato collegio non poteva procedere alla lettura del verbale escludendo il riesame del dichiarante, salvo diversa volontà delle parti o impossibilità sopravvenuta³⁰. Nei procedimenti di criminalità organizzata, invece, trovavano applicazione – ai fini della riescussione – gli eccezionali

24 In particolare: C. Cost. n. 17 del 1994; C. Cost. n. 99 del 1996.

25 Ai sensi dell'art. 525 comma 2 c.p.p.: “Alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento. Se alla deliberazione devono concorrere i giudici supplenti in sostituzione dei titolari impediti, i provvedimenti già emessi conservano efficacia se non sono espressamente revocati”.

26 Cfr. MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 224 e ss.

27 C. Cost. n. 17 del 1994; C. Cost. n. 99 del 1996.

28 Per un approfondimento sul dibattito, stimolato dalle posizioni contrastanti nella giurisprudenza di legittimità, si veda: MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, in *Cass. pen.*, 2007, pagg. 3459 e ss.

29 Cass., SU, 15/01/99, “Iannasso”, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 641.

30 Cass., SU, 15/01/99, “Iannasso”, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 641. Cfr. anche: MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, in *Cass. pen.*, 2007, pagg. 3459 e ss.

parametri stabiliti di cui all'art. 190 bis c.p.p. (art. 511 comma 2 bis c.p.p.)³¹.

Tuttavia, l'autorevole presa di posizione sopra descritta non si è rivelata sufficiente a sopire definitivamente le polemiche sul punto. Sono seguite, infatti, numerose questioni di legittimità costituzionale, in relazione agli articoli 3, 25, 101 e 111 Cost. in relazione alle disposizioni che regolano – secondo l'interpretazione datane dalle Sezioni Unite – la rinnovazione del dibattimento a seguito di mutamento del giudice.

In particolare – nel ribadire costantemente la manifesta infondatezza dei ricorsi – la Consulta ha sempre sottolineato la “inutilità di evocare il 190 bis (*sic!*) quale *tertium comparationis* per valutare una disparità di trattamento rispetto alla disciplina della rinnovazione dell'istruttoria a seguito del mutamento del giudice”³². Infatti, la disposizione richiamata impone indubbiamente una limitazione alla ripetizione di prove assunte da un diverso giudice, ma “derogando ai principi di oralità e immediatezza a cui è ispirato l'ordinamento processuale – oltre a non aver contenuto costituzionalmente vincolato – ha carattere eccezionale e non potrebbe quindi essere estesa oltre i casi espressamente previsti”³³.

Nel frattempo, però, l'orientamento consolidato in giurisprudenza di legittimità³⁴ continua a ritenere applicabile l'art. 190 bis c.p.p., nei processi di mafia, anche nelle ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per sopravvenuto mutamento della persona del giudice (nonostante la mancata indicazione espressa nel dettato legislativo)³⁵. Non ci si stupisce, dunque, se questa

31 Cass., SU, 15/01/99, “Iannasso”, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 641. Cfr. anche: MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 224 e ss.

32 Cfr. C. Cost., ord. n. 399 del 2001; C. Cost., ord. n. 418 del 2004; C. Cost., ord. n. 73 del 2003, C. Cost., ord. n. 67 del 2007.

33 In questi termini: GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2008, pag. 94.

34 Si fa riferimento alle sentenze: Cass., 30/11/11, in *C.E.D. Cass.* n. 252299; Cass., 20/04/05, “Aglieri”, in *C.E.D. Cass.* n. 233087; Cass., 15/12/04, “Giugliano”, in *C.E.D. Cass.* n. 231413; Cass., 04/01/2001, “Carta”, in *Cass. pen.* 2003 pag. 226; Cass., 09/05/2003, Cottone; in *C.E.D. Cass.* n. 228300.

35 È stato segnalato, inoltre, che in alcuni casi la giurisprudenza di merito si è spinta oltre la semplice applicabilità dell'art. 190 bis c.p.p. a tale situazione processuale. Si è verificato, infatti, anche un implicito recupero del parametro dell'“assoluta necessità” per l'ammissione di una nuova audizione della fonte dichiarativa. Ad esempio, il Tribunale di Foggia (Trib. Foggia, ord. 23/01/06, con nota di MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, in *Cass. pen.*, 2007, pagg. 3459 e ss.) ha ritenuto doversi applicare al caso di rinnovazione del

impostazione sia oggetto di critica da parte di alcuni studiosi che obiettano, in particolare, la violazione del divieto di interpretazione analogica di una disciplina (quella di cui all'art. 190 bis c.p.p.) eccezionale rispetto a uno dei cardini del nostro ordinamento processuale: il principio dell'immediatezza³⁶.

2.3. *Le dichiarazioni raccolte in un altro procedimento, acquisite ai sensi dell'articolo 238 c.p.p.*

Si è già anticipato che tra le disposizioni contenute agli artt. 190 bis e 238 c.p.p. esiste una stretta correlazione. Il loro combinato disposto regola, infatti, il meccanismo della "circolazione della prova" nei processi per fatti legati al crimine organizzato³⁷. Si è già detto, inoltre, che proprio con riferimento a tali procedimenti, la migrazione probatoria è stata pensata e inclusa nel nostro codice di rito³⁸.

Peraltro, non c'è dubbio che tale ipotesi sia la più delicata dal punto di vista delle garanzie. È risaputo, infatti, che la possibilità di utilizzare prove acquisite altrove costituisce una cartina di tornasole della concezione predominante nella disciplina processuale³⁹.

collegio giudicante, il requisito di ammissione di cui all'art. 507 c.p.p. In particolare, ciò sarebbe era stato giustificato mediante il ricorso a un duplice ordine di motivazioni: in primo luogo, nel procedimento "originario" l'assunzione delle prove poteva dirsi completa; in secondo luogo, la soluzione contraria avrebbe comportato "un'intollerabile regressione del processo". In chiave critica: MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, in *Cass. pen.*, 2007, pagg. 3459 e ss.

36 In particolare, questi autori ritengono che la giurisprudenza di legittimità abbia aderito a una lettura espansiva dell'art. 190 bis c.p.p., la quale, però, rappresenterebbe una "deroga surrettizia per via interpretativa" ai cardini del giusto processo ribaditi dalle citate ordinanze della Corte Costituzionale (vedi nota precedente) e dalle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte eur., 10/02/2005, Graviano c. Italia). In questi termini: GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p. cit.*, pagg. 94 e ss. Ad ogni modo, nell'opinione di chi scrive, le descritte critiche appaiono eccessivamente rigide. Indubbio il valore dell'immediatezza, un'interpretazione sistematica dell'art. 190 bis c.p.p. a seguito del ritocco del 2001 non lascia spazio a equivoci. Appare cristallina l'intenzione del legislatore di fissare le dichiarazioni rese nel medesimo contraddittorio dibattimentale nello stesso procedimento, allo stesso modo e a maggior ragione rispetto a quelle rilasciate nell'incidente probatorio o in altri processi.

37 BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pag. 326.

38 GAITO A., *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., pag. 11.

39 Non è un caso, dunque, se la fattispecie di cui all'art. 238 c.p.p. sia stata oggetto di svariate modifiche nel corso degli anni; sintomatiche, appunto, delle diverse scelte del legislatore in materia di acquisizione ed utilizzazione delle prove. CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.

Un sistema improntato su una concezione totalizzante dei principi dell'oralità e del contraddittorio richiede che i processi siano realtà “autarchiche”, un ideale realizzabile per mezzo una disciplina normativa che ponga uno sbarramento invalicabile per le risultanze conoscitive raccolte nell'ambito di un diverso giudizio; all'estremo opposto, un sistema incardinato sull'economia processuale e il principio di non dispersione impone la creazione di un unico “spazio panprocessuale”⁴⁰, all'interno del quale il materiale probatorio possa circolare liberamente⁴¹.

Ad ogni modo, con l'affermazione a livello costituzionale del principio del contraddittorio per la formazione della prova (legge costituzionale n. 2 del 1999), soluzioni del secondo tipo, ispirate al “grafismo inquisitoriale”⁴² non sono più ammissibili. Come si è detto, infatti, l'esistenza stessa di un meccanismo di trasbordo di prove tra procedimenti costituisce un *vulnus* per il contraddittorio, poiché ne risulta limitata una sua appendice: l'immediatezza⁴³.

Sulla base di queste premesse, la legge attuativa della riforma sul giusto processo è intervenuta anche sull'istituto della “circolazione probatoria” (art. 238 c.p.p.), interessando di riflesso la disciplina dell'art. 190 bis c.p.p. (che a essa rinvia espressamente).

Ad ogni modo, la disciplina che regola lo scambio di prove tra procedimenti non è stata rivoluzionata, ma solamente modificata al fine di adeguarla ai principi del giusto processo⁴⁴. In particolare – continuando nel solco di un'impostazione

40 L'espressione è di CORDERO F., *Procedura penale*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2003, pag. 799.

41 CORDERO F., *Procedura Penale*, cit., pagg. 799 e ss.; CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.; SCCELLA A., *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in AA.VV. (a cura KOSTORIS R.E.), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2003, pagg. 93 e ss.; BELLUTA H., voce *Prova (Circolazione della)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II-1, Giuffrè, Milano, 2008, pagg. 1 e ss.

42 Ancora, testualmente: CORDERO F., *Procedura Penale*, cit., pag. 799.

43 CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.; BELLUTA H., voce *Prova (Circolazione della)*, cit., pagg. 1 e ss.

44 In particolare, come già si è detto (cfr. Capitolo 2, paragrafo 7), secondo parte della dottrina il mancato “ripensamento *ab imis*” della disciplina della circolazione probatoria rappresenta un'ulteriore conferma della mediazione, compiuta dal legislatore di attuazione, tra i nuovi precetti costituzionali e un vero e proprio “*esprit collaborativo*”; cfr. BERNASCONI A., *Ideologie e prassi in tema di circolazione di verbali “alieni”*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pagg. 321 e ss. e 327 e ss.

inaugurata con la modifica ad opera della legge n. 267 del 1997⁴⁵ – si è scelto di distinguere tra verbali che documentano prove dichiarative e verbali di altre prove⁴⁶. Se, per questi ultimi, è sufficiente che l'esperimento gnoseologico sia stato elaborato nelle sedi in cui si possa astrattamente realizzare un "contraddittorio" (incidente probatorio o dibattimento, ex art. 238 commi 1 e 2 c.p.p.); per i verbali contenenti dichiarazioni è requisito indefettibile la partecipazione del difensore dell'imputato del processo *ad quem* (comma 2 bis). Si prevede, inoltre, che la documentazione di un altro procedimento – relativa alle esternazioni rese nel "contraddittorio" in mancanza del difensore e quelle rilasciata agli organi investigativi – possano essere poste a fondamento di una condanna dell'imputato non solo in caso di irripetibilità (comma 3), ma anche quando quest'ultimo vi abbia consentito. In ogni caso, peraltro, questi verbali possono essere utilizzati per le contestazioni all'esame dibattimentale. Appare evidente, dunque, che la modifica più significativa apportata dalla legge n. 63 del 2001 sia stata l'estensione del limite di utilizzabilità di cui al comma 2 bis a tutte le categorie soggettive di dichiaranti⁴⁷. Allo stato attuale, infatti, tale formula di garanzia impone che i verbali delle dichiarazioni provenienti da altri procedimenti⁴⁸ possano essere utilizzati soltanto "contro"⁴⁹ quell'imputato il cui difensore avesse partecipato alla loro assunzione e, cioè, quando vi sia stata astrattamente la possibilità di contraddire.

45 La legge n. 267 del 1997, nell'inserire tale inciso, si riferiva alle sole dichiarazioni rese dalle persone imputate in un procedimento connesso o collegato.

46 Cfr. CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.

47 MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 224 e ss.; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, in *Cass. pen.*, 2007, pagg. 3459 e ss.

48 Per evitare contrasti con il precetto costituzionale sancito dall'articolo 111 comma 4 Cost., la dottrina maggioritaria propende per una interpretazione estensiva della locuzione "verbali di dichiarazioni" (di cui al comma 2 bis) in modo da riferirla, se non a tutti i mezzi di prova, quantomeno alla perizia. In questo senso: R. CANTONE, *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pag. 2561 e ss.; SCELLA A., *Tutela del contraddittorio cit.*, pagg. 99 e ss.; BELLUTA H., voce *Prova cit.*, pagg. 10 e ss.; BERNASCONI A., *Ideologie e prassi in tema di circolazione di verbali "alieni"*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pagg. 331-332.

49 È pacifico che non sia necessaria la presenza del difensore anche per utilizzabilità delle dichiarazioni (raccolte *aliunde*) favorevoli all'imputato. In particolare, tale conclusione si basa sulla constatazione che l'ultimo intervento manipolativo sulla disposizione ha provveduto alla sostituzione (certamente non casuale) dell'espressione «nei confronti» con la parola «contro». Cfr. CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.

Si rileva, però, che alcuni autori⁵⁰ hanno visto con sfavore le limitazioni all'operatività dell'istituto della circolazione dei verbali causata dall'estensione ai testimoni dell'inciso di cui al comma 2 bis nell'ambito specifico dei processi di mafia. In particolare, si è obiettato al legislatore del 2001 che il suddetto irrigidimento delle condizioni preposte alla circolazione del materiale probatorio comprimerebbe eccessivamente lo strumento per eccellenza più efficace per recuperare materiale probatorio sui c.d. "dati di contesto". In questo modo, quindi, si sarebbero favorite le iniziative pretestuose da parte delle difese – fenomeno molto comune nei c.d. "maxi-processi" di mafia, in particolare sotto la vigenza del codice procedurale del 1930⁵¹ – compromettendo la ragionevole durata del processo (art. 111 comma 2 Cost.)⁵².

Un ulteriore "ritocco" operato dalla legge n. 63 del 2001 all'art. 238 c.p.p. ha riguardato l'ingresso dei dati investigativi raccolti in altri procedimenti. È stato, infatti, emendato il comma 4 della norma in esame: l'espressione "a norma degli artt. 500 e 503" è stata sostituita dalla formula, più articolata, "per le contestazioni previste negli artt. 500 e 503".

Si segnala, allora, che parte della dottrina⁵³ ha letto in questa interpolazione l'intento del legislatore di impedire ogni interpretazione che volesse consentire un uso probatorio dei verbali nelle ipotesi derogatorie del contraddittorio. Tuttavia, su un'efficacia in tal senso aleggiano molti dubbi. Si oppone, infatti, una folta schiera di autori: qualora fosse contestata al dichiarante una sua precedente affermazione resa in un altro procedimento, si dovrebbe applicare la complessiva disciplina di cui all'art. 500 e 503 c.p.p., ivi compresi gli eccezionali casi in cui è consentito acquisire il verbale in deroga alla regola del

50 In particolare: MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, pag. 337; MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 231 e ss.

51 Sul tema, si rinvia a: CORSO P., *Codice di procedura penale e criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di BRICOLA F. - ZAGREBELSKY V.), *Mafia e criminalità organizzata*, Utet, Torino, 1995, pagg. 121 e ss.

52 MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, pag. 337; MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 231 e ss.

53 Tra gli altri: CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.

contraddittorio⁵⁴.

In conclusione, si osserva che – rispetto alle precedenti versioni dell'art. 238 c.p.p. – quella attualmente in vigore recepisce la denunciata insufficienza, ai fini di uno sviluppo effettivo del contraddittorio, della formazione dell'elemento di prova in incidente probatorio o in dibattimento (una carattere che in passato costituiva una sorta di “status privilegiato” delle dichiarazioni, ai fini della circolazione dei loro verbali). Si restringono le maglie del procedimento *a quo*, limitando l'utilizzabilità contro l'imputato alle ipotesi in cui costui può concretamente contribuire – nel distinto processo – alla genesi dell'esperimento gnoseologico importato⁵⁵.

Tuttavia, l'aver assicurato la mera partecipazione del difensore rischia di non essere sufficiente a garantire il pieno esplicarsi delle potenzialità epistemiche dell'esercizio dialettico. A ben vedere, invero, si discuteva dei fatti nell'ottica di una diversa imputazione e, di conseguenza, differenti erano gli scopi e il materiale disponibile per l'esame incrociato⁵⁶.

Insomma, considerate le intrinseche complicazioni del meccanismo in questione, acquista grande importanza il comma quinto⁵⁷ che – rimasto invariato a seguito della legge n. 63 del 2001 – ribadisce la prerogativa delle parti di ottenere l'esame delle persone che abbiano reso le dichiarazioni nel processo “alieno” (acquisite ai sensi dei commi 1, 2, 2 bis e 4). Ma, com'è noto, tale diritto è limitata proprio dall'art. 190 bis c.p.p.

Infine, con particolare riguardo alle modalità acquisitive, l'articolo 7 del d.l. n. 306 del 1992 (come modificato dalla legge n. 356 del 1992) ha predisposto una procedura speciale per l'acquisizione dei verbali di prova di altri

54 Cfr. CORDERO F., *Procedura Penale*, cit., pagg. 799 e ss.; SCCELLA A., *Tutela del contraddittorio cit.*, pagg. 105 e ss.; BERNASCONI A., *Ideologie e prassi cit.*, pag. 336.

55 BELLUTA H., voce *Prova cit.*, pagg. 7-8; BERNASCONI A., *Ideologie e prassi cit.*, pagg. 326 e ss.

56 LOZZI G., *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 687. Nello stesso senso: SCCELLA A., *Tutela del contraddittorio cit.*, pagg. 99 e ss.; CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.; BERNASCONI A., *Ideologie e prassi cit.*, pagg. 327 e ss.; ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 88 e ss. Secondo alcuni autori, i rilievi sopra esposti farebbe sorgere dei dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 238 c.p.p. in relazione all'art. 111 comma 4 Cost.; cfr. GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., pagg. 7 e ss.

57 Sull'importanza di tale clausola, si veda: BELLUTA H., voce *Prova cit.*, pagg. 7-8.

procedimenti – risultante dall'aggiunta *ad hoc* del comma 4 bis all'art. 468 c.p.p. e del periodo finale al primo comma dell'art. 495 c.p.p. – che non è stata modificata dalla legge attuativa del giusto processo.

In particolare, le parti interessate all'acquisizione di verbali alieni dovranno farne “espressa richiesta” in sede di presentazione delle c.d. “liste testimoniali” (art. 468, comma 4 bis c.p.p.) e – qualora si versi nella sfera di applicazione dell'art. 190 bis c.p.p. – dovranno formulare in questa sede le domande di ripetizione dell'esame del dichiarante (eventualmente riproposte in ambito di richieste di prove, ex art. 493 comma 2 c.p.p.)⁵⁸.

A seguito di tali adempimenti, “il giudice, sentite le parti, provvede con ordinanza all'ammissione delle prove” (art. 495 comma 1 c.p.p., primo periodo). In ogni caso, qualora si tratti di verbali di prove provenienti da altri procedimenti, si dovrà procedere all'assunzione dell'esame orale (discutibilmente definita una “nuova assunzione della stessa prova”⁵⁹) soltanto dopo l'acquisizione del verbale cui verrà data lettura ex art. 511 bis c.p.p. (art. 495 comma 1 c.p.p., secondo periodo).

