

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto Processuale Penale

**IL “DOPPIO BINARIO”: UN DIFFICILE EQUILIBRIO TRA EFFICACIA
DELL’ACCERTAMENTO E GARANZIE DIFENSIVE NEI
PROCEDIMENTI PER FATTI DI CRIMILITA’ ORGANIZZATA**

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Giulio Illuminati

CANDIDATA
Elena Barreca
Matr. 102563

CORRELATORE
Chiar.ma Prof.ssa
Roberta Aprati

ANNO ACCADEMICO 2013-2014

INDICE

INTRODUZIONE

i

CAPITOLO I – IL COORDINAMENTO DELLE INDAGINI DI CRIMINALITA’ ORGANIZZATA: L’ORGANIZZAZIONE DELLA D.I.A., D.D.A. E D.N.A. E IL RUOLO DEL PROCURATORE NAZIONALE ANTIMAFIA

1. Premessa: le ragioni della disciplina	pag. 1
2. Le direzioni distrettuali antimafia	4
2.1. L’organizzazione dei magistrati della D.D.A.	7
2.2. Il giudice per le indagini preliminari distrettuale	11
3. La direzione investigativa antimafia	13
4. La direzione nazionale antimafia	15
4.1. Collocazione e requisiti per la nomina	16
4.2. Il coordinamento investigativo	20
4.3. La disciplina dell’art. 371 <i>bis</i> c.p.p.	24
4.3.1. Art. 371 <i>bis</i> , comma 3, lett a): il collegamento investigativo	27
4.3.2. Art. 371 <i>bis</i> , comma 3, lett b): il potere di applicazione temporanea	27
4.3.3. Art. 371 <i>bis</i> , comma 3, lett c): il potere di raccolta ed elaborazione delle conoscenze	30
4.3.4. Art. 371 <i>bis</i> , comma 3, lett f) e g): la prevenzione e la risoluzione dei contrasti tra gli uffici del p.m.	32
4.3.5. Art. 371 <i>bis</i> , comma 3, lett h): il potere di avocazione	34
4.3.6. Una disciplina “incompleta”: la mancata conversione delle lett d) ed e)	37
5. Conclusioni	39

CAPITOLO II – LE INDAGINI

SEZIONE I – LA DURATA DELLE INDAGINI PRELIMINARI

1. Introduzione	40
2. Uno sguardo d’insieme alla disciplina	43
3. I termini di durata delle indagini preliminari	50
3.1. Premessa	50
3.2. Il problema della qualificazione giuridica del fatto	51
3.3. L’individuazione del “termine iniziale”	54

3.4. La valorizzazione del ruolo del giudice per le indagini preliminari	58
3.5. Una proposta di modifica della disciplina	62
4. La proroga delle indagini preliminari	66
4.1. Questioni preliminari	66
4.2. I presupposti	68
4.3. Il procedimento e le sue deroghe	70
5. Conclusioni	72

SEZIONE II – LE INTERCETTAZIONI DI CONVERSAZIONI E DI COMUNICAZIONI

1. Introduzione	74
1.1. Le intercettazioni e la disciplina costituzionale	75
2. Le intercettazioni c.d. processuali	83
2.1. Evoluzione storica della disciplina	84
2.2. Il sistema normativo attuale	85
2.3. Campo di applicazione della normativa	87
2.4. Presupposti	90
2.5. Intercettazioni ambientali	94
2.6. Conclusioni	97
3. Le intercettazioni c.d. preventive	99
3.1. Compatibilità costituzionale della disciplina	102
3.2. La disciplina dell'art. 226 delle disposizioni attuative al codice di rito	106
3.3. Conclusioni	113

CAPITOLO III – LE MISURE CAUTELARI

1. La disciplina generale e la deroga dell'art. 275, comma 3, c.p.p.	116
2. L'evoluzione storica della normativa e le prime prese di posizione della giurisprudenza	123
3. Le più recenti pronunce della Corte Costituzionale	130
4. Conclusioni	133

CAPITOLO IV – LE PROVE

SEZIONE I – DEROGHE ALL’ASSUNZIONE DELLA PROVA

1. Introduzione	136
2. Requisiti della prova in casi particolari (art. 190 <i>bis</i> c.p.p.)	140
2.1. Profili generali della normativa	142
2.2. Evoluzione ed analisi della normativa	147
2.3. Profili di compatibilità costituzionale della disciplina	155
3. La disciplina dell’art. 238 c.p.p.	158
3.1. <i>Ratio</i> della normativa	159
3.2. Evoluzione della normativa	161
3.3. L’attuale formulazione normativa	162
4. Sentenze irrevocabili come mezzi di prova (art. 238 <i>bis</i> c.p.p.)	164
4.1. Questioni preliminari	164
4.2. La disciplina dell’art. 238 <i>bis</i> c.p.p.	169

SEZIONE II – IL PROCESSO A DISTANZA

1. Le origini e le ragioni della disciplina	175
2. Evoluzione normativa	177
3. Profili di compatibilità costituzionale della disciplina	180
4. La disciplina dell’art. 146 <i>bis</i> disp. att. c.p.p.	185
4.1. Presupposti	185
4.2. Formalità	188
4.3. Le cautele poste a presidio del diritto alla difesa	189
4.4. Partecipazione in aula	191
5. La disciplina dell’art. 147 <i>bis</i> c.p.p.	192
5.1. Presupposti	192
5.2. Formalità	195
5.3. Le cautele poste a presidio del diritto alla difesa	196
5.4. Conclusioni	197

<u>CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE</u>	198
---	-----

<u>BIBLIOGRAFIA</u>	202
----------------------------	-----

INTRODUZIONE

La crescente diffusione e pericolosità dell'associazionismo di stampo mafioso ha, nel corso degli ultimi decenni, prodotto una progressiva evoluzione legislativa finalizzata a contrastare il crimine organizzato in modo efficace ed incisivo.

Dagli anni '90 ad oggi si è così delineato un sistema normativo che, prendendo le mosse dalle peculiarità che connotano il fenomeno mafioso, ha provveduto ad inserire all'interno del codice di rito una serie di disposizioni volte a derogare alle ordinarie regole di accertamento, per rendere maggiormente efficace l'attività di repressione di tali fenomeni.

Il legislatore ha tentato di creare un sistema differenziato di accertamento, parallelo a quello ordinario, ma caratterizzato, per un verso, da un notevole potenziamento dell'efficacia dell'apparato giudiziario e, per altro verso, da un forte ridimensionamento delle garanzie difensive riconosciute all'imputato all'interno del processo penale.

Preliminarmente sarà dunque necessario verificare se, trascorsi quindici anni dall'introduzione della prima modifica normativa in tal senso, si possa effettivamente parlare di "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia.

In realtà, dalla disamina degli interventi normativi che si sono susseguiti nel tempo, non è possibile affermare, ad oggi, l'esistenza di un sistema processuale organico e coerente, idoneo a dar vita ad un modello di accertamento parallelo ed autonomo (anche se intimamente connesso) a quello codicistico.

Gli interventi normativi si sono, infatti, caratterizzati per la loro scarsa organicità, posto che il legislatore si è limitato ad intervenire soltanto su alcune disposizioni chiave, al fine di adeguarle alle singole esigenze che il fenomeno mafioso pone.

Dunque, quando si utilizza l'espressione doppio binario è bene tenere presente che essa non si riferisce a un *corpus* normativo autonomo, inserito all'interno del codice di rito, quanto piuttosto «una sorta di filo rosso che, collegando tra loro le varie disposizioni di legge destinate ad operare nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata consente di individuare, per differenza rispetto al regime processuale ordinario, le linee qualificanti una diversa e più adeguata disciplina processuale»¹

Sebbene dunque il legislatore non sia, in concreto, riuscito a delineare un sistema normativo a sé stante, ha comunque predisposto una serie di disposizioni in grado di incidere profondamente sull'organicità del tessuto codicistico: alla base di una simile scelta legislativa vi è il convincimento che l'ordinaria disciplina del codice di rito non sia idonea a osteggiare

¹ In questi termini definisce il doppio binario la Corte di Cassazione, sent. 12 giugno 2001, Bagarella, in Mass. Uff., 219626.

efficacemente l'associazionismo di stampo mafioso, il quale, per la forte pericolosità che lo caratterizza e per la per la fitta rete organizzativa (estesa sul tutto il territorio nazionale ed internazionale) di cui dispone, richiede più adeguate forme di contrasto.

Su tale profilo è bene soffermarsi, posto che il problema dell'ammissibilità, in radice, di un sistema differenziato di accertamento riconnesso alle fattispecie delittuose da reprimere, è stato ritenuto da molti, una scelta opinabile.

In realtà, è opportuno distinguere, tra il concetto di doppio binario come modello ideale, e la concreta attuazione che il legislatore dà ad esso: come si avrà modo di approfondire nel corso della trattazione, il legislatore non riesce, nella maggior parte dei casi, a delineare una disciplina derogatoria che si ponga come effettivo modello alternativo di accertamento.

Le singole scelte adottate dal legislatore, spesso e volentieri appaiono eccessivamente "dirompenti", al punto da creare vere e proprie fratture nel tessuto codicistico, dando vita a forti tensioni con i diritti riconosciuti all'imputato, e delineando un sistema che non può certamente dirsi esente da critiche, ma che, al contrario, appare essere suscettibile di miglioramenti.

Tuttavia, il fatto che il legislatore non sia riuscito a rendere effettivo il sistema del doppio binario, non implica necessariamente che il progetto originario possa ritenersi inammissibile. Al contrario, l'idea di predisporre diverse forme di accertamento in relazione alle diverse realtà criminali con le quali lo Stato deve rapportarsi, può dirsi condivisibile. Non possono, infatti, sottovalutarsi le peculiarità ed i rischi che caratterizzano l'associazionismo di stampo mafioso, né tantomeno può verosimilmente ritenersi che lo stesso metodo processuale utilizzato per l'accertamento dei reati "comuni", possa essere efficacemente utilizzato anche con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p.

Non sfugge, infatti, la palese differenza che intercorre tra la maggior parte dei reati contenuti all'interno del codice penale, ed il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p.

Già dall'analisi della definizione normativa di associazione per delinquere di stampo mafioso, contenuta all'interno della norma da ultimo citata, si manifestano tutte le peculiarità che connotano tale fenomeno criminale: la necessaria presenza di tre o più soggetti, lo sfruttamento della forza di intimidazione del vincolo associativo, la condizioni di assoggettamento e di omertà che tali organizzazioni sono in grado di determinare, sono tutti elementi che manifestano chiaramente la forte carica criminale insita in tale ipotesi delittuosa e la profonda differenza che connota tale fattispecie rispetto alle altre contenute nel codice di rito, in genere caratterizzate da un fatto tipico maggiormente circoscritto.

La verità è che il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, lungi dall'essere

esclusivamente una fattispecie delittuosa, è primariamente un fenomeno sociale, radicato nel territorio, ed preordinato alla commissione di una serie indistinta di reati.

Ciò che connota tale fenomeno, e che acuisce la pericolosità, è sicuramente “l’efficiente” apparato organizzativo, mediante il quale l’organizzazione stessa riesce, per un verso, a determinare quella condizione di assoggettamento ed omertà cui fa riferimento l’art. 416 *bis*, e per altro verso, a porre in essere quelle condotte delittuose preordinate all’acquisizione di profitti o vantaggi ingiusti.

Se dunque il fenomeno da contrastare si caratterizza per una fitta organizzazione, un forte radicamento sul territorio nazionale, una preordinazione alla commissione dei più svariati reati idonei a ledere beni giuridici quali l’incolumità delle persone e la sicurezza dei cittadini, è evidente come si sia dinanzi ad una fattispecie delittuosa che manifesta profili di pericolosità ben maggiori di quelli che presentano la maggior parte dei reati contenuti nel codice penale. Da quanto detto emerge come l’accertamento del reato di associazione per delinquere di stampo mafioso si presenterà verosimilmente più complesso: non solo perché più complessa risulterà la verifica dell’integrazione degli elementi che caratterizzano il fatto tipico, ma anche e soprattutto perché le peculiarità che connotano tale fattispecie delittuosa faranno, realisticamente, sorgere difficoltà pratiche di accertamento dei fatti, riconnesse all’esistenza di una fitta rete organizzata che porrà in essere attività volte a depistare le indagini, intimidire i testimoni o a mettere a repentaglio l’incolumità degli stessi investigatori.

Ragionevole, dunque, la scelta di fondo di predisporre un meccanismo di accertamento che, tenuto conto della maggiore organizzazione, radicamento e pericolosità del fenomeno da contrastare, si doti di differenziati strumenti che pongano lo Stato nelle condizioni di fungere da reale antagonista al crimine organizzato.

Posto dunque che l’ordinario sistema di accertamento delineato dal codice può, con riferimento ai reati di criminalità organizzata, rilevarsi inadeguato (perché pensato per reprimere forme meno diffuse e meno organizzate di delinquenza) il problema diviene quello di comprendere in che modo si possa intervenire all’interno del sistema codicistico al fine da apportare le necessarie modifiche.

Analizzando il sistema codicistico è possibile individuare tre diverse direttrici di intervento del legislatore: in primo luogo il potenziamento delle strutture investigative, in modo tale da adeguarle alla fisionomia del fenomeno mafioso; in secondo luogo, il rafforzamento degli strumenti investigativi, in particolare dei mezzi di ricerca della prova; infine, la modifica della disciplina relativa alle prove, con la definizione di un sistema di acquisizione probatoria idoneo a garantire la genuinità della stessa e l’incolumità dei soggetti coinvolti.

Ebbene, se la dottrina ha accolto favorevolmente le modifiche che hanno riguardato le strutture investigative, maggiori perplessità sono state manifestate con riferimento agli altri due settori d'intervento, posto che essi, concernendo l'ambito delle prove e dei mezzi di ricerca della prova, si mostravano maggiormente idonei ad entrare in conflitto con i diritti fondamentali dell'indagato/imputato.

Condivisibile è la scelta di intervenire in materia di organizzazione degli uffici dei pubblici ministeri al fine di renderli maggiormente idonei ad apprestare una efficace strategia di contrasto alla criminalità organizzata. Si provvede così alla riorganizzazione del sistema strutturale degli uffici del pubblico ministero, in guisa da evitare che la ripartizione territoriale degli uffici possa fungere da limite all'attività di indagine, istituendo le c.d. direzioni distrettuali antimafia, strutture in grado di fronteggiare in maniera adeguata il fenomeno mafioso, garantendo la professionalità, le competenze e il necessario coordinamento investigativo.

Unitamente a tale riorganizzazione si è anche provveduto a creare una struttura con competenza nazionale, la Direzione Nazionale Antimafia, alla quale sono riconosciuti compiti di impulso e coordinamento investigativo con specifico riferimento alle inchieste di criminalità organizzata.

La creazione di tali nuove strutture (d.d.a e d.n.a.), creando un sistema investigativo idoneo a garantire una migliore specializzazione degli uffici deputati alle investigazioni e consentendo un continuo scambio informativo ed un costante coordinamento su tutto il territorio nazionale, ha determinato di fatto un notevole miglioramento dell'efficacia investigativa.

Tuttavia, se tali interventi possono dirsi plausibili proprio nella misura in cui essi intervengono al di fuori del processo penale (posto che incidono sull'organizzazione degli apparati statali ed aspirano al potenziamento delle strutture e dei mezzi d'indagine), lo stesso non può dirsi con riferimento alle altre direttive di intervento, volte a delineare una disciplina derogatoria idonea ad incidere direttamente sul metodo di accertamento.

Come si accennava, infatti, maggiormente problematici risultano gli interventi legislativi mirati ad incrementare l'attività investigativa mediante un maggior impiego dei mezzi di ricerca della prova o mediante un maggior ricorso alla custodia cautelare.

Tali interventi, sebbene mossi dal medesimo intento di arginare i rischi connessi all'accertamento di determinate fattispecie delittuose, sono in grado di incidere in maniera rilevante sui diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento.

Tuttavia, anche tali interventi, per quanto concretamente idonei a comprimere alcuni diritti

dell'imputato non possono dirsi totalmente censurabili: essi andranno considerati legittimi nella misura in cui si ravvisi l'esigenza di tutelare un diverso ed inconciliabile interesse primario.

In altri termini, ogniqualvolta si presenti la necessità di assicurare la tutela di diritti fondamentali, quali la sicurezza pubblica, l'incolumità dei soggetti coinvolti nei procedimenti e l'efficacia dell'attività di repressione di tali fenomeni criminali, occorrerà verificare se, mediante un'attenta attività di bilanciamento di interessi, sia possibile derogare ai presidi garantistici offerti dal codice di rito agli imputati.

L'intervento maggiormente criticato è stato, tuttavia, quello volto a creare un sistema derogatorio idoneo ad incidere sugli ordinari mezzi di acquisizione probatoria, in deroga al principio del contraddittorio tra le parti.

Le problematiche che si pongono con riferimento alle deroghe in materia di prove in realtà racchiudono il quesito di fondo che caratterizza l'intera questione relativa all'ammissibilità del doppio binario: comprendere fino a che punto possa dirsi legittimo un sistema che, al fine di creare un apparato in grado di fronteggiare il crimine organizzato, apporti incisive deroghe ai presidi garantistici riconosciuti dal codice.

In altri termini, il problema del doppio binario risiede tutto nella possibilità di definire un modello di accertamento che riesca a coniugare efficienza e garantismo: impresa alquanto complessa, posto che quanto più si interviene al fine di aumentare il livello di efficienza del sistema processuale, tanto più si è costretti a diminuire le tutele riconosciute ai soggetti coinvolti.

Emblematica in tal senso la modifica in tema di acquisizione probatoria, delineata dall'art. 190 *bis* c.p.p.: limitare in talune ipotesi ed entro certi limiti l'escussione orale dei testimoni che abbiano già reso dichiarazioni in altri procedimenti, assicura certamente una maggiore tutela dell'incolumità dei dichiaranti, e riduce il rischio di episodi di intimidazione, garantendo la genuinità e l'affidabilità della prova, ma determina una compressione non indifferente del diritto alla difesa dell'imputato.

Il nucleo del problema va dunque ravvisato proprio nella difficoltà di predisporre un sistema che, pur perseguendo la legittima finalità di reprimere in maniera efficace forme di criminalità organizzata particolarmente pericolose, non vanifichi i principi fondamentali del nostro sistema giuridico.

In tal senso l'operato del legislatore non può certo lodarsi: il sistema normativo predisposto risulta spesso troppo sbilanciato a favore dell'efficienza e troppo poco attento alla tutela dei diritti difensivi.

A tale risultato ha contribuito non poco il clima emergenziale nel quale la riforma ha preso avvio: il contesto sociale che ha caratterizzato gli anni immediatamente precedenti alla riforma, ha infatti condizionato non poco il legislatore, il quale, spinto dalla necessità impellente di porre in essere un sistema che garantisce maggiore efficienza e che nel contempo fosse espressione della risposta dello stato agli episodi delittuosi posti in essere dalle associazioni per delinquere, ha posto in essere una disciplina poco equilibrata.

Il fatto che il legislatore non sia tuttavia riuscito a porre in essere una disciplina del tutto soddisfacente non esclude che il ricorso ad un sistema differenziato di accertamento rimanga ammissibile ed anzi auspicabile: si tratta tuttavia di definire attentamente gli ambiti entro i quali una deroga può legittimamente considerarsi ammissibile, e quelli in cui invece è opportuno mantenere un modello unitario, a garanzia dell'uguaglianza dell'accertamento.

Tuttavia, anche con riferimento a quei settori nei quali una limitazione dei diritti fondamentali appare inevitabile, ma cionondimeno imprescindibile, per garantire un corretto espletamento dell'attività investigativa e non solo, il legislatore dovrà delineare meccanismi che si mostrino idonei a determinare la minore lesione possibile dei diritti dei soggetti coinvolti.

In altri termini, il concetto di doppio binario e l'idea di predisporre modelli differenziati di accertamento può ritenersi condivisibile nei limiti in cui tale sistema derogatorio, pur determinando una compressione dei diritti fondamentali, trovi una sua legittimità nella necessità di tutelare altri e primari interessi di rango costituzionale. Ciononostante, l'ammissibilità del sistema diventa sempre più difficile da sostenere quanto più esso è destinato ad incidere sul cuore del processo, ovvero il giudizio, e la fase di acquisizione probatoria: in tale contesto il rischio di collisione con i principi fondamentali si fa maggiormente elevato.

Infine, è opportuna un'ultima considerazione in merito all'impostazione data all'elaborato: si è scelto di limitare il campo d'analisi alle sole norme contenute all'interno del codice di rito, all'interno delle quali si sancisce espressamente una deroga ai canoni ordinari.

Rimangono così escluse dal campo d'analisi le norme codicistiche che pur trovando ampia applicazione nell'ambito dei reati di criminalità organizzata non costituiscono una vera e propria deroga al regime ordinario, nonché quelle disposizioni che, seppur in qualche modo connesse al tema trattato, trovano una loro collocazione all'interno di normative speciali autonome e separate dal *corpus* del codice di rito.

Non saranno dunque esaminate le normative relative allo speciale regime carcerario riservato ai condannati per reati di mafia, né tantomeno quelle relative alle misure di prevenzione ovvero concernenti i rapporti tra lo Stato ed i collaboratori di giustizia.

L'analisi si pone infatti come obiettivo quello di verificare in che modo il sistema differenziato possa incidere all'interno del sistema di accertamento delineato dal codice di rito ed in che misura le cautele da quest'ultimo poste a presidio dei diritti degli imputati possano dirsi ammissibili: l'analisi si limiterà dunque a tale ambito, pur consapevoli dell'esistenza, al di fuori del codice, di normative idonee a dar vita a situazioni analoghe a quelle oggetto d'analisi.

CAPITOLO I

IL COORDINAMENTO DELLE INDAGINI DI CRIMINALITA'

ORGANIZZATA:

L'ORGANIZZAZIONE DELLA DIA, DDA E DNA E

IL RUOLO DEL PROCURATORE NAZIONALE ANTIMAFIA

Sommario: 1. Premessa: le ragioni della disciplina – 2. Le direzioni distrettuali antimafia – 2.1. L'organizzazione dei magistrati della D.D.A. – 2.2. Il giudice per le indagini preliminari distrettuale – 3. La direzione investigativa antimafia – 4. La direzione nazionale antimafia – 4.1. Collocazione e requisiti per la nomina – 4.2. Il coordinamento investigativo – 4.3. La disciplina dell'art. 371 bis c.p.p. – 4.3.1. Art. 371 bis, comma 3, lett a): il collegamento investigativo – 4.3.2. Art. 371 bis, comma 3, lett b): il potere di applicazione temporanea – 4.3.3. Art. 371 bis, comma 3, lett c): il potere di raccolta ed elaborazione delle conoscenze – 4.3.4. Art. 371 bis, comma 3, lett f) e g): la prevenzione e la risoluzione dei contrasti tra gli ufficiali del p.m. – 4.3.5. Art. 371 bis, comma 3, lett h): il potere di avocazione – 4.3.6. Una disciplina "incompleta": la mancata conversione delle lett d) ed e) – 5. Conclusioni

1. PREMESSA: LE RAGIONI DELLA DISCIPLINA

L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono 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.

Così l'art. 416 bis, c. 3, c.p. cristallizza il fenomeno mafioso, tentando di fornire una definizione normativa di una realtà difficilmente tipizzabile, stante la molteplicità di forme e ambiti che può assumere e su cui può operare; un fenomeno che, sebbene in grado di dispiegare la propria forza nei settori più disparati, è prima di tutto un fenomeno sociologico, dalle radici profonde, storicamente connaturato ad alcune realtà e dotato di una struttura organizzativa non indifferente.

Il legislatore tenta di cogliere gli aspetti peculiari di questo fenomeno, soffermandosi per un verso sulla «forza d'intimidazione» e sulla «condizione di assoggettamento», necessari per ottenere il controllo sul territorio (controllo che ha garantito a tali associazioni incredibile longevità), e per altro verso sulle finalità perseguite, caratterizzate dalla commissione di delitti e l'acquisizione di posizioni di potere nello svolgimento di attività economiche.

In tal modo il legislatore lascia sullo sfondo, senza menzionarlo, il carattere maggiormente qualificante di dette associazioni: l'organizzazione.

Le associazioni per delinquere di stampo mafioso presentano tutte, come tratto specializzante, una perfetta organizzazione, in grado di garantire l'acquisizione di un ruolo tutt'altro che secondario nell'ambito delle attività economiche e politiche del nostro Paese. Si

tratta di una rete perfettamente strutturata, in grado di gestire, con impressionante destrezza, tanto i rapporti verso il basso, quanto gli obiettivi prefissati.

Certo, come ogni fenomeno, anche quello mafioso è andato incontro a cambiamenti, mutamenti della fisionomia dettati dall'evoluzione storica e che hanno portato probabilmente ad affievolire alcuni aspetti caratterizzanti, e ad accentuarne altri, senza tuttavia far venir meno quel carattere di organizzazione che ancora lo contraddistingue.

La lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso non può dunque prescindere dall'analisi di questi aspetti, poiché sottovalutando la capacità organizzativa di dette associazioni si rischia di apprestare forme di contrasto del tutto inadeguate.

Se dunque la scelta politica-legislativa è stata quella di combattere il fenomeno nel suo insieme e non le sue singole manifestazioni, la risposta apprestata dallo Stato non può che configurarsi come altrettanto organizzata.

Se nelle indagini relative a singoli fatti delittuosi, si apprestasse una repressione che tenesse conto solo ed esclusivamente delle condotte del fatto, prescindendo da un'analisi di più ampio respiro, volta a cogliere tutti i collegamenti del caso, si commetterebbe un grave errore sia dal punto di vista delle dinamiche di indagine quanto, più in generale, sotto il profilo della lotta alla criminalità organizzata¹.

Se dunque la forza e la longevità delle associazioni per delinquere di stampo mafioso vanno ricercate nella capacità di instaurare fitte reti organizzative in grado di porre in essere condotte delittuose facenti parte di un disegno criminoso articolato, nello stesso modo la risposta dello Stato nell'apprestare forme di repressione di questi fenomeni deve mostrarsi altrettanto organizzata ed in grado di cogliere tutti i collegamenti, legami e rapporti intercorrenti all'interno di dette associazioni sì da poter apprestare effettive ed adeguate forme di repressione².

Per queste ragioni il legislatore, all'inizio degli anni '90, ha scelto di configurare nuove forme di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso, ponendo fine a pratiche di contrasto del tutto inefficaci, perché basate su indagini condotte in maniera del tutto frammentaria e nient'affatto coordinata.

Tuttavia il percorso che portò all'approvazione della d.l. n. 367 del 1991, convertito in l. 20 gennaio 1992, n. 8, istitutivo delle Direzioni Distrettuali Antimafia e della Direzione Nazionale Antimafia, non fu semplice, e non pochi furono i contrasti e i dibattiti in dottrina.

A fronte di chi sosteneva la necessità di apprestare una nuova organizzazione della magistratura in grado di fronteggiare la criminalità organizzata, vi era chi intravedeva, nella scelta di razionalizzare e riorganizzare gli uffici delle procure, un pericolo per l'indipendenza e l'autonomia della magistratura.

Il rischio paventato era, infatti, quello di "frustrare" il principio di obbligatorietà dell'azione penale che comporta, come suo corollario, la massima diffusione del potere d'indagine e

¹ Cfr. CHINNICI, *Competenza territoriale e indagini collegate in materia di associazioni di tipo mafioso*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. BARGI, diretto da GAITO-SPANGHER, Giappichelli, 2013, p. 346.

² In soluzione di continuità con quanto qui sostenuto FALCONE, *l'esperienza giudiziaria italiana e quella statunitense in tema di repressione della criminalità organizzata. Brevi considerazioni in vista della riforma del processo penale italiano*, in ID., *interventi e proposte (1982-1992)*, a cura della Fondazione G. e F. Falcone, Firenze, 1994, p. 144 ss. «questa è la realtà con cui ci si deve confrontare; [...] il vero oggetto del problema è quello di una efficace repressione di n fenomeno che, oltre che sociale ed economico, è anche di natura prettamente giudiziaria».

dell'azione penale, evitando accentramenti di potere in mano a pochi magistrati e sfuggendo dunque da qualsiasi concentrazione del potere a livelli diversi da quelli dell'unità di base³.

Inoltre, a destare preoccupazione nella giurisprudenza contraria all'attuazione di un doppio binario investigativo, vi era il timore di creare assetti di tipo gerarchico degli uffici del p.m., assetti che più facilmente avrebbero comportato il rischio di un assoggettamento al potere esecutivo.

Tali perplessità, comprensibili nei limiti in cui tentavano di impedire che stravolgimenti della disciplina processualistica potessero portare ad un'erosione dei principi costituzionali, ebbero modo di riflettersi in sede di conversione del citato d.l. , tanto da portare all'adozione di un testo di compromesso.

Infatti, la soluzione accolta nella l. n. 8 del 1992, se rappresentò un primo importante passo per introdurre nel nostro ordinamento più incisive forme di lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso, fu d'altro canto amputata di alcune disposizioni chiave, in particolare con riferimento ai poteri del Procuratore Nazionale Antimafia, con il preciso intento di evitare un accentramento di poteri nelle mani dello stesso: affidare al procuratore nazionale poteri che andassero oltre il semplice coordinamento delle indagini, secondo parte della dottrina, avrebbe determinato quella lesione dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura cui si accennava.

Tali rilievi critici ebbero modo di manifestarsi in particolare con riferimento alla possibilità di istituire un organo nazionale con funzioni direttive, posto che tale scelta avrebbe comportato una deviazione dai modelli processuali descritti nel codice di rito, e tenuto conto del fatto che la creazione di un unico vertice dotato di poteri direttivi relativi all'attività delle procure avrebbe determinato una maggiore esposizione al rischio di lesione dei principi costituzionali di indipendenza e autonomia degli uffici del p.m. .

Ciò comportò l'eliminazione di alcune disposizioni all'interno dell'art. 371 *bis*⁴, quali le lett. d) ed e), del comma 3, attributive in capo al Procuratore Nazionale Antimafia di poteri di direzione dell'attività di indagine in tema di lotta alla criminalità organizzata, nonché di indirizzo e controllo dell'attività dei singoli procuratori distrettuali, poteri che furono ritenuti eccessivi, perché in grado di attribuire, ad un unico organo, la possibilità di intervenire in maniera "pregnante" nell'ambito delle investigazioni, senza peraltro predisporre alcuna modalità di controllo in guisa da evitare eventuali degenerazioni dell'esercizio degli stessi.

La soluzione accolta fu quindi quella di istituire una Direzione Nazionale Antimafia: non una superprocura con compiti di direzione, ma un organo di sostegno all'attività delle singole Procure in grado di garantire forme di coordinamento appropriate.

Il contrasto dottrinale in merito all'opportunità di adottare normative derogatorie in tema di lotta alla criminalità organizzata, e le problematiche riconnesse alla ricerca del modello più idoneo da utilizzare, ben descrive quella che potremmo definire la questione centrale

³ Cfr. D'ALESSIO, *Attribuzioni delle procure distrettuali e delle direzioni distrettuali antimafia create al loro interno*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, (a cura di) Bargi, (diretto da) GAITO-SPANGHER, Giappichelli, 2013, p. 250.

⁴ L'articolo, introdotto dall'art. 7 del D.L. 20 novembre 1991, rubricato «attività di coordinamento del procuratore nazionale antimafia» disciplina i compiti e le funzioni di detto organo, descrivendo i poteri ad esso attribuiti e gli spazi di intervento riservategli nell'ambito dei procedimenti di cui all'art. 51, c. 3-*bis*

nell'analisi del problema, che tende a ripresentarsi ogniqualvolta si appronta un esame della disciplina derogatoria.

Detta questione può essere sintetizzata nella ricerca costante di un equilibrio tra il necessario rispetto della normativa costituzionale in tema di garanzie processuali, e la ricerca di forme adeguate di contrasto al fenomeno mafioso, che richiedono necessariamente la predisposizione di un modello organizzativo che si discosti da quelli ordinari e che sia dotato della duttilità necessaria ad affrontare fenomeni criminali *sui generis*.

È proprio la ricerca di detto equilibrio che ha dunque guidato il percorso di approvazione della legge n. 8 del 1992, dalla quale è scaturito un nuovo sistema organizzativo della fase delle indagini preliminari con una deroga alla normativa sulla ripartizione delle competenze degli uffici dei pubblici ministeri, (e conseguentemente quella che riguarda gli uffici del Giudice per le indagini preliminari) nonché la disciplina dei poteri del Procuratore nazionale antimafia, organo che, come accennato, ricopre un ruolo centrale in tema di coordinamento dell'attività di indagine.

2. LE DIREZIONI DISTRETTUALI ANTIMAFIA

La scelta del legislatore si è dunque orientata nel senso di creare un nuovo sistema caratterizzato da forme organizzative degli uffici degli organi inquirenti in grado di fronteggiare il fenomeno mafioso in maniera adeguata, garantendo la professionalità, le competenze e il necessario coordinamento investigativo.

La prima rilevante novità introdotta dal legislatore è certamente riscontrabile nell'istituzione di ventisei Direzioni Distrettuali, dislocate in tutto il territorio nazionale, la cui introduzione ha comportato una evidente deroga al generale criterio di definizione della legittimazione spettante al p.m., così come definito dall'art. 51 c.p.p.

Ai sensi del comma 1, lett a) della norma citata, infatti, nei procedimenti che potremmo definire "ordinari", le funzioni di pubblico ministero sono esercitate «nelle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado dai magistrati della Procura della Repubblica presso il Tribunale»; il successivo comma 3 dispone che «le funzioni previste al comma 1 sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice competente a norma del capo II del titolo I».

Se dunque per l'individuazione del titolare dell'azione penale (con riferimento alla quasi totalità dei reati previsti nel codice penale) il criterio da utilizzare sarà quello anzi detto, con riferimento ai reati di associazione per delinquere di stampo mafioso⁵ il legislatore al comma 3bis dello stesso art. 51 ha, invece, previsto che «le funzioni indicate nel comma 1 lett a) sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nei cui ambito ha sede il giudice competente»

⁵ Nonché con riferimento ad una serie di altri delitti inseriti dal legislatore nell'ambito del doppio binario investigativo tramite il d.l. n. 374/2001, convertito in l. n. 438/2001 (che ha inserito il comma 3 *quater*, relativo ai reati con finalità terroristiche) e la l. 18 marzo 2008, n. 48, di ratifica ed esecuzione alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica (che ha inserito nell'art. 51 il comma 3 *quinqüies*).

In questo modo, il legislatore concentra l'attività investigativa presso le direzioni distrettuali, accrescendo così il grado di efficienza dell'attività di indagine, non solo per la tendenziale specializzazione de magistrati addetti, ma anche, e forse soprattutto, per la conduzione *ab origine*, unitaria all'interno dello stesso distretto, delle indagini preliminari per i reati di cui all'art. 51, comma 3 *bis*⁶.

La scelta adottata dal legislatore del '90 ha dunque tentato di porre rimedio alle problematiche sopra esposte, preferendo un criterio ritenuto in grado di dotare gli uffici del pubblico ministero di un'organizzazione idonea a contrastare le politiche criminali delle associazioni per delinquere.

In realtà tale strada non si configurava come l'unica percorribile, posto che vi furono, in sede di redazione della normativa, proposte differenti. Non mancò, infatti, chi riteneva più idoneo, e forse più rispettoso dell'originaria struttura degli uffici dei pubblici ministeri, attribuire la legittimazione alle Procure generali presso le Corti di appello. In tal modo si sarebbe probabilmente evitata la creazione di strutture specializzate, determinando un minor stravolgimento del sistema delineato dal codice di rito.

Tuttavia tale soluzione fu esclusa in ragione sia del profilo organizzativo delle Procure generali, poco idonee alla gestione di un numero elevato di indagini particolarmente complesse, sia per non tradire la scelta di fondo del codice di rito che individua l'organo titolare delle indagini nel Procuratore della Repubblica⁷.

Ciò premesso, va precisato come l'ambito distrettuale sia un mero criterio convenzionale che mira a mantenere intatta la distribuzione geografica della giurisdizione, ma che non tiene in alcun modo conto delle modalità con cui i gruppi criminali operano sul territorio e perseguono le proprie attività illegali.

Tuttavia, il criterio che individua il titolare delle indagini nel pubblico ministero presso il Tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente, è l'unico adottabile in assenza di un ufficio nazionale che individui le priorità dell'azione penale e distribuisca, di conseguenza, le risorse, posto che, come si avrà modo di precisare, l'organo nazionale predisposto dalla riforma del '92 è privo di detti poteri.

D'altro canto tale soluzione è l'unica che permette di delineare un assetto degli uffici del pubblico ministero che conservi un'aderenza con la dislocazione degli uffici giudicanti innanzi ai quali si svolge il procedimento penale⁸.

Tale ultimo aspetto è tutt'altro che trascurabile, posto che il suo mancato rispetto determinerebbe la frustrazione del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Stante il disposto dell'articolo 112 a Cost., che sancisce l'obbligo per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale, è imprescindibile la predisposizione di un organo deputato al controllo dell'attività dello stesso pubblico ministero, il giudice, al quale è appunto demandato il compito di verificare il corretto svolgimento dell'attività del p.m. in termini di esercizio

⁶ Affidando infatti la conduzione delle indagini alle procure distrettuali il legislatore fa in modo che soltanto a queste spetterà la conduzione delle indagini relative ai reati di criminalità organizzata, permettendo in tal modo, riducendo al minimo i rischi di contrasti tra procure e garantendo in tal modo una conduzione delle indagini organica e coordinata.

⁷ Cfr. VIGNA, *Le "nuove indagini preliminari nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata"*, in AA.VV. *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993, p. 46.

⁸ Cfr. CISTERNA, *Le funzioni e i poteri della direzione nazionale antimafia nelle linee di politica criminale e nella prassi del processo penale*, in AA.VV., *il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, (a cura di) Bargi, (diretto da) GAITO- SPANGHER, Giappichelli, 2013, p. 275 ss.

dell'azione penale e che conseguentemente richiede una necessaria correlazione territoriale tra ufficio del pubblico ministero e ufficio del giudice.

Tale aspetto ci offre, peraltro, uno spunto per riconsiderare quelle che sono state le perplessità e i contrasti che hanno caratterizzato il dibattito dottrinale durante l'approvazione della riforma del '92.

Stante infatti il limite invalicabile posto dall'art. 112 Cost., risultava difficilmente ammissibile la predisposizione di una struttura gerarchizzata degli uffici del pubblico ministero al vertice della quale porre la Direzione Nazionale Antimafia.

Non è infatti pensabile, stante il principio di obbligatorietà dell'azione penale, la predisposizione di una struttura centrale del pubblico ministero, posto che la stessa, per definizione (in quanto organo di vertice), non ammetterebbe alcun tipo di controllo né di sindacato sull'esercizio delle proprie attribuzioni, se non di carattere politico, determinando così una violazione del principio in questione. In mancanza di "appigli normativi" in grado di affievolire la portata del principio di obbligatorietà, l'unica strada percorribile rimaneva quella di un organo nazionale con poteri di mero coordinamento e supporto agli uffici periferici.

La scelta del legislatore, dunque, risulta dunque l'unica ammissibile, stante l'interpretazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, posto che la scelta di non voler mutare la struttura organizzativa del nostro sistema, e dunque la scelta di non voler abbandonare un modello che vede nel giudice territorialmente competente l'organo deputato al controllo delle scelte del pubblico ministero in materia di esercizio dell'azione penale, non permette in alcun modo soluzioni differenti.

Stante il necessario rispetto dei principi costituzionali non sfugge, tuttavia, come in questo modo si rischi di generare un sistema che, seppur incanalato nella giusta direzione, rimane inadeguato⁹, soprattutto se si pone l'accento su quelli che potrebbero essere i vantaggi, in termini di efficienza nello svolgimento delle indagini, che deriverebbero dall'adozione di un modello differente.

Pur mantenendo inalterato il disposto costituzionale che pone in capo al p.m. un obbligo di esercizio dell'azione penale e che conseguentemente pone in luce la necessità di individuare un organo deputato a tale controllo, tuttavia si potrebbe intervenire sul sistema delineato nel codice di rito al fine di individuare, nei procedimenti di carattere mafioso, un diverso sistema di controllo sull'esercizio dell'azione penale, un sistema che consenta un'articolazione gerarchizzata degli uffici del p.m., che dunque consegna al Procuratore nazionale una gamma di poteri direttivi e organizzativi più incisivi di quelli attuali, senza tuttavia svilire il principio di obbligatorietà.

Optare per una struttura gerarchica dei p.m., individuando un organo al vertice che sia in grado di indirizzare e dirigere dall'alto le indagini, con poteri non di mero coordinamento, non significa necessariamente affidare alla totale discrezionalità di tale organo le scelte strategiche, senza alcun tipo di controllo: significa soltanto individuare diverse tipologie di controllo non

⁹ In tal senso tanto chiaramente quanto duramente si è espresso FALCONE, *l'esperienza giudiziaria italiana e quella statunitense in tema di repressione della criminalità organizzata. Brevi considerazioni in vista della riforma del processo penale italiano*, in ID., *interventi e proposte (1982-1992)*, a cura della Fondazione G. e F. Falcone, Firenze, 1994, p. 143 ss. «fino a quando in Italia vi saranno rigide normative sulla obbligatorietà dell'azione penale [...] il problema della repressione giudiziaria della criminalità organizzata, nonostante il nuovo codice di procedura penale, non avrà fatto un passo avanti, ma, anzi, si sarà aggravato».

limitate alle scelte operate dai procuratori distrettuali, che tengano conto delle scelte di più ampio respiro operate anche e soprattutto sulla scorta delle indicazioni impartite dall'organo nazionale, che, in quanto tale, ha una visione d'insieme fondamentale nell'ambito delle indagini sui fatti di criminalità organizzata. In altri termini, "organo di vertice" non va inteso come organo dotato di un potere decisionale illimitato, bensì come organo in grado di impartire direttive vincolanti nei confronti dei soggetti gerarchicamente subordinati, fermo restando, come limite invalicabile, il principio di obbligatorietà dell'azione penale, dal quale neanche l'organo di vertice potrà ritenersi esonerato.

2.1. L'ORGANIZZAZIONE DEI MAGISTRATI DELLA D.D.A.

La scelta di assegnare le funzioni inquirenti in materia di reati di matrice mafiosa ad un'articolazione interna alla Procura della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto nei cui ambito ha sede il giudice competente, risponde, come si accennava, ad esigenze di carattere rigidamente investigativo: dette esigenze nascono dalla necessità di approntare forme di contrasto alle associazioni per delinquere di stampo mafioso particolarmente organizzate e mirano a creare strutture che siano in grado cogliere i collegamenti e i legami intercorrenti tra i singoli episodi delittuosi alla luce del contesto mafioso in cui sono attuate e perseguono dunque il più ambizioso obiettivo di sviscerare le associazioni stesse non limitandosi a perseguire gli autori materiali dei reati¹⁰.

Se la finalità perseguita era quella di creare una struttura in grado di porsi come reale e concreta "antagonista" alle svariate forme di manifestazione di criminalità organizzata, risultò oltremodo necessario dettare una disciplina atta a delineare i criteri tramite i quali organizzare i magistrati all'interno di detti uffici, fissando dei canoni che fossero in grado di garantire l'efficienza, la specializzazione e le competenze di coloro che sarebbero stati destinati alle procure distrettuali.

In questo senso è verosimile ritenere che il legislatore abbia voluto strutturare le Direzioni Distrettuali Antimafia come una sorta di articolazioni "specializzate" delle Procure della Repubblica presso cui sono costituite, differenziandole formalmente e sostanzialmente.

Un primo elemento caratterizzante che si evince immediatamente dalla disciplina, è costituito dal fatto che la competenza funzionale della direzione distrettuale antimafia non è stabilita mediante un provvedimento interno del capo dell'ufficio, come avviene per gli altri dipartimenti, ma discende direttamente dall'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p. che elenca nominativamente i reati per i quali le funzioni di P.m. sono attribuite al Procuratore distrettuale antimafia¹¹.

Ciò posto, è imprescindibile una disamina della disciplina contenuta nuovo art. 70 *bis* ord. giud.¹², al quale è demandata la disciplina degli aspetti più rigidamente organizzativi degli uffici della Direzione Distrettuale Antimafia.

¹⁰ Cfr. CHINNICI, *competenza territoriale e indagini collegate in materia di associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 346

¹¹ Cfr. D'ALESSIO, *attribuzioni delle procure distrettuali e delle direzioni distrettuali antimafia create al loro interno*, cit., p. 251.

¹² Introdotto dall'art. 5 del d.l. n. 367/1991 e abrogato dall'art. 120 del d.lgs. n. 159 del 2011, norma, quest'ultima, che ne ha determinato la trasposizione nell'art. 102 del codice antimafia.

La norma prevede che il Procuratore della Repubblica del Tribunale del capoluogo del distretto costituisca, all'interno della Procura, una struttura apposita, dotata di competenza specifica, limitata ai soli reati compresi nell'art. 51, comma 3 *bis* che tuttavia non possiede un'autonomia funzionale e pertanto non va considerata come una distinta procura.

La scelta dei magistrati che prenderanno parte alle attività della procura distrettuale (la durata del cui incarico è fissata in due anni e con possibilità di proroga per altri 2 bienni) compete allo stesso capo dell'ufficio, che nella scelta dovrà tenere conto delle «specifiche attitudini» di ciascuno degli aspiranti e delle relative «esperienze professionali», parametri, questi ultimi, che dovranno essere valutati tenendo conto delle indicazioni fornite dal C.S.M.¹³, e che dovranno essere adeguatamente motivati.

La designazione dei magistrati dotati delle necessarie attitudini avverrà solo a seguito dell'acquisizione del parere obbligatorio, ancorché non vincolante, del Procuratore Nazionale Antimafia, parere che ha una portata identica a quello previsto per la nomina dei sostituti addetti alla Direzione Nazionale¹⁴.

Tale obbligo di acquisizione del parere del Procuratore Nazionale Antimafia, unitamente all'obbligo di comunicare allo stesso, preventivamente, ogni eventuale variazione della composizione della direzione, permette una costante partecipazione del Procuratore Nazionale alle attività relative alla composizione delle varie procure distrettuali, consentendogli, in tal modo, di svolgere quelle funzioni di impulso e di collegamento che gli sono attribuite a norma dell'art. 371 c.p.p.

A conferma del fatto che si tratti di un'articolazione speciale, che dunque risponde a regole organizzative differenti, è opportuno notare come qualora si ritenesse opportuno delegare le funzioni di p.m. nella fase dibattimentale ad un magistrato appartenente ad una procura diversa da quella presso la quale è costituita la direzione distrettuale, si renderà necessario l'intervento derogatorio del Procuratore Generale, il quale, su richiesta del Procuratore Distrettuale, assegnerà lo svolgimento delle funzioni del p.m. nel dibattimento ad un magistrato individuato dal Procuratore della Repubblica presso il giudice competente, il quale compirà una scelta tra i sostituti procuratori del proprio ufficio (art. 51, comma 3° ter)¹⁵.

Peraltro la Corte di Cassazione ha precisato¹⁶ che la designazione, una volta avvenuta, comporterà non soltanto l'investitura delle funzioni di p.m. nell'udienza dibattimentale in senso stretto, ma determinerà anche la legittimazione allo svolgimento dei procedimenti incidentali.

In ultimo, sempre con riferimento alla composizione degli uffici delle Direzioni distrettuali antimafia, va sottolineato come l'assegnazione di un procedimento relativo ad uno dei reati indicati nell'art. 51 comma 3 *bis* ad un magistrato, appartenente allo stesso ufficio, ma diverso da quelli che compongono la D.D.A., è possibile soltanto in casi eccezionali e sulla base di un formale provvedimento adottato dal Procuratore Distrettuale, stante quanto disposto dall'art. 70-*bis*, comma 3 ord. giud.: è da ritenere che in tali ipotesi l'assegnazione del procedimento legittimi il magistrato tanto allo svolgimento delle indagini quanto all'esercizio delle funzioni di pubblico ministero in dibattimento.

¹³ Contenute nella circolare n. P. 93. 02596 del 13.2.1993.

¹⁴ Cfr. TERESI, *Direzione nazionale e direzioni distrettuali antimafia*, Giuffrè, 1993, p. 144.

¹⁵ Cfr. D'ALESSIO, *attribuzioni delle procure distrettuali e delle direzioni distrettuali antimafia create al loro interno*, cit., p. 251.

¹⁶ Cass, 15 febbraio 1995, Leali, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3068.

Peraltro, sempre con riferimento a tale ultima ipotesi considerata, il C.S.M., nella circolare sopracitata, ha puntualizzato che il provvedimento mediante il quale avviene l'assegnazione del procedimento ad un magistrato non appartenente alla D.D.A. deve essere motivato, e prontamente comunicato ai magistrati addetti alla direzione ed allo stesso Consiglio Superiore.

La disposizione, chiaramente mirata ad evitare qualsiasi forma di discrezionalità incontrollata nella scelta dei componenti del "pool", tenta di arginare il rischio di "designazioni privilegiate", suscettibili di incidere in modo determinante sulla conduzione di un'indagine: per tali ragioni il C.S.M. prescrive rigide forme di trasparenza dei provvedimenti, con possibilità di reclami, in guisa da costituire garanzie che, stante la delicatezza della materia, si presentano come irrinunciabili¹⁷.

Di particolare rilievo, perché consente una disamina dell'annoso problema dei controlli da apprestare nei confronti di una struttura *sui generis* come quella in esame, appare il disposto dell'art. 70-bis 1° comma ultima parte, che prevede che «la composizione e le variazioni della direzione sono comunicate senza ritardo al Consiglio Superiore della Magistratura».

Partendo dunque dal dato normativo, l'organo di autogoverno ha provveduto all'emanazione della circolare n. P. 93. 02596 del 13.2.1993, poc'anzi citata, tramite la quale, dopo aver affermato la propria competenza decisionale con riferimento a tutte le questioni concernenti lo "status" dei magistrati, ha affrontato l'intera materia, precisando alcuni aspetti rilevanti in tema di designazione dei magistrati con riferimento alle regole procedurali per il perfezionamento della designazione stessa.

In particolare, con riferimento alla designazione dei magistrati ritenuti in possesso delle competenze necessarie (esclusi, per espressa previsione dell'art. 70-bis ord. Giud., i magistrati ordinari in tirocinio), la circolare prevede che il decreto di designazione emesso dal Procuratore distrettuale, acquisito il parere del Procuratore Nazionale abbia efficacia immediata, fermo restando che il suddetto decreto viene chiaramente considerato quale mera proposta la cui approvazione è rimessa allo stesso C.S.M.; è inoltre previsto che in caso di mancata approvazione, ovvero nell'ipotesi in cui siano sorte contestazioni di qualsiasi genere, il decreto in oggetto venga restituito, unitamente ai verbali relativi al procedimento al procuratore della repubblica ai fini di una nuova valutazione.

Si tratta di previsioni che sembrano spingersi oltre rispetto al dettato normativo, ma che vanno comunque considerate coerenti con il potere di controllo, rimesso al C.S.M., in materia di incarichi interni. Le peculiarità delle procure distrettuali, e l'autonomia organizzativa loro riconosciuta, non possono infatti spingersi fino al punto di non consentire alcun sindacato in merito alle scelte relative alle designazioni dell'organico.

Questa rapida disamina della normativa relativa alla composizione e ai meccanismi di designazione dei magistrati membri delle Direzioni Distrettuali Antimafia consente di evidenziare i caratteri di specialità di dette strutture, punto di partenza in qualche modo obbligato per cogliere le peculiarità di un più ampio sistema, quello del doppio binario per l'appunto, che il legislatore sembra aver voluto creare nel corso degli anni, intervenendo in diverse disposizioni del codice di rito, nel tentativo di adeguare la normativa processualistica alle più stringenti esigenze e problematiche sorte nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata di matrice mafiosa.

¹⁷ Cfr. TERESI, *Direzione nazionale e direzioni distrettuali antimafia*, cit., p. 146.

Viene dunque delineata una disciplina che, per quanto possibile, tenta di garantire l'efficienza degli uffici, senza tuttavia trascurare le esigenze di trasparenza nell'individuazione dei soggetti deputati alla gestione dei procedimenti relativi alla criminalità organizzata, in guisa da creare una struttura che, seppur per molti versi peculiare, non frustri le esigenze di coerenza sistematica sottese all'intero sistema codicistico.

Ciò posto, non sfugge certamente come la predisposizione di una struttura *sui generis*, in qualche modo specializzata, cui è demandata la trattazione di una determinata tipologia di procedimenti, pone certamente problemi di coordinamento con la normativa "ordinaria" del codice, imponendo dunque un'analisi dei rapporti intercorrenti tra i magistrati facenti parte della Direzione Distrettuale Antimafia e gli "altri" magistrati, nel tentativo di scongiurare ipotesi di conflitto tra i diversi uffici, e al fine di garantire la tenuta complessiva del sistema. La costituzione di un ufficio strutturato entro l'ambito della Procura presso il Tribunale capoluogo di distretto che è competente per tutti i procedimenti indicati nell'art. 51, comma 3° *bis* porta con sé, come logica conseguenza, che il suddetto ufficio abbia competenza territoriale estesa a tutto il distretto di Corte d'appello, e ciò a fronte della competenza della Procura ordinariamente limitata al circondario del Tribunale presso cui è costituita.

Da questa particolarità deriva che soltanto i magistrati assegnati alla Direzione Distrettuale Antimafia possono considerarsi legittimati a svolgere le funzioni di pubblico ministero relativamente ai reati di cui all'art. 51, comma 3bis, con conseguente esclusione di qualsiasi titolarità dell'esercizio dell'azione penale sia in capo ai magistrati di ogni altra procura del distretto, sia ai magistrati appartenenti alla Procura del capoluogo di distretto ma non assegnati alla Direzione Distrettuale.

Peraltro, va messo in evidenza come, al contrario, per i magistrati assegnati alla D.D.A. non sussiste alcun tipo di divieto allo svolgimento delle funzioni di pubblico ministero in relazione a reati, di competenza della Procura del tribunale, diversi da quelli previsti dall'art. 51, comma 3 *bis*.

A conferma di ciò militano ragioni di carattere testuale oltreché di ordine logico. Infatti, lo stesso articolo 51, comma 3 *bis* c.p.p., se da un lato seleziona le tipologie di reati tassativamente attribuiti alla competenza esclusiva della Direzione Distrettuale, dall'altro lato non pone nessun tipo di divieto in capo agli stessi magistrati con riferimento alla possibilità di svolgere le funzioni proprie del p.m. in ogni altro tipo di procedimento penale.

Da un punto di vista logico, poi, è sufficiente osservare come i magistrati appartenenti alla D.D.A. (stante il particolare assetto di tale ufficio come articolazione interna della procura), «se risultano dotati di una attribuzione esclusiva per determinati reati, non hanno tuttavia perduto il proprio *status* di magistrati in servizio presso la procura del capoluogo di distretto, e in quanto tali non possono considerarsi privi della legittimazione allo svolgimento delle generali funzioni inquirenti attribuite all'ufficio di procura di appartenenza»¹⁸.

Sempre al fine di meglio delimitare l'ambito entro il quale le Direzioni Distrettuali Antimafia dispiegano le loro attività, merita un accenno la problematica relativa alle sorti dei procedimenti che seppur non rientranti all'interno del catalogo di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, sono ad essi connessi.

¹⁸ Cit. D'ALESSIO, *Attribuzioni delle procure distrettuali e delle direzioni distrettuali antimafia create al loro interno*, cit., p. 256.

L'attribuzione dei delitti di matrice mafiosa agli uffici del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto, deve infatti considerarsi come una regola prevalente rispetto a qualsiasi altro criterio di determinazione della competenza del giudice, con attrazione anche rispetto ad altri reati eventualmente connessi. Peraltro, trattandosi di una deroga assoluta alle regole sulla competenza territoriale, ne consegue che le attribuzioni riconosciute in capo ai magistrati delle D.D.A. si estendono a tutti i reati connessi anche più gravi, anche nell'ipotesi in cui siano di competenza di un tribunale non compreso entro il distretto¹⁹.

La stessa Corte di Cassazione ha da subito compreso la particolare forza derogatoria della disciplina *de qua* e, intervenendo nella questione²⁰, ha precisato che: «l'art. 51 comma 3° bis, che prevede una deroga assoluta ed esclusiva alle regole sulla competenza per territorio, limitata ai reati in essa contemplati, è entrato a far parte del sistema normativo sulla competenza in generale con la conseguenza: a) che per i reati in essa previsti, nell'ambito del distretto, vi è deroga ad ogni altro criterio di competenza in favore dell'ufficio del p.m. presso il tribunale del capoluogo; b) che per la distribuzione della competenza del territorio delle procure dei diversi capoluoghi (direzioni distrettuali antimafia) deve aversi riguardo alle regole poste dagli artt. 8 ss.; c) che analogo principio deve valere nei casi di connessione di procedimenti relativi ai reati di cui al cit. art. 51, avuto riguardo agli artt. 12 ss. e in particolare all'art. 16; d) che la regola posta dal cit. art. 12 si estende anche alla competenza per territorio determinata dalla connessione, con i procedimenti relativi ai reati di cui all'art. 51, di altri procedimenti relativi ad ogni altra specie di reato, consumato o tentato, sia all'esterno che all'interno del distretto in cui ha sede l'ufficio del p.m. del capoluogo; e) che lo stesso art. 51 stabilisce la competenza funzionale dell'ufficio del p.m. (D.D.A.) del capoluogo del distretto e dei tribunali compresi nello stesso distretto, nel senso che, in caso di connessione di procedimenti, prevale sempre la competenza del p.m. e dei giudici di cui all'art. 51, anche in deroga all'art. 16, comma 1».

La deroga apprestata dal legislatore dunque appare dotata di una forza "dirompente", che non può non riflettersi e condizionare il sistema normativo ordinario.

Tale particolare forza derogatoria deve inevitabilmente riconoscersi, posto che ragionando diversamente si rischierebbe di vanificare gli sforzi del legislatore nel predisporre strutture specializzate.

D'altronde la creazione delle Direzioni Distrettuali, come accennato, si pone anche l'obiettivo di garantire il necessario coordinamento investigativo in un ambito dove le connessioni tra le diverse ipotesi delittuose, e l'individuazione di legami tra essi intercorrenti risultano di fondamentale importanza; tale obiettivo risulterebbe certamente frustrato se si lasciassero fuori dalle attribuzioni delle Procure Distrettuali i reati connessi.

2.2. IL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI DISTRETTUALE

Strettamente connesso alla normativa delineata dall'art. 51 c.p.p. risulta il disposto dell'art. 328, comma 1 *bis* c.p.p. il quale prevede che «Quando si tratta di procedimenti per i delitti indicati nell'art. 51 commi 3 *bis* e 3-*quater* le funzioni di giudice per le indagini preliminari sono

¹⁹ Cfr. CHINNICI, *competenza territoriale e indagini collegate in materia di associazioni di tipo mafioso*, cit, p. 337

²⁰ Sent. 7 luglio 1993 n. 1940, *Anastasio*, in *Arch. N. proc. Pen.*, 1994, p. 98

esercitate, salve specifiche disposizioni di legge, da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente».

Nelle particolari ipotesi descritte dall'art. 51, comma 3 *bis* si ha, dunque, ancora una deroga alle ordinarie regole di determinazione della competenza, delineandosi una disciplina estensiva della competenza del giudice per le indagini preliminari, identica rispetto a quella vista per la procura distrettuale.

Ordinariamente, infatti, le attribuzioni del pubblico ministero sono derivate rispetto alla disciplina della competenza del giudice. La competenza degli organi giudicante determina, infatti, per espressa previsione dell'art. 51, comma 3, anche l'individuazione dell'ufficio della procura cui spetta la conduzione delle indagini²¹.

In via derogatoria, invece, per i reati di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, sarà il g.i.p. del tribunale del capoluogo di distretto ad assorbire la competenza che, per ogni altra fattispecie di reato, è dei g.i.p. dei vari tribunali ricompresi nel distretto e competenti territorialmente per la celebrazione del giudizio di cognizione²².

Per i reati di associazione mafiosa²³ il legislatore ha dunque creato un giudice per le indagini preliminari che potremmo definire "distrettuale", che funge da referente del Procuratore Distrettuale, al chiaro scopo di evitare che il p.m. distrettuale, dopo aver condotto indagini unitarie, caratterizzate da una visione d'insieme, sia poi costretto a frazionare il procedimento in relazione alle competenze del g.i.p. circondariale, ogni qualvolta siano richieste decisioni spettanti a tale giudice²⁴.

Tuttavia, va precisato come la competenza del g.i.p. non costituisce un'articolazione autonoma dell'ufficio g.i.p. come invece avviene per le D.D.A.: tutti g.i.p. sono ugualmente e indistintamente competenti a svolgerle proprie funzioni anche con riguardo ai reati *ex* art. 51, comma 3 *bis*, a conferma del fatto che la scelta di creare un giudice competente per tutto il distretto sia stata dettata dalla necessità di adeguare la normativa processualistica al nuovo assetto organizzativo adottato con riferimento ai fatti di mafia²⁵.

Per completare il quadro relativo alle attribuzioni non resta che analizzare la disciplina relativa al giudice del dibattimento, che in realtà non subisce alcuna deroga, posto che il legislatore non ha ritenuto opportuno modificare i criteri per l'individuazione di tale organo. Dunque, legittimato ad accertare i fatti oggetto di indagine da parte della Direzione Distrettuale Antimafia sarà il giudice individuato sulla base dei criteri fissati dagli artt. 4 e ss.

Il legislatore ha dunque preferito limitare la normativa derogatoria alla sola fase delle indagini preliminari, ritenendo sufficiente, per apprestare forme adeguate di contrasto alla criminalità organizzata, limitarsi a riorganizzare le strutture investigative²⁶.

²¹ ai sensi dell'art. 51, comma 3 «le funzioni previste dal comma 1 sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice competente a norma del capo II del titolo I».

²²Cfr. D'ALESSIO, *attribuzioni delle procure distrettuali e delle direzioni distrettuali antimafia create al loro interno*, cit., p.257

²³ nonché per tutti i reati menzionati ai commi 3 *bis* e 3*quater* dell'art. 51 c.p.p.

²⁴ MANZIONE *La distrettualizzazione del pubblico ministero e del giudice preliminare*, in AA. VV., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di Di Chiara, Giappichelli, 2003, p. 144

²⁵ RUELLO, *Sub art. 328 c.p.p., Commentario breve al c.p.p.*, a cura di Conso Grevi, Cedam, 2005, p. 1124

²⁶ BITONCI, *Doppio binario*, in *Dig. disc. pen., III agg.*, Utet, 2005, p. 393

3. LA DIREZIONE INVESTIGATIVA ANTIMAFIA

Un'altra rilevante novità introdotta con le riforme degli anni '90 nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata è l'istituzione della Direzione Investigativa Antimafia²⁷.

L'introduzione di questo particolare servizio di polizia giudiziaria si deve alla necessità di operare una *reductio ad unum* della pluralità di strutture di forze di polizia presenti nel nostro ordinamento, (contenenti al loro interno numerosi organismi centrali e interprovinciali) dotate di diverse specializzazioni nell'ambito dell'attività di contrasto alle associazioni criminali.

L'obiettivo è, in primo luogo, quello di evitare che l'attività d'indagine in materia di criminalità organizzata venga dispersa fra diversi organismi non sempre dotati di strutture sofisticate o della specializzazione adeguata e, contestualmente, evitare che la stessa attività investigativa si svolga in forme non coordinate e senza il supporto dei necessari collegamenti²⁸.

Si tratta, dunque, di obiettivi e finalità non molto dissimili da quelli che hanno determinato la costituzione delle Direzioni Distrettuali Antimafia.

Il legislatore ha dunque provveduto a creare un servizio funzionale di altissima specializzazione, posto a disposizione della magistratura, la quale può legittimamente avvalersene nei modi e secondo i criteri di coordinamento delle specifiche indagini sui fatti mafiosi.

Analizzando più da vicino la struttura e l'organizzazione della D.I.A. va innanzitutto precisato come essa sia un servizio centralizzatore interforze (ossia un organismo composto da soggetti appartenenti alla Polizia di Stato, ai Carabinieri ed alla Guardia di Finanza), istituita nell'ambito del dipartimento della pubblica sicurezza.

Al vertice della direzione è posto un dirigente superiore della Polizia di Stato ovvero un generale della Guardia di Finanza o dei Carabinieri, e la struttura risulta organizzata in tre reparti: investigazioni preventive, investigazioni giudiziarie e relazioni internazionali.

Secondo parte della dottrina²⁹, soltanto il reparto di investigazioni giudiziarie svolge in via continuativa, e in qualche modo prioritaria, le funzioni indicate nell'art. 55 c.p.p. e rappresenta, dunque, a norma dell'art. 12 disp. att. c.p.p., un servizio di polizia giudiziaria.

Ciò sarebbe sufficiente per poter affermare che soltanto del secondo reparto della D.I.A., nelle sue articolazioni centrali e periferiche, può disporre l'autorità giudiziaria, e che, di conseguenza, soltanto al reparto delle investigazioni giudiziarie, andrebbe riferito il disposto dell'art. 371 bis, che al comma 1 prevede che: «Il procuratore nazionale antimafia [...] dispone della Direzione investigativa antimafia e dei servizi centrali e interprovinciali delle forze di polizia e impartisce direttive intese a regolarne l'impiego a fini investigativi».

In realtà non manca chi sostiene che la tripartizione operata all'interno della struttura della DIA risponda esclusivamente a finalità organizzative, e risulta pertanto inidonea ad influenzare i rapporti funzionali definiti dalla legge.

²⁷ D.l. n. 345 del 1991, convertito nella l. n. 410 del 1991.

²⁸ Cfr. VIGNA, *le "nuove indagini preliminari nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata"*, in AA.VV. *processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993, p. 58

²⁹ CENCI, *la competenza investigativa della D.I.A. e i suoi rapporti con le procure distrettuali*, in AA.VV., *il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, (a cura di) A. Bargi, (diretto da) GAITO- SPANGHER, Giappichelli, 2013, p. 324 ss.

Alla base di tale ultimo assunto militerebbero, in primo luogo, ragioni di carattere letterale, posto che l'art. 7 del d.l. n. 306/1992 attribuisce al Procuratore nazionale la possibilità di disporre dell'intera struttura organizzativa, e non solo di parte di essa, con la conseguenza che la limitazione dell'area di intervento della norma al solo secondo reparto della D.I.A. risulterebbe un ingiustificato ridimensionamento dei poteri del Procuratore Nazionale Antimafia.

D'altro canto, la necessità di garantire l'efficienza e l'effettiva funzionalità delle strutture deputate alla lotta alla criminalità organizzata, spingono a ritenere che non sia opportuno escludere la possibilità che il P.N.A. possa disporre anche dei reparti delle investigazioni preventive e delle relazioni internazionali³⁰, tenuto conto anche della peculiarità e del carattere transnazionale che tende ad assumere il fenomeno mafioso.

Tuttavia, nel 2000 il legislatore³¹ ha avuto modo di precisare come l'interpretazione che ritiene il riferimento alla direzione investigativa antimafia inteso come limitato esclusivamente al suo secondo reparto, merita accoglimento, e che dunque il richiamo alla D.I.A. vada inteso come limitato al reparto "investigazioni giudiziarie", che costituisce un servizio di polizia giudiziaria ad elevata specializzazione. Posto dunque che al procuratore nazionale è data in via generale la possibilità di impartire direttive volte a regolare l'impiego della DIA (intesa come reparti "investigazioni giudiziarie") nell'ambito delle investigazioni condotte dalle D.D.A., è importante esaminare quelli che sono i rapporti intercorrenti tra questo particolare organo della polizia giudiziaria e l'altrettanto peculiare struttura costituita all'interno delle Procure Distrettuali.

In virtù del combinato disposto degli artt. 55, 56, 58, 59 c.p.p., che danno diretta applicazione all'art. 109 della Costituzione, i magistrati delle Procure distrettuali, in linea di principio, hanno facoltà di delegare le indagini preliminari a qualunque organo di polizia giudiziaria; d'altro canto, il P.M. che procede per i reati di criminalità organizzata deve, "di regola", avvalersi congiuntamente dei servizi specializzati centrali e interprovinciali delle forze di polizia.

Ciò posto, problemi di coordinamento normativo si pongono nel momento in cui sia necessario temperare la previsione di cui all'art. 371 bis comma 1, parte seconda, c.p.p., nella parte in cui riconosce al P.N.A. il potere di avvalersi della DIA, (con conseguente possibilità di «impartire direttive intese a regolarne l'impiego a fini investigativi») e il generale potere di disposizione della polizia giudiziaria riconosciuto agli uffici del p.m. .

In altri termini è necessario comprendere in che misura «la facoltà del procuratore nazionale antimafia di indicare alla p.g. specializzata particolari settori o temi di indagini [...] possa valere a condizionare il concreto ricorso a tali strutture da parte delle procure distrettuali»³². La soluzione del quesito va ricercata nel principio di leale collaborazione tra DNA e DDA, in un'ottica di cooperazione, fermo restando il ruolo di sostegno che è istituzionalmente riconosciuto alla Procura nazionale e che dunque non può essere svilito.

Peraltro, eventuali violazioni di detto principio sono suscettibili di sindacato da parte del Consiglio Superiore della Magistratura il quale potrà adottare i provvedimenti ritenuti adeguati

³⁰ TERESI, *direzione nazionale e direzioni distrettuali antimafia*, Giuffrè, 1993, p. 124

³¹ [decreto del Ministro dell'interno n. 1070/M/22(6) Gab. del 4 marzo 2000, relativo alla delegabilità delle attività di polizia giudiziaria ai servizi centrali delle varie forze di polizia da parte dei Procuratori della Repubblica]

³² Cit. CENCI, *la competenza investigativa della D.I.A. e i suoi rapporti con le procure distrettuali*, cit., p. 333

per sanzionare eventuali inosservanze: dunque il timore di possibili contrasti tra le due strutture giudiziarie mirati a contendersi la titolarità dei poteri delle strutture di polizia giudiziaria dovrebbero essere scongiurati.

Per quanto concerne le questioni relative ai rapporti tra la Direzione Investigativa Antimafia e la Direzione Nazionale Antimafia, per ragioni di completezza espositiva, si rimanda la relativa trattazione in sede di commento alle attribuzioni del Procuratore nazionale antimafia, stante la particolare delicatezza della materia e la necessità di affrontare la questione all'interno di un'analisi di più ampio respiro.

4. LA DIREZIONE NAZIONALE ANTIMAFIA

L'art. 7 della legge 20 gennaio 1992, n. 8 ha introdotto l'art. 76 *bis* ord. giud. (oggi art. 103 D.Lgs. n. 159 del 2011 c.d. codice antimafia) e ha, per tale via, istituito la Direzione Nazionale Antimafia nell'ambito della Procura Generale presso la Corte di Cassazione, con il compito di coordinare, in ambito nazionale, le indagini relative ai fatti di criminalità organizzata.

Si tratta di una disciplina innovativa quanto problematica, fonte di non poche problematiche e di dibattiti dottrinali, stante la delicatezza della materia e l'alto rischio di collisione con i principi costituzionali.

La normativa in esame costituisce il nucleo duro, ma nel contempo il "tallone d'Achille", dell'intero sistema del doppio binario investigativo, ragion per cui si impone trattazione più dettagliata.

Tutte le tematiche fin'ora analizzate a proposito della costituzione delle Procure Distrettuali (la loro collocazione ai margini della struttura organizzativa delineata dal codice, il tentativo del legislatore di costituire un organismo *sui generis* che fosse posto nelle condizioni di contrastare fenomeni diffusi, la necessità di apprestare forme di contrasto alla criminalità organizzata adeguate, il timore di violazione dei canoni costituzionali) sono, nell'ambito della normativa relativa all'organo di coordinamento nazionale, certamente amplificate.

Il legislatore, certamente mosso da lodevoli intenzioni, ha in qualche modo dato adito a dette preoccupazioni, su più fronti e da più parti sollevate della dottrina, stante il fatto che la disciplina delineata, sebbene si muova nella giusta direzione, presenta non pochi punti oscuri, e fin troppe soluzioni di compromesso che rischiano di mettere a rischio la tenuta complessiva del sistema.

Si tratta comunque di una disciplina innovativa, che in qualche modo stravolge il canonico assetto delineato dal codice, primo ed inequivocabile segno della predisposizione di un doppio binario, parallelo a quello ordinario, ma con il quale deve necessariamente armonizzarsi.

Le peculiarità di detto sistema, che si è già in qualche modo tentato di far emergere nel corso della trattazione, raggiungono dunque l'apice con riferimento alla disciplina della Direzione Nazionale Antimafia, e in particolare con riferimento alla figura centrale di detto organismo (ma in realtà forse cardine dell'intera disciplina) costituita dal Procuratore Nazionale Antimafia.

La difficoltà maggiore si incentra proprio nella definizione del suo ruolo e dei suoi poteri: tutte le ulteriori problematiche sollevate dalla dottrina anche in seguito all'approvazione della

normativa, risultano causalmente e logicamente collegate alla funzione ricoperta dal Procuratore Nazionale Antimafia.

Prima di procedere all'analisi della disciplina codicistica relativa ai poteri ed alle attribuzioni che fanno capo al Procuratore Nazionale Antimafia, in guisa da poterne comprendere a fondo il ruolo e le problematiche ad esso riconnesse, è opportuno soffermarsi su alcuni aspetti, che potrebbero definirsi preliminari, e che permettono di comprendere meglio il funzionamento di tale organismo.

4.1. COLLOCAZIONE E REQUISITI PER LA NOMINA

Uno dei punti di maggiore ambiguità della struttura ordinamentale concepita dal legislatore del 1991 consiste nella scelta di collocare la Dna «nell'ambito della Procura Generale presso la Corte di Cassazione» (art. 103 codice antimafia).

La questione risulta particolarmente problematica, posto che la Corte di Cassazione è da sempre estranea, sotto ogni profilo, all'esercizio dell'azione penale: da sempre infatti essa è rimasta separata dalla struttura gerarchica propria dell'ufficio del pubblico ministero.

La stessa Corte Costituzionale³³ ha avuto modo di precisare come all'interno della magistratura sia possibile tracciare una linea netta di demarcazione tra funzioni di legittimità e funzioni di merito.

Le prime, in particolare, sono esercitate in via esclusiva dalla Corte Suprema di cassazione, presso la quale è istituito un ufficio di pubblico ministero dotato di attribuzioni del tutto peculiari rispetto a quelle riservate agli "altri" magistrati con funzioni inquirenti: ai pubblici ministeri che operano presso la Suprema Corte manca infatti quel potere/dovere che possiamo definire come "distintivo" della magistratura inquirente costituito proprio dall'esercizio dell'azione penale.

Infatti, secondo la normativa contenuta all'interno dell'ordinamento giudiziario le attribuzioni facenti capo ai giudici di legittimità sono solo quelle di intervenire e concludere in tutte le udienze civili e penali e di redigere requisitorie scritte nei casi consentiti dalla legge: è dunque preclusa qualsiasi attività investigativa, oltre al fatto che risulta da escludere qualsiasi potere di disposizione della polizia giudiziaria, la quale è alle dipendenze solo degli uffici specificamente indicati negli artt. 58 e 59 c.p.p.

Questo breve quanto sommario *excursus* sulle funzioni dei magistrati appartenenti all'Ufficio del p.m. presso la Corte di Cassazione permette di comprendere agevolmente quali siano state le perplessità e le riserve prospettate in sede di approvazione della riforma, e quanto possa essere stata criticata la scelta del legislatore di collocare la Dna in quest'ambito (rispetto al quale la direzione risulta organicamente estranea)³⁴.

In questo contesto si prospettò, come soluzione in grado di armonizzare la costituenda struttura alle funzioni e al ruolo proprio della Corte di Cassazione, la possibilità di assegnare le funzioni di coordinamento investigativo allo stesso Procuratore Generale presso la Corte di cassazione.

³³ C. cost., 10 maggio 1982, nn. 86, 87, in *www.cortecostituzionale.it*

³⁴ TERESI, *Direzione nazionale e direzioni distrettuali antimafia*, cit., p. 106 ss.

Secondo alcuni questa soluzione avrebbe evitato la costituzione di un ufficio giudiziario *extra ordinem*, in quanto tale idoneo ad alterare l'assetto piramidale della giurisdizione inquirente e, soprattutto, avrebbe evitato l'incardinarsi di una competenza nazionale ibrida, che se certamente non era in alcun modo collegata alle funzioni di legittimità, nel contempo risultava essere distante dalle funzioni di merito di primo e secondo grado³⁵.

La soluzione prospettata non è stata tuttavia accolta, preferendosi lasciare inalterate le funzioni del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, il quale però non rimane del tutto estraneo alla struttura dell'ufficio, stante la scelta operata dal legislatore di conferire a quest'ultimo un potere di sorveglianza nei confronti del Procuratore nazionale antimafia.

Il collegamento, e dunque in qualche modo la *ratio* della collocazione della D.N.A. presso la Corte di Cassazione, va rinvenuto nel potere/dovere di sorveglianza attribuito al Procuratore della cassazione sul Procuratore nazionale e sulla relativa direzione e dalla correlata previsione di comunicare l'attività svolta ed i risultati conseguiti dagli stessi nella relazione generale sull'amministrazione della giustizia, prevista dall'art. 86 ord. giud. .

La scelta, criticabile secondo parte della dottrina, sembra ancorata alla necessità di garantire un corretto svolgimento del ruolo di coordinatore delle indagini in materia di criminalità organizzata: la soluzione appare il giusto compromesso tra l'esigenza di assicurare al procuratore nazionale quel ruolo di vertice che è necessario per lo svolgimento delle attività di coordinamento riconosciutegli, e la necessità di evitare che l'esercizio di tale potere avvenga in modo del tutto insindacabile, e sganciato da qualsivoglia tipologia di controllo.

Come si avrà modo di precisare in seguito, infatti, uno dei nodi centrali delle questioni connesse alla costituzione della Direzione Nazionale Antimafia è rappresentato proprio dal ruolo "di vertice" che assume il Procuratore nazionale ed i connessi problemi di "collocamento" di tale organo all'interno della struttura organizzativa del potere giudiziario così come delineata dal nostro codice: il nostro ordinamento ha infatti adottato un modello organizzativo di tipo diffuso che non prevede un'organizzazione gerarchica degli uffici dei singoli pubblici ministeri nei singoli gradi di giudizio; se ciò è vero ben si comprende come un sistema come quello in esame, che prevede la costituzione di un organo di vertice in grado di orientare (in maniera più o meno pregnante) le scelte dei singoli pubblici ministeri, mal si concili con il sistema codicistico .

Rimanendo nell'alveo delle questioni che attengono i profili più strettamente organizzativi dell'ufficio, qualche cenno merita la disciplina relativa ai requisiti richiesti per lo svolgimento delle funzioni di Procuratore Nazionale Antimafia, e di sostituti procuratori presso la direzione nazionale.

La disciplina in questione, contenuta negli artt. 76 *bis* ord. giud. e 110 *bis* ord. giud. (oggi, rispettivamente agli artt. 103 e 105 del codice antimafia) merita di essere esaminata, tenuto conto della scelta del legislatore di adottare dei criteri per la nomina che, sotto certi aspetti, furono del tutto innovativi per l'epoca.

In particolare, in netta discontinuità con quelli che erano i canoni adottati fino a quel momento, il legislatore predilige, come criterio per accedere all'esercizio delle funzioni di

³⁵ Cfr. CISTERNA, DE LUCIA, voce *Direzione nazionale antimafia*, in *Dig. disc. pen.*, V agg., Utet, 2004, p. 168

coordinamento dell'attività di contrasto alla criminalità organizzata, quello della professionalità rispetto a quello dell'anzianità.