In ogni caso, la descritta procedura – al di fuori dei casi cui si versa nella sfera di applicabilità dell'art. 190 bis c.p.p. (in cui il giudice deve valutare la sussistenza delle condizioni per la reiterazione) – appare in deciso contrasto con l'art. 238 comma 5 c.p.p., nella parte in quest'ultimo garantisce un successivo confronto dialettico sull'elemento conoscitivo importato *ab externo*⁶⁰. L'invito al giudice di considerare la nuova escussione manifestamente superflua (privilegiando la lettura del verbale) nonché il riferimento alla “stessa prova”, lasciavano trasparire la diffidenza, assodata, per l'oralità e il contraddittorio della stagione legislativa in cui tali disposizioni furono introdotte⁶¹. Oggi, quindi,

58 Si aggiunge, inoltre, che la richiesta di riesame potrebbe essere accolta qualora la specifica esigenza o i fatti e le circostanze diverse siano sorti o conosciuti dal richiedente solo dopo lo spirare del termine di cui agli artt. 493 e 495 c.p.p. Rimane, infine, la possibilità di sollecitare il riesame ai sensi del 507 c.p.p.; così: MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 229-230.

59 Mentre “non può essere se non una prova «diversa», sia pure con lo stesso oggetto”; Cfr. MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

60 In questo senso: ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pag. 91. Analogamente: MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

61 Cfr. FRIGO G., *La formazione della prova in dibattimento: dal modello originario al modello deformato*, in *Giur. it.*, IV, 1993, pag. 325.

rappresentano un residuo anacronistico che sopravvive solo a causa dell'incuria del legislatore⁶².

3. Le condizioni per l'ammissione di un nuovo esame del dichiarante

A proposito dei requisiti della prova ai fini della sua ammissione ex art. 190 bis c.p.p., la legge n. 63 del 2001 ha inciso in maniera rilevante sulle situazioni in cui è possibile superare il divieto di ripetizione dell'esame orale nei processi di criminalità organizzata di tipo mafioso.

Nella versione odierna, infatti, si abbandona il criticato parametro della "assoluta necessità" e si stabiliscono due criteri espressivi di una stessa ragione ispiratrice: il diritto alla prova non deve essere limitato quando rimangono dei fatti rilevanti da accertare o da chiarire⁶³. In accordo a tale *ratio*, la riescusione del teste deve essere ammessa "se riguarda fatti o circostanze diverse da quelle oggetto delle precedenti dichiarazioni". Quando, invece, l'esame dovrebbe vertere sullo stesso oggetto, la mancata ripetizione non è giustificata "se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze"⁶⁴.

Tuttavia, – nonostante gli ampi progressi rispetto alla versione precedente, in un'ottica di tutela del diritto alla prova – rimane ancora qualche dubbio sulla tecnica di redazione impiegata dal legislatore, specialmente con riguardo al parametro da ultimo riportato⁶⁵.

Innanzitutto, come anticipato, la rinnovazione dell'esame è oggi garantita nei casi in cui emerga un *novum* rispetto a quanto dichiarato in precedenza dalla

62 In questi termini: FRIGO G., *La formazione della prova cit.*, pag. 325; TAORMINA C., *Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali*, in *Giust. pen.*, III, 1992, pag. 454.

63 In questo senso: ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 88 e ss. Analogamente: MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

64 In particolare, la circostanza per cui il primo parametro (alla stregua del quale il teste dovrebbe deporre su fatti o circostanze diverse) appare come uno dei casi in cui sarebbe impossibile non riscontrare una "specifica esigenza" per la ripetizione. Di conseguenza, alcuni autori ritengono che si tratti di un "criterio sostanzialmente unico". Cfr. ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 88 e ss.

65 ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 88 e ss.; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

fonte⁶⁶. A questo proposito si è rilevato come la valutazione sulla “diversità”, richiesta al giudice⁶⁷, consista in una ponderazione comparativa tra la dichiarazione precedentemente formata e le circostanze su cui deve vertere l'esame⁶⁸. Tuttavia, se l'operazione descritta appare lineare⁶⁹, non è scontato che porti a risultati condivisi dalle parti; si confida, pertanto, nella capacità dell'organo giudicante di valutare la sussistenza della novità in maniera equilibrata assicurando una effettiva portata garantistica alla norma⁷⁰.

In secondo luogo, - conformemente a quanto previsto nell'ultima parte dell'art. 190 bis c.p.p. - la ripetizione dell'esame orale potrà avere luogo anche qualora il giudice o una delle parti ne giustifichi la necessità sulla base di specifiche esigenze.

Tale formula⁷¹ - lungi dall'attribuire alle parti una prerogativa in ambito di ammissione probatoria - pone, quindi, l'accento sull'onere dimostrativo in capo agli interessati per ottenere una differente versione dei fatti⁷². In effetti - nonostante la “torbidezza” dell'interpolazione legislativa⁷³ - non residuano dubbi circa l'esclusività, in capo al giudice, del potere di verifica della sussistenza del parametro. Insomma, l'organo giudicante non è vincolato in alcun modo dalle

66 MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

67 CARCANO D. - MANZIONE D., *Il giusto processo cit.*, pag. 15.

68 Cfr. ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 88 e ss. Altri autori hanno accostato tale criterio a quello della “non manifesta superfluità” previsto dall'art. 190 c.p.p. nonché al parametro di “pertinenza-rilevanza” contemplato nell'art. 187 c.p.p.; Cfr. BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pagg. 113 e ss.; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

69 ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 88 e ss.

70 CARCANO D. - MANZIONE D., *Il giusto processo cit.*, pag. 15; BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pagg. 113 e ss.

71 Si tratta di una formula pensata per stemperare il più rigido parametro della “assolutezza” (scompare, appunto, l'avverbio “assolutamente”) previsto dalla versione aggiunta nel 1992. Cfr. MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

72 Coloro che richiedono una nuova dichiarazione “spieghino perché la vogliono reiterata e dev'essere un discorso persuasivo”; cfr. CORDERO F., *Procedura penale, cit.*, p. 665. Analogamente: BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pag. 114; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

73 Si tratta di una locuzione ambigua che evoca “marginari paritetici di manovra” al giudice e alle parti per la possibilità di procedere a una nuova escussione orale (“se il giudice o le parti lo ritengono necessario”); CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.; BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pag. 114; ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 88 e ss.; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

richieste e le motivazioni avanzate dalle parti⁷⁴; e la ragione principale si ottiene ragionando per assurdo: il riconoscimento di un diritto potestativo alle parti in tema di ammissione condurrebbe ad un sostanziale annichilimento della previsione in esame⁷⁵. A questo dato possono altresì aggiungersi argomentazioni fondate sui cambi di rotta dell'*iter* parlamentare e sul dato letterale⁷⁶.

In pratica, dunque, il criterio impone la concessione della reiterazione dell'escussione orale quando questa potrebbe essere in qualche modo utile ai fini della decisione (per mettere in discussione il contenuto delle dichiarazioni o l'attendibilità del dichiarante, colmare eventuali incompletezze o contraddizioni, ecc...). Viceversa, dovrebbero essere rigettate esclusivamente quelle richieste di deposizione che non aggiungano nulla al patrimonio conoscitivo del giudice, rispetto a quanto già risultante dai verbali⁷⁷.

Insomma, alla luce di quanto detto, la deroga al diritto alla prova è stata sicuramente temperata rispetto a quanto avveniva con la disciplina previgente. Conducono a questa conclusione, sia la presa d'atto del maggiore spazio concesso alla dialettica processuale (le parti possono confrontarsi tra loro e sollecitare il giudice, illustrando le ragioni di una domanda di ammissione), sia la restrizione dei parametri (soprattutto con riferimento all'oggetto della

74 CARCANO D. - MANZIONE D., *Il giusto processo cit.*, pag. 15; GREVI V., *Prove*, cit., pagg. 312 e ss. Alle medesime conclusioni è giunta recentemente anche la giurisprudenza di legittimità (Cass., 20/04/07, "Gravina" in *C.E.D.* 219626). In particolare, si è sancito che: "Anche quando l'esame sia richiesto dalle parti, il provvedimento di ammissione è condizionato dall'apprezzamento discrezionale del giudice circa la necessità di un nuovo esame sui medesimi fatti, in relazione alle ragioni che la parte ha l'onere di specificare ed, eventualmente, agli ulteriori elementi di fatto emersi".

75 Cfr. CARCANO D. - MANZIONE D., *Il giusto processo cit.*, pag. 15. In senso conforme: GREVI V., *Prove*, cit., pagg. 312 e ss.; CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti» cit.*, pagg. 2561 e ss.; BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pag. 114; ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 88 e ss.

76 La prima emergerebbe dalla considerevole modifica portata alla norma intervenuta nell'*iter* parlamentare, con la quale si è aggiunta la figura del giudice nella perifrasi conclusiva dell'art. 190 bis c.p.p. La seconda argomentazione si ricaverebbe da un'attenta lettura del testo della disposizione: entrambe le condizioni sarebbero soggette a una valutazione di ammissibilità da parte del giudice giacché le proposizioni sarebbero rette dalla locuzione "ammesso se". Cfr. CARCANO D. - MANZIONE D., *Il giusto processo cit.*, pag. 15.

77 ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 88 e ss.; MOROSINI 2001, pagg. 228 e ss.; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

dichiarazione)⁷⁸.

Per converso, suscita gravi perplessità il permanere di una valutazione discrezionale del giudice per l'ammissibilità di un mezzo di prova, in virtù di una conoscenza parziale dei fatti di causa.

Com'è stato acutamente indicato, infatti, la questione dei presupposti "svela il punto di equilibrio, voluto dal legislatore, per il bilanciamento degli opposti valori in gioco"⁷⁹: l'ampiezza della discrezionalità di cui dispone il giudice è direttamente proporzionale all'irragionevolezza delle deroghe al diritto alla prova e ai principi di oralità e immediatezza, con gli effetti che ciò comporta a livello di legittimità costituzionale della disciplina.

In particolare, la nuova audizione delle fonti di prova è tuttora ancorata ad una locuzione elastica, generica, evanescente. In questo modo, il giudice conserva un ampio potere discrezionale in ordine all'ammissione della prova idoneo a far rivivere il vecchio parametro della "assoluta necessità"⁸⁰. Rimangono, inoltre, margini di ambiguità anche in senso opposto poiché, come argutamente segnalato, sarebbe impossibile – in conformità a tale criterio – escludere a priori la deroga al divieto. In effetti, difficilmente potrebbe essere negata l'esigenza specifica di ottenere dal dichiarante una versione diversa, più favorevole all'imputato⁸¹.

78 GREVI V., *Prove*, cit., pagg. 312 e ss.; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.

79 MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 228 e ss.

80 MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 228 e ss.; BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio cit.*, pag. 115; ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 88 e ss.; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.; anche BELLUTA H., voce *Prova cit.*, pagg. 7-8.

81 "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". Testualmente: CORDERO F., *Procedura Penale*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2003; pagg. 935 e ss.

Riportano il dubbio anche: MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 228 e ss.; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.; ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 88 e ss.

4. I persistenti profili di criticità della norma: i principi del contraddittorio e della neutralità metodologica del giudice

Arrivati a questo punto dell'analisi, si vogliono affrontare le problematiche che – nonostante la correzione da parte del legislatore del 2001 – ancora affliggono la norma in esame.

In primo luogo, la previsione di criteri più rigorosi per l'ammissione di un esperimento gnoseologico già formato in un'altra sede ha portato la dottrina ad interrogarsi se ciò integrasse un'inaccettabile compressione del contraddittorio. In particolare, è possibile (con qualche approssimazione) individuare, all'interno di tale diatriba, due indirizzi contrapposti.

Un primo orientamento ritiene che l'applicazione dell'art. 190 bis c.p.p. postuli, in ogni caso, l'osservanza del principio di formazione dialettica della prova⁸². Questa conclusione poggia sul duplice assunto per cui vi sarebbe stata – ad opera della legge n. 63 del 2001 e diversamente da quanto avveniva in precedenza – una rimodulazione in chiave accusatoria del quadro di riferimento (in particolare, l'estensione del comma 2 bis dell'art. 238 c.p.p.) e la subordinazione del potere del giudice di disporre la riedizione della prova all'accertamento di presupposti ben definiti.

Con queste premesse alle spalle, si ritiene che il nuovo articolo 190 bis c.p.p. rappresenti il prodotto di un equilibrato bilanciamento delle garanzie del contraddittorio con le esigenze di tutela dei dichiaranti e del corretto svolgimento del processo (specificamente: la sua funzione conoscitiva e la sua ragionevole durata). Ciò premesso, la disposizione continuerebbe a configurare una palese deroga al principio di oralità e immediatezza in funzione di semplificazione probatoria, ma non sarebbe prospettabile una censura di incostituzionalità per violazione dell'art. 111 commi 4 e 5⁸³.

Tuttavia, è innegabile che la necessità di individuare un diverso tema di prova, per ottenere il riesame, equivalga a garantire il contraddittorio dibattimentale in

82 Ci si riferisce, tra gli altri, a: GREVI V., *Prove*, in AA.VV. (a cura di CONSO G. - GREVI V.), *Compendio di procedura penale*, IV ed., Cedam, Padova, 2008, pagg. 312 e ss.; MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 224 e ss.

83 SCAGLIONE A., *Il processo penale per i delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2009, pagg. 136-137.

maniera attenuata⁸⁴. Inoltre, con riguardo alle “specifiche esigenze” – un parametro comprensivo delle più svariate opportunità di chiarire circostanze rilevanti ai fini della decisione –, la discrezionalità dell'organo giudicante è rimasta molto ampia⁸⁵.

Per queste ragioni, un secondo filone imputa alla disposizione in questione una limitazione del diritto alla prova tale da renderla incompatibile con i principi costituzionali stabiliti all'art. 24 comma 2 Cost. (diritto di difesa) e art. 111 commi 4 e 5 Cost. (principio del contraddittorio)⁸⁶. In particolare, la compressione delle potenzialità del metodo dialettico in sede genetica – con particolare riguardo alle ipotesi di acquisizione di prove da altri procedimenti – dovrebbe essere compensata dal diritto di ottenere la rinnovazione dell'esame orale⁸⁷.

Ad ogni modo, il presupposto di fondo che traspare da tale disposizione – che sacrifica il valore dell'“oralità-immediatezza” sulla base di una valutazione discrezionale del giudice⁸⁸ – appare quantomeno discutibile. Nei “casi particolari” sopra descritti, gli ordinari parametri cui è subordinato il diritto alla prova sono sostituiti da altri criteri che – invitando il giudice a limitare l'accoglimento della richiesta di esame dibattimentale⁸⁹ – sono finalizzati a cristallizzare la dichiarazione nei termini risultanti dalla prima versione, la quale registra, com'è noto, una narrazione in un contesto (e innanzi ad un giudice)

84 BERNASCONI, voce *Criminalità organizzata*, cit., pag. 13; GAITO A., *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., pagg. 10-11; BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pag. 265.

85 GAITO A., *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., pagg. 10-11; BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, cit., pag. 265.

86 Si allude al pensiero di: BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio*, cit., pagg. 112 e ss.; GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2008, pagg. 94 e ss.

87 Con particolare riferimento all'ipotesi della circolazione probatoria, alcuni autori hanno prospettato l'illegittimità costituzionale dell'art. 190 bis c.p.p. riguardo all'art. 111 comma 4 Cost. Infatti, “la presenza del difensore nel diverso processo costituisca il più evoluto traguardo di garanzia che oggi la circolazione riesce a offrire bisogna essere consapevoli che il contraddittorio per la prova vive nell'immediatezza, in simbiosi col proprio contesto”, BELLUTA H., voce *Prova cit.*, pagg. 7-8. Con riguardo all'ipotesi di dichiarazione resa in incidente probatorio; cfr. RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1019 e ss.

88 MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.; ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 87 e ss.

89 L'ammissione del nuovo esame deve essere concessa solo quando l'oggetto o quando ricorrono le generiche “specifiche esigenze” che rendano l'esame necessario.

diverso ed è disponibile solamente in forma documentale⁹⁰.

Insomma, la norma in esame sembra poggiare su una filosofia – estranea a un processo di matrice accusatoria – secondo la quale l'acquisizione di un verbale scritto può surrogare l'esame orale. Inutile ricordare, invece, che solo una rinnovazione dell'escussione della fonte garantisce un contraddittorio pieno⁹¹.

Di conseguenza, alla luce delle ultime considerazioni esposte, alcuni autori ritengono che la disposizione di cui all'art. 190 bis c.p.p. sia seriamente indiziata di illegittimità costituzionale. In particolare, tale norma si porrebbe in contrasto con la previsione contenuta nell'art. 111 comma 3 Cost. – nella parte in cui attribuisce 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 –, disegnando in tal modo una limitazione insostenibile del diritto alla prova⁹².

Un secondo ordine di problematiche deriva, inoltre, dalla circostanza la disciplina in esame si applica solamente alcune categorie di delitti, in ossequio ad un'impostazione ancora intrisa dalle logiche c.d. "doppio binario". Infatti, come si è visto in precedenza, una disciplina processuale differenziata con riferimento al procedimento probatorio suscita numerose perplessità in termini di ortodossia costituzionale e di ragionevolezza del sistema⁹³.

Con la predisposizione dell'art. 190 bis c.p.p., si sono stabilite regole diversificate in materia di diritto per i processi di criminalità organizzata (art. 51 comma 3 bis c.p.p.): il legislatore ha coniato una previsione generale e astratta che articola l'elaborazione della prova in modo diverso per una determinata serie di processi, secondo regole distinte da quelle ordinarie.

In particolare, il ruolo assunto dal giudice nell'applicazione di quest'apparato normativo derogatorio sembra difficilmente compatibile col dettato costituzionale. L'organo giudicante si trova, infatti, a dover valutare – secondo

90 ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 87 e ss.

91 ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 87 e ss.; MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento cit.*, pagg. 3459 e ss.; BELLUTA H., voce *Prova cit.*, pagg. 7-8.

92 Si ritiene, infatti, che tale precetto costituzionale sia funzionale all'esigenza di "assicurare un rapporto diretto tra giudice della decisione e prova"; cfr. RENON P., *L'incidente probatorio cit.*, pagg. 1019 e ss.

93 Si consenta di rinviare, sul punto, all'analisi compiuta al Capitolo 1, Parte 3, paragrafo 5.

regole eccezionali che delegano all'interprete un ampio margine di discrezionalità – il diritto a ottenere *ex novo* l'esame di un testimone, un correo, un "pentito". In questo modo, il giudice finisce per condividere, seppur indirettamente, l'assunto che il reato per cui si procede sia ascrivibile a una fattispecie di criminalità organizzata.

Con queste premesse, la disciplina derogatoria stabilita all'art. 190 bis c.p.p. non sembra conciliabile con il principio della "neutralità metodologica del giudice nella ricostruzione dei fatti"⁹⁴, ricavabile dai cardini metodologici essenziali della presunzione di innocenza (art. 27 comma 2 Cost.)⁹⁵ e della terzietà del giudice (art. 111 comma 2 Cost)⁹⁶.

Com'è noto, infatti, il diritto alla prova è intimamente connesso all'imparzialità del giudice, nella sua specifica forma di "terzietà". In particolare, il "diritto a difendersi provando" è la garanzia di effettività del c.d. "principio dispositivo", il quale rifiuta un intervento del giudice nella ricerca delle prove d'accusa salvaguardando l'imparzialità da un grave pregiudizio⁹⁷.

94 UBERTIS G., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pag. 18.

95 Si tratta di un diritto sancito anche dagli artt. 6 comma 2 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo del cittadino e 14 comma 2 del Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici. Parte della dottrina ritiene, altresì, che la norma presenti seri indizi d'incostituzionalità (con riferimento a questi stessi parametri) anche perché è rimessa alla discrezionalità del pubblico ministero la salvaguardia del diritto alla prova: la semplice contestazione di uno degli delitti contenuti all'art. 51 comma 3 bis c.p.p. è suscettibile di attivare uno "speciale" regime probatorio, di per sé penalizzante per l'imputato. Cfr. BERNASCONI A., *Voce Criminalità organizzata*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2000, pagg. 12-13; GAITO A., *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. Pen.*, n. 3, 2011, pag. 11.

96 Tale requisito dell'organo giudicante si trova oggi sancito espressamente all'art. 111 comma 2, accanto all'imparzialità. In ogni caso, prima della riforma sul "giusto processo" tale qualifica si ritrovava a) all'interno della nozione di "imparzialità giurisdizionale", come qualità intrinseca del giudice e desumibile dagli artt. 3, 24 e 101 comma 2 Cost. (C. Cost., ord. n. 122 del 2001 e C. Cost., sent. n. 60 del 1973); b) sancita espressamente dai canoni sovranazionali: artt. 6 comma 1 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo del cittadino e 14 comma 1 del Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici. Cfr. UBERTIS G., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, cit., pagg. 16-17; GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2008, pag. 948.

97 La terzietà dell'organo giudicante, rispetto all'imparzialità – la quale, "operante in relazione al singolo processo, si riferisc(e) peculiarmente alla funzione svolta, per la quale sono necessarie l'assenza di legami con le parti, l'indifferenza riguardo agli interessi in conflitto e dunque al risultato della disputa, la mancanza di pregiudizi inerenti al *thema decidendi*" – postula una distinzione, a livello di sistema processuale, del ruolo di quest'ultimo da quello di "parte". In altri termini, al giudice è vietato di svolgere qualsiasi attività che possa coinvolgerlo nelle prospettazioni ricostruttive delle parti. Cfr. UBERTIS G., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, cit., pagg. 17-18. In tema

Ma anche il canone della presunzione d'innocenza – dal momento che “l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva” – postula un peculiare assetto dei poteri istruttori del giudice: se l'imputato si presume innocente, l'ufficiale giudicante non può svolgere alcuna attività che implichi un'adesione all'*opinio delicti* accusatoria, prima che si sia completata la verifica processuale dell'imputazione⁹⁸.

Da tali parametri costituzionali si ricava allora l'esigenza di garantire la neutralità metodologica del giudice. Occorre, cioè, che quest'ultimo “sia esente da ogni condizionamento pre-giudiziale che gli possa derivare *tanto* dall'aver conosciuto preventivamente l'impostazione di una sola delle parti *quanto* dall'aver assunto e personalmente coltivato, magari in via semplicemente provvisoria, una determinata ipotesi come linea di ricerca per la ricostruzione del fatto di cui è investito”⁹⁹. Deve considerarsi, infatti, che “nella scelta del tema vi è già la confessione di una preferenza, e nella formulazione del problema è già implicito il criterio della soluzione”¹⁰⁰; e ciò vale a maggior ragione nei processi di criminalità organizzata, nei quali il rischio di parzialità del giudice è esponenzialmente più elevato.

In definitiva, se quanto precede è vero, la norma contenuta all'art. 190 bis c.p.p. – che incide, negandolo, sul diritto alla prova – rappresenta una violazione intollerabile del principio neutralità metodologica del giudice (nei termini descritti), dei cardini costituzionali su cui poggia (artt. 27 e 111 comma 2 Cost.),

di imparzialità dell'organo giurisdizionale occorre ricordare, inoltre, come l'orientamento consolidato dei giudici di Strasburgo ne individui una prospettiva “oggettiva” (per cui “si presta attenzione al foro interiore del magistrato, presunto imparziale fino a prova contraria”; C. eur., 10/10/1984, De Cubber c. Belgio) e una “soggettiva” (che “coinvolge la stessa fiducia che gli organi giurisdizionali devono ispirare nei cittadini e, soprattutto, nell'accusato, vengono considerate quelle condizioni esteriori, magari semplici apparenze, reputate in grado di porre oggettivamente in dubbio l'assicurazione di una giustizia imparziale”; C. eur., 24/05/1989, Hauschildt c. Danimarca). Cfr. UBERTIS G., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, cit., pagg. 17-18; GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, cit., pag. 948.

98 Quanto affermato, emerge dai lavori dell'assemblea costituente in relazione all'art. 27 comma 3 Cost.; cfr., sul punto, UBERTIS G., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, cit., pagg. 18; GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, cit., pag. 950.

99 Così, esattamente, UBERTIS G., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, cit., pag. 19. In senso analogo: GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, cit., pag. 950.

100 Così: CALAMANDREI P., *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1939, pag. 110.

nonché delle regole gnoseologiche che vi soggiacciono. In altri termini, il meccanismo di cui all'art. 190 bis c.p.p. contribuisce a realizzare quel “perverso effetto distorsivo” dei canoni epistemologici che – nei processi per fatti legati al crimine mafioso – è apparentemente limitato alla fase di ammissione probatoria, ma finisce per ripercuotersi anche sulla fase valutativa¹⁰¹.

¹⁰¹GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, cit., pagg. 948 e ss.

PARTE II. “PROVATA CONDOTTA ILLECITA” E AMBIENTE MAFIOSO: UN “DOPPIO BINARIO GIURISPRUDENZIALE”?

1. Cenni introduttivi sull'art. 500 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. Si tratta, infatti, di un meccanismo “reattivo” del sistema per far fronte a quei comportamenti inquinanti che sistematicamente vengono posti in essere dai sodalizi mafiosi.

Tuttavia, nonostante l'applicabilità del congegno sia strettamente connessa ai processi mafia, la sfera di operatività dello strumento in questione non è limitata – in termini di scelta legislativa – a tali delitti. Ciò premesso, per comprendere l'effettiva portata di questo istituto nell'accertamento dei fatti di criminalità organizzata, occorre fare un passo indietro e analizzare i tratti essenziali di tale meccanismo.

Si ricorda, innanzitutto, che la legge n. 63 del 2001 (in attuazione dell'art. 111 comma 4 Cost.) ha ristabilito, per l'istituto delle contestazioni, una funzione meramente critica. In altri termini, a seguito di tale intervento il precedente difforme è, di norma, utilizzabile solo ai fini della valutazione della credibilità del dichiarante (art. 500 comma 2 c.p.p.).

Era evidente, infatti, che la regola di esclusione probatoria delle dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio – derivante *a contrario* dai precetti costituzionali introdotti nel 1999 – comportasse una revisione della disciplina stabilita dall'allora vigente art. 500 c.p.p.¹⁰². Com'è noto, però, la disciplina costituzionale del “giusto processo” ammetteva tre eccezioni al principio del contraddittorio per la formazione della prova (art. 111 comma 5 Cost.).

¹⁰²Come si è visto, infatti, la disciplina previgente ammetteva un incondizionato effetto acquisitivo del sapere investigativo sulla base di una valutazione da parte giudice (parametrata sulla loro attendibilità), in caso di accertamento di coazioni sul dichiarante. Per un'analisi più approfondita si consenta, però, di rimandare al Capitolo 2.

In quest'ottica, dunque, il quarto comma dell'art. 500 c.p.p. deve considerarsi la traduzione, in termini codicistici, dell'eccezione della "provata condotta illecita". Sulla base di tale inciso è infatti possibile utilizzare le dichiarazioni rese in fase investigativa per la decisione sulla colpevolezza, qualora si accerti una illecita pressione sul dichiarante¹⁰³. Più precisamente, il nuovo art. 500 comma 4 c.p.p. consente l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento delle dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero "quando, anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso".

Si osserva, dunque, un mutamento di paradigma rispetto al sistema precedente alla modifica costituzionale. La condotta illecita posta in essere sulla fonte di prova (l'inquinamento probatorio), si spoglia delle vesti di criterio di valutazione delle dichiarazioni raccolte in fase preliminare¹⁰⁴ per indossare l'abito di ipotesi tassativa in cui la disciplina processuale consente, in via eccezionale, l'ammissione del precedente narrativo¹⁰⁵.

Inoltre, per quanto riguarda l'ambito applicativo, la fattispecie acquisitiva di cui all'art. 500 comma 4 c.p.p. concerne espressamente le contestazioni effettuate durante l'esame testimoniale, nonché l'esame dell'imputato in procedimento connesso o collegato, per il tramite del richiamo contenuto all'art. 210 comma 5 c.p.p.; ma le ipotesi previste nella norma in questione costituiscono altresì il presupposto per il recupero – mediante lettura¹⁰⁶ – delle dichiarazioni extra-dibattimentali rese dal coimputato contumace, assente o reticente a sottoporsi

103In questo senso: GREVI V., *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, (nota a: Cass., 07/06/2004, "Foriglio"), in *Cass. pen.*, 2005, pag. 3833. Analogamente: SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone e «provata condotta illecita»: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova* (nota a: Trib. Catania, 04/03/2005), in *Cass. pen.*, 2006, pag. 2613; MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pagg. 387 e ss.

104BUNETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, Cedam, Padova, 2009, pag. 20.

105BUNETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 26 e ss.

106In effetti, nonostante la modalità acquisitiva della lettura del verbale non sia espressamente prevista dall'art. 500 comma 4 c.p.p., è desumibile dal sistema. Cfr. ILLUMINATI G., *Giudizio*, in AA.VV. (a cura di CONSO G. - GREVI V.), *Compendio di procedura penale*, IV ed., Cedam, Padova, 2008, pag. 729.

all'esame (ex art. 513 comma 1 c.p.p.)¹⁰⁷ e dal coimputato che eserciti, in dibattimento, la facoltà di non rispondere¹⁰⁸.

È più controversa, invece – a causa di una vistosa lacuna normativa¹⁰⁹ – l'applicabilità dello strumento ai casi di integrale irripetibilità dell'esame, per effetto di facoltà di astenersi (ad esempio, nei casi in cui siano coinvolti i "prossimi congiunti" ex art. 199 c.p.p.) o dell'irreperibilità volontaria del testimone. In ogni caso, non appare condivisibile l'orientamento che fa leva sull'art. 526 bis comma 1 c.p.p. (in base al quale le dichiarazioni del testimone sottrattosi per libera scelta all'esame dibattimentale non possono essere utilizzate per provare la colpevolezza dell'imputato) per ricavare *a contrario* che – nei casi in cui la scelta risulti coartata – si possa applicare l'art. 512 c.p.p.¹¹⁰. Tale impostazione si basa, infatti, su un'interpretazione in palese contrasto con il nuovo art. 111 Cost., nella misura in cui richiede che si possa derogare al contraddittorio nei casi di impossibilità "oggettiva". Ma com'è noto, quest'ultima richiede – secondo l'interpretazione datane dalla Corte Costituzionale¹¹¹ – un'assenza del dichiarante imposta da condizionamenti esterni alla sua volontà¹¹²; solo in questi ultimi casi, la lettura ex art. 512 c.p.p. sarebbe compatibile con la Carta fondamentale¹¹³.

Per concludere, è d'obbligo un riferimento al rapporto dello strumento in

107Cfr. Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 102-103; Orlandi R., *Linee applicative dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in AA.VV. (a cura di Di Chiara G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 370.

108Si tratta dell'ipotesi disciplinata all'art. 513 comma 2 c.p.p. Tale inciso stabilisce, infatti, che, qualora l'imputato di reato connesso o collegato ex art. 210 c.p.p. eserciti la facoltà di non rispondere, la lettura dei verbali delle dichiarazioni extra-dibattimentali è ammesso soltanto con l'accordo delle parti. Persuade, in tema, quella linea invalsa in dottrina e giurisprudenza che fa leva sul rinvio all'art. 500 c.p.p., contenuto nell'art. 210 c.p.p., fra le norme applicabili all'esame. In dottrina: Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 103; Illuminati G., *Giudizio*, cit., pag. 738. In giurisprudenza: Trib. Torre Annunziata, ord. 29/05/2001, riportata da Corbetta S., *Le prime ordinanze sulla nuova disciplina dell'acquisizione della prova*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Ipsoa, Milano, 2001, pagg. 338 e ss.; Ass. Palermo, 10/02/03, "Battaglia" (con nota di Ponzetta F., *Facoltà di non rispondere dell'imputato di procedimento connesso e applicabilità della disciplina acquisitiva ex art. 500 comma 4 c.p.p.*) in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 1372 e ss.

109In questo senso: Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 106 e ss.; Illuminati G., *Giudizio*, cit., pagg. 727-728.

110Tra gli altri, si veda: Lozzi G., *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 589.

111C. Cost. n. 440 del 2000.

112Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 108 e ss.

113Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 106 e ss.

questione con l'istituto dell'incidente probatorio (artt. 392 e ss. c.p.p.). Come già anticipato, infatti, quest'ultimo (in particolare l'ipotesi di cui alla lett. b) rappresenta – per la sua funzione di scongiurare le azioni idonee a compromettere la genuinità del testimone – un rimedio complementare rispetto al successivo recupero delle precedenti dichiarazioni. Si segnala, tuttavia, che questa “accessorietà” *de facto* non è stata suggellata dalla previsione di inutilizzabilità di quelle dichiarazioni predibattimentali per le quali – nonostante si fossero verificati i presupposti per un'assunzione anticipata in camera di consiglio – le parti fossero rimaste inerti nel proporre un'istanza in tal senso¹¹⁴.

2. La *ratio essendi* del “contraddittorio inquinato”

Fondamentale, ai fini della ricostruzione della portata della norma processuale in esame, è la ricostruzione della sua ragion d'essere: da essa si ricavano le premesse per l'individuazione dell'effettivo ambito di operatività di una norma che ammette, eccezionalmente, il recupero di atti investigativi a fini probatori.

In questa prospettiva, non si può non prendere le mosse da un'analisi degli interessi sottostanti alla deroga al contraddittorio cui l'art. 500 comma 4 c.p.p. ha dato attuazione: la “provata condotta illecita” (art. 111 comma 5 Cost.)¹¹⁵.

In particolare, ad avviso della Corte Costituzionale l'eccezione si giustifica nell'esigenza di salvaguardare la funzione conoscitiva del processo nei casi in cui un'interferenza illecita esterna comprometta la “libertà di autodeterminazione della fonte dichiarativa”¹¹⁶, neutralizzando così le potenzialità euristiche del contraddittorio. Secondo la Consulta, quindi, il legislatore costituzionale avrebbe preso atto che il verificarsi – nella prassi applicativa – di comportamenti anti-giuridici sulla fonte di prova è una situazione idonea a compromettere il

114ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pagg. 369-370.

115Com'è noto, il legislatore costituzionale ha previsto che si possa prescindere dal metodo dialettico per la formazione della prova al verificarsi di situazioni eccezionali in cui quest'ultimo risulterebbe superfluo, irrealizzabile o alterato. Dalla postulazione di tale ipotesi traspare l'intenzione di valorizzare, in via accessoria, ulteriori interessi potenzialmente contrastanti con la tutela del metodo dialettico della formazione della prova. Cfr. ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pag. 363.

116Cfr. C. Cost., ord. n. 453 del 2002; C. Cost., ord. n. 175 del 2005.

procedimento di acquisizione probatoria. Tali condotte, infatti, “insinuano il dubbio dell'adulterazione”¹¹⁷ sulle informazioni che dovranno essere assunte in dibattimento da chi l'ha subita¹¹⁸.

In questi casi eccezionali, dunque, è consentito al giudice di valutare – secondo il suo libero apprezzamento¹¹⁹ – se utilizzare per la decisione (anche) le pregresse dichiarazioni di coloro che sono stati oggetto di coazioni esterne per ritrattarle¹²⁰, nonostante la loro intrinseca affidabilità euristica ridotta (in quanto rese al di fuori del contraddittorio)¹²¹.

Insomma, alle spalle del comma quinto dell'art. 111 Cost. deve leggersi la volontà di recuperare quegli elementi di prova che – non potendo essere acquisiti in contraddittorio (tecnica epistemologicamente più sicura) a causa dell'inquinamento – andrebbero perduti, veri o falsi che siano¹²². In considerazione di ciò, la *ratio* a esso sottostante deve identificarsi nella “non dispersione del materiale probatorio”¹²³.

117Testualmente: UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, I, Parte generale*, Utet, Torino, 2007, pag. 176.

118PAULESU P.P., *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della «provata condotta illecita»* (nota a: C. Cost. n. 453/2002) in *Cass. pen.*, XII, 2003, pagg. 3757 e ss.; GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pag. 3940; Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 82 e ss.; SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: una storia travagliata*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pagg. 358 e ss.; SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone e «provata condotta illecita»: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova* (nota a: Trib. Catania, 04/03/2005), in *Cass. pen.*, 2006, pag. 2613; DANIELE M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1008 e ss.

119In effetti, la portata derogatoria della disposizione non può spingersi sino a ritenere che le dichiarazioni rese in precedenza assurgano al rango di prova legale: il verificarsi di una condotta illecita (che ha condotto alla ritrattazione) non è sufficiente a ritenerle automaticamente attendibili. Cfr. C. Cost., ord. n. 405 del 2002.

120C. Cost., ord. n. 518 del 2002; C. Cost., ord. n. 137 del 2005. Si veda, altresì: PAULESU P.P., *Falsa testimonianza cit.*, pag. 3757; GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pag. 3940; SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone cit.*, pag. 2614; SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. cit.*, pagg. 358 e ss.; ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pagg. 363 e ss.

121UBERTIS G., *Sistema di procedura penale*, cit., pag. 176; ILLUMINATI G., *Giudizio*, cit., pagg. 688 e ss.

122Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 68 e ss.

123Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 68 e ss. In senso parzialmente conforme: ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pagg. 363 e ss. In un certo senso, quindi, il legislatore costituzionale avrebbe attuato un bilanciamento con le esigenze messe in primo piano dagli orientamenti “eversivi” della Corte Costituzionale attribuendo rilevanza al principio di non dispersione; IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative e procedimenti di criminalità organizzata: in particolare, l'inquadramento del dichiarante su fatti di criminalità organizzata nelle categorie soggettive dell'art. 111 Cost. e della normativa di attuazione*, in

In definitiva, la deroga per la formazione della prova in contraddittorio “per effetto di provata condotta illecita” rappresenta “l'ipotesi complementare”¹²⁴ rispetto all'eccezione prevista per i casi in cui si verifica una “accertata impossibilità di natura oggettiva”.