Il comma 2 dell'art. 103 cod. antimafia prevede, infatti, che alla direzione «è preposto un magistrato che abbia conseguito la quinta valutazione di professionalità, scelto tra coloro che hanno svolto anche non continuativamente, per un periodo non inferiore a 10 anni, funzioni di pubblico ministero o giudice istruttore, sulla base di specifiche attitudini, capacità organizzative ed esperienze nella trattazione di procedimenti relativi alla criminalità organizzata» e conclude, fugando così ogni eventuale equivoco, affermando che «l'anzianità del ruolo può essere valutata solo ove risultino equivalenti i requisiti professionali»³⁶.

Un'innovazione di non poco conto, in qualche modo temperata dalla scelta, contenuta nel d.l. n. 367 del 1991 di fissare un limite temporale allo svolgimento dell'incarico, fissato in 4 anni e rinnovabile una sola volta.

Anche questa specifica opzione legislativa, sebbene oggi costituisca la regola generale³⁷, fu per l'epoca una vera e propria innovazione, posto che quello relativo alla direzione era l'unico incarico “a tempo” nell'ordinamento giudiziario³⁸.

Quanto appena detto evidenzia come il legislatore, nel disciplinare la materia, abbia tentato di porsi in discontinuità con il passato, adottando criteri e canoni innovativi e idonei a garantire efficienza, professionalità e temporaneità dell'incarico, requisiti necessari ad un organo di vertice per un corretto svolgimento delle sue funzioni.

Tuttavia tali disposizioni, che all'epoca dell'entrata in vigore della legge costituivano eccezioni alle regole generali, sono state riassorbite da interventi successivi, che hanno ridotto il divario intercorrente tra la normativa oggetto di esame e quella c.d. ordinaria, attenuando così i caratteri di specialità della prima.

Ciò non toglie che comunque la normativa in questione continui a presentare, ancora oggi, alcune peculiarità, in particolare sotto il profilo relativo al procedimento richiesto per la nomina dei 20 sostituti procuratori addetti alla D.N.A.

L'art. 103, comma 4 del codice antimafia prevede innanzitutto una partecipazione del procuratore nazionale antimafia nel corso del procedimento di nomina, partecipazione che assume la forma di parere obbligatorio. Alle nomine provvede, infatti, il C.S.M., il quale tuttavia non può prescindere dal parere dell'organo di vertice della D.N.A., parere che pur non avendo natura vincolante per l'organo di autogoverno risulterà certamente destinato ad assumere una certa rilevanza³⁹.

³⁶ La scelta di adottare il criterio della professionalità in luogo di quello dell'anzianità, è riconfermata con riferimento alle nomine dei sostituti procuratori, con riferimento ai quali lo stesso art. 103 al comma 4 prevede che «alla direzione sono addetti, quali sostituti, magistrati che abbiano conseguito la terza valutazione di professionalità, nominati sulla base di specifiche attitudini ed esperienze nella trattazione di procedimenti relativi alla criminalità organizzata.» Ed anche in questo caso il successivo 5° comma precisa che «per la nomina dei sostituti, l'anzianità del ruolo può essere valutata solo ove risultino equivalenti i requisiti professionali».

³⁷ In virtù delle modifiche apportate dal legislatore che, tra il 2005 e il 2007, ha statuito incondizionatamente la c.d. temporaneità degli incarichi apicali e semidirettivi

³⁸ Cfr. CISTERNA, DE LUCIA, voce *Direzione nazionale antimafia*, cit., p. 169.

³⁹ Peraltro va rilevato un dato peculiare: mentre la nomina dei sostituti procuratore segue la procedura appena descritta, la nomina del procuratore nazionale aggiunto, scelto tra i sostituti facenti parte della direzione, spetta allo stesso procuratore nazionale sulla base di un meccanismo non regolato dalla legge, ma oggetto di prescrizioni emanate dal C.S.M, il quale peraltro non ha rinunciato, tramite la delibera

A conferma del ruolo tutt'altro che secondario ricoperto dal Procuratore Nazionale Antimafia nell'ambito del procedimento di nomina dei sostituti va sottolineato il dettato dell'art. 110 *bis* ord. giud. (oggi 105 c.a.) il quale prevede che «per la trattazione dei procedimenti relativi ai delitti indicati nell'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p., il procuratore nazionale antimafia può, quando si tratta di procedimenti di particolare complessità o che richiedono specifiche esperienze e competenze professionali, applicare temporaneamente alle procure distrettuali magistrati appartenenti alla direzione nazionale antimafia e quelli appartenenti alle direzioni distrettuali antimafia nonché, con il loro consenso, magistrati di altre procure della repubblica presso i tribunali. L'applicazione è disposta anche quando sussistono protrate vacanze di organico, inerzia nella conduzione delle indagini, ovvero specifiche e contingenti esigenze investigative o processuali».

Stante dunque il potere riconosciuto al Procuratore nazionale antimafia di integrare la composizione della direzione anche per mezzo di magistrati "ordinari", merita di essere evidenziata la particolare ipotesi di applicazione, consistente nell'inerzia; a differenza delle altre ipotesi che rispondono ad esigenze meramente organizzative, la possibilità di procedere all'applicazione di altri magistrati in caso di inerzia rischia di trasformare la natura dell'istituto disciplinato, attribuendogli una "coloritura sanzionatoria", facendone cioè uno strumento idoneo ad intervenire nei confronti degli uffici che non curino lo svolgimento delle indagini con la necessaria sollecitudine⁴⁰.

Il "fenomeno" dell'inerzia, che è ripreso dal legislatore anche in tema di avocazione, consente dunque al procuratore nazionale un intervento nell'organico della direzione, esercizio che risulta tutt'altro che arbitrario, posto il meccanismo di controllo predisposto dal legislatore. Consapevole delle molteplici preoccupazioni riguardanti il rischio di creare un organo che non solo si ponga, in qualche modo, al di fuori degli schemi strutturali definiti dal codice, ma che risulti altresì incontrollato, il legislatore ha previsto nella medesima disposizione che il decreto motivato tramite il quale viene disposta l'applicazione dei magistrati sia trasmesso al C.S.M. per l'approvazione, ed al Ministro della Giustizia⁴¹.

La norma dunque delinea un sistema in grado di dotare il procuratore nazionale dei poteri necessari per poter svolgere la funzione che l'ordinamento gli riconosce, non rinunciando tuttavia a forme efficaci di controllo. Essa sintetizza il più ampio progetto del legislatore: creare una struttura sui generis, necessariamente sganciata del modello generale predisposto dal codice, tramite l'istituzione di un organo (la direzione nazionale) che non conosce eguali nell'ordinamento, e che dunque necessariamente ne forza i confini, e nel contempo creare dei meccanismi di controllo adeguati che siano in grado di riportare all'interno dei suddetti confini la struttura, scongiurando così la collisione con i principi generali dell'ordinamento.

Se dunque il sistema del doppio binario in qualche modo segue una direttrice divergente rispetto al baricentro codicistico, il sistema di controlli delineato dal legislatore (nel caso di specie l'organo di autogoverno e il Ministro della Giustizia) riportano il nuovo modello all'interno della struttura codicistica.

del 24 febbraio 1993, a manifestare il suo disappunto per la scelta operata dal legislatore, sostenendo invece la necessità che anche la nomina di questa figura fosse rimessa allo stesso C.S.M.

⁴⁰ Cfr. CISTERNA, DE LUCIA, voce *direzione nazionale antimafia*, cit. p. 171

⁴¹ Cfr. TERESI, *Direzione nazionale e direzioni distrettuali antimafia*, cit., p. 111.

4.2. IL COORDINAMENTO INVESTIGATIVO

La rapida disamina delle disposizioni più squisitamente organizzative consente un primo approccio alla normativa di cui all'art. 371 *bis* e ci permette di evidenziare le problematiche affrontate dal legislatore nella predisposizione dell'intero sistema derogatorio, introducendoci così al fulcro della disciplina.

Tanto la disciplina relativa alla collocazione della direzione all'interno dell'ordinamento quanto quella relativa ai criteri e procedimenti adottati per la nomina dei membri della direzione consentono di cogliere le peculiarità del sistema e le difficoltà che esso pone.

Ciò posto, prima di esaminare nel dettaglio la disciplina codicistica relativa ai poteri ed alle attribuzioni del Procuratore nazionale antimafia è opportuno delineare meglio i confini di quella che è funzione principale che il Procuratore è chiamato a svolgere, e nel contempo costituisce il fine ultimo perseguito dal legislatore, ossia il coordinamento delle investigazioni relative ai procedimenti di criminalità organizzata.

Preliminarmente va segnalato come il primo tentativo di coordinamento non venne affidato alle strutture giudiziarie, bensì a quelle di polizia.

Le prime forme di coordinamento e centralizzazione delle indagini contro il crimine organizzato si sono, infatti, istituzionalizzate nell'ambito del Ministero dell'Interno⁴², e dunque, in relazione alla polizia giudiziaria, stante la caratteristica natura gerarchica, contrassegnata dalla predisposizione di un vertice politico ed amministrativo cui affidare tali funzioni.

La magistratura italiana presentava, infatti, un modello diffuso di esercizio del potere giudiziario che non si prestava a forme di concertazione comunque centralizzate, motivo per cui fu ritenuto maggiormente opportuno affidare tale coordinamento alle strutture di polizia⁴³.

Naturale conseguenza di tale scelta fu la spoliazione della direzione delle indagini dall'organo giudiziario a ciò preposto, ossia il p.m. titolare delle indagini, con spostamento del baricentro operativo verso le strutture di polizia, di fatto sottoposte al potere esecutivo. Parte della dottrina sottolineò sin da subito l'inadeguatezza di tale modello, rilevando come «una magistratura requirente diffusa sul territorio, senza un coordinamento strutturale, capace solo attraverso il singolo ufficio, di volta in volta interessato dalla singola indagine, finirebbe per essere dipendente nei confronti di una polizia giudiziaria organizzata in modo coordinato sul territorio e con un patrimonio di conoscenza direttamente derivante dallo svolgimento coordinato delle attività»⁴⁴.

Stante l'inadeguatezza del modello proposto, si fece maggiormente pressante l'esigenza di affidare le forme di coordinamento al potere giudiziario, in modo da evitare gli inconvenienti sopra descritti nonché fratture all'interno dell'organica disciplina codicistica.

In realtà la necessità di un coordinamento investigativo, se certamente risulta particolarmente avvertita nell'ambito delle investigazioni relative alla criminalità organizzata, è

⁴² l. 1.4.1981 “nuovo ordinamento dell'amministrazione della pubblica sicurezza”

⁴³ Cfr. CISTERNA, DE LUCIA, voce *direzione nazionale antimafia*, *Dig. disc. pen.*, V agg., Utet, 2004, p. 160

⁴⁴ Cit. BORRACETTI, *il coordinamento delle indagini sulla criminalità organizzata, la soluzione italiana, un assetto non centralistico né gerarchizzato*, cit. da CISTERNA, DE LUCIA, voce *Direzione nazionale antimafia*, c., cit.

un'esigenza generale, che il legislatore ha sempre tentato di incoraggiare, intervenendo sulla disciplina ordinaria contenuta nel codice: solo in un secondo momento, l'inadeguatezza della disciplina generale, e i risultati (non esattamente soddisfacenti) ottenuti a seguito dell'esperienza dei c.d. "maxiprocessi", spinsero il legislatore ad intervenire in misura più incisiva, disciplinando in maniera più organica e rigorosa il coordinamento nella materia in questione⁴⁵.

La genesi dell'art. 371 c.p.p., che rappresenta il modello sul quale il legislatore costruirà la disciplina "speciale" dell'art. 371 bis, è da ricercare nella prassi, portata avanti negli anni '80 da alcune procure, di coordinarsi spontaneamente nell'ambito di processi di criminalità organizzata, soprattutto di matrice terroristica.

La lotta contro fenomeni criminali delineati in forme organizzate, caratterizzati da innesti nel tessuto sociale, con diramazioni nei più svariati settori aveva infatti portato, per necessità, alla trattazione congiunta dei singoli procedimenti, determinando il proliferarsi di esperienze giudiziarie note alla storia come maxiprocessi, che da un punto di vista organizzativo presentavano non poche difficoltà e che determinarono la frustrazione della tutela dei diritti dei singoli.

La necessità di superare tali esperienze portò dunque gli stessi pubblici ministeri ad operare forme di coordinamento spontaneo, e d'altro canto, spinse il legislatore ad agire normativamente su un duplice fronte: da un lato, riducendo drasticamente i casi di connessione, e dall'altro lato, predisponendo una rete investigativa idonea a garantire il coordinamento tra i diversi uffici titolari delle indagini.

Il legislatore propende dunque per una trattazione disgiunta dei procedimenti, predisponendo un collegamento a livello di indagine, che tuttavia è destinato ad esaurirsi in questa fase, e che termina a partire dalla fase processuale a beneficio della trattazione separata dei fatti, tranne che nei pochi casi di connessione.

Si predispose dunque un coordinamento investigativo tra diversi procedimenti senza che gli stessi affluiscono in un unico corso processuale, garantendo così itinerari processuali più spediti, economici ed efficaci, sebbene non decurtati dai saperi provenienti da altri uffici investigativi, grazie, appunto, alla previsione del collegamento delle indagini.

Si tenta così di soddisfare quelle esigenze della visione d'insieme e della unitarietà di indirizzo sul piano investigativo che appaiono sempre più come presupposti indispensabili affinché gli organi inquirenti possano fronteggiare ad armi pari la delinquenza mafiosa.

Tuttavia, emersero in fretta i limiti di tale normativa che, in concreto, rimetteva il coordinamento alla volontà ed alla spontaneità degli uffici procedenti, tanto che non mancò chi notò come l'art. 371 non dettasse norme ma formulasse solo «ovvie raccomandazioni, chi vuole coopera».⁴⁶

L'art. 371 è una norma di carattere precettivo, dotata di scarsa efficacia, che lascia intatti i possibili rischi di un mancato coordinamento, rivelandosi di fatto, inadatta ad assicurare l'effettività delle necessarie condivisioni conoscitive tra gli organi inquirenti.

⁴⁵ Cfr. CHINNICI, *Competenza territoriale e indagini collegate in materia di associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 340.

⁴⁶ CORDERO, *Procedura penale*, cit., p.

Da qui il necessario intervento del legislatore, che ha introdotto l'art. 118 *bis* disp. att. c.p.p.⁴⁷, in base al quale è oggi previsto un obbligo, in capo ai Procuratori della repubblica, di informare il Procuratore generale presso la Corte di Appello dell'apertura di procedimenti relativi ai più gravi delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett a) c.p.p. .

Contestualmente si è inoltre modificato l'art. 372, inserendo un nuovo comma 1 *bis*⁴⁸, in base al quale «Il procuratore generale presso la corte di appello [...] dispone altresì, con decreto motivato, l'avocazione delle indagini preliminari [...] quando, trattandosi di indagini collegate, non risulta effettivo il coordinamento delle indagini previsto dall'articolo 371 comma 1, e non hanno dato esito le riunioni per il coordinamento disposte o promosse dal procuratore generale anche d'intesa con altri procuratori generali interessati».

In tal modo si attribuisce al procuratore generale un'inedita possibilità di avocazione in caso di mancato coordinamento delle indagini, ponendo dunque fine al carattere spontaneo e sottolineandone l'obbligatorietà⁴⁹.

In realtà il meccanismo predisposto fu modificato rapidamente dal legislatore con riferimento alle indagini per i delitti di mafia: a breve distanza dall'adozione della disciplina appena descritta il legislatore avvertì la necessità di incrementare l'attività di coordinamento. Fu così approvata la legge n. 8 del 1992 che, come è noto, portò all'istituzione delle Procure Distrettuali Antimafia e della Direzione Nazionale Antimafia e, per quanto concerne più specificamente la disciplina del coordinamento, introdusse l'art. 371 *bis* c.p.p., (norma cardine nella definizione dei poteri e delle competenze del Procuratore Nazionale Antimafia) la quale affronta direttamente il tema del coordinamento nell'ambito delle indagini relative alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Nell'ambito della lotta alle associazioni criminali di stampo mafioso, stante la loro caratteristica "multi territorialità" nonché la spiccata tendenza ad operare in contesti tra loro molto differenti, lo scopo delle indagini va ben oltre la mera individuazione degli autori dei singoli fatti criminosi, ma, ampliando gli orizzonti, mira piuttosto all'individuazione e dell'intera organizzazione e alla rete di illegalità posta in essere.

Ben si comprende allora come la scelta di predisporre strutture organizzate, che fossero idonee a contrastare le associazioni criminali, rendeva incombente la necessità di predisporre meccanismi di coordinamento che garantissero il necessario flusso di informazioni e che permettessero di cogliere tutti i collegamenti tra le diverse indagini.

Si è dunque affidato al Procuratore Nazionale Antimafia il compito, tra gli altri, di provvedere al coordinamento delle attività di indagine in relazione ai procedimenti per i delitti indicati all'art. 51 comma 3*bis*: a tale organo spetterà dunque procedere alla predisposizione di tutti gli strumenti necessari affinché le Procure distrettuali possano porsi nelle condizioni di attingere al sapere investigativo di cui le altre procure distrettuali dispongono, delineando un

⁴⁷ art. introdotto dall'art. 9 D.L.vo 14 Gennaio 1991, n. 12, recante norme integrative e correttive del processo penale

⁴⁸ comma aggiunto dall'art. 3 D.L. 9 Settembre 1991, n. 292, convertito, con modificazioni, nella L. 8 Novembre, 1991, n. 356 e costituito dall'art. 8 del D.L. 20 Novembre 1991, n. 367 convertito, con modificazioni, nella L. 20 Gennaio 1992, n. 8

⁴⁹ CHINNICI, *Competenza territoriale e indagini collegate in materia di associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 342 ss.

meccanismo di coordinamento “rafforzato” rispetto a quello predisposto dalla normativa ordinaria⁵⁰.

Peraltro, è importante sottolineare come il coordinamento riguarda le specifiche attività di indagini svolte dai singoli uffici delle D.D.A. e non può identificarsi con il riconoscimento di una sorta di supremazia gerarchica o di controllo da parte di un ufficio nei confronti di altri; esso riguarda solo le indagini che sono in atto e la cui titolarità spetta comunque ai singoli uffici secondo le regole generali, senza che questo attribuisca al P.N.A. alcun potere di inserirsi nelle attività dei singoli uffici⁵¹.

Prima di analizzare nel dettaglio la disciplina relativa al ruolo e ai poteri del P.N.A. è bene chiarire quale sia la possibile influenza dell’esercizio del potere di coordinamento (che abbia visto essere affidato ad un organo sganciato dalla classica struttura degli uffici del p.m. e che dunque attua il suo coordinamento dall’esterno) sulla competenza degli uffici medesimi.

In realtà l’esercizio del potere di coordinamento non intacca in alcun modo l’autonomia di indagini dei magistrati di ciascun ufficio del pubblico ministero, posto che l’art. 371, comma 3, c.p.p., esplicitamente precisa che «il collegamento delle indagini non ha effetto sulla competenza».

Di conseguenza nessuna ricaduta sulla ripartizione delle competenze tra i vari uffici dei pubblici ministeri potrà essere determinata dall’esercizio del potere di coordinamento.

L’esperienza maturata ha peraltro dimostrato come spesso, nell’ambito dei procedimenti di criminalità organizzata di matrice mafiosa, il coordinamento nasca spontaneamente, sempre che gli organi inquirenti individuino cause di collegamento.

Tuttavia il carattere spontaneo del coordinamento non intacca in alcun modo la doverosità dello stesso: la Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare⁵² che «posto che l’essenza del coordinamento in generale, e in particolare di quello concernente indagini in materia di associazione di stampo mafioso, è costituita dalla diffusione, tra i vari uffici interessati alle indagini collegate, delle conoscenze acquisite da ciascun ufficio, [...] tale attività deve ritenersi doverosa e, conseguentemente, al suo espletamento i magistrati coinvolti nel coordinamento devono ritenersi vincolati. Ne discende che, qualora un coordinamento investigativo sia stato effettivamente instaurato, sorge nei confronti dei procuratori che a tale attività coordinata partecipano, il dovere di cooperare con lealtà ed efficacia allo scambio di atti, informazioni e notizie».

Un preciso dovere di collaborazione, dunque, sorge in capo agli organi inquirenti, con la conseguenza che qualora il coordinamento non si realizzasse per inerzia di uno o più soggetti, gli uffici che si sono attivati in tal senso possono ricorrere al Procuratore Nazionale Antimafia, il quale eserciterà quel potere di coordinamento riconosciutogli dalla legge, che dunque è destinato ad operare solo in un secondo momento.

⁵⁰ Cfr. CHINNICI, *Competenza territoriale e indagini collegate in materia di associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 347.

⁵¹ Cfr. D’ALESSIO, *Attribuzioni delle procure distrettuali e delle direzioni distrettuali antimafia create al loro interno*, cit., p. 262.

⁵² Cass, sez. un., 17 luglio 2003, Minasi, in *C.E.D. Cass.* n., 565189, .

4.3. LA DISCIPLINA DELL'ART. 371 BISC.P.P.

Ripercorso l'*iter* storico che ha portato all'introduzione dell'art. 371-*bis* all'interno del codice di rito, è bene procedere ad una disamina della disciplina in esso contenuta, che costituisce la norma chiave per comprendere appieno la figura del P.N.A. e, più in generale, il ruolo che lo stesso assume all'interno dell'ordinamento.

L'art. 371-*bis* rappresenta la chiave di volta di un sistema in equilibrio precario, perchè è proprio nella definizione dei poteri riconosciuti al Procuratore Nazionale antimafia che si concentra il nocciolo duro della questione relativa all'ammissibilità e compatibilità costituzionale dell'intero sistema del doppio binario nell'ambito investigativo.

Gran parte delle questioni sopra analizzate hanno trovato la massima amplificazione nell'ambito del dibattito relativo all'approvazione dell'art. 371 *bis*, posto che la scelta del ruolo e dei poteri da attribuire al Procuratore Nazionale antimafia costituisce una questione tutt'altro che secondaria. A conferma di ciò basti accennare sul dibattito (sul quale si ritornerà più avanti) che ha portato alla mancata conversione delle lett d) ed e) dell'art. 371 *bis* comma 3, le quali di fatto attribuivano al P.N.A. un potere di individuazione dei piani di indagine e dei temi di investigazione nonché un potere di indirizzo e controllo sulle investigazioni che fu ritenuto dai più come un'eccessiva concentrazione dei poteri in mano all'organo suddetto.

La problematica di fondo può sintetizzarsi nella difficoltà di conciliare la necessità di un coordinamento effettivo con l'esigenza di evitare un'eccessiva concentrazione di potere nelle mani di un'unica struttura (o meglio di un unico soggetto), dando vita ad un sistema che non conosce eguali nell'ordinamento e che di molto si discosta dall'impostazione ordinaria del codice.

Il legislatore ha dunque elaborato una disciplina di compromesso, attribuendo al Procuratore nazionale antimafia di una serie di poteri di impulso e coordinamento, senza però di fatto concedere allo stesso alcuna possibilità di intervenire nel merito delle indagini.

La Direzione Nazionale Antimafia può essere definita come un organo di coordinamento centralizzato di tutte le indagini in corso sull'intero territorio nazionale per delitti mafiosi, rispetto alle quali è attribuito al Procuratore nazionale un preciso compito di acquisizione e di elaborazione di notizie e dati attinenti alla criminalità organizzata ai fini della predisposizione della necessaria piattaforma operativa.

Rappresenta un organo che, pur privo di qualsivoglia supremazia gerarchica nei confronti delle singole procure distrettuali, è titolare di alcuni poteri che gli attribuiscono un ruolo di supporto e sostegno all'attività delle procure distrettuali.

Della condivisibilità della scelta è lecito dubitare, posto che la possibilità di dotare il P.N.A. di una serie di poteri più ampi che gli permettano di esercitare una maggiore influenza nell'ambito delle scelte delle singole procure, senza tuttavia intaccare l'autonomia di indagine dei singoli pubblici ministeri, sarebbe stato forse auspicabile, il tutto, ovviamente, accompagnato dalla predisposizione di forme di controllo sull'attività del Procuratore, in modo da impedire che l'esercizio di tali poteri sfoci in arbitrio.

Ciò posto va anche detto che il modello predisposto dal legislatore, seppure criticabile nella misura in cui non ha dotato il P.N.A. di maggiori poteri di impulso, è certamente lodevole nei limiti in cui sia riuscito a delinearne le funzioni di coordinamento e predisporre gli strumenti necessari per attuarlo.

L'art. 371 bis, infatti, disciplina in maniera dettagliata i due maggiori poteri attribuiti al procuratore nazionale antimafia (impulso e coordinamento) e definendo poi gli strumenti di cui lo stesso dispone al fine di esercitarli.

In particolare, con riferimento alla funzione di impulso (a cui il legislatore fa esplicito accenno al 2° comma prevedendo che «Il procuratore nazionale antimafia esercita funzioni di impulso nei confronti dei procuratori distrettuali al fine di rendere effettivo il coordinamento delle attività di indagine»), va puntualizzato che la stessa prescinde dal doveroso coordinamento spontaneo tra gli uffici previsto dall'art. 371 c.p.p., e di conseguenza si deve poter spiegare pur in mancanza di quest'ultimo.

L'esercizio di tale funzione di impulso investigativo non comporta, secondo la dottrina, l'attribuzione di un potere autoritativo, che invece sembrerebbe in qualche modo sussistere con riferimento alla funzione di coordinamento, e che si esplicherebbe nella possibilità, riconosciuta al P.N.A., di ricorrere allo strumento delle direttive per rendere effettivo detto coordinamento.

L'attuazione del potere di impulso resta pertanto affidata alla messa a disposizione dei procuratori distrettuali delle informazioni e degli atti ottenuti nel corso dello svolgimento dell'attività di acquisizione, analisi ed elaborazione posta in essere dalla direzione nazionale: la possibilità di individuare nuove ipotesi di collegamento e nuovi filoni investigativi rimane infatti ricompresa nell'alveo del dovere di rendere ottimale il collegamento delle indagini, dovere che fa capo allo stesso procuratore nazionale e che è reso possibile dalla particolare posizione rivestita dallo stesso procuratore, che gli permette l'acquisizione ed il possesso di informazioni provenienti dai diversi procedimenti o di informazioni frutto di elaborazioni di carattere generale che devono essere messe a disposizione delle indagini⁵³.

La seconda importante funzione riconosciuta al procuratore nazionale è quella di coordinamento che riguarda tanto gli uffici quanto le specifiche attività di indagine da essi svolte.

Si tratta di una funzione di carattere generale che mira a catalizzare le potenzialità di intervento delle singole procure distrettuali al fine di promuovere la razionalità e l'efficienza investigativa su scala nazionale.

Dell'importanza del coordinamento e delle problematiche ad esso ricollegate si è già detto in precedenza, ma è opportuno soffermarsi sulla “traduzione” in termini normativi effettuata dal legislatore, analizzando le concrete modalità nelle quali tale coordinamento si esplica.

Innanzitutto è certamente ascrivibile alla funzione in questione l'attività di razionalizzazione dell'impiego delle varie forze di polizia, affidata al procuratore nazionale dal 1° comma dell'art. 371 il quale prevede che «Il procuratore nazionale antimafia [...] dispone della Direzione investigativa antimafia e dei servizi centrali e interprovinciali delle forze di polizia e impartisce direttive intese a regolarne l'impiego a fini investigativi.»

Peraltro, sebbene le procure distrettuali non siano espressamente menzionate dalla disposizione, è ragionevole ritenere che le direttive, che il procuratore ha il potere di emanare nell'esercizio delle funzioni a lui riconosciute, possono indirizzarsi tanto alle forze di polizia quanto alle suddette procure⁵⁴.

⁵³ Cfr. CISTERNA, DE LUCIA, voce *direzione nazionale antimafia Dig. disc. pen.*, V agg., Utet, 2004, p. 162

⁵⁴ Cfr. TURONE, *indagini collegate, procuratori distrettuali e procura nazionale antimafia*, in AA.VV. *processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993 p.179

La norma prosegue poi precisando che l'ufficio del procuratore nazionale antimafia «esercita funzioni di impulso nei confronti dei procuratori distrettuali al fine di rendere effettivo il coordinamento delle attività di indagine e di garantire la funzionalità dell'impiego della polizia giudiziaria nelle sue diverse articolazioni e di assicurare la completezza e tempestività delle investigazioni»: in tale contesto il procuratore nazionale deve agire «d'intesa con i procuratori distrettuali interessati» e deve inoltre attivarsi assumendo le iniziative idonee ad assicurare «il collegamento investigativo anche per mezzo dei magistrati della direzione nazionale antimafia».

Il legislatore tenta così di tratteggiare l'attività di coordinamento demandata alla direzione, delineando un legame inscindibile tra l'attività delle singole procure distrettuali e della D.I.A. da un lato, e la D.N.A. dall'altro, ma non celando, nel contempo, il ruolo "secondario" ricoperto dalla direzione nazionale nello svolgimento delle indagini.

Non sfugge infatti, dall'analisi del dettato normativo, come le attività demandate all'organo nazionale risultino tutte di stimolo e supporto all'attività di indagine, mentre il concreto svolgimento di tale attività di indagine è demandato, nel rispetto della ripartizione dei compiti, alle singole procure distrettuali e alla direzione investigativa.

Prescindendo, per il momento, dall'esercizio del potere di avocazione (riconosciuto al sussistere di determinati e precisi presupposti), l'attività del procuratore nazionale rimane, dunque, confinata ai limiti dei poteri di indagine riconosciuti agli uffici distrettuali del pubblico ministero, delineandosi così un ruolo della direzione nazionale volto ad assistere, coadiuvare ed agevolare l'attività delle procure senza tuttavia entrare nel merito delle stesse.

Peraltro è opportuno sottolineare che il coordinamento delle inchieste giudiziarie in materia di mafia non si configura necessariamente come successivo, potendosi manifestare, secondo parte della dottrina, anche come coordinamento "propulsivo". In particolare, è proprio dal carattere multiterritoriale del fenomeno mafioso che prenderebbe le mosse tale particolare forma di coordinamento.

Se è vero, infatti, che uno dei dati peculiari delle associazioni di stampo mafioso è rinvenibile nel fatto che i loro interessi e le loro attività trascendono i confini delle singole regioni, estendendosi in tutto il territorio nazionale e non solo, è allora ragionevole ritenere che sia possibile individuare una serie molto vasta di filoni di indagine, di pertinenza di diverse procure distrettuali, che potrebbero essere adeguatamente sviluppati solo tramite il lavoro congiunto e coordinato delle stesse.

Secondo parte della dottrina, è proprio con riferimento a tali profili che la direzione nazionale antimafia esercita la sua funzione di coordinamento generale, funzione che si indirizzerà non solo alle indagini di criminalità organizzata di stampo mafioso già in atto, ma anche a quelle ancora aperte.

È agevolmente comprensibile come in questa fase di coordinamento propulsivo (nel corso della quale l'indagine vera e propria non ha ancora preso corpo, ma si intravedono tratti di attinenza con la criminalità organizzata di stampo mafioso) possa sussistere la necessità di intraprendere una sorta di investigazione preliminare atta a focalizzare ed individuare quale (o quali) siano le direzioni distrettuali competenti per il successivo sviluppo delle indagini⁵⁵.

⁵⁵ Cfr. TURONE, *Indagini collegate, procuratori distrettuali e procura nazionale antimafia*, in AA.VV. *processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993 p. 181.

Se dunque i primi due commi dell'art. 371 bis sono destinati a definire le funzioni principali affidate al procuratore nazionale, delineando sommariamente i rapporti intercorrenti tra i diversi organi deputati a svolgere le investigazioni nei procedimenti di criminalità organizzata di stampo mafioso, il comma 3 individua in maniera più dettagliata quelli che sono i compiti affidati al procuratore nazionale per lo svolgimento delle funzioni ad esso affidate dalla legge.

4.3.1. ART. 371 BIS, COMMA 3, LETT A): IL COLLEGAMENTO INVESTIGATIVO

Ai sensi dell'art. 371 *bis*, comma 3, lett. a) il Procuratore nazionale antimafia assicura il collegamento investigativo anche per mezzo dei magistrati della direzionale nazionale antimafia; il compito di collegamento investigativo, attribuito di concerto al Procuratore nazionale ed ai sostituti facenti parte della direzione, sembra richiamare un'attività distinta da quella del coordinamento cui fa esplicito riferimento l'art. 371, posto che quest'ultimo presuppone una connessione codicistica o un qualificato collegamento probatorio, mentre il concetto di collegamento investigativo sembra rimandare all'esigenza di raccogliere informazioni e di indirizzare le indagini in relazione ad un procedimento rientrante nel novero dell'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p.⁵⁶.

Peraltro, in dottrina si è discusso sul modo di intendere l'intesa tra Procuratore nazionale e direzione distrettuale nella scelta del sostituto nazionale delegato per il collegamento investigativo ed in particolare ci si è chiesti se detta intesa vada interpretata come un vero e proprio concerto e se, conseguentemente, questo implicasse che l'esercizio in sede distrettuale delle funzioni di collegamento sia assoggettato allo statuto sulla competenza di cui all'art. 11 del c.p.p. .

La risposta positiva sembrerebbe suffragata da ragioni logiche, posto che se le funzioni di collegamento non avessero un diretto rilievo nella sede distrettuale verrebbero a mancare alla base le ragioni dell'intesa tra l'organo nazionale e le direzioni distrettuali per la designazione del magistrato⁵⁷.

La disposizione dunque, segna il punto di contatto tra il procuratore nazionale, l'ufficio predisposto a sostegno alla sua attività e le procure distrettuali incaricate delle investigazioni per i reati di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, delineando così un sistema atto a garantire la tempestività e completezza delle investigazioni.

4.3.2. ART. 371 BIS, COMMA 3, LETT B): IL POTERE DI APPLICAZIONE TEMPORANEA

Ciò posto, in maniera del tutto coerente con la funzione di “coordinatore” affidata al procuratore nazionale, l'art. 371 *bis*, comma 3, lett. b) dispone che il P.N.A. «cura, mediante

⁵⁶ Cfr. CHINNICI, *Competenza territoriale e indagini collegate in materia di associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 327 ss.

⁵⁷ Cfr. CISTERNA, *Le funzioni ed i poteri della direzione nazionale antimafia nelle linee di politica criminale*, cit., p. 299

applicazioni temporanee dei magistrati della direzione nazionale antimafia, la necessaria flessibilità e mobilità che soddisfino specifiche e contingenti esigenze investigative o processuali».

Si tratta dell'istituto dell'applicazione temporanea⁵⁸, strumento di intervento attribuito al P.N.A., e direttamente ricollegabile alla sua funzione di coordinamento delle attività investigative, in un'ottica di razionalizzazione e ottimizzazione dei risultati⁵⁹.

La disciplina dell'istituto è, peraltro, solo parzialmente contenuta nell'art. 371 *bis* c.p.p., posto che il legislatore ha provveduto a dare concretezza alla normativa codicistica per mezzo delle disposizioni contenute all'interno dell'art. 105 del codice antimafia⁶⁰.

Il combinato disposto delle due norme permette di mettere in evidenza in maniera nitida i presupposti di applicazione dell'istituto, nonché il sistema di controlli predisposto.

Facendo riferimento ai presupposti che devono sussistere ai fini dell'applicazione dell'istituto è possibile enucleare tre differenti ipotesi al verificarsi delle quali il P.N.A. è legittimato ad esercitare il potere di applicazione temporanea.

La prima ipotesi presa in considerazione dall'art. 105 codice antimafia ricollega l'esercizio del potere di applicazione temporanea alla presenza di un procedimento di particolare complessità o che richiede specifiche esperienze e competenze professionali. L'obiettivo è quello di agevolare la trattazione, nella fase delle indagini e durante la fase dibattimentale, di procedimenti che presentano profili di particolare difficoltà.

In realtà, secondo alcuni autori⁶¹, questa ipotesi sarebbe soltanto apparentemente idonea a fungere da presupposto all'esercizio del potere di cui alla lett b) dell'art. 371 *bis*, trattandosi piuttosto di una ipotesi "introduttiva", frutto di una formulazione infelice, che tenderebbe soltanto a definire il contesto generale nel quale l'istituto in esame è destinato ad operare, senza che tuttavia sia in grado di tipizzare alcuna ipotesi specifica.

Secondo tale indirizzo tutti i procedimenti riguardanti la criminalità organizzata di stampo mafioso presentano una certa complessità, una sorta di caratteristica endemica⁶²; ma quand'anche vi fossero procedimenti di complessità e vastità tali da rendere necessaria l'applicazione temporanea di altri magistrati, questa andrebbe comunque a rientrare nell'ipotesi di «specifiche e contingenti esigenze investigative o processuali», alla quali si provvederà con applicazioni predisposte di concerto con il procuratore distrettuale competente. Qualora, tuttavia, quest'ultimo rifiuti l'applicazione, il P.N.A. potrà comunque disporla solo qualora l'inadeguatezza dell'ufficio nella gestione delle indagini sia palese: si dovrà dunque necessariamente ricadere nelle ipotesi di inerzia o vacanza d'organico.

⁵⁸ L'applicazione ha una durata pari ad un anno rinnovabile per un altro anno nei casi di necessità dell'ufficio al quale il magistrato è applicato (art. 105 codice antimafia).

⁵⁹ Cfr. TERESI, *direzione nazionale e direzioni distrettuali antimafia*, Giuffrè, 1993 p. 130

⁶⁰ "Per la trattazione dei procedimenti relativi ai delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, il procuratore nazionale antimafia può, quando si tratta di procedimenti di particolare complessità o che richiedono specifiche esperienze e competenze professionali, applicare temporaneamente alle procure distrettuali i magistrati appartenenti alla Direzione nazionale antimafia e quelli appartenenti alle direzioni distrettuali antimafia nonché, con il loro consenso, magistrati di altre procure della Repubblica presso i tribunali.

L'applicazione è disposta anche quando sussistono protratte vacanze di organico, inerzia nella conduzione delle indagini, ovvero specifiche e contingenti esigenze investigative o processuali."

⁶¹ Cfr. TURONE, *Indagini collegate, procuratori distrettuali e procura nazionale antimafia*, in AA.VV. *processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993, p. 189

⁶² Cfr. TERESI, *Direzione nazionale e direzioni distrettuali antimafia*, Giuffrè, 1993, p. 131

In tal senso dunque si finirebbe comunque per ricadere in una delle altre ipotesi previste dal legislatore, il che spiega perché parte della dottrina abbia definito la prima parte della disposizione come una norma dotata di applicazione solo apparente.⁶³

Meno problematica risulta la disamina delle altre due ipotesi predisposte dal legislatore, rinvenibili nella situazione di «inerzia nella conduzione delle indagini» e nelle «protratte vacanze di organico».

Quest'ultima locuzione in particolare richiama situazioni contingenti ed eccezionali che giustificano il ricorso all'istituto in questione tutte le volte in cui non sia possibile evitare la paralisi delle indagini; si tratta dunque di un rimedio estremo, cui ricorrere solamente nelle ipotesi in cui la procura distrettuale non sia assolutamente in grado di gestire l'attività investigativa senza l'integrazione dell'organico.

Per quanto concerne poi l'ipotesi dell'inerzia, anch'essa rientra nel novero delle situazioni eccezionali e patologiche, e si verifica in tutti i casi in cui si è in presenza di una negligenza abnorme, tale da creare le premesse per un procedimento disciplinare.

Peraltro va rilevato come l'inerzia, per giustificare un provvedimento di applicazione temporanea, deve necessariamente imputarsi al capo della procura distrettuale interessata: un provvedimento di applicazione che fosse motivato in base ad un'inerzia nella conduzione delle indagini imputabile solo a taluno dei sostituti sarebbe lesivo dell'autonomia della procura distrettuale interessata, posto che in tale ipotesi non ricorrerebbe quella situazione di estrema necessità implicitamente richiesta dalla norma (la situazione sarebbe infatti rimediabile mobilitando altri sostituti dello stesso ufficio)⁶⁴.

Non può sfuggire, tuttavia, come l'inerzia costituisca, ai sensi dell'art. 371 bis, comma 3, lett h, anche uno dei presupposti idonei a legittimare l'esercizio del potere di avocazione da parte del P.N.A.: e si pone dunque un problema di coordinamento tra questi due differenti strumenti posti a disposizione del procuratore nazionale.

In realtà, come si avrà modo di approfondire in seguito, il potere di avocazione trae sì la sua legittimazione nell'inerzia, ma solo nella misura in cui essa renda impossibile il coordinamento tra le diverse procure distrettuali; senonché, stante il carattere multiterritoriale del fenomeno mafioso il fitto reticolo organizzativo che caratterizza il lavoro delle 26 procure distrettuali, normalmente l'inerzia investigativa che porta alla paralisi dell'attività di una singola procura distrettuale è destinata, proprio in virtù degli stretti legami intercorrenti tra le attività delle diverse procure, a ricadere sulle altre, creando così difficoltà nel coordinamento.

Se tutto ciò è vero, le due ipotesi di inerzia opereranno con riferimento a situazioni analoghe, con la conseguenza che le misure dell'applicazione e dell'avocazione saranno spesso misure alternative l'una all'altra⁶⁵.

Merita, infine, un cenno il sistema dei controlli predisposto dal legislatore al fine di garantire un costante sindacato sull'esercizio di tale potere da parte del P.N.A. .

Innanzitutto il provvedimento mediante il quale il P.N.A. esercita il potere di applicazione temporanea assume la forma del decreto motivato, che può riguardare anche magistrati di procure ordinarie (con il loro consenso) e deve essere emesso «sentiti i Procuratori generali e i Procuratori della Repubblica interessati»⁶⁶.

⁶³ V. nota 53.

⁶⁴Cfr. TERESI, *direzione nazionale e direzioni distrettuali antimafia*, cit. p. 187.

⁶⁵ Cfr. TERESI, ult. op. cit., p. 132.

⁶⁶ Art. 105 , comma 1, codice antimafia

Al fine di garantire un adeguato controllo sulle scelte operate dal P.N.A. che risultano particolarmente delicate, è previsto che lo stesso decreto venga trasmesso senza ritardo al CSM per l'approvazione, nonché al Ministro della Giustizia⁶⁷.

Si attribuisce così all'organo di autogoverno la possibilità di sindacare le scelte del P.N.A. in merito alla mobilità dei magistrati.

4.3.3. ART. 371 BIS, COMMA 3, LETT C): IL POTERE DI RACCOLTA ED ELABORAZIONE DELLE CONOSCENZE

Sempre nell'ottica di garantire una corretta organizzazione delle attività di indagine delle 26 procure distrettuali il legislatore, alla lettera c) del comma 3 dell'art. 371 *bis* dispone che il Procuratore nazionale antimafia, ai fini del coordinamento investigativo e della repressione dei reati, provvede all'acquisizione e all'elaborazione di notizie, informazioni e dati attinenti alla criminalità organizzata.

Uno dei primi compiti, affidati dunque alla Procura Nazionale Antimafia è quello di creare una «banca dati giudiziaria[.]» che costituisce la premessa indispensabile perché tale ufficio centrale possa realizzare appieno un coordinamento realmente generalizzato e di tipo propulsivo⁶⁸.

Non sfugge infatti lo stretto legame che intercorre tra le funzioni affidate al PNA e la disposizione in esame, nel senso della necessaria strumentalità di quest'ultima rispetto alle prime; affinché la Direzione Nazionale possa porre in essere l'attività di coordinamento tra le diverse procure, deve necessariamente essere messa nelle condizioni di ottenere tutte le informazioni relative ai procedimenti dalle stesse trattate, presupposto indefettibile affinché la direzione stessa possa individuare eventuali canali di collegamento.

In realtà la genesi, e in qualche misura, tutta la storia della DNA risulta riconnessa al tema della non dispersione delle informazioni, al quale può certamente ricollegarsi la scelta stessa del legislatore di istituire le procure distrettuali e la relativa struttura introdotta con la l. 8 del 1992.

Come accennato in precedenza, tra le ragioni della predisposizione di un doppio binario investigativo vi è certamente quella di evitare che la trattazione disgiunta delle indagini relative ai fatti di criminalità organizzata (derivante dalla scelta di ripartire dette indagini tra le diverse procure secondo l'ordinario criterio di ripartizione delle competenze), potesse portare a blande forme di contrasto alle organizzazioni mafiose, dimostrandosi dunque inadeguata.

Il legislatore tenta dunque di garantire la non dispersione delle informazioni, per un verso, predisponendo gli uffici della D.N.A. e della D.D.A., e destinando agli stessi magistrati dotati di esperienza e professionalità in questo specifico ambito e, per altro verso, prevedendo la costituzione di una banca dati giudiziaria che garantisca la circolazione delle informazioni tra le diverse procure, per il tramite dell'organo nazionale⁶⁹.

⁶⁷ art. 105, comma 3, codice antimafia

⁶⁸ cfr. TURONE, *indagini collegate, procuratori distrettuali e procura nazionale antimafia*, in AA.VV. *processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993 p. 173

⁶⁹ Cfr. CISTERNA, *le funzioni ed i poteri della direzione nazionale antimafia nelle linee di politica criminale*, cit., p. 302

Proprio a tal fine si è intervenuti nella disciplina codicistica, modificando l'art. 117 c.p.p. ed inserendo un nuovo comma 2 *bis*⁷⁰ il quale attribuisce al Procuratore nazionale la facoltà di accesso al registro delle notizie di reato, al registro dei procedimenti di prevenzione ed alle banche dati istituite presso le direzioni distrettuali antimafia, consentendogli così, di effettuare, se del caso, collegamenti reciproci.

Detta disposizione consente l'istituzione del sistema informativo SIDNA-SIDDA⁷¹ che consente al P.N.A. di esercitare un potere *iure proprio*, mediante atti di regolazione per i quali è prevista solo la comunicazione al CSM e che «quando ha ad oggetto l'accesso ai registri di reato (RE.GE.) o al registro misure di prevenzione (SIPPI) può essere effettuato anche con modalità missive al fine di individuare non solo fattispecie di coordinamento non attuate, ma l'esistenza stessa di procedimenti ex art. 51, comma 3 bis, c.p.p., o di procedimenti di prevenzione antimafia; come può capitare, ad es., quando i fatti siano stati derubricati o erroneamente ritenuti sforniti del carattere strumentale o finale rispetto al reato di cui all'art. 416 bis c.p.»⁷².

In tal modo, di fatto, si deroga alla regola generale prevista dal codice di rito che permette l'accesso ai registri solo ai soggetti coinvolti nel processo: il principio cui di fatto si ispira la disciplina ordinaria dettata dall'art. 117 mira a garantire la segretezza esterna, segretezza che viene meno solo nel momento in cui viene consentita la pubblicazione degli atti del procedimento. Nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata, tuttavia, il legislatore ritiene opportuno adeguare tale disciplina alle particolari esigenze investigative sussistenti in materia e consente l'accesso a detti registri anche al P.N.A.⁷³.

In realtà, sebbene la modifica dell'art. 117 sembri inserirsi, come appena sottolineato, in un piano di più ampio respiro, volto ad agevolare l'attività di coordinamento della DNA, è altrettanto vero che non vi è perfetta corrispondenza tra la facoltà riconosciuta al P.N.A. dall'art. 117, comma 2 *bis* e il potere ad esso attribuito dall'art. 371 *bis*, comma 3 lett c).

L'art. 117, comma 2 bis, consente infatti al P.N.A. un accesso incondizionato ai registri giudiziari, mentre l'art. 371 *bis*, comma 3 lett c) si riferisce più genericamente a «notizie, informazioni e dati», celando qualsiasi riferimento agli atti di indagine. Tale mancato riferimento agli atti di indagine ha posto un problema, poi risolto dal CSM⁷⁴, circa la possibilità di individuare nell'art. 371 bis, pur in assenza di riferimenti al riguardo, la fonte legale della facoltà di accesso agli atti di investigazione e di indagine compiuti dai vari uffici competenti⁷⁵.

Se non è possibile interpretare l'art. 371 bis lett c) in maniera estensiva, ampliandone il campo di applicazione anche ai registri di cui all'art. 117 c.p.p., per ragioni di coerenza si dovrà necessariamente ritenere che le due norme disciplinino differenti modalità di acquisizione di

⁷⁰ comma inserito dal d.l. 8-6-1992 n. 306, convertito nella l. 7-8-1992, n. 356

⁷¹ Nel 1993 è stato istituito il Centro Elaborazione Dati della Direzione Nazionale Antimafia (Sistema informativo della Direzione nazionale antimafia SIDDA/SIDNA), con compiti di analisi e studio dei sistemi per la informatizzazione degli uffici delle DDA e della DNA

⁷² Cit. CISTERNA, *le funzioni ed i poteri della direzione nazionale antimafia nelle linee di politica criminale*, cit. p. 303

⁷³ Cfr. CISTERNA, DE LUCIA, voce *direzione nazionale antimafia*, cit., , p. 162.

⁷⁴ Delibera del 27 luglio 2011 concernente i “rapporti tra procura nazionale antimafia e procure distrettuali in merito alla trasmissione degli atti di indagine”

⁷⁵ Cfr. CISTERNA, *le funzioni ed i poteri della direzione nazionale antimafia nelle linee di politica criminale*, cit., p. 303

informazioni (da intendersi in senso lato): sul versante *intra moenia*, norma di riferimento sarà l'art. 117, comma 2 *bis* c.p.p., che consentirà l'acquisizione degli atti di indagini e la consultazione dei registri; sul versante *extra moenia*, norma cardine sarà l'art. 371 *bis*, lett c), che permetterà di ottenere informazioni provenienti da soggetti, istituzionali o privati, che detengano «notizie, informazioni e dati» rilevanti ai fini delle investigazioni ex art. 51, comma 3 *bis*.

In ultimo, sempre con riferimento al disposto contenuto nell'art. 371 *bis* lett c) , va ricordato come si sia rinvenuta nel riconoscimento al P.N.A. di un potere di acquisizione di informazioni, l'attribuzione allo stesso di un ruolo che va ben oltre il mero coordinamento e che si concretizza, invece, in una sorta di attività volta alla ricerca della notizia di reato, non assoggettata ad obblighi di iscrizione né sottoponibile ad alcun tipo di controllo.⁷⁶

Riemergono così, da parte della dottrina, i timori riconnessi all'attribuzione di poteri ritenuti troppo ampi e sprovvisti di controllo giurisdizionale, stante la mancanza di un giudice corrispondente, deputato alla verifica della legittimità delle scelte operate dal P.N.A..

Ancora una volta le preoccupazioni appaiono forse eccessive, soprattutto se si effettua una sorta di bilanciamento tra i vantaggi, in termini di coordinamento e buona organizzazione delle attività di indagine, che derivano dall'attribuzione di tale funzione, ed i possibili rischi ad essa connessi, che peraltro difficilmente si concretizzeranno, soprattutto se si tiene conto del fatto che nessun potere investigativo in senso proprio è riconosciuto al procuratore generale il quale, oltre ad essere privo del tipico potere di esercizio dell'azione penale, non è posto nelle condizioni di partecipare “attivamente” alle indagini.

In altri termini, quand'anche tale attività del P.N.A. fosse del tutto incontrollata (ma nella realtà è comunque previsto un obbligo di comunicazione al CSM degli atti di regolazione) essa risulterebbe comunque limitata alla consultazione degli atti di indagine compiuti dai singoli procuratori distrettuali (che in quanto tali risultano sottoposti a rigidi controlli giurisdizionali); da tale attività di consultazione deriverebbe per il P.N.A. soltanto un potere di raffronto e collegamento con le altre informazioni in suo possesso, con conseguente trasferimento dei risultati ottenuti ai competenti procuratori, i quali compiranno le opportune scelte processuali, nell'ambito del sistema di controlli delineato dal codice di rito.

L'attività di indagine rimane dunque nelle mani dei procuratori distrettuali, secondo le ordinarie regole che disciplinano lo svolgimento delle indagini, senza che al P.N.A. sia attribuito alcun potere di ricerca della notizia di reato, essendo piuttosto l'attività a lui demandata una mera ricognizione dei risultati ottenuti da parte di organi la cui attività è tutt'altro che incontrollata.

4.3.4. ART. 371 BIS, COMMA 3, LETT F) E G): LA PREVENZIONE E LA RISOLUZIONE DEI CONTRASTI TRA GLI UFFICI DEL P.M.

Ritornando alla normativa contenuta nell'art. 371 bis, di particolare interesse risulta essere la disciplina contenuta alle lettere f) e g) del comma 3.

Le due disposizioni meritano una trattazione congiunta in virtù del fatto che entrambe disciplinano, seppur in modo differente, i contrasti tra uffici del pubblico ministero,

⁷⁶ Cfr. CENCI, *la competenza investigativa della D.I.A. e i suoi rapporti con le procure distrettuali*, cit., p. 328

ovviamente con riferimento alle investigazioni relative ai procedimenti di criminalità organizzata : viene qui in considerazione il potere, attribuito al P.N.A. nell'ambito della specifiche funzioni di coordinatore che è chiamato a ricoprire, di evitare (o risolvere) gli eventuali contrasti che potrebbero sorgere tra gli organi inquirenti nel corso dell'attività di investigazione.

Ai sensi dell'art. 371 bis, comma 3, lett f) il P.N.A. impartisce ai procuratori distrettuali specifiche direttive alle quali attenersi per prevenire o risolvere contrasti riguardanti le modalità secondo le quali realizzare il coordinamento nell'attività di indagine; la successiva lettera g) prevede poi che il P.N.A. riunisce i procuratori distrettuali interessati al fine di risolvere i contrasti che, malgrado le direttive specifiche impartite, sono insorti e hanno impedito di promuovere o di rendere effettivo il coordinamento.

Il P.N.A. si adopera in prima battuta per garantire il coordinamento delle indagini, per impedire il sorgere di contrasti tra i diversi uffici proprio con riferimento alle modalità di detto coordinamento: a tal fine gli è attribuito il potere di impartire direttive specifiche.

Qualora, nonostante le direttive, il P.N.A. non sia riuscito ad evitare il sorgere di contrasti, lo stesso può procedere alla riunione dei procuratori interessati: la norma disciplina dunque diverse modalità di intervento, sempre maggiormente pregnanti (nei limiti entro i quali al P.N.A. è riconosciuta capacità di intervento) che permettono allo stesso, pur senza entrare nel merito delle scelte investigative, di svolgere quella funzione di supervisore del coordinamento tra le procure distrettuali che gli è attribuita.

A tal proposito è opportuno rilevare che le «specifiche direttive», che ai sensi dell'art. 371 bis lett f) possono essere impartite dal P.N.A., potranno avere ad oggetto soltanto le problematiche attinenti le modalità di coordinamento, con conseguente esclusione di tutte quelle valutazioni relative al merito delle modalità di conduzioni delle indagini stesse⁷⁷.

Qualora tuttavia il contrasto tra le diverse procure distrettuali in ordine al coordinamento di indagini collegate sfoci in un contrasto formale, esso rientrerà a pieno titolo nell'ambito della disciplina relativa ai “contrastati tra uffici del pubblico ministero”.

In realtà il legislatore non ha rinunciato ad intervenire in chiave derogatoria anche in tale ambito, inserendo l'art. 54 *ter*⁷⁸, rubricato «contrastati tra pubblici ministeri in materia di criminalità organizzata» La norma disciplina due differenti ipotesi, distinguibili a seconda che il contrasto (sia esso positivo o negativo) riguardi uffici distrettuali di diversi distretti ovvero lo stesso conflitto interessi l'ufficio distrettuale e la procura circondariale dislocata presso il tribunale non distrettuale.

In entrambi i casi è comunque previsto un intervento del procuratore nazionale, in virtù del particolare coinvolgimento dello stesso nell'ambito delle indagini relative alla criminalità organizzata soprattutto ed in virtù del peculiare ruolo dallo stesso rivestito nell'ambito del sistema del doppio binario investigativo.

Con riferimento all'ipotesi di contrasto tra p.m. distrettuali appartenenti a distretti diversi (c.d. contrasto omogeneo), la decisione sul contrasto spetterà, in virtù del principio generale fissato dall'art. 54 c.p.p., al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, il quale dovrà acquisire il parere obbligatorio ma non vincolante del P.N.A..

⁷⁷ Cfr. TURONE, *indagini collegate, procuratori distrettuali e procura nazionale antimafia*, in AA.VV. *processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993 p. 175

⁷⁸ art. 2 d.l. 20-12-1991 n. 367

Nel caso i di contrasti tra ufficio distrettuale e procura circondariale dislocata presso un tribunale non distrettuale (c.d. contrasto eterogeneo), la decisione in merito al conflitto spetterà al procuratore generale presso la corte d'appello, e su quest'ultimo verterà solamente l'obbligo di informare il procuratore nazionale circa i provvedimenti adottati⁷⁹.

La differente disciplina si giustifica in quanto l'intervento del procuratore, qualora si tratti di conflitti tra diverse procure distrettuali, apparirà come volto a risolvere una mera questione di competenza, posto che, accertato il carattere mafioso del reato, tale intervento non verrà inteso quale intrusione volta ad attrarre nell'alveo della competenza delle procure distrettuali un reato il cui carattere mafioso risulta dubbio; nel diverso caso in cui il conflitto sia eterogeneo, essendo posta in discussione l'appartenenza o meno del reato al novero di quelli previsti dall'art. 51 comma 3bis, l'intervento del P.N.A. rischierebbe di apparire come una indebita ingerenza volta a condizionare la scelta del procuratore generale⁸⁰.

In tal modo dunque si è riusciti a garantire la partecipazione (seppur differenziata) del procuratore nazionale nei contrasti che interessano i pm distrettuali e nel contempo si assicura il giusto equilibrio tra i vari soggetti tenuti ad intervenire per la risoluzione dei contrasti.

La disciplina appena descritta è destinata a trovare applicazione nelle ipotesi in cui il conflitto tra i diversi uffici del pm sfoci in un contrasto formale: in generale, il compito del P.N.A. si indirizza proprio nel senso di evitare il sorgere di detti contrasti (in particolare con riferimento ai contrasti omogenei), utilizzando gli strumenti, cristallizzati nelle lett f) e g) dell'art. 371, che il legislatore mette a tal fine a sua disposizione.

Ovviamente l'intervento del P.N.A. si giustifica solo nei limiti in cui detti contrasti riguardino il coordinamento delle indagini, non potendosi spingere fino a sindacare le scelte di merito compiute dai singoli pm: dunque l'ambito operativo del P.N.A. resta sempre e comunque limitato entro l'area del coordinamento investigativo.

4.3.5. ART. 371 BIS, COMMA 3, LETT H): IL POTERE DI AVOCAZIONE

Qualora il coordinamento non risulti possibile, nonostante gli sforzi del P.N.A. in tale direzione, quest'ultimo potrà esercitare il potere di avocazione delle indagini, trasferendo così la gestione delle indagini preliminari direttamente alla direzione nazionale: si tratta forse dell'istituto maggiormente discusso della disciplina relativa alla procura nazionale antimafia.

Il potere di avocazione "nazionale" è stato interpretato in termini restrittivi, e va considerato quale *extrema ratio* cui il P.N.A. può ricorrere soltanto nell'ipotesi in cui la coordinata conduzione delle indagini non sarebbe altrimenti possibile. Spetterà dunque al P.N.A., come sopra accennato, tentare di intervenire, tramite tutti i mezzi predisposti dall'ordinamento per garantire un coordinamento, ricorrendo a tale estrema soluzione solo nei casi limite^{81 82}.

⁷⁹ Cfr. TERESI, *direzione nazionale e direzioni distrettuali antimafia*, Giuffrè, 1993 p. 129ss.; CISTERNA, DE LUCIA, voce *direzione nazionale antimafia*, cit., p. 163.

⁸⁰ Cfr. CISTERNA, *le funzioni ed i poteri della direzione nazionale antimafia nelle linee di politica criminale*, cit., p. 293 ss; CISTERNA, DE LUCIA, ult. op. cit., p. 163

⁸¹ nella prassi detto potere non è mai stato esercitato.

⁸² Cfr. TURONE, *indagini collegate, procuratori distrettuali e procura nazionale antimafia*, in AA.VV. *processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993, p. 178.

Ai sensi della lett h) dell'art. 371 bis, comma 3 il P.N.A. «dispone con decreto motivato, reclamabile al procuratore generale presso la Corte di Cassazione, l'avocazione delle indagini preliminari relative a taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3 bis quando non hanno dato esito le riunioni disposte al fine di promuovere o rendere effettivo il coordinamento e questo non è stato possibile a causa della: 1) perdurante e ingiustificata inerzia nell'attività di indagine; 2) ingiustificata e reiterata violazione dei doveri previsti dall'art. 371 ai fini del coordinamento delle indagini»⁸³.

La norma in esame ha sollevato dubbi in dottrina, in particolare per il rischio connesso a un cattivo esercizio di tale potere, che, si badi, è l'unico che consente al P.N.A. un intervento maggiormente pregnante nell'attività dei pm distrettuali.

Dall'analisi finora svolta, si evince agevolmente come tutte le prerogative e i poteri attribuiti al P.N.A. fanno sì che lo stesso sia “relegato” al margine delle indagini, delineando un ruolo dello stesso che non gli consente in alcun modo la partecipazione attiva alle investigazioni: il P.N.A. dispone dei magistrati della DNA, acquisisce informazioni, impartisce direttive e indice riunioni per promuovere il coordinamento, ma compie il tutto rimanendo, per così dire, sullo sfondo, in una posizione del tutto peculiare rispetto a quella rivestita dagli ordinari organi inquirenti.

Se dunque il P.N.A., nel quadro delineato dall'art. 371 bis, è destinato a ricoprire un ruolo che rimane circoscritto all'ambito del coordinamento, ben si comprende come la scelta di affidargli un potere di avocazione, che dunque gli consente un intervento tutt'altro che secondario nello svolgimento delle indagini, abbia lasciato perplessi quanti nutrivano dubbi sulla necessità e ammissibilità di detta figura.

A difesa della scelta coraggiosa del legislatore va detto che se l'obiettivo perseguito era quello di creare uno strumento maggiormente cogente, che fosse in grado di garantire il coordinamento anche nelle ipotesi in cui i rimedi meno incisivi (quali direttive e riunioni) non fossero stati in grado di farlo, poche erano le possibilità in concreto praticabili⁸⁴.

Il problema, semmai, era quello di contenere entro limiti ragionevoli l'esercizio di tale potere, sfuggendo il più possibile al rischio di abuso dello stesso da parte del procuratore nazionale. E lo sforzo effettuato dal legislatore si muove proprio in tale direzione, tentando di ancorare l'esercizio del potere di avocazione a rigidi presupposti e predisponendo forme di controllo atte a garantire un corretto utilizzo dell'istituto.

In primo luogo, infatti, si è optato per una precisa e puntuale definizione delle ipotesi in presenza delle quali è possibile disporre l'avocazione: si deve trattare di «una situazione di concreta impossibilità quanto al coordinamento delle indagini per delitti di mafia, allorchè tale situazione risulti addebitabile ad uno o più tra i procuratori distrettuali interessati alle stesse, in virtù della “perdurante e ingiustificata inerzia dell'attività di indagine”, ovvero della “ingiustificata e reiterata violazione dei doveri previsti dall'art. 371 ai fini del coordinamento” delle indagini medesime».⁸⁵

Non ogni inerzia dunque legittima l'esercizio di tale potere, ma solo quell'inerzia che si rifletta sul coordinamento delle indagini, rendendolo ineffettivo.

⁸³ Il numero 3 è stato soppresso in sede di conversione.

⁸⁴ cfr. GREVI, *nuovo codice di procedura e processi di criminalità organizzata*, cit., p. 25.

⁸⁵ *ibidem*, p. 26.

Peraltro con riferimento all'ipotesi di avocazione determinata dall'inerzia⁸⁶, va sottolineato come parte della dottrina⁸⁷ ritiene che detto potere possa essere esercitato con riferimento ad indagini relative ai delitti di mafia anche se tra loro non collegate.

Ciò sulla base del fatto che in tale ipotesi il dettato normativo non fa alcun riferimento all'art. 371 c.p.p., mentre tale riferimento è esplicitato negli altri casi di avocazione. In realtà tali rilievi non possono essere condivisi, soprattutto se si considera che la locuzione "coordinamento" nello stesso art. 371 è utilizzata esclusivamente con riferimento alle indagini tra loro collegate. Dunque il potere di avocazione incontra un ulteriore limite nella necessità di un collegamento tra le diverse indagini.

Ciò chiarito, va precisato come in ogni caso l'esercizio del potere di avocazione non legittima in alcun modo il P.N.A. ad entrare nel merito delle scelte operate dai singoli pm: l'avocazione, infatti, non può essere disposta solo sulla base del dissenso del P.N.A. rispetto alle decisioni prese, nella conduzione delle indagini, dal p.m. competente: se così fosse l'avocazione sarebbe certamente illegittima.⁸⁸

Proprio al fine di scongiurare ipotesi simili il legislatore ha provveduto a disciplinare meccanismi di controllo atti a vagliare la legittimità delle scelte del P.N.A., disponendo innanzitutto che il decreto di avocazione sia motivato e trasmesso in copia al CSM e ai procuratori della repubblica interessati.

Questi ultimi possono proporre reclamo, entro 10 giorni dal ricevimento del decreto di avocazione, al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, il quale, se accoglie il reclamo, revoca il decreto di avocazione e dispone la restituzione degli atti.⁸⁹ In tal modo si consente un controllo pregnante sulle scelte del P.N.A. in merito all'avocazione, controllo affidato al procuratore generale presso la Corte di Cassazione, il quale eserciterà detto sindacato nell'ambito delle più ampie funzioni di sorveglianza attribuitegli nei confronti dell'operato del P.N.A. .⁹⁰

Una volta disposta l'avocazione delle indagini, la titolarità delle stesse passerà alla direzione nazionale: tale passaggio non modifica in alcun modo la competenza territoriale dell'organo giudicante⁹¹ né quella del giudice per le indagini preliminari⁹².

Nessuna conseguenza inoltre si produrrà nei confronti degli uffici del pubblico ministero che conducono indagini collegate a quella avocata, ma che non sono state destinatarie del provvedimento di avocazione: essendo, infatti, il decreto di avocazione un provvedimento destinato a colpire solo quegli uffici che non abbiano ottemperato al dovere di coordinamento, esso non sortirà alcuna conseguenza nei confronti delle indagini che sono condotte da uffici del pm cui una siffatta inadempienza non è addebitabile. Con la logica conseguenza che in

⁸⁶ art. 371 bis, comma 3 lett h) n. 1

⁸⁷ TONINI, *il coordinamento tra uffici del p.m.*, in *Giust. Pen.*, 1992, III, c. 406 cfr. da. VIGNA, *le "nuove indagini preliminari nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata"*, in *AA.VV. processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993, p. 49

⁸⁸ Cfr. TURONE, *indagini collegate, procuratori distrettuali e procura nazionale antimafia*, cit., p. 176 ss.

⁸⁹ In virtù del combinato disposto degli art. 371 bis, comma 3 lett h) c.p.p. e art. 70, comma 6 e 6 bis ord. giud.

⁹⁰ Cfr. GREVI, *nuovo codice di procedura e processi di criminalità organizzata*, cit., p. 26.

⁹¹ Competenza che rimane stabilita dagli artt. 8, 9, 10, 11 e 16 c.p.p.

⁹² Disciplinata dall'art. 328, comma 1-bis c.p.p.

dette ipotesi sarà la stessa direzione nazionale a portare avanti il coordinamento previsto dall'art. 371 c.p.p.⁹³.

4.3.6. UNA DISCIPLINA “INCOMPLETA”: LA MANCATA CONVERSIONE DELLE LETT. D) ED E)

Dalla disamina della disciplina contenuta nell'art. 371 *bis* si evince chiaramente come la scelta del legislatore si sia orientata nel senso di attribuire al Procuratore nazionale di una serie di strumenti in grado di consentirgli l'esercizio di un potere di coordinamento, facendone un organo che sia in grado di garantire la corretta circolazione delle informazioni tra le diverse procure, fungendo da punto di raccordo tra le attività delle singole procure distrettuali.

In realtà, tale scenario non è corrispondente al progetto originariamente predisposto dal Governo, posto che in sede di conversione del d.l. 367/1991, non poche furono le modifiche apportate.

Si è già accennato alle perplessità di una parte della dottrina, che intravedeva nella creazione di un organo nazionale (del tutto inedito), posto al di fuori della rigida struttura predisposta dal codice, un pericolo per l'autonomia e l'indipendenza della magistratura inquirente⁹⁴.

Tali preoccupazioni si tradussero, in sede di conversione nell'eliminazione di alcune disposizioni chiave dell'art. 371 *bis*: ciò comportò, di fatto, un profondo mutamento del ruolo e della funzione originariamente pensati per il P.N.A., portando ad una rigida limitazione dei poteri di intervento e di impulso dello stesso e relegandolo ad un ruolo secondario nello svolgimento “attivo” delle indagini.

Tra i più rilevanti interventi in sede di conversione vanno certamente menzionati quelli che portarono alla mancata approvazione delle lettere d) ed e) originariamente inserite nel comma 3 dell'art. 371 *bis*.

La prima delle due disposizioni – in virtù della quale si prevedeva che il P.N.A. individuasse i temi di investigazione e orientasse i piani di indagine sul territorio nazionale, informandone i procuratori generali presso le corti d'appello e i procuratori distrettuali e dandone comunicazione al consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata – risultava strettamente connessa al ruolo di impulso riconosciuto genericamente al P.N.A. nel secondo comma della stessa norma. La norma, lungi dal configurare un vero e proprio potere di esercizio dell'azione penale in capo al procuratore nazionale, mirava piuttosto ad indirizzare, in maniera più incisiva, l'attività delle procure distrettuali, consentendo l'esercizio di un potere di

⁹³ Cfr. TURONE, *indagini collegate, procuratori distrettuali e procura nazionale antimafia*, in AA.VV. *processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993, p. 177

⁹⁴ In risposta a tali perplessità scriveva FALCONE, *Interventi e proposte (1982-1992)*, a cura della Fondazione G. e F. Falcone, Firenze, 1994: diversi saggi oppositori della DNA hanno detto che non saremmo in presenza di norme che mirano a un impianto normativo diretto soltanto al coordinamento. Accanto al coordinamento si sarebbe introdotto di soppiatto un progressivo assoggettamento del p.m. all'esecutivo, e l'impulso investigativo sarebbe più forte del coordinamento. Vorrei dire che, proprio perché la lotta alla criminalità organizzata non doveva essere ad appannaggio del pm, si è tentato di creare un collegamento, una rete molto complessa, che presupponga il coinvolgimento di tutti i magistrati del p.m.»

impulso dotato di una maggiore coerenza, e che sarebbe dunque risultato forse maggiormente effettivo.

Tuttavia il riferimento ai «temi di investigazione» ed ai «piani di indagine» preoccupò non poco quanti ritenevano che tale disposizione avrebbe riconosciuto al P.N.A. un ruolo di molto eccedente il mero coordinamento: il rischio paventato era che fissando i limiti entro i quali concentrare l'attività investigativa, si sarebbe concesso al P.N.A. di influenzare l'attività d'indagine delle procure distrettuali; inoltre, si temeva che il potere di impulso avrebbe potuto conferire una certa coerenza a quelle determinazioni più generali, costringendo, di fatto, il pubblico ministero distrettuale ad attivare i propri poteri di investigazione.⁹⁵

Non meno rilevanti furono le conseguenze derivanti dalla mancata conversione della lett e) dell'art. 371 bis, la quale disponeva che il P.N.A. impartisse ai procuratori distrettuali specifiche direttive volte ad assicurare il miglior impiego dei magistrati delle direzioni distrettuali antimafia e delle forze di polizia, anche coordinando i modi e le forme secondo i quali i procuratori distrettuali possono avvalersi della direzione investigativa antimafia. Tale norma era fondamentale per delineare il perimetro di intervento del P.N.A. nell'ambito della gestione delle investigazioni, garantendogli, tramite il sistema delle direttive, dotate di una certa coerenza, di esercitare un potere di indirizzo e di controllo sulle indagini.

Le preoccupazioni circa la possibilità di predisporre una struttura dotata di ampi poteri e pochi controlli prevalsero sulle sempre più pregnanti esigenze di contrasto alla criminalità organizzata, determinando l'espulsione di tali disposizioni e lasciando in piedi un sistema in qualche modo "amputato".

A conferma di quanto sostenuto basti riflettere su come sia profondamente mutato il ruolo e la fisionomia stessa dell'art. 371 bis, comma 3, lett b), nella parte in cui consente al P.N.A. di gestire la flessibilità e la mobilità dei magistrati appartenenti alle DDA: se oggi tale potere va definito come uno strumento che permette al P.N.A. di risolvere situazioni del tutto eccezionali che rischiano di portare alla paralisi delle investigazioni, e dunque uno strumento cui il P.N.A. può fare ricorso solo in casi estremi, nel disegno originario del d.l. tale potere mirava piuttosto a creare una sorta di "cabina di regia" per la distribuzione dei diversi magistrati in tutto il territorio nazionale in guisa da poter sfruttare l'esperienza degli stessi tramite la loro dislocazione nelle varie procure, valorizzando al massimo il loro contributo ai fini delle indagini.⁹⁶

Discorso non dissimile può essere proposto con riferimento alla previsione della lettera c) dell'art. 371 bis la quale, consentendo al P.N.A. l'acquisizione di dati informazioni e notizie, avrebbe costituito, nella versione originaria della legge, uno strumento fondamentale per alimentare quella funzione di impulso di cui oggi il P.N.A. è stato in parte spogliato.

⁹⁵ Cfr. CISTERNA, *le funzioni ed i poteri della direzione nazionale antimafia nelle linee di politica criminale*, cit., p. 284

⁹⁶ Cfr. CISTERNA, *Le funzioni ed i poteri della direzione nazionale antimafia nelle linee di politica criminale*, cit., p. 299.

5. CONCLUSIONI

In definitiva, il legislatore ha preferito predisporre un sistema che garantisse un buon coordinamento ma che non consentisse ad un solo organo la possibilità di intervenire nel merito delle indagini, accontentandosi dunque di creare un sistema che puntasse sulla professionalità dei suoi membri, sulla concentrazione delle funzioni di p.m. in capo ad un numero limitato di procure (in guisa da poter agevolare il flusso comunicativo) e sulla intensificazione delle funzioni di informazione e coordinamento.

Si tratta di un buon punto di partenza, e forse per l'epoca questa soluzione era l'unica adottabile, stante il carattere "sperimentale" del sistema proposto, che, come abbiamo avuto modo di notare, non conosce precedenti nel nostro sistema; tuttavia, dopo 20 anni i tempi sono forse maturi per apprestare una modifica di tale disciplina.

Si tratterà di predisporre strumenti volti a garantire un adeguato sindacato sulle scelte del procuratore, in guisa da garantire che l'attività dello stesso non risulti mai incontrollata: in tal senso sarà forse possibile, come in parte è già avvenuto, intensificare i poteri di verifica attribuiti al Csm ed al procuratore generale presso la Corte di Cassazione.

Non potendosi ammettere, nell'attuale sistema, la presenza di un organo di vertice del tutto sganciato dai meccanismi di controllo giurisdizionale, si tratterà soltanto di individuare gli organi deputati a tale compito.

CAPITOLO II

LE INDAGINI

SEZIONE I

LA DURATA DELLE INDAGINI PRELIMINARI

Sommario: 1. Introduzione – 2. Uno sguardo d'insieme alla disciplina. – 3. I termini di durata delle indagini preliminari. – 3.1. Premessa. – 3.2. (segue): il problema della qualificazione giuridica del fatto. – 3.3. (segue): l'individuazione del "termine iniziale". – 3.4. (segue): la valorizzazione del ruolo del giudice per le indagini preliminari. – 3.5. Una proposta di modifica della disciplina. – 4. La proroga delle indagini preliminari. – 4.1. Questioni preliminari. – 4.2. I presupposti. – 4.3. Il procedimento e le sue deroghe – 5. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

La disciplina derogatoria introdotta dalla legge 20 gennaio 1992 n. 8 risponde – come in precedenza rilevato – alla precisa esigenza di predisporre strutture investigative dotate di un apparato organizzativo idoneo a fronteggiare la stratificata e complessa struttura delle associazioni per delinquere di stampo mafioso.

La norma in questione ha, infatti, provveduto all'istituzione di 26 procure "distrettuali"¹ e alla costituzione di un organo nazionale (la Direzione Nazionale Antimafia), cui è demandata una funzione di coordinamento dell'attività d'indagine, tramite il riconoscimento, in capo al Procuratore Nazionale Antimafia, di una serie di poteri d'indirizzo e controllo dell'attività d'indagine in grado di porre l'apparato investigativo nelle condizioni di apprestare un'effettiva e organizzata forma di contrasto alla criminalità organizzata.

La disciplina è stata oggetto di numerose critiche ed ha dato vita ad un acceso dibattito tanto dottrinale quanto giurisprudenziale.

Cionondimeno, prescindendo dalle lacune riscontrabili all'interno della disciplina, e sorvolando sulle possibili modifiche ad essa apportabili, va certamente messa in evidenza l'apprezzabile scelta del legislatore di predisporre un sistema differenziato che tenga conto delle peculiarità della realtà criminale che si prefigge di contrastare: si pongono così le fondamenta per la creazione di un sistema che sia in grado di porsi, almeno in astratto, come reale antagonista alla criminalità organizzata.

Il legislatore sembra dunque aver compreso, e tradotto in diritto positivo, il nodo centrale della questione riguardante la lotta alla criminalità organizzata: il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. non può essere considerato alla stregua di qualsiasi altro reato contenuto all'interno del codice penale, posto che già, per sua definizione normativa, non si concretizza in una singola

¹Si tratta delle c.d. Direzioni distrettuali antimafia, specializzate nella conduzione di indagini relative a reati di criminalità organizzata di stampo mafioso, onde evitare un'eccessiva dispersione del sapere investigativo e garantire nel contempo la specializzazione dei soggetti operanti all'interno delle stesse.

condotta (attiva o omissiva che sia), ma configura un fenomeno di più ampio respiro, che tende a porsi come una realtà diffusa, caratterizzata da un generalizzato senso d'illegalità che permea le singole condotte dei soggetti che fanno parte dell'associazione stessa, e che dunque si spinge ben oltre il singolo fatto delittuoso commesso in esecuzione del programma criminoso.

Anche nella sua formulazione normativa, il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso si pone come una fattispecie diversa da tutte le altre: ciò consente di ritenere che le forme di contrasto a tale fattispecie delittuosa "straordinaria" non possano seguire i canoni ordinari.

Nel corso degli ultimi decenni si è dunque tentato di predisporre una serie di modelli processuali ed ordinamentali capaci di modulare la risposta degli apparati investigativi alla consistenza quantitativa e qualitativa dei fenomeni oggetto della cognizione².

In tale contesto, la modifica introdotta con la legge n. 8 del 1992 deve essere inserita all'interno di un progetto di più ampio respiro che coinvolge, più in generale, la disciplina relativa alle indagini preliminari contenuta nel libro V, titolo IX del codice di procedura penale³.

Il legislatore è, infatti, intervenuto nell'ambito di tale disciplina determinando un allungamento dei termini di durata delle indagini preliminari quando esse hanno a oggetto alcune specifiche ipotesi di reato tra le quali rientra anche la fattispecie delittuosa di cui all'art. 416-bis c.p.⁴.

In realtà, le esigenze di una maggiore durata delle indagini preliminari nei casi in cui queste abbiano ad oggetto reati riconducibili all'associazionismo di stampo mafioso erano già avvertite dal legislatore del 1988.

Sebbene, infatti, il legislatore non avesse ritenuto opportuno differenziare il termine (minimo) di durata delle indagini, fissato in 6 mesi⁵ per tutte le ipotesi di reato contenute nel codice, optò per una diversificazione dei termini massimi di durata delle investigazioni: in luogo degli ordinari 18 mesi, il legislatore del 1988 estese detto termine a due anni qualora si trattasse d'indagine concernente i reati di «criminalità organizzata e in ipotesi eccezionali specificatamente indicate»⁶.