Pertanto, in un'ottica pratica, quanto detto sinora si traduce negli scenari che seguono. Le dichiarazioni predibattimentali, rilasciate prima del verificarsi di un evento perturbativo, potranno acquistare valore probatorio pieno non soltanto qualora un simile fatto annulli completamente la capacità della fonte dichiarativa di ripetere le proprie affermazioni in giudizio (in cui si rientra nell'ipotesi della “accertata impossibilità di natura oggettiva”), ma, allo stesso modo, qualora la condotta illecita inibisca le normali garanzie gnoseologiche del metodo dialettico¹²⁵.

È da respingere, per converso, quell'orientamento che pretende di individuare la *ratio essendi* della disposizione costituzionale nella tutela della genuinità della prova, in modo da garantire, da ultima, la funzione conoscitiva del procedimento. Una simile impostazione (se accolta) comporterebbe, peraltro, una rilevante conseguenza: in caso di accertamento dei condizionamenti esterni, sarebbero inutilizzabili le dichiarazioni dibattimentali¹²⁶.

Questa tesi, tuttavia, è fondata su una massima d'esperienza dalla validità tutt'altro che universale. Si basa, infatti, sull'assunto per cui a una condotta illecita corrisponde la sicura veridicità delle affermazioni che intendeva mettere a tacere¹²⁷.

Giur. mer., III, 2002, pagg. 885 e ss.; DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 100.

124Le citazioni si riferiscono ancora a C. Cost., ord. n. 453 del 2002.

125UBERTIS G., *Sistema di procedura penale*, cit., pag. 176.

126In quest'ottica: GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pag. 3940; ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pagg. 363 e ss.

127Non è da escludere, infatti, l'ipotesi che la condotta illecita sia stata posta in essere allo scopo di far ritrattare dichiarazioni calunniose. Cfr. SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. cit.*, pagg. 357 e ss.; ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pagg. 363 e ss. A conclusioni analoghe, a proposito della precedente disciplina: FERRUA P., *Anamorfosi del processo accusatorio*, in AA.VV., *Studi sul processo penale*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 1992, pag. 182. *Contra*, sulla base del dato statistico: FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Bari-Roma, 1993, pag. 248.

Di conseguenza, l'accento non deve essere posto sulla capacità di inibire le pratiche intimidatorie, impedendo che tali comportamenti realizzino il loro scopo, e cioè su una funzione, per così dire, di “prevenzione generale”¹²⁸. Presupponendo il recupero di dati conoscitivi caratterizzati da una maggiore affidabilità epistemologica, non si coglie l'essenza della deroga, la quale prescinde dallo scopo concreto dell'atto inquinante richiedendo esclusivamente la sussistenza di una “provata condotta illecita”¹²⁹.

Posto che la credibilità di entrambe le categorie dei contributi conoscitivi risulta viziata (dall'evento inquinante, le prime; dal contesto di formazione, le seconde)¹³⁰, si ritiene che la valutazione delle affermazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero dovrebbe essere lasciata al libero apprezzamento del giudice¹³¹.

3. La “condotta illecita” e la sua traduzione in norma ordinaria

Come già anticipato, con il nuovo art. 500 comma 4 c.p.p. il legislatore opera la trasposizione della formula costituzionale della “provata condotta illecita” (art. 111 comma 5 Cost.).

Con riguardo al significato della citata perifrasi, preme segnalare che la Consulta è intervenuta a chiarire una questione centrale per l'ampiezza dell'ambito di operatività dell'eccezione al contraddittorio, inerente al tema della provenienza delle condotte illecite. Ragionando nei termini descritti a proposito della *ratio* della deroga, la Corte Costituzionale è giunta alla conclusione per cui la formula “condotta illecita” indichi solamente quei comportamenti antigiuridici incidenti “sul” dichiarante dall'esterno. Per converso, nessuna rilevanza dovrebbe essere attribuita agli atti posti in essere “dal” dichiarante per sua

128Espressamente: SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone cit.*, pag. 2613.

129UBERTIS G., *Sistema di procedura penale*, cit., pag. 176; Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 63 e ss.

130In questo senso: Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 68 e ss.

131Cfr. Puleio F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2005, pagg. 315-316.

libera scelta in occasione dell'escussione dibattimentale¹³². A ben vedere, infatti, le condotte classificabili in quest'ultima categoria (quali la reticenza o la falsa testimonianza del teste) non sono idonee a compromettere la regolarità dell'acquisizione probatoria, ma ne rappresentano solamente i sintomi¹³³. Ne andrebbe della portata del principio del contraddittorio; infatti, il recupero delle dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero deve essere ancorato a parametri oggettivi: il verificarsi di un'interferenza illecita proveniente dall'esterno¹³⁴.

Venendo più specificamente alla “nozione analitica di condotta illecita”¹³⁵ fornita dall'art. 500 comma 4 c.p.p., si osserva che il presupposto per il recupero probatorio delle dichiarazioni predibattimentali deve considerarsi integrato qualora si accerti che “il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso”.

Si tratta, indubbiamente, di un elenco di condotte – già di per sé penalmente rilevanti – dal carattere tassativo¹³⁶. In altri termini, si tratti di comportamenti che potrebbero costituire il tema principale di un diverso procedimento e, d'altronde, non potrebbe essere diversamente, posto che dalla loro sussistenza discende una deroga al principio stabilito all'art. 111 comma 4 Cost.¹³⁷.

In negativo, però, è ormai assodato che – in sede di accertamento incidentale dei requisiti dell'art. 500 comma 4 c.p.p. – non sia necessario dimostrare la riconducibilità dell'atto intimidatorio ad un'iniziativa dell'imputato¹³⁸.

132Cfr. C. Cost., ord. n. 453 del 2002. Si vedano, altresì: SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. cit.*, pagg. 357 e ss.; UBERTIS G., *Sistema di procedura penale*, cit., pag. 176; BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 82 e ss.

133UBERTIS G., *Sistema di procedura penale*, cit., pag. 176.

134BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 82 e ss.

135In questi termini: ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pag. 367.

136La norma rinvia a specifici reati individuati dal Codice penale. Cfr. BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, Padova, 2009, pagg. 124 e ss., 180 e ss.; ORLANDI R., *Linee applicative cit.* 374; ; DANIELE M., *Principi costituzionali cit.*, pagg. 1008 e ss.

137Sulla tassatività delle condotte rilevanti ai sensi dell'art. 500 comma 4 c.p.p., si veda: C. Cost., ord. n. 396 del 2002. Cfr. BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 114; ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pag. 374.

138In dottrina: CARCANO D. - MANZIONE D., *Il giusto processo. Commento alla Legge 1° marzo 2001, n. 63*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 57; CORDERO F., *Procedura penale*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2003, pag. 713; GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pag. 3833; BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 119 e ss., 180 e ss.; ORLANDI

Secondo alcuni autori, inoltre, non sarebbe nemmeno necessario – diversamente da quanto richiesto per il giudizio sull'imputazione – ricostruire le “modalità” e le “coordinate spazio-temporali” dell'atto illecito; ai fini dell'applicazione della norma in esame – si sostiene – basterebbe dimostrare che “il testimone sia stato oggetto di *una* delle condotte ivi descritte, anche se non fosse possibile determinare *quella* in concreto posta in essere”¹³⁹.

Tuttavia, pur nella convinzione che il tema di prova richiesto dall'art. 500 comma 4 c.p.p. sia più ristretto rispetto a quello del giudizio di colpevolezza per uno dei reati a cui tale norma richiama, si condivide il parere di chi considera quest'ultima impostazione eccessivamente semplificatoria¹⁴⁰. Ragionando in quei termini, infatti, si rischia di fornire giustificazioni teoriche a quegli approcci giurisprudenziali – che stanno prendendo piede nei processi per fatti legati alla criminalità organizzata – a detta dei quali si potrebbe prescindere da un concreto atto inquinante in considerazione del contesto sociale di riferimento.

4. L'accertamento del comportamento inquinante

Sotto il profilo dell'accertamento, la previsione di cui all'art. 500 comma 4 c.p.p. trova applicazione qualora, “anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi s(iano) elementi concreti per ritenere l'esistenza” di eventi perturbativi sulla sfera del testimone.

Da un lato, quindi, si prevedono parametri più puntuali rispetto alla precedente versione della norma¹⁴¹; dall'altro, il requisito “provata” attribuito alla “condotta illecita” è stato convertito – dalla legge n. 63 del 2001 – in una perifrasi che

R., *Linee applicative cit.*, pag. 374; FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 24; DANIELE M., *Principi costituzionali cit.*, pagg. 1008 e ss. Ad ogni modo, questa interpretazione è stata accolta anche dalla giurisprudenza; cfr. Cass. 06/04/2004, “Arena”, in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 3840 e ss.; Cass., 22/09/2004, “Capozza”, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 3842.

139 Testualmente: FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni cit.*, pag. 24.

140 Busetto M.L., *Ancora sulla prova della «condotta illecita» ex art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.: recenti indirizzi e nodi irrisolti*, in *Riv. pen.*, n. 12, 2011, pag. 1247.

141 In particolare, con l'interpolazione del 2001, è stato espunto dal testo della disposizione il riferimento alle “modalità della deposizione”. Per una trattazione analitica della precedente versione dell'art. 500 c.p.p. si consenta di rinviare al Capitolo 2.

sembra richiedere una verifica sommaria dei condizionamenti esterni¹⁴².

In ogni caso, un'interpretazione orientata dal dato letterale dell'art. 111 comma 5 Cost. e, soprattutto, dalla *ratio* complessiva della riforma sul giusto processo – quale manovra tesa ad arginare le tendenze inquisitorie della Corte Costituzionale – impone categoricamente di escludere che possano allargarsi incondizionatamente i filtri per l'ingresso in dibattimento delle dichiarazioni anteriori¹⁴³.

Di conseguenza, il sospetto che il dichiarante sia stato oggetto di una coazione illecita esterna può condurre all'apertura – “su richiesta di parte”¹⁴⁴ – di un vero e proprio procedimento incidentale¹⁴⁵ volto a verificarne la sussistenza. In tale “incidente istruttorio”¹⁴⁶ il giudice dibattimentale deve svolgere “gli accertamenti che ritiene necessari” adempiendovi “senza ritardo” anche d'ufficio (ai sensi dell'art. 507 c.p.p.)¹⁴⁷. Infine, terminata l'attività di verifica, il giudice pronuncia un provvedimento motivato in cui se ne annunciano gli esiti¹⁴⁸.

Sorge, a questo punto, il problema di individuare il materiale probatorio concretamente recuperabile in caso venga accertata un'illecita pressione sul dichiarante. Si tratta di una questione piuttosto dibattuta poiché, mentre la previgente versione della norma ammetteva l'utilizzo delle “dichiarazioni

142BUNETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 31 e ss.

143BUNETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 26 e ss.

144In particolare, a causa dell'imprecisa strutturazione sintattica della norma, in dottrina è controversa la portata della locuzione “richiesta di parte”. Alcuni autori propendono per una necessità di tale istanza ai fini dell'apertura del procedimento incidentale (mentre il giudice potrà integrare la prova della condotta illecita anche d'ufficio, in caso di inerzia delle parti). Cfr. BUNETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 199 e ss.; ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 126 e ss. *Contra*, sulla base di lettura dell'art. 500 comma 4 c.p.p. in chiave di “tutela della genuinità della prova”: GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pag. 3838. Altri autori segnalano, invece, la necessità di una maggiore cautela nella concessione al giudice un potere officioso di ricerca all'interno del fascicolo del pubblico ministero. Cfr. ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pagg. 378-379.

145Cfr. ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pagg. 374-375.

146CORDERO F., *Procedura penale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2006, pag. 718.

147CORDERO F., *Procedura penale*, cit., pag. 718; GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pag. 3839; BUNETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 199 e ss.

148GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pag. 3824, PAULESU P.P., *Falsa testimonianza cit.*, pag. 3758; ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 126 e ss. Secondo altri autori, invece, sarebbe sufficiente un provvedimento in forma orale, purché della sua motivazione ne sia fatta menzione nella sentenza. Cfr. ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pag. 384.

impiegate per le contestazioni”, quella in vigore individua a tal fine “le dichiarazioni (...) precedentemente rese dal testimone”¹⁴⁹.

Ad ogni modo, considerata la più ampia portata della disposizione attuale di cui all'art. 500 c.p.p. rispetto a quella previgente, deve privilegiarsi – nei casi in cui la norma opera in qualità di ipotesi di lettura – una interpretazione estensiva del dettato legislativo (ossia, come se questo recitasse: “tutte le dichiarazioni...”); viceversa – quando il meccanismo viene impiegato in forma di strumento contestativo – si deve optare per l'acquisizione delle sole dichiarazioni effettivamente contestate¹⁵⁰.

4.1. *Gli elementi utilizzabili per l'accertamento dell'inquinamento probatorio*

Per quanto riguarda la natura degli elementi conoscitivi impiegabili per l'accertamento della condotta illecita, l'orientamento prevalente ritiene che – in tale procedimento, poiché “incidentale” – non debba trovare applicazione l'ordinaria regola di acquisizione probatoria sancita dall'art. 111 comma 4, primo periodo, Cost. (ossia quella che impone di escludere i dati raccolti al di fuori di un contesto dialettico)¹⁵¹. Come visto in precedenza, infatti, tale principio

149 BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 100-101; ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 128-129.

150 BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 100-101.

151 MARZADURI E. - MANZIONE D., *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, in *Guida dir.*, n. 13, 2001, pag. 56; PAULESU P.P., *Falsa testimonianza cit.*, pag. 3761; FERRUA P., *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2005, pag. 30; GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pag. 3855; CASASOLE F., *Ritrattazione del testimone: acquisizione delle precedenti dichiarazioni a seguito di “provata condotta illecita”* (nota a: Trib. Catania, ord. 04/03/2005), in *Dir. pen. proc.*, n. 11, 2005, pag. 1407; ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pag. 383. Per la giurisprudenza: Cfr. Cass. 06/04/2004, “Arena”, in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 3840 e ss.; Cass. 07/06/2004, “Foriglio e altri”, in *Cass. pen.*, 2005, 3390; Trib. Torre Annunziata, ord. 29/05/2001, con nota adesiva di CORBETTA S., *Le prime ordinanze cit.*, pagg. 338 e ss.; Trib. Catania, 04/03/2005, (con nota di SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone e «provata condotta illecita»: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*) in *Dir. proc. pen.*, 2005, pagg. 1401 e ss. Un'isolata voce critica si schiera in senso contrario, muovendo dalle conseguenze paradossali che l'esclusione del metodo del contraddittorio potrebbe generare. In particolare, considerare provata la condotta illecita sulla base della dichiarazione che s'intende recuperare finirebbe per scadere in un “corto circuito” logico oltre che in un palese aggiramento della disciplina. E ciò varrebbe, soprattutto “quando il testimone sia portatore di un interesse specifico, perché persona offesa proprio da quel reato che costituisce a un tempo condotta illecita ex art. 500 comma 4 e materia addebitata a titolo di autonomo capo di imputazione”. Cfr. BUSETTO M.L., *Ancora sulla condotta illecita*, cit., pagg. 1247 e ss.

vedrebbe limitato il suo ambito di operatività al solo giudizio sulla colpevolezza, rimanendone estranei i procedimenti volti a stabilire l'applicazione di norme processuali (tra cui si annovera, appunto, quello in esame).

In altri termini, per l'accertamento delle condotte illecite possono essere acquisiti tutti gli elementi sintomatici di una interferenza esterna, a prescindere dal loro contesto di formazione. In particolare, non è escluso che la decisione del giudice si possa fondare – oltre che sulle “circostanze emerse in dibattimento”¹⁵² – sugli atti del fascicolo del pubblico ministero o sui verbali provenienti da altro dibattimento (anche al di fuori dei confini previsti dall'art. 238 c.p.p.). Insomma, l'unico limite all'ammissibilità degli elementi di prova deve individuarsi nell'esclusione di quegli atti viziati dalla c.d. “inutilizzabilità patologica”, ossia quegli atti nulli o inutilizzabili poiché raccolti in violazione di un divieto stabilito dalla legge¹⁵³.

Infatti, la descritta impostazione – oltre ad essere sostenuta dalla dottrina e rappresentare l'orientamento dominante presso la giurisprudenza – sembra

152Il riferimento agli elementi emersi nel corso dell'istruttoria dibattimentale è contenuto esplicitamente nell'art. 500 comma 5 c.p.p. Se è indubbia una loro utilizzabilità ai fini del giudizio incidentale, molto discussa è la questione circa la sufficienza di tali elementi, da soli, a giustificare il recupero del precedente difforme; tuttavia, poiché il quesito è inerente al versante valutativo, se ne rinvia la trattazione al prossimo paragrafo. Inoltre, particolari problemi si presentano con riguardo alla sottospecie delle “circostanze emerse in dibattimento” – ossia i comportamenti processuali del testimone (atteggiamento di disagio, manifestazioni di turbamento, ecc...) – e anche se utilizzati in concorso con altri elementi; più specificamente, le perplessità derivano dalla lontananza rispetto alla nozione “concretezza” (richiesta dalla norma per gli elementi su cui fondare l'accertamento) e alla luce della modifica del 1999 (la quale ha comportato l'elisione del riferimento alle “modalità della deposizione”). In ogni caso, la giurisprudenza ritiene pacificamente utilizzabili “circostanze emerse in dibattimento” (Cass. 06/04/2004, “Arena”, in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 3840 e ss.; Cass., 22/01/2008, “Atonna”, in *Cass. pen.*, 2009, pagg. 593 e ss.) e in tal senso si schiera anche parte della dottrina (GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pagg. 3830 e ss.; PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, cit., pagg. 315-316). Cfr. altresì: TODARO G., *Note in tema di «provata condotta illecita» ai sensi dell'art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.* (nota a: Cass., 22/01/2008, “Atonna”), in *Cass. pen.*, II, 2009, pagg. 593 e ss.

153In questo senso: MOROSINI P., *Provata condotta illecita cit.*, pag. 400; DANIELE M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1008 e ss.; TODARO G., *Note in tema di «provata condotta illecita» cit.*, pagg. 593 e ss. “In particolare, a tale scopo potrà farsi leva su qualunque elemento conoscitivo legittimamente disponibile, in quanto esente da patologie così radicali da determinarne l'inidoneità in senso assoluto ad assumere efficacia dimostrativa, con riguardo a ogni stato e grado del procedimento”; in questi termini: GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pag. 3830 e ss.

aver trovato, recentemente, un riconoscimento implicito anche da parte della Corte Costituzionale¹⁵⁴.

Per concludere, sul punto, si vuole aggiungere una postilla. Preme rilevare che – tra i dati sintomatici rilevanti ai fini dell'art. 500 comma 4 – non può certamente annoverarsi la ritrattazione di quanto dichiarato in precedenza. A ben vedere, infatti, la mera difformità tra la narrazione dibattimentale e le dichiarazioni rese durante la fase investigativa costituisce già un presupposto per l'applicazione dell'art. 500 comma 2 c.p.p. (norma che ammette l'impiego delle dichiarazioni dibattimentali *solo* ai fini del giudizio sulla credibilità del testimone), di cui il comma in esame rappresenta una deroga espressa (in quanto ne consente l'utilizzo *anche* per la decisione di merito in presenza di ulteriori presupposti)¹⁵⁵.