Tuttavia la scelta del legislatore dell'epoca di fissare un termine minimo destinato a operare nei confronti di tutte le differenti ipotesi di reato, senza tenere in alcuna considerazione le difficoltà di accertamento che determinati reati comportano, risultò sin da subito inadeguata.

² Cit. MARANDOLA, *La durata e le proroghe delle indagini preliminari*, in A.A.V.V. *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi (a cura di), Gaito- Spangher (diretto da), Giappichelli, 2013, p. 274

³ La disciplina in questione è stata introdotta dal d.l. 8 giugno 1992 n. 306, in tema di criminalità organizzata, convertito, con modificazioni nella l. 7 agosto 1992 n. 356.

⁴ Per dovere di completezza è opportuno precisare come la disciplina oggetto di analisi predispone un sistema derogatorio che esplica la sua efficacia con riferimento ad una pluralità di fattispecie delittuose indicate all'interno dell'art. 407, 2° comma lett a); tuttavia, nel proseguo della trattazione, analizzando la disciplina de qua, si farà riferimento solo al reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, prescindendo da considerazioni che interessano le altre figure di reato, pur essendo consapevoli del maggior campo d'azione che investe la deroga.

⁵ Termine che decorreva dalla data in cui il nome della persona alla quale il reato era attribuito era iscritto a mod. 21.

⁶ In ossequio all'art. 2 n. 48 della legge delega n. 87 del 1987.

Si fece dunque pressante l'esigenza di predisporre una specifica regolamentazione (estendere anche il termine minimo di durata delle indagini) destinata a operare tutte le volte in cui l'accertamento investigativo riguardasse reati di particolare allarme sociale o che presentassero peculiarità oggettive e soggettive: primi tra tutti i reati afferenti alla criminalità organizzata e l'associazionismo mafioso⁷.

È in tale contesto, dunque, che si fece strada la proposta legislativa che portò all'adozione della legge n. 356 del 1992 che per prima, proprio con riferimento ai delitti di criminalità organizzata, realizzò il sistema differenziato ancora ad oggi vigente.

Il legislatore si mosse, dunque, nel senso di predisporre una nuova e speciale disciplina dei termini di durata delle indagini preliminari, intervenendo non solo sulla disciplina degli artt. 405 ss. c.p.p., ma altresì su ulteriori disposizioni codicistiche a tale disciplina riconnesse⁸, in guisa da predisporre un sistema che si mostrasse in grado di assecondare le esigenze di maggiore durata e segretezza delle indagini, e di arginare quelle ipotesi d'inquinamento probatorio spesso frequenti nell'ambito delle attività di contrasto alla lotta alla criminalità organizzata.

Tanto premesso, in primo luogo il sistema derogatorio delineato dal legislatore si caratterizza per il raddoppio dei termini di durata delle indagini previsti dagli artt. 405 e ss. c.p.p. .

Se, infatti, secondo la disciplina generale dettata dall'art. 405, comma 2 , prima parte, c.p.p., il pubblico ministero «richiede il rinvio a giudizio entro 6 mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale è attribuito il reato è iscritto nel registro delle notizie di reato», qualora si proceda per il delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso detto termine è ampliato ad un anno, in virtù di quanto previsto dalla seconda parte della medesima norma.

Parimenti, e conseguentemente, anche il termine massimo di durata delle indagini preliminari, fissato in via ordinaria in 18 mesi, subisce un allungamento, in virtù del disposto dell'art. 407, 2° comma, lett a) numero 1) che prevede una durata massima delle indagini pari 2 anni, qualora si proceda per il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. .

L'esigenza obiettiva di garantire una maggiore durata delle indagini fissando termini più ampi di quelli previsti in via ordinaria si salda inscindibilmente con la necessità di garantire un maggiore spazio di "copertura" delle stesse. Tale esigenza era avvertita al punto da spingere il legislatore a predisporre una deroga anche nell'ambito delle proroghe delle indagini che il p.m. deve richiedere (nel rispetto dei rigidi presupposti fissati dalla legge) al giudice per le indagini preliminari: da qui il disposto del nuovo comma 5-*bis* dell'art. 406, il quale prevede che il giudice provveda alla richiesta formulata dal p.m. *inaudita altera parte*.

Ai sensi della norma da ultimo citata, infatti, «le disposizioni dei commi 3, 4 e 5 non si applicano se si procede per talune dei delitti indicati nell'art. 51 comma 3 *bis* e nell'art. 407, comma 2, letta a), n. 4 e 7bis»: in tal modo il legislatore preclude l'applicabilità della disciplina riguardante la notificazione della richiesta di proroga alla persona sottoposta alle indagini, e quella riguardante la facoltà (riconosciuta all'indagato) di presentare memorie, impedendo così l'instaurazione del contraddittorio, al chiaro intento di garantire la segretezza delle indagini, e,

⁷ Cfr. MARANDOLA, *La durata e le proroghe delle indagini preliminari*, cit., p. 609.

⁸ Quale ad es. l'art. 335, comma 3, c.p.p. relativo alla comunicazione della notizia di reato alla persona alla quale il reato è attribuito.

conseguentemente, impedire che gli stessi indagati possano porre in essere tentativi di sviamento o di inquinamento dell'attività investigativa⁹.

Alla stessa finalità è infine ispirata la deroga contenuta nell'art. 335 comma 3 c.p.p.¹⁰, a norma del quale è esclusa la possibilità di comunicare le iscrizioni di cui ai commi precedenti dello stesso articolo ai soggetti indagati per i reati di cui all'art. 407, 2° comma, lett a), tra quali rientrano i delitti di matrice mafiosa.

Ancora una volta lo scopo perseguito dal legislatore è quello di garantire agli organi inquirenti di investigare riservatamente, sul presupposto che «le particolari caratteristiche dei fenomeni criminali presi in considerazione rendono una *discovery* anticipata di tali attività incompatibile con il positivo esito delle indagini»¹¹.

A presidio del regime dei termini di durata delle indagini, al chiaro fine di garantirne il rispetto, si prevede la rigida sanzione dell'inutilizzabilità degli atti compiuti tardivamente.

Ai sensi dell'art. 407, comma 3 è, infatti, preclusa (qualora il p.m. non abbia esercitato l'azione penale o richiesto l'archiviazione) l'utilizzabilità degli atti posti in essere dopo la scadenza del termine stabilito dalla legge, prorogato dal giudice: tale vizio è rilevabile¹² in ogni stato e grado del procedimento, sia d'ufficio sia su eccezione di parte¹³.

Si tratta di una sanzione molto severa che contribuisce ad acuire le problematiche di una disciplina già di per sé molto rigida.

Da questa sommaria analisi della disciplina (che si avrà modo di approfondire più avanti) si comprende come lo scopo perseguito dal legislatore del 1992 sia di concedere agli organi inquirenti un arco temporale maggiore per svolgere le indagini, tenendo conto del fatto che si tratta fattispecie delittuose particolarmente delicate, ed il loro accertamento risulta, nella maggior parte dei casi, particolarmente complesso.

2. UNO SGUARDO D'INSIEME ALLA DISCIPLINA

Come evidenziato, il legislatore del 1992 ha mirato ad adeguare la disciplina codicistica prevista in materia di termini di durata delle indagini preliminari alle peculiari esigenze e problematiche che gli investigatori sono tenuti ad affrontare nel corso delle investigazioni concernenti i delitti di criminalità organizzata.

Tuttavia, prima di procedere ad una disamina della disciplina derogatoria al fine di comprenderne l'effettiva portata, risulta imprescindibile procedere ad un'analisi della disciplina ordinaria, come predisposta del legislatore del 1988, che non ha mancato di sollevare in dottrina una serie di problematiche tutt'altro che secondarie.

⁹ GREVI, *Nuovo codice di procedura e processi di criminalità organizzata*, in A.A.V.V., *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993.

¹⁰ Disposizione introdotta dalla l. n. 332 del 1995,

¹¹ BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, in *Trattato di procedura penale, vol. VII: modelli differenziati di accertamento*, G. Garuti (a cura di), Torino, UTET, 2008-2011, p. 309.

¹² Ai sensi dell'art. 191, comma 2. c.p.p.

¹³ Non è mancato chi ha sostenuto la rilevanza solo su eccezione di parte, escludendo la rilevanza d'ufficio sulla base del presupposto che tale inutilizzabilità avrebbe natura diversa rispetto a quella prevista in generale dall'art. 191: quest'ultima riguarderebbe infatti le prove, mentre l'altra le indagini.

Detta analisi preliminare è indispensabile posto che le problematiche e le distorsioni che, secondo alcuni autori¹⁴, sembrano “affliggere” la disciplina ordinaria, non possono non riproporsi nella disciplina derogatoria, con il rischio, peraltro non del tutto inverosimile, che tali profili di problematicità si acuiscono.

In altri termini, come si avrà modo di precisare in seguito, la disciplina derogatoria, essendo costruita sulla base di un sistema già “distorto” altro non fa che accentuare dette storture, riproponendole ed ampliandone la portata, in guisa da accentuarne le problematiche ed i limiti.

La disciplina dei termini d’indagine trova i propri referenti storici negli artt. 298 e 393 *bis* c.p.p. 1930, i quali, al fine di imprimere un impulso acceleratorio al processo, evitando la protrazione a tempo indeterminato dell’istruttoria, prevedevano un sistema alquanto innovativo per l’epoca: decorsi i termini prefissati dal legislatore l’organo dell’accusa era tenuto a prendere le proprie determinazioni circa l’esercizio dell’azione penale, o, in alternativa, richiedere la proroga dei termini per poter proseguire l’attività investigativa. In mancanza di determinazioni da parte del p.m. o in caso di mancata concessione della proroga, gli atti di indagine compiuti successivamente alla scadenza del termine (originario o prorogato), venivano afflitti dalla sanzione dell’inutilizzabilità processuale¹⁵.

Tale normativa, rigida nel prevedere la sanzione dell’inutilizzabilità degli atti tardivi, nasceva dalla necessità di impedire il perpetuarsi di un sistema che, nella vigenza del codice Rocco, prevedeva la possibilità (tutt’altro che rara) di assoggettare una persona ad investigazioni per un tempo pressoché illimitato e a sua totale insaputa¹⁶.

Non è tuttavia difficile scorgere nella disciplina del codice abrogato il referente logico che funge da scheletro per la disciplina dei termini investigativi, disciplina che, allora come adesso, pare ispirata ad un rigido garantismo.

Non sono, infatti, differenti le motivazioni che hanno spinto il legislatore a seguire la strada già tracciata dal suo predecessore, predisponendo così una disciplina che, da un lato, sia in grado di tutelare l’efficienza dell’intero sistema processuale, imprimendo rapidità all’attività del p.m. ed evitando, in tal modo, che il dibattimento si svolga ad una eccessiva distanza dalla commissione del fatto e, dall’altro, possa efficacemente garantire la persona sottoposta alle indagini, limitando temporalmente i risvolti negativi connessi allo *status* di indagato, posto che non di rado le investigazioni possono avere riflessi negativi su quest’ultimo¹⁷.

Caratterizzata sin da subito da forti istanze garantiste, la disciplina non ha subito, nel corso degli anni, rilevanti modifiche, mantenendosi, nel suo nucleo essenziale, pressoché invariata, nonostante le critiche ad essa mosse¹⁸.

¹⁴ Tra i tanti, MADDALENA, *Considerazioni in tema di «normativa antimafia»* in *Gli appalti nel settore energetico: atti del convegno di studi tenuto a capri nell’autunno del 1992*, Milano, Giuffrè, 1994, e CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006.

¹⁵ MARANDOLA, *La durata e le proroghe delle indagini preliminari*, cit., p. 608 s.

¹⁶ BRESCIANI, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Chiavario, Marzaduri (diretto da), Torino, Utet, 1999, p. 17

¹⁷ DANIELE, *Le modifiche in materia di termini per le indagini preliminari*, in *Il decreto “Antiscarcerazioni”*, M. Bargis (a cura di), Torino, Giappichelli, 2001, p. 82 e MARANDOLA, *La durata e le proroghe delle indagini preliminari*, cit., p. 608.

¹⁸ Tra la più autorevole dottrina che ha espresso i propri dubbi in merito all’opportunità e la coerenza del sistema delineato dagli artt. 405-407 c.p.p. spicca la feroce critica di CORDERO, in *Procedura penale*, cit., che, in termini piuttosto duri mette in luce quelle che a suo avviso, appaiono le più evidenti distorsioni del sistema: «spira garantismo inquisitorio nei termini ex artt. 405-407 (scaduti i quali, l’atto tardivo, risulta sterile): non è chiaro perché siano imposti al lavoro extraprocessuale. [...] i codificatori

Molte di queste, oltre a sindacare l'opportunità della scelta e la sua coerenza all'interno del sistema codicistico, hanno evidenziato come, di fatto, una disciplina che impone al p.m. un termine entro il quale determinarsi, o in alternativa di ricorrere al g.i.p. al fine di ottenere una proroga (costringendolo però a "svelare" le proprie carte, abbandonando così qualsiasi esigenza di segretezza, posto che la concessione della proroga avviene, almeno nella disciplina ordinaria, per mezzo del necessario coinvolgimento della persona sottoposta a indagini) s'ispira ad esigenze di garantismo alle quali è stata data forse una risposta eccessivamente rigida¹⁹.

Senza contare che non è mancato chi ha anche sostenuto come la predisposizione di un termine ultimo, perentorio ed improrogabile, rischia di entrare in conflitto con il parametro costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Una disciplina che prefissa il momento in cui il p.m. deve determinarsi in ordine alla scelta di esercitare o meno l'azione penale è parsa una soluzione poco compatibile con il principio costituzionale di cui all'art. 112 Cost., in quanto «capace di favorire atteggiamenti propensi a chiudere la fase delle indagini preliminari con determinazioni orientate in senso opposto rispetto al principio di obbligatorietà dell'azione penale [...] che rappresenta un necessario completamento del principio sostanziale di legalità»²⁰.

Come è noto, tale principio impone al p.m. l'obbligo di attivare l'azione penale dinanzi a tutte le notizie di reato senza alcuna discrezionalità, garantendo tanto l'indipendenza del p.m. nell'esercizio delle proprie funzioni, quanto l'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge²¹.

Orbene, la scelta di porre un limite temporale all'attività del p.m. mal si concilia con tale obbligo. Infatti, il p.m. che si trovi nell'immediatezza della scadenza del termine massimo delle indagini senza che le stesse abbiano ancora portato all'acquisizione di elementi sufficienti per l'esercizio dell'azione penale, ma comunque ben avviate, è costretto a chiedere l'archiviazione del procedimento: ovvio come tale decisione si ponga, di fatto, in direzione opposta rispetto al

hanno imposto limiti temporali alle indagini. Nati da un garantismo bigotto, l'idea sviluppa meccanismi alquanto mostruosi: il giudice sorveglia le mosse strumentali dell'azione; se l'indagante vuol seguire, gli chiedi un permesso; può darsi che lui, arcigno, lo neghi; [...] se gli serve qualche settimana o mese in più, bisogna che l'indagante scopra le carte: l'udienza camerale è un mondo alla rovescia; siccome le indagini gli arrecano fastidio, il quasi-imputato sollecita un "order of prohibition" contro quel ficcanaso; e magari l'ottiene».

¹⁹ Senza dimenticare che vi sono autori che, pur consapevoli della necessità di garantire il diritto dei cittadini a non essere sottoposti ad investigazioni a tempo indeterminato, non hanno mancato di sottolineare l'irragionevolezza della disciplina delineata dall'art. 407; tra le varie prese di posizione, spicca l'opinione di MADDALENA in *Considerazioni in tema di «normativa antimafia»* in *Gli appalti nel settore energetico: atti del convegno di studi tenuto a capri nell'autunno del 1992*, Milano, Giuffrè, 1994, secondo cui «una volta che la fase delle indagini preliminari [...] serve solo alla parte rappresentata dal p.m. per decidere se esercitare l'azione penale, non ha nessun senso prevedere, per la conclusione delle indagini, un qualsiasi termine diverso da quello di prescrizione del reato. Infatti, se l'interesse punitivo dello stato e quindi della parte pubblica continua a sussistere fino a che non è decorso tale ultimo termine, è logico concedere al p.m., che è il portatore di quell'interesse, un termine diverso per acquisire elementi e decidere se tentare o meno di farlo valere quell'interesse?»

²⁰ In questi termini si è espresso il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Roma, a sostegno della questione di costituzionalità sollevata con riferimento agli artt. 112 e 25 Cost., in BRESCIANI, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Chiavario, Marzaduri (diretto da), Torino, Utet, 1999, p. 18

²¹ Cfr. SERGES, *Principi in tema di giurisdizione*, in A.A.V.V. *Lineamenti di diritto pubblico*, di Modugno, Torino, Giappichelli, 2008

principio sancito dall'art. 112 della Carta Costituzionale²², soprattutto tenuto conto dell'elastico parametro di valutazione della fondatezza della notizia di reato fissato dall'art. 125 disp. att. c.p.p.²³.

Tali osservazioni, seppure da più parti sollevate in dottrina, non hanno trovato l'avallo della Corte Costituzionale, la quale, investita della questione, ha sancito la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 405, 2°, 3°, e 4° comma, 406 e 407 c.p.p., in riferimento agli artt. 112 e 25 Cost.²⁴.

Nel suo *iter* argomentativo, la Corte Costituzionale parte, infatti, dal presupposto che la previsione di specifici limiti temporali, unitamente alla correlata sanzione d'inutilizzabilità degli atti di indagini tardivi, si salda inscindibilmente con le finalità proprie dalla fase delle indagini preliminari.

Questa fase del procedimento, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito, non si configura più come una fase meramente "preparatoria" del processo, ma mira a consentire al p.m. di assumere le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, con la conseguenza che la completezza delle indagini va necessariamente rapportata non più alla necessità di compiere tutti gli atti «necessari all'accertamento della verità»²⁵, bensì al più circoscritto ambito che ruota attorno alla scelta se esercitare o meno l'azione penale.

Tanto premesso, «non v'è alcuna contraddizione logica tra la previsione di un termine entro il quale deve essere portata a compimento l'attività d'indagine e il precetto sancito dall'art. 112 della Costituzione, non essendo quel termine, in sé per sé considerato, un fattore che sempre e comunque sia astrattamente idoneo a turbare le determinazioni che il pubblico ministero è chiamato ad assumere al suo spirare, cosicché l'eventuale necessità di svolgere ulteriori atti di investigazione viene a profilarsi unicamente come ipotesi di mero fatto che, per un verso, non impedisce allo stesso pubblico ministero di stabilire, allo stato delle indagini svolte, se esercitare o meno l'azione penale, mentre, sotto altro profilo, può rinvenire adeguato soddisfacimento, a seconda delle scelte operate, o nella riapertura delle indagini prevista dall'art. 414 del codice di procedura penale o nell'attività integrativa di indagine che l'art. 430 consente di compiere anche dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio»²⁶.

Se dunque al p.m. nella fase delle indagini non è richiesto di ricercare tutti gli atti «necessari all'accertamento della verità» (svolgendo un'attività strettamente preparatoria della successiva fase processuale) ma, più semplicemente, gli è richiesto di verificare se sussistono elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio, tale termine non può dirsi in alcun modo limitativo dell'obbligo di esercitare l'azione penale, tanto più che, a detta della Corte, la scadenza dei termini, con conseguente determinazione del p.m., non impedisce in assoluto la possibilità di proseguire l'attività d'indagine tramite i diversi istituti a ciò preposti dal codice di rito.

²² ICHINO, *Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1993, p. 693 ss.

²³ Tale norma stabilisce che: «Il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio». Ben si comprende allora come tale regola, unitamente alla predeterminazione dei termini di durata massima delle indagini può di fatto il obbligare il p.m. a "desistere" dall'esercizio dell'azione penale anche in presenza di attività di indagine che se ulteriormente sviluppate si mostrerebbero in grado di sostenere l'accusa in giudizio.

²⁴ Sent. Corte Cost. 6 Giugno 1994, n. 239 in *www.cortecostituzionale.it*

²⁵ art. 299 c.p.p. abrogato

²⁶ Sent. Corte Cost. 6 Giugno 1994, n. 239 cit.

In tal modo la Consulta pone un punto fermo nell'ambito della questione riguardante la questione di compatibilità costituzionale della normativa *de qua*, sancendone la non illegittimità; tuttavia permangono talune perplessità che inevitabilmente non possono non riproporsi anche con riferimento alla disciplina derogatoria predisposta con la riforma del 1992.

Infatti, come si è accennato, la riforma del 1992 si propone di "adeguare" il sistema predisposto dal codice di rito alle peculiari esigenze che i procedimenti di criminalità organizzata presentano, intervenendo nella disciplina e provvedendo a raddoppiare i termini (tanto quelli intermedi, quanto quelli massimi) di durata delle indagini preliminari, in guisa da consentire agli organi inquirenti un maggior arco di tempo per lo svolgimento delle indagini con contestuale garanzia di segretezza delle stesse.

Il legislatore opta dunque per la scelta di "incardinare" all'interno della disciplina ordinaria una normativa speciale, mantenendo così pressoché inalterato l'equilibrio del tessuto normativo ma correndo il rischio di riproporre, nella regolamentazione derogatoria, le distorsioni e i limiti di quella ordinaria.

Se la struttura della disciplina derogatoria ricalca, nelle sue linee generali, quella predisposta in via ordinaria, appare ovvio come le preoccupazioni e le distorsioni di quest'ultima si ripresenteranno anche nella prima.

Inoltre non è affatto impensabile che le stesse problematiche risultino amplificate nell'ambito del sistema del doppio binario: se difatti è già difficilmente tollerabile l'idea di un termine che precluda al p.m. la possibilità di compiere ulteriori atti d'indagini nel momento in cui scatta il "faticoso" termine, ben si comprende come tale ipotesi rischi di divenire ancora più preoccupante quando si parla di delitti di mafia, posto che da un lato, la complessità delle indagini è tale da rendere più frequente l'ipotesi in cui il termine (seppur raddoppiato) di due anni risulti insufficiente, e che dall'altro lato, si acuiscono le distorsioni del sistema, posto che tanto più socialmente allarmante è il fenomeno da combattere, tanto più difficile sarà accettare l'idea che tale fenomeno non possa essere contrastato per una questione di termini di durata delle indagini. Ecco quindi che la disciplina derogatoria nata per adeguare la disciplina ordinaria al fenomeno mafioso diventa, paradossalmente, ancora più distorta.

In conclusione, prima di procedere alla disamina della disciplina relativa ai termini di durata delle indagini preliminari, è opportuno soffermarsi su alcuni aspetti che potrebbero definirsi "collaterali" alla normativa in questione, ma che risultano fondamentali per comprendere l'effettivo impatto della stessa nel tessuto codicistico.

Si è fatto cenno, nel corso della trattazione, al fatto che la legge n. 356 del 1992, non si è limitata ad intervenire nell'ambito della disciplina concernente i termini di durata delle indagini, ma la sua portata riformatrice ha investito anche altre disposizioni, assumendo così una portata più ampia, mirando a stimolare quanto più possibile l'efficienza dell'apparato investigativo.

Sarebbe, infatti, riduttivo e certamente erroneo considerare la deroga alla disciplina delineata dagli artt. 405, 406 e 407 c.p.p. come un "semplice" ampliamento della durata dei termini delle indagini preliminari.

Infatti, se è vero che l'esigenza primaria che ha spinto il legislatore a predisporre tale sistema derogatorio sembra essere quella di concedere agli organi inquirenti un arco di tempo maggiore per svolgere le indagini qualora esse richiedano, per loro intrinseca natura, accertamenti più complessi e laboriosi, d'altro canto non può negarsi come tale disciplina, se

analizzata in combinato disposto con quanto previsto dall'art. 335 c.p.p., assuma un "colorito" profondamente differente, che merita di essere evidenziato.

Ai sensi dell'art. 335 comma 3 c.p.p.²⁷, qualora si proceda per uno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett a), è esclusa la comunicazione (all'indagato, alla persona offesa ed ai rispettivi difensori) delle iscrizioni contenute nel registro delle notizie di reato.

Se dunque la regola generale fissata dallo stesso art. 335 prevede il coinvolgimento nelle indagini dei soggetti interessati (al chiaro scopo di permettere l'esercizio dei loro diritti di difesa), tale coinvolgimento, nei procedimenti per criminalità organizzata di stampo mafioso è precluso, in virtù di un'esigenza di segretezza delle indagini, che, in tali ipotesi, si fa ovviamente più pregnante.

Ecco dunque che le due norme si saldano inscindibilmente consentendo agli organi inquirenti una maggiore durata delle indagini accompagnata da una totale segretezza delle stesse, che comporterà certo un affievolimento dei diritti di difesa degli indagati, ma che nel contempo permetterà agli inquirenti di poter compiere la propria attività investigativa scongiurando i pericoli di intimidazione o di condizionamenti *ab externo*²⁸.

Dunque, qualora i soggetti coinvolti in inchieste di criminalità organizzata si rivolgessero all'apposito ufficio al fine di ottenere informazioni circa l'eventuale esistenza di procedimenti a loro carico, otterrebbero in risposta la canonica formula negativa, ed il tutto senza che il pubblico ministero debba provvedere ad una secretazione delle indagini.

Se ne desume, pertanto, che qualora le indagini vertano su reati di criminalità organizzata, l'esigenza di segretezza è valutata *ex lege* come imprescindibile e prevalente rispetto a qualunque altra esigenza che potrebbe eventualmente sussistere all'interno del procedimento.

Di conseguenza, qualora le investigazioni abbiano ad oggetto i reati anzi detti, in virtù del combinato disposto degli artt. 335, comma 3, 405, comma 2, 406 comma 5 bis e 407, comma 2 lett a) n. 1 c.p.p. le stesse potrebbero svolgersi anche fino al limite massimo di 2 anni senza che la persona ad esse soggetta sia messa nelle condizioni di venire a conoscenza dell'esistenza di un procedimento a proprio carico²⁹.

Si pone dunque il problema di comprendere fino a che punto la disciplina in questione possa dirsi compatibile con la necessità di garantire il diritto di difesa: è infatti ovvio come la conoscenza dell'esistenza di un procedimento a proprio carico sia presupposto indefettibile per l'esercizio di tutti i diritti e le facoltà riconosciuti all'indagato nel corso delle indagini.

In realtà, non manca chi, configurando la Procura della Repubblica come un organo dell'amministrazione pubblica, (con conseguente applicazione del diritto amministrativo nell'ambito dei rapporti tra essa e i privati cittadini) non individua alcuna lesione dei diritti dell'indagato, posto che non è possibile configurare, in capo a quest'ultimo, un diritto soggettivo pieno a conoscere della sussistenza dell'iscrizione, quanto piuttosto un interesse legittimo³⁰.

²⁷ Comma così modificato dall'art. 18, comma 1, della legge 8 agosto 1995, n. 332.

²⁸ MELILLO, *Appunti in tema di sospensione feriale dei termini relativi a procedimenti per reati di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.* 2005, , fasc. 10, p. 19 s.

²⁹ L'ipotesi è piuttosto teorica, se non altro perché presuppone che nel corso di tale termine biennale gli organi inquirenti non abbiano posto in essere nessun atto per il compimento del quale sia necessario il coinvolgimento dell'indagato, condizione questa che farebbe sorgere l'obbligo dell'informazione di garanzia *ex art.* 369 c.p.p.

³⁰ MARANDOLA, *La durata e le proroghe delle indagini preliminari*, cit. p. 266.

Secondo questa impostazione, infatti, il segreto istruttorio in sede penale va configurato come una posizione che la Procura (in quanto organo della pubblica amministrazione) «invoca in ragione dell'interesse pubblico alla validità ed efficacia dell'indagine a beneficio dell'intera collettività, come manifestazione dell'interesse pubblico alla sicurezza collettiva»³¹: se dunque la P.A. agisce nell'interesse generale, il diritto soggettivo del singolo privato che voglia venire a conoscenza di eventuali indagini a proprio carico è affievolito a mero interesse legittimo proprio in virtù dell'esistenza di un più forte interesse generale alla segretezza dell'informazione.

Ma se anche non ci si volesse rassegnare a considerare il diritto alla conoscenza dell'iscrizione di notizie di reato a proprio carico come mero interesse legittimo, ragioni di politica generale legittimerebbero comunque la disciplina in esame.

La limitazione del diritto di difesa dell'indagato (intesa come impossibilità di venire a conoscenza di eventuali indagini a proprio carico) trova la propria legittimazione nell'esistenza di interessi maggiori e prioritari che, posti a confronto con tale diritto tenderebbero comunque a prevalere: si tratta di effettuare un bilanciamento d'interessi tra quello del singolo a conoscere dell'esistenza di un procedimento penale a proprio carico e quello della collettività all'efficacia ed effettività a delle indagini.

In altri termini, senza che sia necessario ricorrere al diritto amministrativo ed alla dicotomia interesse legittimo - diritto soggettivo, comunque la legittimità della disciplina in esame troverebbe conferma tramite il ricorso ai principi generali dell'ordinamento³².

Se si dovesse applicare la disciplina ordinaria, il riserbo mantenuto sulle indagini sarebbe destinato a venir meno (con conseguente vanificazione della disciplina ora menzionata) qualora il p.m. dovesse seguire l'ordinaria disciplina prevista per la concessione delle proroghe. Per evitare questi inconvenienti il legislatore del 1992 è intervenuto modificando anche quest'ultima disciplina e prevedendo che la concessione della proroga avvenga senza alcun coinvolgimento delle parti private interessate³³, in modo tale da evitare che questi ultimi vengano in tal modo a conoscenza delle indagini.

In altri termini, la disciplina in questione tradisce il chiaro intento del legislatore di assecondare le maggiori complessità investigative che naturalmente richiedono i procedimenti

³¹ *Ibidem*.

³² Non manca peraltro chi individua in tale disciplina una inammissibile lesione dei diritti della difesa, posto che la conoscenza di procedimenti a proprio carico si configura come presupposto indefettibile per la predisposizione di un'adeguata difesa tecnica, che viene sacrificata senza che venga prevista un'adeguata contropartita in termini garantistici, quale potrebbe essere la previsione di una specifica motivazione che giustificasse le ragioni della segretezza. In tal senso si è espresso BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, in *Trattato di procedura penale*, vol. VII: *modelli differenziati di accertamento*, a cura di Garuti, UTET, 2008-2011, p. 310: «è indiscutibile che l'obbligatorietà del segreto, non derogabile dal p.m. nemmeno successivamente al compimento nei confronti dell'indagato di atti garantiti, appare poco funzionale alle diverse esigenze che possono presentarsi nell'ambito di un procedimento penale e che avrebbero suggerito, con riferimento ai reati più gravi, la necessità comunque che esso trovasse una specifica motivazione, anche se eventualmente in deroga ai limiti temporali valevoli nei casi ordinari».

³³ La disciplina relativa al regime delle proroghe verrà esaminata più avanti, al momento è sufficiente richiamare il dettato dell'art. 406, comma 5 *bis*, che dispone che «le disposizioni dei commi 3, 4, e 5 non si applicano se si procede per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3 *bis* [...]. In tali casi, il giudice provvede con ordinanza entro dieci giorni dalla presentazione della richiesta, dandone comunicazione al pubblico ministero.» Per effetto di tale disposto la decisione del giudice sulla concessione della proroga delle indagini avverrà *inaudita altera parte*.

concernenti i reati di criminalità organizzata, assicurando una maggiore durata delle stesse, congiuntamente alla necessaria segretezza che nell'ambito di tali investigazioni è essenziale.

È in tale direzione che si procederà nell'analisi delle singole ipotesi derogatorie al regime ordinario nel tentativo di comprendere i pregi e i difetti di una disciplina particolarmente delicata, stante la pluralità di problematiche da essa affrontate ed i diversi diritti coinvolti che devono trovare un necessario bilanciamento con le esigenze investigative che il legislatore si propone di tutelare.

3. I TERMINI DI DURATA DELLE INDAGINI PRELIMINARI

3.1. PREMESSA

Chiarite le ragioni e le origini che hanno portato all'adozione della disciplina *de qua* e confermata la sua compatibilità costituzionale con riferimento al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, è necessario soffermarsi più nel dettaglio nell'analisi della normativa, per poter verificare, al di là di quelle che sono le prese di posizione a favore o contro la scelta compiuta dal legislatore, l'effettività e la reale tenuta del sistema³⁴.

Come accennato, il legislatore ha predisposto un articolato meccanismo, volto a disciplinare la durata delle indagini, predisponendo termini intermedi (prorogabili a seguito di intervento da parte del giudice per le indagini preliminari), e fissando altresì dei termini massimi (questi, invece, improrogabili); a garanzia ed a presidio del rispetto dell'intera disciplina il legislatore ha altresì disposto l'inutilizzabilità degli atti tardivi³⁵.

Tuttavia va detto che alla perizia ed alla scrupolosità del legislatore nella determinazione dei termini finali di durata delle indagini non corrisponde altrettanta attenzione nella definizione della fase iniziale.

In altri termini, per quanto il legislatore si sia dimostrato attento nel predeterminare la durata delle indagini, nel sancire la perentorietà dei termini massimi, nel prevedere rigide sanzioni in caso di inosservanza dei termini, sembra aver trascurato tutte le problematiche che investono la definizione del momento iniziale a partire dal quale far decorrere i termini in questione, ponendo limiti applicativi non indifferenti all'intera disciplina³⁶.

Le difficoltà che si riscontrano nell'individuazione del *dies a quo* non possono che ripercuotersi e tradursi in una conseguente difficoltà di determinare il termine finale,

³⁴ Posto che, con riferimento alla disciplina dei termini di durata delle indagini, nessuna differenza si riscontra tra la disciplina ordinaria e quella derogatoria (salva ovviamente la diversa estensione temporale della durata delle indagini per i fatti di mafia) le diverse questioni saranno affrontate con riferimento alla disciplina generale, nella consapevolezza che le medesime riflessioni possono essere riproposte con riferimento alla normativa derogatoria.

³⁵ Ai sensi dell'art. 407, 3° comma, c.p.p. «salvo quanto previsto dall'articolo 415bis, qualora il pubblico ministero non abbia esercitato l'azione penale o richiesto l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine non possono essere utilizzati.»

³⁶ cfr. MARANDOLA, *La durata e le proroghe delle indagini preliminari*, cit., p. 615.

rischiando in concreto di rendere vano l'impegno profuso dal legislatore nella regolamentazione della disciplina.

In particolare, il profilo più problematico dell'intera disciplina concerne la difficoltà di fissare (in maniera certa e controllabile) il momento a partire dal quale far decorrere i termini di durata delle indagini.

La complessità di tale individuazione ben si percepisce se sol si riflette sul fatto che il legislatore fissa il momento iniziale di decorrenza dei termini fissati dagli artt. 405 ss. c.p.p. nel momento in cui il p.m. procede alla iscrizione soggettiva della notizia di reato nell'apposito registro di cui all'art. 335 c.p.p.³⁷, non predisponendo tuttavia alcun meccanismo che sia in grado di garantire un controllo sulla tempestività con cui il p.m. procede a tale incombenza.

La questione appare particolarmente delicata, posto che il sistema delineato dal codice appare affetto da alcune distorsioni in grado di concedere al p.m. (e per certi versi, ancor prima, alla polizia giudiziaria) un'ampia discrezionalità nella scelta del momento opportuno per procedere a detto adempimento, tanto più che il codice non prevede in alcun modo la possibilità che un giudice terzo possa sindacare sulla correttezza con cui tale compito è svolto dall'organo dell'accusa.

Le sfaccettature del problema sono complesse e molteplici e investono differenti profili, quali quelli attinenti alla qualificazione giuridica del fatto, all'arco di tempo "fisiologico" da concedere al p.m. per accertare l'opportunità di procedere ad iscrizione (ed ancor prima quello da concedere alla polizia giudiziaria, prima di effettuare la comunicazione all'organo dell'accusa), problematiche riconnesse alla difficoltà di individuare il momento in cui una semplice informazione diviene una notizia di reato (e dunque, conseguentemente, sorge l'obbligo del p.m.), fino a giungere alla difficoltà di configurare in concreto un sistema che permetta al g.i.p. di verificare la correttezza dell'operato del p.m. al fine di correggere (ed eventualmente sanzionare) i ritardi dell'organo dell'accusa.

3.2. IL PROBLEMA DELLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO

Nell'analisi della disciplina e delle diverse questioni da essa prospettate è opportuno analizzare le diverse problematiche nello stesso ordine in cui, fisiologicamente, si presentano agli organi inquirenti, ripercorrendo quello che si potrebbe definire il normale "iter investigativo" al fine di comprendere le concrete difficoltà con le quali il legislatore si è dovuto rapportare, e valutare in tal modo l'opportunità delle scelte di politica legislativa adottate.

Un primo profilo problematico attiene alla qualificazione giuridica del fatto da accertare: com'è noto, la diversa durata dei termini delle indagini preliminari dipende dalla natura del reato, o altrimenti detto, dalla possibilità di ricomprendere il fatto contestato all'interno di una delle fattispecie elencate dall'art. 407, 2° comma, lett a) c.p.p. .

Da tale attività di sussunzione deriveranno svariate conseguenze processuali, che consistono proprio nell'applicazione del regime del c.d. doppio binario in luogo della disciplina ordinaria, con non poche conseguenze in termini di efficienza investigativa, diritti di difesa, valutazione probatoria etc.

³⁷ Così l'art. 405, 2° comma, c.p.p.

Ben si comprende, allora, come la qualificazione giuridica del fatto è tutt'altro che secondaria, essendo idonea a condizionare l'intero *iter* processuale: ciò che forse appare meno comprensibile, e che avrebbe richiesto una più accurata analisi da parte del legislatore, è tuttavia la scelta di affidare tale compito alla discrezionalità del p.m. . È, infatti, all'organo dell'accusa (e ad esso solo) che spetta il compito di analizzare i fatti portati alla sua attenzione e procedere all'attività d'individuazione della fattispecie corrispondente al fatto da contestare.

Tuttavia, attribuire una determinata qualificazione giuridica ad un fatto è un'attività tutt'altro che automatica, che al contrario richiede un'attenta analisi, nel corso della quale sarà, ovviamente, decisivo il convincimento personale del soggetto chiamato ad effettuarla.

Ora, è vero che il nostro codice di fatto affida all'organo dell'accusa un ruolo da "protagonista" nella fase delle indagini preliminari, affidandogli di fatto la direzione delle stesse, e consentendogli dunque di assumere decisioni delicate e scelte complesse, ma è anche vero che, lo stesso sistema prevede che, tutte le volte in cui entrino in gioco i diritti dell'indagato, si postuli la presenza di un organo terzo che sottoponga al proprio vaglio le scelte dell'organo d'accusa, in un'ottica chiaramente garantistica.

Forse, dunque, non sarebbe stato del tutto inopportuno consentire al giudice per le indagini preliminari un'attività di verifica sulla corretta determinazione giuridica del fatto, posto che questo risulterebbe perfettamente compatibile con il ruolo da quest'ultimo assunto all'interno della fase investigativa.

Ovviamente il rischio che si tenta di arginare è lo stesso cui si accennava sopra a proposito del momento iniziale di decorrenza dei termini: ciò che preoccupa è la possibilità che un organo (il p.m.) possa, tramite *escamotages* concernenti la qualificazione giuridica del fatto, ritardare il momento dell'iscrizione della notizia, determinando uno slittamento dei termini finali³⁸.

In realtà, il problema della "flessibilità" del *nomen iuris*, e le sue conseguenze sul piano processuale sono note al legislatore, il quale, nei limiti del possibile, ha tentato di porvi rimedio, prevedendo, al comma 2 dell'art. 335 che «se ne corso delle indagini preliminari muta la qualificazione giuridica del fatto ovvero questo risulta diversamente circostanziato, il pubblico ministero cura l'aggiornamento delle iscrizioni previste dal comma 1 senza procedere a nuove iscrizioni»: in tal modo il legislatore tenta di arginare le pratiche volte ad allungare il più possibile la durata delle indagini, tentando di garantire il rispetto del sistema dei termini fissato dagli artt. 405 ss. c.p.p.

Se è vero che al p.m. è garantita un'ampia discrezionalità nella qualificazione giuridica da attribuire al fatto, è anche vero che tale operazione è compiuta in prima battuta dagli organi della polizia giudiziaria: è, infatti, la polizia giudiziaria che per prima, nel corso delle indagini, prende consapevolezza del fatto, e ad essa spetta il compito di comunicare la notizia di reato all'organo dell'accusa.

³⁸ Basti pensare, ad esempio, all'ipotesi in cui il p.m., al fine di allungare i termini concessigli dalla legge, qualora si tratti di notizie di reato tra loro collegate, proceda all'iscrizione mediante il metodo "*step by step*", ossia proceda all'iscrizione delle notizie di reato man mano che esse, nel corso delle indagini, si palesino. L'organo d'accusa potrebbe cioè procedere a diverse iscrizioni, in tempi differenti, e indagare volta per volta con riferimento alle singole notizie (invece di considerarle, come si dovrebbe, un'unica notizia che coinvolge fatti tra loro collegati), facendo così in modo che i termini delle diverse notizie anziché decorrere contemporaneamente (come impone l'art. 335 c.p.p.), si vadano a sommare.

Secondo il sistema delineato del codice, spetterà dunque alla polizia giudiziaria procedere alla comunicazione della notizia di reato acquisita al p.m. competente, a norma di quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 51 e 347 c.p.p.: sarà pertanto la polizia giudiziaria per prima a porsi il problema della qualificazione giuridica del fatto, o quantomeno il problema della connotazione mafiosa della struttura delinquenziale, assumendo le proprie determinazioni in merito all'individuazione del p.m. competente, e dunque finendo per condizionare, *ab origine* le indagini³⁹.

Appare superfluo precisare che se già appariva di dubbia opportunità la scelta di affidare al p.m. il compito di determinare (senza alcuna possibilità di controllo) la qualificazione giuridica del fatto, condizionando, di fatto, l'intero *iter* processuale (consentendo cioè l'applicazione o meno del doppio binario, con tutte le conseguenze processuali a esso riconnesse, maggiori perplessità l'idea di consentire che tale individuazione sia effettuata in via definitiva da parte della p.g., alla quale, in genere, non spetta l'assunzione di decisioni in tal modo rilevanti.

Proprio alla luce di ciò va apprezzata la prassi (spesso sollecitata anche dai Procuratori generali presso le Corti d'Appello) di trasmettere, tutte le volte in cui il carattere mafioso del fatto sia incerto, la notizia di reato al procuratore locale con contestuale comunicazione della stessa anche al procuratore distrettuale affinché quest'ultimo possa procedere a una valutazione più tecnica (stante le specifiche competenze e conoscenze di cui i procuratori distrettuali devono essere dotati), garantendo altresì in tal modo uniformità di comportamenti in ordine a fatti aventi caratteristiche simili o analoghe.

Quando la connotazione "mafiosa" del reato non è incerta (nel senso che il fatto è immediatamente riconducibile in una delle fattispecie di cui all'art. 407 2° comma lett. a)), la polizia giudiziaria è invece tenuta a informare solo il Procuratore distrettuale: anche in questi casi tuttavia, in genere, l'informativa è inoltrata anche al procuratore locale, in primo luogo per ragioni di correttezza, ma anche (e soprattutto) per rendere possibile l'eventuale espletamento della procedura del contrasto positivo di cui agli artt. 54 *bis* e 54 *ter* c.p.p.⁴⁰.

In tal modo si evita che la polizia giudiziaria, non competente ad assumere decisioni così delicate, possa assumere un ruolo eccedente i propri compiti, e d'altro canto, tramite la comunicazione (soprattutto nei casi dubbi) ad entrambi i procuratori potenzialmente competenti, si garantisce una corretta ripartizione di competenze tra procuratori "ordinari" e procuratori distrettuali, permettendo così un controllo reciproco tra gli stessi ed evitando l'arbitrio del singolo.

È ovvio che si tratta di una soluzione nata dalla prassi, e non codificata, che non elimina alla base il problema centrale dell'eccessiva discrezionalità del p.m. nella fase delle indagini, ma in qualche modo ne stempera la problematicità.

³⁹MARANDOLA, *La durata e le proroghe delle indagini preliminari*, cit., p. 619, VIGNA, *Le «nuove» indagini preliminari nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata*, in *A.A.V.V. processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993, p. 51.

⁴⁰ VIGNA, *Le «nuove» indagini preliminari nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata*, cit., p. 51-52

3.3. L'INDIVIDUAZIONE DEL "TERMINE INIZIALE"

Un altro profilo di problematicità della disciplina in questione riguarda l'individuazione del momento a partire dal quale ritenere avviate le indagini e, conseguentemente, far decorrere i termini di durata delle stesse.

Se la questione concerne in primo luogo l'opportunità di individuare, quale *dies a quo*, il momento formale dell'iscrizione soggettiva della notizia di reato (date le difficoltà cui tale scelta va incontro), in realtà va preliminarmente affrontata la problematica relativa al momento in cui la polizia giudiziaria deve procedere alla comunicazione della notizia di reato da essa appresa al p.m..

Tale problematica non è molto differente da quella poc'anzi prospettata con riferimento all'attività del p.m.: a fronte di termini di durata massima delle indagini rigidamente predeterminati, non si è provveduto, con altrettanta dovizia a definire i termini c.d. "iniziali", lasciando il pubblico ministero, ma ancor prima la polizia giudiziaria, liberi di determinarsi in merito al momento più opportuno per dare avvio al decorrere dei termini.

Come sostenuto da parte della dottrina⁴¹ «non ha alcun senso mantenere un termine finale rigoroso, se poi è consentito alla polizia giudiziaria di svolgere indiscriminatamente indagini all'insaputa dell'indagato, prima della comunicazione della notizia di reato al p.m.».

Secondo il sistema delineato dal codice, infatti, la p.g., ogniqualvolta acquisisce una notizia di reato è tenuta, «senza ritardo» a darne comunicazione al p.m., consentendo così l'avvio delle indagini. Nella realtà dei fatti tuttavia tale comunicazione è ritardata dalla polizia giudiziaria stessa, la quale potrebbe anche ritenere opportuno accertarsi della veridicità della notizia ricevuta prima di procedere alla comunicazione ufficiale⁴², senza che quest'attività sia in alcun modo controllata né controllabile.

Il sistema dunque nella pratica tradisce tutta la sua fragilità: se apparentemente sembrerebbe che il legislatore sia riuscito a predisporre un meccanismo rigido che garantisca la rigorosa indicazione dei termini finali e iniziali, la realtà dei fatti mostra un quadro sicuramente meno confortante.

A parziale "discolpa" del legislatore va detto che la fase delle indagini preliminari, ed in particolare la fase di avvio delle stesse, risponde a regole e meccanismo piuttosto labili⁴³: nel momento in cui la p.g. viene a conoscenza di un determinato avvenimento si troverà nella delicata posizione di accertare la rilevanza penale del fatto stesso, al fine di vagliarne la possibile qualificazione come notizia di reato; una volta accertato ciò la p.g. potrà procedere alla comunicazione al p.m. .

⁴¹ ICHINO, *Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1993, p. 695.

⁴² Certamente non potrà ritenersi determinante (nel senso di garantire il rispetto del dettato normativo) la previsione dell'art. 347 ultimo comma, a tenore della quale «con la comunicazione, la polizia giudiziaria indica il giorno e l'ora in cui ha acquisito la notizia»: non si può negare come in determinate circostanze tale adempimento potrà costringere la p.g. a procedere a comunicazione senza esitazioni, come d'altronde non si può realisticamente credere che tale "timida" previsione possa definirsi risolutiva della problematica.

⁴³ Per approfondimenti sulla nozione di notizia di reato e sulle problematiche e le dinamiche che caratterizzano l'acquisizione della stessa vedi APRATI, *Notizia di reato*, in A.A.V.V. *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher Utet giuridica, 2008-2011.

Tali attività non sono immediate, né automatiche, e a volte impongono alla p.g. lo svolgimento di attività che per loro natura richiedono un arco di tempo più o meno prolungato.

In realtà, in passato, stante l'originario disposto dell'art. 347, 1° comma c.p.p., la polizia giudiziaria era obbligata a riferire la notizia di reato al p.m. entro 48 ore dall'acquisizione della stessa.

Questo sistema, che fissava riferimenti temporali certamente più rigidi, e che dunque permetteva una predeterminazione del termine a partire dal quale sarebbero decorsi i termini di durata delle indagini⁴⁴, mostrava nella prassi dei limiti: l'arco di tempo entro il quale andava effettuata la trasmissione della notizia all'organo dell'accusa risultava essere troppo breve, con la conseguenza che al p.m. giungevano notizie di reato spesso non sufficientemente individuate e poco sviluppate, il che comportava, a sua volta, l'impossibilità per il p.m. di dettare direttive appropriate per la prosecuzione delle indagini⁴⁵.

Si determinava così un circolo vizioso cui il legislatore ha tentato di porre rimedio, optando per una più flessibile indicazione dei termini entro i quali l'informativa della p.g. va trasmessa al p.m.: ai sensi dell'art. 347, comma 1 c.p.p., questa deve avvenire «senza ritardo»: in tal modo si garantisce (o almeno si tenta di garantire) un equilibrio tra efficienza e tempestività.

Si è, infatti, ritenuto che non vi è ragione per fissare un immediato controllo sull'attività investigativa della p.g. da parte del p.m. e si è dunque considerato sufficiente che detto controllo avvenga in modo (più genericamente) tempestivo in guida da non frustrare il ruolo di direzione delle indagini riconosciuto al p.m. stesso⁴⁶.

Se questa è verosimilmente la *ratio* che ha portato il legislatore a prevedere che l'informativa della polizia giudiziaria al p.m. sia effettuata senza ritardo, e per iscritto, ragioni di efficienza investigativa hanno portato lo stesso a derogare a tale regola con riferimento ai procedimenti di criminalità organizzata, ovverossia tutte le volte in cui è ragionevole presumere che il fatto possa integrare una delle fattispecie di cui all'art. «407, 2° comma lett a), numeri da 1) a 6)»: in queste ipotesi, «la comunicazione della notizia di reato è data immediatamente anche in forma orale».

Qualora dunque si tratti di fatti idonei a integrare fattispecie penali di particolare allarme sociale il legislatore tenta di imprimere maggiore rigidità alla disciplina, prevedendo una comunicazione «immediata» della notizia stessa. Neanche tale indicazione, sebbene notevolmente più perentoria e dotata di maggiore precisione, riesce tuttavia a dotare la disciplina della necessaria «rigidità» e chiarezza che sarebbero invece necessarie, lasciando di fatto la disciplina priva di una indicazione temporale tassativa.

Lo stesso difetto di tassatività che si ravvisa con riferimento alla disciplina relativa agli obblighi d'informativa gravanti sulla p.g., può rilevarsi relativamente all'obbligo, gravante sul p.m., d'iscrizione della notizia di reato acquisita⁴⁷: l'art. 335 comma 1 prevede, infatti, che «il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa nonché,

⁴⁴ Posto che la comunicazione della notizia al p.m. faceva sorgere un contestuale obbligo per quest'ultimo di procedere ad iscrizione, con conseguente decorso dei termini.

⁴⁵ VIGNA, *Le «nuove» indagini preliminari nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata*, cit., p. 54.

⁴⁶ *ibidem*, p. 55.

⁴⁷ Sarà dunque possibile riproporre sul punto tutte le censure sopra analizzate

contestualmente o dal moment in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito».

Tale iscrizione segna quello che potremmo definire il termine iniziale delle indagini preliminari, posto che, come più volte ricordato, ai sensi dell'art. 405, 2° comma, i termini di durata delle indagini iniziano a decorrere «dalla data in cui il nome della persona alla quale è attribuito è iscritto nel registro delle notizie di reato».

Si tratta di una prescrizione apparentemente dotata della necessaria perentorietà e determinatezza, posto che l'iscrizione della notizia nell'apposito registro permette l'individuazione di un momento preciso dal quale far decorrere i termini.

In realtà, a fronte dell'apparente chiarezza della disposizione, essa si dimostra in concreto piuttosto vaga, data la totale mancanza di controlli in merito all'effettiva immediatezza con cui si procede ad iscrizione: non è, infatti, previsto alcun meccanismo che permetta di controllare se il p.m. ha effettivamente provveduto in maniera tempestiva all'iscrizione.

Così stando le cose, ben si comprende come sarà quasi impossibile verificare l'esattezza del termine iniziale delle indagini, con conseguente messa in crisi dell'intero sistema; detto in altri termini il problema che si palesa è quello cui si accennava sopra: «è inutile la previsione di un termine finale se non si scioglie il nodo interpretativo dell'individuazione del termine dal quale iniziano a decorrere le indagini stesse: se cioè si continua a ritenere che debba valere solo il dato formale dell'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro, indipendentemente dal fatto che il p.m. abbia svolto atti d'investigazione anche prima di tale data»⁴⁸.

Il legislatore ha dunque preferito prendere come punto di riferimento la formale iscrizione della notizia di reato, individuando in quest' adempimento il momento a far data dal quale comincia a decorrere il termine delle indagini. Si è dunque ritenuto opportuno concedere al p.m. un arco di tempo (prima del formale avvio delle indagini) nel corso del quale effettuare una valutazione in ordine alla ipotizzabilità di una notizia di reato e alla sua riconducibilità ad un soggetto determinato⁴⁹.

Certamente, nelle intenzioni del legislatore il p.m. avrebbe dovuto provvedere all'iscrizione della notizia di reato non appena l'informativa fosse pervenuta al suo ufficio; l'iscrizione era, infatti, stata disciplinata come un'attività da compiersi in modo quasi automatico, quasi senza soluzione di continuità, immediatamente dopo la ricezione della notizia: l'obiettivo perseguito era chiaramente quello di evitare un'eccessiva indeterminatezza del *dies a quo*, che avrebbe potuto mettere l'autorità procedente nella condizione di ottenere surrettiziamente una dilatazione dei termini di chiusura delle indagini preliminari predeterminati dal legislatore.

L'immediatezza con la quale il p.m. avrebbe dovuto compiere tale adempimento e il carattere automatico dello stesso non erano tuttavia tali da spingere il legislatore a concepire l'iscrizione come una mera incombenza burocratica⁵⁰: al contrario, il legislatore, lungi dal perseguire esclusivamente esigenze di tempestività, ha lasciato chiaramente intendere come, in ogni caso, al p.m. vada riconosciuto uno spazio di autonomia volto a permettere di selezionare e filtrare le segnalazioni che pervengono, in guisa da poter verificare se esse abbiano rilevanza penale⁵¹.

⁴⁸ ICHINO, *Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari*, cit., p. 695.

⁴⁹ *Ibidem*

⁵⁰ BRESCIANI, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità*, cit., p. 19.

⁵¹ Peraltro, a conferma di ciò basta richiamare alla mente il disposto dell'art. 109 disp. att. c.p.p., a tenore del quale il procuratore della Repubblica ha il compito di procedere all'«eventuale iscrizione nel

Se, dunque, lo scopo del legislatore era trovare un punto di equilibrio tra la necessità di concedere al p.m. spazi di autonomia per vagliare in prima battuta la fondatezza delle comunicazioni ricevute e l'opportunità di svolgere tali adempimenti con la sollecitudine necessaria al rispetto delle garanzie predisposte dal sistema dei termini di durata, va detto che la prassi ha, di fatto, smentito le previsioni del legislatore, dimostrando la sostanziale impraticabilità del meccanismo delineato dal codice per fissare il termine iniziale di durata delle indagini.

In concreto, l'esperienza ha dimostrato come sia di fatto impossibile procedere all'iscrizione della notizia di reato con quella tempestività che il legislatore sembrava pretendere, tempestività che, peraltro, si configura come presupposto indefettibile per rendere effettiva la garanzia della predeterminazione dello sviluppo temporale dell'attività investigativa⁵².

Infatti, la sollecitudine con cui il legislatore ha disciplinato l'intera fase⁵³ mal si concilia con quella che è la "flessibilità" che caratterizza l'attività investigativa nell'immediatezza dell'acquisizione della notizia di reato: a fronte della perentoria sollecitudine con la quale la polizia giudiziaria e il p.m. devono procedere, rispettivamente, alla comunicazione e all'iscrizione, si prospettano dinanzi a tali organi difficoltà e adempimenti che, per loro natura, richiedono accertamenti che renderanno in concreto difficile il rispetto delle prescrizioni imposte dagli artt. 347 e 335 c.p.p.⁵⁴.

Basti a tal proposito pensare che i termini di durata delle indagini decorrono dal momento in cui il p.m. procede all'iscrizione, nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., del nome del soggetto cui il fatto è attribuito: premettendo che tale iscrizione può anche non coincidere con il momento in cui il p.m. procede all'iscrizione della notizia di reato (potendo lo stesso in un primo momento limitarsi all'iscrizione della sola notizia, intraprendendo in tal modo le indagini contro ignoti⁵⁵), ciò che più preme sottolineare è che l'iscrizione nominativa, perché possa essere effettuata, presuppone la completa identificazione del soggetto interessato, e assume un ruolo determinante sul regime di congruità del tempo concesso all'accusa per l'espletamento delle indagini: non sarà inusuale che, nelle more dell'attività d'identificazione del soggetto agente siano svolte altre attività investigative, potenzialmente rilevanti nel procedimento penale, ma svolte ancor prima che le indagini prendano formalmente avvio.

Detto in altri termini, non può certo celarsi come la scelta di ricollegare il momento iniziale al dato formale dell'iscrizione rischia di concedere agli inquirenti spazi di discrezionalità ampi, permettendogli, tramite *escamotages* volti a dilazionare nel tempo l'identificazione dell'indagato, di ampliare i termini fissati dal legislatore, mettendo in crisi, di fatto, l'intero sistema.

registro delle notizia di reato» di ogni informativa pervenuta al suo ufficio: l'avverbio eventualmente, tradisce chiaramente l'intento del legislatore di garantire al p.m. spazi, seppur minimi, di autonomia, nel vagliare preliminarmente la "consistenza" della notizia ricevuta.

⁵² BRESCIANI, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità*, cit., p. 19.

⁵³ Prevedendo che la p.g. provveda senza ritardo alla comunicazione della notizia di reato (o addirittura immediatamente, nel caso dei procedimenti di criminalità organizzata), pretendendo che il p.m. provveda immediatamente all'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro, ex art. 335

⁵⁴ MARANDOLA, *La durata e le proroghe delle indagini preliminari*, cit., p. 616

⁵⁵ Quest'ultima prassi, statisticamente elevata, rimane peraltro del tutto sottratta a qualsivoglia forma di controllo di tipo giurisdizionale se non nel momento in cui il p.m. presenti una richiesta di proroga o di archiviazione ex art. 415 c.p.p.

Ovviamente le stesse problematiche si ripropongono con riferimento alle indagini concernenti reati di criminalità organizzata, anche se va precisato come in generale, le peculiari metodologie investigative utilizzate e i peculiari mezzi di ricerca della prova impiegati, tenderanno a imporre una maggiore certezza nell'individuazione nominativa del presunto soggetto attivo del reato⁵⁶.

Le difficoltà appena menzionate permettono di affermare come in concreto è difficile riuscire a dare concretezza, affidabilità e determinatezza alla disciplina dei termini di durata delle indagini, posto che fin quando non si riuscirà a individuare un metodo in grado di garantire con certezza il momento iniziale di detti termini, l'intera disciplina dei termini investigativi risulterà di fatto inapplicabile, perché forse troppo ampia la discrezionalità riconosciuta al p.m. .

3.4. LA VALORIZZAZIONE DEL RUOLO DEL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI

La delineata disciplina dei termini iniziali sembra giustificare una lettura che rimette all'insindacabile determinazione dell'organo dell'accusa i tempi dell'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro che funge da *dies a quo* dal quale decorrono i termini che scandiscono rigidamente l'iter successivo del procedimento, pervenendo, di fatto, a risultati opposti rispetto a quella "certezza della durata" originariamente perseguita dal legislatore⁵⁷.

In realtà, forse, tale esito potrebbe essere arginato prevedendo qualche forma di controllo dell'attività del p.m.: posto che l'iscrizione soggettiva della notizia di reato presuppone che l'organo d'accusa ponga in essere una serie d'imprescindibili accertamenti, e posto che fin quando non si giunga alla suddetta iscrizione soggettiva i termini *ex art. 405 ss. c.p.p.* non inizieranno a decorrere, l'unico modo per poter evitare che il ritardo nell'iscrizione divenga un metodo per eludere la disciplina codicistica dei termini potrebbe forse essere quello di prevedere un controllo sulla correttezza dell'operato dell'organo dell'accusa.

Tale soluzione, lungi dall'essere motivata da una sorta di sfiducia nei confronti dell'organo procedente, sarebbe coerente con il sistema di rapporti tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari delineato dal codice di rito: il nostro sistema normativo, infatti, pur riconoscendo in capo al p.m. un ruolo di direzione delle indagini preliminari (consentendogli, tra l'altro, di assumere decisioni delicate e idonee a incidere in maniera pregnante sui diritti dei soggetti coinvolti), prevede la presenza costante di un giudice terzo e imparziale (il giudice per le indagini preliminari), il quale interviene ogniqualvolta l'attività d'indagine sia idonea a incidere sui diritti di difesa dell'indagato, garantendo in tal modo il giusto equilibrio tra esigenze investigative e rispetto dei diritti di difesa.

Orbene, detto contrasto tra diritti difensivi ed esigenze investigative si può ravvisare, verosimilmente, anche nel caso in esame, posto che, se il sistema di durata delle indagini è stato concepito quale garanzia di ragionevole durata delle stesse (dunque quale "diritto dell'indagato a non essere sottoposto a indagini a vita"), qualunque attività volta a dilazionare

⁵⁶ MARANDOLA, *La durata e le proroghe delle indagini preliminari*, cit., p. 617.

⁵⁷ BRESCIANI, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità*, cit., p. 19.

nel tempo, tramite *escamotages*, la durata complessiva, rischia di tramutarsi in una lesione dei diritti dell'indagato.

La possibilità di predisporre sistemi di controllo tali da non lasciare alla sola discrezionalità del p.m. la determinazione del momento iniziale delle indagini è stata auspicata dalla dottrina, anche se non sono mancati contrasti accesi, anche in giurisprudenza, stante la difficile praticabilità di una simile soluzione.

Non si rivela, infatti, un'impresa semplice quella del g.i.p., il quale, di fatto, non è nelle condizioni di accertare il momento preciso in cui il p.m. avrebbe dovuto provvedere all'iscrizione, con la conseguenza che la sua attività valutativa rischierebbe di trasformarsi in una mera attività congetturale⁵⁸.

Si comprende, infatti, agevolmente come la scelta del legislatore di optare per un approccio "formalistico" nella determinazione del termine iniziale, renda di fatto complesso configurare un controllo sul reale momento in cui tale formalità vada espletata.

Non è un caso, infatti, che l'unica ipotesi in cui al g.i.p. è riconosciuto un potere d'intervento in merito alla tempestività delle iscrizioni si ravvisa nell'art. 415, comma 2, c.p.p.: in tale ipotesi, infatti, al giudice non è richiesta una verifica successiva sulla tempestività con cui il p.m. ha proceduto a iscrizione, ma, più semplicemente, si riconosce al giudice (investito nella decisione in merito alla richiesta di proroga, nel corso dei procedimenti contro ignoti), qualora ritenga che il reato sia attribuibile a un soggetto determinato, di ordinare al p.m. che il nome di questo sia iscritto nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.⁵⁹.

Si tratta di una forma di controllo ben diversa, che, di fatto, permette al g.i.p. di "correggere" eventuali "distrazioni" del p.m., intervenendo tutte le volte in cui quest'ultimo abbia tralasciato di eseguire la dovuta iscrizione nominativa, al fine di garantire l'impunità all'autore del reato o di eludere i termini previsti per le indagini soggettivamente orientate⁶⁰.

Oltre tuttavia non si può andare: il nostro sistema consente al gip di verificare se il p.m. ha eluso *in toto* la disciplina dei termini (intervenendo qualora il p.m. con la propria scelta, impedisca il decorso degli stessi) ma non gli consente di intervenire tutte le volte in cui l'organo dell'accusa abbia sì dato avvio al decorso dei termini, ma con notevole ritardo.

Non può inoltre negarsi come la possibilità di predisporre un controllo da parte del giudice per le indagini preliminari faccia sorgere una serie di complicazioni difficilmente superabili.

Il controllo da parte del g.i.p., in concreto, potrebbe articolarsi nel senso che a tale organo dovrebbe essere riconosciuto un potere di verifica *ex post*, del momento in cui si sarebbe dovuta iscrivere la notizia, facendo riferimento, ad esempio, al momento in cui l'ufficio dell'accusa è venuto a conoscenza della notizia di reato⁶¹.

Il problema principale, tuttavia, in tale contesto, si annida nell'impossibilità di ritrovare, nel dettato normativo, criteri di valutazione idonei a orientare l'attività di verifica dell'organo giurisdizionale, al fine di evitare che la sua attività di controllo sia arbitraria tanto quanto quella dell'organo controllato: detto in altri termini, oltre le difficoltà di carattere pratico (che si rinvergono nell'impossibilità per il g.i.p. di individuare il momento in cui, nonostante vi fossero tutti gli elementi per poter procedere a iscrizione questa è stata ritardata), vi è anche

⁵⁸ DANIELE, *Le modifiche in materia di termini per le indagini preliminari*, cit., p. 85.

⁵⁹ ICHINO, *Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari*, cit., p. 700.

⁶⁰ CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in A.A.V.V. *Compendio di procedura penale*, 6° ed., a cura di Conso - Grevi - Bargis (a cura di), CEDAM, 2012, p. 637-638.

⁶¹ DANIELE, ult. op. cit., p. 85.

una difficoltà di carattere “tecnico“ cui solo il legislatore potrà porre rimedio, ossia predisporre criteri di valutazione che fungano da parametro per la valutazione che il g.i.p. è chiamato a compiere.

A fronte di un quadro così problematico non sono mancate, in dottrina e giurisprudenza, critiche nei confronti di detto impianto codicistico: non poche voci⁶² infatti, hanno più volte evidenziato i limiti e le distorsioni di detta disciplina, fino al punto di auspicare un mutamento radicale della stessa, spingendosi fino a prospettare una definitiva soppressione dell'intera disciplina.

Muovendosi in tale direzione, anche parte della giurisprudenza ha preso chiaramente posizione contro una disciplina così poco efficace, e così troppo propensa alle distorsioni, e a riprova di tale diffusa avversione, basti richiamare alla mente le diverse questioni di costituzionalità che hanno investito la disciplina *de qua*⁶³.

In particolare, la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla illegittimità di una disciplina che «difetta di una previsione che consenta di estendere la sanzione processuale dell'inutilizzabilità agli atti d'indagine compiuti dopo la scadenza del termine, da computarsi, quest'ultimo, dalla data di ricezione della notizia di reato e non dall'iscrizione nel relativo registro»⁶⁴: la presunta illegittimità costituzionale della norma veniva, in particolare, ravvisata nel contrasto tra la disciplina contenuta all'interno dell'art. 335 del c.p.p. e gli articoli 3 e 112 Cost.⁶⁵.

In realtà, nonostante le plurime richieste pervenute alla Corte, quest'ultima non ha mai preso posizione in merito, avendo sempre rigettato la questione per manifesta inammissibilità: da un punto di vista costituzionale non si è dunque ancora riusciti a raggiungere un risultato certo e soddisfacente, cosicché, in concreto la questione rimane aperta: ciò non ha tuttavia impedito alla giurisprudenza di sollecitare la Corte di Cassazione, al fine di ottenere da essa una presa di posizione in merito alla legittimità di una simile disciplina.

In particolare, la questione sottoposta all'attenzione della Suprema Corte, verte intorno all'opportunità di riconoscere all'organo dell'accusa un potere discrezionale (quale quello riconosciutogli, di fatto, dal sistema normativo vigente), ovvero optare per un'impostazione che permettesse, in qualche modo, un controllo da parte di un organo terzo.

Va detto, in proposito, che il contrasto di opinioni ravvisabile tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza di merito, si ripropone anche nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Cassazione, posto che le soluzioni prospettate da quest'ultima sono tra loro contraddittorie e

⁶² MARANDOLA, *La durata e le proroghe delle indagini preliminari*, cit.; ICHINO, *Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari*, cit.; BRESCIANI, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità*, cit.; MADDALENA, *I problemi pratici delle inchieste di criminalità organizzata nel nuovo processo penale*, in A.A.V.V. *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993

⁶³ C. Cost, ord. 12 Dicembre 1994, n. 477; C. Cost. ord. 30 Settembre 1996, n. 337; C. Cost. ord. 25 Marzo 1998, n. 94, in www.cortecostituzionale.it

⁶⁴Cfr. ordinanza di rimessione alla C. Cost, in BRESCIANI, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità*, cit., p. 20

⁶⁵ In particolare, il giudice *a quo* riteneva sussistente la questione di costituzionalità con riferimento all'art. 3 Cost., stante «l'ingiustificata e irragionevole disparità di trattamento tra colui che viene iscritto tempestivamente e colui che, pur trovandosi nelle identiche condizioni di indiziato, viene iscritto con ritardo»; all'art. 112 Cost, dal momento che il principio di obbligatorietà dell'azione penale pretende «certezza sui presupposto che ne condizionano l'esercizio e sui tempi entro i quali l'esercizio deve aver luogo».

testimoniano come la problematica abbia un proprio spessore ed una rilevanza tutt'altro che secondaria.

Per quanto qui interessa, preme ricordare come nella giurisprudenza della Suprema Corte non siano mancate pronunce nelle quali si è espressamente sancito il principio secondo cui va riconosciuto al giudice un vero e proprio dovere, in caso di omissione della prescritta iscrizione, di «individuare il termine in cui la notizia poteva e doveva essere annotata nel registro e trarne le conseguenze sull'inutilizzabilità degli atti d'indagine compiuti oltre il termine stabilito».⁶⁶

Si tratta tuttavia di pronunce isolate nel panorama giurisprudenziale, essendo certamente maggiormente accreditata la tesi opposta, che tende a privilegiare il dato formale dell'iscrizione. Hanno, infatti, affermato le Sezioni Unite⁶⁷ che «l'omessa annotazione della *notitia criminis* nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p. (...) non determina l'inutilizzabilità degli atti d'indagini compiuti sino al momento dell'effettiva iscrizione, poiché, in tal caso, il termine di durata massima delle indagini preliminari, previsto dall'art. 407 c.p.p., al cui scadere consegue l'inutilizzabilità degli atti d'indagine successivi, decorre per l'indagato dalla data in cui il nome è effettivamente iscritto nel registro delle notizie, e non dalla presunta data nella quale il Pubblico Ministero avrebbe dovuto iscrivere. L'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione, il cui obbligo nasce solo ove a carico di una persona emerga l'esistenza di specifici elementi indizianti e non meri sospetti, rientra nell'esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero ed è sottratto, in ordine all'*an* e al *quando*, al sindacato del giudice, ferma restando la configurabilità di ipotesi di responsabilità disciplinari o addirittura penali nei confronti del Pubblico Ministero negligente».

La giurisprudenza maggioritaria, dunque, alla luce del quadro normativo attuale, ha optato per il riconoscimento, in capo al p.m. di un potere di valutazione discrezionale in merito al momento più opportuno per procedere all'iscrizione, senza possibilità di ammettere alcun tipo di sindacato in capo ad un organo terzo.

Riconoscere al g.i.p. un potere di controllo (che certamente sarebbe maggiormente garantistico e decisamente più in linea con quello che è l'obiettivo perseguito dal legislatore mediante la predisposizione dell'intera disciplina dei termini di durata delle indagini) senza tuttavia ancorare l'attività di verifica a parametri di valutazione certi, rischierebbe di creare un sistema ancora più arbitrario di quello vigente: a un p.m. libero di determinare, senza vincoli, il momento in cui far decorrere i termini investigativi si sostituirebbe un g.i.p. altrettanto libero di compiere un controllo secondo criteri arbitrari e soggettivi, inidoneo a identificare, in termini certi e obiettivi, il termine investigativo iniziale⁶⁸.

Peraltro, e per dovere di completezza, non può sottacersi come probabilmente, alla base della scelta ermeneutica portata avanti dalle Sezioni Unite vi sia il malcelato intento evitare che si possa giungere ad ammettere il ricorso ad una declaratoria d'inutilizzabilità di tutti gli atti d'indagine non appena si riconosca in capo al g.i.p. il potere di controllo sul momento in cui deve essere effettuata l'iscrizione nel registro ex art. 335.

Qualora, infatti, fosse riconosciuto al g.i.p. il potere di sindacare la corretta effettuazione dell'iscrizione della notizia di reato da parte del p.m., la naturale conseguenza sarebbe quella di

⁶⁶ Cass., Sez. 6, 28 febbraio 1994, n. 6616, Nisi, in *Riv. pen.*, 1995, 4, p. 459

⁶⁷ Cfr. SS. UU., 21 Giugno, 2000, n. 16, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 12, p. 3259

⁶⁸ BRESCIANI, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità*, cit., p. 34.

considerare come inutilizzabili gli atti d'indagine compiuti prima o in assenza della suddetta registrazione nominativa: si tratta di un rischio che la Suprema Corte ha ritenuto opportuno non correre.

Alla luce di quanto sostenuto appare evidente come sia complesso ammettere, alla luce dell'attuale dettato normativo, la possibilità di riconoscere un qualsivoglia sindacato giurisdizionale sull'attività di iscrizione delle notizie di reato.

3.5. UNA PROPOSTA DI MODIFICA DELLA DISCIPLINA

L'analisi della disciplina predisposta dal legislatore ha permesso di evidenziare alcuni profili problematici che rischiano di rendere l'intera disciplina irragionevole: come accennato all'inizio della trattazione, in nome di istanze garantistiche volte a tutelare la ragionevole durata delle indagini, il legislatore ha predisposto un rigido sistema di termini (intermedi e finali) , lasciando però, totalmente priva di garanzie e controlli la fase iniziale di tale fase.

Ne consegue che il p.m. è costretto a gestire le indagini nei rigidi termini prefissati dal legislatore, senza possibilità alcuna, raggiunti i termini massimi (di 1 o 2 anni) di ottenere dilazioni; nel contempo tuttavia, è assolutamente libero (stante l'impossibilità assoluta di predisporre qualsivoglia forma di controllo giurisdizionale) di ritardare l'avvio di detti termini, semplicemente ritardando l'iscrizione nominativa. Tutte le esigenze garantistiche che hanno portato il legislatore ad "ingabbiare" l'attività d'indagine entro rigidi limiti sono abbandonate nella fase iniziale, dando vita ad un sistema che rischia di dimostrarsi fallimentare, al punto da rendere legittimo il dubbio circa l'effettiva necessità dell'intera disciplina di cui agli artt. 405 ss. c.p.p., fino a sostenere la possibilità di eliminare *in toto* un sistema che comunque non è in grado di perseguire le istanze garantistiche che si era riproposto di tutelare.

In tale direzione (nel senso di una radicale modifica – se non alla totale abolizione- della disciplina) si sono schierati alcuni autori⁶⁹, i quali hanno portato avanti alcune proposte che meritano di essere prese in considerazione.

Innanzitutto, le difficoltà di predisporre un controllo a posteriori che miri alla verifica di un adempimento formale quale l'iscrizione soggettiva della notizia di reato, hanno spinto alcuni autori a sostenere la necessità di ricercare un diverso *dies a quo*, che si presti ad una maggiore controllabilità.

Tale potrebbe essere ad esempio il momento in cui è compiuto il primo atto d'indagine da parte degli inquirenti⁷⁰: in tal caso, infatti, si è dinanzi a un dato di carattere sostanziale che forse riuscirebbe ad arginare parzialmente il rischio di strumentalizzazioni e che potrebbe essere oggetto di un controllo successivo da parte del g.i.p. .

Fissando il *dies a quo* nel momento in cui il p.m. compie il primo atto investigativo con riferimento ad una notizia di reato oggettivamente e soggettivamente individuata, si consente al g.i.p. di effettuare il proprio controllo con maggiore attendibilità: in questo caso, infatti, il g.i.p. non si sostituisce al p.m. nel definire il momento in cui le indagini prendono avvio (cosa che invece accadrebbe nel caso in cui si permettesse al g.i.p. di retrodatare l'iscrizione soggettiva), ma, più semplicemente, si pone nelle condizioni di «costatare un fatto

⁶⁹ ICHINO, *Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari*, cit., p. 700; MADDALENA, *I problemi pratici delle inchieste di criminalità organizzata nel nuovo processo penale*, cit.

⁷⁰ ICHINO, *Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari*, cit., p. 700

processualmente rilevante e derivante da un comportamento concludente posto in essere da una delle parti»⁷¹.

L'impulso propositivo della dottrina tuttavia non si limita a rideterminare in maniera maggiormente compatibile con il dettato normativo il termine iniziale delle indagini, ma, ritenendo impossibile interpretare la normativa vigente in guisa da eliminare le distorsioni cui la stessa dà vita, ne propone una rivisitazione totale⁷².

In quest'ottica si propone dunque l'abolizione del termine massimo delle indagini, lasciando tuttavia vigente la disciplina dei termini intermedi e delle proroghe, modificandola in modo da adattarla alle esigenze di efficienza investigativa senza tuttavia dimenticare la tutela dei diritti di difesa dell'indagato, che sono e restano il fulcro del nostro sistema giudiziario.

In particolare, riconosciuta al p.m. la possibilità di svolgere le proprie investigazioni senza limiti temporali di sorta, si mantiene inalterato il dovere dello stesso di richiedere al g.i.p. (decorsi sei mesi dalla data di avvio delle indagini) la proroga delle indagini, in guisa da permettere all'organo giurisdizionale una prima verifica sull'esistenza dei presupposti per la prosecuzione delle stesse.

Ottenuta la prima proroga, al p.m. sarà concessa la possibilità di proseguire le indagini per ulteriori sei mesi, allo scadere dei quali tuttavia sarà tenuto, oltre a richiedere un'ulteriore proroga per la prosecuzione delle investigazioni, anche a inviare l'informazione di garanzia, *ex art. 369 c.p.p.*, alla persona sottoposta alle indagini, così da consentire allo stesso l'esercizio dei propri diritti difensivi.

In tal modo si consente all'indagato la possibilità di conoscere l'esistenza di un procedimento penale a suo carico, garantendo nel contempo le esigenze di carattere investigativo, prima tra tutte la segretezza nelle indagini.

Ovviamente tale procedura non troverà applicazione tutte le volte in cui, durante il primo anno d'indagine, il p.m. si sia trovato nella necessità di compiere un atto d'indagine «garantito», posto che in tale ipotesi continuerebbe a rimanere operativo l'obbligo, per il p.m., di inviare l'informazione di garanzia all'indagato⁷³.

Peraltro, in tale contesto sarebbe opportuno prevedere, in capo al p.m., un vero e proprio obbligo di *discovery* nei confronti del g.i.p., o, in alternativa, prevedere che la richiesta di proroga sia ampiamente motivata: soltanto in questo modo, infatti, si potrà evitare di ridurre il controllo del g.i.p. in una mera formalità, e si consentirà, invece, all'organo giurisdizionale, di compiere un'effettiva verifica.

Con riferimento ai procedimenti di criminalità organizzata, inoltre, sarebbe opportuno dilatare il termine entro il quale procedere all'invio dell'informazione di garanzia, in guisa da adattare il sistema così congeniato alle più pregnanti esigenze investigative che tali procedimenti presentano, posto che, come più volte ribadito, i rischi d'inquinamento probatorio o d'intimidazione in tali ipotesi si fanno decisamente più elevati, e ciò sarebbe sufficiente a giustificare una deroga, in senso restrittivo, alle esigenze difensive degli imputati.

⁷¹ V. *supra* nota 70

⁷² Le istanze abolitrici muovono quasi tutte dall'assunto iniziale per cui, posta la difficile divisibilità della scelta del legislatore di porre un limite perentorio all'attività investigativa, la scelta diventa ancor meno divisibile nel momento in cui tale disciplina rimane comunque incerta e aleatoria nei suoi termini iniziali.

⁷³ MADDALENA, *I problemi pratici delle inchieste di criminalità organizzata nel nuovo processo penale*, cit., p. 125.

In tali ipotesi dunque l'informazione di garanzia potrebbe essere inviata non allo scadere del primo anno ma decorso un ulteriore anno, in guisa da concedere al p.m. e alla p.g. maggiori spazi investigativi.

In tal modo si riuscirebbe, forse, a imprimere indirettamente la necessaria celerità al procedimento⁷⁴, senza che tuttavia sia necessario predisporre rigidi termini e severe sanzioni d'inutilizzabilità.

Ovviamente per legittimare una così vistosa deroga ai diritti difensivi, sarà necessario accertare, in maniera quanto più precisa possibile, l'effettiva possibilità di qualificare il fatto come rientrante all'interno della categoria di delitti delineati dall'art. 51 comma 3 bis: in tal senso nessuna incertezza sulla corretta qualificazione giuridica del fatto potrà sopravvivere, posto che, come prima accennato, sarà proprio da tale qualificazione che discenderanno le suindicate conseguenze processuali.

Di conseguenza, allo scadere del primo anno d'indagine, al g.i.p. sarà riconosciuto un potere di controllo sulla qualificazione giuridica del fatto, al fine di verificare se effettivamente si sia dinanzi ad un procedimento di criminalità organizzata: solo dopo l'esito positivo di tale verifica da parte di un organo terzo e imparziale, si potrà con margine di certezza maggiore, consentire alla deroga della disciplina dell'informazione di garanzia così come proposta.

Il sistema così delineato sembra forse maggiormente aderente alla realtà dei fatti, anche se ovviamente si tratta di un sistema che continua a mantenere i propri limiti: nessun potere d'intervento da parte del g.i.p. potrà profilarsi con riferimento alla determinazione del momento in cui le indagini prendono avvio (anche se la scelta di preferire il dato sostanziale del compimento del primo atto d'indagine sarà più semplice da controllare rispetto al dato formale dell'iscrizione), ma va tuttavia detto che secondo la tesi qui proposta (che propone altresì l'abolizione del termine finale) detto termine iniziale è destinato a perdere gran parte della propria rilevanza, posto che risulterebbe solo il termine a far data dal quale andranno a calcolarsi i termini per le proroghe, senza conseguenze in termini d'inutilizzabilità degli atti.

Ritornando alla proposta di modifica va detto che deve essere riconosciuto all'indagato, all'atto del ricevimento dell'informazione di garanzia, e comunque non prima di un anno dall'inizio delle indagini, il diritto di chiedere al p.m. la chiusura delle indagini stesse, con diritto di opposizione al g.i.p. in caso di diniego.

Lo scopo della previsione è evitare che l'indagato sia sottoposto a indagini per un periodo di tempo indeterminato: in tal modo si riconosce all'indagato la possibilità di rivolgere, in un primo momento, la richiesta di chiusura delle indagini direttamente al p.m., ed in un secondo momento, qualora il p.m. ritenesse opportuno proseguire le indagini, potrà proporre opposizione, contro la scelta del p.m., al g.i.p. .

Quest'ultimo potrà respingerle ovvero, qualora ritenesse sussistente la possibilità di definizione, dovrebbe attivare un meccanismo simile a quello dell'art. 409 cpp, invitando il p.m. a formulare le sue richieste e decidendo dunque in ordine ad esse.

All'ovvia finalità di evitare poi richieste di chiusura delle indagini pretestuose, si potrebbe altresì prevedere che una nuova richiesta in tale direzione non possa essere presentata prima dello scadere del termine di sei mesi dal diniego della precedente richiesta da parte del g.i.p..

⁷⁴ È infatti, ovvio che se il p.m. è consapevole del fatto che allo scadere dei due anni verrà meno la segretezza delle investigazioni, e che dunque l'accusa perdere un grosso vantaggio sul piano investigativo, egli sarà naturalmente incentivato ad agire speditamente.

Si tratta di una proposta che sicuramente porta con sé limiti e critiche, ma che forse meglio si adatta alle necessità che la prassi investigativa ha portato alla luce e che tenta, prendendo spunto dai limiti della disciplina vigente, di creare un sistema che non rischi, nei suoi eccessi di garantismo, di risultare controproducente.

Secondo il sistema così delineato, infatti, si garantirebbe comunque la ragionevole durata delle indagini e nel contempo si eviterebbe che il p.m. si trovi compresso all'interno di un rigido meccanismo di termini perentori, creando un sistema che si auspica possa meglio gestire le problematiche e le necessità che si profilano.

Il punto di equilibrio va ricercato proprio nella figura del giudice per le indagini preliminari che interviene, in linea con quello che è il ruolo che il codice di rito gli riconosce in tale fase⁷⁵, quale organo terzo, distinto e separato dall'organo dell'accusa, portatore di diversi e autonomi interessi (quali appunto il bilanciamento delle diverse esigenze di cui le parti sono portatrici) rappresentando perciò la chiave di volta dell'intero sistema.

Spetterà al giudice, tenuto conto degli apporti forniti dalle parti e guidato da criteri normativi chiari, a scandire la durata delle indagini, consapevole delle esigenze investigative che si prospettano e rispettoso dei diritti degli indagati.

Tali istanze propositive si fanno ovviamente maggiormente pregnanti tutte le volte in cui l'oggetto delle investigazioni concerne reati di particolare gravità o allarme sociale.

La previsione di termini massimi di durata delle indagini manifesta i suoi limiti non solo applicativi ma anche logici già nella disciplina ordinaria, ma è proprio nell'applicazione del sistema derogatorio che meglio si comprende quanto tale disciplina rischi di frustrare le esigenze primarie delle investigazioni. Già da un punto di vista strettamente logico si comprende come quanto più grave è il fatto da accertare, tanto più insostenibile sarà la prospettiva di rinunciare a individuare i soggetti responsabili per mere questioni di carattere temporale. Non sarebbe difficile immaginare il senso di frustrazione generale che deriverebbe dalla consapevolezza di essere giunti a un punto centrale delle indagini e dovervisi rinunciare a causa della maturazione dei termini: se tanto già è difficilmente sostenibile con riferimento ai reati "comuni", diverrebbe certamente intollerabile con riferimento ai più gravi delitti di cui all'art. 407, 2° comma, lett a) c.p.p..

Forse allora è più opportuno ricercare un sistema che rinunci a una predeterminazione rigida dei termini, calcolati in conformità a rigide scadenze temporali, per disegnare invece un sistema che, chiamando in causa direttamente i soggetti coinvolti (p.m. e indagato) alla presenza di un giudice terzo, riesca con maggiore flessibilità ad analizzare in concreto le diverse esigenze che si prospettano cercando di volta in volta il miglior punto di equilibrio tra i diversi interessi coinvolti.

⁷⁵ CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in A.A.V.V. *Compendio di procedura penale*, 6° ed., Conso-Grevi-Bargis (a cura di), CEDAM, 2012, p. 507: «Nel corso delle indagini l'organo giurisdizione interviene, in primo luogo, in funzione di garanzia di taluni diritti fondamentali dell'individuo. [...] spetta al giudice per le indagini preliminari valutare se sussistono le condizioni in presenza delle quali la legge processuale consente alle esigenze investigative di prevalere sui diritti individuali coinvolti». in Dunque, nello stesso modo in cui si permette al g.i.p. di decidere in merito alla necessità di compiere un'intercettazione, comprimendo in tal modo il diritto alla riservatezza dell'indagato, nello stesso modo si rimetterà allo stesso organo, la possibilità di autorizzare la prosecuzione delle indagini, sacrificando parzialmente il diritto dell'indagato ad essere sottoposto ad investigazioni per il minor tempo possibile.

4. LA PROROGA DELLE INDAGINI PRELIMINARI

4.1. QUESTIONI PRELIMINARI

Dopo aver analizzato la disciplina relativa alla durata delle indagini, i suoi termini (intermedi e finali) i pregi e i limiti del sistema, per completare il quadro normativo definito dal legislatore non resta che esaminare la disciplina relativa alle proroghe, definita dall'art. 406 c.p.p.

Fatta eccezione per il disposto dell'art. 407, 2° comma c.p.p. (che come detto prevede una deroga al termine di durata massima delle indagini) la disposizione relativa alle proroghe è l'unica norma (nell'ambito della disciplina relativa ai termini di durata delle indagini) contenente una deroga espressa al sistema ordinario⁷⁶.

Ai sensi del comma 5 *bis* dell'art. 406 è, infatti, esclusa l'applicazione della disciplina relativa al procedimento tramite il quale il g.i.p. procede alla concessione della proroga: la proroga, in base alla disciplina ordinaria, va, infatti, richiesta dal p.m. e concessa dal g.i.p. nel rispetto di alcune formalità volte a garantire il contraddittorio tra le parti; nel sistema derogatorio, invece, il coinvolgimento dell'indagato è escluso, e dunque la procedura si svolgerà, *inaudita altera parte*, ossia con il solo intervento dell'organo dell'accusa e del g.i.p. .

Esaminando nel dettaglio la disciplina contenuta nell'art. 406 c.p.p. è opportuno precisare come la richiesta di proroga vada presentata dal p.m. prima della scadenza del termine semestrale fissato dall'art. 405 c.p.p., mentre la decisione del g.i.p. può intervenire anche dopo il superamento di detto termine, purchè siano rispettate le scadenze fissate dalla norma stessa⁷⁷.

In realtà, prima della modifica del 1992⁷⁸, la formulazione originaria della norma prevedeva che il giudice dovesse pronunciarsi sulla richiesta di proroga prima della scadenza del termine semestrale o di quello prorogato, e tale decisione poteva, ovviamente intervenire, solamente dopo che il p.m. avesse presentato la sua richiesta e avesse provveduto alle relative notifiche⁷⁹.

Tale norma portò con sé dubbi di costituzionalità, posto che in tal modo si sarebbe fatto dipendere l'operatività della proroga da fattori casuali e del tutto estranei alle finalità perseguite dall'art. 406 c.p.p.⁸⁰: da qui il sospetto di incompatibilità con gli artt. 3 e 112 Cost.

La Corte costituzionale, accogliendo la questione⁸¹, dichiarò incostituzionale la norma sostenendo come «la *ratio* che sorregge la disciplina [...] trova realizzazione nel fatto che entro quel termine la richiesta di proroga sia presentata; che debba anche intervenire la decisione del giudice entro il termine stesso è regola del tutto diversa [...] suscettibile di condizionare

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 406, comma 5 *bis*, la deroga concerne le ipotesi delittuose contenute all'interno degli artt. 51, comma 3 *bis* e 407, comma 2, lett a), numeri 4 e 7 *bis*.

⁷⁷ In particolare, ai sensi del 3° comma dell'art. 406, entro 5 giorni dalla notificazione della richiesta di proroghe all'indagato ed alla persona offesa, queste ultime devono provvedere alla presentazione di memorie. Entro 10 giorni dalla scadenza del termine fissato per la presentazione delle memorie il giudice dovrà provvedere alla richiesta.

⁷⁸ Modifica intervenuta ad opera dell'art. 6, 2° comma d.l. 306/1992, convertito in l. 356/1992.

⁷⁹ RIVELLO, *Commento all'art. 406 c.p.p.*, in A.A.V.V. *Commento al codice di procedura penale, II aggiornamento al 15 aprile 1993*, coordinato da Chiavario UTET, 1993, p. 200.

⁸⁰ Si pensi all'ipotesi in cui il p.m. provveda regolarmente alla richiesta di proroga, e tuttavia si verificano difficoltà e ritardi (magari non imputabili all'organo dell'accusa) nell'effettuare le notifiche.

⁸¹ sent. Corte Cost. 2 Aprile 1992, n. 174 in *www.cortecostituzionale.it*

irragionevolmente l'esercizio dell'azione penale subordinando la concessione della proroga a evenienze imponderabili e accidentali».

Di conseguenza, oggi, l'azionabilità del meccanismo della proroga dipende esclusivamente dalle determinazioni del p.m., dalla tempestività con la quale egli agisce, e dal rispetto, da parte dello stesso, degli oneri procedurali che gli sono imposti.⁸²

Per quanto concerne poi la richiesta, alcune questioni sono state affrontate dalla dottrina in merito al contenuto della stessa: a norma dell'art. 406, comma 1, c.p.p., «la richiesta contiene l'indicazione della notizia di reato e l'esposizione dei motivi che la giustificano».

Ovviamente tali indicazioni risultano funzionali all'individuazione del procedimento nel cui ambito la richiesta è presentata; tuttavia permangono dubbi circa l'effettivo contenuto, non essendo chiaro quanto la notizia debba essere approfondita: certamente dovrà essere menzionato il *nomen iuris* del fatto che s'intende addebitare all'indagato, meno chiara è invece la necessità che vengano specificate le modalità spaziali e temporali del fatto.

Nell'ambito di tale dibattito, la giurisprudenza ha sostenuto la superfluità, all'interno della richiesta di proroga, delle informazioni concernenti le modalità spazio-temporali del fatto⁸³; si è, infatti, ritenuto che nell'ambito della richiesta, l'indicazione della notizia di reato svolge la sola funzione di individuare l'oggetto del contraddittorio, e rappresenta, per l'organo dell'accusa, punto di partenza sulla base del quale fornire le motivazioni che stanno alla base della richiesta stessa.

Tuttavia, parte della dottrina contesta tale impostazione sostenendo che la necessità di definire, in modo quanto più completo possibile, la notizia di reato, è una condizione che necessariamente influisce sulla possibilità stessa di concedere la proroga: qualora, infatti, l'ipotesi di reato risultasse insussistente, sarebbe assolutamente inutile autorizzare la prosecuzione delle indagini⁸⁴.

In realtà, non sarebbe per nulla inopportuno prevedere che, congiuntamente alla richiesta di proroga, il p.m. allegasse altresì l'intero fascicolo delle investigazioni, o alternativamente, prevedere un più ampio obbligo motivazionale a carico del p.m.

Quante più informazioni utili verranno trasmesse al g.i.p., tanto più quest'ultimo si troverà nelle condizioni di poter vagliare l'effettiva sussistenza dei presupposti della proroga, evitando così di trasformare quello che dovrebbe essere un controllo di legalità in una semplice formalità⁸⁵.

Tanto più che se si accoglie la proposta di riforma dei termini così come sopra prospettata, una *discovery* degli atti d'indagine sarebbe una vera e propria *conditio sine qua non* per permettere al giudice di verificare la sussistenza dei presupposti della proroga (soprattutto la prima, che non prevede il coinvolgimento dell'indagato), nonché per consentirgli di verificare la corretta qualificazione giuridica del fatto, dal quale deriverebbe l'applicazione del regime derogatorio con tutte le conseguenze processuali e procedurali sopra esposte.

⁸² DANIELE, *Le modifiche in materia di termini per le indagini preliminari*, cit., p. 86.

⁸³ Cass, Sez VI, 6 Agosto 1992, Ferlin, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2886.

⁸⁴ DANIELE, *Le modifiche in materia di termini per le indagini preliminari*, cit., p. 88

⁸⁵ MARANDOLA, *La durata e le proroghe delle indagini preliminari*, cit., p. 625

4.2. I PRESUPPOSTI

Ritornando alla disciplina delineata dall'art. 406 c.p.p. è opportuno esaminare rapidamente i presupposti in base ai quali la proroga può essere concessa dal g.i.p. al fine di verificare se, (ed eventualmente, in che modo) tali presupposti varino con riferimento ai procedimenti di criminalità organizzata.

In realtà, il legislatore non ha delineato differenti presupposti, con la conseguenza che i parametri di riferimento in base ai quali il g.i.p. dovrà assumere le proprie determinazioni rimangono gli stessi ma ciò comunque non esclude comunque che le peculiarità dei reati oggetto di indagine possano incidere sul diverso atteggiarsi della disciplina.

Il legislatore ha previsto un sistema basato sul principio della “gradualità” dei presupposti, disponendo che le proroghe (concesse con una scadenza semestrale fino al raggiungimento del termine massimo fissato dall'art. 407 c.p.p.), richiedano la sussistenza di requisiti sempre più rigidi⁸⁶.

Si tratta di un sistema “a due livelli”, per cui ad un iniziale parametro più elastico e che lascia maggiori spazi di valutazione al g.i.p., ne seguono altri via via più stringenti⁸⁷.

Ai sensi dell'art. 406 c.p.p., la prima proroga (che va richiesta dal p.m. entro 6 mesi dall'inizio delle indagini) può essere concessa qualora sussista una «giusta causa», mentre le successive richiedono presupposti più rigidi, quali la «particolare complessità delle indagini», ovvero l'«oggettiva impossibilità di concluderle entro il termine prorogato».

Prendendo le mosse dalla prima ipotesi è necessario precisare il concetto di giusta causa, che, per sua natura, risulta vago e poco definito.

Innanzitutto, proprio perché il principio che sembra aver ispirato il legislatore è quello della gradualità, si è ritenuto che il concetto di giusta causa vada inteso come un *minus* rispetto alle espressioni contenute nel secondo comma, che dunque richiederanno, per essere concesse, la presenza di esigenze investigative più pregnanti. In secondo luogo, va comunque tenuto presente che il semplice riferimento ad una generica necessità di compiere ulteriori indagini (che sarebbero precluse allo scadere del termine) non risulterebbe comunque idonea a integrare il requisito della giusta causa, comportando un rigetto della richiesta. .

Secondo la dottrina sussiste una giusta causa ogniqualvolta si ravvisano «ragioni oggettive, riconducibili alla natura del procedimento e non a ragioni di ordine generale, strutturali, personali o organizzative»⁸⁸; stante il carattere generico del dettato normativo (che emerge maggiormente se confrontato con la maggiore determinatezza degli altri presupposti) sembra che tale presupposto di fatto lasci al g.i.p. una maggiore discrezionalità nella decisione.

Peraltro, , non manca chi⁸⁹ ha sostenuto come nell'ambito della giusta causa, a differenza delle altre ipotesi, possano rientrarvi anche gli impedimenti di natura personale o di carattere organizzativo (dovuti ad es. al carico di lavoro del p.m.): si sostiene, infatti, che in tali ipotesi, pur essendo il ritardo imputabile all'organo dell'accusa, sarebbe singolare l'idea di un g.i.p. che sanziona un p.m. poco diligente costringendolo ad affrontare il dibattimento con strumenti

⁸⁶ LA ROCCA, *Proroga dei termini delle indagini preliminari e moduli differenziati di accertamento*, in *La giustizia penale differenziata*, tomo 3, a cura di Montagna, Giappichelli, 2011

⁸⁷ MARANDOLA, *La durata e le proroghe delle indagini preliminari*, cit., p. 626.

⁸⁸ DANIELE, *Le modifiche in materia di termini per le indagini preliminari*, cit.

⁸⁹ LA ROCCA, *Proroga dei termini delle indagini preliminari e moduli differenziati di accertamento*, cit.

inadeguati, poichè l'unico che, di fatto, beneficerebbe di tale situazione sarebbe l'imputato colpevole⁹⁰.

Anche a voler accogliere tale ultima impostazione rimane comunque esclusa la possibilità di concedere la proroga in tutti quei casi in cui il ritardo sia il risultato di un atteggiamento pretestuoso volte a snaturare il sistema dei termini delineato dal codice di rito.

Passando poi a requisiti richiesti per la concessione delle ulteriori proroghe, è necessario che si tratti d'indagini di particolare complessità, ovvero che vi sia un'oggettiva impossibilità di concluderle.

Tali presupposti, che chiaramente richiedono al p.m. un obbligo motivazionale più impegnativo rispetto alla prima richiesta di proroga, assumono una particolare rilevanza quando si tratta di procedimenti di criminalità organizzata.

Questa tipologia di reati rientra, infatti, come è noto, nell'alveo dei delitti di cui all'art. 407, 2° comma, c.p.p., e non può certo sfuggire come il dettato normativo di tale ultima norma presenti delle forti analogie con quello dell'art. 406: entrambe le norme fanno, difatti, riferimento a situazioni investigative particolarmente complesse.

Tuttavia tale analogia non deve certo spingere l'interprete a poter stabilire una qualche connessione tra le norme, quasi che vi sia una sorta di automatismo nella concessione delle proroghe qualora si tratti di reati ricompresi nel catalogo dell'art. 407, 2° comma c.p.p.

Una tale impostazione rischierebbe, infatti, di svuotare completamente di contenuto la disciplina delle proroghe, privando di razionalità l'intero procedimento: di conseguenza, a prescindere dalla originaria complessità delle investigazioni, ai fini dell'ottenimento della proroga il giudice sarà comunque tenuto a verificare se si versi, allo stato degli atti, in una situazione di particolare "difficoltà" investigativa, senza che la complessità possa essere automaticamente desunto dalla fattispecie delittuosa⁹¹.

Dunque, si può pacificamente ritenere che anche le attività d'indagine relative a procedimenti di criminalità organizzata impongono comunque al giudice un obbligo di verifica circa la sussistenza o meno delle condizioni che giustificano una dilazione dei termini⁹².

Tanto premesso, è ovvio tuttavia che nei procedimenti concernenti reati di matrice mafiosa, il giudice avvertirà la "pressione" derivante dalla peculiarità del delitto, rendendosi verosimilmente più propenso a comprendere la complessità investigativa che sicuramente caratterizza tali indagini. Tale consapevolezza dell'organo giurisdizionale non andrà comunque enfatizzata fino al punto di operare scelte "automatiche", poichè in tal modo si finirebbe per svilire gli sforzi del legislatore, che ha predisposto un meccanismo che concretamente impone al g.i.p. una valutazione delle esigenze investigative sempre più rigida man mano che le indagini procedono, indipendentemente dal tipo di reato perseguito.

Infine, le ulteriori proroghe delle indagini possono anche essere concesse qualora gli organi inquirenti versino si trovino nella «oggettiva impossibilità di concluderle».

Tra questo presupposto e quello concernente la particolare complessità delle indagini può sussistere uno stretto legame: l'operatività del primo dei due requisiti presuppone l'esigenza di compiere altri atti d'indagine e ciò, a sua volta, può dipendere dalla particolare complessità delle investigazioni.

⁹⁰ CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, UTET, 1992, p. 457.

⁹¹ LA ROCCA, *Proroga dei termini delle indagini preliminari e moduli differenziati di accertamento*, cit., p. 865

⁹² MARANDOLA, *La durata e le proroghe delle indagini preliminari*, cit., p. 628.

In ultimo, per ragioni di completezza, va tenuto presente come secondo alcuni autori⁹³ la diversificazione dei presupposti operata dal legislatore risulti, in concreto, difficile da operare, con conseguente “unificazione” dei diversi presupposti: detti presupposti delle proroghe tenderebbero, infatti, a sovrapporsi tra loro, in guisa da individuare un unico, effettivo presupposto: l’incompletezza del materiale raccolto.

Ne consegue che l’intera impostazione del sistema delle proroghe data dal legislatore sarebbe errata: l’impostazione della disciplina presuppone infatti che la difficoltà di ottenere la proroga debba crescere al trascorrere del tempo, con la conseguenza che più tempo trascorre dall’inizio delle indagini, più rigidi divengono i presupposti in base ai quali concedere le proroghe.

Tale lettura non pare condivisibile: secondo la teoria ora riportata le indagini risultano caratterizzate dall’imprevedibilità, e dunque non sarebbe inverosimile che l’esigenza di acquisire un determinato elemento rilevante emerga solo in un secondo momento.

In realtà, sebbene i presupposti fissati dal legislatore presentino un indubbio carattere di genericità, dando adito a dubbi interpretativi, non risulta censurabile la scelta di adottare un criterio di gradualità, che se non altro si mostra perfettamente in linea con la più ampia disciplina dei termini, assicurando coerenza al sistema: se l’obiettivo perseguito dal legislatore è quello di garantire una durata ragionevole delle indagini, facendo sì che, compatibilmente con le esigenze investigative, esse durino il minor tempo possibile, risulterà coerente la scelta di rendere sempre più complesso ottenere le proroghe, in guisa da concedere la prosecuzione delle indagini solo qualora sia effettivamente necessario.

4.3. IL PROCEDIMENTO E LE SUE DEROGHE

Passando ora ad analizzare il procedimento mediante il quale il g.i.p. decide sulla richiesta di proroga presentata dal p.m., va detto come il legislatore ha predisposto una disciplina ordinaria volta a garantire il contraddittorio con la persona nei cui confronti le indagini si svolgono.

Ai sensi dell’art. 406 commi 3, 4 e 5 c.p.p., la richiesta del p.m. va notificata, a cura del g.i.p. alla persona sottoposta alle indagini ed alla persona offesa dal reato (qualora questa abbia dichiarato di essere informata), in guisa da permettere agli stessi la presentazione di memorie.

Adempite tali formalità, il g.i.p. ha 10 giorni per assumere le proprie determinazioni: in via generale è previsto che lo stesso decida *de plano*, tramite ordinanza, in camera di consiglio; qualora tuttavia la sua scelta risulti orientata al rigetto della richiesta, lo stesso è tenuto a fissare un’udienza in camera di consiglio cui prenderanno parte gli interessati.

In tal modo, il legislatore persegue l’obiettivo di garantire il contraddittorio tra le parti, anche se non può celarsi come tale obiettivo, nella pratica sarà difficilmente perseguibile: alle parti, infatti, è notificata esclusivamente la richiesta di proroga che, come si detto, contiene esclusivamente la notizia di reato, che per quanto possa essere dettagliata, presenta informazioni poco dettagliate.

In altri termini, fin quando il legislatore non imporrà al p.m. l’obbligo di effettuare una *discovery* degli atti d’indagine, il contraddittorio risulterà falsato: sarà, infatti, molto difficile,

⁹³ DANIELE, *Le modifiche in materia di termini per le indagini preliminari*, cit., p. 89.

tanto per la difesa, quanto per la persona offesa, che non sono a conoscenza dello stato e la natura delle indagini, interloquire in ordine all'opportunità o meno di proseguire le stesse.

Tale problema tuttavia non si pone qualora si tratti di procedimenti di criminalità organizzata, posto che in tali casi l'art. 406 comma 5 *bis* c.p.p. esclude in radice l'operatività della disciplina delineata dai commi 3, 4 e 5 del medesimo articolo.

Qualora le indagini riguardino i delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis* e 407, comma 2, lett a), numeri 4 e 7 bis il giudice si limiterà ad assumere le proprie determinazioni entro 10 giorni dalla presentazione della richiesta, dandone comunicazione al p.m. .

Si esclude dunque la notifica all'indagato ed alla persona offesa che ne abbia fatto richiesta e dunque si esclude a priori la possibilità di istaurare un contraddittorio, anche solo cartolare, tra le parti.

Le ragioni giustificative della deroga sono palesi: i rischi di inquinamento probatorio e di intimidazione sono tutt'altro che remoti, con la conseguenza che l'utilizzo della disciplina ordinaria anche per i reati di particolare allarme sociale rischierebbe inevitabilmente di offrire alle strutture delinquenziali un vantaggio considerevole⁹⁴.

Ciò determina certamente una lesione non indifferente dei diritti di difesa (primo tra tutti il diritto al contraddittorio), ma si tratta di una scelta che, nelle sue motivazioni di fondo, non può dirsi censurabile.

Il discorso non è molto dissimile da quello affrontato⁹⁵ a proposito del disposto dell'art. 335 comma 3 c.p.p., avendo il legislatore perseguito l'obiettivo di garantire l'efficienza investigativa e la sicurezza personale (degli investigatori, testimoni, e in generale della collettività).

Si tratta di un bilanciamento d'interessi tra la necessità di garantire l'attività investigativa⁹⁶, e tramite essa la sicurezza dei cittadini, e l'interesse dell'indagato a conoscere l'esistenza dello svolgimento di un'attività investigativa nei propri confronti: l'interesse della collettività a che l'attività d'indagine si svolga in modo efficiente e priva di condizionamenti prevale sull'interesse del singolo alla conoscenza del procedimento.

La previsione contenuta all'interno dell'art. 406, comma 5 *bis* c.p.p. è peraltro ragionevole posto che tale limitazione dei diritti difensivi dell'indagato risulta comunque circoscritta: si potrebbe anche sostenere che l'esercizio dei diritti difensivi dell'imputato, più che escluso, sia differito al momento in cui le indagini vengono concluse: posto che l'esperienza ha dimostrato la totale incompatibilità tra l'attività investigativa e la conoscenza della stessa da parte degli indagati per fatti di mafia, questi ultimi potranno venire a conoscenza del procedimento, e impostare la loro difesa, solo ad indagini concluse; sempre che, ovviamente, durante le investigazioni non sia compiuto uno di quegli atti che impongono il necessario coinvolgimento della difesa.

Inoltre, è opportuno precisare come tale limitazione del diritto di difesa possa risultare tollerabile nella misura in cui essa concerna esclusivamente la fase delle indagini preliminari: tale fase, nel sistema attuale di stampo accusatorio, mira ad acquisire dati investigativi idonei a poter sostenere un'accusa in giudizio e comporta il compimento di atti che, per poter fondare

⁹⁴ LA ROCCA, *Proroga dei termini delle indagini preliminari e moduli differenziati di accertamento*, cit., p. 869.

⁹⁵ V. *supra* paragrafo 2 pag. 10

⁹⁶ Intesa come attività prodromica alla tutela della sicurezza dei cittadini, mediante lo svolgimento di attività volte a individuare gli autori dei delitti

un giudizio di colpevolezza, dovranno essere accuratamente vagliati, verificati e accertati in giudizio.

Ciò che si vuol dire è che è la fase del giudizio il fulcro del sistema processuale, ed è in quella fase che le garanzie difensive non tollereranno alcuna limitazione, mentre nella fase investigativa, alcune limitazioni potranno essere ammesse, purché ragionevoli e non arbitrarie. Se si considerano da un lato, la delicatezza delle investigazioni e i particolari interessi collettivi che vengono in gioco e dall'altro il fatto che comunque i diritti di difesa degli indagati non sono irrimediabilmente lesi, ma il loro esercizio è solamente posticipato alla chiusura delle indagini, ci si renderà conto di come tale limitazione non potrà considerarsi irragionevole.

5. CONCLUSIONI

L'analisi della disciplina contenuta all'interno del titolo VIII del libro V del codice di procedura penale, ha permesso di mettere in luce quanto sia complesso delineare un sistema processuale in grado di apprestare idonee forme di contrasto al fenomeno mafioso, tenendo nel contempo in considerazione il rispetto delle esigenze difensive che rappresentano uno dei capisaldi del nostro sistema processuale, nella costante ricerca di un soddisfacente equilibrio.

È una dicotomia, quella tra istanze repressive e diritti di difesa, che sebbene rappresenti una sorta di "costante" del nostro sistema, nell'ambito del doppio binario si manifesta con maggiore chiarezza: tanto più complesso e pericoloso è il fenomeno da combattere, tanto più si è propensi ad affievolire i diritti difensivi, in guisa da rendere più incisiva l'attività investigativa.

In realtà, pur volendo evitare di assumere posizioni eccessivamente drastiche, non può tuttavia celarsi come l'ago della bilancia penda, in queste particolari ipotesi delittuose, verso il perseguimento di una maggiore efficienza investigativa.

Il sistema processuale ordinario delinea un sistema che permetta, ad accusa e difesa, di confrontarsi "ad armi pari", dotando gli inquirenti dei tempi e degli strumenti necessari per lo svolgimento delle proprie indagini, e garantendo alla difesa il coinvolgimento necessario affinché possa porsi quale controparte attiva nella vicenda.

Tutto questo nel sistema del c.d. "doppio binario" non si rinviene: quando si parla di lotta alla criminalità organizzata non si può parlare di uno scontro ad armi pari, ma piuttosto di una "lotta senza quartiere" che non conosce regole, dove l'antagonista non esita, per la propria sopravvivenza, ad agire in modo efferato.

Riconoscere agli indagati per i delitti di mafia il diritto alla conoscenza del procedimento, allo stesso modo in cui tale diritto si riconosce all'autore di un qualsiasi altro reato ordinario, significa sottovalutare drasticamente le dimensioni del problema.

Si tratta, lo si ribadisce, di posizioni che possono trovare una loro legittimazione solo nella fase investigativa, posto che si è perfettamente consapevoli di come, una limitazione di tal fatta, collocata nell'ambito del dibattito, sarebbe quanto di più antitetico ai nostri principi di diritto.

La limitazione dei diritti di difesa può essere considerata tollerabile nella misura in cui essa rimanga temporalmente circostanziata alla fase delle indagini preliminari, e non sia arbitraria,

ma si fondi (come sembra essere nel caso in esame) sulla base di concrete e ragionevoli esigenze di carattere collettivo.

SEZIONE II

LE INTERCETTAZIONI DI CONVERSAZIONI E DI COMUNICAZIONI

Sommario: 1. Introduzione – 1.1. Le intercettazioni e la disciplina costituzionale – 2. Le intercettazioni c.d. processuali – 2.1. Evoluzione storica della disciplina – 2.2. Il sistema normativo attuale – 2.3. Campo d'applicazione della normativa – 2.4. Presupposti – 2.5. Intercettazioni ambientali – 2.6. Conclusioni – 3. Le intercettazioni c.d. preventive – 3.1. Compatibilità costituzionale della disciplina – 3.2. La disciplina dell'art. 226 delle disposizioni attuative al codice di rito – 3.3. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

Nel presente lavoro si è evidenziato come il legislatore sia intervenuto su alcune specifiche disposizioni del codice di rito, modificandone la disciplina, al fine di ampliarne la portata, rendendo in tal modo il sistema investigativo maggiormente efficace, e più adeguato al contrasto del crimine organizzato.

In alcuni casi¹, il legislatore ha introdotto all'interno delle singole disposizioni alcune deroghe; altre volte, invece, è intervenuto sull'intera disciplina, creando un corpo normativo a sé stante, contenuto al di fuori del codice, all'interno del quale si rinviene una disciplina derogatoria che sembra caratterizzarsi per la maggiore sistematicità: è ciò si è verificato in materia d'intercettazioni.

Tale ultima tecnica normativa se da un lato porta con sé il limite di “relegare” la disciplina al di fuori del tessuto codicistico, d'altro canto lascia trasparire l'intento del legislatore di dotare la disciplina derogatoria di maggiore organicità, creando un sistema autonomo e distinto, anche se modellato su quello codicistico.

L'art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 1991, n. 203, ha infatti predisposto, con riferimento ai delitti di criminalità organizzata, una disciplina derogatoria rispetto a quella delineata dagli artt. 266 e ss. del c.p.p..

La disciplina *de qua*, pur discostandosi sotto molti profili da quella ordinaria, ne ha ovviamente ripreso la struttura e l'assetto, intervenendo a modificarne alcuni aspetti centrali (quali, ad esempio, i presupposti applicativi e la durata), in guisa da adattare l'utilizzo di tale peculiare mezzo di ricerca della prova ai particolari fenomeni delinquenziali da contrastare.

Ciò impone, ai fini di una maggiore comprensione della disciplina derogatoria, un'attenta disamina di quella ordinaria, posto che alcune questioni di fondo che hanno caratterizzato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, si ripropongono, invariate, anche con riferimento alla disciplina predisposta dal d.l. 152/1991².

¹ Si pensi alla disciplina dei termini di durata delle indagini, nell'ambito della quale il legislatore è intervenuto direttamente all'interno degli artt. 405 ss. c.p.p., o alla disciplina del segreto investigativo, introducendo una deroga all'interno dell'art. 335 c.p.p., o, ancora, alle norme che regolano gli uffici dei p.m., cui si è espressamente derogato nell'ambito dello stesso art. 51 c.p.p..

² Si pensi alle questioni relative al problematico rapporto tra tale mezzo di ricerca della prova e i diritti fondamentali di riservatezza e inviolabilità del domicilio, costituzionalmente garantiti, o ancora alla necessità di garantire un controllo da parte del g.i.p. sulle attività del p.m., o, infine, i problemi

È dunque opportuno procedere preliminarmente all'analisi delle origini e dell'evoluzione storica di tale disciplina, esaminando i complessi rapporti (e le possibili collisioni) che intercorrono tra detta normativa e i diritti sanciti dalla nostra Carta Costituzionale, in guisa da poter verificare l'effettiva tenuta della disciplina e le sue eventuali problematiche: in tal modo sarà possibile approcciarsi correttamente al sistema delineato dal legislatore del 1991, cogliendo le differenze tra le due normative e dunque la portata innovativa della riforma.

In realtà, l'analisi non si concentrerà esclusivamente sul tema delle intercettazioni c.d. processuali³, ma coinvolgerà altresì la normativa concernente le intercettazioni c.d. preventive: si tratta di una forma peculiare di intercettazione che non mira ad acquisire elementi finalizzati all'accertamento delle responsabilità per i singoli fatti delittuosi, ma è preordinata a raccogliere informazioni volte alla prevenzione di alcuni gravi reati⁴.

Si tratta di una forma d'intercettazione che persegue finalità peculiari e che segue procedimenti particolari, con la conseguenza che la relativa disciplina risulta oltremodo difforme rispetto a quella contenuta nel codice di rito, sia sotto il profilo degli adempimenti relativi all'esecuzione, sia per quanto concerne il profilo della rilevanza processuale.

Si tratta comunque di una tipologia di intercettazioni cui è possibile fare ricorso solo a fini di prevenzione di determinati reati, che si caratterizzano per pericolosità ed allarme sociale, tra i quali rientrano le fattispecie delittuose richiamate all'interno dell'art. 51, comma 3 bis c.p.p.: tale circostanza è sufficiente a legittimare, nel proseguo della trattazione, un'approfondita analisi sull'argomento.

1.1. LE INTERCETTAZIONI E LA DISCIPLINA COSTITUZIONALE

La definizione della normativa in materia d'intercettazioni di conversazioni è sempre stata particolarmente problematica, dato il carattere invasivo di tale mezzo di ricerca della prova, che ha spinto il legislatore a una complessa attività di bilanciamento d'interessi.

Tra tutti gli strumenti investigativi a disposizione degli inquirenti quello delle intercettazioni è certamente uno dei più efficaci, ma nel contempo maggiormente in grado di entrare in collisione con i diritti fondamentali della persona, tutelati dalla Costituzione.

L'intercettazione, infatti, consiste in una «acquisizione subdola di dati sensibili»⁵, ossia in un'attività volta a «captare un messaggio segreto da parte di un terzo orecchio, totalmente all'insaputa di tutto o taluni dei dialoganti, in vista della presa di conoscenza di dichiarazioni o di altri elementi che si ritengono utili alla prova di un fatto»⁶: si comprende agevolmente, allora, come tale attività sia per sua natura destinata a sacrificare la riservatezza dei soggetti

riconnessi alla scelta di affidare l'intera fase dell'esecuzione all'esclusiva discrezionalità del p.m. : si tratta di profili problematici che caratterizzano tanto la disciplina ordinaria, quanto quella derogatoria e che anzi, proprio in quest'ultima, tendono ad evidenziarsi maggiormente.

³ Ossia quelle intercettazioni, svolte nell'ambito delle indagini preliminari e destinate ad essere utilizzate (se effettuate nel rispetto della normativa) nel corso del processo penale.

⁴ CANTONE - D'ANGELO, *Una nuova ipotesi d'intercettazione preventiva*, in *Nuove norme di contrasto al terrorismo*, A.A. Dalia (a cura di), Milano, Giuffrè, 2006, p. 54.

⁵ FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi, diretto da Gaito - Spangher, Giappichelli, 2013 p. 556.

⁶ VIRGILIO, *Il nuovo regime delle intercettazioni preventive*, in *Giust. pen.* 2002 p. 548.

coinvolti , rischiando in tal modo di entrare in contrasto con il diritto alla segretezza delle comunicazioni, costituzionalmente garantito⁷.

In altri termini, mediante l'utilizzo delle intercettazioni, gli organi inquirenti di fatto si intromettono all'interno di una conversazione, ledendo il diritto dei soggetti coinvolti a che quella conversazione rimanga riservata, violando quella "segretezza" che risulta essere assoggettata alla tutela dell'art. 15 Cost.⁸.

Le intercettazioni pertanto collidono con alcuni aspetti fondamentali del diritto alla libertà personale, quali la segretezza, la riservatezza e la libertà di domicilio, ma d'altro canto, tali strumenti rappresentano un mezzo di ricerca della prova dal quale non si può prescindere, stante l'efficacia e l'affidabilità che li connota.

In realtà non è mancato chi⁹, ponendo l'accento sulla particolare "invasività" delle intercettazioni, ha esortato un minore ricorso a tale strumento, ed ha auspicato un utilizzo limitato alle sole ipotesi di *extrema ratio*, quando non è possibile avvalersi degli altri strumenti investigativi predisposti dal codice.

Si tratta tuttavia di opinioni minoritarie : la giurisprudenza, ben consapevole dell'utilità di tale mezzo di ricerca della prova, più che limitarne l'esercizio ai soli casi in cui sia assolutamente necessario, si spinge in un'attività ermeneutica volta a predisporre un sistema quanto più rispettoso possibile dei diritti coinvolti , tentando di ridurre al minimo la portata lesiva di tale strumento.

Posto che le intercettazioni sono caratterizzate da una sorta di invasività "intrinseca"¹⁰, l'unico modo per evitare una censura di incostituzionalità è tentare di limitare al massimo tale invasività.

Ciò è possibile, per un verso, imponendo limitazioni di carattere temporale e, per altro verso, garantendo che tali operazioni siano sottoposte a rigido controllo e non siano lasciate all'arbitrio degli organi inquirenti, dando così attuazione alla riserva di giurisdizione, che, unitamente alla riserva di legge, costituisce il baluardo garantistico predisposto dall'art. 15 Cost¹¹.

È dunque da tale norma che bisogna necessariamente prendere le mosse al fine di analizzare gli interessi coinvolti e gli strumenti di tutela apprestati, in guisa da poter comprendere se, e in che misura, la normativa codicistica (e quella derogatoria) si ponga in linea con il dettato costituzionale¹².

⁷ ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, 1983,

⁸ Infatti, secondo CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, 2000, p. 49 ss. l'art. 15 della Costituzione mira a salvaguardare la segretezza che è definita dallo stesso autore come «la qualificazione giuridica di un rapporto, in cui si tutela la volontà di un soggetto affinché certe notizie siano conosciute solo da colui cui il soggetto stesso desidera farle conoscere.

⁹ UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Cortina Raffaello, 2000 p. 105 ss., cit., da VIRGILIO, *Il nuovo regime delle intercettazione preventive*, cit.

¹⁰ nel senso che perché siano efficaci devono svolgersi all'insaputa dell'interessato, e dunque si potrebbe dire che postulano, per definizione, la lesione del diritto alla segretezza delle comunicazioni)

¹¹ MELILLO, *La ricerca della prova fra clausole generali e garanzie costituzionali: il caso della disciplina delle intercettazioni nei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1997, fasc 12

¹² Per un'approfondita disamina della disciplina in tema di intercettazioni v. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996

L'art. 15 Cost, nel sancire l'inviolabilità della libertà e della segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, con la sua lapidaria perentorietà, appronta una tutela ampia e quasi assoluta a tale diritto.

L'oggetto della tutela rientra nell'alveo di quei diritti fondamentali che la Carta Costituzionale riconosce e garantisce agli individui, diritti che sono finalizzati a erigere, intorno alla persona, una sfera di inviolabilità e individualità estranea da ingerenze altrui.

La stessa Corte Costituzionale ha affermato come il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni debba essere ricondotto al nucleo essenziale dei valori della personalità, considerando tale diritto come «parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana»¹³.

Più in generale, rientrano in tale catalogo di libertà e diritti fondamentali, l'art. 13 (che tutela la libertà personale), l'art. 14 (che garantisce l'inviolabilità del domicilio), l'art. 16 (libertà di circolazione e soggiorno), nonché il diritto di associarsi liberamente, la libertà di manifestazione del pensiero, il diritto alla libertà religiosa, e così via.

La Costituzione si preoccupa di garantire ad ogni individuo una serie di diritti e di libertà, che rientrano nella sua esclusiva disponibilità e che, in linea di principio, non tollerano intromissioni esterne non autorizzate, salve le tassative eccezioni contenute nella stessa Carta fondamentale.

Il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni rientra a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali e, in coerenza con quanto appena detto, non ammette limitazioni al proprio esercizio se non nei limiti e con le modalità sancite dallo stesso articolo 15.

Pertanto va precisato come il diritto di cui all'art. 15 Cost., unitamente all'art. 14 si salda inscindibilmente con l'art. 13 che, più genericamente, tutela la libertà personale: tali norme di fatto, vanno a sancire quello che potrebbe definirsi il generale principio «dell'inviolabilità della persona umana»¹⁴.

Analizzando nel dettaglio il disposto dell'art. 15 si evince che oggetto di tutela sono la libertà e la segretezza della corrispondenza: entrambi vanno considerati come due aspetti interdipendenti dello stesso valore, ma nel contempo dotati di autonoma rilevanza. Per un verso, infatti, ciascuno dei due profili viene garantito dal rispetto dell'altro che si configura non solo come fine ma anche come mezzo di tutela. D'altro canto, libertà e segretezza sono dotate di una loro autonomia ontologica, indicando due differenti e distinti aspetti del generico valore della riservatezza.

In particolare, la libertà delle comunicazioni postula che l'atto comunicativo non subisca alcuna indebita restrizione o coercizione: l'individuo gode dunque di un diritto ad autodeterminarsi in ordine alla scelta di entrare in contatto con altri o soggetti e di relazionarsi con essi.

Per quanto concerne la segretezza, essa concerne invece il contenuto di tale relazione, che il soggetto vuole rimanga riservata: il soggetto gode dunque di un diritto a che tali conversazioni siano sottratte alla conoscenza di terzi¹⁵.

¹³ Corte Cost sent. 23 luglio 1991, n. 336 in www.cortecostituzionale.it

¹⁴ BALDUCCI, *Evoluzione e vincoli di garanzia*, in *Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, 2002 p. 38.

¹⁵ MARINELLI, *I principi costituzionali*, in *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, 2007 p. 66 s.

Chiariti gli aspetti fondamentali della norma, un cenno merita il carattere dell'inviolabilità che li connota: la Corte Costituzionale¹⁶ ha precisato come l'inviolabilità della libertà e della segretezza delle comunicazioni vada apprezzata sotto un duplice profilo coinvolgente non solo l'art. 15, ma anche l'art. 2 della Costituzione: in base a tale ultima disposizione, infatti, l'inviolabilità comporta che il contenuto essenziale del diritto in esame non può essere oggetto di revisione costituzionale; sulla base dell'art. 15, l'inviolabilità sottolinea la sua generale incoercibilità da parte dei poteri costituiti, fatta eccezione per l'ipotesi in cui si debba provvedere all'inderogabile soddisfacimento di un interesse costituzionalmente rilevante¹⁷.

Il diritto in questione non ammette dunque restrizioni, se non nel caso di contrasto insanabile con interessi altrettanto primari. Tale possibilità di compressione si desume chiaramente dal dettato del secondo comma, il quale, pur ammettendo restrizioni al diritto alla segretezza, si preoccupa di chiarire le modalità e le prescrizioni nel rispetto delle quali la limitazione può avvenire¹⁸.

Allo scopo di evitare indebite interferenze e limitazioni del diritto che non trovino una reale contropartita nella tutela di un differente (e inconciliabile) interesse primario, i costituenti hanno provveduto a delimitare le ipotesi di compressione attraverso la predisposizione di un articolato complesso di garanzie¹⁹.

Ed è proprio dall'analisi degli strumenti di tutela disposti dalla nostra Carta Costituzionale che si comprende appieno il ruolo che la libertà e la segretezza delle comunicazioni hanno nell'ambito della tutela della persona: l'art. 15, infatti, appresta una forma di tutela ampia, postulando, quali condizioni di legittimità della restrizione del diritto in questione, una riserva di legge, una riserva di giurisdizione e un obbligo di motivazione del provvedimento giurisdizionale²⁰.

L'analisi di tali presidi garantistici è fondamentale per poter comprendere i limiti di ammissibilità della disciplina codicistica, oltre che per comprendere le complessità che il legislatore ha dovuto affrontare nel predisporre una disciplina che, come si accennava, risulta intrinsecamente idonea ad entrare in conflitto con un valore di primaria rilevanza.

In primo luogo, dunque, i costituenti hanno predisposto una riserva di legge, in modo tale da evitare che la compressione di tale diritto fondamentale venga operata dal potere esecutivo mediante atti normativi secondari: si affida dunque al Parlamento il delicato compito di stabilire le eventuali limitazioni all'esercizio di tale diritto²¹.

Peraltro, tale riserva di legge, che risponde a chiare finalità garantistiche appare *ictu oculi* più ampia di quella contenuta, ad esempio, all'interno dell'art. 13 Cost.: nella norma da ultimo citata si prevede, infatti, che le limitazioni alla libertà personale avvengano «nei soli casi e modi stabiliti dalla legge», mentre l'art. 15 sancisce che le limitazioni avvengano «con le garanzie previste dalla legge».

¹⁶ Sent. Corte Cost., 10 Luglio 1991, n. 336, e Sent. Corte Cost., 26 Febbraio 1993, n. 81 in www.cortecostituzionale.it

¹⁷ BALDUCCI, *Evoluzione e vincoli di garanzia*, cit. p. 37.

¹⁸ Dopo aver sancito l'inviolabilità della libertà e della segretezza della corrispondenza, l'art. 15, al secondo comma prevede che «La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria e con le garanzie stabilite dalla legge».

¹⁹ CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit.

²⁰ MELILLO, *La ricerca della prova fra clausole generali e garanzie costituzionali: il caso della disciplina delle intercettazioni nei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata*, cit.

²¹ MARINELLI, *I principi costituzionali*, cit. p. 69.

La differente formulazione normativa non risponde a semplici ragioni di carattere formalistico-stilistico, ma esprime una netta distinzione sul piano sostanziale.

Infatti, l'art. 15 riconosce il diritto all'inviolabilità della riservatezza (nel senso che sancisce il diritto del soggetto di comunicare libero da interferenze altrui), e non un diritto alla tutela: in quest'ultimo caso, infatti, si pone in evidenza una valenza positiva, riconoscendo al soggetto un "diritto di..", mentre nel caso del diritto riconosciuto dall'art. 15 Cost, si pone l'accento sulla valenza negativa rispetto alle intrusioni altrui, esprimendosi in una "libertà da.."22.

Al fine di rafforzare ulteriormente la tutela del diritto in questione, i costituenti hanno anche predisposto una riserva di giurisdizione: la compressione dei diritti fondamentali dell'individuo può avvenire solo per motivato atto dell'autorità giudiziaria: in tal modo è rimesso all'autorità giudiziaria (ossia a una categoria di soggetti la cui indipendenza e terzietà è proclamata e garantita dalla stessa Costituzione)23 il compito di effettuare quel bilanciamento di interessi cui si accennava sopra, garantendo così la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento penale24.

L'autorizzazione del giudice è dunque, per espressa previsione costituzionale, una *conditio sine qua non* per poter procedere all'attività di captazione delle conversazioni: essa peraltro, sancendo l'esclusiva competenza dell'organo giurisdizionale ad assumere decisioni che coinvolgono i diritti fondamentali degli individui, esclude in radice qualsiasi coinvolgimento del potere esecutivo.

Anche in questo caso non può celarsi come la tutela apprestata dall'art. 15 Cost. risulta più ampia di quella predisposta in altre norme costituzionali, dove pure è prevista una riserva di giurisdizione: il confronto è ancora una volta con l'art. 13 della Costituzione, il quale, pur prevedendo che le limitazioni della libertà personale avvengano solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria, prevede poi, all'interno della stessa disposizione costituzionale, l'attribuzione, in casi di necessità ed urgenza, di un autonomo potere d'iniziativa in capo all'autorità di pubblica sicurezza, salvo successiva convalida da parte del giudice25.

Ebbene, tale ultima previsione è assente all'interno dell'art. 15 Cost. il quale, come si è detto, si limita a prevedere la necessità di un preventivo atto autorizzativo da parte dell'organo giurisdizionale26. Tutto ciò non fa altro che rafforzare il convincimento per cui la tutela apprestata alla libertà di comunicazione è decisamente più ampia, e conseguentemente, conferma come ogni limitazione della libertà e della segretezza della corrispondenza debba configurarsi come eccezionale27.

22 BALDUCCI, *Evoluzione e vincoli di garanzia*, cit. p. 38.

23 In merito al rapporto tra ruolo del giudice e Costituzione v. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, 1 p. 526 ss.

24 COLAPIETRO, RUOTOLO, *Diritti e libertà* in A.A.V.V. *Diritto pubblico*, a cura di Modugno Giappichelli, 2012.

25 Art. 13 comma 3 Cost: «In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziarie e, se questa non li convalida, nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto».

26 Il riconoscimento in capo all'organo dell'accusa di un potere di iniziativa nei casi di urgenza è comunque previsto all'interno della disciplina ordinaria: tuttavia, per ciò che concerne la tematica trattata, la scelta dei costituenti di non prevedere tale potere d'iniziativa all'interno del dettato costituzionale testimonia certamente una scelta di principio che merita di essere sottolineata.

27 BALDUCCI, *Evoluzione e vincoli di garanzia*, cit., p. 44.

A chiusura di tale sistema di garanzie viene poi previsto un obbligo di motivazione del provvedimento autorizzativo, al chiaro scopo di permettere una verifica sulle ragioni di fatto e di diritto che hanno portato il giudice a consentire la limitazione del diritto²⁸: l'obbligo di motivazione può configurarsi come la «garanzia delle garanzie»²⁹, posto che la motivazione permette di controllare il rispetto delle prescrizioni, trasformandosi essa stessa un elemento di tutela.

La Corte costituzionale, nella citata sentenza del 1991, ha posto l'accento sul ruolo affidato al giudice dall'art. 15 Cost., puntualizzando come la motivazione del provvedimento giurisdizionale è una garanzia imprescindibile: la Corte parte, infatti, dal presupposto che il diritto alla riservatezza delle comunicazioni, secondo il dettato costituzionale, non può essere affidato all'organo di polizia, ma deve necessariamente attuarsi mediante un controllo da parte dell'organo giurisdizionale al quale è rimesso il compito di compiere quel bilanciamento d'interessi che, esso solo, può legittimare una restrizione dell'ambito di operatività del diritto.

Spetterà dunque al giudice verificare se le esigenze investigative (e dunque, per estensione, l'interesse dello Stato e della collettività alla repressione dei reati) risultino così pregnanti da legittimare una limitazione del diritto alla riservatezza. Ed essendo affidato al giudice un compito tanto delicato, ecco come la motivazione del provvedimento diviene il fulcro delle garanzie: solo tramite un'adeguata e specifica motivazione delle ragioni di fatto e di diritto che hanno portato il giudice ad assumere quella specifica decisione sarà possibile accertare il corretto uso del potere attribuitogli³⁰.

La Costituzione predispose in tal modo un articolato sistema di prescrizioni volte a tutelare la riservatezza delle conversazioni, imponendo al legislatore una serie di limiti da rispettare nella definizione della disciplina relativa alle intercettazioni.

A specificazione del dettato costituzionale, la Consulta³¹, investita in più occasioni della questione, ha individuato una serie di parametri finalizzati a fungere da guida per il legislatore, preoccupandosi di definire quali profili di tutela devono essere assicurati dalla normativa di rango primario: si è dunque esplicitato il principio per cui le esigenze di repressione penale devono essere sottoposte a rigido bilanciamento con il diritto in alla riservatezza, onde evitare che quest'ultimo venga sproporzionatamente sacrificato; si è precisato che, per poter comprimere un diritto fondamentale, devono necessariamente sussistere concrete e gravi esigenze di giustizia (ferma restando la necessità di accertare la sussistenza di fondati motivi per ritenere che il mezzo istruttorio consenta di acquisire risultati positivi per l'indagine); si è imposto che la durata della limitazione del diritto in questione sia predeterminata e che sussista un provvedimento giurisdizionale che autorizzi detta limitazione; si è infine precisato, con riferimento ai limiti di utilizzabilità degli atti ottenuti mediante intercettazione, che detti atti possano essere utilizzati solo nei limiti in cui essi siano rilevanti per l'imputazione³².

Si tratta di una serie di principi che fungono da parametro di riferimento per il legislatore che intenda predisporre una disciplina delle intercettazioni non costituzionalmente illegittima,

²⁸ MARINELLI, *I principi costituzionali*, cit. p. 70.

²⁹ BALDUCCI, *Evoluzione e vincoli di garanzia*, cit., p. 49.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ C. cost, sent. 6 aprile 1973 n. 34 in *www.cortecostituzionale.it*; C. cost., sent. 23 luglio 1991 n. 366, cit.; C. cost, sent. 11 marzo 1993 n. 81. cit.

³² MARINELLI, *I principi costituzionali*, cit. p. 71

e che mirano a garantire una corretta trasposizione, in chiave normativa, dei valori contenuti nella nostra Carta fondamentale.

In realtà, confrontando i suddetti parametri con l'attuale disciplina contenuta nel codice di rito, emerge una conformità solo parziale a detti principi³³, avendo il legislatore preferito far prevalere le istanze repressive su quelle garantistiche³⁴.

Sempre con riferimento alle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale, va evidenziato come il legislatore non abbia tenuto in alcuna considerazione la possibilità di "calibrare" il sacrificio imposto al diritto alla riservatezza, in guisa da evitare che quest'ultimo risulti eccessivamente sproporzionato: nella ricerca di un equilibrio tra le diverse esigenze (repressive e garantistiche) si sarebbe potuto prevedere una graduazione del potere limitativo della segretezza delle comunicazioni in virtù della gravità del fatto contestato o delle difficoltà di accertamento che esso comporta³⁵.

Detto in altri termini, si potrebbe disporre che le scelte del giudice, nella concessione del provvedimento autorizzativo al compimento delle operazioni di intercettazione, siano ispirate ai principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, in modo non dissimile da quanto previsto in materia di misure cautelari.

In tal senso tra le possibili misure idonee a ledere il diritto alla riservatezza delle comunicazioni³⁶, il giudice dovrebbe optare per quella che risulti meno lesiva del diritto in questione, tra quelle di per sé idonee a soddisfare le esigenze investigative che si prospettano, graduando il ricorso alle stesse in relazione alla gravità del reato per cui si procede.

Ovviamente, con riferimento ai delitti di particolare allarme sociale (primi tra tutti quelli riguardanti la criminalità organizzata), la particolarità delle fattispecie in questione renderà ragionevolmente più frequente il ricorso anche alle modalità di intercettazione maggiormente lesive del diritto in questione³⁷: in questo caso potrà comunque dirsi rispettato il canone costituzionale, stante la particolare gravità, pericolosità, complessità delle fattispecie delittuose in questione che rendono in concreto proporzionato il sacrificio imposto al diritto alla riservatezza.

Infine, il principio d'inviolabilità della riservatezza delle comunicazioni predisposto dai costituenti è rimasto inascoltato dal legislatore ordinario anche sotto un diverso aspetto: quello della delimitazione dei presupposti soggettivi che legittimano il ricorso all'intercettazione.

La legge, infatti, ammette la possibilità di svolgere le intercettazioni nei confronti di chiunque, sia esso indagato o estraneo alle indagini, con riferimento ad un reato già commesso o da prevenire: in tal modo si finisce per rendere vano il concetto stesso d'inviolabilità.

³³ *Ibidem*)

³⁴ spinto da un accentuato rigorismo, ha, ad esempio, ammesso il ricorso alle intercettazioni (con conseguente sacrificio del diritto alla segretezza) anche con riferimento alle ipotesi delittuose di minaccia o ingiuria, noncurante del fatto che si tratta di fattispecie delittuose di scarsa gravità e limitato allarme sociale che avrebbero richiesto, forse, un minor sacrificio del diritto tutelato dall'art. 15, cfr. BALDUCCI, *Evoluzione e vincoli di garanzia*, cit. p. 41

³⁵ BALDUCCI, ult. op. cit.

³⁶ Acquisizione dei tabulati telefonici, intercettazioni telefoniche o telematiche, intercettazioni ambientali e, infine, intercettazioni domiciliari

³⁷ Detto in altri termini, mediante una corretta delimitazione delle fattispecie delittuose particolarmente complesse e pericolose, il principio di proporzionalità e adeguatezza non fungerà da limite alle esigenze investigative, perché più questa saranno pregnanti, più potrà ritenersi legittima la limitazione del diritto alla riservatezza.

Se il principio generale è quello per cui la riservatezza delle conversazioni è inviolabile, è ovvio che le lesioni di tale diritto vadano circoscritte ai soli casi in cui ciò sia assolutamente necessario, tanto sotto il profilo oggettivo, quanto sotto quello soggettivo: ammettere la possibilità di eseguire un'intercettazione anche nei confronti di un soggetto estraneo al reato, o sul quale gravano sospetti vaghi e generici, significa, di fatto, vanificare il senso profondo della disposizione costituzionale³⁸.

Peraltro, con riferimento a tale ultimo profilo, va evidenziato come la disciplina derogatoria predisposta dal d.l. 152/1991 ha determinato un irrigidimento ulteriore del sistema repressivo, acuendo quella distorsione sul piano soggettivo già perpetrata nell'ambito della disciplina ordinaria: infatti, qualora le indagini abbiano ad oggetto delitti di criminalità organizzata si prevede che l'intercettazione possa costituire il primo atto d'indagine. Se dunque la disciplina ordinaria richiede quantomeno l'esistenza di un procedimento penale per poter svolgere le intercettazioni, nell'ambito dei delitti *de qua*, sarà possibile utilizzare tale mezzo di ricerca della prova anche in assenza di indagati, o addirittura anche in assenza di qualsivoglia indagine in materia.

Le ragioni della deroga si spiegano con riferimento al carattere generico e diffuso del fenomeno da contrastare, ma di fatto pongono in essere una deroga eccessivamente vistosa al principio costituzionale di inviolabilità, che risulta difficilmente tollerabile³⁹.

Peraltro non può sottacersi come la creazione di un sistema normativo derogatorio, che di fatto si caratterizza per un'attenuazione delle garanzie in nome di istanze repressive particolarmente avvertite, ha provocato effetti distorsivi sull'intero sistema.

È tramite il sistema derogatorio, come si vedrà più avanti, che vengono poste in luce le distorsioni già insite nel modello ordinario, senza contare che ormai «l'interpretazione delle disposizioni sulle intercettazioni è ormai condizionata dall'enorme impatto che le captazioni segrete hanno nei processi di criminalità organizzata»⁴⁰.

In materia di intercettazioni, infatti, la giurisprudenza ha adottato un approccio volto ad estendere l'interpretazione della disciplina derogatoria a quella ordinaria, noncurante delle differenti situazioni di fondo che caratterizzano i due sistemi.

In altri termini, se la predisposizione di una disciplina scarsamente garantistica in materia di criminalità organizzata risulta già difficilmente ammissibile sotto il profilo costituzionale (ma si può in parte legittimare in virtù delle esigenze repressive particolarmente avvertite che caratterizzano tali indagini) ciò che risulta ancor meno tollerabile è la tendenza ad farsi condizionare, nell'interpretazione della disciplina ordinaria, dall'esistenza della disciplina derogatoria⁴¹.

³⁸ BALDUCCI, *Evoluzione e vincoli di garanzia*, cit., p. 44

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit. p. 570

⁴¹ Come chiaramente esprime FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit. p. 570 «non è solo per la previsione di casi di intercettazioni affidate esclusivamente all'organo di polizia per fini di prevenzione e acquisizione di notizie concernenti la "criminalità organizzata" che la tutela dei diritti fondamentali risulta compressa, ma pure per il condizionamento che tali deroghe impongono all'interpretazione delle disposizioni generali»

Sarà dunque opportuno analizzare nel dettaglio la disciplina codicistica e quella contenuta all'interno del d.l. 152/1991, al fine poter comprendere i meriti e i limiti di una disciplina oltremodo delicata sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo⁴².

2. LE INTERCETTAZIONI C.D. PROCESSUALI

Analizzata la normativa costituzionale in tema di libertà e segretezza delle comunicazioni, e definiti i parametri ai quali la disciplina codicistica deve conformarsi per essere costituzionalmente legittima, è ora opportuno procedere alla disamina della normativa in questione.

Uno dei parametri cui deve necessariamente ancorarsi la disciplina *de qua* va individuato nella necessità di limitare il ricorso alle intercettazioni alle sole ipotesi in cui tale strumento sia necessario al soddisfacimento di interessi di rango primario che, per loro natura, sono incompatibili con il diritto alla riservatezza.

È dunque richiesto al legislatore di compiere un'operazione di bilanciamento di contrapposti interessi, compito, particolarmente complesso: tale difficoltà trova in qualche modo conferma nel fatto che la disciplina in materia di intercettazioni è stata oggetto, sin dal 1913, di ben otto modifiche.

Ciò testimonia come l'intera disciplina, già da prima dell'entrata in vigore della Costituzione, manifestasse tutta la sua delicatezza, mostrandosi particolarmente sensibile ad ogni mutamento della realtà sociale.

Va peraltro sottolineato, in un'ottica di comparazione diacronica, come allo sviluppo tecnologico degli strumenti dell'intercettazione⁴³ non ha corrisposto un altrettanto adeguato sviluppo della normativa in chiave garantistica.

Tale "staticità" può essere imputata a differenti fattori, primo tra tutti la difficoltà di trovare un accettabile compromesso tra esigenze investigative e garantistiche: non può infatti negarsi come l'intercettazione costituisca uno strumento investigativo di primaria importanza per l'accusa, proprio in virtù della sua capacità invasiva che permette di acquisire elementi investigativi fondamentali; tuttavia, definire un sistema maggiormente garantistico implica necessariamente il depotenziamento dell'efficacia investigativa di tale mezzo, posto che quest'ultima è direttamente proporzionale alla sua invasività⁴⁴.

⁴² Per ragioni di chiarezza espositiva, le problematiche concernenti i complessi rapporti tra Costituzione e intercettazioni c.d. preventive, verranno affrontati contestualmente alla disamina della disciplina concernente tale peculiare tipologia di intercettazione (vedi *infra*).

⁴³ Sviluppo tecnologico che ha comportato, come logica conseguenza, la possibilità di effettuare intrusioni sempre più invasive nella vita privata dei soggetti interessati

⁴⁴ Si pensi al *quantum* di invasività che porta con sé da un lato, l'acquisizione di un tabulato telefonico e dall'altro, un'intercettazione ambientale domiciliare: se nel primo caso la lesione della riservatezza risulta minima, è anche vero che minime sono le informazioni acquisite dall'accusa, che potrà solo prendere atto dell'esistenza di un fatto storico, ossia una telefonata; differente è il caso dell'intercettazione domiciliare: essa si configura come la massima concretizzazione della limitazione del diritto alla riservatezza (peraltro con il coinvolgimento della lesione del diritto all'inviolabilità del domicilio), ma permette all'accusa l'acquisizione di informazioni che verosimilmente saranno maggiormente utili a fini investigativi.

In tal modo si spiegano le molteplici riforme che hanno interessato la normativa *de qua*, quasi tutte orientate a favore dell'efficienza investigativa e che poco hanno apportato in termini di riconoscimento della tutela dei diritti dei soggetti ad esse sottoposti.

2.1. EVOLUZIONE STORICA DELLA DISCIPLINA

Volendo rapidamente ripercorrere l'evoluzione storico-normativa di tale strumento investigativo, va detto che l'istituto delle intercettazioni è disciplinato, per la prima volta, nel codice di rito del 1913: in quel periodo, tuttavia, le tecniche ancora poco avanzate di comunicazione, portano la dottrina a disinteressarsi a tale mezzo di ricerca della prova, dubitando fortemente della sua utilità sul piano investigativo.

Il codice del 1930, invece, sembrò aver compreso a pieno le potenzialità di tale strumento e, coerentemente con l'ideologia certamente poco garantista che caratterizzava quel periodo, ne incrementò l'utilizzo: il clima socio-politico del tempo, e la forte carica repressiva che connotava il codice, portarono ad una modifica della disciplina, volta a accrescere l'efficacia investigativa di tale strumento, optando, ad esempio, per il riconoscimento di ampi poteri tanto al giudice istruttore quanto alla polizia giudiziaria (in relazione alle rispettive funzioni), o all'attribuzione di un autonomo potere d'intercettazione in capo allo stesso giudice istruttore.

Ciò che tuttavia caratterizzava l'intera disciplina contenuta nel codice del '30 era la totale assenza di regole e criteri che guidassero gli inquirenti nell'esecuzione delle intercettazioni, dando vita in tal modo ad una serie di abusi. D'altronde il clima politico ben si prestava ad un utilizzo spropositato di tale strumento che si mostrava particolarmente idoneo a perseguire le finalità proprie del regime dittatoriale.

Sarà la Costituzione del 1948 a segnare il punto di non ritorno verso una modifica in senso garantistico della disciplina: il riconoscimento di un vero e proprio diritto alla riservatezza, infatti, imponeva alla disciplina, almeno in teoria, un mutamento radicale.

In tal senso un ruolo di primo piano fu svolto dalla Corte Costituzionale, la quale dichiarando l'incostituzionalità della disciplina allora vigente, ne impose un mutamento in senso fortemente garantista, fornendo al legislatore importanti spunti di modifica.

In realtà il legislatore, che in materia d'intercettazioni si è sempre mostrato restio a modifiche "radicali", non riuscì a cogliere l'occasione per disciplinare l'intera materia, limitandosi ad eliminare i profili d'incostituzionalità evidenziati dalla Corte.

Tuttavia se i primi interventi della Corte Costituzionale permisero di adeguare la vecchia normativa al dettato costituzionale, le successive sentenze⁴⁵, furono maggiormente "incisive" spingendosi a "proporre" una disciplina in materia *de qua* particolarmente rispettosa dei diritti fondamentali: la Consulta individuò, infatti, una serie di canoni che avrebbero dovuto guidare il legislatore nella predisposizione della normativa, quali ad esempio la possibilità di sindacare, durante il procedimento, il decreto di autorizzazione, con conseguente inutilizzabilità degli atti ottenuti a seguito di un decreto non legittimo, ovvero l'obbligo del segreto per i soggetti coinvolti nelle operazioni di captazione, definendo in tal modo le garanzie indispensabili per una concreta attuazione del dettato costituzionale.

⁴⁵ In particolare, C. Cost, sent. 4 aprile 1973, n. 34 in www.cortecostituzionale.it

Il monito della Consulta spinse così il legislatore ad approvare la l. n. 98 del 1974, che può considerarsi, in materia di intercettazioni, una delle leggi maggiormente rispettose dei diritti fondamentali: tale normativa prevedeva, infatti, una rigida e tassativa elencazione delle ipotesi e dei presupposti in presenza dei quali le intercettazioni potevano essere disposte; imponeva al giudice un preciso obbligo di controllo dell'operato della p.g., onde evitare abusi; infine, con il preciso scopo di garantire il rispetto dei diritti di difesa e assicurare l'attendibilità degli esiti ottenuti tramite l'intercettazione, dettava una rigorosa disciplina in tema di acquisizione probatoria ponendo altresì un articolato sistema di limiti e divieti di utilizzazione della stessa⁴⁶.

Tale disciplina riusciva così a garantire un maggiore rispetto del principio costituzionale della riservatezza delle conversazioni, limitando i poteri degli organi inquirenti.

Tuttavia il fervore garantista non durò a lungo: gli eventi terroristi e le diverse tensioni che caratterizzarono il nostro Paese verso la fine degli anni '70, spinsero il legislatore a predisporre un intervento di tipo emergenziale⁴⁷ che, di fatto, scardinò il fragile equilibrio tra garanzie individuali ed esigenze investigative che la normativa previgente era riuscita a predisporre.

È noto, infatti, quanto gli eventi politico-sociali sono in grado di condizionare le scelte del legislatore, soprattutto in materia penale e processual-penale: anche in questo caso, dunque, le forti preoccupazioni sociali manifestarono i loro effetti, spingendo il legislatore a dettare una disciplina che, con una forte inversione di tendenza rispetto al passato, prevedeva la proroga temporalmente illimitata delle operazioni di captazione, l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quello per il quale erano state disposte ed, infine, la possibilità per il giudice di autorizzare in forma orale le operazioni.

Si diede così vita ad una disciplina connotata da eccessivo rigorismo⁴⁸ che tuttavia ebbe vita breve, posto che tale modello non venne ripreso all'interno del progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988: il legislatore, consapevole del carattere emergenziale della normativa, preferì non riproporla⁴⁹.

Si diede così vita ad una normativa tesa a riproporre la disciplina del 1974: vengono, infatti, fissati i presupposti in presenza dei quali l'intercettazione può essere effettuata, si definiscono le formalità relative all'annotazione delle operazioni ed alla verbalizzazione dei contenuti comunicativi, vengono delineate gli adempimenti volti a garantire il necessario coinvolgimento della difesa, e infine, viene fissato il divieto di utilizzazione delle intercettazioni illecite, delineando così una disciplina caratterizzata da un approccio decisamente più garantista⁵⁰.

2.2. IL SISTEMA NORMATIVO ATTUALE

La disamina delle diverse normative in tema di intercettazioni ha evidenziato quanto sia complesso, in concreto, predisporre una disciplina "equilibrata" che possa risultare soddisfacente: le diverse versioni della disciplina sono state condizionate da molteplici fattori,

⁴⁶ BALDUCCI, *Evoluzione e vincoli di garanzia*, cit. p. 25 ss.

⁴⁷ Tramite il d.l. 21 marzo 1978, n. 58, convertito in l. 18 maggio 1978, n. 191.

⁴⁸ Peraltra caratterizzata da profili di dubbia legittimità costituzionale

⁴⁹ Per un'approfondita disamina della disciplina antecedente all'entrata in vigore del codice del 1988 v. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit.

⁵⁰ BALDUCCI, *Evoluzione e vincoli di garanzia*, cit.

caratterizzate da un costante oscillamento tra istanze garantistiche ed istanze restrittive, e sono state influenzate anche dalla situazione politica e sociale del Paese.

Non può tacersi tuttavia come la disciplina attuale⁵¹ risulti “ragionevole” sia sotto il profilo delle garanzie, sia sotto il profilo dell’efficienza investigativa, anche se alcune distorsioni di fondo (frutto di scelte del legislatore alquanto discutibili) rischiano di mettere in crisi l’intero sistema: si tratta di scelte di fondo che condizionano tanto la disciplina ordinaria quanto quella derogatoria.

Anzi, può agevolmente sostenersi come il confronto operato dalla giurisprudenza tra sistema derogatorio e sistema ordinario ha messo in luce i punti più problematici della normativa.

Una di tali distorsioni, che sembra derivare da una svista (più o meno consapevole) del legislatore, concerne la scelta di modellare l’intera disciplina sulla base della normativa relativa alle intercettazioni telefoniche: il legislatore, sotto la generica dizione di «intercettazioni di conversazioni o comunicazioni», ha ricompreso tutti i flussi comunicativi, dunque tanto le intercettazioni telefoniche, quanto quelle ambientali, optando però per una disciplina normativa ispirata alle prime⁵².

In tal modo il legislatore ha ignorato il fatto che, ad esempio, le intercettazioni tra presenti nei luoghi di cui all’art. 614 c.p. determinano una violazione dei diritti dell’individuo maggiore, se non altro perché, oltre ad una lesione del diritto alla riservatezza, tale tipo d’intercettazione determina anche una compressione del diritto all’inviolabilità del domicilio⁵³.

Alla luce dunque della maggiore invasività che caratterizza le intercettazioni ambientali svolte all’interno dei luoghi di privata dimora, sarebbe stato opportuno predisporre, con riferimento a tale tipologia di intercettazioni, una disciplina specifica, posto che quanto più invasiva risulta l’attività di captazione, più pregnante diventa l’esigenza di predisporre meccanismi di controllo dell’attività investigativa maggiormente garantistici⁵⁴.

Un altro aspetto che, in via preliminare e generale, merita di essere evidenziato concerne la scelta (certamente discutibile) del legislatore di affidare l’intera fase di esecuzione delle operazioni all’organo dell’accusa, nonostante tale attività comporti una delicata limitazione dei diritti dell’indagato.

Tale fase delle operazioni, disciplinata dall’art. 268 c.p.p., comprende tutta una serie di adempimenti che apparentemente potrebbero apparire meramente formali, ma che invece costituiscono la trasposizione, sul piano codicistico, dei principi contenuti nella Carta Costituzionale: è, infatti, tramite la disciplina relativa alla redazione dei verbali, alle modalità di trascrizione delle registrazioni, alla procedura di stralcio delle intercettazioni non utilizzabili che si garantisce il rispetto dei diritti dei soggetti coinvolti. È tramite tale corredo normativo che, da un lato, si garantisce il diritto al contraddittorio dell’indagato, e dall’altro lato, si pongono le condizioni per verificare che le intromissioni nella sfera privata dei cittadini non diano vita ad abusi.

⁵¹ Disciplina che deve la sua attuale formulazione a due interventi normativi successivi all’entrata in vigore della disciplina: la l. 23 dicembre 1993, n. 547 che ha inserito la normativa relativa alla criminalità informatica, e la l. 63/2001, che ha aggiunto, all’interno dell’art. 267 il comma 1 *bis* relativo alla valutazione dei gravi indizi di reato necessari perché si possa procedere alle operazioni di captazione.

⁵² FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit. p. 568

⁵³ Diritto riconosciuto dall’art. 14 Cost.

⁵⁴ Per un approfondimento sulla disciplina delle intercettazioni ambientali vedi *infra*.

Dunque, data l'importanza e la rilevanza di tali adempimenti, poco comprensibile appare la scelta del legislatore di affidare esclusivamente al p.m. la gestione dell'intera fase. Posto che è proprio nella fase dell'esecuzione che si concretizza il maggior rischio di lesione dei diritti individuali coinvolti, sarebbe stato forse più opportuno affidare tale attività ad un soggetto che possa qualificarsi come "terzo" rispetto alle parti coinvolte.

Secondo il dettato normativo attuale, invece, spetta al p.m. gestire le attività di captazione, ed è dunque a tale organo che è rimesso il controllo e la verifica delle operazioni che in concreto sono svolte dalla p.g. : il ruolo del giudice si apprezza solo nella fase di contraddittorio tra le parti, cioè nel momento in cui, terminate le operazioni d'intercettazione si procede all'analisi dei dati raccolti, all'acquisizione di quelli non manifestamente irrilevanti e all'eliminazione di quelli non utilizzabili.

Ferma restando l'imprescindibile necessità di garantire la presenza del giudice durante lo svolgimento di queste operazioni, si sarebbe potuto prevedere un suo coinvolgimento anche con riferimento alla fase più strettamente operativa: in tale fase, infatti, il g.i.p. non svolge alcun ruolo attivo, limitandosi a intervenire⁵⁵ solo sulla base della mera lettura di quanto proposto dal p.m..

Sarebbe quindi forse più opportuno riconoscere in tale fase al g.i.p. poteri d'intervento più pregnanti (anche ad esempio riconoscendogli un potere di accesso ai luoghi della captazione) in guisa da valorizzare il ruolo di tale soggetto, ampliando il campo d'intervento⁵⁶.

2.3. CAMPO DI APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA

Passando ora alla disamina della normativa relativa alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni è opportuno prendere le mosse dal dettato di cui all'art. 266 c.p.p.⁵⁷.

Tale disposizione segna i limiti oggettivi entro i quali l'intercettazione si considera ammissibile, delineando il campo d'applicazione della disciplina e dando attuazione al dettato costituzionale in base al quale la compressione del diritto alla riservatezza delle comunicazioni è da ritenersi ammissibile nei limiti in cui trovi una reale contropartita nella necessità di tutelare interessi altrettanto primari: pertanto il ricorso a tale mezzo di ricerca della prova così tanto invasivo va circoscritto (teoricamente) solo ai casi in cui le esigenze di repressione dei reati si fanno maggiormente pregnanti in virtù della particolare gravità dei fatti delittuosi da contrastare⁵⁸. Non si può fare a meno di notare che, se questa è la *ratio* ispiratrice della

⁵⁵ Per concedere l'autorizzazione al ritardato deposito *ex* art. 268, comma 5, ovvero per procedere all'acquisizione delle conversazioni indicate dalle parti ed allo stralcio di quelle inutilizzabili, *ex* art. 268, comma 7, ovvero ancora per autorizzare la proroga delle operazioni, *ex* art. 267, comma 3.