4.2. Il grado di convincimento

Stabilire quale sia lo standard probatorio per ritenere integrata la fattispecie di cui all'art. 500 comma 4 c.p.p. è una questione che, ad oggi, non ha trovato una soluzione condivisa in dottrina.

La giurisprudenza, invece, appare pacificamente orientata nel ritenere che, a tal fine, sia sufficiente un livello intermedio tra il *fumus commissi delicti* e il grado della prova richiesta per il giudizio di merito¹⁵⁶. Trattandosi di un accertamento

154Cfr. C. Cost., ord. n. 358 del 2010. Per una lettura critica, si rinvia a Busetto M.L., *Ancora sulla prova della «condotta illecita» ex art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.: recenti indirizzi e nodi irrisolti*, cit., pagg. 1247 e ss.

155Tuttavia, come si vedrà meglio in seguito, la ritrattazione è stata ritenuta – in talune decisioni riguardanti fatti di mafia – una prova sufficiente dell'avvenuta condotta illecita, nel momento in cui ha contraddistinto il comportamento della maggior parte dei dichiaranti. (TODARO G., *Note in tema di «provata condotta illecita» cit.*, pagg. 593 e ss.; DANIELE M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1008 e ss.). Ad ogni modo, è diffuso l'indirizzo esegetico per cui – specialmente nell'ambito dei processi di mafia – l'illecita interferenza sarebbe desumibile dalla mancanza o l'incongruità della motivazione adottata dal teste per giustificare il suo *revirement*. Cfr. GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pag. 3830 e ss.; PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, cit., pagg. 315-316; TODARO G., *Note in tema di «provata condotta illecita» cit.*, pagg. 593 e ss. Per la giurisprudenza: Trib. Catania, 04/03/2005, (con nota di SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone e «provata condotta illecita»: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*) in *Dir. proc. pen.*, 2005, pagg. 1401 e ss.

156Cfr. PAIOLA F., *La deroga al contraddittorio «per effetto di provata condotta illecita»* (nota a Trib. Torino, ord. 01/03/2010, «Battista»), in *Dir. pen. proc.*, n. 9, 2010, pag. 1098; DANIELE

incidentale (inerente all'accertamento di meri fatti processuali¹⁵⁷) non potrebbe richiedersi che l'intimidazione o la subornazione debbano essere provate “oltre ragionevole dubbio” (criterio stabilito dall'art. 533 c.p.p. per il giudizio di colpevolezza)¹⁵⁸. Per converso, il ricorso alla formula “elementi concreti” dovrebbe portare ad escludere che siano sufficienti vaghi sospetti e congetture fondati su deduzioni logiche del giudice¹⁵⁹.

Insomma, il grado di convincimento circa la sussistenza delle condotte di “violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità” a carico del testimone potrebbe dirsi completo quando l'insieme degli elementi sintomatici rilevati – di qualunque tipo essi siano, purché caratterizzati dai requisiti della “precisione, obiettività e della significatività” – raggiunga un quadro indiziario connotato da ragionevolezza e plausibilità¹⁶⁰.

M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1008 e ss.

157In questo senso: FERRUA P., *Il giusto processo*, cit., pagg. 164 e ss.; MOROSINI P., *Provata condotta illecita cit.*, pag. 399. In chiave problematica: Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 160 e ss.; Busetto M.L., *Ancora sulla prova*, cit. pag. 1246.

158Cfr. Cass. 18/02/2008, “Morabito”, in *C.E.D. Cass.* 240971; Cass. 16/12/2004, “Flotta”, in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 3843 e ss.; Cass., 07/06/2004, “Foriglio”, in *Cass. pen.* 2005, pag. 3826; Ass. App. “Bonomo” (con nota di PULEIO F., *Utilizzabili in giudizio le dichiarazioni dell'imputato coartato anche senza la prova della minaccia o violenza?*) in *Giust. Pen.*, III, 2006, pagg. 182 e ss.; Trib. Catania, 04/03/2005, (con nota di SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone e «provata condotta illecita»: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*) in *Dir. proc. pen.*, 2005, pagg. 1401 e ss. A favore di tale tesi si schiera anche una parte significativa della dottrina; tra gli altri: GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pagg. 3830 e ss.; MOROSINI P., *Provata condotta illecita cit.*, pag. 399; PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, cit., pagg. 315-316; IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative cit.*, pagg. 885 e ss.

159In dottrina: GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pagg. 3830 e ss.; PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, cit., pagg. 315-316; MOROSINI P., *Provata condotta illecita cit.*, pag. 399.

160IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative cit.*, pagg. 885 e ss.; PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, cit., pagg. 315-316; GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pag. 3830 e ss.; SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2009, pagg. 138-139; DANIELE M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1008 e ss. In giurisprudenza: Cass., 20/04/2010 in *Cass. pen.*, 2011, pag. 2682; Cass., 22/01/2008, “Atonna” (con nota di TODARO G., *Note in tema di «provata condotta illecita» cit.*) in *Cass. pen.*, 2009, pagg. 593 e ss.; Cass. 06/04/2004, “Arena”, in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 3840 e ss.; Cass., 08/07/2005 “Garraci”, in *Cass. pen.* 2006, pagg. 2534 e ss.; Cass. 16/12/2004, “Flotta”, in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 3843 e ss.; Trib. Torre Annunziata, ord. 29/05/2001, con nota adesiva di CORBETTA S., *Le prime ordinanze cit.*, pagg. 338 e ss.

In realtà, l'orientamento consolidato in giurisprudenza appare viziato da una confusione tra il piano dell'individuazione dei dati conoscitivi impiegabili per la decisione e quello – che ne costituisce un antecedente dal punto di vista logico – del grado di convincimento necessario per ritenere provata il comportamento coattivo sulla libertà di autodeterminazione del dichiarante¹⁶¹.

In particolare, per quanto riguarda specificamente questo secondo campo d'investigazione, viene mossa un'ulteriore critica all'orientamento dominante in giurisprudenza. Si tratta di un'opinione che muove da un presupposto gnoseologico difficile da respingere e che, per questo motivo, sta affermandosi tra gli studiosi.

Si è fatto notare, infatti, che il canone del *beyond any reasonable doubt* non è logicamente scindibile dal concetto stesso del “provare” in ambito giuridico: se residuano taluni ragionevoli dubbi, non è possibile ritenere “provata” l'esistenza di un dato fattuale¹⁶². Detto altrimenti, se una realtà non occorre dimostrarla nei rigorosi termini sopra descritti, si rischia di declassare l'accertamento a mero arbitrio del giudice. Ed è innegabile che un pericolo simile si paventi specialmente dove sono più sentite le esigenze di difesa sociale: tra gli altri, nei processi di criminalità organizzata¹⁶³.

Ad ogni modo, si tratta di un esito inaccettabile anche per l'applicazione di mere conseguenze processuali, specialmente di quelle previste dell'art. 500 comma 4 c.p.p. Se fosse vero il contrario, infatti, si finirebbe per svilire completamente il contenuto degli art. 111 commi 4 e 5 Cost., nella misura in cui prescrivono che si possa derogare alla regola della formazione dialettica per la prova unicamente per effetto di comportamento inquinante che deve ritenersi “provato”.

Insomma, in ragione di quanto affermato, la regola di giudizio stabilita all'art. 533 c.p.p. per il tema principale dovrebbe estendersi anche per la verifica della

161ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pagg. 380 e ss.

162FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni cit.*, pag. 24; ORLANDI R., *Linee applicative dell'art. 500, cit.*, pagg. 382 e ss.; PAIOLA F., *La deroga al contraddittorio, cit.* 1098-1099; Busetto M.L., *Ancora sulla prova della «condotta illecita» cit.*, pagg. 1246-1247.

163FERRUA P., *Il giudizio penale: atto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007, pag. 391; Busetto M.L., *Ancora sulla prova della «condotta illecita» cit.*, pag. 1246.

sussistenza della condotta illecita, quale condizione per il recupero delle dichiarazioni extra-dibattimentali¹⁶⁴. Di conseguenza, l'accertamento incidentale ex art. 500 commi 4 e 5 c.p.p. si distinguerebbe dal giudizio di colpevolezza unicamente per il diverso riparto dell'onere probatorio (che incombe sulla parte che chiede l'utilizzo delle precedenti dichiarazioni)¹⁶⁵, per l'oggetto di tale prova (più ristretto) e per la regola di ammissione del materiale probatorio (meno rigorosa); viceversa, standard probatorio dovrebbe essere il medesimo¹⁶⁶.

Prima di passare all'analisi della prassi applicativa in tema di crimine organizzato, un'ultima questione di ordine generale merita di essere affrontata. A dieci anni dall'introduzione della norma, continua a porsi un interrogativo: è sufficiente – ai fini del recupero delle precedenti dichiarazioni ai sensi dell'art. 500 comma 4 c.p.p. – la sussistenza degli elementi sintomatici emergenti dalle contingenze dibattimentali?¹⁶⁷ Il quesito scaturisce dall'ambiguità del testo legislativo, in cui non è chiaro se la locuzione “anche per circostanze emerse nel dibattimento” alluda a un parametro esclusivo (da intendersi alla stregua di “anche solo...”) o aggiuntivo (“oltre a...”)¹⁶⁸.

Sul punto, si osserva che la giurisprudenza della Corte Suprema è orientata per quest'ultima opzione esegetica, stimandone un maggiore ossequio al lessico normativo¹⁶⁹. Nello stesso senso è orientata anche la dottrina maggioritaria¹⁷⁰,

164 FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni cit.*, pagg. 24-25; BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 180; ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pagg. 382 e ss.; DANIELE M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1008 e ss.; BUSETTO M.L., *Ancora sulla prova della «condotta illecita» cit.*, pag. 1246.

165 ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pag. 383; BUSETTO M.L., *Ancora sulla prova della «condotta illecita» cit.*, pag. 1246.

166 BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 181; FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni cit.*, pag. 25.

167 La questione è stata posta, per la prima volta, da: NOBILI M., *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 11. Il quesito è stato poi riproposto negli stessi termini da: GREVI V., *In tema di accertamento incidentale*, pag. 3843; TODARO G., *Note in tema di «provata condotta illecita» cit.*, pagg. 593 e ss.; PAIOLA F., *La deroga al contraddittorio*, cit., pag. 1097.

168 Sul punto, si è evidenziato come la vaghezza del dettato codicistico scada in una “lettura bifronte”; Cfr. PAULESU P.P., *Falsa testimonianza cit.*, pag. 3758.

169 Cfr. Cass., 19/05/2010 in *Cass. pen.*, 2011, pagg. 1848 e ss.; Cass., 22/01/2008, in *Cass. pen.*, 2009, pagg. 593 e ss.; Cass., 16/05/2005, “Genovese” in *Cass. pen.*, 2008, pagg. 3374 e ss.; Cass. 07/06/2004, “Foriglio e altri”, in *Cass. pen.*, 2005, 3390; Cass. 07/06/2004, “Foriglio”, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 3840. Per la giurisprudenza di merito, si veda: Trib. Palmi, ord. 19/07/2001 (citata da CORBETTA S., *Le prime ordinanze sulla*

anche se non mancano le voci critiche. In particolare, alcuni autori hanno opportunamente evidenziato che – tra queste occorrenze – il mero contegno del dichiarante non potrebbe mai assumere un ruolo decisivo nell'operazione valutativa spettante all'organo giudicante. Una simile considerazione è desumibile, invero, dal fatto che il legislatore si è astenuto dal ribadire tale possibilità, mentre essa era prevista nella precedente versione della norma¹⁷¹.

5. La valorizzazione del dato ambientale e il “doppio binario empirico” nei processi di criminalità organizzata

L'utilizzo ai fini probatori delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari è sempre stato al centro del dibattito sulla disciplina processualpenalistica, sin dall'introduzione del codice del 1988. Ma tale questione, come si è detto, si è posta in termini particolarmente problematici con riguardo ai processi per fatti legati alla criminalità organizzata.

Le difficoltà probatorie che si riscontrano in questi procedimenti scaturiscono, infatti, alla forza d'intimidazione di cui dispongono gruppi malavitosi. Si tratta di un potenziale intimidatorio che rende statisticamente rilevanti le possibilità che si verifichino pressioni illecite per indurre al silenzio o alla menzogna coloro che rilascino dichiarazioni accusatorie nei confronti dei loro affiliati.

E la situazione è ulteriormente complicata dal fatto che – nel contesto in cui si svolgono i processi di mafia – anche le condotte apparentemente neutre

nuova disciplina dell'acquisizione della prova, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Ipsoa, Milano, 2001).

170 CARCANO D. - MANZIONE D., *Il giusto processo cit.*, pag. 57; GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*, pagg. 3830 e ss.; TODARO G., *Note in tema di «provata condotta illecita» cit.*, pagg. 593 e ss.

171 CARCANO D. - MANZIONE D., *Il giusto processo cit.*, pag. 57; ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione cit.*, pagg. 128-129; SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone cit.*, pagg. 2609 e ss. Sul punto, però, la giurisprudenza della Cassazione non si è ancora consolidata. Per una decisione concorde alla dottrina sopra riportata, si veda: Cass. 02/03/2007, “Triassi”, in *C.E.D. n. 236456*. In senso opposto: Cass., 22/1/2008, “Atonna” (con nota critica di TODARO G., *Note in tema di «provata condotta illecita» cit.*,) in *Cass. pen.*, 2009, pagg. 593 e ss.; Cass. 07/06/2004, “Foriglio e altri” (con nota critica di FOLLIERI A., *La ritrattazione del teste in dibattimento: effetto di una provata condotta illecita?*), in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 3390 e ss.

possono costituire, in realtà, minacce in forma larvata o allusiva¹⁷².

Ad ogni modo, come si è visto, alle suddette problematiche non è rimasto indifferente il legislatore costituzionale. Infatti, nel momento in cui si è stata sancita la disciplina sul giusto processo (legge costituzionale n. 2 del 1999), è stato previsto che la legge ordinaria possa stabilire delle deroghe al principio del contraddittorio “per effetto di provata condotta illecita” (art. 111 comma 5 Cost.)¹⁷³.

Ed eccoci di nuovo all'art. 500 comma 4 c.p.p. È quest'ultima norma, infatti, che ha dato attuazione al suddetto disposto costituzionale. Tuttavia, tale disposizione è apparsa a taluno troppo rigida con riferimento ai processi di mafia¹⁷⁴. Secondo alcuni autori, richiedere che la ritrattazione del testimone debba essere riconducibile a una condotta illecita corroborata da “elementi concreti” – in un ambiente contraddistinto dalle descritte complessità dimostrative – significherebbe vincolare l'operatività della deroga a una vera e propria *probatio diabolica*¹⁷⁵.

In ogni caso, della preoccupazione di predisporre rimedi efficaci contro le coartazioni del dichiarante, sembra essersene fatta carico la giurisprudenza. In effetti – in sede di applicazione dell'art. 500 c.p.p. nei territori sottoposti all'influenza dei sodalizi mafiosi – i giudici hanno elaborato alcuni *escamotages* interpretativi al fine di semplificare la dimostrazione della sussistenza della condotta illecita. Per la dimostrazione della sussistenza dell'intimidazione del testimone (necessaria ai fini del recupero delle precedenti dichiarazioni), la magistratura finisce, infatti, per conferire il carattere della decisività alla “cultura d'ambiente” (l'inquinamento del contesto di riferimento).

172TODARO G., *Note in tema di «provata condotta illecita» cit.*, pagg. 593 e ss. Cfr. altresì, Trib. Palermo, ord. 29/10/2002, “Di Pisa”, in *Giur. merito*, 2003, pagg. 496 e ss.

173BORRACCETTI V., *Il processo e la criminalità organizzata*, in *Quest. giust.*, n. 6, 2001, pagg. 1170 e ss.; MOROSINI P., *Provata condotta illecita cit.*, pag. 397.

174MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, pagg. 335 e ss.; IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative cit.*, pagg. 885 e ss.; MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 402

175MADDALENA M., *Giusto processo e funzione dell'accusa, con particolare riferimento alla criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di KOSTORIS R.E.), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2002, pagg. 384-385.

In questa prospettiva, però, spesso accade che si prescinda dal ricercare quegli “elementi concreti” prescritti dalla norma. In altre sentenze, sembra addirittura operare una sorta di “presunzione di intimidazione”, per cui la sussistenza di un atto illecito indirizzato al dichiarante sarebbe desumibile nell’ambiente sociale.

Nei repertori si coglie, infatti, la tendenza a desumere la sussistenza di minacce allusive rivolte al dichiarante da “fatti illeciti emersi prima e fuori dal dibattimento e suscettibili oggettivamente di traumatizzare il testimone che aveva rilasciato dichiarazioni al pubblico ministero”¹⁷⁶.

In particolare, la giurisprudenza – fondando il proprio ragionamento sull’ormai pacifica considerazione per cui non sarebbe necessario che la condotta illecita provenga dall’imputato – deduce il nesso tra la condotta illecita e il dichiarante dalle “massime di esperienza” relative al fenomeno mafioso.

Ad ogni modo, all’interno di questa impostazione, è possibile distinguere tra le ipotesi in cui l’atto realizzato con finalità intimidatorie è rivolto direttamente contro la persona o il patrimonio del dichiarante¹⁷⁷ e altri casi, più problematici, in cui la condotta illecita è indirizzata al teste in modo trasversale¹⁷⁸.

In un’altra serie di decisioni, invece, al paradigma delle “massime di esperienza” è attribuito un ruolo di gran lunga più significativo. Più specificamente, i giudici di merito e di legittimità – muovendo dalla convinzione che, ai fini dell’applicazione della disposizione in esame, non sarebbe richiesta una prova “piena”, ma un *fumus* di condotta illecita da individuare sulla base di “elementi concreti” – ritengono che, nei processi per fatti di criminalità organizzata, la sussistenza degli “elementi concreti e specifici” possa valutarsi alla luce del “contesto sociale, semmai caratterizzato dalla forte presenza di ambienti

176MOROSINI P., *Provata condotta illecita cit.*, pag. 403.

177Cfr. Cass., 08/07/2005 “Garraci”, in *Cass. pen.* 2006, pagg. 2534 e ss. Nella fattispecie erano stati accertati “danneggiamenti” e “vessazioni” nei confronti del testimone.