⁵⁶ FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit. p. 582 ss.

⁵⁷ A differenza di quanto fatto nei capitoli precedenti, non si procederà, in questa sede ad una separata disamina della disciplina (ordinaria e derogatoria), ma, posto che la disciplina del d.l. 152/1991 si innesta sulla struttura normativa predisposta dalla disciplina codicistica, ricalcandone molti aspetti, si è ritenuto opportuno analizzare la normativa ordinaria in modo tale da evidenziare le deroghe nel corso della trattazione.

⁵⁸ GREVI, *Le prove*, in A.A.V.V. *Compendio di procedura penale*, CONSO, GREVI, BARGIS (a cura di), VI edizione, CEDAM, 2012 p. 375 ss.

normativa, in realtà il legislatore sembra aver esteso il campo di applicazione anche a fattispecie che si potrebbero definire di minore gravità.

Il riferimento è ad esempio ad una delle fattispecie di cui alla lett. f) dell'art. 266 comma 1 c.p.p. (in particolare il reato di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono), poco "affine" alle altre ipotesi delittuose contenute nella norma in questione, e rispetto alla quale, come si è già avuto modo di notare, l'accertamento della responsabilità sarebbe comunque possibile anche attraverso uno strumento investigativo meno invasivo, quale l'acquisizione dei tabulati telefonici.

Se il catalogo dei reati di cui all'art. 266 c.p.p. definisce il campo di applicazione della disciplina ordinaria, il 1° comma dell'art. 13 del d.l. 152/1991 circoscrive l'applicabilità della disciplina derogatoria alle ipotesi in cui le indagini concernano un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono⁵⁹.

Ed è proprio con riferimento al dettato dell'art. 13 del d.l. 152/1991 che si pone un primo problema che ha dato vita ad un ampio dibattito in giurisprudenza e in dottrina.

La norma da ultimo citata, infatti, a differenza dell'art. 266 c.p.p., non procede all'elencazione delle fattispecie criminose in relazione alle quali è possibile fare ricorso alle intercettazioni, ma si limita a prevedere un generico riferimento alle investigazioni relative «ad un delitto di criminalità organizzata».

Tale locuzione merita di essere precisata, posto che è dalla possibile qualificazione di un determinato fatto come delitto di criminalità organizzata che deriva l'applicabilità del regime derogatorio, con importanti conseguenze sul piano processuale e su quello della tutela dei diritti dei singoli⁶⁰.

Come si avrà modo di precisare nel prosieguo, infatti, la disciplina derogatoria (proprio perché finalizzata a contrastare ipotesi delittuose ritenute più gravi, o che comunque richiedono, per l'individuazione dei responsabili, un più ampio ricorso alle intercettazioni) implica, ovviamente, una maggiore lesione del diritto alla riservatezza, sia sotto il profilo dei presupposti legittimanti l'attività di capitazione (requisiti meno rigidi rispetto a quelli fissati dal codice di rito), sia sotto il profilo della durata delle operazioni (maggiore nel sistema derogatorio), sia sotto il profilo di un maggiore ricorso alle intercettazioni ambientali (esperibili anche qualora nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. non si stia svolgendo l'attività criminosa).

Se dunque il distacco tra disciplina ordinaria e derogatoria è tutt'altro che irrisorio, ben si comprende allora come la scelta di qualificare un fatto delittuoso come rientrante o meno nella categoria dei delitti di criminalità organizzata sia una scelta da ponderare con molta attenzione: da qui la necessità di definire con la massima chiarezza e uniformità di vedute possibile il concetto di «reati di criminalità organizzata».

In proposito dottrina e giurisprudenza sembrano manifestare opinioni contrastanti: la dottrina propende per un orientamento rigidamente formalista, prediligendo una nozione di criminalità organizzata maggiormente rispondente al principio di tassatività delle ipotesi delittuose, e che meglio si sposa con la necessaria determinatezza che deve connotare

⁵⁹ In realtà, la disciplina derogatoria va estesa, per espressa disposizione dell'art. 3 del d.l. 18 ottobre 2001 n. 374, anche alle ipotesi in cui le indagini abbiano ad oggetto uno dei delitti previsti dall'art. 270-ter c.p. o dall'art. 407, comma 2, lett a) n. 4 c.p.p.

⁶⁰ NANULA, *La lotta alla mafia, strumenti giuridici strutture di coordinamento legislazione vigente*, Giuffrè, 2009 p. 106.

l'eccezionalità dell'utilizzo di tale mezzo investigativo⁶¹; la giurisprudenza, invece, sembra propensa a dilatare tale concetto in guisa da ricomprendere tutte quelle ipotesi delittuose all'interno delle quali è possibile individuare un apparato (comunque) organizzato⁶², precisando altresì come la nozione di criminalità organizzata vada intesa con riferimento al quadro investigativo così come delineato al momento in cui è richiesta l'intercettazione, e non con riferimento alla contestazione così come formulata.

È possibile perciò individuare due impostazioni tra loro contrapposte: da un lato, vi è chi ritiene che la nozione di criminalità organizzata debba essere definita con riferimento alle finalità che detta norma persegue, e dunque propende per far rientrare, all'interno di tale nozione, attività criminose tra loro molto differenti, purchè organizzate (ossia caratterizzate dalla presenza di una pluralità di soggetti che abbiano dato vita a un apparato organizzativo nel quale il gruppo associativo assume un ruolo preminente rispetto ai singoli che ne fanno parte)⁶³.

Detta impostazione, sebbene in linea di principio maggiormente conforme a quelle che sono le finalità della normativa, e dunque maggiormente aderente allo scopo di repressione di fenomeni criminali connotati dalla peculiare caratteristica del vincolo associativo, è in concreto difficilmente praticabile⁶⁴.

D'altro canto, ed in senso contrario, la dottrina tende a privilegiare un approccio formalista, partendo dal presupposto che nel nostro ordinamento il concetto di criminalità organizzata assume un significato preciso, il quale identifica una serie di ipotesi delittuose definite dagli artt. 407, comma 2, lett a), nonché dall'art. 51, comma 3 *bis* e 54 c.p.p.⁶⁵.

È a tali fattispecie dunque che il d.l. 152/1991 farebbe riferimento con l'espressione «delitti di criminalità organizzata»: tale orientamento è maggiormente condivisibile, proprio perché permette di individuare in maniera maggiormente certa le fattispecie cui applicare il sistema derogatorio, riducendo il margine di incertezza.

Se, infatti, come si accennava poc'anzi, le differenze riscontrabili tra disciplina ordinaria e derogatoria implicano un affievolimento spesso rilevante dei diritti degli indagati (comportando conseguenze sul piano procedimentale di notevole impatto), il criterio

⁶¹ In particolare si ritiene che, adottando una nozione di criminalità organizzata che sia in grado di definire con chiarezza i limiti di operatività di tale categoria delittuosa, si possa conferire maggiore determinatezza alla disciplina derogatoria ad essa applicabile, circoscrivendone in tal modo la portata.

⁶² FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit., p. 572.

⁶³ APRILE - SPIEZIA, *Intercettazioni nei procedimenti di criminalità organizzata. Altri tipi di intercettazioni*, in *Le intercettazioni telefoniche e ambientali: innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Giuffrè, 2004 p. 90.

⁶⁴ Basti a tal proposito osservare come vi siano delle fattispecie delittuose che, pur potendo essere commesse anche nell'ambito di un apparato organizzato, per le quali trova applicazione la disciplina codicistica: è il caso dei delitti concernenti sostanze stupefacenti, armi, esplosivi e contrabbando. La consumazione di tale delitti potrebbe essere agevolata, in talune ipotesi, da un apparato organizzativo esistente a monte, il che fa sorgere il problema dell'individuazione della normativa applicabile, posto che, aderendo alla tesi adesso riportata, ad essi dovrebbe applicarsi la disciplina derogatoria (stante il carattere associativo che li connota), ma il dettato dell'art. 266 c.p.p. suggerisce una diversa soluzione. Tale esempio risulta sufficiente a esplicitare quelle che sono le aporie di una siffatta teoria che, delineando un concetto di criminalità organizzata dai confini labili, risulta poco funzionale ed in concreto, poco praticabile.

⁶⁵ APRILE - SPIEZIA, *Intercettazioni nei procedimenti di criminalità organizzata. Altri tipi di intercettazioni*, cit., p. 90.

ermeneutico in base al quale determinare l'applicazione di uno o dell'altro sistema deve essere quanto più preciso possibile.

2.4. PRESUPPOSTI

Delineato il campo di applicazione dei due sistemi previsti in materia dal codice e dal d.l. 152/1991, è opportuno procedere alla disamina della disciplina delle intercettazioni, analizzando la normativa codicistica, in guisa da cogliere le peculiarità di quella derogatoria.

Ai sensi dell'art. 267, comma 1 c.p.p. affinché il p.m. possa procedere ad intercettazioni è necessaria l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, che provvede con decreto motivato⁶⁶. Al g.i.p., dunque, quale organo garante delle libertà individuali, è rimesso il compito di compiere un bilanciamento di interessi tra istanze repressive e tutela dei diritti dei singoli, in guisa da verificare se effettivamente sussistano esigenze di carattere investigativo tali da legittimare una limitazione del diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti.

Tuttavia, qualora il ricorso a tale strumento investigativo si profili urgente, al punto tale da ritenere che un eventuale ritardo nell'autorizzazione rischierebbe di provocare un grave pregiudizio alle indagini, il comma 2 dello stesso art. 267 c.p.p. ammette la possibilità che il p.m. autorizzi l'inizio delle operazioni di intercettazione.

In tali ipotesi è comunque necessaria la trasmissione del decreto del p.m., entro rigide scadenze temporali⁶⁷, al g.i.p., il quale (entro 48 ore) dovrà decidere se convalidare il provvedimento del p.m.: in caso di mancata convalida «l'intercettazione non può essere proseguita e i risultati di essa non possono essere utilizzati».

In tal modo dunque si garantiscono tanto le esigenze di urgenza investigativa, quanto le esigenze di tutela dei diritti dei singoli, posto che la valutazione del giudice in relazione alla sussistenza delle condizioni legittimanti la limitazione del diritto di cui all'art. 15 Cost. non è esclusa ma solo differita.

Nell'effettuare tale valutazione (sia essa preventiva che differita), il g.i.p. deve vagliare l'esistenza di «gravi indizi di reato», non necessariamente orientati a carico di una determinata persona, ed è tenuto a verificare che l'intercettazione stessa risulti «assolutamente indispensabile» per la prosecuzione delle indagini⁶⁸.

Mentre il riferimento all'assoluta necessità dell'intercettazione per la prosecuzione delle indagini non pone particolari problemi⁶⁹, qualche precisazione in più merita il presupposto relativo ai «gravi indizi di reato».

Preliminarmente, va detto che, come sostenuto dalla Suprema Corte⁷⁰, tale requisito deve essere inteso non in senso probatorio (cioè come canone di valutazione del fondamento

⁶⁶ «Il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'art. 266. L'autorizzazione è data con decreto motivato quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini» art. 267, comma 1, c.p.p.

⁶⁷ «Immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore» secondo quanto prevede l'art. 267 comma 2 c.p.p..

⁶⁸ GREVI, *Le prove*, cit., p. 377.

⁶⁹ Tale locuzione va infatti intesa nel senso che devono già essere avviate, e il mezzo di ricerca della prova deve configurarsi come fondamentale per l'ulteriore avanzamento delle stesse.

⁷⁰ Cass. Pen., sez VI, 21 dicembre 2006, n. 42178, in *C.E.D.* n. 235318

dell'accusa), bensì come criterio per valutare la serietà delle ipotesi delittuose che si ritengono configurate.

Tali ipotesi delittuose non devono essere meramente ipotetiche, ma, proprio in virtù dei gravi indizi di reato raccolti dagli inquirenti, deve essere possibile giungere ad una ricognizione sommaria degli elementi in base ai quali sia possibile dedurre la probabilità che il reato si sia effettivamente consumato.

Ciò posto, è utile precisare che tali indizi possono essere desunti da qualsivoglia notizia di reato o addirittura da intercettazioni precedenti non utilizzabili⁷¹: il che già pone forse qualche dubbio circa l'effettiva portata restrittiva che tale canone dovrebbe assumere.

Peraltro, con riferimento alla valutazione che il giudice deve compiere con riferimento ai gravi indizi di reato⁷², l'art. 267, comma 1 *bis* c.p.p. precisa come essa debba essere effettuata applicando il principio sancito dall'art. 203 c.p.p.: di conseguenza, non saranno utilizzabili, ai fini della richiesta e della concessione dell'autorizzazione, le notizie confidenziali acquisite dalla polizia giudiziaria o dal personale dei servizi di sicurezza⁷³.

Inoltre, va puntualizzato che la presenza di gravi indizi non postula che questi siano posti a carico esclusivo del soggetto nei cui confronti si svolgerà l'intercettazione⁷⁴: secondo l'impostazione accolta dalla Corte di Cassazione⁷⁵, infatti, i gravi indizi che costituiscono il presupposto dell'attività di captazione attengono all'esistenza del reato, e non alla colpevolezza di un determinato soggetto; per procedere ad intercettazione, dunque, non sarà necessario che tali indizi gravino sui soggetti intercettati, essendo più che altro finalizzati a dimostrare l'esistenza di una determinata fattispecie delittuosa, rientrante nel catalogo di cui all'art. 266, in merito alla quale si stanno svolgendo indagini⁷⁶.

Perché il p.m. possa ottenere dal g.i.p. l'autorizzazione è dunque necessario che dimostri, con un alto grado di probabilità, l'avvenuta consumazione di un reato (tramite la presenza di gravi indizi di reato), sottolineando altresì nella richiesta, l'assoluta indispensabilità di tale strumento investigativo per la prosecuzione delle indagini.

Evidentemente il legislatore ha ritenuto che tali requisiti, unitamente alla previsione di rigidi limiti di durata delle intercettazioni⁷⁷, fossero eccessivamente restrittivi, e comunque tali da rendere in concreto fortemente limitata l'operatività dell'istituto con riferimento alle investigazioni relative ai delitti di criminalità organizzata: il che determinava non pochi problemi di carattere investigativo, posto che è proprio nell'ambito di tale complesse investigazioni che il ricorso a tale mezzo di ricerca della prova è spesso decisivo⁷⁸.

⁷¹ FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit. p. 574

⁷² Criterio, peraltro applicabile anche alla disciplina derogatoria, per espresso disposto dell'art. 13, comma 1, d.l. 152/1991

⁷³ APRILE - SPIEZIA, *Intercettazioni nei procedimenti di criminalità organizzata. Altri tipi di intercettazioni*, cit., p. 92; FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit., p. 574.

⁷⁴ Cass., Sez I, 8 agosto 2000, n. 8860 in *C.E.D.* n. 216550

⁷⁵ Cass., Sez VI, 22 luglio 1999, n. 9428 in *C.E.D.* n. 214127

⁷⁶ FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit., p. 574.

⁷⁷ Ai sensi dell'art. 267, comma 3, la durata dell'intercettazione non può superare i «15 giorni, prorogabili dal giudice per periodi successivi di 15 giorni, qualora permangano i presupposti indicati nel primo comma»

⁷⁸ NANULA, *La lotta alla mafia, strumenti giuridici strutture di coordinamento legislazione vigente*, cit., p. 104

Proprio per superare questi limiti all'applicabilità dell'istituto in questione, il legislatore ha predisposto, mediante il citato art. 13 del d.l. 152/1991, un sistema derogatorio più adeguato alle necessità che si profilano nel corso delle investigazioni su delitti di criminalità organizzata.

La prima deroga che si rinviene analizzando il sistema di cui al d.l. del 1991 concerne i presupposti in presenza dei quali il p.m. può chiedere l'autorizzazione al compimento di operazioni di intercettazione: ai sensi del 1° comma della norma citata «in deroga a quanto disposto dall'articolo 267 del codice di procedura penale, l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'articolo 266 dello stesso codice è data, con decreto motivato, quando l'intercettazione è necessaria per lo svolgimento delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono in ordine ai quali sussistano sufficienti indizi».

Dunque, qualora si tratti di indagini relative a reati di criminalità organizzata, perché si possa procedere ad intercettazione, il g.i.p. autorizzerà l'utilizzazione di tale istituto qualora sussistano «sufficienti indizi», e ciò sia «necessario allo svolgimento delle indagini».

Partendo da tale ultimo requisito è opportuno mettere in luce la differente formulazione adottata dal legislatore all'interno della disciplina speciale, al fine di comprendere appieno la portata della deroga: se all'interno della disciplina ordinaria, l'ottenimento dell'autorizzazione è subordinato alla sussistenza di una situazione di “*impasse*” investigativa, tale da non lasciare agli inquirenti altra possibilità investigativa se non quella di procedere all'utilizzo di tale strumento investigativo (quasi fosse una sorta di *extrema ratio*), all'interno della disciplina derogatoria tale situazione di stasi investigativa non è necessaria.

Il g.i.p. potrà, infatti, legittimamente autorizzare l'intercettazione anche qualora, di fatto, gli inquirenti siano nelle condizioni di utilizzare diversi e meno invasivi strumenti investigativi, ma decidano di non farlo, optando per il ricorso all'intercettazione.

Peraltro, non solo il ricorso a tale mezzo di ricerca della prova non è limitato alle ipotesi di assoluta indispensabilità, ma esso potrà essere utilizzato per lo svolgimento delle indagini e non (come previsto in via generale) per la loro prosecuzione.

Ciò merita di essere posto in evidenza, dato che la differente formulazione della norma, ben lungi da essere una mera variazione stilistica, porta con sé importanti conseguenze: il riferimento allo svolgimento e non alla prosecuzione implica, infatti, che il ricorso a tale strumento investigativo non sia limitato ai casi di indagini già avviate, ben potendo il giudice autorizzare l'utilizzo dell'intercettazione anche «nella fase iniziale delle indagini, quando gli elementi in possesso degli inquirenti sono limitati, e lo strumento viene utilizzato proprio al fine di acquisire più chiari e validi elementi»⁷⁹.

S'innesci così uno strano circolo vizioso, in base al quale (e la prassi lo conferma) l'intercettazione più che essere uno strumento idoneo a permettere la prosecuzione delle indagini qualora esse siano in una situazione di *impasse*, diviene uno strumento in base al quale alimentare le stesse: a riprova di ciò basti fare riferimento alla prassi, diffusa, per cui le operazioni di captazione, nell'ambito di procedimenti relativi ai delitti di criminalità organizzata, sono autorizzate anche in assenza d'iscrizione di indagati nel relativo registro: ciò di fatto fa sorgere il dubbio sull'opportunità di un tale modo di procedere, metodo che tuttavia, in concreto, alla luce del generico riferimento normativo, risulta ad esso conforme.

⁷⁹ Cass, Sez I, 12 febbraio 2000, T, in FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit.

Tuttavia va sottolineato come un conto è ritenere che i gravi indizi di colpevolezza (cui fa riferimento la disciplina codicistica) possano anche non sussistere in capo ad un determinato soggetto, ben altro conto è considerare ammissibile un'intercettazione anche in una fase delle indagini così poco avanzata da non aver dato modo agli inquirenti di individuare i soggetti indagati.

Come si è sostenuto, autorizzare l'attività di captazione ancor prima che vi sia qualsiasi riferimento a soggetti indagati, fa sorgere la prassi per cui «contrariamente alla regola generale che vuole che l'intercettazione serva a proseguire le indagini, è essa stessa che le determina [...] sulla più presunta che provata sussistenza del presupposto che legittima l'invasione»⁸⁰.

Tale scelta normativa, verosimilmente condizionata dal carattere diffuso e immanente del fenomeno criminale da contrastare, rischia tuttavia di dare alle intercettazioni una connotazione giuridica ben diversa da quella delineata nella disciplina generale da cui il d.l. 152/1991 prende le mosse.

Forse sarebbe stato più opportuno optare per una formulazione normativa che (pur consapevole del ruolo assunto da tale strumento all'interno delle investigazioni *de qua*, e pur prevedendo presupposti idonei a rendere maggiormente agevole il ricorso alle intercettazioni), in qualche modo ancorasse il ricorso alle intercettazioni quantomeno all'individuazione di probabili autori dei reati.

Detto in altri termini, è ragionevole la scelta del legislatore di facilitare la possibilità di utilizzare le intercettazioni nell'ambito di procedimenti relativi alla criminalità organizzata⁸¹, a patto che le esigenze investigative non portino alla totale soccombenza di quelle garantistiche: la possibilità di sottoporre a intercettazione un determinato soggetto senza che le investigazioni siano ancora giunte al punto di individuare il possibile responsabile del reato, appare forse troppo poco garantista, e rischia di prestarsi ad abusi: forse sarebbe stato meglio ancorare il ricorso all'intercettazione a parametri più ampi di quelli fissati in via generale dalla disciplina codicistica, ma in ogni caso ben determinati.

A tutto ciò si aggiunga che tale ampiezza dei presupposti è amplificata dal requisito della sufficienza indiziaria (in luogo della gravità indiziaria richiesta dalla disciplina generale): tale presupposto appare forse più vago degli altri, andando a legittimare qualsiasi intercettazione purchè sussista un minimo sospetto.

Tutto ciò naturalmente si riflette sul contenuto dell'atto autorizzativo e sulla sua effettiva funzione di garanzia: il riferimento generico ai sufficienti indizi, infatti, avvalorando l'interpretazione (discutibile, ma effettivamente compatibile con il dettato normativo) che la motivazione del decreto autorizzativo possa contenere solamente l'illustrazione, in forma sintetica, degli elementi essenziali delle investigazioni, e possa legittimamente limitarsi ad accogliere le risultanze delle informative redatte dalla polizia giudiziaria, senza che vi sia la

⁸⁰ Cit. FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit., p. 571.

⁸¹ La scelta di per sé si presenta come ragionevole se non altro perché, se è vero che il dettato costituzionale ammette limitazioni, più o meno ampie, del diritto alla riservatezza delle comunicazioni solo a condizione che si accerti l'esistenza di un contrapposto e primario interesse di rilevanza costituzionale, è ragionevole ritenere che quanto più gravi siano i delitti da perseguire, quanto maggiore sarà l'esigenza di individuarne gli autori, quanto più pregnanti si fanno le esigenze investigative, quanto più ragionevole appare la limitazione del diritto in questione.

necessità di inserire alcun elemento che permetta di verificare se un reato sia stato effettivamente commesso⁸².

Il ricorso a parametri così labili limita il controllo del giudice, posto che qualunque elemento investigativo si presta a essere qualificato come “sufficiente indizio”, in guisa da far apparire l’intercettazione necessaria allo svolgimento dell’indagine: in altri termini, quanto più evanescenti sono i parametri che devono guidare il giudice nell’effettuazione del bilanciamento d’interessi che sta alla base dell’autorizzazione ad intercettare, tanto più aumentano le probabilità che il controllo rimesso al giudice perda la funzione di garanzia che gli è propria, trasformandosi in un mero adempimento formale.

Ad evitare tale inaccettabile conclusione è intervenuta la giurisprudenza, la quale, in relazione alle problematiche poste con riferimento al contenuto della motivazione che deve accompagnare l’autorizzazione ad intercettare, ha sostenuto che «detta motivazione [...] non può limitarsi ad un generico richiamo ai contenuti, più o meno analitici, delle richieste inoltrate dagli investigatori, essendo onere del p.m., prima e del g.i.p. dopo, esprimere una propria valutazione sulla presenza delle condizioni previste dalla legge; valutazione che, per le finalità di garanzia processuale alle quali è predisposta, non può certamente esaurirsi in una passiva e acritica ricezione delle indicazioni espresse da coloro che sono preposti alla materiale esecuzione delle indagini»⁸³.

In realtà, le problematiche che si riscontrano in queste discipline speciali possono sintetizzarsi in ciò, che il legislatore, spesso spinto a intervenire in contesti emergenziali, non riesce, in concreto, a effettuare quel necessario contemperamento d’interessi che dovrebbe porsi alla base di qualunque scelta di politica legislativa, dando vita, in tal modo, a normative spesso discutibili.

In questo caso, le esigenze repressive, certamente reali e sussistenti, e oltremodo meritevoli di risposte incisive sul piano investigativo, sono state enfatizzate, dando vita ad una normativa forse poco rispettosa dei diritti degli indagati.

Con ciò, non si vuole assolutamente negare l’importanza di tale mezzo di ricerca della prova nell’ambito di tali investigazioni, né tantomeno sminuire le complessità che l’accertamento di tali reati comportano: semplicemente si vuol ribadire che forse sarebbe stato più opportuno che il legislatore, nel predisporre una disciplina derogatoria, avesse fissato parametri applicativi maggiormente chiari, che, pur agevolando il ricorso a tale mezzo di ricerca della prova, garantissero comunque il principio della minore lesione possibile⁸⁴.

2.5. INTERCETTAZIONI AMBIENTALI

Procedendo all’analisi degli ulteriori profili che discostano la disciplina dell’art. 267 c.p.p. da quella predisposta dal d.l. 152/1991, non si può prescindere dall’analisi della normativa relativa

⁸² FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit., p. 575.

⁸³ Cass., Sez. V, 3 agosto 1995, n. 8925 in *Arch. N. proc. pen.*, 1995, 5, p. 865

⁸⁴ Si sarebbe potuto prevedere ad esempio che la possibilità di ricorrere alle intercettazioni fosse subordinata all’avvio delle indagini, o alternativamente, all’iscrizione soggettiva della notizia di reato; ovvero si sarebbe potuto meglio definire il requisito della sufficienza indiziaria, imponendo al p.m., nella richiesta di autorizzazione, un maggiore obbligo motivazionale, in guisa da porre il g.i.p. nelle condizioni di verificare l’effettiva necessità del ricorso alle intercettazioni.

alle c.d. intercettazioni ambientali destinate a svolgersi nel domicilio o negli altri luoghi indicati dall'art. 614 c.p.

Con riferimento a tale tipologia d'intercettazione le problematiche che affiorano riguardano, più che il sistema delineato del d.l. 152/1991, le scelte di fondo che caratterizzano la disciplina ordinaria e che, inevitabilmente, si ripercuotono su quella derogatoria.

Si è già accennato alle critiche mosse da quanti⁸⁵, consapevoli delle peculiarità che caratterizzano tale tipologia d'intercettazioni, rimproverano al legislatore la scelta di non aver previsto una disciplina *ad hoc*. Il fatto che il legislatore abbia ritenuto sufficiente traslare la disciplina delle intercettazioni a quelle intercettazioni *de qua*, fa sì che nel sistema normativo si crei una lacuna difficilmente colmabile dall'interprete⁸⁶.

Ampio è, infatti, il dibattito in giurisprudenza e dottrina con riferimento alle intercettazioni tra presenti. Esso ha affrontato varie tematiche proprio in virtù del fatto che il legislatore, rinunciando a predisporre una disciplina autonoma e dettagliata con riferimento alle intercettazioni ambientali, ha di fatto dato vita a una disciplina lacunosa, che gli interpreti hanno tentato di colmare, con risultati discutibili⁸⁷.

Tuttavia non è possibile affrontare nel dettaglio, in questa sede, tutte le problematiche che riguardano tale disciplina: limitandosi ad un confronto tra i due sistemi (quello codicistico e quello derogatorio) l'analisi s'incentrerà solo sulle problematiche attinenti alla disciplina delle intercettazioni ambientali che si svolgono nei luoghi di cui all'art. 614 c.p., posto che è proprio con riferimento a tale ipotesi che il sistema delineato dal d.l. 152/1991 si distacca da quello codicistico.

La delimitazione dell'ambito di operatività di tali intercettazioni presuppone la definizione dei concetti di domicilio e di privata dimora, sui quali dottrina e giurisprudenza si sono confrontate.

A tal proposito, la giurisprudenza di legittimità si è orientata nel senso di riconoscere alla nozione di domicilio, di cui all'art. 14 Cost, una portata più ampia rispetto alla nozione contenuta all'interno dell'art. 614 c.p., definendo come domicilio, qualunque luogo in cui si disponga a titolo privato, anche se non identificabile quale privata dimora.

Di conseguenza, si è ragionevolmente sostenuto che ogni intromissione volta a porre in essere un'attività di captazione all'interno di un luogo che può definirsi "privata dimora" deve avvenire nel rispetto delle garanzie fissate dall'art. 14 della Costituzione, ossia nei soli casi previsti dalla legge e previa autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria⁸⁸.

⁸⁵ FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit., p. 568 ss.

⁸⁶ Basti pensare che la disciplina delle intercettazioni non contiene alcun riferimento alle attività di apposizione dello strumento di captazione (microspia) all'interno dei luoghi di privata dimora; dunque non vengono di fatto disciplinate le modalità tramite le quali gli investigatori devono eseguire le attività di captazione, nonostante queste determinino una duplice limitazione dei diritti del soggetto ad esso sottoposte.

⁸⁷ Peraltro, con riferimento all'assenza, all'interno del codice, di un'apposita disciplina in materia di intercettazioni ambientali, non è mancato in dottrina chi ha sostenuto che tale scelta perseguisse un preciso obiettivo: quello di negare «all'autorità giudiziaria la possibilità di disporre ascolti o registrazioni di colloqui tra persone presenti», ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit. p. 48

⁸⁸ FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit. p. 578

Viene in tal modo a risolversi un ulteriore profilo che aveva suscitato perplessità in dottrina: quello relativo alla possibilità che le operazioni di captazione tra presenti nei luoghi di privata dimora, in quanto non disciplinati dalla legge, potessero essere affidate alla polizia giudiziaria.

In tal senso la posizione assunta dalla Corte costituzionale ⁸⁹ è ferma : si è, infatti, ritenuto necessario che «la determinazione delle modalità operative delle c.d. intercettazioni ambientali – anche per quanto attiene, dunque, all’ingresso fraudolento o clandestino nel luogo di privata dimora per la collocazione degli apparati di captazione sonora - non resti affidata alla polizia giudiziaria, ma spetti piuttosto al giudice ed al p.m. nell’ambito delle rispettive competenze».

In tal modo la giurisprudenza tenta di far luce sulle diverse problematiche che sorgono dalla discutibile scelta del legislatore di rinunciare a dettare una disciplina autonoma e dettagliata delle intercettazioni ambientali nei luoghi di privata dimora, preferendo richiamare quella relativa alle intercettazioni telefoniche.

Come ricordato, la materia delle intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora rientra tra quelle per le quali il legislatore ha ritenuto opportuno predisporre una deroga qualora il procedimento concerna delitti di criminalità organizzata.

Se, infatti, il codice pone una precisa limitazione alla possibilità di effettuare intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora, condizionandone il compimento al fatto che vi sia fondato motivo di ritenere che in quei luoghi si stia svolgendo l’attività criminosa, tale limitazione, secondo quanto previsto dall’art. 13, comma 1, d.l. 152/1991, viene meno.

Ovviamente, alla base della scelta contenuta nel dettato codicistico vi è la volontà di limitare il più possibile le attività invasive in luoghi particolarmente intimi come quelli di privata dimora, dando attuazione al principio dell’art. 14 Cost. ⁹⁰. Come più volte ribadito, tale norma, postulando l’inviolabilità del domicilio, impone al legislatore precisi obblighi, che si concretizzano, principalmente, nella necessità di ridurre al minimo indispensabile le lesioni a tale diritto⁹¹.

Se dunque le intercettazioni ambientali nei luoghi di privata dimora si caratterizzano per una particolare invasività, idonea a ledere non solo il diritto alla riservatezza, ma anche il diritto all’inviolabilità del domicilio, è ovvio che, affinché queste possano essere compatibili con il dettato costituzionale, il ricorso ad esse deve essere più circoscritto rispetto al ricorso alle intercettazioni telefoniche, che determinano per loro natura, una lesione ai diritti fondamentali di minore intensità.

Condivisibile dunque la scelta del legislatore di ammettere il ricorso a tale strumento solo nei casi in cui è ragionevole presumere che all’interno dei suddetti luoghi si stia svolgendo l’attività criminosa, limitandone così l’utilizzo .

Tuttavia, non può negarsi come il principio sancito nel dettato codicistico, applicato alle indagini relative ai delitti di criminalità organizzata, rendeva, di fatto, particolarmente complessa l’attività di accertamento: ragion per cui, il d.l. 152/1991 ha provveduto a disciplinare tale istituto, prevedendo la non applicabilità della regola ora riportata e

⁸⁹ C. Cost., sent. 20 luglio 2004, n. 251 in *www.cortecostituzionale.it*

⁹⁰ BITONTI, voce *Doppio binario*, in *Dig. disc. pen.*, III agg., Utet, p. 406.

⁹¹ Posto che le intercettazioni ambientali pongono problemi di compatibilità costituzionale identici (se non addirittura amplificati) a quelli posti dalle intercettazioni telefoniche, per l’analisi di questo aspetto si rimanda a quanto detto sopra a proposito del rapporto tra tale mezzo di ricerca della prova ed i diritti costituzionalmente garantiti.

prevedendo, di fatto, un utilizzo dell'istituto anche nelle ipotesi in cui non si sospetti lo svolgimento dell'attività criminosa .

Anche tale scelta è condivisibile, posto che, in concreto, la regola codicistica, applicata alle indagini sui delitti "di mafia" mal si conciliava con le finalità investigative di questa peculiare categoria di delitti ⁹².

Sono dunque le peculiarità del fenomeno da contrastare che legittimano, in questo come in altri casi, il ricorso a deroghe , per certi versi meno garantistiche, ma maggiormente efficaci: tuttavia, a differenza delle ipotesi sopra considerate, la diminuzione del livello di garanzie apprestate agli indagati dei delitti di mafia trova una sua ragionevole giustificazione che peraltro ben si concilia con il principio di fondo che anima la norma costituzionale, escludendo in tal modo, possibili censure di irragionevolezza della disciplina.

Se le limitazioni ai diritti degli individui sono eccezionalmente ammesse a condizione che vi sia la necessità di soddisfare un diverso interesse anch'esso primario, e se l'esigenza di reprimere forme di criminalità così pericolose per la sicurezza pubblica e così difficili da contrastare può essere considerato un interesse primario dello Stato, allora la compressione dei diritti degli individui risulta ragionevole.

Ovviamente, affinché tale affermazione possa trovare riscontro nella prassi senza che tuttavia dia origine ad abusi, è oltremodo necessario predisporre strumenti di garanzia e posizioni di controllo dell'operato degli organi inquirenti, in guisa da evitare distorsioni dell'istituto.

Se è vero che le limitazioni dei diritti dei cittadini possono considerarsi ammissibili qualora si tratti attività volte a reprimere forme particolarmente qualificate di delinquenza, ciò deve comunque comportare un ampliamento delle garanzie sul piano processuale, nel senso di affidare un più pregnante obbligo di controllo in capo al g.i.p., al momento della concessione dell'autorizzazione a intercettare, in guisa da consentire la verifica sull'effettiva esistenza dei presupposti per l'effettuazione dell'operazione.

Presupposti che presumibilmente dovranno essere più stringenti di quelli richiesti per procedere ad intercettazione telefonica, richiedendo, affinché il giudice possa autorizzare l'operazione, la presentazione da parte del p.m. di elementi che siano in grado di dimostrare l'esistenza un qualunque legame tra il luogo nel quale svolgere l'intercettazione e l'indagine in corso, prevedendo magari, in capo all'organo dell'accusa un obbligo di *discovery* che metta il giudice nelle condizioni di verificare l'effettiva esigenza di detta invasione della sfera privata⁹³.

2.6. CONCLUSIONI

Per concludere l'analisi della disciplina derogatoria delineata dal d.l. 152/1991, è opportuno fare riferimento ad altre due disposizioni, contenute nei commi 2 e 3 dell'art. 13 del d.l. citato che, pur non richiedendo particolari approfondimenti, meritano comunque un accenno.

⁹² GREVI, *Nuovo codice di procedura e processi di criminalità organizzata*, in A.A.V.V. *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993 p. 17.

⁹³ Si tratta ovviamente di uno spunto di proposta, che, qualora risultasse condiviso, andrebbe ampliato e definito, in guisa da delineare al meglio i criteri necessari al g.i.p. per compiere la verifica a lui demandata.

Ai sensi del 3° comma dell'art. 13 d.l. 152/1991, il compimento delle operazioni di intercettazione è demandato, oltre che al p.m. ed agli ufficiali di polizia giudiziaria, anche ai soggetti che rivestono la qualità di agenti di polizia giudiziaria⁹⁴, in deroga a quanto disposto in via generale, posto che l'art. 267 comma 4 c.p.p. prevede l'esclusivo ausilio degli ufficiali di p.g..

Inoltre, ai sensi del 2° comma della medesima norma si prevede una deroga ai termini di durata delle attività di captazione di flussi comunicativi: in deroga a quanto disposto dal 3° comma dell'art. 267 (che fissa la durata delle operazioni in 15 giorni, prorogabili dal g.i.p. con decreto motivato per periodi successivi di 15 giorni) si prevede che la durata delle operazioni sia fissata in 40 giorni, prorogabili per ulteriori periodi di 20 giorni dal giudice per le indagini preliminari, sempre che ricorrano i presupposti legittimanti l'avvio delle operazioni.

Peraltro, qualora si versi in una situazione di urgenza, si dispone che alla proroga dell'autorizzazione provveda direttamente il p.m., ferma restando l'applicabilità dell'art. 267, comma 2, c.p.p.: l'organo d'accusa dovrà, infatti, provvedere, immediatamente e comunque non oltre le 24 ore ad inviare detto decreto al g.i.p. al fine di ottenere da quest'ultimo la convalida (che dovrà intervenire entro le successive 48 ore, pena l'inutilizzabilità degli atti raccolti e l'interruzione delle intercettazioni ancora in corso)⁹⁵.

Di tali deroghe è sufficiente prendere atto, posto che esse non pongono particolari problemi interpretativi e non richiedono approfondite analisi: basti rilevare come si tratti di adattamenti della disciplina che rispondono anch'essi alla necessità di adeguare l'apparato investigativo alle complessità delle attività richieste agli inquirenti, nel tentativo di creare un sistema quanto più organico e coerente possibile.

Va, infine, precisato come con riferimento alle formalità richieste al p.m. (quali l'annotazione nell'apposito registro di tutti i decreti relativi alle attività di intercettazione), nonché riguardo la fase esecutiva delle operazioni (disposizioni relative agli impianti utilizzabili, alla redazione dei verbali, al deposito degli stessi, all'instaurazione del contraddittorio, allo stralcio delle registrazioni irrilevanti, alle operazioni di trascrizione ed ai limiti di utilizzabilità) non subiscono, ad opera del d.l. citato, alcuna deroga⁹⁶.

In conclusione, dunque, con riferimento alle intercettazioni processuali, l'attenzione del legislatore si è concentrata, in primo luogo, sulla definizione di presupposti più elastici che legittimassero un maggiore ricorso all'istituto, in secondo luogo, sulla maggiore durata delle operazioni (per lo svolgimento delle quali è richiesto anche l'intervento degli agenti di p.g.), e infine, nella fissazione di un più ampio margine di ammissibilità delle intercettazioni ambientali nei luoghi di privata dimora.

In alcuni casi le deroghe sono apparse adeguate, in altri casi, pur essendo ragionevoli e condivisibili le ragioni di fondo che hanno spinto il legislatore a predisporle, sono apparse discutibili le singole scelte effettuate.

Di certo la disciplina derogatoria sconta i limiti della disciplina ordinaria, non potendo essere diversamente, data la scelta del legislatore di costruire il sistema del d.l. 152/1991 sulla base delle disposizioni codicistiche: tale scelta, pur avendo dotato la disciplina di maggiore

⁹⁴APRILE - SPIEZIA, *Intercettazioni nei procedimenti di criminalità organizzata. Altri tipi di intercettazioni*, cit. p. 88.

⁹⁵BITONTI, voce *Doppio binario*, cit., p. 406.

⁹⁶ Conseguentemente per l'analisi della disciplina generale, che esula dal tema di questa trattazione si rimanda a GREVI, *Le prove*, cit., p. 375 ss.; ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit.

organicità, riducendo il rischio di possibile lacune all'interno del sistema derogatorio, potrebbe accentuare le distorsioni che caratterizzano la disciplina ordinaria.

Sarebbe auspicabile, unitamente ad una modifica della disciplina codicistica riguardante i profili più problematici⁹⁷, la costruzione di un'autonoma disciplina derogatoria, che abbandonando la tecnica legislativa del rinvio, operi una definizione della materia per le ipotesi delittuose riconducibili alla criminalità organizzata, dotando in tal modo il sistema di una maggiore coerenza sistematica.

3. LE INTERCETTAZIONI C.D. PREVENTIVE

L'analisi finora condotta ha avuto ad oggetto le intercettazioni c.d. "processuali", che costituiscono un importante mezzo di ricerca della prova, la cui disciplina è contenuta all'interno del libro III, titolo III del codice di rito (nonché, per quanto concerne quella derogatoria, all'interno del d.l. 152/1992).

Caratteristiche profondamente differenti hanno invece le intercettazioni c.d. preventive, volte ad acquisire notizie al fine di prevenire la commissione di alcuni delitti di particolare gravità, effettuate da soggetti diversi da quelli appartenenti alle strutture della polizia giudiziaria e che godono di una disciplina autonoma (e del tutto distinta da quella codicistica), contenuta all'interno dell'art. 226 disp. att. c.p.p.⁹⁸.

Quest'ultima tipologia di intercettazioni è fondamentalmente indirizzata all'acquisizione di informazioni utili non già alla repressione dei fenomeni criminosi, quanto piuttosto alla loro prevenzione. Le peculiari finalità che tale istituto persegue fanno sì che l'intercettazione preventiva possa essere disposta esclusivamente con riferimento ad alcuni gravi delitti, che si caratterizzano per la loro gravità e per il particolare allarme sociale che generano: si tratta dei delitti elencati all'interno dell'art. 407, comma 2, lett a)n. 4 e quelli contenuti all'interno dell'art. 51, comma 3-*bis*, tra i quali vi rientrano, ovviamente, anche i delitti di matrice mafiosa.

La scelta del legislatore di prevedere un così "insolito" utilizzo delle intercettazioni, persegue evidentemente l'obiettivo di contrastare in modo più efficace determinate ipotesi delittuose: nella lotta contro il crimine organizzato il legislatore non si accontenta di predisporre un'attività volta a garantire una repressione *post factum*, ma opta per la creazione di

⁹⁷ Si pensi alla mancata previsione di una disciplina concernente le intercettazioni ambientali, o alla scelta di affidare al p.m. l'intera fase esecutiva, o ancora la possibilità di predisporre maggiori poteri di controllo al g.i.p.

⁹⁸ «Il Ministro dell'interno o, su sua delega, i responsabili dei Servizi centrali di cui all'articolo 12 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, nonché il questore o il comandante provinciale dei Carabinieri e della Guardia di finanza, richiedono al Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto in cui si trova il soggetto da sottoporre a controllo ovvero, nel caso non sia determinabile, del distretto in cui sono emerse le esigenze di prevenzione, l'autorizzazione all'intercettazione di comunicazioni o conversazioni, anche per via telematica, nonché all'intercettazione di comunicazioni o conversazioni tra presenti anche se queste avvengono nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale quando sia necessario per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione di delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4 e 51, comma 3-*bis*. Il Ministro dell'interno può altresì delegare il Direttore della Direzione investigativa antimafia limitatamente ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis*.» art. 226, comma 1, disp. att. C.p.p.

forme di monitoraggio volte a individuare, e dunque tentare di impedire, il perpetrarsi di episodi delittuosi particolarmente pericolosi per la sicurezza pubblica^{99 100}.

Al fine di chiarire sin da subito l'area di operatività di tale norma, è necessario eliminare qualsiasi dubbio circa il rapporto tra questa tipologia di intercettazioni e quelle disciplinate all'interno del codice di rito (le c.d. intercettazioni processuali): nessun collegamento può e deve sussistere tra queste due diverse forme di intercettazioni, posto che differenti sono le finalità che tali istituti perseguono, il loro campo di applicazione, i soggetti cui è demandato il compito di svolgere dette operazioni, nonché l'utilizzo che di tali intercettazioni è ammesso.

Le intercettazioni preventive possono qualificarsi come intercettazioni *ante delictum*, ossia forme di captazione che nulla hanno a vedere con la repressione e l'accertamento dei reati, e che vanno distinte dalle intercettazioni mezzo di ricerca della prova, prezioso strumento per l'attività investigativa.

La natura extraprocessuale delle intercettazioni preventive emerge da alcuni profili della normativa, la quale, mediante una serie di riferimenti, stigmatizza il carattere preventivo e autonomo di tale istituto, contribuendo a definire nitidamente la morfologia dell'istituto.

In primo luogo, la norma precisa da subito il carattere preventivo dell'istituto, come si desume dalla sua rubrica («intercettazioni e controllo *preventivi* sulle comunicazioni»), così chiarendo che si tratta di attività che devono essere compiute al di fuori di un procedimento penale.

Peraltro, il carattere autonomo ed extraprocessuale di tale mezzo di captazione (e dunque il profondo divario che intercorre con le intercettazioni processuali) si evince prestando attenzione ai soggetti coinvolti nel compimento delle operazioni: la legittimazione alla richiesta di autorizzazione per il compimento delle operazioni è, infatti, rimessa ad organi quali il ministro dell'interno o ai suoi delegati, ossia ad organi i cui compiti istituzionali consistono proprio nel compimento di attività di sicurezza e prevenzione¹⁰¹.

Se ciò non fosse sufficiente, a fugare ogni eventuale dubbio residuo sul carattere extraprocessuale della norma, interviene l'ultimo comma dell'art. 226, il quale prevede che «in ogni caso gli elementi acquisiti attraverso le attività preventive non possono essere utilizzati nel procedimento penale, fatti salvi i fini investigativi»: in tal modo il legislatore separa nettamente i due istituti, impedendo qualsiasi possibilità di “comunicazione” tra la fase preventiva e quella successiva alla commissione del reato¹⁰², evitando così qualsiasi forma di

⁹⁹ Non a caso infatti mezzo di captazione è utilizzabile come strumento di accertamento preventivo solo con riferimento ad alcuni gravi delitti, che si caratterizzano per la loro gravità e per il particolare allarme sociale che generano: si tratta dei delitti elencati all'interno dell'art. 407, comma 2, lett a) n. 4, e quelli contenuti all'interno dell'art. 51, comma 3-*bis*, tra quali rientrano, ovviamente, anche i delitti di matrice mafiosa.

¹⁰⁰ NANULA, *La lotta alla mafia, strumenti giuridici strutture di coordinamento legislazione vigente*, cit., p. 107

¹⁰¹ Peraltro quanto appena sostenuto con riferimento ai soggetti coinvolti nel compimento delle operazioni e sul ruolo ad essi istituzionalmente riconosciuto, risulta peraltro confermato dalla “natura” dei reati per i quali tale intercettazioni è ammessa: si tratta dei reati contenuti nell'art. 407, comma 2, lett a n. 4 e 51 comma 3-*bis*: si tratta dunque di fattispecie delittuose caratterizzate da particolare gravità e pericolosità sociale, che dunque richiedono un intervento dello stato maggiormente diffuso e in qualche modo “anticipato”.

¹⁰² PIERRO, *Molte ombre nella riforma delle intercettazioni preventive*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 534.

sovrapposizione di funzioni che peraltro rischierebbe di avere conseguenze (anche sotto il profilo della compatibilità costituzionale) di non poco conto¹⁰³.

Peraltro un altro inequivocabile indizio del carattere proprio di tale istituto può certamente essere ravvisato nella sua collocazione: la norma, infatti, come si è avuto modo di notare, è contenuta all'interno delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di rito, e detta collocazione ha dato adito a qualche perplessità in dottrina.

Se la scelta di collocare la normativa in questione nell'ambito delle disposizioni di coordinamento e transitorie del codice di rito risponde all'esigenza di sottolineare l'estraneità di detto istituto rispetto al procedimento penale, non è mancato chi ha qualificato tale scelta di collocazione sistematica come «impropria e contraddittoria»¹⁰⁴.

Sebbene, infatti, la decisione di non inserire la disciplina delle intercettazioni preventive all'interno del codice di rito può apparire ragionevole (in virtù della più volte precisata estraneità dell'istituto alle finalità di carattere repressivo proprie del codice), meno comprensibile è la scelta di collocare la relativa regolamentazione tra le norme di attuazione e coordinamento, posto che tale corpo normativo è comunque intimamente connesso al codice di rito (svolgendo una funzione ad esso accessoria) che dunque poco ha a che vedere con l'attività di prevenzione¹⁰⁵: in altre parole il legislatore, pur avvertendo la necessità di collocare la disciplina fuori dal codice l'ha comunque inserita in un testo che fa parte dello stesso *corpus* normativo, dando vita ad una contraddizione di fondo.

La questione non è meramente formale, posto che tale problematica incide profondamente sulla sfera di applicazione della normativa: riconoscere la totale separazione della disciplina dal corpo normativo codicistico, ossia sancire la totale estraneità di questa al processo penale, significa garantire una coerenza interna al sistema delle intercettazioni, sfuggendo da rischi d'illegittimità costituzionale della stessa¹⁰⁶.

Infatti, sostenere che la collocazione *extra codicem* della disciplina determina la sua "indifferenza" rispetto all'attività investigativa, significa affermare che nel momento in cui si profila l'esistenza di una *notitia criminis*, l'attività d'intercettazione preventiva si paralizza, con conseguente "trasformazione" del carattere dell'istituto, da preventivo a investigativo, comportando, in tal modo, l'applicazione del più garantistico regime previsto dagli artt. 266 ss. c.p.p.¹⁰⁷.

Qualora invece si considerasse la scelta del legislatore di disciplinare le intercettazioni *ante delictum* all'interno delle norme di attuazione e coordinamento come una scelta sintomatica della volontà di sancire una connessione tra normativa in questione e l'attività investigativa

¹⁰³ Peraltro, onde evitare distorsioni della normativa, e forse in un eccesso di diligenza, il legislatore, dopo aver sancito l'inutilizzabilità dei risultati delle operazioni preventive in sede processuale, precisa che «In ogni caso le attività di intercettazione preventiva di cui ai commi precedenti, e le notizie acquisite a seguito delle attività medesime, non possono essere menzionate in atti di indagine né costituire oggetto di deposizione né essere altrimenti divulgate».

¹⁰⁴ MELILLO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei procedimenti relativi ai delitti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 2002 p. 910.

¹⁰⁵ CANTONE D'NGELO, *Una nuova ipotesi d'intercettazione preventiva*, in *Nuove norme di contrasto al terrorismo*, A.A. Dalia (a cura di), Giuffrè, 2006 p. 63

¹⁰⁶ PIERRO, *Molte ombre nella riforma delle intercettazioni preventive*, cit., p. 534

¹⁰⁷ Come si avrà modo di notare, infatti, la disciplina oggetto di analisi risulta essere molto meno garantista di quella predisposta all'interno del codice, anche in virtù del fatto che i risultati di tali operazioni non hanno rilevanza sul piano processuale.

(ammettendo la possibilità di proseguire l'attività d'intercettazione preventiva nonostante l'acquisizione della *notitia criminis*), è evidente che il sistema garantistico del codice rischierebbe di crollare, portando con sé un alto rischio d'incompatibilità costituzionale della disciplina¹⁰⁸.

Ben si comprende allora come la questione della collocazione assuma una rilevanza primaria, posto che in base all'interpretazione della scelta del legislatore della "*sedes*" di tale disciplina, si rischia di stravolgere l'equilibrio sistematico che si è tentato di creare.

Ciò posto è ragionevole ritenere che per quanto poco felice sia stata la scelta del legislatore essa va interpretata nel senso di una netta demarcazione esistente tra l'attività d'intercettazione preventiva e quella c.d. investigativa.

Peraltro, a conferma di tale impostazione può notarsi come l'ultima modifica della disciplina¹⁰⁹ si sia preoccupata di sottolineare il carattere "autosufficiente" della disciplina, rimarcando l'autonomia di quest'ultima (soprattutto) rispetto al suo referente normativo, costituito dagli artt. 266 ss. c.p.p. .

Infatti, mentre la precedente formulazione dell'art. 226 si caratterizzava per un eccessivo utilizzo della tecnica del rinvio (rimandando alle disposizioni contenute nel dettato codicistico per quanto non espressamente disciplinato), l'attuale formulazione normativa sembra aver voluto assegnare unicamente a se stessa ogni regolamentazione della materia *de qua*, riallacciandosi al codice di rito solo per quanto concerne l'indicazione dei delitti in relazione ai quali è possibile richiedere le intercettazioni in esame¹¹⁰.

Sembra dunque che il legislatore, optando per una collocazione *extra codicem* della normativa ed evitando qualsivoglia rinvio al codice di rito (se non quello necessario per determinarne il campo di applicazione), abbia voluto chiarire, in modo palese, la totale autonomia della materia, in guisa da fare delle intercettazioni preventive un istituto a se stante, del tutto estraneo a quello contenuto nel codice di rito.

3.1. COMPATIBILITA' COSTITUZIONALE DELLA DISCIPLINA

È necessario, prima di analizzare nello specifico il dettato normativo, esaminare la questione della compatibilità costituzionale dell'istituto.

Si tratta di un profilo particolarmente problematico, dal quale tuttavia non è possibile prescindere: le questioni concernenti il rispetto dei diritti individuali garantiti in Costituzione costituiscono il punto di partenza dal quale è necessario prendere le mosse per poter apprestare una corretta esegesi dell'intero sistema.

Il referente costituzionale che fa da parametro di legittimità della disciplina è, ovviamente, come nel caso delle intercettazioni processuali, l'art. 15 Cost. che, come già evidenziato¹¹¹, tutela la riservatezza delle comunicazioni, sancendo il diritto alla libertà ed alla segretezza delle stesse.

Tuttavia, se con riferimento alle intercettazioni c.d. processuali il problema principale concerneva la verifica della compatibilità di quest'ultime con il corredo garantistico imposto

¹⁰⁸ PIERRO, *Molte ombre nella riforma delle intercettazioni preventive*, cit., p. 534

¹⁰⁹ Il riferimento è al d.l. n. 374 del 2001, conv. in L. 15 dicembre 2001 n. 438.

¹¹⁰ VIRGILIO, *Il nuovo regime delle intercettazioni preventive*, cit., p. 553.

¹¹¹ V. paragrafo 1.1.

dalla Costituzione a tutela del diritto alla riservatezza, nel caso delle intercettazioni preventive il problema appare più delicato, poiché verte sull'ammissibilità, in radice, dell'intera disciplina.

Detto in altri termini, posto che le limitazioni dei diritti fondamentali sono ammesse (fermo restando il rispetto delle garanzie imposte dalla Costituzione) solo qualora vi sia un valore di rango parimenti primario che deve essere soddisfatto, si tratta di verificare se l'attività di indagine preventiva possa considerarsi ricompresa tra detti interessi di rango primario¹¹².

Tutta la questione si sposta dunque sul piano della separazione tra attività di prevenzione ed attività di repressione dei reati, quest'ultima avvertita come irrinunciabile, e forse maggiormente pregnante rispetto alla prima, la quale potrebbe apparire meno idonea a legittimare limitazioni dei diritti fondamentali dei cittadini. Tuttavia, impostando in tal modo il problema (ritenendo cioè l'attività di prevenzione come "secondaria" rispetto all'attività di repressione) si finirebbe per ignorare il costante e consolidato orientamento seguito dalla Corte costituzionale che, sin dalla sentenza n. 34 del 1973, ha sostenuto come gli interessi relativi alla repressione e prevenzione dei reati vadano considerati come paritari e meritevoli di identica considerazione¹¹³.

Accertato dunque che l'attività di prevenzione va considerata anch'essa (al pari dell'attività di repressione) idonea a consentire limitazioni del diritto alla riservatezza, bisognerà verificare fino a che punto la legge ordinaria si pone in sintonia con l'insieme di garanzie che il comma 2 dell'art. 15 Cost. impone.

L'aver affermato la legittimità dell'istituto con riferimento alla tutela imposta dal comma 1 dell'art. 15 Cost. implica una necessaria verifica circa «l'effettiva esistenza, all'interno della normativa predisposta dal legislatore ordinario, del complesso di garanzie che, secondo il costituente, rendono tollerabile l'intromissione nella sfera (diversamente inaccessibile) delle situazioni giuridiche primarie della persona»¹¹⁴.

Detto in altri termini, fermo restando la legittimità costituzionale delle intercettazioni preventive (sotto il profilo della compatibilità dell'istituto con la tutela dei diritti individuali), affinché esse siano ammissibili è necessario verificare che le stesse si svolgano nel rispetto delle garanzie fissate dal dettato costituzionale, onde evitare di trasformare un istituto, di per sé legittimo, in uno strumento d'illegittima lesione dei diritti fondamentali.

Invero, è stato sostenuto che, stante il carattere extraprocessuale dell'istituto, nonché l'inutilizzabilità dei risultati ottenuti tramite la predetta attività d'intercettazione all'interno del procedimento penale, nessuna lesione dei diritti individuali si verifica.

In particolare, data l'inutilizzabilità processuale dei dati raccolti mediante le intercettazioni preventive, e, di conseguenza, l'impossibilità di porre in essere violazioni del diritto di difesa,

¹¹² PIERRO, *Molte ombre nella riforma delle intercettazioni preventive*, cit., p. 535.

¹¹³ «Nel precetto costituzionale [art. 15] trovano protezione due distinti interessi; quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost, e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale» in questi termini la corte offre un chiaro spunto per spingere gli interpreti a considerare, da un punto di vista della "gerarchia" dei interessi che meritano di essere bilanciati con il diritto in questione, il diritto alla repressione ed alla prevenzione dei reati, perfettamente equivalenti.

¹¹⁴ PIERRO, *Molte ombre nella riforma delle intercettazioni preventive*, cit., p. 535.

sarebbe inopportuno privare la polizia della possibilità di acquisire informazioni utili nell'ambito dell'attività di contrasto alla criminalità organizzata¹¹⁵.

In realtà, una simile impostazione non può essere accolta: le intercettazioni preventive, in quanto idonee (esattamente come le intercettazioni processuali) a comprimere il diritto alla riservatezza delle comunicazioni, rientrano a pieno titolo nell'alveo della previsione di cui al comma 1 dell'art. 15 Cost., e di conseguenza comportano il necessario rispetto del corredo garantistico contenuto nel comma 2 della stessa norma.

L'utilizzabilità o meno dei risultati ottenuti mediante la captazione non incide in alcun modo sulla tutela costituzionale: la norma costituzionale è destinata a trovare applicazione qualunque sia la sorte processuale delle intercettazioni¹¹⁶.

È, dunque, assolutamente necessario tenere distinti i due piani, quello della sanzione dell'inutilizzabilità da quello concernente "l'assoggettamento" della disciplina alle garanzie imposte dal dettato costituzionale.

Si tratta di due piani distinti e non sovrapponibili: la circostanza che le informazioni raccolte non assumano alcuna rilevanza sul piano processuale non è in alcun modo in grado di sanare la lesione del diritto costituzionale ormai perpetrata¹¹⁷.

Precisato dunque che la disciplina in esame rientra nell'ambito di operatività della norma costituzionale (e di conseguenza risulta sottoposta agli obblighi da essa imposti al fine di garantire una "ragionevole" limitazione del diritto alla riservatezza), è ora opportuno verificare se, ed eventualmente in che misura, il legislatore abbia provveduto a darvi esecuzione.

Per quanto concerne la riserva di legge rinforzata fissata dall'art. 15, comma 2¹¹⁸, il riferimento alle ipotesi delittuose contenute all'interno degli artt. 407, comma 2, lett a) n. 4 e 51, comma 3-*bis* c.p.p. garantisce il rispetto del canone di tassativa predeterminazione legale delle fattispecie interessate dall'istituto, circoscrivendo in modo sufficientemente determinato il campo di applicazione della disciplina, in ossequio al vincolo imposto dalla riserva di legge¹¹⁹.

Più complesso e controverso è invece il problema con riferimento alla riserva di giurisdizione, la quale impone che le limitazioni al diritto tutelato dalla norma costituzionale avvengano esclusivamente «con atto motivato dell'autorità giudiziaria».

Dal canto suo, l'art. 226 disp. att. c.p.p. prevede che la richiesta di autorizzazione all'intercettazione vada indirizzata al «Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto in cui si trova il soggetto da sottoporre a controllo ovvero, nel caso non sia determinabile, del distretto in cui sono emerse le esigenze di prevenzione»: ciò di per sé suscita alcune perplessità, stante la scelta di affidare una decisione così delicata (qual è quella di effettuare un bilanciamento d'interessi tra le esigenze di investigazione preventiva e la tutela del diritto della riservatezza) ad un organo (il p.m.) che "tradizionalmente" non riveste tale ruolo.

È vero che l'art. 15 Cost. fa genericamente riferimento all'autorità giudiziaria (locuzione che è stata interpretata da giurisprudenza e dottrina come comprensiva tanto del p.m. quanto

¹¹⁵ Così sosteneva Francesco Bonifacio, in un intervento riportato in PIERRO, *Molte ombre nella riforma delle intercettazioni preventive*, cit., p. 537.

¹¹⁶ VIRGILIO, *Il nuovo regime delle intercettazioni preventive*, cit., p. 549.

¹¹⁷ PIERRO, *Molte ombre nella riforma delle intercettazioni preventive*, cit., p. 537.

¹¹⁸ «La libertà e la segretezza della corrispondenza [...] sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire [...] con le garanzie fissate dalla legge»

¹¹⁹ PIERRO, *Molte ombre nella riforma delle intercettazioni preventive*, cit. p. 536.

del g.i.p.), ma è altrettanto vero che, nell'impostazione generale adottata dal codice, le decisioni concernenti i diritti fondamentali non sono rimesse al p.m., bensì al g.i.p. .

Il codice di rito del 1988 ha, infatti, adottato una rigida separazione di ruoli tra p.m. e g.i.p., affidando al primo il ruolo dell'accusa, riconoscendogli il potere di gestione delle indagini e di esercizio dell'azione penale, in guisa da forgiare una figura paritaria e contrapposta a quella dell'indagato, e attribuendo invece al g.i.p. il ruolo di "mediatore" tra le parti.

La scelta di fondo del codice può dunque riassumersi nella necessità di individuare un organo terzo ed imparziale che, tutte le volte in cui entri in gioco la possibile compromissione dei diritti fondamentali dell'individuo, effettui un bilanciamento d'interessi in guisa da verificare se la limitazione di detti diritti possa dirsi ragionevole alla luce dei parametri fissati dalla legge in ossequio agli obblighi imposti dalla Costituzione.

Se dunque il paradigma adottato dal codice è ispirato alla netta distinzione di ruoli tra accusa e giudice, poco comprensibile appare la scelta di derogare a tale regola generale, affidando all'organo dell'accusa un ruolo così lontano dai suoi compiti ordinari, nell'ambito di un istituto che si configura già di per sé *sui generis*. Forse sarebbe stato più opportuno adottare una regolamentazione della materia affine a quella dettata nell'ambito della disciplina delle intercettazioni *post delictum*, attribuendo il compito di autorizzare l'intercettazione al g.i.p. competente per il luogo in cui si trova il soggetto da sottoporre a controllo ovvero, nel caso non sia determinabile, del luogo in cui sono emerse le esigenze di prevenzione.

Peraltro, la scelta di attribuire al p.m. il compito di decidere in merito all'autorizzazione appare ancora meno comprensibile se solo ci si sofferma ad analizzare la disciplina che definisce i parametri in base ai quali tale autorizzazione deve essere concessa¹²⁰.

Il legislatore ha, infatti, elaborato una formula che si connota per una forte genericità e vaghezza.

Prescindendo dal fatto che la norma nulla dice a proposito del contenuto della richiesta, limitandosi a prevedere, in modo laconico, la necessità che sussistano «elementi investigativi che giustificano l'attività di prevenzione»¹²¹, l'attenzione va posta su quelli che sono i canoni che dovrebbero guidare il Procuratore nella scelta di autorizzare o meno le operazioni: anche in questo caso il dettato codicistico appare scarno, riferendosi genericamente ad un apprezzamento sulla «necessità» di tali operazioni e non precisando in alcun modo i parametri in base ai quali tale necessità debba essere apprezzata¹²².

¹²⁰ PIERRO, ult. op. cit.

¹²¹ Si tratta di una formula quanto mai vaga: è vero che l'attività di indagine preventiva, per propria natura, essendo finalizzata alla ricerca di informazioni utili alla prevenzione dei delitti, si pone quale antecedente logico agli stessi, con la conseguenza che non sarà possibile richiedere al Ministro dell'Interno o ai soggetti da lui delegati una motivazione della richiesta articolata quanto quella prevista per le intercettazioni processuali (le quali, ovviamente, essendo destinate ad operare nell'ambito dell'attività investigativa dovranno essere ancorate a riscontri indiziari più o meno palesi). Tuttavia, è altrettanto vero che un riferimento così generico come quello adottato dalla norma appare eccessivo: la norma infatti, nella sua estrema vaghezza non contiene alcuna previsione volta a sancire, ad esempio, un obbligo di allegazione di eventuali riscontri di fatto che abbiano portato i responsabili della sicurezza a ritenere verosimile la possibilità di commissione di un reato, in guisa da consentire al Procuratore una effettiva verifica sulla sussistenza dei presupposti di fatto. In altri termini, adottare una formulazione così ampia significa privare di qualsivoglia controllo l'attività di tali soggetti, consentendogli lo svolgimento di attività lesive dei diritti fondamentali che, in concreto, sono prive di qualsiasi controllo di legalità.

¹²² PIERRO, *Molte ombre nella riforma delle intercettazioni preventive*, cit., p. 536.

Verosimilmente, dunque, la scelta del p.m. si ridurrà ad una ratifica quasi obbligata delle richieste dell'organo del potere esecutivo, senza che allo stesso vengano forniti gli strumenti necessari per compiere quello scrutinio di legalità che sarebbe, invece, dovuto.

Ben si comprende allora come l'aver affidato il compito di valutare l'opportunità di procedere ad intercettazione al procuratore (organo istituzionalmente deputato a svolgere altre funzioni) unitamente alla scelta di non aver predisposto un sistema in grado di garantire allo stesso di compiere lo scrutinio di legalità che gli è demandato, rischia di creare un sistema solo apparentemente rispettoso dei canoni costituzionali¹²³.

3.2. LA DISCIPLINA DELL'ART. 226 DELLE DISPOSIZIONI ATTUATIVE AL CODICE DI RITO

Esaminati gli aspetti preliminari relativi alle caratteristiche generali dell'istituto, è ora possibile un'analisi più approfondita della disciplina.

Occorre in primo luogo precisare come l'intera disciplina sia oggi contenuta all'interno di un'unica norma, l'art. 266 disp. att. c.p.p., .

Prima della riforma del 2001¹²⁴, infatti, la normativa appariva in qualche modo più complessa e certamente meno organica, stante il largo impiego della tecnica del rinvio, ampiamente utilizzata dal legislatore¹²⁵.

L'abbandono di questo approccio, da apprezzare sotto il profilo della maggiore coerenza e sistematicità, può tuttavia accentuare (come, peraltro, accaduto) il rischio di lacune stante la mancanza di un generico richiamo alla disciplina codicistica, certamente più completa.

Tanto premesso, è ora possibile procedere alla disamina della disciplina delineata dall'art. 226 disp. att. c.p.p., il quale, come si è detto, si preoccupa di dettare i canoni da seguire qualora, in presenza di determinati presupposti, si debba procedere ad intercettazione, sia essa telefonica, telematica, ovvero volta alla captazione di un colloquio tra presenti (c.d. intercettazione ambientale), anche qualora detto colloquio avvenga nei luoghi di privata dimora, così come definiti dall'art. 614 c.p. (c.d. intercettazione domiciliare)¹²⁶.

Per quanto concerne la legittimazione a richiedere l'autorizzazione per il compimento delle intercettazioni, il 1° comma dell'art. 226 prevede che tale potere di iniziativa spetti al «Ministro dell'interno o, su sua delega, [a]i responsabili dei Servizi centrali di cui all'articolo 12 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, nonché [a]l questore o [a]l comandante provinciale dei Carabinieri e della Guardia di finanza»: si tratta di un'elencazione tassativa, che dunque non tollera eccezioni né estensioni, e che si presenta più ridotta rispetto al passato¹²⁷, sintomo che la scelta del

¹²³ PIERRO, ult. op. cit.

¹²⁴ l. 15 dicembre 2001, n. 438

¹²⁵ VIRGILIO, *Il nuovo regime delle intercettazione preventive*, cit. p. 550

¹²⁶ BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, in *Trattato di procedura penale – volume VII: modelli differenziati di accertamento*, G. Garuti (a cura di), UTET, 2008-2011 p. 302.

¹²⁷ Il vecchio art. 226-sexies ricomprendeva, infatti, tra gli altri, anche «altro funzionario o ufficiale comandate di servizio o reparto operativo».

legislatore si è orientata nel senso di circoscrivere l'esercizio di un tale potere solamente ai maggiori rappresentanti delle varie categorie degli organi preposti alla sicurezza¹²⁸.

Qualora tuttavia le intercettazioni preventive siano finalizzate alla prevenzione di reati di stampo mafioso (art. 51, comma 3-*bis* c.p.p.), il potere di richiesta è attribuito al Procuratore Nazionale Antimafia: stante il suo peculiare ruolo di organo preposto al coordinamento e gestione delle indagini concernenti la criminalità organizzata di stampo mafioso, il legislatore ha ritenuto opportuno affidare a tale soggetto la legittimazione a richiedere le intercettazioni qualora esse mirino alla prevenzione di tali ipotesi delittuose.

La legittimazione del P.N.A. è comunque limitata alle sole ipotesi delittuose contenute nell'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p. mentre la legittimazione degli altri organi menzionati dalla norma si estende tanto alle ipotesi delittuose dell'art. 407, comma 2, lett a) n. 4, quanto a quelle previste dall'art. 51, comma 3 *bis*: se ne desume che la legittimazione del Procuratore antimafia. non esclude quella degli organi preposti alla pubblica sicurezza¹²⁹.

Tali soggetti devono dunque provvedere alla presentazione della richiesta che, secondo parte della dottrina¹³⁰, deve essere effettuata in forma scritta: tale assunto è confermato per un verso, dai precedenti storici della norma, posto che l'abrogato art. 226 sexies prevedeva espressamente che la richiesta fosse presentata in forma scritta, per altro vero da ragioni di carattere logico-pratico: se la richiesta deve contenere gli elementi che rendono necessaria l'attività di captazione, la forma scritta si presta come la più idonea ad evidenziare le ragioni addotte a sostegno di una così delicata richiesta.

Se l'elencazione dei soggetti cui è attribuita la legittimazione a richiedere l'autorizzazione ad intercettare non desta particolari problemi, lo stesso non può dirsi con riferimento alla disciplina relativa all'organo cui spetta disporre l'autorizzazione.

Preliminarmente va precisato che l'art. 226 comma 1 prevede che l'organo competente a decidere in merito alla richiesta di autorizzazione sia il « Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto in cui si trova il soggetto da sottoporre a controllo ovvero, nel caso non sia determinabile, del distretto in cui sono emerse le esigenze di prevenzione».

La norma riprende pedissequamente il dettato della previgente normativa¹³¹, modificando però il criterio territoriale di attribuzione: nella formulazione abrogata, titolare del relativo potere era il Procuratore del «distretto ove le operazioni devono essere eseguite»: la modifica normativa appare apprezzabile nella misura in cui ha adattato il criterio di ripartizione delle competenze alle diverse esigenze mutate dall'avvento delle nuove tecnologie di telefonia mobile, ma è invece criticabile nella parte in cui non ha colto l'occasione per modificare il criterio, da più parti criticato, che attribuisce la «competenza decisionale» al Procuratore della Repubblica¹³².

Come si è già avuto modo di notare tale scelta appare poco coerente con quello che è l'impianto generale adottato dal codice in riferimento ai ruoli assunti dai diversi soggetti coinvolti nelle attività d'investigazione: l'istituto delle intercettazioni preventive, pur essendo estraneo al circuito investigativo, avrebbe comunque potuto essere costruito su uno schema

¹²⁸ VIRGILIO, *Il nuovo regime delle intercettazioni preventive*, cit., p. 550.

¹²⁹ RUGGIERI, *Commento all'art. 5 dl d.l. 10.10.2001 n. 374*, in *Leg. pen.*, 2002 p. 976.

¹³⁰ VIRGILIO, *Il nuovo regime delle intercettazioni preventive*, cit., p. 559.

¹³¹ Come modificata dall'art. 25-ter d.l. 306/1992.

¹³² RUGGIERI, *Commento all'art. 5 dl d.l. 10.10.2001 n. 374*, cit., p. 979.

simile a quello codicistico, non solo per ragioni di coerenza sistematica, ma anche perché la scelta di delineare i ruoli (ed i limiti di tali ruoli) dei soggetti chiamati ad interagire nel corso delle operazioni, appare nel complesso ragionevole e da riproporre anche in questa sede.

Peraltro, la scelta di attribuire tale potere decisionale ad un organo giurisdizionale, al di là delle ragioni di ordine sistematico e di coerenza del sistema, sarebbe risultata opportuna anche (e soprattutto) sotto il profilo della tutela dei diritti, costituzionalmente garantiti, dei soggetti coinvolti: per quanto anche il p.m. può pacificamente considerarsi un'«autorità giudiziaria», e dunque può dirsi rispettata (ma solo formalmente) la riserva di giurisdizione fissata dall'art. 15 Cost., non vi è dubbio che sarebbe stato certamente più garantistico attribuire tale compito al soggetto che «istituzionalmente» è garante delle libertà e dei diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento penale.

Ciò posto, è naturale chiedersi quali ragioni abbiano spinto il legislatore a perpetrare tale «anomalia», sì da lasciare inascoltate alcune proposte della dottrina¹³³.

Sicuramente la scelta del legislatore può dirsi influenzata dalle finalità e dai limiti di utilizzabilità dei dati raccolti: la chiara finalità preventiva dell'istituto e l'impossibilità di utilizzare nel processo i dati ottenuti, hanno forse condizionato il legislatore al punto da spingerlo a non ritenere imprescindibile la presenza di un giudice terzo e imparziale e di ritenere, al contrario, sufficiente l'attribuzione del potere autorizzativo ad un organo che, pur rivestendo un preciso ruolo all'interno del procedimento penale, rimane comunque un'autorità giudiziaria, e dunque, in qualche modo, un garante della legalità.

Inoltre, avrà probabilmente assunto rilevanza il fatto che, in ogni caso, il potere, attribuito al Procuratore della Repubblica è un potere vincolato, nel senso che, non potendo provvedere *ex officio* alla predisposizione delle operazioni di captazione, la sua sfera di incidenza rimane limitata alle ipotesi in cui egli stesso sia destinatario di una specifica richiesta¹³⁴.

Il fatto che il potere del p.m. incontri un limite concreto nella mancanza di volontà propositiva da parte dei soggetti richiedenti sarà apparso al legislatore un sufficiente strumento per bilanciare la limitazione delle garanzie perpetrata mediante la scelta di tale organo in luogo del g.i.p. .

Infine, verosimilmente si saranno tenuti in considerazione i vantaggi in termini di celerità e segretezza delle operazioni che tale scelta porta con sé: in realtà, sul punto è possibile replicare che speditezza e segretezza sarebbero comunque garantite qualora si optasse per un sistema che, escludendo qualsiasi intervento del p.m. nell'ambito di tali attività, si limitasse a prevedere che il ruolo ad oggi svolto dal p.m. fosse attribuito al g.i.p.. Tale impostazione, lungi dallo stravolgere la disciplina attuale dell'istituto, la renderebbe, forse, maggiormente compatibile con lo spirito che anima il dettato costituzionale.

Un discorso differente va invece fatto con riferimento alla scelta, discutibile, di ricomprendere il Procuratore Nazionale Antimafia all'interno dei soggetti legittimati a richiedere l'intercettazione preventiva: anche in questo caso, l'opzione legislativa non è condivisibile, posto che ragioni di coerenza sistematica avrebbero suggerito di affidare a tale

¹³³ DE LEO, *L'irrisolto presente e un possibile futuro delle intercettazioni preventive*, in *Cass. pen.*, 1998, fasc 6; VIRGILIO, *Il nuovo regime delle intercettazioni preventive*, cit.; RUGGIERI, *Commento all'art. 5 dl d.l. 10.10.2001 n. 374*, cit.; PISTORELLI, *Intercettazioni preventive ad ampio raggio ma inutilizzabili nel processo penale*, in *Guida dir.*, 2001, f. 42.

¹³⁴ VIRGILIO, *Il nuovo regime delle intercettazioni preventive*, cit., p. 552.

organo un ruolo maggiormente compatibile con le sue funzioni , attribuendogli il compito di decidere in merito alla concessione o meno dell'autorizzazione ad intercettare¹³⁵.

Va inoltre precisato che, ritenendo più adeguata la scelta di attribuire poteri autorizzativi al P.N.A., non si entra in contraddizione con quanto poc'anzi sostenuto a proposito dell'inopportunità di conferire detti poteri al p.m.: pur essendo consapevoli del fatto che anche il P.N.A. è un pubblico ministero¹³⁶ , è evidente come le funzioni svolte dal primo siano profondamente differenti da quelle tipiche dell'organo d'accusa.

Il Procuratore Nazionale Antimafia svolge, infatti, un'attività peculiare, che non trova eguali all'interno dell'ordinamento, volta a dare impulso e garantire il coordinamento delle investigazioni concernenti i reati di criminalità organizzata di stampo mafioso¹³⁷, e che nulla ha a che vedere con i compiti che istituzionalmente sono riconosciuti al p.m. .

Tanto premesso, va precisato come la scelta di attribuire il potere di autorizzare le intercettazioni preventive a tale organo sarebbe risultata maggiormente ragionevole sotto molteplici aspetti: in primo luogo, il fatto che le intercettazioni preventive si svolgano prima, e in assenza di un procedimento penale, esattamente come gran parte delle attività rimesse al P.N.A. (che annovera tra i suoi compiti quelli di raccolta e coordinamento degli elementi acquisiti mediante il costante dialogo con le procure al fine di stimolare l'azione penale), avrebbe fatto sì che l'istituto fosse interamente gestito da soggetti estranei al procedimento, evitando in tal modo possibili rischi di condizionamento.

Inoltre, sotto diverso aspetto, la competenza del P.N.A. non risulta geograficamente definita, essendo estesa all'intero territorio nazionale: tale aspetto (che è una delle caratteristiche peculiari di tale organo) ben si sarebbe coniugato con le peculiarità del sistema di investigazione preventiva; le investigazioni preventive, infatti, proprio perché si collocano in una fase antecedente alla commissione del reato, spesso tendono ad estendersi a diversi ambiti territoriali, rendendo complesso il riparto di competenze: la possibilità di presentare la richiesta di autorizzazione ad un organo la cui competenza si estende all'intero territorio nazionale avrebbe certamente risolto molte problematiche¹³⁸.

Peraltro, e più in generale, la predisposizione di un unico organo competente a decidere in merito alla necessità di provvedere o meno a un'intercettazione preventiva garantirebbe uniformità di trattamento: data la vaghezza dei criteri che dovrebbero guidare l'autorità giudiziaria nella concessione dell'autorizzazione, vi è il concreto rischio che ad una molteplicità di organi decidenti corrisponda una molteplicità di criteri di valutazione¹³⁹.