178Cfr. Cass., 16/05/2005, “Genovese” in *Cass. pen.*, 2008, pagg. 3374 e ss. In questa decisione, si legge che “il sopravvenuto omicidio” del “genere della testimone e capo riconosciuto dell’omonimo clan camorristico”, non costituisce un mero “condizionamento psicologico del teste derivante da «una qualsiasi condotta altrui anche illecita», di cui non sia stata provata la finalizzazione all’inquinamento probatorio da parte dei suoi autori, ma di un inquinamento causato da un evento di straordinaria gravità, sicuramente connesso – per ambiente, causale, soggetti, modalità e *ratio* – ai fatti di causa e alla persona” del dichiarante.

criminali capaci di esercitare una forte influenza intimidatoria¹⁷⁹. In questi processi, quindi, taluni elementi sintomatici acquisterebbero un peso sensibilmente maggiore – ai fini della valutazione sull'esistenza di un atto perturbativo – in ragione dell'ambiente criminale in cui si iscrivono le condotte prese in considerazione. Potrebbe risultare decisivo, ad esempio, “il gesto o lo sguardo di intimidazione rivolto in dibattimento”¹⁸⁰ o, finanche, “il disprezzo e l'ostilità dei vicini”¹⁸¹.

Se si considera, poi, che – sempre a tale scopo – l'indirizzo giurisprudenziale prevalente reputa sufficienti le “circostanze emerse nel dibattimento”, si comprende come – nella cornice dei processi di mafia – finiscano per essere risolutivi: l'immotivata discrasia tra la deposizione dibattimentale e quelle rese in precedenza, l'inverosimiglianza della motivazione fornita, la falsità accertata delle dichiarazioni testimoniali¹⁸² o, addirittura, l'elevato numero di ritrattazioni, quando collegato a precedenti allusioni da parte dei testimoni “alla necessità di badare all'interesse dei propri familiari e di dover continuare a vivere in ambienti ostili e frequentati da soggetti poco raccomandabili”¹⁸³.

179Trib. Palermo, ord. 29/10/2002, “Di Pisa”, in *Giur. merito*, 2003, pagg. 496; Trib. Catania, 04/03/2005, (con nota di SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone e «provata condotta illecita»: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*) in *Dir. proc. pen.*, 2005, pagg. 1401 e ss.; Cass. 06/04/2004, “Arena”, in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 3840 e ss. Cfr. altresì: ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pagg. 376-377.

180Trib. Palermo, ord. 29/10/2002, “Di Pisa”, in *Giur. merito*, 2003, pagg. 496.

181Cass. 06/04/2004, “Arena”, in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 3840 e ss.

182Cass. 06/04/2004, “Arena”, in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 3840 e ss.; Trib. Catania, 04/03/2005, (con nota di SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone e «provata condotta illecita»: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*) in *Dir. proc. pen.*, 2005, pagg. 1401 e ss.; Trib. Palermo, ord. 29/10/2002 “Di Pisa”, in *Giur. merito*, 2003, pagg. 496 e ss. (Con riguardo a tale decisione, si segnala che, nonostante il tenore della massime, nella fattispecie lo standard probatorio veniva considerato integrato, in primo luogo, dalle telefonate anonime allusive a pericoli di danno alla persona risalenti al mese precedente l'inizio del processo. In sede di denuncia, lo stesso teste le aveva reputate alla stregua di minacce implicite collegate a fatti oggetto del giudizio); Trib. Torre Annunziata, ord. 29/05/2001, con nota adesiva di CORBETTA S., *Le prime ordinanze cit.*, pagg. 338 e ss. Cfr. PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, cit., pagg. 138-139.

183Cfr. Cass. 07/06/2004, “Foriglio e altri”, in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 3390 e ss.; Cass. 07/06/2004, “Foriglio” (con nota adesiva di GREVI V., *In tema di accertamento incidentale cit.*) in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 3826 e ss.; Trib. Catania, 04/03/2005, (con nota di SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone e «provata condotta illecita»: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*) in *Dir. proc. pen.*, 2005, pagg. 1401 e ss.; Trib. Palmi, ord. 19/07/2001 riprodotta da

Ma vi è di più. Proseguendo sulla linea tracciata da questa giurisprudenza, i giudici della Corte d'Assise d'Appello di Catania¹⁸⁴ sono giunti persino a ritenere che la “forte ed estesa presenza di fenomeni di criminalità organizzata nell'ambiente sociale, cui fa riferimento la vicenda giudiziaria”¹⁸⁵ possa assurgersi a “uno dei possibili «elementi» di concreto riscontro intimidatorio” delle pressioni subite dal dichiarante (nel caso di specie si trattava dell'imputato che si era rifiutato di sottoporsi all'esame, ai sensi dell'art. 513 comma 1 c.p.p.)¹⁸⁶.

In sostanza, sulla base degli orientamenti giurisprudenziali sopra illustrati, per l'acquisizione (ai sensi dell'art. 500 comma 4 c.p.p.) delle dichiarazioni rese dal testimone nel corso delle indagini preliminari, non sarebbe richiesto, nell'ambito dei processi di criminalità organizzata, l'accertamento di una specifica condotta perturbativa sulla fonte di prova. In altri termini, quando in questi procedimenti “la ritrattazione appare plateale e inspiegabile”¹⁸⁷, il giudice non dovrebbe

CORBETTA S., *Le prime ordinanze sulla nuova disciplina dell'acquisizione della prova*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Ipsoa, Milano, 2001, pagg. 353 e ss.

Parte della dottrina segnala che attraverso il richiamo alla necessità di tutela dalle ritorsioni, situazioni tipiche della criminalità organizzata, “si valorizza indirettamente il concetto di intimidazione ambientale”; cfr. MOROSINI P., *Provata condotta illecita cit.*, 2009, pag. 406. Più cautamente, altri studiosi rilevano che tali affermazioni, unite ad altri elementi sintomatici di una concreta pressione sono potenzialmente idonee a dimostrare l'esistenza di un'intimidazione. TODARO G., *Note in tema di «provata condotta illecita» cit.*, pagg. 593 e ss. In tema, si vedano anche: PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, cit., pagg. 138-139; ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pag. 375.

184Cfr. Ass. App. “Bonomo” (con nota di PULEIO F., *Utilizzabili in giudizio le dichiarazioni dell'imputato coartato anche senza la prova della minaccia o violenza?*) in *Giust. Pen.*, III, 2006, pagg. 190-191.

185La cui esistenza era stata “provata” davanti alla Corte d'Assise attraverso l'acquisizione di numerose sentenze di prima grado relative a fatti legati alla criminalità organizzata, consumatisi anch'essi nel territorio di Paternò. Cfr. Ass. App. “Bonomo” (con nota di PULEIO F., *Utilizzabili in giudizio le dichiarazioni dell'imputato coartato anche senza la prova della minaccia o violenza?*) in *Giust. Pen.*, III, 2006, pag. 190. Si veda anche: MOROSINI P., *Provata condotta illecita cit.*, pag. 406.

186Ass. App. “Bonomo” (con nota di PULEIO F., *Utilizzabili in giudizio le dichiarazioni dell'imputato coartato anche senza la prova della minaccia o violenza?*) in *Giust. Pen.*, III, 2006, pagg. 182 e ss. *Contra*: Trib. Milano, ord. 12/01/2004, in *Giur. mer.*, II, 2004, pag. 756: “Il contesto mafioso in cui operano i protagonisti non può costituire di per sé un elemento concreto da cui desumere l'avvenuto inquinamento della fonte testimoniale; in caso contrario si introdurrebbe per via giurisprudenziale “un sistema probatorio alternativo a quello stabilito dal legislatore” che vuole invece che le deroghe al contraddittorio siano desunte caso per caso sulla base di elementi concreti acquisiti in ogni singolo processo”. In dottrina: MOROSINI P., *Provata condotta illecita cit.*, pag. 406; SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2009, pagg. 138-139.

187Così, MOROSINI P., *Provata condotta illecita cit.*, pag. 405.

preoccuparsi di individuare un episodio concreto; potrebbe, invero, disporre l'acquisizione delle narrazioni predibattimentali sulla base di un ragionamento presuntivo, fondato sulle potenzialità inquinanti di un "contesto sociale (...) caratterizzato da una forte e capillare presenza di ambienti criminali capaci di esercitare una generale intimidazione sugli abitanti delle zone interessate"¹⁸⁸ (tra i quali deve includersi il testimone¹⁸⁹).

La forza intimidatrice delle organizzazioni mafiose – intesa come "una sorta di minaccia permanente nei confronti di chi osa sfidarle"¹⁹⁰ – è elevata a "intimidazione ambientale": un elemento in grado di surrogare l'accertamento di una materiale coazione nei processi di mafia.

Si realizza, quindi, un "doppio binario empirico" per la formazione della prova dichiarativa¹⁹¹. Ragionando in questi termini, infatti, si nota come la giurisprudenza impieghi parametri di giudizio profondamente diversi per la concretizzazione dei requisiti normativi e costituzionali, quando i fatti si svolgono in un contesto permeato dalle infiltrazioni criminali.

Ad ogni modo, come intuibile, tali "derivate efficientiste" – per quanto possa apparire condivisibile la volontà di garantire, anche con riguardo alla metodologia mafiosa, il funzionamento del meccanismo di salvaguardia di cui all'art. 500 comma 4 c.p.p. – non possono che essere censurate.

Il contesto sociale di riferimento, per quanto "caratterizzato da una forte e capillare presenza di ambienti criminali capaci di esercitare una generale

188 Trib. Catania, 04/03/2005, (con nota di SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone e «provata condotta illecita»: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*) in *Dir. proc. pen.*, 2005, pagg. 1401 e ss.

189 Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 116 e ss.; Morosini P., *Provata condotta illecita* cit., pag. 406.

190 Orlando R., *Linee applicative* cit., pag. 376. In simili ambienti, dunque, il condizionamento sul testimone "può essere anche implicito, quando chi lo subisce ne percepisca il collegamento con il proprio ruolo processuale attraverso segnali concreti". Cfr. Cass. 06/04/2004, "Arena", in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 3840 e ss.

191 Una soluzione che, peraltro, era stata auspicata da Di Chiara G., *Procedimento probatorio, giusto processo e criminalità organizzata*, relazione al seminario di studio intitolato "Processo penale e criminalità mafiosa", organizzato dalla Presidenza del Primo Corso di Laurea in Giurisprudenza e dal Dipartimento di Discipline Processualpenalistiche, Palermo, 2 dicembre 2004. Secondo tale autore: un "apparato concettuale del genere ci consente di salvaguardare l'architettura sistematica recuperando in chiave di esperienza quelle specificità indiscutibili che la fenomenologia sostanziale e processuale della criminalità organizzata non può non avere rispetto alla fenomenologia comune". In chiave critica, invece: Morosini P., *Provata condotta illecita* cit., pag. 408.

intimidazione sugli abitanti delle zone interessate¹⁹² non può essere considerato alla stregua di “elemento concreto” sulla base del quale desumere l'avvenuta condotta illecita¹⁹³ né, tantomeno, esiste un'informazione in grado di supplire all'individuazione di una condotta concretamente avvenuta¹⁹⁴.

In particolare, appare discutibile anche la stessa menzione del dato ambientale tra gli indici sintomatici rilevanti ai sensi dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p. Come si è visto, infatti, lo stesso tenore letterale della disposizione richiede un accertamento imperniato su informazioni “concretamente” rappresentative di tale fatto storico.

Viceversa, il *background* criminale non riferisce nulla sugli eventi passati rivolti a far mentire o tacere il testimone, ma segnala, al massimo, il pericolo di una futura compromissione della genuinità del teste¹⁹⁵. Ma per quest'ultima categoria di situazioni lo strumento normativo predisposto dal legislatore per scongiurarne gli effetti patologici è un altro: l'assunzione anticipata della testimonianza (art. 392 comma 1 lett. b c.p.p.)¹⁹⁶. In questi ambienti, quindi, il sistema – in tal caso impersonato dal pubblico ministero – dovrebbe tempestivamente sfruttare le risorse garantite dall'incidente probatorio.

Peraltro, già dalle primissime battute di applicazione del nuovo volto dell'art. 500 c.p.p., la giurisprudenza di merito aveva fornito preziosi chiarimenti in questa direzione. In particolare, il Tribunale di Milano aveva precisato che “il contesto mafioso in cui operano i protagonisti non può costituire di per sé un elemento concreto da cui desumere l'avvenuto inquinamento della fonte testimoniale”¹⁹⁷. Ragionando in questo modo – continuavano i giudici milanesi,

192 Trib. Catania, 04/03/2005, (con nota di SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone e «provata condotta illecita»: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*) in *Dir. proc. pen.*, 2005, pagg. 1401 e ss.

193 FOLLIERI A., *La ritrattazione del teste in dibattimento: effetto di una provata condotta illecita?* (nota a: Cass., 07/06/2004, “Foriglio e altri”), in *Cass. pen.*, 2005, pag. 1457.

194 CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, pag. 69; SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone cit.*, pagg. 2609 e ss.

195 SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone cit.*, pag. 2609 e ss.; Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit. pagg. 116 e ss.

196 FOLLIERI A., *La ritrattazione del teste cit.*, pag. 1457.

197 In questi termini si è espresso: Trib. Milano, 12/01/2001, in *Giur. mer.*, 2004, pag. 756. Nella massima di tale decisione si legge altresì che la mera difformità tra le dichiarazioni, unita alla circostanza che si stia procedendo per fatti di criminalità organizzata, non dovrebbe

anticipando quello che, in seguito, si è poi verificato – “si introdurrebbe per via giurisprudenziale un sistema probatorio alternativo a quello stabilito dal legislatore, che vuole invece che le condizioni per fare eccezione al principio del contraddittorio siano desunte caso per caso in relazione agli elementi acquisiti in ciascun singolo processo”¹⁹⁸.

Quanto detto sinora, tuttavia, non esclude che – sulla base della consapevolezza delle potenzialità insite nella consorteria criminale di tipo mafioso di inquinare la prova – non si possa giustificare l'adozione di alcuni ragionamenti di natura presuntiva¹⁹⁹. Le massime di esperienza – ossia il patrimonio conoscitivo derivante dalla stratificazione dei dati “sociologico-ambientali” – non dovrebbero spingersi, però, oltre la qualificazione delle circostanze effettivamente emerse (e non teoriche) come elementi idonei a integrare la “prova” di un determinato comportamento concreto²⁰⁰. A maggior ragione, per la loro natura, tali conoscenze non potrebbero mai surrogare la dimostrazione di un comportamento specifico cui “è stato sottoposto” il testimone²⁰¹.

Insomma, gli orientamenti interpretativi che ammettono la c.d. “intimidazione ambientale” (nei contesti in cui è radicata la presenza della criminalità di tipo mafioso) finiscono per rendere superfluo l'accertamento imposto dalla norma derogatoria in esame²⁰². Degradando l'accertamento a una *probatio minor*, si scarica sul libero apprezzamento dell'organo giudicante la delimitazione della sfera di operatività di uno dei postulati cardine del principio accusatorio – la

portare all'applicazione del congegno di salvaguardia. Il dato ambientale non è un “elemento specifico e concreto”. In conseguenza di ciò, non può ritenersi integrato il requisito della condotta illecita, che sarebbe soltanto supposta e non provata.

198Ancora, Trib. Milano, 12/01/2001, in *Giur. mer.*, 2004, pag. 756.

199BITONTI A., Voce *Doppio Binario*, cit., pag. 414.

200Cfr. MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari attuali di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 519; secondo cui “si dovrebbe respingere ogni azzardato condizionamento culturale, del tutto avulso da situazioni effettivamente emergenti dal caso concreto, soprattutto perché la ricostruzione del *fatto-intimidazione* e i relativi esiti sono destinati inevitabilmente a influire anche sulla ricostruzione del *fatto-principale* e sulla plausibilità del verdetto finale”.

201BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 114 e ss.; SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone cit.*, pag. 2609 e ss. Altri autori, invece, ritengono che gli elementi concreti possano essere integrati anche da fatti sintomatici che rinviano a “condotte illecite o, quantomeno, a un contesto sociale notoriamente connotato in senso criminoso”; ORLANDI R., *Linee applicative cit.*, pag. 377.

202SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone cit.*, pag. 2609 e ss.

regola di esclusione del precedente difforme²⁰³ – e, in questo modo, si consegue un palese aggiramento della disciplina costituzionale posta a suo presidio. Com'è noto, infatti, per derogare al principio del contraddittorio nella formazione della prova, l'art. 111 comma 5 esige una “condotta illecita” che risulti “provata”²⁰⁴.

Si giunge così a un esito paradossale, oltreché illegittimo: è proprio nei procedimenti per fatti legati alla fenomenologia mafia – ossia, quei procedimenti le cui peculiarità hanno giocato un ruolo fondamentale nella cristallizzazione delle “regole” del contraddittorio – che si alterano i confini espressamente stabiliti dalla disciplina costituzionale per potervi derogare.

203MOROSINI P., *Provata condotta illecita cit.*, pag. 408.

204BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, cit., pag. 414.

PARTE III. ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI

1. La differenziazione del rito probatorio per la criminalità organizzata: ostacoli di ordine costituzionale ed epistemologico

Dall'analisi sin qui compiuta – si pensi al meccanismo allestito dall'art. 190 bis c.p.p. e al “doppio binario giurisprudenziale” in sede di applicazione dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.; ma si pensi anche alla c.d. “processualizzazione” del diritto sostanziale, con cui si adattano le fattispecie incriminatrici alle esigenze di semplificazione probatoria – emerge un tratto saliente del complessivo sistema penale, quando devono accertarsi fatti legati alla criminalità organizzata: il processo tende ad essere degradato da attività fine a sé stessa ad avamposto di difesa sociale. All'interno del dibattito sull'efficienza del contrasto alla mafia, quello processuale è spesso considerato alla stregua di uno degli strumenti più incisivi nella lotta contro questa insidiosa forma di criminalità²⁰⁵.

Ma il processo penale non è solo un insieme di passaggi asettici che regolano l'applicazione della sanzione, un *iter* meramente procedurale in vista della realizzazione degli scopi sottesi al diritto sostantivo; lo scopo ultimo della “procedura penale” è quello di contenere il potere punitivo dello Stato all'interno di una serie di regole e principi che non sono posti esclusivamente a garanzia dell'imputato, ma rappresentano altresì il metodo che consente il minor margine di errore nella ricostruzione dei fatti²⁰⁶. In altri termini, in materia di garanzie – con particolare riguardo alla disciplina delle prove – non si tratta “solo” di tutelare i diritti individuali dell'imputato; è in gioco anche la collettività, l'efficacia della funzione conoscitiva del processo, perché “non esiste una verità

205NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in AA.VV (a cura di MOCCIA S.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Esi, Napoli, 1994, pag. 224; ORLANDI R., *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata: dal maxi-processo al “grande processo”*, in AA.VV. (a cura di GIOSTRA G. - INSOLERA G.), *Lotta alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1995, pagg. 83 e ss.; GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2008; pag. 949.

206NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, cit., pag. 224; GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, cit., pag. 949.

indipendente e insensibile ai modi con cui la si ricerca e la si ottiene”²⁰⁷.

Se questo è vero, un regime processuale differenziato sul versante della prova – una specialità del processo per determinate categorie di reati che implica un generale abbassamento del livello delle garanzie del procedimento probatorio (tra cui i principi dell'oralità e del contraddittorio, il diritto di difesa e la neutralità metodologica del giudice – comporta una negazione del processo stesso²⁰⁸. La risposta repressiva dell'ordinamento contro il fenomeno mafioso dovrebbe essere allora rivolta, nel maggior grado possibile, “al di fuori del processo penale, essendo questo il luogo in cui deve essere accertata la responsabilità penale dell'imputato”²⁰⁹.

Al contempo, però, è innegabile che quando “la lotta al crimine organizzato si concretizza nel momento della repressione penale, e quindi necessariamente si svolge attraverso il processo, la macchina processuale deve essere efficiente, cioè idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e delle (eventuali) responsabilità”²¹⁰. Detto altrimenti, l'architettura del processo non deve solo assicurare il proscioglimento degli innocenti, ma deve pure consentire di non lasciare impuniti i colpevoli²¹¹; e ciò deve avvenire con limiti di tempo “ragionevoli” (art. 111 comma 2, secondo periodo, Cost.)²¹².

207NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, cit., pag. 226.

208INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. giust.*, n. 3, 2002, pag. 576.

209Così, DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 100. In senso analogo: BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Utet, Torino 2005, pag. 412.

210Si riporta espressamente il pensiero di GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Bari-Roma, 1993, pag. 5.

211GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit. 41; CORSO P., *Codice di procedura penale e criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di BRICOLA F. - ZAGREBELSKY V.), *Mafia e criminalità organizzata*, Utet, Torino, 1995, pagg. 116 e ss.; BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, cit., pag. 412.

212Sulla portata del principio, si veda: GREVI V., *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, pag. 436; UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, I, Parte generale*, Utet, Torino, 2007; UBERTIS G., *voce Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II-1, Giuffrè, Milano, 2008. In particolare, il parametro di celerità procedimentale non può giustificare un'irragionevole compressione degli altri precetti costituzionali, primo fra tutti il principio di difesa. Cfr. C. Cost., ord. n. 458 del 2002.

In effetti, non è tollerabile che il sistema ne consenta un impiego abusivo delle garanzie, tale paralizzare il funzionamento stesso dell'apparato repressivo; e, perciò, “devono venire costruite in modo da non prestarsi ad essere strumentalizzate, o distorte, contro la stessa finalità ultima del processo penale, che è quella di pervenire attraverso al metodo giudiziario al regolare accertamento dei fatti e della responsabilità”²¹³. Di conseguenza, “quando si verifichi che le garanzie vengano in concreto piegate a sostegno di tattiche ostruzionistiche, o vengano invocate per vanificare il funzionamento fisiologico dei congegni processuali, o vengano scorrettamente utilizzate per impedire, anziché per favorire, l'accertamento della verità (...), in ipotesi di tal genere l'ordinamento processuale deve saper reagire per salvare anzitutto se stesso”²¹⁴.

Insomma, la capacità intimidatoria e soppressiva delle organizzazioni criminali rende imprescindibile un'analisi sull'effettiva idoneità del momento giudiziario a ricostruire i fatti di mafia²¹⁵. Appurato che il processo non è uno strumento immune ai condizionamenti, l'ordinamento dovrebbe investire in termini diversificati affinché il momento giudiziale possa sempre adempiere al suo scopo ultimo, l'accertamento dei fatti; il procedimento penale deve avvicinarsi quanto più possibile alla verità, nonostante le deviazioni imposte dagli atti perturbativi²¹⁶.

Ciò premesso, è altresì evidente che i rimedi previsti dal sistema processuale, per contrastare la patologia derivante dalle intimidazioni sui testimoni dovrebbero essere configurati in modo tale da rispettare i principi fondamentali – cui la giurisdizione penale deve necessariamente informarsi – stabiliti dalla

213Così: GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pag. 40.

214Ancora, testualmente, GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pagg. 40-41. Ripreso anche da BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, cit., pag. 412.

215Impostazione suggerita da: MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, in *Quest. giust.*, n. 3, 2002, pagg. 606 e ss.

216CORSO P., *Codice di procedura penale e criminalità organizzata*, cit., pagg. 116 e ss.; MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 389.

Costituzione e dalle convenzioni internazionali²¹⁷.

In questa prospettiva, assume un ruolo di primo piano – specialmente a seguito della riforma costituzionale del 1999²¹⁸ – la “regola” che impone la “formazione della prova in contraddittorio” (art. 111 comma 4 Cost., primo periodo).

Come già accennato, si tratta di un precetto la cui consacrazione a livello costituzionale è stata molto criticata. Si sono denunciati, in particolare, gli effetti negativi per l'accertamento dei fatti di mafia. Secondo alcuni autori²¹⁹, infatti, la cristallizzazione di una regola processuale “di dettaglio” – tutta sbilanciata in senso accusatorio – avrebbe annichilito le possibilità per il legislatore ordinario di operare un bilanciamento con altri valori che trovano anch'essi riconoscimento in sede costituzionale e sovranazionale: le esigenze di difesa della collettività²²⁰, di protezione della fonte di prova²²¹ e di durata ragionevole dei processi²²².

217In questo senso, lo stesso GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., pagg. 39-40. Analogamente: GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, cit., pag. 948; BITONTI A., *Voce Doppio Binario*, cit., pag. 412.

218Ci si riferisce alla legge costituzionale n. 2 del 1999, integrativa dell'art. 111 della Costituzione. Per un approfondimento sulla genesi e i contenuti di tale riforma, si rinvia al Capitolo 2, paragrafo 6.

219PIZIALI G., *Pluralità di riti e giudice unico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pagg. 966 e ss.; MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, cit., pagg. 335-336; MOROSINI P., *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190 bis c.p.p.)*, cit., pagg. 231 e ss.; MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, cit., pagg. 611 e ss.

220Per l'individuazione dei fondamenti costituzionali di tale esigenza, si vedano: ORLANDI R., *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)* in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 557-558 (in particolare, la nota 17); BONINI S., *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. pen.*, 2009; BONINI S., *Uno sguardo comparativo sulle sanzioni contro la criminalità organizzata in alcuni sistemi-modello*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010. Specificamente: sarebbe “ben sostenibile come l'art. 2 della Carta fondamentale, nel «riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo», implichi l'adozione di ogni efficace tutela della potenziale vittima e dunque anche l'applicazione e innanzitutto la posizione delle norme penali necessarie a ridurre la probabilità della commissione di reati; e pare anche assolutamente plausibile che le azioni delittuose (in specie se realizzate da potenti organizzazioni criminali) possano essere sussunte negli «ostacoli di ordine sociale» impeditivi di un pieno sviluppo della persona umana che ex art. 3, comma 2, Cost. la Repubblica è tenuta a rimuovere; fra i principi costituzionali dedicati alla procedura penale, pure gli artt. 24, comma 2, e soprattutto 112 – e così l'art. 111, laddove si prevede che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo» – esprimerebbero analoga istanza «generalpreventiva» di concreto ed effettivo esercizio della funzione giurisdizionale”. Così: BONINI S., *Uno sguardo comparativo sulle sanzioni contro la criminalità organizzata in alcuni sistemi-modello*, cit., pag. 112.

Sulla base di queste premesse, l'orientamento efficientista propugna una soluzione in grado di considerare la complessità degli interessi in gioco: un "doppio binario" per la formazione della prova dei reati di criminalità organizzata. Nei soli procedimenti per fatti legati a questa fenomenologia criminale, si dovrebbe lasciare – secondo una logica tipicamente inquisitoria – al libero apprezzamento del giudice la valutazione delle dichiarazioni difformi rilasciate in sede di indagine²²³ o in altro procedimento²²⁴, nonché la decisione circa la rinnovazione dell'esame testimoniale compiuto *aliunde*²²⁵.

Come si è visto, però, tale impostazione si scontra con il dato normativo²²⁶. Il "nuovo" assetto costituzionale tollera eccezioni alla regola del contraddittorio unicamente nelle ipotesi tassative di cui all'art. 111 comma 5 Cost.

Ad ogni modo, il costituente non ha trascurato le difficoltà in tema di accertamento dei reati di criminalità organizzata²²⁷. Tra queste deroghe, quella prevista per "effetto di provata condotta illecita", comporta il recupero del sapere investigativo qualora

221 Per una critica di questi orientamenti, sul tema della tutela del testimone, si consenta di rinviare all'analisi compiuta al Capitolo 2, paragrafo 8.2.

222 Sul punto si vedano le considerazioni svolte alla nota poco sopra.

223 Si propone, allora, in una prospettiva *de lege ferenda*, di "ripristinare il precedente meccanismo della «contestazione acquisitiva» per i soli delitti di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p. Ciò sulla base di un *rischio in re ipsa*, derivante da (lle) situazioni di «intimidazione sistematica» (...). Semmai, in questa prospettiva, il *deficit* di garanzie (per l'accusato) derivante dal recupero di contenuti predibattimentali andrebbe recuperato «a monte», da modalità di documentazione delle sommarie informazioni testimoniali simili a quelle previste per l'interrogatorio della persona in stato di detenzione (art. 141 bis c.p.p.)"; Così: MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 409. In senso analogo: MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, cit., pagg. 336-337; MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, cit., pag. 614.

224 Si sostiene che la disciplina risultante dal combinato disposto degli artt. 190 bis e 238 comma 2 bis c.p.p. dovrebbe consentire la "libera circolazione" dei verbali di prova di altro procedimento, quando "non riguardanti la specifica posizione dell'imputato". MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, cit., pagg. 336-337; MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 231 e ss.

225 In particolare, si propende per la ripetizione dell'esame solo quando sia "effettivamente necessario". MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, cit., pagg. 336-337; MOROSINI P., *La formazione della prova cit.*, pagg. 231 e ss.

226 SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2009, pag. 136; BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, in AA.VV. (a cura di SPANGHER G.), *Trattato di Procedura penale*, Vol. VII, Utet, Torino, 2011, pag. 264.

227 SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, cit., pagg. 139-140; BORRACCETTI V., *Il processo e la criminalità organizzata*, in *Quest. giust.*, n. 6, 2001, pagg. 1170 e ss.; DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pagg. 101 e ss.

il clima d'intimidazione diffusa prodotto dalle organizzazioni mafiose si traduca in comportamenti concreti per cui sia possibile un accertamento giudiziale. Di conseguenza, è lo stesso legislatore costituzionale che – bilanciando il contraddittorio con il principio di non dispersione – lascia “aperti spazi di intervento per l'introduzione di una disciplina diversificata (per delitti di criminalità organizzata) sotto il profilo probatorio”²²⁸.

In definitiva, ad avviso di chi scrive, la filosofia che ispira l'attuale regime di formazione della prova appare condivisibile nei suoi tratti fondamentali. A dispetto delle critiche sopra riportate, l'attuale sistema processuale – per tutte le forme di criminalità, non solo quella di tipo mafioso – rappresenta un fusione “sinergica” degli orientamenti contrapposti nel dibattito sul modello da applicare ai procedimenti di criminalità organizzata. Si tratta, infatti, di una sintesi realizzata sulla base di considerazioni gnoseologiche di tipo universale: se la fonte di prova è stata soppressa, minacciata o subornata – qualunque sia la fenomenologia criminale per cui si procede (mafia, prostituzione, spaccio ecc...) – si accetta che le dichiarazioni da essa rese al di fuori del dibattimento entrino nel bagaglio conoscitivo del giudice (nonostante la minor affidabilità) in modo da non disperdere l'unica forma disponibile di tale conoscenza.

In ogni caso, gli orientamenti che auspicano un ritorno al modello inquisitorio per i processi di criminalità organizzata “per non rinunciare alla funzione conoscitiva del processo”²²⁹, non solo poggiano su traballanti fondamenta normative, ma trascurano di prendere in considerazione il valore cognitivo delle garanzie metodologiche che informano la giurisdizione penale.

Come già si è detto, invero, sul versante del contrasto al crimine organizzato non è sufficiente una riflessione circa la ragionevolezza del bilanciamento delle garanzie soggettive con le esigenze di tutela della collettività. Si impone, altresì, la necessità salvaguardare quelle premesse epistemologiche poste a favore tanto del singolo quanto della correttezza dell'accertamento: è dalle regole impiegate – e ciò vale specialmente in materia di formazione della prova – che

²²⁸In questi termini: DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, cit., pag. 103.

²²⁹Così: MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit., pag. 409.

discende la qualità della ricostruzione²³⁰.

In quest'ottica, il metodo più affidabile per approcciarsi a qualsiasi realtà fattuale è quello riconosciuto stabilito all'art. 111 Cost.: è la concretizzazione del “giusto processo” che, più di ogni altra cosa, garantisce l'avvicinamento alla verità.

In particolare, come si è visto, tale impostazione metodologica implica innanzitutto che il soggetto tenuto ad applicarlo versi in una condizione di neutralità metodologica. In secondo luogo essa prescrive l'esclusione – giacché conoscenze infide – degli elementi conoscitivi formati all'infuori dell'esame incrociato di fronte ad un giudice; salvi, chiaramente, i casi in cui la realizzazione dello sviluppo dialettico non sia possibile (per esempio a causa della soppressione del testimone) o in cui potenzialità euristiche di quest'ultimo non siano state compromesse (quando la fonte di prova ha subito dei condizionamenti esterni concretatisi in violenza, minaccia o subornazione).

Insomma, se è vero quanto precede, occorre affidarsi al “metodo del giusto processo” soprattutto per l'accertamento dei reati più gravi, per ridurre al minimo il rischio di errore e far coincidere il condannato con il colpevole quando sono maggiori le conseguenze della sanzione. Per converso, rinunciare alle garanzie gnoseologiche del contraddittorio e della neutralità metodologica del giudice, proprio per l'accertamento dei reati più gravi, finisce per allontanare il sistema dai principi basilari che dovrebbero informare la nostra cultura giuridica²³¹.

2. Qualche spunto in una prospettiva *de iure condendo*

In definitiva, alla luce di quanto detto sinora, è evidente che l'ipotesi di predisporre una strategia processuale differenziata in ambito probatorio non possa essere condivisa. Come si è visto, infatti, un “doppio binario” per l'elaborazione della prova si pone in contrasto con i principi normativi ed

230 NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, cit., pagg. 223 e ss.; GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, cit., pagg. 948 e ss.

231 NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, cit., pagg. 223 e ss.; GIOSTRA G., *I limiti di una “strategia processuale differenziata”*, in *Gazz. Giur.*, n. 32, 1997, pag. 4.

epistemologici del “giusto processo”, oltre a lasciare irrisolto il c.d. “problema del capostazione” (ossia della qualificazione del fatto per cui si procede, all'interno della categoria per cui la differenziazione è preposta).

Di conseguenza, per garantire comunque l'efficienza del sistema processuale, sembra opportuno che i rimedi normativi contro l'inquinamento della fonte di prova si atteggiino alla stregua di meccanismi di applicazione generalizzata, a prescindere dal titolo del reato contenuto nell'imputazione. Ma ciò implica che questi strumenti dovrebbero essere costruiti in maniera tale da adattarsi a qualsiasi fattispecie concreta, in maniera analoga a quanto è stato fatto con riguardo agli istituti delle contestazioni acquisitive (art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.) e dell'incidente probatorio (artt. 392 e ss. c.p.p.).

In questo modo, infatti, si evitano le problematiche legate a un regime processuale diversificato, ma è possibile, al contempo, calibrare la risposta giudiziaria in considerazione della diversità fenomenologica dei reati da accertare e, in particolare, delle indiscutibili peculiarità oggettive e soggettive della realtà criminale di tipo mafioso.

All'interno di questa prospettiva, però, è essenziale che l'applicazione di questi meccanismi da parte della giurisprudenza avvenga nel rispetto della legge, senza che, di fatto, pregiudizi derivanti dalle esperienze pregresse scadano in un aggiramento delle garanzie dell'imputato. Detto altrimenti, questa impostazione metodologica non può condurre a un “doppio binario giurisprudenziale”, predisposto in ossequio ad una sorta di “presunzione di inquinamento” da parte dei soggetti accusati di essere mafiosi; al contrario, invece, è auspicabile una valorizzazione delle risorse dell'interpretazione giurisprudenziale e del sapere criminologico, ma senza che si possa scadere in una applicazione automatica – nei processi di criminalità organizzata – dei rimedi volti a scongiurare l'intimidazione.

In particolare, il suggerito approccio metodologico dovrebbe concretizzarsi anche con riferimento all'art. 190 bis c.p.p. Ad avviso di chi scrive, sembra opportuno sganciare l'operatività di tale istituto dal titolo di reato per cui si

procede e configurarlo come uno strumento di applicabilità generale²³².

In quest'ottica, si potrebbe pensare a una riscrittura della norma che impervi la limitazione del diritto alla prova dell'imputato su una richiesta di esonero del dichiarante, casomai a seguito di una valutazione prognostica dell'organo giurisdizionale sulle possibilità di inquinamento²³³. Ragionando in tal modo, invero, si immolerebbe l'immediatezza – pur garantendo il contenuto essenziale del contraddittorio (ossia il rispetto della regola stabilita all'art. 111 comma 4 primo periodo) – alle esigenze di protezione dell'incolumità fisica e psichica dei testimoni di mafia, avvicinando la normativa nazionale alle descritte istanze sovranazionali di tutela del dichiarante²³⁴.

Si ricorda, in particolare, che il presente lavoro propende per la tesi secondo la quale, ai fini dell'ortodossia costituzionale della disciplina processuale, non è necessario che il momento dialettico si svolga dinanzi al giudice del dibattimento. Infatti, il legislatore può prevedere che l'esame incrociato si attui di fronte ad un'autorità giurisdizionale diversa da quella che dovrà poi valutarne i risultati probatori, in una fase anteriore al dibattimento o, addirittura, in un altro procedimento²³⁵.

Perciò, alla luce di quest'ultima considerazione, si vede altresì con favore l'ipotesi – da più autori²³⁶ prospettata per limitare la patologia dell'inquinamento

232In tal senso anche: RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pag. 1019 e ss. *Contra*: GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2008, pag. 950, che propende, invece, per l'abrogazione in toto dell'art. 190 bis c.p.p. perché lo ritiene "frutto di un inaccettabile anacronismo cui porre rimedio al più presto".

233Per le riflessioni sulla possibilità di introdurre nel nostro ordinamento processuale una speciale ipotesi di esenzione dal dovere di testimoniare, qualora il testimone percepisca un pericolo per la sua incolumità, si veda CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, pagg. 42 e ss., in particolare la nota 13.

234Si consenta di rimandare al paragrafo 8.2. del capitolo precedente.

235Sul valore da riconoscere al principio dell'immediatezza, si rinvia al Capitolo 2, paragrafo 6.

236Tra questi, si annoverano: BORRACCETTI V., *Il processo e la criminalità organizzata*, in *Quest. giust.*, n. 6, 2001, pagg. 1170 e ss.; SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone e «provata condotta illecita»: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova* (nota a: Trib. Catania, ord. 04/03/2005), in *Cass. pen.*, 2006, pagg. 2609 e ss.; Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, Cedam, Padova, 2009, pagg. 55 e ss.; RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011, pagg. 1019 e ss. Per questa soluzione si era spesa anche la Commissione Parlamentare Antimafia (Relazione del 1991); cfr. VIOLANTE L., *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in

delle fonti di prova – di favorire la formazione anticipata della prova in contraddittorio mediante una “rivitalizzazione”²³⁷ dell'incidente probatorio.