Infine, il bagaglio di conoscenze e di informazioni di cui il Procuratore antimafia dispone in virtù del ruolo ricoperto risulterebbe un utile strumento per il soggetto chiamato a valutare l'opportunità dell'intercettazione: chi potrebbe valutare la necessità di acquisire elementi utili alla repressione del fenomeno mafioso se non il soggetto che, verosimilmente, dispone di un patrimonio conoscitivo considerevole in materia? In tal modo, per un verso, al P.n.a. verrebbe garantita (al sussistere dei presupposti) una fonte d'informazione preziosa circa i possibili pericoli e rischi di commissione di reati, d'altro canto, l'istituto delle intercettazioni preventive

¹³⁵ DE LEO, *L'irrisolto presente e un possibile futuro delle intercettazioni preventive*, cit., p. 1863.

¹³⁶ Tale organo viene infatti scelto tra coloro i quali hanno svolto anche non continuativamente, per un periodo non inferiore a 10 anni, funzioni di pubblico ministero o giudice istruttore

¹³⁷ Per quanto concerne il ruolo ed i poteri del P.N.A. vedi *supra* capitolo 1

¹³⁸ DE LEO, *L'irrisolto presente e un possibile futuro delle intercettazioni preventive*, cit. p. 1863

¹³⁹ *Ibidem*.

potrebbe giovare del contributo conoscitivo di un soggetto dotato delle necessarie competenze per poter valutare la sussistenza o meno di effettive esigenze di predisposizione di detto meccanismo di prevenzione.

Detto in altri termini, un soggetto che è a conoscenza di tutte le indagini di mafia in corso sul territorio nazionale, che gode di un'ampia conoscenza del fenomeno da prevenire, e che è dotato di un sistema informativo non indifferente, è certamente di gran lunga più adeguato di qualsiasi altro soggetto a verificare se è l'attività d'intercettazione possa dirsi «necessaria», in tal modo garantendo l'efficacia del sistema e la tutela dei diritti individuali.

È ora opportuno passare in rassegna la disciplina contenuta nel 2° comma dell'art. 226 disp. att. c.p.p. concernente i presupposti in base ai quali l'autorizzazione deve essere concessa, la durata delle operazioni e la disciplina delle proroghe.

Per quanto concerne i presupposti per la concessione dell'autorizzazione, la norma prevede che il Procuratore della Repubblica autorizzi l'intercettazione solo qualora si rinvenivano «elementi investigativi che giustificano l'attività di prevenzione» e la stessa sia ritenuta «necessaria».

Questi due presupposti meritano qualche precisazione, posto che è su di essi il Procuratore deciderà se autorizzare o meno il compimento delle operazioni.

Il primo dei due presupposti (sussistenza di «elementi investigativi che giustificano l'attività di prevenzione») è il risultato di un ampio dibattito in sede di approvazione: la formulazione proposta dal governo era, infatti, differente, e richiedeva la sussistenza di «fondati sospetti che giustificano l'attività di prevenzione».

Tale formulazione destò perplessità¹⁴⁰, posto che la nozione di «sospetto», lungi dall'ancorare il giudizio richiesto al procuratore a rigidi e tangibili presupposti, rischiava di spostare l'asse della decisione sul piano delle congetture e delle illazioni¹⁴¹.

In altri termini, l'attività di prevenzione (che per sua natura prescinde dall'esistenza di un fatto di reato o di avvenimenti tangibili da cui prendere le mosse) appare già di per sé poco compatibile con il dettato costituzionale sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali degli individui¹⁴²; se a ciò si aggiunge che il sindacato rimesso al Procuratore rimane affidato alla verifica circa la sussistenza di elementi meramente congetturali, si rischia di oltrepassare eccessivamente la soglia di compatibilità costituzionale della disciplina: qualunque sospetto, anche privo di qualsivoglia riscontro estrinseco, potrebbe legittimare una compressione del diritto alla riservatezza.

Sono queste presumibilmente le ragioni che hanno portato alla modifica dell'originaria formulazione, spingendo il legislatore ad optare per una definizione più circoscritta, che, ancorando il sindacato del Procuratore alla presenza di elementi investigativi, impone una maggiore concretezza e verificabilità del presupposto.

Unitamente a tale presupposto, che potremmo definire «oggettivo», l'art. 226, comma 2 ne prevede un altro, di carattere più marcatamente soggettivo, posto che rimette al Procuratore la valutazione circa la necessità dell'operazione. Si riconosce, dunque, al Procuratore un potere

¹⁴⁰ Tra i Senatori che si mostrarono in contrasto con il testo proposto dal governo spicca l'intervento del Sen. Luigi Bobbio nel corso della seduta 41 della Commissione giustizia, in data 21 dicembre 2001.

¹⁴¹ VIRGILIO, *Il nuovo regime delle intercettazioni preventive*, cit., p. 558.

¹⁴² Soprattutto sotto il profilo dell'individuazione di un interesse primario (dotato di concreti riscontri) che possa legittimare la limitazione del diritto alla riservatezza, posto che non è sempre agevole dimostrare la sussistenza di esigenze effettive di prevenzione.

valutativo potenzialmente idoneo a influire in maniera determinante sul compimento delle operazioni di intercettazione: in realtà l'operatività di questo presupposto dipenderà tutta dalla completezza delle informazioni fornite dai soggetti richiedenti, posto che in assenza di una precisa descrizione degli elementi investigativi raccolti la valutazione di necessità rimarrà di fatto un requisito meramente formale.

Come si è accennato, non è mancato chi ha sostenuto l'assoluta inadeguatezza di tale meccanismo dal punto di vista garantistico: il giudizio di necessità sull'attuazione dei controlli preventivi non accompagnato dall'individuazione dei criteri in base ai quali tale giudizio deve essere effettuato¹⁴³, rischia di rendere il controllo del p.m. solo apparente.

Sebbene dunque l'attuale formulazione normativa può certamente ritenersi più garantista di quella proposta dal Governo, si sarebbe potuto pretendere comunque uno sforzo definitorio maggiore, in guisa da ancorare la valutazione rimessa al Procuratore a parametri maggiormente concreti, che rendessero detto giudizio più "consapevole".

Sempre in un'ottica garantistica vanno esaminate le disposizioni concernenti la forma e la motivazione del provvedimento adottato dal Procuratore.

In realtà, la norma nulla dice in merito alla forma del provvedimento, o in merito all'esistenza di un eventuale obbligo di motivazione.

Tuttavia, da una lettura sistematica della normativa appare chiaro che tanto la forma scritta, quanto l'obbligo di motivazione, sono requisiti dai quali l'autorizzazione all'avvio delle operazioni non può prescindere. Ciò si desume, in primo luogo, da un confronto con quanto disposto in tema di autorizzazione alla continuazione delle operazioni, *ex* art. 226, comma 2: in caso di richiesta di proroga, infatti, la norma prevede che il provvedimento assuma la forma del decreto motivato.

Tanto basta a sostenere la necessità che anche l'autorizzazione all'avvio delle intercettazioni assuma la stessa forma: prevedere la forma scritta per la prosecuzione delle operazioni e non per l'avvio delle stesse apparirebbe certamente irragionevole¹⁴⁴.

Peraltro, la necessità che il provvedimento autorizzativo sia adottato in forma scritta si desume anche analizzando gli adempimenti richiesti al Procuratore dopo la chiusura delle operazioni. Infatti, al termine delle intercettazioni il Procuratore deve provvedere alla «verifica della corrispondenza delle attività compiute alla autorizzazione»¹⁴⁵: è evidente come l'adempimento di tale obbligo presupponga l'adozione di un provvedimento in forma scritta¹⁴⁶.

Un discorso non dissimile va fatto con riferimento all'obbligo di motivazione: perché il giudice possa provvedere ad una verifica consapevole della conformità delle operazioni effettuate al contenuto del decreto autorizzativo è necessario che lo stesso sia dotato di un apparato argomentativo adeguato.

Peraltro l'obbligo di motivazione, come è noto, svolge l'importante compito di garantire il rispetto delle garanzie costituzionali: è la stessa norma costituzionale che pretende che la limitazione del diritto alla riservatezza avvenga con un «atto motivato dell'autorità giudiziaria», con la conseguenza che un'interpretazione della norma volta ad escludere la sussistenza di

¹⁴³ Senza considerare il fatto che, come già detto, il riferimento agli elementi investigativi potrebbe anche essere privo di riscontri concreti che evidenzino l'esistenza di un effettivo rischio di commissione dei reati dato che, in tal senso, la norma nulla impone.

¹⁴⁴ VIRGILIO, *Il nuovo regime delle intercettazione preventive*, cit. p. 560

¹⁴⁵ Così l'art. 226, comma 3, disp. att. c.p.p.

¹⁴⁶ BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, cit., p. 304.

obbligo di motivazione del provvedimento in capo al p.m. risulterebbe certamente incostituzionale¹⁴⁷.

Si accennava sopra al controllo di legalità rimesso al Procuratore a conclusione delle operazioni: a garanzia del rispetto delle prescrizioni imposte dal dettato normativo a tutela dei diritti dei singoli è previsto¹⁴⁸ che «delle operazioni svolte e dei contenuti intercettati è redatto verbale sintetico che, unitamente ai supporti utilizzati, è depositato presso il Procuratore che ha autorizzato le attività entro cinque giorni dal termine delle stesse. Il Procuratore, verificata la conformità delle attività compiute all'autorizzazione, dispone l'immediata distruzione dei supporti e dei verbali».

Dal tenore della disposizione si evince come l'attenzione del legislatore si sia concentrata sulla necessità di garantire la segretezza dei dati raccolti, come testimoniano il riferimento al «verbale sintetico» e l'obbligo di «immediata distruzione dei supporti e dei verbali»: se la segretezza è certamente una necessità di prim'ordine non può tuttavia negarsi come in tal modo il controllo di legalità rimesso al Procuratore rischia di rimanere solo formale¹⁴⁹. Non si comprende, infatti, come il p.m. possa desumere la conformità delle operazioni alle indicazioni contenute nell'autorizzazione semplicemente dalla lettura di un verbale sintetico, a meno che non si voglia ipotizzare, poco realisticamente, che il p.m. possa procedere all'ascolto integrale di tutti i supporti.

Ecco allora che il controllo del Procuratore sembra destinato a non poter trovare applicazione, con inaccettabile sacrificio delle istanze di legalità che, apparentemente, ci si prefigge di rispettare¹⁵⁰.

Per concludere l'analisi della disciplina delle intercettazioni preventive, un accenno merita l'ultimo comma dell'art. 226 disp. att. c.p.p., relativo all'utilizzabilità dei dati raccolti nel corso delle operazioni.

La norma prevede che «in ogni caso gli elementi acquisiti attraverso le attività preventive non possono essere utilizzati nel procedimento penale, fatti salvi i fini investigativi. In ogni caso le attività di intercettazione preventiva di cui ai commi precedenti, e le notizie acquisite a seguito delle attività medesime, non possono essere menzionate in atti di indagine né costituire oggetto di deposizione né essere altrimenti divulgate».

In tal modo si esclude qualsiasi utilizzo dei dati ottenuti dalle attività di intercettazione, fatti salvi i fini investigativi: le informazioni così ottenute potranno essere utilizzate dagli inquirenti quali presupposti per l'avvio di ulteriori indagini, senza che tuttavia dette informazioni possano in alcun modo menzionate o diffuse¹⁵¹. In particolare, i divieti di menzione negli atti di indagine o di deposizione hanno comportato, quale logica conseguenza, l'impossibilità di utilizzare i risultati di dette operazioni come elementi su cui basare l'avvio dell'attività di indagine, posto che tali dati non possono concorrere alla formazione della notizia di reato, dovendosi questa basare su comunicazioni scritte¹⁵².

¹⁴⁷ VIRGILIO, *Il nuovo regime delle intercettazione preventive*, cit., p. 560.

¹⁴⁸ Art. 226, comma 3, disp. att. c.p.p.

¹⁴⁹ CANTONE - D'ANGELO, *Una nuova ipotesi d'intercettazione preventiva*, cit..

¹⁵⁰ PIERRO, *Molte ombre nella riforma delle intercettazioni preventive*, cit., p. 538.

¹⁵¹ RUGGIERI, *Commento all'art. 5 dl d.l. 10.10.2001 n. 374*, cit., p. 798.

¹⁵² MELILLO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei procedimenti relativi ai delitti di criminalità organizzata*, cit., p. 912.

Preclusa dunque l'utilizzabilità dei dati raccolti come presupposto per l'iscrizione della notizia di reato, bisogna comprendere come vada inteso il riferimento all'utilizzabilità «a fini investigativi»: per fare ciò è necessario prendere le mosse dal testo originario del d.l. n. 374 del 2001.

L'originaria formulazione della norma si limitava a prevedere, senza ulteriori specificazioni, un generico divieto di utilizzazione dei dati raccolti all'interno del procedimento penale. Tale statuizione, evidentemente molto scarna, se interpretata letteralmente, portava a escludere anche la possibilità di utilizzo dei dati a fini investigativi.

In tal modo la stessa finalità della norma rischiava di venire frustrata: sarebbe risultata priva di qualsiasi ragionevolezza una normativa volta a acquisire informazioni mirate a prevenire determinati fenomeni criminosi, senza tuttavia collegare alle informazioni raccolte l'attività investigativa per contrastare quello stesso fenomeno¹⁵³. Detto in altri termini, il sacrificio imposto ai diritti fondamentali degli individui sarebbe risultato vano se, una volta venuti a conoscenza del rischio di commissione di un determinato reato, non si faccia alcunché per evitarne la verifica.

Sulla scorta di tali rilievi, dunque, la legge di conversione ha opportunamente provveduto ad inserire l'inciso «fatti salvi i fini investigativi», consentendo così un apprezzabile bilanciamento tra esigenze di segretezza ed esigenza investigative.

In tal modo, i dati acquisiti mediante un procedimento profondamente differente da quello codicistico (e certamente meno garantistico) rimangono inutilizzabili nel processo penale, senza tuttavia che le finalità per le quali l'istituto è stato predisposto, siano sviliti.

3.3. CONCLUSIONI

Dall'analisi qui proposta si evince come la disciplina delle intercettazioni preventive rappresenta una materia particolarmente delicata, all'interno della quale la difficoltà di trovare un soddisfacente punto d'incontro tra l'esigenza di assicurare efficaci forme di contrasto alla criminalità organizzata e la necessità di garantire la tutela dei diritti costituzionalmente riconosciuti, si manifesta in tutta la sua delicatezza.

L'attività di intercettazione preventiva, infatti, presenta una serie di caratteristiche peculiari: si svolge anteriormente alla commissione di un reato, i risultati da essa derivanti sono destinati a non trovare spazio nel contesto processuale, persegue finalità differenti dall'ordinario istituto delle intercettazioni; tuttavia essa porta con sé il rischio di una maggiore lesione dei diritti fondamentali, che si concretizza sia in termini di probabilità (stante la maggiore celerità del procedimento autorizzativo ed il minor controllo cui tale attività è sottoposta è, infatti, ragionevole presumere un impiego più ampio), sia in termini di entità (posto che come si è avuto modo di notare la disciplina appare meno garantistica di quella predisposta dal codice, il che accresce la consapevolezza di una maggiore compressione dei diritti in gioco).

In realtà, è proprio il carattere preventivo dell'istituto che avrebbe ragionevolmente richiesto la predisposizione di meccanismi di garanzia maggiori, e più efficaci, di quelli previsti all'interno della disciplina codicistica relativa alle intercettazioni processuali.

¹⁵³ VIRGILIO, *Il nuovo regime delle intercettazioni preventive*, cit., p. 564.

È vero che entrambi gli istituti sono idonei a determinare una compressione del diritto alla riservatezza, ed entrambi trovano la loro legittimazione nel perseguimento di interessi primari di carattere repressivo-preventivo; ma è altrettanto vero che il fatto che le intercettazioni preventive operano prima e a prescindere dalla commissione di un fatto integrante di estremi di una fattispecie delittuosa, dovrebbe spingere il legislatore a predisporre un sistema di tutela dei diritti dei singoli più incisivo di quello predisposto del codice, proprio perché il presupposto di tali operazioni (lungi dall'essere un evento concreto), è di carattere meramente congetturale.

Se dunque la limitazione dei diritti dei singoli non prende le mosse da un concreto fatto di reato, ma piuttosto dall'esistenza di sospetti, congetture, probabili ipotesi di commissione di reati, è necessario che le operazioni mediante le quali la compressione del diritto in questione viene perpetrata, siano effettuate predisponendo strumenti di tutela incisivi.

In questo purtroppo il legislatore ordinario sembra non essersi mostrato all'altezza delle aspettative, avendo predisposto un sistema che non solo non può certo qualificarsi come maggiormente garantista di quello predisposto dal codice, ma, al contrario, sembra apprestare forme di tutela decisamente meno efficaci.

Il legislatore sembra aver assunto come punto di partenza il fatto che tali attività, e i loro risultati, rimangono relegati in una fase antecedente al procedimento penale: probabilmente da tale assunto si è desunto il principio per cui la tutela dei diritti fondamentali degli individui, pur assicurata, non vada enfatizzata, e si è così ritenuto sufficiente garantire uno standard di tutela minimo¹⁵⁴.

Al contrario, proprio il carattere preventivo dell'attività, ed il fatto che essa non determini alcuna trasposizione dei suoi risultati nella fase processuale avrebbe dovuto spingere il legislatore ad un sistema maggiormente rispettoso dei diritti dei singoli: e questo non solo per il carattere congetturale cui si accennava sopra, ma anche in virtù del fatto che mentre tutte le attività poste in essere nel corso del dibattimento pretendono l'istaurarsi di un contraddittorio (sia esso anticipato o differito, ma che comunque tendente a coinvolgere sempre i soggetti i cui interessi rischiano di essere limitati) detto contraddittorio nell'ambito delle investigazioni preventive è escluso. Ecco allora che le attività di intercettazione preventiva, lungi dal giustificare una deroga alle istanze garantistiche, ne richiederebbero un aumento, proprio perché il loro carattere extraprocessuale esclude qualsivoglia coinvolgimento dei soggetti ad essi sottoposti.

Se dunque tali attività si svolgono all'insaputa degli interessati, e sono destinate a rimanere tali anche dopo il loro espletamento, è quantomeno necessario che le operazioni che determinano una compressione dei loro diritti si caratterizzino per un ampio impiego di strumenti di tutela incisivi.

Pertanto la necessità di un giudice terzo e imparziale cui rimettere la scelta sull'opportunità delle operazioni, la predeterminazione della durata delle stesse, la necessità di fissare rigidi parametri sulla base dei quali autorizzare le operazioni, divengono accorgimenti necessari a garantire i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti, assicurando un rispetto delle legalità idoneo a controbilanciare il mancato coinvolgimento dei soggetti interessati dalle operazioni.

¹⁵⁴ Si pensi alla scelta di riconoscere poteri autorizzativi al Procuratore della Repubblica e non al G.i.p.; ovvero la scelta di prevedere un meccanismo di proroghe senza tuttavia porre un limite temporale massimo alle operazioni; ovvero ancora alla scelta di predisporre un sistema autorizzativo che di fatto non pone l'organo decidente nelle migliori condizioni per assumere le proprie determinazioni.

Tanto premesso, è opportuno precisare come non si intenda sminuire l'attività di prevenzione, che rimane un'attività di primaria importanza, posto che la scelta di apprestare forme di controllo idonee a prevenire la commissione di particolari ipotesi delittuose appare un'esigenza imprescindibile qualora si tratti di contrastare forme di delinquenza particolarmente pericolose e diffuse.

Condivisibile dunque la scelta di fondo, meno accettabile gli strumenti scelti per attuarla. Se è vero che il fenomeno mafioso presenta problematiche e aspetti che legittimano un'azione dello Stato più incisiva e pregnante, ciò non toglie che detta azione debba comunque essere ispirata ai canoni fondamentali dello Stato di diritto.

Detto in altri termini, se il fenomeno mafioso richiede già di per sé di un'azione che prescinda e va oltre l'accertamento processuale, e dunque si pone come più incisiva rispetto alle ordinarie forme di contrasto predisposte dallo Stato, detta azione comunque non può svolgersi in misura meno garantista di quella prevista dal codice, proprio perché il presupposto in base al quale si ricorre a tale istituto è, e rimane, di carattere ipotetico, congetturale e la compressione dei diritti dei soggetti coinvolti non trova una sufficiente contropartita nell'instaurazione del contraddittorio che in tale istituto è del tutto assente.

In conclusione, è forse auspicabile un intervento legislativo che, partendo dalle considerazioni ora riportate sia in grado di dotare il sistema di un apparato garantistico maggiormente rispettoso dei canoni costituzionali e maggiormente adeguato ai principi che connotano il nostro sistema democratico.

CAPITOLO III

LE MISURE CAUTELARI

Sommario: 1. La disciplina generale e la deroga dell'art. 275, comma 3, c.p.p. – 2. L'evoluzione storica della normativa e le prime prese di posizione della giurisprudenza – 3. Le recenti pronunce della Corte Costituzionale – 4. Conclusioni.

1. LA DISCIPLINA GENERALE E LA DEROGA DELL'ART. 275, COMMA 3 C.P.P.

L'analisi condotta finora ha permesso di individuare una serie di norme in grado di delineare un doppio binario "investigativo" nell'accertamento dei reati di criminalità organizzata.

Le norme prese in considerazione, infatti, concernono tutte le fasi delle indagini preliminari, riguardando l'organizzazione degli uffici dei pubblici ministeri, i termini di durata delle indagini, ed i mezzi di ricerca della prova.

Si tratta dunque di disposizioni che concernono uno stadio ancora iniziale del procedimento e che, pur essendo idonee a determinare una "compressione" dei diritti dei soggetti indagati, si pongono all'interno di una fase antecedente all'instaurazione del processo penale.

La normativa che sarà affrontata in tale sede, relativa alle deroghe contenute nell'art. 275, comma 3, c.p.p. in materia di criteri di scelta nell'applicazione delle misure cautelari personali, avrà invece una portata più significativa, essendo in grado di incidere profondamente sul diritto alla libertà personale del soggetto imputato.

Preliminarmente va precisato come la disciplina relativa ai criteri di applicazione delle misure cautelari abbia da sempre destato alcune perplessità, stante la sua apparente inconciliabilità con alcuni principi cardine del nostro ordinamento penale, prima tra tutti la presunzione di innocenza.

Tale ultimo principio, consacrato all'interno dell'art. 27, comma 2 Cost, impedisce di considerare colpevole un soggetto fino a che nei suoi confronti non sia pronunciata una sentenza irrevocabile di condanna: alla luce di tale principio sarebbe dunque preclusa in radice la possibilità di anticipare l'esecuzione della pena (che implicherebbe un giudizio di colpevolezza) ad un momento che precede la condanna. Tale principio, come si accennava, sembra porsi in contrasto con la disciplina concernente le misure cautelari, posto che alla luce degli artt. 272 ss. c.p.p. è ben possibile adottare forme di restrizione della libertà personale talmente incisive da poter raggiungere un livello di coercizione coincidente con quello della pena¹.

¹ TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, II, p. 950,

In realtà, la disciplina delle misure cautelari personali gode di un riconoscimento costituzionale, contenuto all'interno dell'art. 13 Cost, il quale ammette la possibilità di determinare limitazioni della libertà personale prima della sentenza irrevocabile di condanna, purché esse avvengano nei limiti fissati dalla legge ed a seguito di un motivato provvedimento giurisdizionale².

La possibilità di ricorrere a forme preventive di restrizione della libertà personale trova dunque un referente costituzionale, ma è ammessa nei limiti in cui sussistano precise ragioni che ne consentono l'applicazione.

In proposito, la Corte Costituzionale³ ha avuto modo di precisare come il contrasto tra la disciplina delle misure cautelari e la presunzione di innocenza sia in realtà solo apparente: l'applicazione delle misure cautelari può dirsi compatibile con la presunzione d'innocenza nei limiti in cui siano rispettati alcuni imprescindibili "accorgimenti", volti a marcare chiaramente la differenza tra la restrizione della libertà in funzione cautelare, e quella volta all'espiazione della pena irrogata a seguito di condanna definitiva.

In particolare, perché l'applicazione misura cautelare non si configuri come un'anticipazione della pena, sarà necessario che essa sia giustificata dall'esistenza di un concreto pericolo per il procedimento penale: in assenza di tale requisito, la restrizione della libertà personale sarà illegittima.

Pertanto, come puntualizzato dalla Corte, affinché si possa differenziare il più possibile la custodia cautelare dalla pena, è necessario che sia delineata dal legislatore una molteplicità di misure cautelari in guisa da consentire al giudice di adeguare la restrizione della libertà personale alle effettive esigenze che si prospettano⁴.

Da tali premesse, volte a precisare i limiti di compatibilità della disciplina in materia di misure cautelari con il dettato costituzionale, non è possibile prescindere, posto che esse si configurano come fondamentali per poter effettuare una corretta analisi della normativa contenuta nel capo I titolo IV del codice di rito, e soprattutto poter comprendere l'effettiva portata della deroga contenuta all'interno dell'art. 275, comma 3. Soltanto comprendendo il difficile terreno sul quale si stanziava l'equilibrato sistema delineato dagli artt. 272 ss. sarà infatti possibile prendere effettivamente coscienza della complessa scelta operata dal legislatore in materia di lotta alla criminalità organizzata.

Ritornando al complesso rapporto tra la disciplina in materia di misure cautelari e la presunzione di innocenza va detto che, proprio al fine di garantire la compatibilità costituzionale della disciplina *de qua*, il legislatore ha predisposto un'articolata disciplina volta a circoscrivere l'applicabilità delle misure contenute all'interno degli artt. 280 ss. alle sole ipotesi in cui si ravvisino i presupposti del *fumus commissi delicti* e del *periculum libertatis*.

In particolare, affinché possa essere disposta una misura restrittiva della libertà personale per finalità cautelari è in primo luogo necessario che nei confronti del destinatario sussistano

² L'art. 13, comma 2 stabilisce, infatti, che «Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge»; in particolare fa poi un esplicito riferimento alla disciplina *de qua*, nell'ultimo comma, a norma del quale «la legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva»: dunque, pur imponendo al legislatore l'obbligo di limitare temporalmente il ricorso alla carcerazione preventiva, ne sancisce, implicitamente, l'ammissibilità.

³ C. Cost, sent. 21 luglio 2010, n. 265, in www.ipsoa.it/dirittopenaleprocesso

⁴ TONINI, *La consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, cit., p. 950.

gravi indizi di colpevolezza⁵: nella valutazione di detti gravi indizi di colpevolezza il giudice dovrà farsi guidare dalle ordinarie regole di valutazione probatoria, come chiaramente si desume dal richiamo agli artt. 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1, effettuato dall'art. 272, comma 1 *bis*.

In tal modo si preclude al giudice un utilizzo eccessivamente frequente di tali gravose misure, circoscrivendone l'operatività alle sole ipotesi in cui il coinvolgimento del destinatario nel procedimento sia accompagnato da concreti riscontri.

Per quanto concerne poi il requisito del *periculum libertatis*, il legislatore si è preoccupato di definire le esigenze cautelari che devono sussistere affinché l'imputato possa essere assoggettato a forme di restrizione della libertà personale⁶.

Esse vanno ravvisate in primo luogo, nella sussistenza di «specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova»: deve trattarsi di un concreto pericolo di «inquinamento probatorio» in grado di essere fronteggiato solo mediante una limitazione della libertà del soggetto imputato⁷.

In secondo luogo, sarà possibile applicare una delle misure indicate dagli artt. 281 ss. qualora vi sia il concreto pericolo che l'imputato si dia alla fuga: l'operatività di tale disposizione è tuttavia subordinata alle sole ipotesi in cui il giudice preveda possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione.

Infine, l'ultima esigenza cautelare indicata dall'art. 274 lett c)⁸ mira a scongiurare il rischio che l'imputato possa commettere una serie di delitti di particolare gravità indicati dalla norma ovvero possa reiterare la medesima condotta delittuosa: in tale ultima ipotesi, tuttavia, il ricorso alle misure cautelari è ammesso soltanto qualora vengano superati i limiti edittali fissati dalla stessa norma⁹.

⁵ Assume rilievo la ricca elaborazione giurisprudenziale sui gravi indizi di colpevolezza: v., ad esempio, Cass., Sez. un., 21 aprile 1995, Costantino e a., in *Cass. pen.*, 1995, p. 2837 ss., che li definisce «elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, che, contenendo *in nuce* tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova, non valgono, di per sé, a provare oltre ogni dubbio la responsabilità dell'indagato e tuttavia consentono, per la loro consistenza, di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei a dimostrare tale responsabilità, fondando, nel frattempo (...) una qualificata probabilità di colpevolezza».

⁶ è opportuno precisare che le diverse esigenze cautelari operano autonomamente, dunque la verifica di una di esse, accompagnata dal *fumus commissi delicti* è idonea a legittimare il ricorso ad una delle misure indicate dagli artt. 281 ss. c.p.p.

⁷ peraltro la perentorietà della norma porta ad escludere la possibilità di rinvenire il pericolo di inquinamento probatorio nella necessità di assicurare il compimento di determinati atti, e quali non si possa prescindere dalla presenza dell'imputato: in tali casi è infatti previsto l'istituto dell'accompagnamento coattivo.

⁸ quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni

⁹ GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO, GREVI, BARGIS VI ed., CEDAM, 2012 p. 401 ss.

Perché dunque un soggetto possa essere sottoposto a misure cautelari sarà necessaria la sussistenza di una delle esigenze cautelari sopra descritte, unitamente alla sussistenza, in capo allo stesso, di gravi indizi di colpevolezza: il potere del giudice di incidere sulla libertà personale dell'imputato prima di aver accertato la sua colpevolezza è dunque vincolato al rispetto di rigidi presupposti.

Tuttavia, a rendere maggiormente garantista il sistema, limitando il più possibile la discrezionalità dell'organo decidente, sono fissati precisi criteri di valutazione che il giudice deve seguire nella scelta della misura da applicare.

Come accennato, infatti, il codice delinea (artt. 281 ss.) un ampio ventaglio di misure cautelari, idonee ad comprimere a libertà personale del soggetto destinatario, ed ordinate secondo un criterio di crescente afflittività: dal divieto di espatrio alla custodia cautelare in carcere.

Il giudice, dunque, accertata la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge, potrà scegliere quale misura applicare tra quelle individuate dal codice: nel compiere tale scelta, egli dovrà farsi guidare dai principi di adeguatezza e proporzionalità, consacrati all'interno dell'art. 275, commi 1 e 2.

In particolare, il principio di adeguatezza impone al giudice chiamato ad applicare il provvedimento cautelare di considerare la specifica idoneità di ciascuna misura in relazione alla natura ed all'intensità dell'esigenza cautelare da contrastare. Tra le diverse misure cautelari in astratto adottabili dovrà scegliere quella che permetta di soddisfare le esigenze cautelari prospettate nel caso concreto, ma che nel contempo implichi il minor sacrificio in termini di libertà personale dell'imputato.

D'altro canto, il principio di proporzionalità, sancisce la necessità che vi sia un costante rapporto per un verso, tra la misura applicata e l'entità del fatto contestato, e per altro verso, tra la misura stessa e la pena che si presume verrà applicata¹⁰.

Il "combinato disposto" di detti principi definisce, dunque, un parametro che riconosce al giudice una sorta di "discrezionalità vincolata", orientandolo nella scelta della misura più idonea al caso concreto.

Applicando i principi di proporzionalità ed adeguatezza il giudice dovrà, dunque, individuare quali misure siano in grado di fronteggiare le esigenze cautelari che si profilano nel caso concreto, e tra tutte dovrà applicare quella che risulti maggiormente proporzionata al fatto ed alla pena che si presume verrà irrogata: perché venga rispettata la presunzione di innocenza, la scelta dovrà in ogni caso cadere su quella misura che, rispettando i canoni di adeguatezza e proporzionalità, determini il minor sacrificio della libertà personale.

In coerenza con i principi che regolano l'applicazione delle misure, il comma 3 dell'art. 275, puntualizza come la custodia in carcere potrà essere disposta solamente nelle ipotesi in cui ogni altra misura risulti inadeguata: stante la sua forte carica afflittiva e la sua affinità con la pena della reclusione¹¹, il legislatore gli attribuisce una funzione di *extrema ratio*, limitandone il ricorso esclusivamente nei soli casi in cui non sia possibile arginare le esigenze cautelari in altro modo¹².

¹⁰ BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 224.

¹¹ Che dunque rischia seriamente di far apparire la custodia cautelare in carcere come un'anticipazione della reclusione *post* condanna

¹² TONINI, *La consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, cit., p. 951.

Il legislatore delinea dunque una disciplina fortemente garantista, volta a limitare i poteri decisori del giudice ed a circoscrivere il più possibile il ricorso a tale peculiare forma di restrizione della libertà personale.

Tuttavia, il carattere garantista della disciplina si attenua notevolmente in tutte le ipotesi in cui sia necessario applicare la disciplina degli artt. 272 ss. nel corso di un procedimento di criminalità organizzata, ex art. 416-*bis* c.p.: ancora una volta il legislatore interviene nel tessuto codicistico, derogando alla disciplina ordinaria.

In base a quanto disposto dalla seconda parte dell'art. 275, comma 3, «Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* [...] è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari».

È agevole comprendere il netto divario che sussiste tra tale previsione e la disciplina generale poc'anzi descritta: nella scelta delle misure cautelari, in base alla disciplina ordinaria, il giudice effettuerà un'attenta valutazione circa la sussistenza di indizi di colpevolezza in capo al destinatario della misura, ed adotterà quella che, in virtù dei principi di adeguatezza e proporzionalità, appare meno afflittiva. Qualora si proceda per un reato di criminalità organizzata, invece, il legislatore, sulla scia dell'esperienza maturata a partire dagli anni '90 (che ha evidenziato la pericolosità di dette associazioni), inverte la tendenza garantista inaugurata con il codice del 1988 e consente un maggiore ricorso alla più afflittiva delle misure cautelari disciplinate dal codice¹³.

Secondo la disciplina codicistica, nella scelta delle misure e nella loro applicazione non sono ammesse presunzioni legali: sarà il giudice a dover valutare in concreto la sussistenza delle esigenze cautelari poste alla base dell'applicazione della misura; la disciplina contenuta all'interno dell'art. 273, comma 3 ammette invece due presunzioni, una relativa ed una assoluta.

La presunzione *iuris tantum* concerne la sussistenza delle esigenze cautelari, e si configura come relativa perché ammette la prova contraria: è infatti data alla difesa la possibilità di dimostrare la totale assenza di esigenze cautelari nel caso concreto per poter escludere l'applicazione della custodia cautelare in carcere.

La presunzione assoluta, invece, opera con riferimento al tipo di misura cautelare da applicare, escludendo in radice l'adeguatezza di qualunque misura diversa dalla custodia cautelare ad arginare le esigenze cautelari che si profilano nei procedimenti di criminalità organizzata. In altri termini, con riferimento a tali tipologie delittuose, il legislatore impone al giudice l'applicazione della custodia in carcere, presumendo in maniera assoluta (non ammettendo dunque prova contraria) che tale misura sia la più adeguata¹⁴.

La scelta di ancorare l'operatività di tale istituto a rigide presunzioni si manifesta come particolarmente delicata, posta la generale diffidenza che generalmente accompagna tali tipi di presunzioni. Tuttavia, la Corte Costituzionale¹⁵ ha avuto modo di prendere posizione in merito all'ammissibilità delle presunzioni assolute e ne ha affermato la compatibilità con il dettato costituzionale: la Corte ha infatti precisato che «le presunzioni assolute [...] violano il

¹³EPIDENDIO, *Presunzioni e misure cautelari personali*, in A.A.V.V., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, IPSOA 2009 p. 405 ss.

¹⁴ BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, cit., p. 225.

¹⁵ C. Cost. sent. 16 aprile 2010, n. 265, in www.cortecostituzionale.it

principio di eguaglianza se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non corrispondono a dati di esperienza generalizzata, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. Conseguentemente, prosegue la Corte, si dovranno ritenere irragionevoli tutte quelle presunzioni rispetto alle quali sia «agevole formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione»¹⁶.

Secondo la Consulta, dunque, entro i limiti di ragionevolezza è possibile ricorrere alle presunzioni, tanto assolute, quanto relative, e con specifico riferimento alla presunzione contenuta nel testo dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, relativa alle regole di applicazione delle misure cautelari nei procedimenti di criminalità organizzata, essa appare alla Corte razionale.

Sulla base di una regola sufficientemente condivisa, infatti, è ragionevole ritenere che le pericolosità dell'associazionismo mafioso e la forza di intimidazione che da questo scaturisce non possono essere neutralizzate se non mediante il ricorso alla più severa delle misure cautelari¹⁷: anche secondo la Consulta dunque, la custodia in carcere è l'unica misura idonea a assicurare l'interruzione dei rapporti tra l'associazione ed il singolo sodale sottoposto a procedimento penale¹⁸.

Ritornando alla disciplina contenuta all'interno dell'art. 275, comma 3, è possibile affermare che la norma prevede una deroga *in malam partem* al canone dell'adeguatezza: qualora si proceda, ad esempio, per il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso il giudice si limiterà a verificare la sussistenza in capo all'imputato di gravi indizi di colpevolezza, senza che sia altresì necessario verificare la sussistenza di esigenze cautelari, che la legge presume esistenti¹⁹.

In altri termini, una volta accertata la sussistenza di una rilevante piattaforma indiziaria a carico dell'imputato o il giudice sarà nelle condizioni di escludere la sussistenza di qualsiasi esigenza cautelare (e dunque non applicherà alcuna misura), ovvero, pur in presenza di contenute esigenze cautelari, dovrà disporre la custodia cautelare in carcere, indipendentemente dal fatto che essa possa essere eccessiva o sproporzionata rispetto all'esigenza, in concreto, da contrastare²⁰.

L'unico modo per escludere l'applicazione della custodia cautelare in carcere sarà dunque riuscire a dimostrare l'insussistenza di qualsiasi esigenza cautelare: con riferimento a tale onere probatorio si è però sviluppato, in dottrina e giurisprudenza, un ampio dibattito, volto ad accertare quali condizioni fossero in grado di superare la presunzione contenuta all'interno dell'art. 275, comma 3.

A tal proposito, parte della giurisprudenza²¹ ha affermato che la valutazione circa l'insussistenza di esigenze cautelari dovesse ancorarsi alla dimostrazione della rottura del

¹⁶ ALBERICO, *La Consulta torna a definire i presupposti applicativi della presunzione assoluta di cui all'art. 275, 3° comma c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2014, 2, p. 521

¹⁷ TONINI, *La consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, cit. p. 952.

¹⁸ Sulle posizioni assunte dalla Corte Costituzionale in materia di misure cautelari si avrà modo di sofferarsi nel proseguo della trattazione.

¹⁹ D'ALESSIO, *Attribuzioni delle procure distrettuali e delle direzioni distrettuali antimafia create al loro interno*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, diretto da A. GAITO-G. SPANGHER, Giappichelli, 2013 p. 268.

²⁰ GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 408.

²¹ Cass. pen., 14 novembre 2008, Verolla, in *C.E.D. Cass.* n. 242041; Cass. pen., 19 novembre 2004, Grillo, in *C.E.D. Cass.* n. 231281.

vincolo associativo, e che dunque si dovesse dare prova dell'abbandono, da parte dell'imputato, del sodalizio criminoso.

Altra parte della giurisprudenza²², invece, contestava vivamente tale orientamento, ponendo l'accento sul fatto che una tale impostazione avrebbe portato all'assurda conclusione di escludere l'applicazione della misura cautelare nei casi in cui essa non sarebbe più stata applicabile in virtù della mancata attualità della partecipazione.

In altri termini, tale indirizzo sottolineava come, avallando l'orientamento sopra citato, si sarebbe ancorata l'esclusione della custodia cautelare non alle ipotesi in cui non sussistessero esigenze cautelari, ma, al più gravoso presupposto dell'assenza di un attuale vincolo associativo: ciò avrebbe portato all'inaccettabile conclusione di gravare la parte di un onere della prova decisamente maggiore di quello richiesto dalla norma²³.

Si proponeva dunque, come criterio alternativo per valutare l'assenza delle esigenze cautelari richiamate dall'art. 274 c.p.p., che fosse accertata l'esistenza di qualunque elemento, concreto e specifico, che attestasse il venir meno della pericolosità dell'imputato²⁴. Tale impostazione, sebbene per certi versi consenta di ancorare la valutazione del giudice a criteri maggiormente concreti, presenta un limite difficilmente superabile: non riesce ad individuare elementi fattuali (dai quali desumere l'assenza delle esigenze cautelari) diversi da quelli richiesti dalla normativa ordinaria per la valutazione del *periculum libertatis*. In tal modo, secondo alcuni autori²⁵ si rischia di vanificare la disciplina derogatoria contenuta all'interno dell'art. 275, comma 3, posto che si ancora la valutazione circa l'esistenza di esigenze cautelari agli stessi canoni ermeneutici delineati dall'ordinaria disciplina codicistica.

In realtà, tale ultima critica non pare condivisibile posto che la deroga introdotta dall'art. 275, comma 3, non pone vincoli al giudice circa l'operatività dei normali criteri di valutazione delle esigenze cautelari. In altri termini, la deroga contenuta nella norma citata consiste nel privare il giudice del potere, in generale riconosciutogli, di adeguare e proporzionare le misure cautelari alle peculiarità del caso concreto. Nei procedimenti per delitti di mafia nessuna considerazione circa la gravità delle esigenze cautelari e dunque l'afflittività della misura gli è rimessa: basta la sussistenza di una sola esigenza a legittimare la custodia in carcere. La deroga dunque non investe i criteri per mezzo dei quali valutare le esigenze cautelari, ma si limita a comprimere la discrezionalità del giudice nella scelta delle misure. Ritornando dunque al quesito originario, è ben possibile ritenere che il giudice, nell'esprimere il suo giudizio in ordine alle esigenze cautelari, potrà basarsi su circostanze specifiche idonee a dimostrare l'insussistenza delle circostanze individuate dall'art. 274 c.p.p.

Un ultimo accenno merita il disposto dell'art. 299, comma 2, il quale prevede che «salvo quanto previsto dall'art. 275, comma 3, quando le esigenze cautelari risultano attenuate ovvero la misura applicata non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata, il giudice sostituisce la misura con un'altra meno grave o ne

²² Cass. pen., 6 novembre 2002, Diana, in *Cass. pen.*, 2003, 3494 ss.; Cass. pen., 5 giugno 2002, Ofria, in *C.E.D. Cass.*, n. 223010.

²³ BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, cit., p. 306

²⁴ Quali l'incensuratezza, l'assenza di procedimenti in corso, la condotta antecedente al fatto, un'eventuale ammissione di responsabilità

²⁵ BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, in *Trattato di procedura penale – volume VII: modelli differenziati di accertamento*, G. Garuti (a cura di), Torino, UTET, 2008-2011, p. 306.

dispone l'applicazione con modalità meno gravose». La norma non richiede particolari precisazioni, essendo evidente la *ratio* che ne ha determinato l'inserimento e le finalità che essa mira a perseguire. La norma infatti garantisce la coerenza del sistema, evitando che la regola di giudizio contenuta nell'art. 275, comma 3, venga del tutto vanificata: se infatti il principio generale in tema di criminalità organizzata impone che i principi di adeguatezza e proporzionalità non trovino riscontro in sede di applicazione delle misure cautelari, non avrebbe alcun significato riconoscerne l'operatività in sede di sostituzione delle misure.

Detto in altri termini, se al giudice non è richiesto di valutare il grado di intensità delle esigenze cautelari nel momento in cui si trova a dover scegliere quale misura applicare (perché la scelta della misura è imposta dal legislatore), consentirgli una tale valutazione in un momento successivo sarebbe incoerente. Ciò non toglie che la disposizione di cui all'art. 299, comma 2, irrigidisce ulteriormente il sistema delineato dal legislatore, cristallizzando l'applicazione della custodia cautelare in carcere per tutta la durata di applicazione della misura stessa, senza possibilità alcuna di adeguare il sacrificio imposto alla libertà personale del soggetto alle concrete esigenze del caso.

2. L' EVOLUZIONE STORICA DELLA NORMATIVA E LE PRIME PRESE DI POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA

La rapida disamina dell'attuale disciplina codicistica ha permesso di delineare le linee guida che caratterizzano tanto la normativa ordinaria quanto quella speciale, al fine di comprendere l'effettiva portata delle deroghe.

Tuttavia tale disciplina, che come si è avuto modo di notare, presenta aspetti problematici sotto il profilo della compressione della libertà personale degli imputati di procedimenti di criminalità organizzata, è stata più volte sottoposta all'attenzione della Corte Costituzionale. In diverse occasioni si è, infatti, richiesto l'intervento del Giudice delle leggi al fine di verificare fino a che punto le presunzioni, assolute e relative, contemplate nella normativa derogatoria, fossero compatibili con i canoni costituzionali.

È opportuno precisare fin da ora che la Consulta, sebbene sia intervenuta a ridimensionare la portata della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere con riferimento ad una serie di delitti sottoposti al regime dell'art. 275, comma 3, c.p.p., non ha mai messo in discussione l'operatività della deroga con riferimento ai reati di criminalità organizzata.

Le pronunce di incostituzionalità che hanno investito la norma hanno infatti lasciato intatto il dettato normativo con riferimento a tale tipologia delittuosa, manifestando come la Consulta non sia insensibile alle problematiche che tale fenomeno pone.

Prima di procedere all'analisi delle pronunce della Corte, in guisa da metterne in luce gli aspetti più rilevanti ai fini della trattazione, è opportuno ripercorrere l'*iter* che ha caratterizzato l'evoluzione della normativa al fine di comprendere le scelte adottate dal legislatore e le posizioni assunte dalla giurisprudenza.

Le origini dell'istituto oggetto di analisi vanno individuate all'interno dell'art. 273 del codice del 1930, c.d. Codice Rocco, il quale disciplinava l'istituto della c.d. "cattura obbligatoria":

qualora nel corso di un procedimento concernente uno dei gravi reati richiamati dalla norma²⁶, il giudice avesse riscontrato la presenza di sufficienti indizi di colpevolezza in capo all'imputato, avrebbe dovuto disporre obbligatoriamente la custodia in carcere²⁷.

L'istituto risultava coerente con la generale impostazione assunta dal codice che, come è noto, si caratterizzava per una forte rigidità ed uno scarso garantismo, riflesso dell'epoca in cui fu approvato.

Mutato il quadro politico-sociale di riferimento, ed entrata in vigore la Costituzione che, come è noto, impone il rispetto dei diritti fondamentali ed il riconoscimento di principi inderogabili, viene per la prima volta posta all'attenzione della Consulta la questione della compatibilità costituzionale di detta normativa.

La Corte Costituzionale²⁸, dopo aver affermato perentoriamente che anche la disciplina della detenzione preventiva deve essere ispirata al rispetto delle garanzie costituzionali, e che in nessun modo tale istituto può essere utilizzato come strumento per anticipare la pena, ne esclude l'illegittimità costituzionale, affermando che vincolare le scelte del giudice in materia di misure cautelari qualora sussistano in capo all'imputato sufficienti indizi di colpevolezza in relazione a fattispecie delittuose di particolare gravità rientra nell'ambito della discrezionalità legislativa.

La decisione dalla Corte è dunque orientata nel senso di ritenere legittimo un intervento del legislatore volto a imporre un sacrificio della libertà personale dell'imputato quando ciò sia necessario a tutelare un diverso interesse rilievo costituzionale, quale la sicurezza collettiva.

Tuttavia, nonostante la posizione assunta dalla Consulta, il legislatore del nuovo codice del 1988 ha adottato una soluzione che si configura come una netta inversione di tendenza rispetto al suo predecessore.

Il nuovo art. 275 c.p.p. del 1988, infatti, àncora la valutazione del giudice circa l'applicazione e la scelta delle misure cautelari ai canoni dell'adeguatezza e della proporzionalità, sancendo una svolta di chiaro stampo garantistico.

Veniva, infatti, fissato il principio per cui la custodia in carcere poteva essere disposta solamente nelle ipotesi in cui tutte le altre misure cautelari fossero state inidonee a fronteggiare le esigenze cautelari che il caso concreto prospettava: l'applicazione della custodia cautelare diveniva dunque un'*extrema ratio*, cui ricorrere in casi estremi, stante la sua forte assimilabilità con la pena detentiva²⁹.

La scelta del nuovo codice di rito è dunque chiara: vengono eliminate le categorie delittuose di particolare gravità e non sono più ammesse presunzioni in grado di determinare automatismi nell'applicazione delle misure cautelari.

Senonché tale impostazione venne abbandonata rapidamente, posto che già all'inizio degli anni '90 il legislatore interviene nuovamente in materia modificando quanto stabilito con il nuovo codice.

²⁶ I gravi reati in relazione ai quali trovava applicazione la disciplina de qua erano individuati nei delitti per cui era prevista una pena superiore a 5 anni nel minimo e 10 anni nel massimo, ovvero l'ergastolo, nonché una serie di delitti nominativamente individuati.

²⁷ BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, cit., p. 224.

²⁸ C. Cost., sent. 4 maggio 1970, n 64, in *Giur. it.*, 1970, I, 1.

²⁹ BITONTI, voce *doppio binario*, in *Dig. disc. pen.*, III agg., Utet, p. 408

Nel corso di pochi mesi l'art. 275, comma 3, subisce due modifiche che di fatto determinano un ritorno alla disciplina della carcerazione obbligatoria prevista dal vecchio codice.

La prima modifica³⁰ mantiene la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare entro limiti ancora circoscritti prevedendo che, qualora si proceda nei confronti di un soggetto imputato per uno dei gravi delitti individuati dalla norma³¹, il giudice debba applicare la custodia in carcere salvo che non siano acquisiti elementi dai quali desumere l'insussistenza di esigenze cautelari, ovvero la possibilità di soddisfare quest'ultime mediante l'impiego di misure meno gravose³².

La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare si mostra dunque ancora come relativa, nel senso che si ammette dunque una deroga ai principi di adeguatezza e proporzionalità, pur consentendo all'imputato di dimostrare, oltre che l'insussistenza di qualunque esigenza cautelare, anche la sussistenza di esigenze cautelari tali da legittimare l'impiego di misure meno gravose³³.

Tuttavia, a distanza di pochi mesi, con il d.l. 9 settembre 1991, n. 292, convertito nella l. 8 novembre 1991, n. 356, la presunzione di adeguatezza viene irrigidita ulteriormente: la custodia cautelare in carcere per gli imputati di gravi delitti è esclusa solo nell'ipotesi in cui non sussistano esigenze cautelari.

Scompare dunque il riferimento alla possibilità data all'imputato di dimostrare l'idoneità delle misure meno gravose a soddisfare le esigenze del caso concreto: la presunzione si fa dunque assoluta. O si esclude in radice la sussistenza di esigenze cautelari, oppure il giudice non avrà altra scelta che disporre la custodia in carcere³⁴.

Le ragioni di tali modifiche sono facili da intuire e rispondono alle medesime esigenze che hanno portato il legislatore dei primi anni '90 a predisporre una serie di interventi "mirati" all'interno del codice di rito, volti a adeguare, come si è più volte ribadito, il sistema processuale alle complessità ed ai pericoli che i fenomeni di criminalità organizzata comportano.

³⁰ Operata dal d.l. 13 maggio 1992, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203

³¹ In particolare si trattava dei delitti di cui agli artt. 285, 286, 416 *bis* e 422 del codice penale, a quelli, consumati o tentati, di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416- *bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, ai 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 ovvero ai 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, ovvero ai 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

³² FARINELLI, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Arch. pen.*, 2013, 1.

³³ ANDREAZZA, *L'ennesima modifica dell'art. 275, 3° comma, cpp tra precari equilibri costituzionali e applicazione alle misure in atto*, in *Cass. pen.*, 2010, 9, p. 3344.

³⁴ BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, cit.

In altri termini, la norma si inserisce a pieno titolo in quel progetto di riforma volto a delineare un parallelo binario processuale che per un verso garantisca, celerità ed efficienza nell'accertamento dei delitti di criminalità organizzata, e per altro verso, predisponga strumenti idonei a neutralizzare, nel corso del procedimento, i rischi riconnessi alla particolare fattispecie delittuosa.

Come si è più volte ribadito, infatti, un'efficace lotta alla criminalità organizzata non può limitarsi all'accertamento degli autori degli episodi delittuosi, come in genere accade con riferimento alla grande maggioranza delle fattispecie delineate dal codice penale: la lotta all'associazionismo criminale di stampo mafioso deve necessariamente relazionarsi con un sistema organizzativo efficiente, fortemente radicato nel territorio, e dotato di mezzi ed energie indirizzate non soltanto verso la commissione di illeciti, ma anche mirate ad ostacolare l'attività di accertamento e repressione portata avanti dallo stato.

È un dato di fatto che nei procedimenti di criminalità organizzata le possibilità che si verifichino ipotesi di inquinamento probatorio o di latitanza degli autori o di reiterazione di reati, aumentano esponenzialmente, proprio in virtù del fatto che alla base dell'operato dei singoli sodali vi è un'associazione fortemente organizzata o oltremodo radicata.

Le ragioni di fondo che dunque hanno portato il legislatore all'adozione di una simile disciplina sembrano trovare conferma nell'esperienza empirica. Ciò non toglie che, forse, il clima emergenziale nel quale la riforma è stata varata, ha determinato un eccessivo irrigidimento della disciplina, come spesso accade quando le scelte legislative vengono assunte in un contesto socio-politico particolarmente problematico. La risposta del legislatore si è dunque connotata di forte rigidità, al punto tale da far dubitare della correttezza di una tale scelta.

Non può negarsi come tra le due riforme attuate nel 1991, la prima fosse riuscita a tracciare un sistema maggiormente equilibrato: la necessità di arginare i rischi processuali connessi alla criminalità organizzata e l'esigenza di tutelare il diritto alla libertà personale degli imputati trovavano un punto di equilibrio nella presunzione relativa di adeguatezza della custodia cautelare.

Le esigenze processuali erano infatti garantite dalla presunzione di adeguatezza che imponeva al giudice l'applicazione della più rigida delle misure non appena avesse ravvisato l'esistenza di esigenze cautelari: tuttavia all'imputato veniva comunque riconosciuta la possibilità di dimostrare (oltre che l'eventuale assenza di esigenze cautelari) anche che le esigenze cautelari del caso concreto potevano essere soddisfatte con misure meno gravose³⁵.

Ciononostante la Corte Costituzionale, come si avrà modo di chiarire in seguito, non ha mai dubitato della legittimità del ricorso alle presunzioni assolute in materia di misure cautelari con riferimento ai procedimenti di criminalità organizzata.

Le particolarità del fenomeno e soprattutto l'esperienza maturata permettono di affermare la ragionevolezza della presunzione assoluta. In effetti, sebbene la disciplina dell'art. 275, comma 3, sia stata più volte oggetto di scrutinio di legittimità, è altrettanto vero che l'attenzione della Corte, soprattutto negli ultimi anni, raramente si è concentrata sul profilo della legittimità della previsione con riferimento ai reati di matrice mafiosa.

Come si vedrà, infatti, il legislatore nel corso degli anni ha ampliato il catalogo dei delitti in riferimento ai quali opera il particolare regime dell'art. 275, comma 3, ed è proprio con

³⁵ EPIDENDIO, *Presunzioni e misure cautelari personali*, cit.

riferimento a tale ampliamento che la Corte è intervenuta, riducendo di volta in volta il catalogo dei reati presupposto, ma ribadendo la legittimità della scelta con riferimento ai reati di associazione per delinquere di stampo mafioso.

Ritornando alla disamina delle evoluzioni normative che ha subito la disciplina in questione, merita di essere menzionata la modifica apportata alla disciplina *de qua* dall'art.5 della l. 8 agosto 1995, n. 332³⁶.

La riforma provvede ad una riduzione delle ipotesi delittuose in relazione alle quali opera la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare e mira in tal modo ad equilibrare le istanze di sicurezza sociale e la tutela dei diritti individuali così come erano previsti nell'originaria formulazione della norma³⁷.

Non si abbandona tuttavia la prospettiva del "doppio binario" ed, in virtù delle peculiari ripercussioni che l'associazionismo di stampo mafioso ha sulle esigenze di sicurezza ed incolumità della collettività, si mantiene intatta la deroga originariamente prevista limitatamente alle ipotesi procedimenti di criminalità organizzata *ex art. 416bis c.p.*³⁸

La l. n. 332 del 1995 riduce dunque il novero dei delitti per i quali era prevista l'operatività della presunzione assoluta di adeguatezza (che dunque sono assoggettati al regime ordinario), ed in tal modo l'ambito operativo della disciplina rimane circoscritto ai soli delitti di cui all'art. 416bis c.p. e ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo³⁹.

Sembra, dunque, che il legislatore abbia voluto mantenere il regime derogatorio solo con riferimento ai reati *stricto sensu* mafiosi, ritenendo ingiustificato il sacrificio imposto alle garanzie difensive ed ai diritti fondamentali anche con riferimento a delitti, che pur potendo rientrare in un concetto ampio di criminalità organizzata, si presentano tra loro molto eterogenei.

In altri termini il legislatore, consapevole delle "fratture" che la disciplina in questione determinava all'interno del sistema codicistico, e conscio della notevole compressione dei diritti fondamentali che tale normativa determinava, ha ritenuto opportuno limitarne l'operatività alle ipotesi delittuose maggiormente pericolose: solamente la necessità di fronteggiare i rischi per la sicurezza pubblica che tale fenomeno delittuoso comporta può legittimare una così ampia deroga alla tutela dei diritti degli imputati.

La disciplina, così come risultante a seguito della modifica del 1995, fu sottoposta al sindacato della Corte Costituzionale, la quale, con l'ordinanza n. 450 del 1995⁴⁰, ne esclude l'incompatibilità costituzionale con gli artt. 3, 13, comma 1 e 27, comma 2, Cost, sulla base di due considerazioni.

Innanzitutto, la Corte puntualizzò come la scelta del legislatore di decidere, in termini generali, quale misura adottare (c.d. *quomodo* della misura) non si ponesse in contrasto con i principi fondamentali, posto che in ogni caso al giudice era rimesso l'accertamento, sia pure in

³⁶ V. al riguardo ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di GREVI, Giuffrè, 1996, p. 67 ss.

³⁷ CASELLI-INGROIA, *Gli effetti della l. 8 agosto 1995, n. 332 sui procedimenti di criminalità organizzata, in misure cautelari e diritti di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, Milano, 1996.

³⁸ BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, cit., p. 226.

³⁹ FARINELLI, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, cit.

⁴⁰ ord. 18 ottobre 1995, n. 450, in *Cass. pen.*, 1996, p. 449.

negativo, delle esigenze cautelari: in altri termini, la scelta della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare non appariva illegittima nei limiti in cui essa lasciava al giudice la possibilità di verificare in concreto l'operatività della presunzione (mediante l'accertamento dell'insussistenza di esigenze cautelari).

In ordine poi alla limitazione della libertà personale che da tale disciplina ne derivava, la Corte precisò come anche l'individuazione di un punto di equilibrio tra istanze di sicurezza della collettività e tutela della libertà dei singoli imputati spettasse, di fatto, al legislatore.

Nei limiti della ragionevolezza spetterà dunque a quest'ultimo effettuare quel bilanciamento di interessi tra sicurezza della collettività e libertà dei singoli: e la scelta di limitare l'operatività della deroga ai soli reati di criminalità organizzata di stampo mafioso non fa che rendere manifesta la ragionevolezza dell'operazione legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità sociale che tale connota tali illeciti⁴¹.

Peraltro, in tale occasione, la Corte ebbe anche modo di pronunciarsi in merito alla legittimità delle presunzioni legislative di carattere assoluto, puntualizzando, come si è visto, che la loro compatibilità costituzionale è connessa alla possibilità di individuare l'esistenza di regole generalizzate di esperienza che consentano di dimostrare, con ragionevole certezza, l'esistenza di quel rischio che la presunzione mira a scongiurare.

In particolare, con riferimento ai delitti di associazione per delinquere di stampo mafioso, le regole di esperienza insegnano come il vincolo associativo esprime una forza intimidatoria in grado di determinare nei consociati uno stato di assoggettamento e di omertà, che porta a ritenere (sulla base di una regola di esperienza generalizzata) che le esigenze cautelari non possono essere soddisfatte con una misura diversa dalla custodia in carcere⁴².

Ecco dunque che la Corte sancisce perentoriamente la non illegittimità di una disciplina derogatoria con riferimento ai delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso, riconoscendone le peculiarità ed ammettendo dunque il ricorso a diverse regole procedurali che permettano un miglior contrasto a tale fattispecie delittuosa.

La norma sembrava dunque aver trovato un suo equilibrio: la deroga appariva legittima e tollerabile nei limiti in cui la sua operatività era circoscritta ai delitti di associazione per delinquere di stampo mafioso, e ai delitti commessi per agevolare quest'ultima o che si avvalessero delle condizioni previste dall'art. 416 *bis*.

Senonchè, tale equilibrio viene nuovamente stravolto nel 2009, a seguito dell'approvazione del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in l. 23 aprile 2009 n. 38, che ha esteso le presunzioni dell'art. 275, comma 3, ben oltre il circoscritto catalogo dei delitti di stampo mafioso⁴³.

Animato dalla necessità di «introdurre misure legali [atte ad] assicurare una maggiore tutela della sicurezza della collettività, a fronte dell'allarmante crescita degli episodi collegati alla violenza sessuale»⁴⁴ il legislatore interviene nuovamente a modificare il testo dell'art. 275, comma 3, ampliando notevolmente le ipotesi in cui il regime speciale della custodia obbligatoria trova applicazione.

⁴¹ ANDREAZZA, *L'ennesima modifica dell'art. 275, 3° comma, cpp tra precari equilibri costituzionali e applicazione alle misure in atto*, cit., p. 3345

⁴² GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le stecche della cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 6, p. 4897

⁴³ TONINI, *La consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, cit., p. 951.

⁴⁴ Così nella premessa al decreto legge del 23 febbraio 2009.

A seguito di detta modifica, rientrano nell'ambito operativo della norma citata tutti i delitti c.d. distrettuali, previsti dagli artt. 51 *bis* e 51*quater*, i delitti di omicidio volontario, di prostituzione minorile, *ex art. 600 bis*, comma 1 c.p., di pornografia minorile, di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, di violenza sessuale, anche di gruppo, di atti sessuali commessi in danno di un minorenne, salvo ricorrano le circostanze attenuanti previste dalle singole disposizioni normative⁴⁵.

Si tratta ancora una volta di un intervento di carattere emergenziale del legislatore, determinato dall'onda emotiva provocata in parte da una più frequente verifica di delitti di carattere sessuale, in parte dall'enfaticizzazione mediatica che, come spesso avviene, condiziona anche le scelte legislative⁴⁶.

A prescindere dalle istanze politico sociali che si pongono alla base di un tale intervento legislativo, e sorvolando sull'effettiva necessità di un tale modifica, da un punto di vista normativo non può negarsi come tale intervento abbia segnato un ritorno al passato, demolendo quell'equilibrato impianto che si era delineato a seguito della riforma del 1995.

A seguito della modifica del 2009 si riaccende il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in merito all'opportunità di disporre un meccanismo di custodia cautelare "obbligatoria" ricollegato esclusivamente alla tipologia delittuosa ed alla gravità del quadro indiziante, e basato su presunzioni assolute di necessità.

Un simile sistema, la cui operatività non è più circoscritta a singole fattispecie delittuose tra loro omogenee, ma è genericamente riconosciuta ad una serie di delitti tra loro molto differenti (sia sotto il profilo fattuale, sia sotto quello processuale, sia, ancora, sotto il profilo dell'incidenza sulle istanze di sicurezza della collettività), non può che far sorgere dubbi circa la sua compatibilità con il quadro costituzionale⁴⁷.

Ed, infatti, dalla modifica del 2009, molti sono gli stati i ricorsi alla Corte Costituzionale, la quale, con una serie di interventi, ha provveduto gradualmente ad espungere dal catalogo normativo gran parte delle ipotesi introdotte con l'ultima riforma normativa, tentando di riportare la deroga entro i circoscritti limiti di operatività che ne garantiscono la compatibilità costituzionale.

Si procederà ora con l'analisi delle pronunce della Corte Costituzionale che dal 2010 ad oggi hanno provveduto a chiarire i limiti di operatività della disciplina.

In realtà, come accennato, le pronunce della Corte si concentrano sulla verifica dell'operatività della disciplina derogatoria con riferimento ai nuovi delitti introdotti dalla riforma del 2009, lasciando di fatto invariato, perché ritenuto non illegittimo, il riferimento ai delitti di criminalità organizzata. Tuttavia, per quanto le pronunce non concernono direttamente il tema oggetto di trattazione, una loro analisi risulta imprescindibile, posto che tra le righe delle pronunce la Corte chiarisce alcuni aspetti utili, che offrono spunti di riflessione sia in merito all'operatività della deroga con riferimento ai delitti di stampo mafioso, sia, più in generale sull'ammissibilità di un regime differenziato in materia di criminalità organizzata.

⁴⁵ EPIDENDIO, *Presunzioni e misure cautelari personali*, cit.

⁴⁶ MARZADURI, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti della direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in *Leg. pen.* 2010, p. 951

⁴⁷ GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le stecche della cassazione, la sordità del legislatore*, cit.

3. LE PIU' RECENTI PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Come si accennava, la formulazione dell'art. 275, comma 3, a seguito dell'ultima modifica legislativa, introdotta mediante il d.l. 11 del 2009, conteneva al proprio interno un nutrito catalogo di reati in relazione ai quali operava la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere.

Tale catalogo nell'arco di cinque anni è stato ridotto da una serie di pronunce della Corte costituzionale, le quali hanno riportato il disposto dell'art. 275, comma 3, alla formulazione *post* riforma del 1995.

Alla luce di tali interventi, ad oggi, l'unica ipotesi che certamente risulta compatibile con il dettato costituzionale è quella contenuta all'interno dell'art. 416 *bis* c.p.p., in virtù delle peculiarità che connotano tale fattispecie delittuosa.

Detti interventi della Consulta sono stati dilazionati negli anni, e hanno portato alla declaratoria di incostituzionalità della presunzione assoluta contenuta all'interno dell'art. 275, comma 3, con riferimento ai delitti di violenza sessuale di cui agli artt. 600 *bis* comma 1, 609 *bis* e 609 *quater*⁴⁸, di omicidio volontario, ex art. 575 c.p.⁴⁹, di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope⁵⁰ di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina⁵¹, di associazione per delinquere finalizzato alla contraffazione di prodotti industriali e al loro commercio⁵². Infine, recentemente, la declaratoria di incostituzionalità ha investito anche le fattispecie maggiormente affini a quella prevista dall'art. 416 *bis* c.p., i c.d. delitti a contesto mafioso, ossia i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste all'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo⁵³.

In realtà, nelle diverse sentenze, l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte è pressoché identico (fatta eccezione per l'ultima sentenza che contiene considerazioni parzialmente differenti), di conseguenza sarà sufficiente riportarne le linee guida in generale, nella consapevolezza che il ragionamento della Corte è destinato a trovare applicazione in maniera pressoché identica in tutte le pronunce sopra riportate.

La questione portata all'attenzione della Consulta concerne, come è noto, l'incompatibilità costituzionale della disciplina contenuta nel comma 3 dell'art. 275, nella misura in cui tale disposizione impone al giudice, qualora si proceda per determinati delitti e sussista tanto il *periculum libertatis* quanto il *fumus commissi delicti*, l'applicazione della custodia cautelare in carcere, precludendogli in radice la possibilità di optare per una misura cautelare parimenti idonea a fronteggiare le esigenze cautelari del caso concreto, ma meno restrittiva.

In altri termini ci si chiede se sia legittima l'aprioristica presunzione d'inadeguatezza di ogni misura differente dalla custodia cautelare a fronteggiare le esigenze cautelari qualora si proceda per determinati delitti.

⁴⁸ C. Cost. sent. 21 luglio 2010, n. 265, in *Dir. pen. proc.*, 2010, II, p. 949

⁴⁹ C. Cost. sent. 12 maggio 2011, n. 164, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*

⁵⁰ C. Cost. sent. 22 luglio 2011, n. 231, in *Guida dir.*, 2011, p. 33 s.

⁵¹ C. Cost. sent. 16 dicembre 2011, n. 331, in *Giur. cost.*, 2012.

⁵² C. Cost. sent. 18 aprile 2012, n. 110, in *Giur. cost.*, 2012.

⁵³ C. Cost. sent. 29 marzo 2013, n. 57, in *Cass. pen.*, 2013, 7, p. 2574 ss.

In particolare, secondo i giudici *a quibus*, il disposto dell'art. 275, comma 3, c.p.p. si porrebbe in contrasto con il dettato degli artt. 3, 13 e 27 Cost, nella misura in cui delinea un sistema che determina una deroga ai canoni della proporzionalità, adeguatezza e gradazione nell'esercizio del potere cautelare che non trova una legittima contropartita nella tutela di esigenze di rango primario come nell'ipotesi in cui si proceda per il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso⁵⁴.

La Corte, nel dichiarare fondata la questione di legittimità costituzionale sottoposta, parte dal presupposto che il principio cardine che è destinato ad operare in materia cautelare è quello del "minor sacrificio necessario" della libertà personale: tale criterio deve guidare il giudice nella scelta delle misure, imponendogli di optare per quella misura che, a in relazione alle esigenze cautelari da fronteggiare nel caso concreto, determini la minore lesione del diritto alla libertà personale.

Ciò posto, la Corte tuttavia riconosce, entro circoscritti limiti la possibilità che il legislatore ricorra alle presunzioni assolute, precisando tuttavia che esse, «specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza [...] se non rispondono a dati di esperienza generalizzati».

Il limite all'operatività della deroga contenuta all'interno dell'art. 275, comma 3, risiede dunque nella possibilità di individuare una regola di esperienza abbastanza certa da rendere ragionevole la presunzione. La Corte tuttavia, con riferimento a gran parte dei reati inseriti a seguito della riforma del 2009, non riesce a ravvisare tale regola di esperienza, e conclude, pertanto, nel senso dell'irragionevolezza della presunzione assoluta⁵⁵.

La norma viene dunque colpita da illegittimità costituzionale, perché contrastante con la presunzione d'innocenza contenuta all'interno dell'art. 27, comma 2 Cost, posto che tale presunzione, non accompagnata dalla verifica circa l'esistenza di specifiche esigenze che la rendano ragionevole, sembra voler dotare lo strumento cautelare di una coloritura di carattere repressivo. L'eterogeneità delle ipotesi considerate dalla norma la rendono peraltro contrastante con il principio di uguaglianza consacrato all'art. 3 Cost, oltre che incompatibile con l'art. 13 Cost, stante l'irragionevole limitazione della libertà personale che tale norma pone in essere⁵⁶.

In altri termini, la Consulta, pur se consapevole della gravità delle ipotesi delittuose prese in considerazione dalla norma in questione, non rinuncia a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, nella misura in cui, nel sancire l'operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere con riferimento ad una serie nutrita di delitti, non fa salva l'ipotesi in cui sia acquisiti elementi specifici in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure minori.

La Corte "trasforma" così la presunzione da assoluta in relativa, assecondando così le prese di posizione della dottrina, che ormai da tempo auspicava un minore ricorso alle presunzioni assolute in una materia così delicate quale quella in esame⁵⁷.

⁵⁴ MARZADURI, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti della direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, cit., p. 500

⁵⁵ CALO', *Corte Costituzionale; sentenza, 29-03-2013, n. 57*, in *Foro it.*, 2013, 10, I.

⁵⁶ GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte Costituzionale, le stecche della cassazione, la sordità del legislatore*, cit., p. 4897 ss.

⁵⁷ v. in proposito, ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di CONSO, 2006, p. 399 ss. ; MARZADURI, *Disciplina*

Ciò che tuttavia più interessa ai fini della trattazione è la descrizione che la Corte fa delle peculiarità del fenomeno mafioso, al fine di giustificare la differente posizione assunta.

Come si è detto, infatti, la Corte, sin dall'ordinanza n. 450 del 1995, ha sempre sostenuto la non illegittimità della disciplina derogatoria con riferimento all'ipotesi delittuosa dell'art. 416 *bis*, in virtù delle specificità che caratterizzano tale fattispecie: l'analisi fatta dalla Corte Costituzionale può in qualche modo chiarire la portata del fenomeno e potrebbe fornire spunto per riflettere, più in generale, sull'opportunità di scelte legislative volte predisporre un sistema processuale differenziato.

La posizione della Corte, volta a riconoscere al fenomeno mafioso «peculiarissime connotazioni criminologiche», appare interessante perché sembra aprire uno spiraglio in merito alla possibilità di legittimare il ricorso ad un doppio binario processuale: in altri termini, il fatto che la Corte, posta dinanzi al medesimo quesito abbia optato per una differente soluzione a seconda che si proceda per il delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso, ovvero per altre gravi ipotesi delittuose, può far riflettere circa la possibilità di predisporre normative derogatorie anche in altre materie, dove la compressione ai diritti fondamentali può dirsi anche minore rispetto a quella perpetrata in materia di misure cautelari.

In particolare, con la sentenza 29 marzo 2013, n. 57, la Corte, pronunciando un'ulteriore declaratoria di illegittimità costituzionale con riferimento ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose, precisa ulteriormente i contorni del delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso e ne sottolinea le peculiarità, ribadendo ancora una volta la profonda differenza che vi è tra l'ipotesi delittuosa dell'art. 416 *bis* (che legittima un differente regime cautelare) e tutte le altre ipotesi⁵⁸.

Nella citata sentenza la Corte di fatto abbandona la posizione originariamente assunta nella ordinanza n. 450 del 1995 e circoscrive ulteriormente la portata applicativa della regola derogatoria dell'art. 275, comma 3.

Come si è accennato, infatti, nella pronuncia da ultimo citata, la Corte, sancendo la non illegittimità costituzionale della deroga in *malam partem* con riferimento ai delitti di criminalità organizzata (in virtù dell'esistenza di un dato generalizzato che rendesse ragionevole la presunzione assoluta), ricomprendeva all'interno di tale ultima categoria anche i delitti c.d. "a contesto mafioso", ossia quelle fattispecie descritte dall'art. 7 del d.l. 152 del 1991⁵⁹.

Ciò sulla base del presupposto che anche tali tipologie delittuose, utilizzando il c.d. metodo mafioso, ovvero essendo finalizzate ad agevolare le associazioni mafiose, si connotavano per la particolare pericolosità e capacità di intimidazione, e dunque apparivano idonee a legittimare la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere.

Con la sentenza n. 57 del 2013, invece, la Corte muta il proprio orientamento distinguendo tra i reati mafiosi veri e propri e quelli a contesto mafioso: mentre per i primi continua legittimamente ad operare la presunzione assoluta dell'art. 275, comma 3, per i secondi tale presunzione è oggi illegittima.

delle misure cautelari personale e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile, in *Leg. pen.*, 2010.

⁵⁸ APRILE, *La Consulta torna a definire i presupposti applicativi della presunzione assoluta di cui all'art. 275, 3° comma c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2013, 7-8.

⁵⁹CALO', *Corte Costituzionale; sentenza, 29-03-2013, n. 57*, cit.

Il ragionamento della Corte si basa essenzialmente sull'impossibilità di ravvisare, anche nelle ipotesi dei reati aggravati dall'art. 7 del d.l. 152 del 1991, quella potenziale pericolosità che connota i reati mafiosi e che legittima la disciplina derogatoria⁶⁰.

L'elemento aggravante di cui si discute, secondo la Corte, non solo può accedere a condotte delittuose individuali (dunque inidonee ad essere attratte nel contesto dell'associazionismo che, ovviamente, postula il coinvolgimento di più soggetti) ma peraltro non sempre può essere paragonato, ai reati commessi dai soggetti appartenenti al sodalizio criminoso⁶¹.

In altre parole, la Corte pone l'accento per un verso, sul fatto che l'utilizzo di un metodo mafioso non necessariamente implica l'appartenenza all'associazione criminale, ben potendo caratterizzare la condotta di chi, pur agendo secondo i metodi e le modalità tipiche del fenomeno mafioso, o sfruttando l'effetto che tale fenomeno è in grado di provocare, in realtà non faccia parte del sodalizio. Per altro verso sottolinea come la finalità di agevolazione dell'associazione, ancora una volta non implica una necessaria appartenenza all'associazione criminale, ben potendo trattarsi di un apporto esterno, che non implichi necessariamente un coinvolgimento all'interno della struttura gerarchica che caratterizza l'organizzazione⁶².

Secondo la Corte dunque, anche tali ipotesi, pur così vicine al reato di associazione a delinquere di stampo mafioso, non possono dirsi ad esso affini, non al punto tale da legittimare una compressione della libertà personale in chiave cautelare⁶³: in esse infatti difetta il carattere di appartenenza al sodalizio criminale che viene individuato quale elemento imprescindibile perché si possa presumere aprioristicamente la pericolosità dell'imputato.

In altri termini, l'ammissibilità della deroga contenuta all'art. 275, comma 3, si fonda tutta sulla pericolosità dell'imputato, che si ritiene presunta a priori proprio in virtù della sua appartenenza all'associazione criminale di stampo mafioso⁶⁴.

È dunque *l'affectio societatis* che funge da discriminare tra i reati mafiosi ed i reati a contesto mafioso e che di fatto consente di presumere la maggiore pericolosità dell'imputato.

4. CONCLUSIONI

Anche i reati "a contesto mafioso", dunque, vanno ad accrescere l'elenco dei reati "espulsi" dall'ambito di operatività dell'art. 275, comma 3 c.p.p.: tuttavia, questa come tutte le altre

⁶⁰ MARANDOLA, *Sull'inadeguatezza della custodia inframuraria applicata ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis cp ovvero il punto di «non ritorno» degli automatismi in sede cautelare*, in *Giur. cost.*, 2013, 2.

⁶¹ ADORNO, *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare "obbligatorio": cade la presunzione assoluta anche per i reati di contesto mafioso*, in *Giur. cost.*, 2013.

⁶² ALBERICO, *La Consulta torna a definire i presupposti applicativi della presunzione assoluta di cui all'art. 275, 3° comma c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2014, 2.

⁶³ APRILE, *La Consulta torna a definire i presupposti applicativi della presunzione assoluta di cui all'art. 275, 3° comma c.p.p.*, cit.

⁶⁴ ADORNO, *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare "obbligatorio": cade la presunzione assoluta anche per i reati di contesto mafioso*, cit.

ipotesi affette da illegittimità costituzionale, pur riducendo l'ambito di operatività del regime derogatorio, non incrementa quello della disciplina ordinaria⁶⁵.

Tutte le ipotesi sottoposte al vaglio della Corte dal 2010 ad oggi, hanno infatti contribuito a creare una sorta di "terzo regime cautelare" che si pone a metà strada tra la disciplina ordinaria e quella derogatoria⁶⁶: la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere continuerà ad operare con riferimento a tali fattispecie delittuose, tuttavia essa non opererà più come una presunzione assoluta, bensì come relativa, ammettendo la possibilità di prova contraria⁶⁷.

La Corte infatti, nelle diverse sentenze, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella misura in cui la norma, con riferimento alle diverse fattispecie censurate, non fa salva l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Dunque alle parti verrà data la possibilità di dimostrare l'inadeguatezza della custodia in carcere, che, pur essendo presunta, può oggi essere superata.

Con riferimento al delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., invece, continuerà ad operare la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere: ciò non può non offrire uno spunto per riflettere sulla portata della posizione assunta dalla Corte, che sembra in tal modo riconoscere e prendere atto delle particolari caratteristiche che connotano tale fattispecie delittuosa.

Non volendosi spingere fino ad affermare un riconoscimento da parte della Corte della legittimità del sistema del doppio binario⁶⁸, non può negarsi come il riconoscimento di una tale compressione dei diritti difensivi in generale, e del diritto alla libertà personale in particolare, assume un'importanza fondamentale nella disputa relativa all'ammissibilità o meno di un regime processuale differenziato.