In effetti, quello disciplinato dagli artt. 392 e ss. del codice di rito, è un meccanismo finalizzato all'acquisizione anticipata delle dichiarazioni per la genuinità delle quali sussista un rischio di adulterazione, qualunque sia il processo o il tipo di reato. Il legislatore si colloca così al di fuori della logica del “doppio binario”, ma non per questo trascura le difficoltà di accertamento riscontrabili nei processi di mafia²³⁸.

Insomma, poiché si tratta di un congegno meno oneroso dal punto di vista delle garanzie individuali ed epistemologiche rispetto alle soluzioni attuative dell'art. 111 comma 5 Cost., si vede con favore l'ipotesi di un allargamento dei presupposti operativi dell'incidente probatorio, in modo da ridurre le complicazioni dimostrative ed estendere così l'accessibilità di tale istituto²³⁹.

Cass. pen., 1992, pagg. 487 e ss. In chiave problematica: LATTANZI G., *Sui principi e sulla realtà del processo penale*, in *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1999, pagg. 157 e ss.; SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato di formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1994, pagg. 478 e ss.

237Espressamente, Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, Cedam, cit., pagg. 56.

238È evidente che, in sede di applicazione, la configurazione dello strumento sarà diversa a seconda delle specificità della fenomenologia criminale per cui si procede, della pericolosità dell'autore e del contesto criminale in cui il fatto si consuma.

239Allo stato attuale, infatti, i presupposti per il ricorso all'incidente probatorio per l'anticipazione dell'esame testimoniale sembrano addirittura più rigorosi di quelli previsti dall'art. 500 comma 4 c.p.p. per il recupero delle narrazioni investigative. L'art. 392 comma 1 lett. b consente di procedere all'assunzione di una testimonianza in incidente probatorio “quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso”. In compenso, alla lett. d, si ammette che “l'esame delle persone indicate nell'articolo 210” possa svolgersi sempre e comunque svolgersi in questa particolare sede. Per questi motivi, si segnala la possibilità di eliminare il riferimento agli “elementi concreti e specifici”; cfr. VIOLANTE L., *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, pagg. 488-489; Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 55 e ss. Per una soluzione più radicale, si veda: RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, cit., pag. 1019 e ss., che suggerisce una “riscrittura del già citato art. 392 c.p.p., sostituendo all'attuale, complessa e ridondante articolazione in tre commi (1, 1 bis e 2) una formulazione più snella, concentrata in un'unica proposizione, nella quale si preveda che le parti possano chiedere l'incidente probatorio quando si tratti di anticipare l'assunzione di una prova laddove vi siano fondate ragioni di urgenza tali da rendere l'atto non rinviabile al dibattimento”. Si segnala, inoltre, come alcuni autori abbiano suggerito di accogliere i suggerimenti della R (97) 13 del Comitato dei Ministri dell'Unione Europea, per scongiurare le conseguenze negative per l'incolumità del testimone derivanti dall'istaurazione dell'incidente probatorio. In particolare, Busetto M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pagg. 55 e ss. Si tratterebbe, in particolare, di: ritardare al massimo la *discovery* degli atti di

In definitiva, un rivalutato impiego dei rimedi di natura preventiva contro l'intimidazione del dichiarante permetterebbe di scaricare le tensioni accumulate sul congegno "reattivo" di cui all'art. 500 comma 4 c.p.p.; in altre parole, spodestando il meccanismo contestativo dal ruolo di "rimedio principe" contro l'intimidazione, non si potrebbe che favorire un'interpretazione più serena e conforme al metodo del "giusto processo"²⁴⁰.

indagine; occultare le generalità dei dichiaranti sino all'ultimo momento utile per garantire la difesa; escludere la presenza fisica dell'accusato.
240BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, cit., pag. 56.

Bibliografia

AMODIO E., *La patologia del maxiprocesso: diagnosi e terapeutica*, in *Cass. pen.*, 1988

AMODIO E., *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *Ind. pen.*, 2003

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

BALSAMO A., *La costruzione di un modello europeo di prova dichiarativa: il nuovo corso della giurisprudenza e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010

BELLUTÀ H., Voce *Prova (Circolazione della)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II-1, Giuffrè, Milano, 2008

BERNASCONI A., Voce *Criminalità organizzata*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2000

BERNASCONI A., *Diritto al contraddittorio e requisiti della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura KOSTORIS R.E.), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2003

BERNASCONI A., *Ideologie e prassi in tema di circolazione di verbali "alieni"*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*,

Giappichelli, Torino, 2009

BITONTI A., Voce *Doppio Binario*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Utet, Torino, 2005

BONINI S., *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. pen.*, 2009

BONINI S., *Uno sguardo comparativo sulle sanzioni contro la criminalità organizzata in alcuni sistemi-modello*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010

BORRACCETTI V., *Il processo e la criminalità organizzata*, in *Quest. giust.*, n. 6, 2001

BORRELLI G., *Modelli differenziati di accertamento*, in AA.VV. (a cura di SPANGHER G.), *Trattato di Procedura penale*, Vol. VII, Utet, Torino, 2011

BRICOLA F., *Riforma del processo penale e riforma del diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989

BRICOLA F., *Relazione introduttiva*, in AA.VV. (a cura di GIOSTRA G. - INSOLERA G.), *Lotta alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1995

BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, Cedam, Padova, 2009

BUSETTO M.L., *Ancora sulla prova della «condotta illecita» ex art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.: recenti indirizzi e nodi irrisolti*, in *Riv. pen.*, n. 12, 2011

CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti». Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002

CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005

CARCANO D. - MANZIONE D., *Il giusto processo. Commento alla Legge 1° marzo 2001, n. 63*, Giuffrè, Milano, 2001

CALAMANDREI P., *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1939

CARNELUTTI F., *Pena e processo*, in *Riv. it. proc.*, 1952

CASASOLE F., *Ritrattazione del testimone: acquisizione delle precedenti dichiarazioni a seguito di "provata condotta illecita"* (nota a: Trib. Catania, ord. 04/03/2005), in *Dir. pen. proc.*, n. 11, 2005

CASELLI G.C. - INGROIA A., *Normativa premiale e strumenti di protezione per i collaboratori di giustizia: tra inerzia legislativa e soluzioni d'emergenza*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), in *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Roma-Bari, 1993

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

CORBETTA S., *Le prime ordinanze sulla nuova disciplina dell'acquisizione della prova*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Ipsoa, Milano, 2001

CORSO P., *Codice di procedura penale e criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di BRICOLA F. - ZAGREBELSKY V.), *Mafia e criminalità organizzata*, Utet, Torino, 1995

CORDERO F., *Procedura penale*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2003

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

DI CHIARA G., *Procedimento probatorio, giusto processo e criminalità organizzata*, relazione al seminario di studio intitolato “*Processo penale e criminalità mafiosa*”, organizzato dalla Presidenza del Primo Corso di Laurea in Giurisprudenza e dal Dipartimento di Discipline Processualpenalistiche, Palermo, 2 dicembre 2004

DALIA A.A., *Il problema della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1999

DALIA A.A., *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Giuffrè, Milano, 2003

DAMASKA M.R., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna, 1991

DANIELE M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011

DE FRANCESCO A., *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana. Analisi delle giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2005

DE FRANCESCO G., *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992

DE FRANCESCO G., *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012

DOMINIONI O., *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997

DONINI M., *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, II, 2006

FALCONE G. - TURONE G., *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in AA.VV., *Riflessioni ed esperienze sul fenomeno mafioso*, in *Quad. C.S.M.*, 1983

FALCONE G., *Lotta alla criminalità organizzata e nuovo modello processuale*, in *Ind. pen.*, I, 1989

FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Roma-Bari, 1993

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

FERRUA P., *Anamorfosi del processo accusatorio*, in AA.VV., *Studi sul processo penale*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 1992

FERRUA P., *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2005

FERRUA P., *Il giudizio penale: atto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007

FERRUA P., *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009

FIANDACA G., *Commento all'art. 1 L. 13/09/1982 n. 626 (Norme "antimafia")*, in *Leg. pen.*, 1983

FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, I, 1991

FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, in *Foro it.*, 1992

FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, VI ed., Zanichelli, Bologna, 2008

FIANDACA G., *Il concorso «esterno» tra sociologia e diritto penale*, in *Foro It.*, V, 2010

FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Dir. Pen. Cont.*, I, 2012

FOLLIERI A., *La ritrattazione del teste in dibattimento: effetto di una provata condotta illecita?* (nota a: Cass., 07/06/2004, "Foriglio e altri"), in *Cass. pen.*, 2005

FONZO I., *Prova rappresentativa e processi di mafia*, in *Giust. pen.*, III, 2005

FOSCHINI G., *Sistema di diritto processuale penale*, II ed., vol. II, Giuffrè, Milano, 1968

FRANCHETTI L., *Considerazioni politiche e amministrative sulla Sicilia*, Donzelli editore, Roma, 2011

FRIGO G., *La formazione della prova in dibattimento: dal modello originario al modello deformato*, in *Giur. it.*, IV, 1993

GAITO A., *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. Pen.*, n. 3, 2011

GAMBETTA D., *The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1993

GAROFOLI V., *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2008

GIORDANO P., *Mafia: l'illusione di vincere con un modello unico*, in *Guida dir.*, VII, 2000

GIOSTRA G., *I limiti di una "strategia processuale differenziata"*, in *Gazz. Giur.*, n. 32, 1997

GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del) - II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Agg., Roma, 2001

GIUNTA DELL'UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, *Doppio binario: una deriva autoritaria del processo su cui iniziare una seria riflessione*, in www.camerepenali.it, 2008

GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Bari-Roma, 1993

GREVI V., *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale (tra "ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. Dir.*, 2000

GREVI V., *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Giuffrè, Milano, 2000

GREVI V., *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, (nota a: Cass., 07/06/2004, "Foriglio"), in *Cass. pen.*, 2005

GREVI V., *Prove*, in AA.VV. (a cura di CONSO G. - GREVI V.), *Compendio di procedura penale*, IV ed., Cedam, Padova, 2008

IACOVIELLO F.M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1999

IADECOLA G., *Fonti di prova dichiarative e procedimenti di criminalità organizzata: in particolare, l'inquadramento del dichiarante su fatti di criminalità organizzata nelle categorie soggettive dell'art. 111 Cost. e della normativa di attuazione*, in *Giur. mer.*, III, 2002

IAFISCO L., *Acquisizione della prova-sentenza ex art. 238 bis c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova*, in *Giur. cost.*, I, 2009

ILLUMINATI G., *Reati «speciali» e procedure «speciali» nella legislazione dell'emergenza*, in *Giust. Pen.*, III, 1981

ILLUMINATI G., *Giudizio*, in AA.VV. (a cura di CONSO G. - GREVI V.), *Compendio di procedura penale*, IV ed., Cedam, Padova, 2008

ILLUMINATI G., *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2010

INGROIA A. - CASELLI G.C., *Normativa premiale e strumenti di protezione per i collaboratori di giustizia: tra inerzia legislativa e soluzioni d'emergenza*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), in *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Roma-Bari, 1993

INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino, Bologna, 1996

INSOLERA G., *La nozione normativa di "criminalità organizzata" e di "mafiosità": il delitto associativo, le fattispecie aggravanti e quelle di rilevanza processuale*, in *Ind. Pen.*, 2001

INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. giust.*, n. 3, 2002

JAKOBS G., *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in JAKOBS G. - CANCIO MELIÁ M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003

LATTANZI G., *Un processo riformato o rivoluzionato?*, in *Leg. pen.*, 1993

LATTANZI G., *Sui principi e sulla realtà del processo penale*, in *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1999

LOZZI G., *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1997

LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2010

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

LUPO S., *Storia della mafia*, Donzelli editore, Roma, 1996

MADDALENA M., *I problemi pratici delle inchieste di criminalità organizzata nel nuovo processo penale*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.) *Processo penale e*

criminalità organizzata, Laterza, Roma-Bari, 1993

MADDALENA M., *Giusto processo e funzione dell'accusa, con particolare riferimento alla criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di KOSTORIS R.E.), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2002

MAGGIO P., *Il testimone «forte»: specificità ed anomalie della prova dichiarativa nei processi di criminalità organizzata*, in *Dir. pen. proc.*, 2006

MAGGIO P., *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del collegio nei processi in materia di criminalità organizzata: un'inedita riproposizione del paradigma dell'«assoluta necessità» probatoria*, in *Cass. pen.*, IX, 2007

MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010

MAIELLO V., *Concorso di persone in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010

MANTOVANI M., *Le condotte con finalità di terrorismo*, in AA.VV. (a cura di KOSTORIS R.E. - ORLANDI R.), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006

MANZIONE D. - CARCANO D., *Il giusto processo. Commento alla Legge 1° marzo 2001, n. 63*, Giuffrè, Milano, 2001

MANZIONE D. - MARZADURI E., *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, in *Guida dir.*, n. 13, 2001

MARZADURI E. - MANZIONE D., *Nuove contestazioni per un reale*

contraddittorio, in *Guida dir.*, n. 13, 2001

MELILLO G., *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.*, XII, 1997

MOROSINI P., *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000

MOROSINI P., *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190 bis c.p.p.)*, in AA.VV. (a cura di TONINI P.), *Giusto processo*, Cedam, Padova, 2001

MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, in *Quest. giust.*, n. 3, 2002

MOROSINI P., *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009

MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010

MOROSINI P., *Il "concorso esterno" oltre le aule di giustizia*, in *Dir. Pen. Cont.*, I, 2012

MUSCO E. - FIANDACA G., *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, VI ed., Zanichelli, Bologna, 2008

NEPPI MODONA G., *I meccanismi processuali differenziati*, in *Cass. Pen.*, 1984

NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974

NOBILI M., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1988

NOBILI M., *L'accusatorio sulle labbra e l'inquisitorio nel cuore*, in *Critica dir.*, IV, 1992

NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in AA.VV. (a cura di MOCCIA S.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Esi, Napoli, 1994

NOBILI M., *Principio di legalità e processo*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, II, 1995

NOBILI M., *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, I, 2001

ORLANDI R., *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata: dal maxi-processo al "grande processo"*, in AA.VV. (a cura di GIOSTRA G. - INSOLERA G.), *Lotta alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1995

ORLANDI R., *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 1996

ORLANDI R., *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)* in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2000

ORLANDI R., *Linee applicative dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*,

Giappichelli, Torino, 2009

PADOVANI T., *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1989

PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. Pen.*, 1999

PAULESU P.P., *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della «provata condotta illecita»* (nota a: C. Cost. n. 453 del 2002) in *Cass. pen.*, XII, 2003

PAIOLA F., *La deroga al contraddittorio “per effetto di provata condotta illecita”* (nota a: Trib. Torino, ord. 01/03/2010, “Battista”), in *Dir. pen. proc.*, n. 9, 2010

PIZIALI G., *Pluralità di riti e giudice unico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000

PONZETTA F., *Facoltà di non rispondere dell'imputato di procedimento connesso e applicabilità della disciplina acquisitiva ex art. 500 comma 4 c.p.p.* (nota a: Ass. Palermo, 10/02/03, “Battaglia”) in *Cass. pen.*, 2005

PULEIO F., *Rito accusatorio e criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2005

PULEIO F., *Utilizzabili in giudizio le dichiarazioni dell'imputato coartato anche senza la prova della minaccia o violenza?* (nota a: Ass. App. Catania, 29/06/2005, “Bonomo”) in *Giust. Pen.*, III, 2006

PULITANÒ D., *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, III, 2005

PULITANÒ D., *La requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*, in *Dir. Pen. Cont.*, I, 2012

RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2011

RICCIO G., *Itinerari culturali e premesse di metodo per la "riscoperta" del modello processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001

RUBIOLA E., *Associazione per delinquere di tipo mafioso (Voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1990

SAMEK LODOVICI R., *Regime differenziato di formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1994

SAVONA E.U., voce *Criminalità Organizzata*, in *Enciclopedia del Novecento*, Treccani, Roma, 1998

SAVONA E.U., *Le organizzazioni criminali in Europa viste dall'esperienza italiana*, in AA.VV. (a cura di FIANDACA G. - VISCONTI C.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010

SCAGLIONE A., *Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007

SCAGLIONE A., *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: una storia travagliata*, in AA.VV. (a cura di DI CHIARA G.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009

SCAGLIONE A., *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2009

SCELLA A., *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in AA.VV. (a cura KOSTORIS R.E.), *Il giusto processo. Tra*

contraddittorio e diritto al silenzio, Giappichelli, Torino, 2003

SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, Donzelli Editore, Roma, 2009.

SIRACUSANO D., *Reati associativi e processo penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1997

SIRACUSANO D., *Introduzione*, in AA.VV., *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1999

SIRACUSANO F., *Contestazione al testimone e «provata condotta illecita»: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova* (nota a: Trib. Catania, ord. 04/03/2005), in *Cass. pen.*, 2006

SPAGNOLO G., *L'Associazione di tipo mafioso*, Cedam, Padova, 1997

SPAGNOLO G., *Criminalità organizzata: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998

SPAGNOLO G., voce *Reati associativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 2006

STORTONI L., *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, in *Crit. Dir.*, 1996

TAORMINA C., *Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali*, in *Giust. pen.*, III, 1992

TODARO G., *Note in tema di «provata condotta illecita» ai sensi dell'art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.* (nota a: Cass., 22/01/2008, "Atonna"), in *Cass. pen.*, II, 2009

TURONE G. - FALCONE G., *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in AA.VV., *Riflessioni ed esperienze sul fenomeno mafioso*, in *Quad. C.S.M.*, 1983

TURONE G., *Indagini collegate, procure distrettuali e procura nazionale antimafia*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Roma-Bari, 1993

TURONE G., *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, Milano, 2008

UBERTIS G., *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005

UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, I, Parte generale*, Utet, Torino, 2007

UBERTIS G., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007

UBERTIS G., voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. II-1, Giuffrè, Milano, 2008

UBERTIS G., *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010

VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968

VIGANÒ F., *Introduzione*, in AA.VV. (a cura di PICOTTI L. - FORNASARI G. - VIGANÒ F. - MELCHIONDA A.), *I reati associativi: paradigmi processuali e materiale probatorio*, Cedam, Padova, 2005

VIGANÒ F., *Riflessioni conclusive*, in AA.VV. (a cura di PICOTTI L. -

FORNASARI G. - VIGANÒ F. - MELCHIONDA A.), *I reati associativi: paradigmi processuali e materiale probatorio*, Cedam, Padova, 2005

VIGNA P.L., *Le «nuove» indagini preliminari nei procedimenti per i delitti di criminalità organizzata*, in AA.VV. (a cura di GREVI V.), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Bari-Roma, 1993

VIOLANTE L., *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992

VISCONTI C., *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, in *Dir. Pen. Cont.*, I, 2012

VOENA G.P., *Contraddittorio e garanzie difensive nelle "teleconferenze"*, in AA.VV., *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1999.

VOGLIOTTI M., *La logica floue della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.*, 1998