In altri termini, se la Corte ritiene legittimo un ricorso alla custodia cautelare che si fondi su una presunzione assoluta di adeguatezza non suscettibile di prova contraria, determinando di fatto una compressione dei diritti fondamentali in nome della necessità di salvaguardare altri e più importanti diritti della collettività, non si spiega perché tale ragionamento non potrebbe essere esteso anche in altri ambiti (si pensi al dibattito affrontato in tema di intercettazioni ad esempio).

Si tratta di una questione delicata, che, come si è tentato di dare atto in tale trattazione, non può certo essere rapidamente risolta: essa impone infatti un'attenta valutazione dei diversi interessi coinvolti, che vanno ben oltre il riconoscimento dei diritti difensivi o l'analisi delle esigenze di sicurezza della collettività, ma che investono più in generale il problema relativo all'ammissibilità, in radice, di un sistema differenziato che destruttura l'unità del codice creando forme processuali *ad hoc*, incidendo in tal modo anche sull'operatività del principio di uguaglianza.

Per completare l'analisi relativa all'art. 275, comma 3, non resta che dare atto degli effetti che le pronunce della Corte hanno determinato: sebbene il legislatore non abbia ancora

⁶⁵ ALBERICO, *La Consulta torna a definire i presupposti applicativi della presunzione assoluta di cui all'art. 275, 3° comma c.p.p.*, cit.

⁶⁶ MARANDOLA, *Sull'inadeguatezza della custodia inframuraria applicata ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis cp ovvero il punto di «non ritorno» degli automatismi in sede cautelare*, cit.

⁶⁷ CALO', *Corte Costituzionale; sentenza, 29-03-2013, n. 57*, cit.

⁶⁸ Una tale ipotesi sarebbe oltre che azzardata, anche erronea, posto che la Corte non ha ancora preso posizione in merito.

provveduto alla modifica dell'art. 275 , comma 3, il percorso di adeguamento della normativa ai canoni fissati dalla Consulta è già in atto.

Il 3 aprile 2013 è infatti stato presentato alla Camera il disegno di legge di iniziativa parlamentare C.631-B, il quale dopo essere stato modificato al Senato, attende l'approvazione definitiva ad opera della Camera dei deputati. Tale disegno di legge, volto a modificare alcune disposizioni del codice di rito, prevede, all'art. 6, la modifica dell'art. 275, comma 3 seconda parte, in ossequio alle direttive segnate dalla Corte costituzionale.

Se il testo sarà approvazione senza ulteriori cambiamenti, il nuovo art. 275, comma 3 c.p.p. prevederà che «quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270*bis* e 416 *bis* del codice penale è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Salvo quanto previsto dal secondo periodo del presente comma, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3*bis* e 3*quater*, del presente codice nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600*bis*, primo comma, 600 *ter*, escluso il quarto comma, 600 *quinqies* e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609 *bis*, 609 *quater* e 609 *octies* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari, o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

Ecco dunque che il legislatore recepisce i *dicta* della Corte, provvedendo ad adeguare la norma in esame al dettato costituzionale, e riportando in tal modo il sistema entro i limiti della ragionevolezza.

CAPITOLO IV

LE PROVE

SEZIONE I

DEROGHE ALL' ASSUZIONE DELLA PROVA

Sommario: 1. Introduzione – 2. Requisiti della prova in casi particolari (art. 190 *bis* c.p.p.) – 2.1. Profili generali della normativa – 2.2. Evoluzione ed analisi della normativa – 2.3. Profili di compatibilità costituzionale della disciplina - 3. La disciplina dell'art. 238 c.p.p. – 3.1. *Ratio* della normativa – 3.2. Evoluzione della normativa – 3.3. L'attuale formulazione normativa - 4. Sentenze irrevocabili come mezzi di prova (art. 238 *bis* c.p.p.) – 4.1. Questioni preliminari – 4.2. La disciplina dell'art. 238 *bis* c.p.p.

1. INTRODUZIONE

Le disposizioni concernenti il giudizio e quelle relative all'ammissione, all'acquisizione e alla valutazione della prova rappresentano il fulcro del codice di rito, poichè riguardano la fase centrale del processo penale, nel corso della quale si procede all'accertamento dei fatti e delle responsabilità, .

La centralità della prova, e del metodo mediante il quale essa è assunta (c.d. contraddittorio) si comprende agevolmente sol che si rifletta sulle finalità proprie del giudizio penale.

Obiettivo del processo penale è, infatti, quello di accertare l'effettivo svolgimento dei fatti, al fine di individuare gli autori degli episodi contestati: in tale attività di accertamento l'unica verità dei fatti che il processo permette di accertare è la c.d. "verità giudiziale o formale".

Quest'ultima può definirsi come la verità storica, filtrata alla luce del processo e delle regole che lo definiscono: ovviamente nella più auspicabile delle ipotesi la verità storica e quella giudiziale coincideranno, ma da un punto di vista concreto, l'unica certezza che il processo penale può garantire è il raggiungimento di una verità oggettiva, che risponde ai criteri della logica e della legge.

Posto che l'obiettivo primario della giurisdizione penale si può individuare nell'accertamento reale dei fatti, così come storicamente avvenuti, l'unico modo per ridurre lo scarto tra verità giudiziale e verità storica consiste nell'individuare un metodo probatorio che sia abbastanza affidabile da poter garantire la corretta ricostruzione degli avvenimenti.

Ecco, dunque, che il contraddittorio diviene, per la sua comprovata affidabilità, un metodo irrinunciabile di accertamento: ed il contraddittorio altro non è che la trasposizione in chiave

costituzionale dei principi cardine del c.d. rito accusatorio che governa il nostro sistema processualistico¹.

Il legislatore del 1988 ha, infatti, scelto di adottare tale modello di accertamento, discostandosi dalle scelte che caratterizzavano il codice di rito del 1930 (di stampo inquisitorio), facendo così del giudizio la fase centrale dell'intero processo penale.

La preferenza per il modello accusatorio si manifesta come una scelta di fondo, sulla base della quale modellare l'intero sistema codicistico, e tale scelta impone al legislatore l'adozione di alcune regole procedurali che si configurano come strumentali al rispetto dei principi fondamentali propri di tale sistema processuale.

La differenza tra modello accusatorio e inquisitorio si può sinteticamente racchiudere nelle diverse regole che definiscono i metodi di acquisizione probatoria e le regole in base alle quali il giudice deve acquisire quel bagaglio di conoscenze necessario per svolgere la funzione decisoria che l'ordinamento gli attribuisce².

È infatti agevole scorgere, confrontando il vecchio ed il nuovo codice di rito, la profonda differenza che intercorre tra questi due sistemi soprattutto sul piano dell'acquisizione probatoria: il sistema accusatorio che caratterizza l'attuale codice si ispira, infatti, al principio della formazione della prova nel contraddittorio delle parti, sulla base di un tema scelto dall'accusatore, dinanzi ad un giudice terzo e imparziale, al quale spetta il compito di decidere nel merito. Al contrario, il rito inquisitorio impone che l'acquisizione delle prove avvenga al di fuori del processo, unilateralmente ad opera dell'accusa, con la partecipazione solo eventuale (e comunque non certamente paritaria) della difesa³.

Se queste sono le linee generali che caratterizzano i due riti, la scelta di optare per quello accusatorio (che già *prima facie* si presenta come maggiormente garantista) impone il rispetto di una serie di principi, che costituiscono i capisaldi del modello processuale e che garantiscono l'equilibrio del sistema.

Ecco, dunque, che trovano spazio e riconoscimento nel nostro codice, il principio di «parità delle parti», che garantisce tanto all'accusa quanto alla difesa un confronto ad «armi pari»; il principio di «oralità-immediatezza», che postula la sussistenza di un rapporto diretto tra giudice e prove, in guisa da garantire che l'organo deputato all'acquisizione probatoria sia lo stesso cui spetta la decisione; il principio di «concentrazione», ossia la tendenziale unità di tempo nella quale va celebrato il giudizio; ed infine, il principio della «distinzione delle funzioni» tra giudice e organo dell'accusa, posto a garanzia della totale imparzialità del primo, in guisa da evitare che sia pregiudicata l'oggettività di giudizio che deve caratterizzare il soggetto cui è rimessa la decisione⁴.

Si delinea in tal modo un preciso metodo in base al quale procedere all'acquisizione delle prove, finalizzato a garantire il coinvolgimento delle parti in causa e l'imparzialità dell'organo giudicante.

¹ ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, 2.; ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, diretto da GAITO - SPANGHER, Giappichelli, 2013 p. 808.

² VIOLANTE, *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.* 1992, 2, p. 478.

³ ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 808.

⁴ ILLUMINATI, *Giudizio*, in A.A.V.V. *Compendio di procedura penale*, CONSO, GREVI, BARGIS (a cura di), VI ed., CEDAM, 2012, p. 766.

Detto in altri termini, si crea un sistema che consenta alle parti di confrontarsi nella fase di acquisizione della prova (garantendo in tal modo tanto i diritti difensivi quanto le esigenze dell'accusa) e che nel contempo assicuri che la prova dei fatti venga acquisita e valutata direttamente dal giudice cui è rimessa la decisione, il tutto in un'ottica fortemente garantista.

Tale premessa relativa alla scelta di adottare un rito processuale che postuli il necessario rispetto dei principi sopra evidenziati è fondamentale per comprendere la portata derogatoria di alcune disposizioni introdotte con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni in l. 7 agosto 1992, n. 356, c.d. Scotti-Martelli: tale intervento normativo infatti ha predisposto un regime processuale differenziato, quello del c.d. "doppio binario", che si estende (oltre che in materia di riorganizzazione delle funzioni inquirenti, di indagini preliminari e di misure cautelari) anche sul problematico terreno della formazione della prova⁵.

Il legislatore del '92 ha, infatti, predisposto, con riferimento ai delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso, un sistema che si discosta dai principi sopra ricordati così da adeguare anche la fase dibattimentale alle problematiche tipiche di tali peculiari ipotesi delittuose.

Vi era, infatti, il timore che il modello codicistico non fosse idoneo a garantire un corretto espletamento della fase dibattimentale qualora l'accertamento processuale avesse riguardato l'associazionismo di stampo mafioso: tale fenomeno è, infatti, caratterizzato da situazioni diffuse di omertà nonché da pericoli di inquinamento e soppressione delle fonti di prova, i quali comportano il sorgere di alcune difficoltà nell'assunzione della prova⁶.

Si mostrava dunque imprescindibile, agli occhi del legislatore, la necessità di apprestare un sistema di accertamento che tenesse conto della forte carica intimidatoria tipica delle associazioni a delinquere di stampo mafioso, e che dunque fosse in grado di garantire l'approdo in dibattimento di fonti di prova attendibili e sottratte a qualsivoglia azione di costrizione, in guisa da garantire la genuinità della prova e l'incolumità dei soggetti coinvolti a vario titolo nei procedimenti.

È stata dunque compiuta una scelta delicata (tutt'altro che condivisa) che, mediante una serie di interventi profondi sul tessuto codicistico⁷, ha predisposto un sistema che sembra muoversi in direzione opposta rispetto ai canoni fondamentali del rito accusatorio.

Per quanto, infatti, la scelta del legislatore si è orientata nel senso di predisporre di un sistema che meglio si adegui al fenomeno criminale da contrastare (scelta di per sé non criticabile), non può d'altro canto negarsi come tale impostazione abbia determinato un'incisiva frattura all'interno del tessuto codicistico.

La riforma del 1992 ha, infatti, dato avvio ad un processo riformatore che ha determinato l'ingresso nel nostro codice di una serie di norme che si discostano dai principi di oralità, immediatezza e contraddittorio tra le parti, propri del rito accusatorio, delineando regole di acquisizione e valutazione probatoria che si caratterizzano per un profondo divario rispetto alle direttive che animano la disciplina contenuta nel libro III del c.p.p. .

⁵MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, in AA.VV. *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, diretto da GAITO - SPANGHER, Giappichelli, 2013, p. 727.

⁶LODOVICI, *Regime differenziato di formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1994, 2, p. 478.

⁷ Si pensi all'introduzione dell'art. 190 bis, o alla modifica dell'art. 238 c.p.p., su cui *infra*.

In tale contesto la deroga appare particolarmente problematica, posto che essa incide nell'ambito di una fase, quella dibattimentale, che costituisce il fulcro dell'intero sistema, e che appare come quella meno propensa ad ammettere deroghe.

Un conto è, infatti, predisporre strutture investigative maggiormente accentrate, ampliare i termini di durata massima delle indagini, ammettere un più ampio ricorso alle intercettazioni, prevedere un diverso impiego delle misure cautelari, altro è intervenire nel delicato campo dell'acquisizione probatoria, predisponendo diversi criteri di valutazione delle prove, ed ammettendo differenti modalità di acquisizione.

In altri termini, se parte della dottrina è propensa ad ammettere la legittimità e l'opportunità di potenziare le tecniche e le strutture investigative in guisa da apprestare più efficaci forme di contrasto alla criminalità organizzata, maggiori perplessità si ravvisano qualora le deroghe investano il cuore del processo, derogando a quelle regole e a quei principi che costituiscono il fulcro del processo penale, il cui rispetto garantisce la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti.

La fase dibattimentale è, come già detto, la fase nella quale si procede all'accertamento delle responsabilità dei singoli, è cioè la fase nel corso della quale l'attività di repressione dei reati, e l'accertamento delle responsabilità dei singoli, trova attuazione e soddisfacimento.

Se così è, ben si comprende come l'intervento del legislatore in tale settore sia sembrato eccessivo a quella parte della dottrina fortemente ostile alla predisposizione di un sistema derogatorio in una fase così delicata⁸: se il dibattimento è il cuore dell'intero processo penale, derogare alle regole che presidono il corretto svolgimento di tale fase richiede un'attenta ponderazione e una notevole attività di bilanciamento di interessi, in guisa da evitare il perpetrarsi di differenziazioni di tutela che in tale fase non potrebbe ontologicamente essere ammesse.

Si tratterà dunque di comprendere fino a che punto è ammissibile la predisposizione di una disciplina derogatoria anche in tale fase, posto che non si tratta di introdurre norme che, pur comprimendo i diritti degli indagati/imputati, garantiscono migliori strategie repressive, bensì di adottare regole idonee a incidere sui principi portanti dell'intero codice di rito, e dunque, indirettamente, sul rispetto del nucleo centrale dei diritti difensivi.

La questione dell'ammissibilità di una disciplina speciale in materia di prove si pone, dunque, in termini certamente più delicati e problematici rispetto alle altre ipotesi derogatorie già analizzate: sarà dunque opportuno procedere alla disamina delle due disposizioni che appaiono in grado di incidere maggiormente sul rispetto dei principi del rito accusatorio, ossia l'art. 190 *bis* c.p.p., contenente un'importante deroga in merito ai principi che regolano il diritto alla prova degli imputati, e l'art. 238 c.p.p., il quale, richiamando la speciale regola contenuta nell'art. 190 *bis*, estende la portata derogatoria della riforma anche in materia di circolazione del materiale probatorio tra diversi procedimenti.

Infine si analizzerà anche la disciplina relativa alla partecipazione al dibattimento a distanza (artt. 146-*bis*, 147 *bis*, disp. att. C.p.p.): si tratta di una normativa che consente ai soggetti coinvolti nei procedimenti di criminalità organizzata di stampo mafioso, qualora sussistano determinate condizioni, di partecipare al dibattimento tramite un sistema di videoconferenza, rinunciando dunque alla fisica presenza in aula. Si tratta di una norma che trova una propria *ratio* giustificatrice nella necessità di garantire la tutela dei soggetti coinvolti in tali procedimenti

⁸ Tra i tanti, GAROFOLI, *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, 2008.

(in un'ottica non dissimile da quella che ispira le modifiche degli artt. 190 *bis* e 238) e che dunque merita di essere esaminata, perché parte integrante del sistema del “doppio binario”.

2. REQUISITI DELLA PROVA IN CASI PARTICOLARI (ART. 190 *BIS* C.P.P.).

La prima e più importante deroga in materia di formazione della prova è contenuta all'interno dell'art. 190 *bis*⁹ c.p.p., rubricato «Requisiti della prova in casi particolari»: si tratta di una norma che si pone in netto contrasto con le generali regole di ammissione della prova, contenute nel titolo I del libro III del codice di rito penale .

Nel sistema delineato dal codice di procedura penale, infatti, vige il principio per cui l'iniziativa probatoria spetta in via prioritaria alle parti, mentre l'intervento del giudice assume i caratteri dell'eccezionalità e della residualità, essendo limitato ai casi in cui tale potere gli è espressamente riconosciuto¹⁰. Di conseguenza, nessuna interpretazione analogica di tali eccezionali disposizioni può essere ammessa, ed ogni attività probatoria del giudice, sia anche solo integrativa, che non si fondi su un'espressa disposizione normativa, è considerata illegittima¹¹.

Tale essendo la regola generale, l'art. 190 *bis* c.p.p. si muove in una prospettiva diametralmente opposta, riconoscendo al giudice, nei processi relativi ad uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p., un potere di intervento, in fase di ammissione della prova, del tutto peculiare.

Ai sensi del comma 1 della predetta norma , «quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze».

Anche se la formulazione attuale della norma vede ridimensionata la compressione del diritto al contraddittorio che si perpetrava, nella versione originaria, in modo decisamente più marcato, è evidente la deroga al principio di oralità-immediatezza, posto che si consente al giudice di escludere l'escussione orale della prova qualora ritenga utilizzabili i verbali delle dichiarazioni rese in altre sedi¹².

La portata derogatoria della norma è dunque notevole, posto che l'art. 190 *bis* c.p.p. delinea una disciplina antitetica rispetto a quella ordinaria, riconoscendo al giudice una serie di poteri tipici più del rito inquisitorio che di quello accusatorio. Tra le caratteristiche proprie del rito inquisitorio vi è infatti quella di consentire la formazione della prova fuori e prima del

⁹ Introdotto dall'art. 3.3. del d.l. sopra citato.

¹⁰ Si pensi all'art. 507 c.p.p., in base al quale il giudice può procedere d'ufficio all'ammissione della prova solo se «assolutamente necessario».

¹¹ GAROFOLI, *Artt. 190 e 190 bis cpp: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, cit, p. 945

¹² ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, a cura di FERRUA-GRIFANTINI-ILLUMINATI-ORLANDI, IV ed., Torino, 2007, p. 85.

dibattimento, affidando poi al giudice un ruolo meramente ricognitivo dei risultati raccolti *aliunde*.

Al contrario, come si è avuto modo di notare, l'attuale codice adotta un sistema mirato a garantire che l'acquisizione degli elementi necessari per l'accertamento dei fatti avvenga sempre (tranne nelle eccezionali ipotesi costituzionalmente previste) in contraddittorio tra le parti, dinanzi al giudice, escludendo la possibilità di fondare la decisione sulla base di dati che non trovino un riscontro concreto nel confronto dialettico tra le parti.

Una normativa dirompente, dunque, che spezza l'equilibrio costruito dal codice e che muta profondamente il ruolo del giudice: infatti, se nei procedimenti "ordinari" il giudice opera solo "in negativo"¹³, nei procedimenti di criminalità organizzata egli opera "in positivo", assumendo un ruolo attivo nella scelta di provvedere o meno all'escussione orale di determinati soggetti.

In tal modo si attribuisce al giudice un ruolo ed una fisionomia che il codice del 1988 sembrava aver abbandonato: all'organo decidente è riconosciuto il potere di comprimere il diritto alla prova dell'imputato, incidendo in maniera notevole sulle sorti del processo, tramite l'esclusione dell'esame orale tutte le volte in cui lo stesso non si ritenga opportuno.

Tale incisivo ruolo riconosciuto al giudice, se ancora oggi è fonte di non poche perplessità, era in passato idoneo a legittimare concreti dubbi circa la compatibilità costituzionale della norma in esame.

La formulazione originaria della norma prevedeva infatti che «nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-*bis*, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio 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».

Il requisito di assoluta necessità, sul quale si avrà modo di tornare nel proseguo della trattazione, era abbastanza vago da riconoscere al giudice una discrezionalità ampia.

Peraltro, l'inadeguatezza della previsione si acuisce sol considerando gli elementi sulla base dei quali il giudice avrebbe dovuto valutare la sussistenza del requisito dell'assoluta necessità, chiaramente inidonei a consentire all'organo decidente di assumere una simile decisione. Il giudice poteva disporre, infatti, della documentazione fornita dai verbali di altri procedimenti, degli atti contenuti nel fascicolo dibattimentale e da quanto emerso dall'introduzione espositiva delle parti: dati e informazioni che verosimilmente, in uno stadio poco avanzato del processo, non erano concretamente idonei a porre il giudice nelle condizioni di effettuare una scelta in grado di condizionare l'esito del giudizio¹⁴.

Il rischio che si paventava era quello di attribuire al giudice un potere che prescinde dal ruolo ad esso riconosciuto nel nuovo assetto processuale: tale scelta rischiava di mettere in pericolo la necessaria imparzialità dell'organo giurisdizionale (art. 101, comma 2 Cost.).

L'art. 190 *bis*, infatti, attribuendo al giudice il potere di decidere se e con quali modalità procedere all'acquisizione della prova, senza lasciare alle parti la possibilità di intervenire (se non per dimostrarne l'assoluta necessità), rischiava (e forse rischia ancora) di compromettere

¹³ Nel senso che, in base a quanto disposto dall'art. 190 c.p.p., il giudice deve limitarsi ad escludere le prove vietate dalle legge o manifestamente superflue o irrilevanti.

¹⁴ BERNASCONI, *Diritto al contraddittorio e requisiti della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di KOSTORIS, Torino, 2002, p. 108.

irrimediabilmente detta imparzialità, imponendo al giudice un coinvolgimento maggiore di quello richiesto in base alla disciplina ordinaria¹⁵.

2.1. PROFILI GENERALI DELLA NORMATIVA

Prima di esaminare nel dettaglio la disciplina posta dall'art. 190 *bis*, è necessario comprendere le ragioni che hanno spinto il legislatore a predisporre un sistema così peculiare¹⁶: il presupposto di fondo, dal quale prende le mosse tale sistema derogatorio, risiede nell'impossibilità di rendere correttamente operative le regole probatorie ordinarie, congiuntamente alla necessità di garantire il rispetto di alcuni interessi primari e meritevoli di tutela.

Per quanto la disciplina, (in particolare quella originariamente disposta nel 1992), sconti certamente i limiti propri di un intervento normativo dettato dall'emergenza (con le conseguenze che ciò comporta¹⁷), non può negarsi come le ragioni alla base della scelta del legislatore siano tutt'altro che aleatorie, e risultino anzi giustificate da un'attenta analisi dalle esperienze maturate.

È evidente, infatti, che il legislatore, nel predisporre tale sistema derogatorio, abbia preso le mosse dalle peculiarità del fenomeno da osteggiare, nel tentativo di delineare forme di contrasto di tipo processuale che fossero in grado di neutralizzare, o quantomeno ridurre, i peculiari rischi che la lotta alla criminalità organizzata comporta.

Le associazioni per delinquere di stampo mafioso, infatti, si caratterizzano per un forte radicamento del territorio, accompagnato da una forte carica intimidatoria ampiamente utilizzata dalle stesse al fine di osteggiare, mediante la violenza fisica e morale, qualsivoglia forma di collaborazione, tra Stato e cittadini, nella lotta alla mafia o ad altre forme di criminalità organizzata (camorra, n'drangheta).

Si comprende dunque, come il tradizionale metodo di accertamento dei fatti, che richiede, per propria natura, una molteplicità di riscontri, una pluralità di interventi testimoniali, che mira ad ottenere continue conferme processuali e costanti richieste di specificazioni e dettagli, è difficilmente praticabile in un contesto nel quale i soggetti chiamati a collaborare con la giustizia sono frequentemente costretti al silenzio con metodi più o meno cruenti.

La prima e fondamentale ragione che spinge il legislatore a predisporre il sistema di cui all'art. 190 *bis* c.p.p. va, dunque, ravvisata nella necessità di evitare la perdita dei contributi dichiarativi già resi¹⁸, evitando che le fonti testimoniali siano esposte a rischi di inquinamento esterno, garantendo in tal modo tanto l'incolumità dei dichiaranti, quanto l'attendibilità e la genuinità della prova acquisita. Pertanto, prevedendo la possibilità di acquisire i verbali delle dichiarazioni rese da determinati soggetti in contraddittorio con la persona nei confronti della quale tali dichiarazioni saranno utilizzate, si cerca di garantire il necessario rispetto del

¹⁵ GAROFOLI, *Artt. 190 e 190 bis cpp: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, cit.

¹⁶ RIVELLO, *Commento all'art. 190 bis in A.A.V.V. Commento al codice di procedura penale*, II aggiornamento al 15 aprile 1993, coordinato da CHIAVARIO, UTET, 1993, p. 69.

¹⁷ L'esperienza insegna infatti come le legislazioni di tipo emergenziale sono caratterizzate da scelte normative spesso coraggiose (ed a volte eccessive), elaborate sull'onda di una forte carica emozionale che tende a spingere il legislatore a compiere valutazioni non sempre ispirate al principio del bilanciamento di interessi.

¹⁸ CURTOTTI NAPPI, *Esame a distanza*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, cap 2, p. 318.

confronto dialettico tra le parti, perseguendo però il duplice obiettivo di garantire la genuinità della prova e la sicurezza dei dichiaranti.

Peraltro, a fondamento di un tale sistema vi era anche la necessità di evitare l'usura psicologica dei testimoni, chiamati più volte a deporre sui medesimi argomenti nel corso di procedimenti differenti ma connessi. È, infatti, la struttura della fattispecie tipica che postula la presenza, nei procedimenti di criminalità organizzata, di una pluralità di imputati, spesso coinvolti in procedimenti concernenti fatti diversi ma connessi: si profila così la necessità di evitare che i testimoni ripetano nei vari procedimenti le stesse dichiarazioni, sottoponendosi ad una costante usura psicologica¹⁹.

Si avverte pertanto la necessità di predisporre meccanismi che siano in grado di evitare l'usura della fonte ed impedire «l'erosione della tenuta mnemonica e psicologica del teste, spesso chiamato a rispondere ad un'unica domanda sempre uguale a se stessa in contesti ad alta sollecitazione emotiva»²⁰.

Tuttavia come spesso accade, alla ragionevolezza della scelta di intervenire mediante l'adozione di una normativa *ad hoc* non corrisponde altrettanta accortezza nella predisposizione della strategia di contrasto.

In altri termini, se può dirsi apprezzabile e condivisibile la scelta del legislatore di predisporre meccanismi di carattere processuale che siano in grado di arginare la paralisi processuale che rischia di verificarsi a causa delle forti pressioni delle associazioni mafiose sui testimoni, certamente meno apprezzabile è il metodo mediante il quale a tale scelta è stata data attuazione.

L'intervento del legislatore si è, infatti, caratterizzato (soprattutto nella versione originaria) per un'estrema rigidità, ponendosi in forte discontinuità con la disciplina codicistica, in contrasto con i principi fondamentali del rito accusatorio, e sacrificando eccessivamente i diritti difensivi degli imputati.

Nel corso degli anni si è, dunque, tentato, tramite mirati interventi normativi²¹, di ricercare un maggiore equilibrio tra la necessità di evitare l'usura dei testimoni e garantire la genuinità e attendibilità della prova dichiarativa da un lato, e l'esigenza di tutelare i diritti difensivi in gioco, dall'altro: si è in tal modo cercato di predisporre un sistema che, pur adeguandosi alle esigenze concrete poste dai fenomeni criminali da contrastare, non tralasci il necessario rispetto dei diritti degli imputati.

In realtà, si è dovuto attendere la normativa di attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 Cost., per poter riaffermare il rispetto dei canoni del giusto processo, posto che la disciplina precedente, lungi dell'essere ancorata al principio del contraddittorio, sembrava più che altro ispirata al vecchio principio inquisitorio di "non dispersione della prova".

Infatti, la versione originaria dell'art. 190 *bis*, prevedeva che, con riferimento ai procedimenti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, «quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'art. 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238, l'esame è ammesso solo se il giudice lo ritiene assolutamente necessario».

¹⁹ MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, cit, p. 728.

²⁰ BITONTI, voce *Doppio binario*, in *Dig. disc. pen., III agg.*, UTET, p. 411.

²¹ In particolare, la legge 7 agosto 1997, n. 267, nonché la legge 1 marzo 2001, n. 63, quest'ultima di attuazione della riforma costituzionale dell'art. 111 Cost.

Dalla lettura della disposizione si evince chiaramente come la normativa del 1992 si poneva in netto contrasto con i principi consacrati con l'entrata in vigore del codice del 1988: mentre la disciplina ordinaria, contenuta all'interno dell'art. 190 c.p.p., affida alle parti il ruolo di protagoniste nella fase dell'ammissione delle prove, (stabilendo un rigido rapporto tra le parti richiedenti ed il giudice decidente²²), la deroga contenuta all'interno dell'art. 190 *bis* c.p.p. stravolgeva tale equilibrio, affidando al giudice un'ampia discrezionalità in tema di ammissione probatoria, riconoscendogli un potere di esclusione della prova tutte le volte in cui quest'ultima non fosse stata ritenuta dal giudice «assolutamente necessaria»²³.

Invero la deroga contenuta all'interno della formulazione originaria del decreto era ancora più ampia di quella poi approvata, tanto da assumere la portata di una regola generale e non più di una deroga: era infatti previsto che tale giudizio di assoluta necessità costituisse il presupposto necessario per procedere all'escussione orale di soggetti che avessero reso precedenti dichiarazioni in sede di incidente probatorio, o rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 238, a prescindere dal tipo di reato oggetto del procedimento in corso²⁴. Tale impostazione fu tuttavia abbandonata in sede di conversione in legge del decreto, stante l'eccessiva portata della regola e la chiara inconciliabilità di quest'ultima con il principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Il testo licenziato in sede di conversione aveva dunque una portata più ristretta rispetto a quello contenuto all'interno del decreto legge: tuttavia, nonostante la riduzione del campo di applicazione della norma alle ipotesi di particolare allarme sociale, la compressione dei diritti difensivi continuava ad apparire, secondo parte della dottrina²⁵, eccessiva.

In particolare, il requisito dell'«assoluta necessità» risultava in concreto idoneo a riconoscere al giudice il potere di incidere in modo decisivo sulle sorti del dibattimento, ancorando l'ammissione probatoria alla discrezionale valutazione effettuata dal giudice.

Peraltro, ad acuire le perplessità contribuiva la circostanza che il requisito dell'«assoluta necessità» era destinato ad operare nella fase degli atti introduttivi del dibattimento; dunque, un criterio già di per sé ampiamente discrezionale era utilizzato in un momento in cui il livello di incertezza circa la fondatezza delle tesi accusatorie era ancora molto elevato: al giudice era richiesto di valutare l'assoluta necessità della prova basandosi su una piattaforma conoscitiva alquanto scarna²⁶.

Sotto altro profilo non può sfuggire come la formula utilizzata presentasse indubbe assonanze con il dettato dell'art. 507, comma 1, a norma del quale «terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova». Benché il legislatore abbia adottato la medesima formulazione normativa, il ruolo del giudice ed i poteri ad esso riconosciuti sono, nelle due

²² L'art. 190 c.p.p., rubricato «diritto alla prova», cui è affidata la definizione della regola generale in materia di ammissione probatoria prevede, infatti, che «Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti».

²³ MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, cit, p. 728.

²⁴ RIVELLO, *Commento all'art. 190 bis*, cit, p. 66.

²⁵ GAROFOLI, *Artt. 190 e 190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, cit.; BERNASCONI, voce *Criminalità organizzata*, in *Enc. dir.*, IV agg., 2000; RIVELLO, *Commento all'art. 190 bis*, cit..

²⁶ MAGGIO, *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.*, 2007, p. 3461

diverse ipotesi, completamente differenti. Nel caso della norma da ultimo citata, infatti, l'intervento del giudice giunge in un momento in cui la ricostruzione probatoria è tendenzialmente completa, ed il suo ruolo è dunque meramente integrativo; nel caso dell'art. 190**bis**, invece, il giudice si trova in una posizione nettamente predominante rispetto alle parti, le quali, per poter ottenere l'escussione di un teste già esaminato dovranno dimostrare l'indispensabilità di tale nuova audizione²⁷.

Peraltro, nel caso dell'art. 190 *bis* il giudice si trova a dover decidere sulle istanze istruttorie in una fase ancora iniziale del giudizio, quando la visione dei fatti è tutt'altro che completa, e dunque lo stesso canone di assoluta necessità rischia di divenire superfluo²⁸. In altri termini, come è stato osservato, si tratta di «un requisito di ammissione formalmente rigoroso ma dai contorni tutt'altro che definiti che finisce per attribuire al giudice un potere incontrollato e soggettivo ed un ruolo autoritario ed assolutamente discrezionale»²⁹.

Da quanto detto si evince chiaramente come la dottrina, successivamente all'entrata in vigore della legge n. 356 del 1992, si fosse mostrata tutt'altro che favorevole alle deroghe da questa predisposte, facendosi portavoce di istanze volte al recupero dei principi del contraddittorio tipici del sistema adottato nel 1988.

A prescindere dalle perplessità mostrate dalla dottrina in relazione all'ampiezza del requisito dell'assoluta necessità, le maggiori problematiche poste dalla disciplina risiedevano nell'alto rischio di collisione con i principi dettati dalla Costituzione che essa comportava.

In effetti, la normativa, facendo proprio il principio di fondo per cui l'acquisizione dei verbali di altri procedimenti o delle dichiarazioni rese in incidente probatorio fossero idonee a sostituire l'escussione orale, ed ancorando l'esame orale al parametro dell'assoluta necessità, si poneva in contrasto con i principi sanciti dagli artt. 24 e 111 Cost, nonché, secondo alcuni³⁰, con il dettato dell'art. 27, comma 2 Cost, posto a tutela della presunzione d'innocenza.

In particolare, mediante la violazione dei principi del giusto processo, oggi cristallizzati all'interno dell'art. 111 Cost., si finisce inesorabilmente per compromettere il diritto di difesa dell'imputato, tutelato dall'art. 24 Cost.: tramite quella che potremmo definire la «presunzione di superfluità» dell'esame orale di soggetti le cui dichiarazioni sono già state acquisite agli atti, si comprometteva inesorabilmente la possibilità dell'imputato di sviluppare pienamente la propria strategia difensiva. L'imputato vedeva ancorato il proprio diritto alla difesa (presupposto indefettibile perché si possa parlare di giusto processo) alla valutazione di assoluta necessità effettuata dal giudice, sulla base di un sistema che appariva in grado di «trasformare una situazione di diritto soggettivo della parte in un mero *ius postulandus*»³¹.

Peraltro la norma era idonea a determinare la lesione del principio del contraddittorio nella formazione della prova, tutelato dall'art. 111 Cost, il quale (imponendo che l'assunzione della prova avvenga mediante un confronto dialettico tra le parti, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale) non ammette limitazioni diverse da quelle previste dal 5° comma dello stesso

²⁷ MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, cit, p. 730

²⁸ RIVELLO, *Commento all'art. 3 D.L.8/6/1992 N. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, p. 55

²⁹ GAROFOLI, *Artt. 190 e 190 bis cpp: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, cit, p. 947

³⁰ *Requisiti della prova in casi particolari* in AA.VV. *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA-SPANGHER, Ipsoa, Milano, 2001, p. 1830.

³¹ GAROFOLI, *Artt. 190 e 190 bis cpp: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, cit, p.498.

articolo³², all'interno delle quali non era tuttavia riconducibile l'originaria formulazione dell'art. 190 *bis* c.p.p..

D'altro canto, a difesa delle scelte adottate, i fautori della riforma ribadivano che la norma garantiva l'acquisizione di dichiarazioni *comunque* acquisite in contraddittorio, seppure in procedimenti diversi: si poneva cioè l'accento sul fatto che le dichiarazioni acquisite nel processo *ad quem* non erano il risultato di dichiarazioni unilaterali, ma erano state comunque sottoposte a confronto dialettico, seppure tra parti differenti.

Tuttavia una simile impostazione finiva per svilire il concetto stesso di contraddittorio, riducendolo ad un mero esercizio dialettico. Al contrario, il contraddittorio è un metodo di accertamento dei fatti che presuppone, ai fini della sua efficacia, che il confronto avvenga tra l'autore delle dichiarazioni incriminanti e il destinatario delle medesime³³.

In altri termini, un conto è garantire un rapporto dialogico tra due soggetti che sostengono due diverse versioni di un medesimo avvenimento, al fine di accertare proprio tramite tale metodo, la verità dei fatti; altro e diverso conto è acquisire determinate dichiarazioni sulla base del presupposto che questo sono state già affrontate in altra sede, con altri soggetti, e verosimilmente sotto diversi profili.

La riforma del '92 determinava, dunque, una forte limitazione del diritto al contraddittorio, proprio nell'ambito di quei procedimenti che, per particolare complessità e delicatezza avrebbero richiesto un maggiore sviluppo di tale principio.

Il diritto di difesa veniva dunque irrimediabilmente compromesso da una disciplina adottata senza un corretto bilanciamento di interessi³⁴.

Tanto premesso, la necessità di predisporre un sistema differenziato di acquisizione probatoria nelle ipotesi in cui essa non solo risulti particolarmente complessa, ma altresì rischiosa per la vita e l'incolumità dei soggetti coinvolti, può anche qualificarsi come un interesse meritevole di tutela al punto da legittimare una compressione di eventuali diritti con esso confliggenti, quale ad esempio il diritto di difesa.

Ciò posto, sembra tuttavia che il legislatore non abbia compiuto un'attenta operazione di bilanciamento, stante l'eccessiva compressione del diritto di difesa che è stata perpetrata, mediante la scelta di ancorare la previsione dell'art. 190 *bis* c.p.p. a presupposti eccessivamente ampi.

In altri termini, se può considerarsi in linea di principio ammissibile la scelta del legislatore di bilanciare il diritto di difesa con le esigenze di incolumità dei dichiaranti e di attendibilità e genuinità della prova, predisponendo meccanismi di acquisizione probatoria che tengano in dovuta considerazione i rischi connessi all'accertamento dei reati di matrice mafiosa, meno comprensibile è l'eccessiva rigidità con la quale si è provveduto a raggiungere tale obiettivo.

³² «La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita».

³³ CATALANO, *Requisiti investigativi, procedimento probatorio e decisione nei processi di mafia*, in AA.VV. *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di BARGI, diretto da GAITO - SPANGHER, Giappichelli, 2013 p. 1031.

³⁴ Come è noto, infatti, il nostro sistema costituzionale, se per un verso riconosce agli individui una serie di diritti fondamentali, per altro verso ne ammette la limitazione ogniqualvolta essi entrano in contrasto con diversi ed incompatibili interessi, anch'essi primari: si impone dunque un bilanciamento di interessi, in guisa da trovare il giusto equilibrio tra situazioni soggettive incompatibili.

2.2. EVOLUZIONE ED ANALISI DELLA NORMATIVA

È indubbio che la prima formulazione della norma in esame sia stata influenzata dal contesto politico-sociale dell'epoca, caratterizzato da una forte tensione sociale, causata dal frequente verificarsi di episodi delittuosi che hanno visto protagonisti tali associazioni criminali: da ciò una situazione di allarme sociale diffusa che ha imposto al legislatore la predisposizione di una normativa di carattere emergenziale.

Proprio tale carattere ne ha limitato l'effettività e l'organicità, determinando nel legislatore un condizionamento che ha impedito l'effettuazione di una distaccata ed oggettiva analisi dei fenomeni, sì da predisporre una disciplina organica ed equilibrata.

Mutato il quadro di riferimento, e maturata nel legislatore la consapevolezza dei limiti intrinseci manifestati dalla disciplina del 1992, si è avvertita l'esigenza di una modifica sostanziale di quella disciplina che nella pratica si era dimostrata poco rispettosa dei diritti degli imputati. Si è così giunti all'approvazione della legge 7 agosto 1997, n. 267, la quale avrebbe dovuto rappresentare un'occasione per ritrovare l'equilibrio perduto a seguito dell'introduzione del regime derogatorio.

In realtà la novella legislativa deluse le aspettative di quanti auspicavano una diretta modifica della disciplina contenuta nell'art. 190 *bis* c.p.p.: la legge del 1997, infatti, lascia invariato il dettato di tale ultima disposizione, ma riesce comunque, seppure indirettamente, ad incidere sul raggio di operatività della norma, mediante l'introduzione, all'interno dell'art. 238, di un nuovo comma *2bis*, che va ad incidere sul campo d'applicazione dell'art. 190 *bis*³⁵.

Si è detto che l'art. 190 *bis* consentiva al giudice di escludere (qualora non fosse stato assolutamente necessario) l'esame del testimone che avesse reso precedenti dichiarazioni in sede di incidente probatorio o ovvero in un altro procedimento, i cui verbali fossero stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p. . Tale ultima disposizione, prima della riforma del 1997, ammetteva l'acquisizione di verbali di altro procedimento solo nell'ipotesi in cui le prove fossero state assunte in incidente probatorio o in dibattimento: la circolazione dei verbali era dunque ammessa nelle ipotesi in cui la prova fosse stata assunta in contraddittorio, ma tra parti normalmente diverse³⁶. Di conseguenza, mediante il combinato disposto degli artt. 190 *bis* e 238 c.p.p., poteva accadere che a carico dell'imputato di un procedimento di criminalità organizzata fossero acquisite dichiarazioni rese da testimoni in procedimenti differenti, senza che allo stesso imputato fosse riconosciuta la possibilità di interloquire con il teste. La colpevolezza di un soggetto poteva dunque basarsi su prove acquisite fuori dal procedimento penale in questione e in totale assenza di contraddittorio: situazione oltremodo incompatibile con i principi cardine del sistema accusatorio.

Il legislatore del 1997 interviene dunque a modificare il testo dell'art. 238 c.p.p., inserendo il comma *2bis*, in base al quale è oggi previsto che i verbali di altro procedimento «sono utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione»³⁷.

³⁵ BERNASCONI, *Diritto al contraddittorio e requisiti della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit, p. 110.

³⁶ ILLUMINATI, *Uno sguardo unitario alle riforme dell'estate 1997*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, II, p. 1523.

³⁷ Comma aggiunto dall'art. 3 della legge n. 234 del 1997.

In tal modo anche la portata dell'art. 190 *bis* c.p.p. viene ridimensionata: l'esame orale può escludersi solo nell'ipotesi in cui il teste abbia già effettuato la propria dichiarazione in un altro procedimento, ma a condizione che a tale dichiarazione abbia assistito il difensore dell'imputato.

Sembra dunque che la novella del 1997, modificando il campo d'applicazione dell'art. 238 c.p.p., abbia provveduto a ristabilire il contraddittorio tra le parti, anche se residuavano dubbi circa l'effettiva tutela offerta a tale diritto.

Come correttamente affermato³⁸, infatti, non può dirsi che la previsione del comma 2 *bis* abbia totalmente soddisfatto le esigenze difensive proprie dell'imputato nei cui confronti le dichiarazioni saranno utilizzate: la presenza del difensore dell'imputato nel momento in cui il teste effettua le proprie dichiarazioni in un diverso procedimento, se per un verso consente quantomeno un confronto tra le parti, per altro verso può anche risultare privo di rilevanza nel procedimento *ad quem*. Il procedimento *a quo*, infatti, verterà ragionevolmente su imputazioni differenti, e investirà differenti atti processuali, per cui risulta improbabile che si possa dar vita ad un contraddittorio reale rispetto ai contenuti delle dichiarazioni che avrebbero potuto interessare un diverso procedimento.

Il procedimento *ad quem* potrebbe richiedere ulteriori precisazioni o contestazioni che al momento in cui le dichiarazioni venivano rese non si ritenevano opportune né necessarie: ecco allora che il requisito dell'assoluta necessità mutuato nell'art. 190 *bis* continuava a fungere da limite invalicabile all'instaurazione di un reale ed efficace contraddittorio tra le parti.

Si dovrà attendere l'approvazione della legge 1 marzo 2001, n. 63³⁹ che, intervenendo nel tessuto normativo degli artt. 190 *bis* e 238 c.p.p., mette a punto un metodo di acquisizione probatoria maggiormente rispettoso del diritto al contraddittorio, ponendo un preciso limite all'utilizzabilità delle dichiarazioni rese al di fuori del dibattimento e ridisegnando i presupposti in presenza dei quali la deroga alla disciplina prevista dall'art 190 possa ritenersi praticabile⁴⁰.

In particolare, possono individuarsi due piani, distinti e tra loro connessi, sui quali la norma sembra voler operare, entrambi intimamente connessi al principio del contraddittorio nella formazione della prova: partendo dal riconoscimento di tale principio anche nell'ambito operativo della normativa derogatoria, la norma sancisce, per un verso, l'inutilizzabilità in dibattimento di dichiarazioni assunte unilateralmente dagli organi inquirenti, e, per altro verso, il rigoroso rispetto del diritto dell'imputato a confrontarsi con il suo accusatore^{41,42}.

In base a quanto disposto dall'attuale versione dell'art. 190 *bis*, comma 1 c.p.p. «quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel

³⁸ MARZADURI, *Commento all'art. 3 del d.l. 10.10.2001 n. 374*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 166.

³⁹ Recante «modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione alla legge costituzionale di riforma dell'art. 111 Cost»

⁴⁰ MAGGIO, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del collegio nei processi in materia di criminalità organizzata: un'inedita riproposizione del paradigma dell'assoluta necessità probatoria*, cit.

⁴¹ MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, cit, p. 732.

⁴² Peraltro, la consapevolezza del contrasto tra il dettato dell'art. 190 *bis* ed i principi costituzionali si era già palesata in fase di elaborazione della legge del 2001: in particolare, durante i lavori parlamentari, sebbene nessuna proposta fu avanzata in merito alla possibilità di eliminare in toto la disciplina derogatoria (sintomo della convinzione, da parte dei relatori, che mediante le necessarie modifiche, il sistema derogatorio si sarebbe potuto rendere costituzionalmente compatibile), molti furono gli emendamenti mirati a garantire un maggiore rispetto del principio consacrato nell'art. 111 Cost.

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

La novella del 2001, pur non stravolgendo l'impianto dell'art. 190 *bis* c.p.p., ne modifica alcuni aspetti centrali in guisa da renderlo maggiormente compatibile con i diritti riconosciuti dalla nostra Carta costituzionale: in primo luogo, viene estesa l'area procedimentale nell'ambito della quale la dichiarazione può essere assunta (non più dunque solo in sede di incidente probatorio, o in altri procedimenti ma anche in dibattimento); in secondo luogo si impone, ai fini dell'acquisizione delle precedenti dichiarazioni, che queste ultime siano state rese in contraddittorio con la persona nei cui confronti tali disposizioni saranno utilizzate; infine, si abbandona definitivamente il requisito che aveva rappresentato il profilo maggiormente problematico della disciplina, ossia quello dell'«assoluta necessità», ancorando la scelta del giudice ad una serie di criterio che dovrebbero ridurre la discrezionalità⁴³.

Esaminando più nel dettaglio la portata innovativa della riforma del 2001, è opportuno prendere le mosse dall'esatta individuazione delle sedi processuali nelle quali possono essere rese le dichiarazioni i cui verbali andranno a sostituire l'esame orale.

Perché dichiarazioni fatte nel procedimento *a quo* possano risultare idonee a escludere l'esame orale del dichiarante nel processo *ad quem* è necessario che esse siano state rese in sede di incidente probatorio o in dibattimento.

Tuttavia, in entrambi i casi, affinché dette dichiarazioni possano dirsi idonee a sostituire l'escussione orale del dichiarante nell'ambito del procedimento *ad quem*, è comunque necessario che esse siano state assunte in contraddittorio con la presenza del difensore dell'imputato nei cui riguardi le dichiarazioni saranno utilizzate. Da tale requisito non si può prescindere, posto che se così non fosse (cioè se fosse possibile utilizzare dichiarazioni assunte unilateralmente), la dichiarazione stessa dovrebbe considerarsi affetta da inutilizzabilità «soggettiva», con conseguente riespansione dell'ambito di operatività degli ordinari criteri di ammissione della prova previsti dall'art. 190 c.p.p.: la nuova audizione della fonte di prova dipenderà dal giudizio di non manifesta superfluità o irrilevanza della prova effettuato dal giudice⁴⁴.

Tornando all'analisi delle sedi processuali nel corso delle quali devono essere effettuate le dichiarazioni, va precisato come la scelta di ammettere l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese in sede di incidente probatorio porta con sé i limiti propri di tale istituto. Sebbene infatti quest'ultimo nasca proprio con il preciso intento di anticipare l'acquisizione probatoria in tutta una serie di ipotesi contemplate dall'art. 392 c.p.p., la prova assunta in tale contesto risulta essere per certi versi «incompleta»: infatti, la limitazione dell'operatività dell'istituto solo nella fase delle indagini preliminari pregiudica irrimediabilmente la conoscenza dei fatti, che risulta essere, naturalmente, limitata⁴⁵.

⁴³ MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, cit, p. 732.

⁴⁴ D'altronde se così non fosse la normativa continuerebbe irrimediabilmente a porsi in contrasto con il dettato costituzionale, ledendo uno dei principi fondamentali che regolano il processo penale (quello del diritto al contraddittorio) e sacrificando in maniera intollerabile i diritti difensivi degli imputati coinvolti.

⁴⁵ MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, cit, p. 733.

Di conseguenza, è legittimo dubitare della completezza delle informazioni acquisite in base a dichiarazioni rese in una fase del procedimento ancora iniziale, posto che, verosimilmente, la scarsa conoscenza dei fatti, impedirà l'instaurazione di un reale contraddittorio⁴⁶.

Peraltro, fatta eccezione per l'ipotesi contemplata dall'art. 393, comma 2 *bis*, il legislatore non ha imposto in capo al p.m. un preciso obbligo di *discovery* degli atti di indagine, con la conseguenza che il difensore che parteciperà all'assunzione di una prova orale in sede di incidente probatorio, sarà di fatto dotato di una conoscenza solo parziale degli atti di indagine, con ovvie ripercussioni in termini di completezza e affidabilità dell'esame svolto in tale sede⁴⁷.

Tuttavia l'incidente probatorio è un istituto dal quale non può prescindersi perché funzionale a garantire il rispetto del contraddittorio in una fase antecedente all'instaurazione del processo vero e proprio: in tal senso sarebbe forse opportuno, per eliminare le distorsioni che caratterizzano tale istituto, predisporre un obbligo di *discovery* in tutte le ipotesi contemplate dall'art. 392 c.p.p..

In tal modo si garantirebbe l'instaurazione di un contraddittorio effettivo tra due parti, (dotate entrambe del medesimo bagaglio conoscitivo), e dunque in grado di sostenere un esame testimoniale tendenzialmente completo e soddisfacente; ciò tuttavia imporrebbe un necessario sacrificio alla segretezza delle investigazioni, interesse che al momento il legislatore sembra ritenere prevalente rispetto alle istanze di tutela del contraddittorio.

Tornando alla disamina della disciplina del nuovo art. 190 *bis*, la novella del 2001 ha inserito, accanto alle ipotesi in cui la dichiarazione è stata resa in sede di incidente probatorio ovvero in altro procedimento i cui verbali sono stati assunti a norma dell'art. 238, anche la diversa circostanza in cui le dichiarazioni sono state rese in dibattimento, in contraddittorio con il difensore dell'imputato nei cui riguardi sarà utilizzata.

Si deve ovviamente trattare di un dibattimento svolto nel medesimo procedimento, altrimenti la previsione sarebbe evidentemente superflua: qualora infatti si trattasse di dibattimento di altro procedimento troverebbe applicazione la disposizione contenuta all'interno dell'art. 238 c.p.p.⁴⁸.

Perché si possa dare concretezza all'ipotesi, è necessaria la configurazione di una situazione in cui il principio di oralità-immediatezza risulti compromesso: in primo luogo, verosimilmente questo avverrà nel caso in cui venga disposta la riunione di più processi, tutti nella fase dell'istruzione dibattimentale⁴⁹, ovvero nell'ipotesi di mutamento della composizione del giudice collegiale.

Per comprendere a pieno tale ultima ipotesi è opportuno richiamare alla mente il disposto dell'art. 525, comma 2 c.p.p., in base al quale alla deliberazione della sentenza concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno preso parte al dibattimento, nel pieno rispetto del principio di oralità-immediatezza⁵⁰: il che impone la rinnovazione del dibattimento dinanzi al nuovo collegio.

⁴⁶ D'altro canto, il fatto che la prova viene acquisita nel corso delle indagini preliminari rappresenta il limite e nel contempo la ragion d'essere dell'istituto di cui all'art. 392: di conseguenza sarebbe erroneo considerare come un limite all'operatività dell'art. 190 *bis* quello che in realtà è un limite intrinseco all'istituto dell'incidente probatorio.

⁴⁷ ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., p. 611.

⁴⁸ MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, cit., p. 733.

⁴⁹ MARZADURI, *Commento all'art. 3 del d.l. 10.10.2001 n. 374*, cit, p. 170.

⁵⁰ MAGGIO, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del collegio nei processi in materia di criminalità organizzata: un'inedita riproposizione del paradigma dell'assoluta necessità probatoria*, cit.

Nei processi ordinari, come ha avuto modo di precisare la Corte Costituzionale⁵¹, ciò determinerà una nuova valutazione da parte del nuovo giudice circa l'ammissione della prova, secondo i parametri di cui all'art. 190 c.p.p. (dunque la prova sarà esclusa solo se manifestamente superflua o irrilevante), e sarà poi assunta secondo le modalità prescritte dall'art. 511 comma 2: sarà dunque data la precedenza all'esame orale del dichiarante, e solo successivamente si potrà dare lettura dei verbali delle dichiarazioni. È in tale contesto che si colloca la deroga contenuta nell'art. 190 *bis* c.p.p.: qualora muti la composizione del collegio, e si tratti di procedimenti di criminalità organizzata, il giudice provvederà direttamente all'acquisizione dei verbali delle dichiarazioni rese dinanzi al precedente collegio, ammettendo l'escussione orale solo qualora ricorrano i presupposti definiti dalla seconda parte dell'art. 190 *bis* c.p.p.⁵².

L'ultima ipotesi in cui l'art. 190 *bis* c.p.p. consente di derogare all'escussione orale di soggetti già sentiti, si configura tutte le volte in cui i soggetti di cui all'art. 210 c.p.p. (le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lett a), nei confronti delle quali si procede o si è proceduto separatamente e che non possono assumere l'ufficio di testimone) abbiano reso dichiarazioni in altri procedimenti i cui verbali siano stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p.. Per quanto la novella del 2001 non ha interessato l'art. 190 *bis* c.p.p. in tale parte, la modifica ha coinvolto l'art. 238 c.p.p., modificandone il campo d'applicazione, ed incidendo, dunque, indirettamente sulla portata dell'art. 190 *bis* c.p.p.⁵³

Se, infatti, in base a quanto previsto dal vecchio art. 238 c.p.p., i verbali delle dichiarazioni dei soggetti richiamati dall'art. 210 c.p.p. potevano essere utilizzati solo contro gli imputati i cui difensori avessero partecipato alla relativa assunzione, a seguito della modifica del 2001, tale limite di utilizzabilità è esteso a tutte le dichiarazioni, senza che siano più previsti limiti in relazione ai soggetti dichiaranti⁵⁴.

Il nuovo art. 238 c.p.p. subordina alla partecipazione difensiva l'utilizzazione dei verbali di dichiarazioni, senza nessuna specificazione, dunque la regola potrà ragionevolmente valere anche per i testimoni, con chiare ripercussioni sulla sfera applicativa dell'art. 190 *bis*.

Peraltro, a proposito della circolazione dei verbali delle dichiarazioni tra procedimenti differenti va detto, come da più parti precisato⁵⁵, che la presenza del difensore non garantisce necessariamente l'instaurazione di un effettivo contraddittorio: come prima evidenziato, trattandosi di procedimenti diversi, relativi a diverse imputazioni non è affatto scontato che la semplice presenza del difensore soddisfi quella completezza del contraddittorio che il principio di oralità mira a garantire⁵⁶.

Se ciò si aggiunge che, in virtù del richiamo all'art. 190 *bis* c.p.p. contenuto al comma 5 dell'art. 238 c.p.p., il diritto di ottenere l'escussione orale del dichiarante risulta ancorata a

⁵¹ C. cost. ord. 11 dicembre 2001, n. 399, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1359.

⁵² MOROSINI, *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190 bis cpp)* in AA.VV. *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e validità della prova*, a cura di TONINI, Padova, 2001, p. 226.

⁵³ CALAMANDREI, *Le nuove regole sulla circolazione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1, p. 1830.

⁵⁴ MARZADURI-MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, in *Guida dir.* 2001, 1, 13, p. 49.

⁵⁵ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit, p. 87 ss.; MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, cit., p. 736; MARZADURI-MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, cit, p. 49.

⁵⁶ MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, cit., p. 736.

parametri più rigidi rispetto a quelli previsti in via ordinaria, si rischia di far permanere il dubbio circa la piena legittimità costituzionale della disciplina.

Analizzate dunque le sedi processuali nel corso delle quali devono essere rese le dichiarazioni rilevanti ai fini dell'art. 190 *bis* c.p.p., è ora opportuno procedere alla disamina dei presupposti in base ai quali troverà applicazione il regime derogatorio.

In virtù di quanto disposto dalla norma da ultimo citata, le dichiarazioni rese dai testimoni o dai soggetti di cui all'art. 210 c.p.p. (in incidente probatorio o in dibattimento, in contraddittorio con i difensori degli imputati nei cui confronti devono essere utilizzate, nonché quelle rese in altri procedimenti, i cui verbali vengono acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p.), possono essere acquisite dal giudice, ed inserite nel fascicolo del dibattimento senza che sia necessario procedere all'escussione orale dei soggetti che tali dichiarazioni hanno reso.

L'art. 190 *bis* c.p.p. fissa, dunque, la regola generale per cui, nei procedimenti di criminalità organizzata, si deroga agli ordinari meccanismi di ammissione della prova ed al principio di oralità, e si ammette l'acquisizione della dichiarazione scritta in luogo della prova orale.

Tuttavia, tale regola generale trova un limite nella previsione contenuta nella seconda parte dell'art. 190 *bis* c.p.p.: «l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o talune delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze».

Vengono così fissati due diversi presupposti, in presenza dei quali si riafferma la prevalenza della prova orale su quella scritta e si determina così il ripristino della primazia dell'oralità.

Il legislatore del 2001 sembra aver abbandonato il criterio dell'assoluta necessità che, come si è avuto modo di notare, rendeva di fatto il giudice arbitro della prova, riconoscendogli ampia discrezionalità nell'esercizio dei propri poteri di controllo⁵⁷: oggi l'escussione di persone che hanno già reso dichiarazioni è ammesso solo qualora riguardi «fatti o circostanze diverse da quelle oggetto delle precedenti dichiarazioni», ovvero «se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario, sulla base di specifiche esigenze». Si è in tal modo tentato di allontanare i sospetti di illegittimità costituzionale che gravavano sulla vecchia formulazione della norma, la quale si mostrava di fatto insufficiente ad assicurare un idoneo livello di tutela dei diritti di difesa⁵⁸.

I due criteri, delineati in maniera più precisa e dettagliata, sono riconducibili all'esigenza di escludere qualsivoglia limitazione del diritto alla prova qualora vi siano ancora fatti o circostanze da chiarire o accertare⁵⁹.

Per quanto concerne il primo dei due requisiti, ossia quello relativo all'ipotesi in cui l'esame orale verta di fatti o circostanze diverse da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni, esso sembra destinato ad operare qualora in dibattimento emergano circostanze nuove che si ritiene utile accertare anche mediante un nuovo ascolto della parte già esaminata⁶⁰.

Il nuovo requisito della “diversità dell'oggetto dell'esame” è in qualche modo assimilabile al generale criterio di «non manifesta superfluità» previsto dall'art. 190 c.p.p.: infatti, l'esame che riguarda fatti o circostanze differenti rispetto a quanto già noto non potrebbe ragionevolmente

⁵⁷ MOROSINI, *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190 bis cpp)*, cit, p. 228.

⁵⁸ MARZADURI, *Commento all'art. 3 del d.l. 10.10.2001 n. 374*, cit., p. 170.

⁵⁹ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit, p. 86.

⁶⁰ MOROSINI, *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190 bis cpp)*, cit, p. 228.

ritenersi superfluo; d'altro conto, lo stesso criterio sembra riprendere altresì il criterio di pertinenza rilevanza, sancito dall'art. 187 c.p.p., delineando in maniera abbastanza chiara la portata della norma⁶¹.

Ciò dimostra come sia errato ritenere che il requisito della diversità non abbia apportato alcuna reale modifica della disciplina, nel senso di affermare che i fatti idonei ad integrare detto nuovo requisito sarebbe stati comunque in grado di rientrare negli estremi dell'assoluta necessità: l'utilizzo di tale ultima formula, infatti, limitava il ricorso all'escussione orale nei soli casi in cui l'assunzione della prova appariva *ictu oculi* decisiva ai fini del processo, richiedendo dunque qualcosa di più che la semplice circostanza che l'esame verta su fatti o circostanze diversi⁶². In altri termini, il nuovo requisito amplia le possibilità di ricorso all'esame orale, riducendo la rigidità della disciplina ed i rischi di frizione con il dettato costituzionale.

Meno chiaro, e fonte di maggiori perplessità è il secondo requisito previsto dall'art. 190 c.p.p. ai fini della "riassunzione" della prova, posto che si pone come imprescindibile l'esigenza di chiarire quali siano, e come vadano intese, le specifiche esigenze sulla base delle quali il nuovo esame appare necessario.

Secondo alcuni autori⁶³, detto requisito andrebbe interpretato in senso ampio, in guisa da ammettere una nuova escussione orale in tutti i casi in cui la dichiarazione precedentemente resa possa fare sorgere dubbi, in termini di attendibilità del soggetto dichiarante ovvero nell'ipotesi in cui la stessa risulti lacunosa ed imprecisa⁶⁴.

Peraltro, non manca chi⁶⁵, pur apprezzando la scelta del legislatore di ridurre i poteri decisori riconosciuti al giudice dal "vecchio" art. 190 *bis* c.p.p., ritiene comunque eccessivamente «evanescente ed ambiguo» anche tale requisito, che si rivela in concreto idoneo a legittimare «scelte imprevedibili dell'organo giudicante su un tema così scottante e decisivo».

Il criterio che ancora il nuovo esame all'ipotesi in cui questo sia «necessario sulla base di specifiche esigenze» sembra essere meno esigente rispetto ai criteri richiesti sia dall'art. 507 (relativo all'ammissione di nuove prove al termine dell'acquisizione probatoria), che dall'art. 603, comma 1 (concernente la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello), i quali pretendono, ai fini di una nuova escussione «la non decidibilità allo stato degli atti», dunque ad una situazione "estrema", che non permette al giudice di assumere le proprie decisioni⁶⁶. Nel caso in esame, invece, la reiterazione dell'esame orale va ancorata ad esigenze di completamento della piattaforma conoscitiva del giudice, e sarà, verosimilmente, esperibile in tutte i casi in cui si manifesti l'esigenza di colmare l'incompletezza o la contraddittorietà delle dichiarazioni ottenute, ovvero di reperire ulteriori elementi che appaiano utili alla formazione del convincimento del giudice: in questo caso, dunque, la parte che richiede la riassunzione

⁶¹ MAGGIO, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del collegio nei processi in materia di criminalità organizzata: un'inedita riproposizione del paradigma dell'assoluta necessità probatoria*, cit.

⁶² MARZADURI, *Commento all'art. 3 del d.l. 10.10.2001 n. 374*, cit, p. 170.

⁶³ MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, cit, p. 735.

⁶⁴ Nello stesso senso Cass, sez. III 8 aprile 2010, n. 19729, in *Mass. Uff.* n. 247190: «la parziale reticenza del testimone che abbia già reso, nel contraddittorio delle parti, dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento [è idonea a legittimare un nuovo esame] a condizione che siano indicati gli elementi in base ai quali può ritenersi probabile il superamento delle lacune».

⁶⁵ MAGGIO, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del collegio nei processi in materia di criminalità organizzata: un'inedita riproposizione del paradigma dell'assoluta necessità probatoria*, cit.

⁶⁶ MOROSINI, *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190 bis c.p.p.)*, cit., p. 228.

della prova, dovrà motivare la sua richiesta in maniera più ampia rispetto alla semplice non superfluità o rilevanza della prova.

Sotto altro aspetto va sottolineato come l'art. 190 *bis* c.p.p. prevede che la rinnovazione dell'esame è ammessa qualora «il giudice o una delle parti» lo ritengano necessario sulla base di specifiche esigenze.

Va dunque necessariamente analizzato il ruolo che, in base al dettato normativo, è affidato alle parti e al giudice.

Quanto al ruolo delle parti, da una prima lettura sembrerebbe che la norma ponga sullo stesso piano l'eventualità in cui il giudice o talune delle parti evidenzino la necessità di procedere alla ripetizione dell'esame: in tal senso sembrerebbe non sussistere un controllo da parte dell'organo decidente sulla fondatezza della richiesta eventualmente presentata dalle parti.

Senonché una tale impostazione non pare accettabile, posto che tanto l'analisi dei lavori parlamentari, quanto ragioni di coerenza sistematica spingono nel ritenere inammissibile una simile soluzione: dai lavori parlamentari emerge infatti chiaramente come l'intento del legislatore sia quello di ricondurre alla verifica del giudice la decisione sull'ammissione del nuovo esame, anche nell'ipotesi in cui la richiesta provenga dalle parti⁶⁷.

D'altro canto, ragioni di organicità del tessuto normativo spingono a ritenere che alle parti vada necessariamente riconosciuto un mero potere sollecitatorio nei confronti del giudice: se così non fosse, se cioè si ritenesse di dover riconoscere alle parti un potere vincolante sul giudice, non avrebbe alcun significato il riferimento alle specifiche esigenze a supporto della richiesta⁶⁸, e si finirebbe per svilire la portata derogatoria dell'art. 190 *bis*, comma 1 c.p.p., rispetto alla disciplina ordinaria.

Senza considerare che una simile impostazione, volta a sancire la primazia della volontà delle parti in merito alla nuova escussione orale, priverebbe di significato la disposizione, posto che la scelta circa l'autorizzazione alla reiterazione delle dichiarazioni non può che rientrare nell'alveo delle decisioni concernenti l'ammissibilità delle prove, tradizionalmente rimesse al giudice.

È dunque corretto ritenere, come è stato sostenuto, che il riferimento contenuto all'interno dell'art. 190 *bis* c.p.p. tanto al giudice quanto alle parti vada inteso come un riferimento «ad un potere esercitabile tanto d'ufficio che su richiesta di parte: alla parte compete solo la facoltà di prospettare le “specifiche esigenze” che rendono l'esame necessario, ma la valutazione resta sempre riservata al giudice»⁶⁹.

Si pone dunque il problema di valutare se, ed eventualmente in che termini, la norma abbia influito sulla delimitazione del potere riconosciuto al giudice. Si è già detto di come la precedente formulazione dell'art. 190 *bis* c.p.p., ancorando il sindacato del giudice al parametro dell'assoluta necessità, attribuiva un potere «incontrollato e soggettivo»⁷⁰, «autoritario ed assolutamente discrezionale»⁷¹.

⁶⁷ MARZADURI, *Commento all'art. 3 del d.l. 10.10.2001 n. 374*, cit., p. 170.

⁶⁸ MARZADURI-MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, cit., p. 50.

⁶⁹ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 86.

⁷⁰ MELCHIONDA, *Prova in generale*, in *Dir. proc. pen.*, agg. I, Milano, 1997, 838.

⁷¹ AMBROSINI, sub art. 595 c.p.p., in *Commentario al codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, II agg., p. 237.

Occorre perciò chiarire se effettivamente la novella del 2001 si sia dimostrata idonea a ridimensionare quell'eccessiva discrezionalità riconosciuta al giudice che esponeva la norma al rischio di contrasto con i diritti difensivi dell'imputato tutelati in Costituzione.

Malgrado gli sforzi del legislatore i poteri di intervento riconosciuti al giudice sembrano essere ancora particolarmente ampi: la formula relativa alle specifiche esigenze che devono sussistere perché si possa procedere ad una nuova escussione orale non sembra sufficientemente chiara, soprattutto se rapportata al disposto dell'art. 190 c.p.p., dove, come si è detto, il ruolo del giudice, per quanto decisivo, rimane comunque ancorato ad una valutazione in negativo circa l'esclusione della nuova prova e non, come nella norma in esame, in positivo, circa l'ammissione della stessa⁷².

Sembra dunque che la nuova disposizione, sebbene abbia ancorato il giudizio del giudice ad un parametro certamente meno aleatorio del generico riferimento all'assoluta necessità, appaia ancora troppo vaga, ed idonea a riconoscere al giudice un ruolo primario che, secondo la disciplina ordinaria, gli è estraneo.

2.3. PROFILI DI COMPATIBILITÀ COSTITUZIONALE DELLA DISCIPLINA

Resta da esaminare l'effettivo impatto di tale modifica sull'intera disposizione, in particolare, verificando se i dubbi di legittimità costituzionale che caratterizzavano tale disposizione possono dirsi ormai diradati, ovvero se, nonostante l'intervento riformatore, le peculiarità della materia e l'ambito sul quale la normativa speciale è destinata ad operare continuano a non consentire margini di operatività per una disciplina derogatoria.

In realtà, per quanto la nuova formulazione della norma non possa certo dirsi esente da critiche, sarebbe ingiusto non riconoscere il pregio di aver "smussato" gli aspetti particolarmente rigidi della precedente disciplina, tentando di trasformare quella che era una disposizione nata da esigenze di carattere emergenziale, caratterizzata da forti ambiguità, in un dettato normativo che si muove verso la ricerca di una maggiore coerenza e organicità con il tessuto codicistico.

Tramite le modifiche volte a garantire il rispetto del contraddittorio anche nelle diverse sedi processuali dove sono rese le dichiarazioni cui l'art. 190 *bis* c.p.p. fa riferimento, si garantisce un maggiore rispetto dei principi cardine del processo penale e una maggiore tutela dei diritti difensivi degli imputati.

La rigidità della norma, che richiede che l'utilizzabilità delle dichiarazioni in un diverso procedimento (ovvero in una diversa fase del medesimo procedimento) sia subordinata alla loro assunzione in contraddittorio con il difensore dell'imputato "destinatario" delle stesse, garantisce certamente un maggiore rispetto del metodo dialettico che funge da colonna portante dell'intero processo penale.

Con ciò non si intende sostenere che la normativa derogatoria non abbia apportato alcuna compressione dei diritti fondamentali, né tantomeno si può negare che la preferenza data dall'art. 190 *bis* c.p.p. alla prova scritta rispetto a quella orale, rappresenti una deroga non indifferente ai canoni del rito accusatorio.

⁷² MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, cit.

In altri termini, si è perfettamente consapevoli del limite “intrinseco” della disciplina, che consiste nel considerare superfluo l’esame orale ogniqualvolta si è nelle condizioni di acquisire la prova in forma scritta, ossia nel ritenere interscambiabili il verbale di una dichiarazione con l’escussione orale del dichiarante. Tale impostazione di fondo va censurata nei limiti in cui sembra non prestare attenzione al diverso contesto in cui è resa la dichiarazione il cui verbale è acquisito, e va contestata qualora rischia di sacrificare, in maniera forse eccessivamente “sbrigativa”, il canone dell’oralità che costituisce un presupposto indefettibile affinché l’accertamento processuale venga svolto nel pieno rispetto dei diritti di difesa .

Posto dunque che la norma sembra aver assunto un approccio di fondo che la rende intrinsecamente idonea ad entrare in contrasto con i principi cardine del nostro sistema, cionondimeno non possono non considerarsi le esigenze di tutela che stanno alla base di tale normativa, le quali, forse, possono rendere la deroga meno incomprensibile.

In altri termini, per quanto la disciplina è in grado di comprimere alcuni diritti fondamentali degli imputati, tale compressione può considerarsi accettabile nei limiti in cui trovi una contropartita nell’esigenza di tutelare interessi altrettanto fondamentali.

Nel caso della norma in esame, alla base della deroga al principio di oralità-immediatezza vi è la necessità di garantire l’attendibilità e la genuinità della prova, ma soprattutto l’incolumità dei dichiaranti: come si già avuto modo di notare, infatti, la norma nasce dall’esigenza di scongiurare il pericolo di intimidazione dei testimoni e di inquinamento probatorio che la prassi ha dimostrato essere un pericolo reale nei procedimenti per i reati di criminalità organizzata.

La questione dunque muta: non si tratta più di comprendere quanto sia legittima una disciplina che deroghi ai canoni dell’oralità immediatezza e che limiti parzialmente il diritto alla prova degli imputati, quanto piuttosto verificare se la limitazione in questione trovi una ragionevole contropartita nell’esigenza di tutelare la sicurezza dei soggetti coinvolti nel processo oltre che l’attendibilità e la genuinità delle loro dichiarazioni.

Posta nei suddetti termini, la questione appare parzialmente ridimensionata: la limitazione dei diritti difensivi trova la sua ragionevolezza nell’esigenza di contemperare opposti e primari interessi.

D’altro canto se è vero che il contraddittorio rappresenta il fulcro dell’intero processo penale, e che il diritto alla prova rappresenta un baluardo nell’ambito dell’articolato sistema di garanzie predisposto dal nostro codice, è altrettanto vero che la stessa Costituzione ammette, in casi eccezionali e tassativi, la possibilità di derogare al contraddittorio (con conseguente riduzione delle garanzie difensive per l’imputato).

In base a quanto disposto dall’art. 111, comma 5, Cost le deroghe al contraddittorio sono ammesse per consenso dell’imputato, per accertata impossibilità di natura oggettiva ed, infine, per effetto di provata condotta illecita. Ora, svicolandosi del rigido dettato normativo e provando a concentrare l’attenzione su quelle che sono le finalità perseguite dalla norma e le vicende che hanno caratterizzato i processi di mafia, non è azzardato ipotizzare che la possibilità di derogare parzialmente al contraddittorio rientri all’interno dell’ultima ipotesi contemplata dall’art. 111, comma 4 Cost⁷³.

Nel dettato codicistico, infatti, l’ipotesi di «provata condotta illecita» è tradotta nel senso di ammettere la deroga al contraddittorio qualora vi siano «elementi concreti per ritenere che il

⁷³ BITONTI, voce *Doppio binario*, cit, p. 414.

testimone è sottoposto a violenza, minacce, offerta o promessa di danaro o di altra utilità, affinché non deponga o deponga il falso»: posto che l'attività di intimidazione dei testimoni o dei correi è un atteggiamento frequente nel corso dei procedimenti per fatti di mafia e si manifesta il più delle volte con le stesse modalità delineate dall'art. 500 c.p.p., non pare vi siano particolari ostacoli a ritenere che le situazioni prese in considerazione del legislatore all'interno dell'art. 190 *bis* c.p.p. possano rientrare sotto la copertura della citata norma costituzionale.

Ovviamente, onde evitare il rischio di strumentalizzazioni della previsione costituzionale (giungendo fondamentalmente ad una sorta di "presunzione di provata condotta illecita" in tutti i procedimenti di mafia) sarà sempre necessario che l'effetto della condotta illecita sia provato⁷⁴.

Una volta raggiunta detta prova, la possibilità di ammettere l'acquisizione dei verbali delle dichiarazioni precedentemente rese dai soggetti sottoposti ad intimidazione sembra non determini più alcuna violazione del dettato costituzionale.

In altri termini, posto che le limitazioni dei diritti difensivi (tramite una compressione del diritto al contraddittorio) possono considerarsi legittime nei limiti in cui vi siano interessi primari e incompatibili da tutelare e posto che le esigenze che l'art. 190 *bis* c.p.p. si propone di tutelare sono idonee ad essere attratte nell'alveo della previsione dell'art. 111, comma 4, Cost., il principio derogatorio non sembra potersi considerare illegittimo.

Ciò non toglie che l'attuale disciplina presenti ancora criticità e risulti caratterizzata da una formulazione che tende a prestare il fianco a diverse censure. Auspicabile sarebbe in tal senso una nuova modifica dell'art. 190 *bis* c.p.p., che ancori in maniera più salda la deroga al contraddittorio orale contenuta in tale disposizione all'ipotesi contemplata dall'art. 111, comma 4 Cost., prevedendo, ad esempio, in capo al giudice un obbligo di verifica circa l'insussistenza di qualsivoglia rischio di intimidazione prima di procedere all'escussione orale del dichiarante.

Si tratterebbe cioè di modificare il canone della sussistenza di specifiche esigenze, che sembra essere troppo ampio, e dunque idoneo a dotare il giudice di un'eccessiva discrezionalità, con quello della verifica del rischio di intimidazione, in guisa da consentire l'escussione orale, in luogo di quella scritta, tutte le volte in cui la dichiarazione verta su fatti o circostanze differenti (posto che in tale ipotesi nessun contraddittorio si è realizzato con riferimento ai fatti diversi) ovvero negare tale escussione, con conseguente acquisizione dei verbali delle dichiarazioni già rese, qualora vi siano elementi per ritenere che l'incolumità del dichiarante sia a rischio, o che l'attendibilità della prova possa essere compromessa.

Tale criterio, sebbene porti con sé non poche difficoltà in termini di accertamento di un reale pericolo di intimidazione o inquinamento probatorio, appare più circoscritto del generico criterio delle specifiche esigenze.

Come già rilevato, tale locuzione è idonea a ricomprendere al proprio interno una seria alquanto ampia di ipotesi, lasciando di fatto alle parti, ma soprattutto al giudice, il potere di decidere, sulla base di criteri vaghi, l'opportunità di procedere o meno ad escussione orale. Il criterio qui riportato imporrebbe invece, alle parti come al giudice, un onere di motivazione più preciso ed impegnativo, volto a dimostrare l'esistenza di un concreto rischio (*reictus*: una ragionevole motivazione) che renda ammissibile la deroga al contraddittorio.

⁷⁴ *Ibidem*.

Questo sembra l'unico modo per tentare di rendere la disciplina *de qua* maggiormente conforme ai principi costituzionali, a meno che non ci si voglia arrendere all'idea dell'impraticabilità di un sistema differenziato in materia di prove.

3. LA DISCIPLINA DELL'ART. 238 C.P.P.

Nel corso dell'analisi si è avuto modo di accennare alla disciplina contenuta nell'art. 238 c.p.p., descrivendo l'acquisizione dei verbali di prove di altri procedimenti, e rilevando gli stretti rapporti che intercorrono tra tale norma e l'art. 190 *bis* c.p.p.

In questa sede è opportuno esaminare alcuni aspetti non ancora chiariti, evidenziando le problematiche che hanno caratterizzato l'evoluzione di tale normativa.

Preliminarmente, per poter comprendere la portata della norma è necessario precisare come lo stesso istituto della circolazione probatoria rappresenti "un'anomalia" all'interno del nostro sistema, trattandosi di un meccanismo di acquisizione probatoria molto peculiare, che deroga ai principi sanciti dal sistema accusatorio⁷⁵.

Mediante il sistema delineato dall'art. 238 c.p.p., infatti, si consente la circolazione della prova tra diversi procedimenti: una prova, formata in un determinato dibattimento e cristallizzata in un documento (il verbale), è utilizzata in un altro procedimento, e portata all'attenzione di un giudice diverso da quello che aveva assistito alla sua formazione⁷⁶.

È evidente come in tal modo si provochi una sensibile deviazione da quelli che sono i principi che caratterizzano il sistema accusatorio, pregiudicando, in particolare, il canone dell'oralità e l'immediatezza della decisione.

Come già detto tali principi rappresentano l'essenza del principio del contraddittorio, il quale impone che la prova sia assunta a seguito di un contraddittorio dialettico tra due parti in contrasto, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale, il quale provvederà poi a decidere in merito all'accertamento dei fatti. La corretta esplicazione di tale metodo garantisce l'esattezza dell'accertamento, ed è ovviamente strumentale ad un corretto esercizio della giurisdizione penale⁷⁷.

Chiarita dunque l'importanza del contraddittorio e definito il ruolo che i canoni di oralità ed immediatezza giocano nel corretto esplicarsi di tale principio, ben si comprende come una normativa che tende a "negare" il canone dell'oralità non possa che essere accolta con perplessità.

La possibilità che una prova assunta in altra sede sia acquisita ed esaminata da un diverso giudice, che non ha assistito alla sua escussione e dunque rimane estraneo alle vicende ed al contesto nel quale tale prova è stata generata, sembra porsi in contrasto con le direttive consacrate all'interno dell'art. 111 Cost.⁷⁸.

⁷⁵ CALAMANDREI, *Le nuove regole sulla circolazione probatoria*, cit.

⁷⁶ RIVELLO, *Commento all'art. 238*, in A.A.V.V. *Commento al codice di procedura penale, II aggiornamento al 15 aprile 1993*, coordinato da CHIAVARIO, UTET, 1993.

⁷⁷ ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenza nei processi di criminalità organizzata*, cit, p. 805.

⁷⁸ BERNASCONI, voce *Criminalità organizzata*, cit.; RIVELLO, *Commento all'art. 3 D.L.8/6/1992 n. 306*, cit.

La copertura costituzionale della norma è oggi affidata, per un verso, al disposto del comma 2 *bis*⁷⁹ dell'art. 238 c.p.p., che limitatamente ai verbali di dichiarazioni, prevede la loro utilizzabilità nei confronti dell'imputato a condizione che il proprio difensore abbia partecipato all'assunzione della prova e, dall'altro lato, al comma 5 della medesima norma che riconosce alle parti il diritto all'escussione orale del dichiarante, a norma dell'art. 190 c.p.p. .

Senonché, tale ultimo presidio garantistico è destinato a venir meno tutte le volte in cui l'istituto della circolazione del materiale probatorio si trovi ad operare con riferimento ai procedimenti di criminalità organizzata: se infatti, in via generale, il comma 5 dell'art. 238 c.p.p. riconosce alle parti del procedimento *ad quem* la possibilità di ottenere, a norma dell'art. 190 c.p.p., l'escussione orale del dichiarante, la clausola di salvezza iniziale contenuta nello stesso comma 5 («salvo quanto previsto dall'art. 190 *bis*») limita considerevolmente la possibilità di un nuovo esame⁸⁰.

Se ne desume che nell'ambito dei procedimenti di criminalità organizzata, il trasferimento del verbale a norma dell'art. 238 c.p.p. viene considerato idoneo a sostituire l'esame orale, a dispetto dei principi di oralità e immediatezza⁸¹.

Degli effetti che tale sistema ha nell'ambito del sistema delineato dal codice e delle problematiche che derivano dal combinato disposto delle due norme si è già detto. In tale sede è sufficiente ricordare come la circolazione di verbali di dichiarazioni estranee al processo in cui saranno utilizzate, non accompagnate da un incondizionato diritto di esaminare la fonte in contraddittorio dinanzi al proprio giudice, si può porre in contrasto con i canoni costituzionali: tanto più che, i presupposti in base ai quali l'art. 190 *bis* c.p.p. ammette l'escussione orale del dichiarante (i cui verbali, *ex art.* 238, sono stati acquisiti) sono tutt'altro che condivisi in dottrina, avendo dato adito, come si è già detto, a non poche perplessità. In tal senso si può dire che scelta del legislatore 1992, motivata dalla necessità di predisporre adeguate forme di contrasto ad un fenomeno quanto mai allarmante, abbia generato un sistema estremamente precario, poco rispettoso del diritto al contraddittorio, che, per essere costituzionalmente ammissibile, deve necessariamente essere riportato all'interno delle ipotesi derogatorie contemplate dal comma 4 dell'art. 111 Cost.

3.1. RATIO DELLA NORMATIVA

Chiarita dunque la complessità della materia ed il delicato equilibrio che la caratterizza, è ora opportuno analizzare le ragioni che hanno portato ad una simile scelta legislativa. Esse possono dirsi in parte accomunabili a quelle che hanno determinato l'introduzione dell'art. 190 *bis* all'interno del codice di procedura penale, e che sono rinvenibili, per un verso, nella necessità di evitare l'usura dei testimoni e dei coimputati in procedimenti connessi ma separati (determinata dall'esigenza di reiterare le proprie dichiarazioni in una pluralità di procedimenti), per altro verso nell'esigenza di scongiurare il pericolo di intimidazione dei dichiaranti che l'esperienza ha dimostrato essere un rischio concreto, garantendo in tal modo anche la genuinità ed attendibilità delle dichiarazioni⁸².

⁷⁹ Introdotto dall'art. 3 della legge 7 agosto 1997, n. 267.

⁸⁰ ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, cit, p. 808.

⁸¹ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit, p. 87.

⁸² CALAMANDREI, *Le nuove regole sulla circolazione probatoria*, cit.

Oltre a tali esigenze, alla base della disciplina dell'art. 238 vi è anche la necessità di riequilibrare il sistema codicistico a seguito delle scelte normative in tema di separazione e riunione di procedimenti.

Il legislatore del 1988, infatti, aveva optato per una scelta di fondo favorevole alla separazione processuale, abbandonando il meccanismo dei processi cumulativi (sul piano soggettivo quanto su quello oggettivo), che si era dimostrato poco conveniente, sia sul piano dell'economia e celerità processuale, sia sul piano della tutela dei diritti degli imputati.

È evidente, infatti, come la necessità di procedere cumulativamente nei confronti di un elevato numero di imputati, con riferimento ad una molteplicità di imputazioni comporta un dispendio di tempo ed energie decisamente maggiori rispetto all'ipotesi in cui il procedimento concerna un solo imputato, o abbia ad oggetto un solo fatto materiale.

Sulla base di tale presupposto si è dunque provveduto ad incentivare la separazione processuale, determinando però in tal modo una dispersione delle conoscenze: se nei procedimenti cumulativi la prova era assunta una sola volta, separando i procedimenti sorgeva l'esigenza di far acquisire il bagaglio conoscitivo, apportato da una determinata fonte di prova, nei diversi procedimenti ora separati. La scelta di separare i procedimenti tra loro connessi (soggettivamente o oggettivamente) è una scelta di carattere processuale, che tuttavia non elide lo stretto nesso che tra i fatti da accertare continua a sussistere sul piano sostanziale: ne deriva che il dato processuale già assunto in un dibattimento potrà essere rilevante in un processo diverso, ma in qualche modo collegato da un punto di vista sostanziale⁸³.

Ecco dunque che la scelta di procedere separatamente impone al legislatore di intervenire sul versante della circolazione probatoria⁸⁴.

Peraltro, non può sottacersi come, se la finalità della scelta di separazione dei procedimenti risultava mirata ad ottenere una maggiore tutela dei diritti degli imputati (che certamente subivano una limitazione nel corso di processi cumulativi), il meccanismo predisposto dall'art. 238 c.p.p. rischia di frustrare detta esigenza.

Infatti, predisporre un meccanismo di circolazione probatoria in contrasto con il principio del contraddittorio (principio il cui rispetto è strumentale al riconoscimento di tutti gli altri diritti difensivi), e che finisce per limitare, nei procedimenti di criminalità organizzata, il diritto alla prova degli imputati, sembra aver portato al raggiungimento di un obiettivo opposto rispetto a quello che il legislatore si era prefissato mediante la separazione dei procedimenti⁸⁵.

⁸³ ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, cit, p. 808.

⁸⁴ Peraltro è opportuno precisare come le problematiche ora richiamate, connesse alla separazione dei procedimenti, si manifestano, nell'ambito dei procedimenti di criminalità organizzata, in maniera particolarmente pregnante: la stessa fattispecie sostanziale di associazione a delinquere di stampo mafioso presuppone, per propria natura, la predisposizione di un'organizzazione dedita al compimento di attività delittuose e dunque, si potrebbe dire che la stessa fattispecie sostanziale che postula la possibilità che si instaurino una pluralità di procedimenti relativi a fatti tra loro intimamente connessi e ricollegabili ed un numero indeterminato di imputati.

⁸⁵ DALIA, *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, in A.A.V.V. *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, Giuffrè, 2003; ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, cit.

3.2. EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA

Ciò posto è ora opportuno procedere ad una rapida disamina dell'evoluzione normativa che tale disciplina ha subito, per comprendere l'effettiva portata della disciplina attuale.

La disciplina originaria dell'art. 238 c.p.p. prevedeva la possibilità di acquisire i verbali di prove assunte in sede di incidente probatorio, in dibattimento ovvero qualora si fosse trattato di verbali di cui era stata data lettura nel corso di quest'ultimo a condizione che le parti acconsentissero⁸⁶.

Già da tempo, autorevole dottrina aveva sottolineato l'irrazionalità della scelta di condizionare l'operatività dell'istituto al consenso delle parti, auspicando, invece, a tutela dei diritti difensivi degli interessati, una previsione volta a garantire agli stessi la possibilità di ottenere l'esame orale del dichiarante⁸⁷.

Era infatti chiaro come il consenso delle parti, naturalmente negato ogniqualvolta i verbali da acquisire avessero avuto un contenuto sfavorevole ad una di esse, rendeva in concreto del tutto marginale l'operatività di tale istituto⁸⁸.

La riforma del 1992 interviene dunque in tal senso, eliminando il riferimento al consenso quale *conditio sine qua non* per la circolazione dei verbali e dispone che l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale è ammissibile alla sola condizione che si tratti di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento⁸⁹. In tali sedi, infatti, la prova è formata nel rispetto delle garanzie difensive, garanzie che tuttavia erano predisposte non a favore del soggetto che nel procedimento *ad quem* rivestiva la qualifica di imputato, bensì nei confronti di colui il quale ricopriva tale qualifica nel procedimento *a quo*, il che lasciava già sorgere dubbi sull'effettivo rispetto del principio del contraddittorio⁹⁰.

L'intento del legislatore del 1992 era comunque quello di limitare la circolazione probatoria alle sole ipotesi in cui la prova da trasferire in un diverso procedimento fosse stata assunta nel rispetto del contraddittorio: restavano infatti escluse dall'ambito applicativo della norma le prove acquisite in sede di udienza preliminare e quelle non formate dinanzi al giudice⁹¹.

Sembra dunque che il legislatore del 1992 abbia voluto garantire il rispetto del principio contraddittorio nella formazione della prova, circoscrivendo l'ambito applicativo della norma alle ipotesi in cui tale principio si estrinseca. Senonchè, nonostante le intenzioni del legislatore, non può dirsi che la formulazione dell'art. 238 c.p.p. fosse idonea a garantire il rispetto di un effettivo contraddittorio: la norma infatti, pur presupponendo l'instaurazione del contraddittorio nell'assunzione della prova dichiarativa, non richiedeva espressamente che a tale contraddittorio prendesse parte il soggetto nei cui confronti poi le dichiarazioni sarebbero state utilizzate⁹².

⁸⁶ BELLUTA, *Commento all'art. 9 del d.l. 10.10.2001 n. 374*, in *Leg. pen.*, 2002.

⁸⁷ VIGNA, *Il processo accusatorio nell'impatto con le esigenze di lotta alla criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 447

⁸⁸ BERNASCONI, voce *Criminalità organizzata*, cit.

⁸⁹ MARZADURI-MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, cit.

⁹⁰ CALAMANDREI, *Le nuove regole sulla circolazione probatoria*, cit.

⁹¹ in tal senso deponeva la formulazione normativa, la quale, facendo riferimento alle prove assunte, e non acquisite, implica lo svolgimento di un'attività che sia mirata alla formazione del bagaglio probatorio necessario al giudice per assumere le proprie determinazioni.

⁹² ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, cit, p. 816

Peraltro, la vecchia disciplina determinava una notevole disparità di trattamento a seconda che la prova dichiarativa fosse stata assunta in incidente probatorio o in dibattimento: il primo più garantista, il secondo, invece, meno.

Con riferimento all'ipotesi in cui la prova dichiarativa fosse stata assunta in incidente probatorio, la tutela dei diritti difensivi del soggetto destinatario delle dichiarazioni era ed è garantita dal disposto dell'art. 403 c.p.p., in virtù del quale «le prove assunte con l'incidente probatorio sono utilizzabili solo nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione»: in tal modo dunque si garantiva la presenza del difensore dell'imputato del procedimento *ad quem*, all'assunzione della prova nel provvedimento *a quo* (anche se questo non implica necessariamente il pieno rispetto del contraddittorio). Per quanto concerne il dibattimento, invece, nessun riferimento normativo assimilabile a quello contenuto all'interno dell'art. 403 c.p.p. era rinvenibile, e nulla diceva in proposito l'art. 238 c.p.p.: ciò implicava che, sebbene nella stragrande maggioranza dei casi le prove assunte in dibattimento risultavano assunte sulla base del metodo del contraddittorio, rimaneva aperto il problema relativo agli atti formati in udienza preliminare e poi trasfusi nel fascicolo dibattimentale in virtù del meccanismo delle contestazioni: anche tali atti andavano poi a costituire il bagaglio probatorio formato "in dibattimento". Stante il silenzio della norma circa la necessaria presenza del difensore dell'imputato del procedimento *ad quem* anche nell'ipotesi di verbali di dichiarazioni assunte in dibattimento, si rischiava in tal modo di consentire la circolazione probatoria di dichiarazioni assunte fuori dalla logica del contraddittorio.⁹³

3.3. L'ATTUALE FORMULAZIONE NORMATIVA

Analizzata l'evoluzione normativa che ha subito la disciplina è ora possibile esaminare l'attuale formulazione dell'art. 238 c.p.p. .

Si è posto l'accento sulle lacune che caratterizzavano la disciplina del 1992, lacune che rendevano la norma poco garantista, e che hanno spinto il legislatore ad intervenire, mediante la legge n. 267 del 1997, introducendo il nuovo comma 2 *bis*.

Nel tentativo di predisporre una disciplina maggiormente rispettosa del diritto al contraddittorio, si prevede, infatti, che le dichiarazioni rese dalle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. siano utilizzabili solo nei confronti degli imputati «i cui difensori abbiano partecipato alla loro assunzione»⁹⁴.

Tale nuovo comma, che è stato poi modificato dalla legge 1 marzo 2001, n. 63, che è intervenuto lungo due direttrici: per un verso, ha escluso qualsiasi riferimento soggettivo ai dichiaranti, consentendo di conseguenza l'applicazione della normativa in esame anche alle ipotesi in cui le dichiarazioni provengano da soggetti diversi da quelli indicati dall'art. 210 c.p.p.; per altro verso, ha modificato la locuzione «nei confronti degli imputati», nella più perentoria formula «contro l'imputato»⁹⁵.

La prima delle due modifiche comporta oggi l'esclusione di limitazioni di carattere soggettivo, con la conseguenza che è ammessa la circolazione tra i vari procedimenti dei verbali delle dichiarazioni rese non solo dai soggetti di cui all'art. 210 c.p.p., ma anche dai

⁹³ LODOVICI, *Regime differenziato di formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata*, cit.

⁹⁴ BERNASCONI, voce *Criminalità organizzata*, cit.

⁹⁵ BELLUTA, *Commento all'art. 9 del d.l. 10.10.2001 n. 374*, cit, p. 240.

testimoni “ordinari”, e da quelli assistiti. Di maggior tenore è poi la seconda delle modifiche sopra citata, stante i possibili effetti distorsivi che tale scelta normativa potrebbe avere in tema di prove utilizzabili ai fini della decisione e di libero convincimento del giudice⁹⁶.

Il riferimento all’inutilizzabilità delle dichiarazioni rese «contro» l’imputato, comporta, come logica conseguenza, la possibilità che siano acquisite le dichiarazioni di contenuto favorevole all’imputato anche nell’ipotesi in cui il suo difensore non abbia preso parte all’assunzione dell’atto: il regime dell’inutilizzabilità e la presenza del difensore sono, infatti, strumenti posti a garanzia dei diritti dell’imputato, e dunque, qualora le dichiarazioni abbiano contenuto favorevole all’imputato, non appaiono necessari⁹⁷.

Senonché la scelta di ancorare l’inutilizzabilità dell’atto al suo contenuto (e non, come di solito avviene, alla presenza di vizi patologici dell’atto o del procedimento volto alla sua acquisizione) crea alcune perplessità.

Il momento acquisitivo, infatti, precede temporalmente e logicamente il momento valutativo, con la conseguenza che, affinché il giudice possa decidere se acquisire o meno il verbale al fascicolo del dibattimento, dovrà necessariamente prendere conoscenza del suo contenuto.

In altri termini, se l’art. 238 c.p.p. non ammette la possibilità di utilizzare nei confronti dell’imputato le dichiarazioni, a lui sfavorevoli, assunte in assenza di contraddittorio con il proprio difensore, la scelta del giudice sul carattere favorevole o meno dell’atto implica una conoscenza del loro contenuto⁹⁸, in guisa da poter provvedere o meno all’acquisizione al fascicolo del dibattimento: in entrambi i casi il giudice avrà appreso il contenuto delle dichiarazioni, e verosimilmente ne sarà condizionato.⁹⁹

Poco interesse assumono, con riferimento al tema oggetto della trattazione, le disposizioni contenute all’interno dei commi 3 e 4 dell’art. 238: il comma 3 ammette l’acquisizione della documentazione di atti che non sono ripetibili, precisando altresì che, nel caso di irripetibilità sopravvenuta l’acquisizione è consentita solo nell’ipotesi in cui le circostanze che ne hanno determinato l’irripetibilità siano imprevedibili. Si tratta di una regola che non pone particolari problematiche e che si pone in linea con quanto previsto in altre disposizioni codicistiche¹⁰⁰.

Ai sensi del 4° comma, si prevede poi che, al di fuori dei casi previsti dai commi precedenti, l’utilizzabilità di verbali di dichiarazioni è ammessa solo nei confronti dell’imputato consenziente; in difetto di consenso ne è prevista la sola utilizzazione a fini di contestazione.

La norma ancora dunque al consenso dell’imputato l’utilizzabilità delle dichiarazioni che non si siano formate in contraddittorio e che dunque non abbiano consentito l’esercizio dei diritti difensivi. Si tratta di una norma che rientra nell’ambito delle deroghe al contraddittorio che la Costituzione ammette: ai sensi dell’art. 111, comma 4, infatti, il consenso dell’imputato è

⁹⁶ CALAMANDREI, *Le nuove regole sulla circolazione probatoria*, cit.

⁹⁷ RIVELLO, *Commento all’art. 3 D.L.8/6/1992 n. 306*, cit.

⁹⁸ ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, cit, p. 820.

⁹⁹ Basti pensare all’ipotesi in cui il giudice, dopo aver analizzato determinate dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio con il difensore dell’imputato ritenga di doverle considerare sfavorevoli a quest’ultimo, e dunque ne esclude l’utilizzabilità: sebbene tali dichiarazioni non saranno formalmente utilizzate nella decisione (nel senso che il giudice non potrà fondare su esse il proprio convincimento) non si può negare come le informazioni contenute in dette dichiarazioni arricchiranno il bagaglio conoscitivo del giudice, condizionandone la decisione.

¹⁰⁰ Una regola non dissimile è prevista dall’art. 512 c.p.p. in tema di lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione.

uno dei casi in cui la prova può essere acquisita anche se assunta in assenza di contraddittorio¹⁰¹.

Per quanto concerne il comma 5 dell'art. 238 c.p.p. si è già avuto modo di notare gli effetti distorsivi che comporta la clausola di salvezza iniziale: facendo salvo quanto previsto dall'art. 190 *bis* c.p.p. la norma crea una forte anomalia all'interno del sistema codicistico. La disciplina della circolazione probatoria, unita alla previsione di esclusione dell'esame orale dei dichiaranti se non nelle ipotesi espressamente stabilite dall'art. 190 *bis* c.p.p., crea un sistema che finisce per ammettere la possibilità che una prova, formata nel corso di un determinato procedimento, vada a fondare il convincimento di un diverso giudice, nell'ambito di un diverso procedimento, senza che peraltro possa procedersi all'escussione orale del dichiarante (sempre che non sussistano i presupposti cui l'art. 190 *bis* c.p.p. subordina tale escussione).

Si tratta di un sistema che dovrebbe essere riformato in senso maggiormente garantistico: come si è già detto, infatti, le scelte di fondo che hanno portato all'adozione di un tale meccanismo risultano tutt'altro che criticabili e trovano un chiaro riscontro empirico nella prassi giudiziaria costante. Ciò non esclude, tuttavia, che le esigenze esplicitate dai processi di criminalità organizzata possano essere fronteggiate adottando strategie processuali maggiormente rispettose dei diritti difensivi degli imputati.

La consapevolezza dell'inconciliabilità del binomio efficienza-garanzia¹⁰² non può comunque portare all'assunzione di scelte normative che comportino una compressione dei diritti fondamentali superiore a quella tollerabile.

La soluzione sarebbe dunque da rinvenirsi in una modifica della normativa, che, come si è detto, miri ad ancorare la limitazione del diritto alla prova contenuta all'interno dell'art. 190 *bis* a criteri maggiormente definiti ed in grado di ricondurre la norma in una situazione di piena compatibilità costituzionale, riconducendo la deroga al contraddittorio in essa contenuta alle ipotesi sancite dall'art. 111, comma 4, Cost., uniche ipotesi in cui si potrà legittimamente parlare di limitazione del diritto al contraddittorio.

4. SENTENZE IRREVOCABILI COME MEZZI DI PROVA **(ART. 238 *BIS* C.P.P.)**

4.1. QUESTIONI PRELIMINARI

Intimamente connessa al disposto dell'art. 238 c.p.p. è la disciplina contenuta all'interno dell'art. 238 *bis*, introdotto dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356. Come è noto, tale legge¹⁰³ ha provveduto a modificare la disciplina relativa all'acquisizione

¹⁰¹ BELLUTA, *Commento all'art. 9 del d.l. 10.10.2001 n. 374*, cit.

¹⁰² Nel senso che la predisposizione di un sistema che garantisca l'efficienza sul piano investigativo o processuale comporta, naturalmente, una compressione dei diritti difensivi

¹⁰³ Mediante l'art. 3 della legge citata, rubricato «verbali di prove di altri procedimenti e acquisizione di documenti».

dei verbali di prove assunte in diversi procedimenti, eliminando il requisito del consenso delle parti quali *conditio sine qua non* per l'acquisizione dei verbali, e disponendo che l'acquisizione dei verbali di prove di altro procedimento penale avvenga nelle sole ipotesi in cui si tratti di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento.

Contestualmente, il legislatore del 1992 introduce l'art. 238 *bis*, rubricato «sentenze irrevocabili», il quale prevede che «fermo quanto previsto dall'art. 236, le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertato e sono valutate a norma degli artt. 187 e 192, comma 3»¹⁰⁴. Dunque, a seguito della modifica normativa, nelle ipotesi previste dagli artt. 238 e 238 *bis* le parti intervengono esclusivamente per discutere sul valore che acquisiscono, nel processo *ad quem*, le prove già acquisite in altri procedimenti¹⁰⁵.

Alla base di una simile scelta legislativa si ravvisano certamente ragioni di economia processuale, volte a ridimensionare i tempi di accertamento dei reati: è evidente, infatti, il risparmio di costi ed energia che deriva dall'adozione di un meccanismo che sia in grado di ridurre i tempi di accertamento dei reati tutte le volte in cui i fatti da provare siano già stati oggetto di un diverso processo conclusosi definitivamente¹⁰⁶.

Tale esigenza di economia processuale non rappresenta tuttavia la ragione primaria che ha spinto il legislatore alla predisposizione di una disciplina tanto peculiare: determinante in tal senso si è mostrata la necessità di evitare la dispersione degli elementi conoscitivi acquisiti in provvedimenti che hanno comunque acquistato autorità di cosa giudicata¹⁰⁷.

In tal modo si evita, infatti, che il giudice si trovi costantemente nelle condizioni di ripercorrere le tappe di altri processi, già celebrati, per dimostrare fatti la cui verifica è già stata accertata e risulta cristallizzata nella sentenza irrevocabile¹⁰⁸.

Come è evidente, una tale esigenza, per quanto si manifesti in tutti i procedimenti penali, si rivela particolarmente pregnante nei processi di criminalità organizzata, posto che non è sempre agevole dimostrare non solo il reato associativo in sé, ma anche (e soprattutto) l'esistenza del sodalizio criminale di riferimento¹⁰⁹.

Come sottolineato dalla Commissione parlamentare antimafia nella seduta del 24 dicembre 1990, infatti, dimostrare l'esistenza di un'associazione per delinquere in una serie distinta di

¹⁰⁴ Peraltro merita di essere sottolineato come l'originario dettato normativo, modificato poi in sede di conversione, sembrava assumere una portata più estesa, posto che si prevedeva che le sentenze irrevocabili dovevano essere «liberamente valutate ai fini stabiliti dall'art. 187», vale a dire a fini di prova. In realtà, per quanto apparentemente la norma sembri legittimare una maggiore estensione del campo di applicazione della norma, la differente formulazione risponde in realtà ad esigenze di coordinamento con le disposizioni generali in materia di prove, piuttosto che alla volontà di restringere la portata applicativa della norma. In tal senso v. MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, in AA.VV. *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, CEDAM, 1996.

¹⁰⁵ PARLATO, *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, in *Cass. pen.*, 1999 p. 2057.

¹⁰⁶ ROMBI, *Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004 p. 482

¹⁰⁷ TRIGGIANI, *Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*, in *Cass. pen.*, 1997,

¹⁰⁸¹⁰⁸ Cfr. Le osservazioni del ministro di grazia e giustizia sul d.l. 8 giugno 1992, n. 306, in sole 24 ore del 10 giugno 1992, inserto, p. 12

¹⁰⁹ CORBO, *I documenti*, in *Prove e misure cautelari*, in AA.VV. *Trattato di procedura penale*, a cura di SCALFATI, UTET, 2009 p. 371.

processi a carico di più imputati tutti accusati di appartenervi, risulta oltremodo oneroso, sia da un punto di temporale che dal punto di vista delle risorse umane impiegate¹¹⁰.

Infatti, nei procedimenti di criminalità organizzata, che tendono a coinvolgere un elevato numero di imputati con riferimento altresì a differenti imputazioni, il più delle volte tra loro collegate anche se separate, tale difficoltà di accertamento rischia di enfatizzarsi, stante la difficoltà di dimostrare, in relazione ad ogni processo, l'esistenza dell'associazione e l'appartenenza dell'imputato alla stessa¹¹¹.

Chiarita la *ratio* che si pone alla base della disciplina *de qua*, è bene precisare che prima della riforma del 1992 le sentenze irrevocabili acquisivano rilevanza in un procedimento diverso da quello nel corso del quale erano state rese, solamente «ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato o della persona offesa», ovvero qualora vi fosse la necessità «di valutare la credibilità di un testimone», in base a quanto previsto dall'art. 236 c.p.p..

Oggi, invece, le sentenze irrevocabili, lungi dall'essere uno strumento esclusivamente volto alla verifica della personalità dei soggetti coinvolti nel procedimento, costituiscono un vero e proprio mezzo di prova, idoneo a dispiegare la propria efficacia probatoria non solo con riferimento alle sentenze rese a seguito di dibattimento, ma anche quelle emesse a seguito di giudizio abbreviato o di applicazione della pena su richiesta delle parti, purché irrevocabili¹¹²: l'ampiezza della formulazione e la sua collocazione sistematica non permettono infatti una lettura differente¹¹³.

Peraltro, l'assenza di qualsiasi limite di operatività con riferimento alla natura dei reati oggetto di accertamento fa sì che la norma sia idonea a dispiegare la propria efficacia anche con riferimento a procedimenti diversi da quelli di criminalità organizzata: dunque, sebbene emanata con l'intento di agevolare l'attività di accertamento nei processi di criminalità organizzata, la norma troverà applicazione con riferimento ai procedimenti per reati di qualunque natura, determinando in tal modo una generalizzata deroga al principio della formazione della prova in dibattimento¹¹⁴.

A tale ultimo proposito non può sottacersi come il meccanismo introdotto dall'art. 238 *bis* c.p.p. crea alcuni problemi di compatibilità con i canoni del sistema accusatorio: è intuitivo, infatti, come l'acquisizione probatoria di sentenze irrevocabili mal si concilia con il principio dell'oralità - immediatezza, che, come è noto, postula che vi sia un rapporto diretto tra la prova assunta, ed il giudice chiamato a decidere¹¹⁵.

Tale principio sarà irrimediabilmente compromesso ogni volta che al giudice sarà consentito di fare affidamento, ai fini della propria decisione, su quanto già precedentemente

¹¹⁰ TRIGGIANI, *Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*, cit., p. 1766.

¹¹¹ Nello stesso senso v. VIOLANTE, *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, 2, p. 484, ove si precisa altresì che «il problema della prova dell'organizzazione non si pone solo per l'associazione di tipo mafioso, ma anche per gli omicidi di mafia, [in quanto la motivazione di tali omicidi spesso] è particolarmente complessa e per ricostruirla occorre ricostruire le dinamiche interne alle varie organizzazioni criminali, ricostruire i rapporti di potere, gli scontri e le alleanze su uno scenario che è nazionale e, a volte, internazionale».

¹¹² MARAFIOTTI, *Trasmigrazione di atti, prova "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, cit., p. 250.

¹¹³ CORBO, *I documenti*, cit., p. 372.

¹¹⁴ TRIGGIANI, *Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*, cit.

¹¹⁵ CONSO, *L'esperienza dei principi generali del nuovo diritto processuale penale*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 577.

deciso da un altro giudice in un altro processo, senza che all'organo decidente del processo *ad quem* sia data la possibilità di acquisire personalmente la prova assunta nel processo *a quo*¹¹⁶.

In realtà, tale impostazione è stata contraddetta dalla Corte Costituzionale, la quale, nella sentenza n. 159 del 1996¹¹⁷, ha precisato come il meccanismo delineato dall'art. 238 *bis* non incida in alcun modo sul principio del libero convincimento del giudice: quest'ultimo sarà tenuto a formare il proprio convincimento in base agli elementi probatori di cui dispone, posto che la norma in esame non impone al giudice alcun vincolo in termini di valutazione della sentenza irrevocabile.

La chiara presa di posizione della Corte non ha tuttavia scalfito le posizioni di chi continua a ritenere che la disposizione in esame, a prescindere dal formale riconoscimento del principio del libero convincimento del giudice, sia in grado di determinare in quest'ultimo forme di condizionamento notevoli. È vero, infatti, che la norma, mediante il richiamo agli artt. 187 e 192, comma 3, c.p.p. fa salvo il principio del libero convincimento del giudice, e dunque riconosce a quest'ultimo ampia autonomia nel decidere quale rilevanza dare alla sentenza acquisita: tuttavia, il problema non si pone in termini di libertà decisionale del giudice quanto piuttosto "a monte", in termini di diretta conoscenza da parte dell'organo decidente, delle prove che saranno utilizzate ai fini della decisione¹¹⁸.

Come è stato sottolineato, infatti, tramite l'applicazione del meccanismo sancito dall'art. 238 *bis*, il giudice non assumerà la propria decisione sulla base di un elemento probatorio, ma fonderà il proprio convincimento sulla valutazione che un altro giudice ha dato a quella determinata prova. Ciò andrà inevitabilmente ad incidere sulle successive valutazioni del giudice, posto che verosimilmente quest'ultimo sarà tentato ad attribuire maggiore rilevanza alle affermazioni di un altro giudice (che presuppongono comunque la ponderazione di diversi elementi di prova ed un'attenta analisi di tutte le circostanze venute in rilievo nel corso del processo) piuttosto che alle risultanze, magari contrastanti tra loro o isolate, acquisite nel suo processo¹¹⁹.

Il rischio paventato dalla giurisprudenza può, dunque, sintetizzarsi nei seguenti termini: derogando al principio di oralità-immediatezza, si rischia di condizionare, oltre i limiti della ragionevolezza, il libero convincimento del giudice, il quale non potrà non subire la suggestione derivante dai giudizi espressi da un altro giudice nel corso di un procedimento già conclusosi.

In altri termini, è vero che il giudice rimane libero di valutare autonomamente il valore probatorio della sentenza acquisita, ma è altrettanto vero che egli non ha partecipato all'assunzione di quella determinata prova, e ciò non può che configurarsi come un'eccezione al normale metodo di acquisizione probatoria.

Intimamente connesso al canone all'oralità è poi il principio del contraddittorio che si pone quale comprovato metodo di acquisizione probatoria e che postula il necessario intervento delle parti nella fase della formazione della prova.

Se dunque il principio generale è quello per cui la decisione del giudice deve fondarsi su prove, alla cui assunzione abbiano partecipato le parti, mediante un confronto dialettico, nel pieno rispetto dei canoni del contraddittorio, è evidente che tale principio è destinato ad

¹¹⁶ ROMBI, *Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*, cit.

¹¹⁷ C. Cost., 20 maggio 1996, n. 159, in *Giur. Cost.*, 1996, 1503.

¹¹⁸ ROMBI, *Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*, cit., p. 484.

¹¹⁹ *Ibidem*.

affievolirsi tutte le volte in cui i soggetti coinvolti nel processo *ad quem*, non abbiano partecipato al contraddittorio nella formazione della prova nel processo *a quo*.

Anche in questo caso potrebbe risponderci che in realtà, nessuna violazione del contraddittorio si verifica, posto che la norma consente alle parti di interloquire in merito all'acquisizione probatoria della sentenza irrevocabile: tuttavia, a tale impostazione è agevole ribattere che un conto è dare alle parti la possibilità di confrontarsi in sede di assunzione della prova, altro e diverso conto è consentire alle parti di verificare un dato probatorio già acquisito¹²⁰. È questa ultima ipotesi che si configura in base al dettato dell'art. 238 *bis*, il quale dunque non fa altro che consentire un contraddittorio "sulla prova", e non invece un contraddittorio "per la prova", come richiederebbero i canoni del modello accusatorio¹²¹.

Dinanzi ad un siffatto assetto normativo non pochi sono stati i dubbi di compatibilità costituzionale avanzati dalla dottrina, soprattutto a seguito della modifica dell'art. 111 Cost.¹²², la quale, cristallizzando i principi del giusto processo, ha dato pieno riconoscimento al contraddittorio quale metodo per acquisire le risultanze probatorie e procedere all'accertamento dei fatti.

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla compatibilità costituzionale del dettato dell'art. 238 *bis* c.p.p.

Parte della dottrina, propensa a riconoscere la compatibilità costituzionale della normativa in esame, ha sostenuto che l'operatività del principio posto dall'art. 111, comma 4 Cost., fosse limitata alle prove dichiarative, con esclusione di quelle documentali, le quali dunque rimarrebbero sottratte dall'ambito applicativo della norma costituzionale¹²³.

Per altro verso, vi è stato chi, optando per una soluzione di compromesso, ha proposto interpretazioni correttive, volte, ad esempio, a riconoscere al soggetto rimasto estraneo al processo conclusosi con sentenza irrevocabile, il diritto di ottenere una nuova assunzione delle prove acquisite nel processo *a quo*.

Tuttavia la dottrina maggioritaria è orientata nel senso di ritenere che l'art. 238 *bis* sancisca una deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova incompatibile con il dettato costituzionale, stante l'impossibilità di ricomprendere l'ipotesi presa in considerazione dalla norma citata all'interno di una delle tre eccezioni contenute all'interno del comma 4 dell'art. 111 cost¹²⁴.

Come è noto, infatti, la Carta Costituzionale, pur sancendo il principio generale per cui « Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova », ammette la possibilità di derogare a tale canone in limitati e tassativi casi. Le deroghe al contraddittorio sono dunque legittime nei limiti in cui esse siano riconducibili all'interno delle ipotesi prese in considerazione dal dettato costituzionale¹²⁵.

¹²⁰ PARLATO, *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, cit., p. 3674.

¹²¹ Per la distinzione, v. SIRACUSANO, *Le prove*, in A.A.V.V., *Diritto processuale penale*, I, Giuffrè, 1996, p. 352.

¹²² Intervenuta con la l. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

¹²³ IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Giappichelli, 2002, p. 214 ss. ; nello stesso senso Cass, sez I, 8 maggio 2003, n. 23460/03, in *Cass. Pen.*, 2004, 2887.

¹²⁴ CORBO, *I documenti*, cit. p. 377.

¹²⁵ Si tratta, come è noto, dell'ipotesi in cui vi sia il consenso dell'imputato, ovvero vi sia un'accertata impossibilità di natura oggetto, o infine, per effetto di provata condotta illecita.

Ebbene, ritornando al disposto dell'art. 238 *bis*, pare che detta norma non possa essere ricompresa in nessuna delle eccezioni previste dall'art. 111, comma 4 Cost.: come è stato infatti osservato, «non è possibile far rientrare l'art. 238 *bis* all'interno dell'ipotesi di accertata impossibilità oggettiva o di provata condotta illecita, poiché l'impossibilità o l'inquinamento debbono riguardare una o più prove determinate. Risulta difficilmente immaginabile che le prove che sarebbe necessario assumere per accertare un fatto siano tutte ormai contaminate o non più acquisibili, e rendano necessario l'uso del precedente provvedimento»¹²⁶. D'altro canto, la formulazione della norma, che non contiene alcun riferimento al consenso dell'imputato, esclude di fatto la possibilità di ricomprendere la norma all'interno della corrispondente eccezione costituzionale¹²⁷.

Secondo tale orientamento dottrinale, dunque, la deroga al contraddittorio non può essere ricompresa tra quelle costituzionalmente riconosciute e ciò determina, quale logica conclusione, l'illegittimità costituzionale della norma.

Tale ultimo orientamento dottrinale, volto a mettere in evidenza gli aspetti maggiormente idonei ad entrare in contrasto con il dettato costituzionale, non ha tuttavia ricevuto l'avallo della Corte Costituzionale, la quale, investita della questione, ha avuto modo di sancire la non illegittimità costituzionale della disciplina *de qua* con i canoni del giusto processo sanciti dall'art. 111, commi 4 e 5 Cost.

In particolare, con la sentenza n. 29 del 2009¹²⁸, la Corte ha precisato che «la sentenza irrevocabile non può essere considerata un documento in senso proprio, poiché si caratterizza per il fatto di contenere un insieme di valutazioni di un materiale probatorio acquisito in un diverso giudizio; tuttavia, neppure può essere equiparata alla prova orale. Ne consegue che, in relazione alla specifica natura della sentenza irrevocabile, il principio del contraddittorio trova il suo naturale momento di affermazione non nell'atto dell'acquisizione [...] ma in quello successivo della valutazione e utilizzazione. Una volta che la sentenza è acquisita, le parti rimangono libere di indirizzare la critica che si andrà a svolgere in contraddittorio, in funzione delle rispettive esigenze».

La Consulta, dunque, pone l'accento sulle peculiarità del mezzo di prova, sottolineandone le differenze tanto rispetto ai documenti quanto rispetto alle prove dichiarative: dette peculiarità legittimano, a parere della Corte, una diversa estrinsecazione del principio del contraddittorio, che non esplicherà la propria efficacia al momento dell'acquisizione della prova, ma piuttosto, nella fase di valutazione ed utilizzazione¹²⁹.

4.2. LA DISCIPLINA DELL'ART. 238-BIS C.P.P.

Chiariti gli aspetti generali della disciplina, la sua evoluzione storica e l'accertata compatibilità costituzionale, è adesso opportuno procedere ad una disamina più approfondita della normativa contenuta all'interno dell'art. 238 *bis*.

¹²⁶ RUGGIERO, *I limiti dell'art. 238 bis alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3175.

¹²⁷ Nello stesso senso, LARONGA, *La prova documentale nel processo penale*, in AA.VV. *Giurisprudenza critica*, collana diretta da Paolo Cendon, UTET, 2004.

¹²⁸ C. Cost., 6 febbraio 2009, n. 29, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹²⁹ CORBO, *I documenti*, cit., p. 377.

Come si è accennato, la norma da ultimo citata prevede che «le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertato»: appare dunque indispensabile procedere preliminarmente ad una precisa individuazione di quali sentenze siano in grado di esplicitare tale efficacia probatoria.

Come chiaramente indicato dal legislatore, solo le sentenze che abbia assunto i caratteri della *res indicata* saranno idonee a far prova dei fatti in esse accertati: il riferimento al carattere dell'irrevocabilità della sentenza è sufficiente per poter affermare, *a contrario*, che le sentenze ancora *sub iudice* rimangono estranee all'ambito di operatività dell'art. 238 *bis*¹³⁰.

Sotto altro profilo, parte della dottrina¹³¹ sostiene che vadano ricomprese all'interno della norma *de qua* solamente le sentenze di merito.

Ad escludere l'utilizzabilità in chiave probatoria delle sentenze di rito deporrebbe ancora una volta la lettera della norma, la quale, ammettendo l'acquisizione delle sentenze irrevocabili quali mezzi di prova dei fatti in esse accertati, esclude, a priori, qualsiasi rilevanza delle decisioni c.d. processuali: tali decisioni, infatti, evidenziando la carenza di un presupposto processuale o di una condizione dell'azione, non pongono in essere alcuna attività di accertamento fattuale¹³².

Più problematica è invece la questione relativa all'utilizzabilità a fini probatori delle sentenze emesse a seguito di applicazione della pena su richiesta delle parti. Infatti, mentre con riferimento agli altri procedimenti speciali (quali giudizio abbreviato, immediato e direttissimo) non sussistono dubbi in merito alla possibilità di ricomprenderli all'interno dell'ambito di operatività dell'art. 238 *bis*, lo stesso non può dirsi con riferimento alla sentenza di c.d. patteggiamento.

Invero, parte della dottrina¹³³ è propensa a far rientrare nel novero delle sentenze di cui all'art. 238 *bis* anche quelle emesse a seguito di patteggiamento, sulla base del presupposto che esse implicano comunque un accertamento, anche se sommario, della responsabilità dell'imputato.

Non manca tuttavia chi, muovendo dall'antitetico presupposto che tali sentenze non effettuino alcun accertamento dei fatti, (essendo emanate esclusivamente sulla base di una verifica circa l'esistenza dei presupposti fissati dalla legge), esclude in radice una loro utilizzabilità a fini probatori¹³⁴.

Certamente escluse sono poi tanto le sentenze emesse da giudici stranieri, posto che il nostro codice impone quale requisito indefettibile della loro efficacia, il loro riconoscimento, quanto le sentenze civili, posto che l'irrevocabilità cui fa riferimento l'art. 238 *bis*, è un requisito tipico delle sentenze penali.

Definite le tipologie di sentenze che, mediante il meccanismo delineato dall'art. 238 *bis*, possono essere utilizzate quali mezzo di prova con riferimento ai fatti in esse accertati, è ora possibile concentrarsi su un altro profilo sul quale dottrina e giurisprudenza hanno ampiamente dibattuto.

¹³⁰ TRIGGIANI, *Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*, cit., p. 1768.

¹³¹ MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, cit., p. 252.

¹³² In senso contrario argomenta, invece, IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., il quale sostiene che anche le decisioni concernenti l'assenza di una condizione di procedibilità o volte a dichiarare l'estinzione del reato, provvedono ad accertare la sussistenza degli elementi del fatto-reato.

¹³³ ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, CEDAM, 2003.

¹³⁴ IAFISCO, , *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit.

Il problema concerne l'esatta individuazione del contributo conoscitivo di cui può giovare il giudice *ad quem* a seguito dell'acquisizione, ex art. 238 *bis*, delle sentenze irrevocabili: si tratta di comprendere come vada interpretata la locuzione «ai fini della prova di fatto in esse accertato», posto che tale formula si pone già ad una prima lettura, di difficile comprensione.

Parte della dottrina, infatti, è propensa a limitare l'efficacia dimostrativa di tali sentenze esclusivamente ai fatti oggetto di imputazione accertati nel dispositivo, con esclusione dunque dei fatti ricostruiti dal giudice all'interno della motivazione e posti a sostegno della stessa.

Secondo detto orientamento, tale lettura è l'unica in grado di rispettare la coerenza del sistema delineato dagli artt. 238 e 238 *bis* c.p.p., scongiurando così il rischio di pervenire a soluzioni difficilmente ammissibili: ragionando diversamente, infatti, ossia ritenendo che mediante l'acquisizione della sentenza irrevocabile si possa attribuire rilevanza probatoria anche ai fatti posti a sostegno della motivazione della sentenza del giudice *a quo*, si finirebbe per vanificare il meccanismo predisposto dal legislatore mediante l'art. 238 c.p.p.¹³⁵.

Come si è avuto modo di precisare, infatti, le prove dichiarative assunte in un determinato procedimento possono essere utilizzate in un diverso processo solamente qualora siano state assunte in dibattimento o in sede di incidente probatorio alla presenza del difensore dell'imputato nei cui confronti tali dichiarazioni saranno utilizzate. In difetto di tali condizioni, l'acquisizione dei verbali di dichiarazioni rese in altri procedimenti potranno entrare a far parte della piattaforma probatoria del processo *ad quem* solo qualora l'imputato vi consenta.

Ebbene, se questa è la regola generale che disciplina la circolazione dei materiali probatori da un processo ad un altro, ammettere la possibilità che tramite l'acquisizione di una sentenza irrevocabile possano essere trasferite anche le risultanze probatorie che stanno alla base della motivazione della sentenza stessa, potrebbe divenire un metodo per eludere i limiti di operatività sanciti dall'art. 238¹³⁶.

Per quanto l'indirizzo prevalente in dottrina tenda a non avallare tale impostazione, propendendo al contrario per l'utilizzazione a fini probatori non solo con riferimento ai fatti oggetto di imputazione, ma anche relativamente ai fatti ricostruiti dal giudice in motivazione, in realtà l'orientamento sopra riportato ha ottenuto l'avallo della Corte di Cassazione che sembra orientarsi nel senso di circoscrivere l'operatività della regola fissata dall'art. 238 *bis* «ai fatti oggetto di accertamento ed ai connessi rilievi critici»¹³⁷.

La Suprema Corte sembra dunque aver risolto i dubbi concernenti l'individuazione degli elementi, contenuti nella sentenza irrevocabile, che si dimostrino idonei a fungere da prova in un diverso procedimento: ciò non toglie, tuttavia, che il meccanismo delineato dall'art. 238 *bis*

¹³⁵ CORBO, *I documenti*, cit. p. 373, I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, in AA.VV. *Questioni nuove di procedura penale*, diretto da GAITO-PAOLOZZI-VOENA, CEDAM, 1995, p. 27.

¹³⁶ RUGGIERO, *I limiti dell'art. 238 bis alla luce dell'art. 111 Cost.*, cit., p. 3171.

¹³⁷ La Cassazione, nella sent. 4 dicembre 2003, n. 1269, in *Cass. Pen.*, 2004, 3167, ha infatti sostenuto che «attraverso l'acquisizione in dibattimento delle sentenze irrevocabili ex art. 238 bis c.p.p., non può darsi ingresso ai verbali di dichiarazioni raccolte in altro procedimento fuori del contraddittorio. Invero, l'art. 238 bis, col circoscrivere l'utilizzabilità delle sentenze irrevocabili «ai fini della prova del fatto in esse accertato», limita all'avvenuto accertamento ed ai connessi rilievi critici l'impiego della sentenza, a condizione che sussistano altre circostanze che tale accertamento confermino. La norma, quindi, non è diretta ad autorizzare un ingresso improprio nel procedimento delle componenti a suo tempo impiegate dalle sentenze irrevocabili per addivenire all'accertamento».

rischia in ogni caso di “imporre” (quasi inconsciamente) al giudice di seguire l’iter logico-argomentativo seguito nel processo da cui è derivata la sentenza irrevocabile¹³⁸.

Per tentare di porre rimedio ad una simile situazione, che risulterebbe certamente collidente con i principi fondamentali dell’ordinamento penale volti a garantire la libertà di determinazione dell’organo decidente, il legislatore ha imposto che la valutazione dei fatti contenuti all’interno della sentenza irrevocabile avvenga nel rispetto delle regole fissate dagli artt. 187 e 192, comma 3, c.p.p. .

La prevalente giurisprudenza¹³⁹, infatti, tenendo conto dell’impostazione assunta dal codice (che tende a limitare la pregiudizialità penale a casi residuali al fine di valorizzare il più possibile l’autonomia dell’organo decidente) e del richiamo contenuto all’interno dell’art. 238 *bis* c.p.p. (che come detto richiama le regole di valutazione probatoria sancite dagli artt. 187 e 192, comma 3, c.p.p.), ritiene che il giudice *ad quem* conservi integra la propria autonomia e libertà decisionale nell’accertamento dei fatti e nella formulazione del giudizio a lui rimesso¹⁴⁰.

In base a tale impostazione, l’unico vincolo che deriverebbe per il giudice dall’acquisizione della sentenza irrevocabile sarebbe ravvisabile nell’impossibilità di dedurre eventuali vizi ed invalidità del processo *a quo*, stante l’effetto sanante che il giudicato produce¹⁴¹.

Posto dunque che i richiami agli artt. 187 e 192, comma 3 c.p.p. appaiono finalizzati a sancire la libertà di giudizio che continua a caratterizzare l’attività dell’organo giudicante anche con riferimento all’acquisizione delle sentenze irrevocabili, è opportuno esaminare più nel dettaglio la rilevanza che assumono dette norme.

Per quanto concerne l’art. 187 c.p.p., parte della dottrina¹⁴² nega a tale disposizione un’effettiva rilevanza ai fini dell’applicabilità dell’art. 238 *bis*, ritenendo piuttosto che il richiamo a detta norma risulti in qualche modo “superfluo”.

Mediante il ricorso a tale disposizione, il legislatore si è infatti limitato a sottolineare l’utilizzabilità della sentenza irrevocabile esclusivamente nei casi in cui essa concerna i fatti che siano oggetto di accertamento: posto che l’art. 238 *bis* eleva la sentenza irrevocabile a mezzo di prova e che l’art. 187 c.p.p. costituisce una norma generale in materia di prove, il riferimento a quest’ultima disposizione appare superfluo proprio perché essa sarebbe destinata a trovare applicazione anche in assenza di un esplicito richiamo¹⁴³.

Di maggiore spessore è invece il riferimento al comma 3 dell’art. 192 c.p.p.: tale disposizione prevede che «le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell’art. 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermino l’attendibilità».

Il richiamo a tale disposizione contenuto all’interno dell’art. 238 *bis* impone al giudice un preciso limite nella valutazione della sentenza: ad essa, infatti, il giudice non potrà attribuire un valore assoluto circa la sussistenza del fatto da provare, ma il contributo conoscitivo racchiuso

¹³⁸ ADRIANI, *La sentenza penale irrevocabile come mezzo di prova*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2138.

¹³⁹ Cass. pen., 16 gennaio 2007, Iuculano, in CED n. 236142; Cass. pen., 4 marzo 1996, Barletta, in *Cass. pen.*, 1997, 2132; Cass. pen., 24 giugno 1998, Ottaviano, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 1999, 87.

¹⁴⁰ CORBO, *I documenti*, cit., p. 374.

¹⁴¹ PARLATO, *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, cit., p. 3676.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ PONTIN, *C’era una volta il codice*, in *Critica dir.*, 1992, p. 18.

nella sentenza dovrà trovare conferma nel complesso degli elementi acquisiti nel processo *ad quem*¹⁴⁴.

In tal modo si tenta di arginare il rischio che i giudizi contenuti nella sentenza acquisita possano essere valutati acriticamente dal giudice, evitando nel contempo che mediante l'acquisizione di sentenze irrevocabili si escluda in radice qualsiasi confronto con le parti del processo *ad quem*.

Il richiamo all'art. 192, comma 3, postula dunque che l'organo decidente accerti la veridicità dei fatti contenuti nella sentenza irrevocabile mediante un confronto dialettico delle parti, acquisendo al dibattimento gli elementi di riscontro necessari ed ammettendo la prova contraria dell'imputato¹⁴⁵.

Si garantisce in tal modo un recupero, seppur parziale del contraddittorio tra le parti: il riferimento ad altri elementi probatori spinge infatti a ritenere che il legislatore non abbia voluto riconoscere alla sentenza irrevocabile il valore di piena prova, auspicando invece un coinvolgimento delle parti, le quali saranno tenute ad intervenire al fine di corroborare, ovvero demolire, l'apporto probatorio acquisito mediante la sentenza irrevocabile¹⁴⁶.

Peraltro, tale recupero del coinvolgimento delle parti rischia di essere vanificato da alcune prese di posizione della giurisprudenza volte ad ammettere che gli «altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità» possano essere individuati anche in altre sentenze penali irrevocabili: secondo tale impostazione dunque, la “presunzione di non assoluta affidabilità” che connota tali sentenze può essere superata tramite il ricorso ad altre sentenze irrevocabili che, muovendosi nella stessa direzione, confermino i rilievi contenuti nella prima sentenza acquisita.

Senonchè, una tale impostazione rischia di vanificare il significato del rischio alla regola contenuta nell'art. 192, comma 3, c.p.p. in quanto in tal modo si impedisce la possibilità di recuperare il contraddittorio tra le parti, e si ammette la possibilità che il convincimento si basi esclusivamente sugli esiti di diverse pronunce¹⁴⁷.

Dall'analisi sinora condotta si evince come ancora una volta il legislatore sia intervenuto nel tessuto codicistico, derogando agli ordinari canoni che regolano l'attività probatoria.

Anche in tale ipotesi, infatti, il legislatore si discosta dalla regola generale che postula che la formazione della prova avvenga in giudizio, nel contraddittorio tra le parti, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale ed, al contrario, consente l'ingresso all'interno del processo di elementi probatori formati *aliunde*.

Tuttavia, a differenza delle altre ipotesi considerate nel corso della trattazione, nei confronti delle quali si è adottato un approccio volto a valorizzare i contributi legislativi, (tenuto anche conto delle finalità e dagli interessi meritevoli di tutela che gli interventi miravano a tutelare), con riferimento alla disciplina *de qua* non è possibile pervenire ad un medesimo giudizio.

La scelta adottata dal legislatore appare non condivisibile in virtù dell'assenza, nell'ipotesi in questione, di interessi di rango primario, meritevoli di tutela, che legittimino la deroga ai principi fondamentali del giusto processo.

¹⁴⁴ CORBO, *I documenti*, cit., p. 3775.

¹⁴⁵ ROMBI, *Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*, cit., p. 483.

¹⁴⁶ PARLATO, *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, cit., p. 3677.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

Come si è più volte sostenuto nel corso della trattazione, l'ammissibilità di un regime derogatorio, è intimamente connessa alla possibilità di individuare un diverso e inconciliabile interesse di rango primario, parimenti meritevole di tutela: solo la necessità di garantire il rispetto di alcuni interessi fondamentali può legittimare una deroga al sistema di garanzie predisposto dal codicistico.

Ebbene, se nelle ipotesi finora considerate, la legittimità delle discipline speciali si rinveniva nella necessità di tutelare la sicurezza pubblica, l'incolumità dei dichiaranti o l'attività di accertamento dei fatti di reato, nell'ipotesi qui considerata l'obiettivo perseguito sembra essere di carattere meramente processuale, e, come tale, inidoneo a legittimare una deroga ai canoni del giusto processo.

Come si è detto, infatti, alla base di tale normativa vi è per un verso, l'esigenza di non disperdere gli apporti conoscitivi acquisiti, e per altro verso, la necessità di evitare, con specifico riferimento ai procedimenti di criminalità organizzata, che in ogni processo si debba procedere all'accertamento di alcuni "fatti -presupposto" (quali l'esistenza dell'associazione, l'appartenenza dell'imputato alla stessa), accertamento che certamente determinerebbe un dispendio di tempo ed energie notevole.

Senonchè, per quanto tale esigenza risulti effettivamente avvertita nell'ambito dei procedimenti di criminalità organizzata, essa rimane comunque un'esigenza di carattere processuale, per far fronte alla quale non è possibile sacrificare il diritto dell'imputato a partecipare alla formazione della prova.

Il meccanismo delineato dall'art. 238 *bis* c.p.p., infatti, per quanto tenti di salvaguardare il più possibile il diritto delle parti ad interloquire sulla prova acquisita, rimane comunque un meccanismo che non consente una piena esplicazione del diritto al contraddittorio, se non altro perché non pone le parti nelle condizioni di confrontarsi in vista della formazione della prova, ma consente loro di interloquire su una prova già formata.

Ciò posto, non ci si può esimere dal sottolineare che con riferimento all'art. 238 *bis* c.p.p. il legislatore abbia apportato una modifica in grado di incidere in maniera eccessivamente gravosa sul corretto espletamento del diritto al contraddittorio, e tale scelta appare tanto meno condivisibile quanto più si ravvisi l'assenza di un interesse di rango primario idoneo a legittimarla.

Forse sarebbe stato più opportuno optare per una formulazione normativa in grado di circoscrivere il campo di operatività della norma ai soli fatti storici contenuti ed accertati nella sentenza, senza consentire in alcun modo l'ingresso nel procedimento *ad quem* di valutazioni effettuate nella sentenza *a quo*.

SEZIONE II
IL PROCESSO A DISTANZA

Sommario: 1. Le origini e le ragioni della disciplina – 2. Evoluzione normativa – 3. Profili di compatibilità costituzionale della disciplina- 4. La disciplina dell’art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. – 4.1. Presupposti – 4.2. Formalità - 4.3. Le cautele poste a presidio del diritto alla difesa – 4.4. Partecipazione in aula – 5. La disciplina dell’art. 147 *bis* disp. att. c.p.p. – 5.1. Presupposti – 5.2. Formalità – 5.3. Le cautele poste a presidio del diritto alla difesa – 5.4. Conclusioni.

1. LE ORIGINI E LE RAGIONI DELLA DISCIPLINA

Le disposizioni contenute all’interno degli artt. 146 *bis* e 147 *bis* disp. att. c.p.p. delineano un sistema tale da garantire la partecipazione al dibattimento di soggetti che non si trovano fisicamente nell’aula d’udienza.

Tali previsioni si inseriscono a pieno titolo all’interno della più ampia cornice delineata dal legislatore del 1992¹, avente il preciso scopo di creare un sistema processuale parallelo a quello ordinario, in grado di fornire una risposta più efficace e maggiormente idonea a fronteggiare i fenomeni di criminalità organizzata².

L’obiettivo che dunque caratterizza la normativa del 1992 è di delineare un sistema che, in relazione a determinate fattispecie delittuose, presupponga l’operatività di meccanismi processuali in grado, per un verso, di dotare lo stato di un apparato investigativo-repressivo maggiormente efficace, e per altro verso, si mostrino idonei a fronteggiare quelle esigenze di sicurezza e protezione che sono particolarmente pregnanti nell’ambito del fenomeno dell’associazionismo mafioso³.

La disciplina del “processo a distanza”⁴ si colloca a pieno titolo all’interno di tale sistema, posto che si pone, quale obiettivo principale, quello di predisporre una serie di cautele mirate a consentire la partecipazione a distanza di soggetti (imputati e testimoni) coinvolti nei procedimenti di criminalità organizzata. Il sistema del processo a distanza scaturisce, infatti, da una serie di esigenze (sulle quali si avrà modo di tornare tra breve), che sebbene siano teoricamente ravvisabili in buona parte dei procedimenti penali, nell’ambito di quelli relativi alla criminalità organizzata si manifestano come imprescindibili.

Invero parte della dottrina ha assunto posizione critiche censurando simili interventi in campo processuale, idonei ad intaccare le garanzie difensive, che devono invece essere riconosciute a tutti gli imputati senza distinzioni fondate sulle imputazioni contestate. Tuttavia, a prescindere dalle prese di posizione volte ad apprezzare o meno la scelta di fondo di un regime differenziato, può dirsi che in materia di processo a distanza il legislatore ha

¹ mediante il più volte citato d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356

² NANULA, *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici. Strutture di coordinamento. Legislazione vigente*. Milano, 1996.

³ RIVELLO, sub art. 7, *Commento al D.L. n. 306/1992*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 96 ss.

⁴ Con tale locuzione si intende, genericamente, la disciplina derivante dal combinato disposto degli artt. 146 *bis* e 147 *bis* disp. att. c.p.p.

provveduto alla predisposizione di una disciplina sufficientemente rispettosa dei diritti difensivi degli imputati, soprattutto se confrontata con le altre disposizioni interessate dalla riforma.

In altri termini, per quanto una compressione dei diritti di difesa tenderà a manifestarsi ogniqualvolta all'imputato sia preclusa la partecipazione in aula, la normativa delineata dagli artt. 146 *bis* e 147 *bis* disp. att. c.p.p. può comunque ritenersi soddisfacente, sotto il profilo del rispetto dei diritti degli imputati⁵.

Come la maggior parte degli interventi normativi operati dal d.l. n. 306 del 1992, anche tale disciplina scaturisce da un'attenta analisi della realtà fenomenologica, e da un accurato studio di quelli che sono i rischi ed i problemi riconnessi ai procedimenti di criminalità organizzata.

Le ragioni che hanno spinto il legislatore alla predisposizione della disciplina *de qua* sono, infatti, plurime, e tutte riconducibili alle peculiarità che i procedimenti di criminalità organizzata presentano.

In primo luogo vi erano ragioni scaturenti dalla necessità di arginare i rischi riconnessi al fenomeno del c.d. "gigantismo processuale". Ora come allora, infatti, i processi di criminalità organizzata si caratterizzano per la loro complessità: tale caratteristica si traduce, nella pratica, nell'instaurazione di un elevato numero di procedimenti tra loro connessi o collegati, aventi un elevato numero di imputati ed imputazioni⁶.

Non è dunque raro che un imputato si trovi interessato, a diverso titolo, in più procedimenti e, posto che quest'ultimo vanta un inviolabile diritto a partecipare a tutti i dibattimenti che lo coinvolgono, ben si comprende come l'esercizio di tale diritto possa comportare una serie di conseguenze problematiche.

Si pensi, in primo luogo, alla vanificazione del principio della "ragionevole durata del processo" che rischia di perpetrarsi ogniqualvolta l'imputato coinvolto in più processi, esercitando il proprio diritto a presenziare al dibattimento, "imponga" il rinvio dell'udienza, determinando il sorgere di ritardi che spesso comportano gravi conseguenze⁷.

Senza considerare, peraltro, il fatto che il c.d. "turismo giudiziario" rischia di frustrare le finalità proprie del regime carcerario differenziato di cui all'art. 41 *bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354: tale regime, noto come «carcere duro», volto a sospendere le normali regole di trattamento dei detenuti pericolosi, mira ad evitare qualsivoglia contatto tra gli imputati di gravi delitti di criminalità organizzata e gli altri membri dell'associazione, in guisa da scardinare qualsiasi rapporto che possa mettere a repentaglio la sicurezza dei cittadini⁸.

⁵ La maggiore compatibilità della disciplina con i principi costituzionali posti a tutela dei diritti difensivi non esclude comunque in radice la possibilità di individuare punti di frizione con il dettato costituzionale. Come si avrà modo di analizzare in seguito, infatti, non può certo dirsi che la partecipazione a distanza dell'imputato, o l'esame a distanza del testimone possano essere equiparati in tutto e per tutto alla loro presenza in aula. Ma a prescindere da questo profilo, che merita comunque di essere tenuto in considerazione, la normativa *de qua* sembra meno lesiva dei diritti degli imputati rispetto a quella predisposta dall'art. 190 *bis*, ovvero a con riferimento alla disciplina relativa alle intercettazioni

⁶ RIVELLO, *Uno strumento indispensabile contro la mafia con effetti positivi sui tempi del dibattimento*, in *Guida dir.*, 1998, 1, p. 7.

⁷ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi, tutt'altro che aleatoria, della scarcerazione automatica per decorrenza dei termini massima di custodia preventiva

⁸ Per approfondimenti sulla disciplina del c.d. regime del 41 *bis* vedi CANEPA-MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2002; PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza*

Se il regime del c.d. 41 *bis* è particolarmente restrittivo, ben si comprende come la possibilità data agli imputati sottoposti a tale regime di partecipare personalmente ai vari procedimenti in cui sono coinvolti (consentendogli di entrare fisicamente in contatto con altri membri della criminalità organizzata), priva in radice di qualunque operatività tale sistema.

In altri termini, i continui trasferimenti dall'istituto penitenziario alle aule di giustizia si pongono in totale controtendenza rispetto alle finalità perseguite dal regime di cui all'art. 41 *bis*, finendo per agevolare quel contatto tra gli imputati (e non solo) che il sistema penitenziario differenziato mira a scardinare⁹.

Inoltre, con specifico riferimento a quanto disposto dall'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p.¹⁰, si manifestava l'ulteriore esigenza di scongiurare il rischio di possibili atti intimidatori nei confronti dei soggetti coinvolti nel procedimento: nei processi di criminalità organizzata, sovente le associazioni di stampo mafioso ricorrono all'utilizzo di metodi e tecniche intimidatorie al fine di spingere i soggetti coinvolti nel procedimento ad esimersi da responsabilità testimoniali o dal compimento di attività collaborative con la giustizia¹¹. Dunque si presentava come opportuna la predisposizione di una disciplina che permettesse di garantire la partecipazione a distanza, mediante un collegamento audiovisivo e mediante l'utilizzo di tecniche idonee a proteggere l'incolumità dei dichiaranti.

Da quanto appena detto si evince come alla base della disciplina *de qua* non vi siano esclusivamente esigenze di carattere processuale, assumendo rilievo non marginale anche istanze di tutela dell'incolumità (fisica e morale) dei dichiaranti, e più in generale, di sicurezza pubblica¹².

2. EVOLUZIONE NORMATIVA

Proprio dalla necessità di salvaguardare i soggetti chiamati a rendere le proprie dichiarazioni nei procedimenti di criminalità organizzata che prende avvio il processo riformatore del 1992, che si pone come obiettivo primario la tutela dei collaboratori di giustizia¹³.

negli istituti penitenziari all'approdo della legalità, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, Cedam, 1994.

⁹ ZAPPALÀ, *Introduzione all'udienza telematica*, in AA.VV. *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di ZAPPALÀ, Giuffrè, 1999, p. 6

¹⁰ Relativo, limitatamente a quanto concerne l'oggetto dell'elaborato, «alle persone ammesse ai programmi o misure di protezione», e «alle persone indicate dall'art. 210 c.p.p. nei cui confronti si procede per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*»

¹¹ CURTOTTI NAPPI, *Esame a distanza*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano p. 200

¹² ZAPPALÀ, *Introduzione all'udienza telematica*, cit., p. 7.

¹³ In realtà, se è vero che la prima normativa relativa all'esame a distanza è contenuta all'interno del d.l. 306 del 1992, è anche vero che l'esigenza di apprestare adeguate forme di tutela dell'incolumità dei collaboratori di giustizia era stata avvertita già 10 anni prima. L'art. 6 della l. 13 settembre 1982 n. 646, nel tentativo di preservare la riservatezza dell'esame del collaboratore di giustizia, riconosceva al giudice il potere di disporre che il processo si svolgesse a porte chiuse per tutta la durata dell'esame testimoniale dei collaboratori. Non era certo una manovra incisiva: come è stato infatti evidenziato (v. in tal senso BARGIS, *Profili sistematici della testimonianza penale*, Milano, 1984; VOENA, *Commento all'art. 6 l. 13 settembre 1982, n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983) tale accorgimento se era forse idoneo a garantire la

Nella prima formulazione dell'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p., infatti, l'impiego della videoconferenza era riservato all'esame dei soggetti sottoposti a misure di protezione: era infatti particolarmente avvertita l'esigenza di scongiurare il rischio di ritorsioni da parte delle associazioni criminali nei confronti di soggetti disposti a collaborare con l'autorità giudiziaria¹⁴. A tal fine, il testo originario del d.l. n. 306 del 1992, prevedeva la predisposizione di due istituti volti a garantire l'incolumità del collaboratore: per un verso, si disponeva che l'esame dibattimentale del collaboratore si svolgesse con le necessarie cautele volte a tutelarne l'integrità fisica (ad esempio mediante l'audizione in cabine protette da vetri antiproiettile), e per altro verso, si consentiva il ricorso a tecnologie in grado di consentire che l'assunzione della testimonianza avvenisse in un luogo distinto dall'aula d'udienza. In tal modo si salvaguardava il diritto al contraddittorio, consentendo comunque l'assunzione diretta della prova anche se con modalità peculiari, e nel contempo si consentiva al collaboratore di deporre senza sacrificare la propria sicurezza¹⁵.

La norma nasce dunque con il preciso intento di rendere maggiormente efficace la disciplina relativa alle misure di protezione, evitando così che la necessità di partecipare fisicamente al dibattimento finisse per svilire le finalità proprie di tale istituto.

Tuttavia, già in sede di conversione, i presupposti soggettivi della norma subirono un ampliamento: venne infatti aggiunto, al dettato originario, un secondo comma, idoneo ad estendere la portata applicativa della disciplina anche «all'esame della persona di cui è stata disposta la nuova assunzione a norma dell'art. 495, comma 1», ovvero «quando vi siano gravi difficoltà ad assicurare la comparizione della persona sottoposta ad esame». La norma assume dunque una portata più ampia di quella precedente, estendendosi ad una serie di ipotesi molto distanti da quelle originariamente previste¹⁶: in tal modo l'esame a distanza non si configura più esclusivamente come una modalità di tutela riservata ai collaboratori di giustizia, ma diviene un metodo per garantire evitare ritardi nella celebrazione dei processi di mafia che, per le loro peculiarità, non possono subire rallentamenti¹⁷.

Il percorso riformatore tuttavia non si arresta, ed il legislatore ritorna a disciplinare la materia *de qua* nel 1998, con la legge 7 gennaio 1998 n. 11: oltre all'estensione dell'istituto anche nei confronti di soggetti ammessi a programmi di protezione di tipo “urgente o provvisorio” (prima esclusi), la modifica di maggiore spessore va rinvenuta nell'inserimento, all'interno dell'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p., di tre ipotesi di esame a distanza, definito come “obbligatorio”¹⁸. Il carattere vincolante dell'istituto si concretizza nell'obbligo di ricorrere,

segretezza della dichiarazione, non era certo in grado di garantire la riservatezza in merito alle generalità del collaboratore, che dunque sarebbe stato comunque esposto a rischi.

¹⁴ CURTOTTI NAPPI, *Esame a distanza*, cit, p. 200.

¹⁵ DELLA MONICA, *L'esame a distanza delle persone ammesse a programmi o misure di protezione*, in AA.VV. *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano, 1998.

¹⁶ La norma è infatti idonea ad estendere a dismisura la propria portata applicativa: il riferimento all'art. 495 c.p.p. determina il rimando agli artt. 190 *bis* e 238 c.p.p., allargando così la possibilità di ricorrere all'esame a distanza anche con riferimento a situazioni molto eterogenee tra loro; così come il riferimento alle «gravi difficoltà» è idoneo a ricomprendere nella portata applicativa della norma ipotesi che nulla hanno a che vedere con l'originaria finalità cautelativa della norma.

¹⁷ CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano, 2006, p. 68 ss.

¹⁸ Si tratta dell'ipotesi in cui l'esame sia disposto nei confronti di persone ammesse a piani di protezione (sempre che si proceda per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*); ovvero il caso in cui si debba procedere ad esame di persone soggetto al cambio delle generalità, ed infine, con

nelle ipotesi previste, allo strumento del c.d. tele-esame, salva l'ipotesi in cui la presenza del dichiarante si configuri come «assolutamente necessaria».

In tal modo, alle originarie istanze di tutela dei collaboratori di giustizia si affiancano le esigenze di contrasto al c.d. “gigantismo processuale”, unitamente alla necessità di evitare la frustrazione del regime penitenziario previsto dall'art. 41 *bis* della l. 26 luglio 1975, n. 354¹⁹.

Peraltro, la riforma del 1998 non si limita ad intervenire sull'art. 147 *bis*, ma provvede altresì ad introdurre nel corpo delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale l'art. 146 *bis*, che estende per la prima volta il ricorso alla videoconferenza anche con riferimento alla partecipazione al dibattimento da parte dell'imputato.

Per la verità, la possibilità di estendere l'operatività dell'istituto del collegamento a distanza anche agli imputati di gravi delitti che si trovassero, nel corso del dibattimento, in stato di detenzione, era già stata presa in considerazione nel 1993, nell'ambito del d.d.l. “Conso-Mancino”²⁰, approvato dal Senato nella seduta del 1° dicembre 1993; tuttavia l'anticipata fine della legislatura ne impedì la definitiva approvazione.²¹

Il progetto fu dunque ripreso nel 1998, e portò, come si è detto, all'inserimento del nuovo art. 146 *bis* disp. att. c.p.p.: tale norma prevedeva che «quando si procede per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice, nei confronti di persona che si trova, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in carcere, la partecipazione al dibattimento avviene a distanza»²².

In tali ipotesi era richiesta la sussistenza di una serie di condizioni, volte a circoscrivere il ricorso a tale particolare modalità di partecipazione: in particolare il ricorso a tale istituto era ammesso qualora vi fossero gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; ovvero qualora, stante la particolare complessità del dibattimento, la partecipazione a distanza fosse risultata necessaria al fine di evitare ritardi nello svolgimento del processo (e l'esigenza di evitare ritardi poteva anche derivare dal fatto che nei confronti dello stesso imputato siano in corso più procedimenti), nonché, infine, qualora si fosse trattato di imputato sottoposto al regime penitenziario di cui all'art. 41 *bis* l. 26 luglio 1975, n. 354²³.

In realtà, mentre le altre condizioni sono rimaste fino ad oggi immutate, l'ultima condizione è stata poi oggetto di modifica ad opera del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito nella l. 19 gennaio 2001, n. 4: a seguito di tale intervento l'ipotesi originariamente contemplata all'interno del comma 1, lett c) dell'art. 146 *bis*, è stata collocata all'interno del nuovo comma 1 *bis*, e la sua operatività è oggi sganciata da qualsivoglia riferimento alle tipologie delittuose. In altri termini, la partecipazione al dibattimento dell'imputato sottoposto al regime penitenziario del “carcere duro” avviene a distanza anche nei procedimenti che non hanno ad oggetto i

riferimento ai procedimenti di cui all'art. 51, comma 3*bis*, qualora si debba procedere all'esame di persone imputato in un procedimento connesso nei cui confronti di procede per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3*bis*.

¹⁹ GIUNCHEDI, *L'esame a distanza*, in AA.VV. *Il “doppio binario” nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, diretto da GAITO - SPANGHER, Giappichelli, 2013 p. 742.

²⁰ Atto senato n. 1167, XI legislatura.

²¹ BARGIS, *La teleconferenza*, in AA.VV. *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di ZAPPALA', Giuffrè, 1999, p. 20 ss.

²² V. art. 2 l. 7 gennaio 1998, n. 11.

²³ VOENA, *Contraddittorio e garanzie difensive nelle teleconferenze*, in *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Giuffrè, 1999, p. 116 ss.

delitti di stampo mafioso²⁴.

Tornando all'*excursus normativo* che ha caratterizzato la disciplina *de qua*, va precisato come la l. n. 11 del 1998 era una "normativa a tempo"²⁵, nel senso che la sua operatività era limitata fino al 31 dicembre 1999²⁶: la sua provvisorietà era dovuta per un verso, all'esigenza di verificare le conseguenze pratiche che la normativa avrebbe avuto sotto il punto di vista procedimentale e tecnologico, e, per altro verso, alla necessità di consentire la verifica della tenuta dell'art. 41 *bis* della l. l. 26 luglio 1975, n. 354, che avrebbe dovuto giovare (come in effetti è stato) delle previsioni contenute agli artt. 146 *bis* e 147 *bis* disp. att. c.p.p.

I positivi riscontri offerti dalla normativa hanno tuttavia portato il legislatore a prorogare ulteriormente la vigenza della norma²⁷ fino al dicembre del 2002: raggiunto anche tale traguardo temporale, nella consapevolezza di dover insistere nel contrasto alla lotta alla criminalità organizzata mediante l'impiego di istituti non eccezionali e contingenti, ma duraturi nel tempo, il legislatore ne ha disposto la applicazione definitiva²⁸.

3. PROFILI DI COMPATIBILITA' COSTITUZIONALE DELLA DISCIPLINA

Ripercorso l'*iter* che ha portato all'attuale normativa sulla partecipazione e l'esame a distanza, e analizzate le ragioni che stanno alla base di tali scelte, è ora opportuno concentrarsi sui profili maggiormente delicati della disciplina e sugli aspetti più critici.

Il punto di partenza va ricercato nella necessità di comprendere fino a che punto gli istituti volti a consentire alle parti un intervento a distanza nel processo possano dirsi compatibili con il canone del contraddittorio e, soprattutto, con la tutela dei diritti difensivi.

Sotto quest'ultimo profilo non vi è dubbio che l'udienza sia il miglior contesto per l'instaurazione di un contraddittorio pieno ed effettivo: ciò che bisogna chiedersi, è fino a che punto il metodo di accertamento tipico della fase dibattimentale possa dirsi rispettato mediante il ricorso a mezzi di collegamento audiovisivi²⁹.

In tal senso la dottrina si è mostrata coesa nell'escludere la possibilità di equiparare la partecipazione a distanza di un testimone (così come dell'imputato), all'ipotesi in cui lo stesso renda la propria dichiarazione nel contesto spazio-temporale dell'udienza³⁰.

Per quanto, infatti, la partecipazione mediante collegamento audiovisivo consenta all'imputato, come al testimone, la partecipazione al dibattimento pur non essendo fisicamente

²⁴ BITONTI, voce *Doppio binario*, in *Dig. disc. pen.*, III agg., UTET, p. 410.

²⁵ Così definita da CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit. p. 83.

²⁶ In base a quanto previsto dall'art. 6 della stessa legge.

²⁷ Proroga disposta mediante la l. n. 4 del 2001 cit.

²⁸ Mediante l. 23 dicembre 2002, n. 279.

²⁹ GIUNCHEDI, *L'esame a distanza*, cit., p. 743.

³⁰ Cfr. ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di CONSO-GREVI, IV ed., Padova, 1995, p. 564, secondo cui: «la migliore ripresa televisiva non potrà mai sostituire perfettamente la presenza fisica del dichiarante».

presente in aula, essa rappresenta pur sempre un'anomalia, configurandosi comunque come una partecipazione mediata dall'utilizzo di strumenti tecnologici³¹.

In particolare, con riferimento all'ipotesi delineata dall'art. 147 *bis* c.p.p. l'accento è posto soprattutto sull'importanza che riveste la presenza in aula del testimone ai fini di un corretto convincimento dell'organo giudicante: posto che nel nostro ordinamento vige il principio del libero convincimento del giudice nella valutazione delle prove, è ragionevole presumere che assumeranno primaria importanza in tale valutazione tutta una serie di dettagli (quali, ad esempio, lo stato d'animo del dichiarante, le eventuali reazioni emotive dello stesso nel corso dell'esame) che tramite il collegamento audiovisivo risulteranno meno percepibili³². Con riferimento poi all'esame dell'imputato e ad una sua possibile partecipazione virtuale all'udienza i dubbi si ampliano, coinvolgendo in maniera più pregnante il nucleo duro dei diritti di difesa che rischiano di essere irrimediabilmente compromessi³³.

In generale, il principale problema che pone la disciplina della partecipazione a distanza risiede nella possibilità di equiparare l'esame a distanza a quello "diretto", sotto il profilo della tutela del diritto alla difesa, sancito dall'art. 24, comma 2 Cost.

La questione si pone "in generale", nel senso che la presunta frizione con i canoni costituzionali rischia di perpetrarsi tanto nell'ipotesi di partecipazione a distanza dell'imputato, quanto nel caso dell'esame testimoniale a distanza, anche se le censure di legittimità costituzionale si presentano, come si vedrà, parzialmente differenti.

In realtà, i dubbi relativi alla compatibilità della disciplina in esame con i principi del contraddittorio che hanno animato il dibattito dottrinale dopo l'entrata in vigore della l. n. 11 del 1998, erano già stati affrontati nel corso dei lavori parlamentari. Nell'*iter* legislativo che portò all'approvazione della disciplina, infatti, si ebbe modo di riflettere circa l'effettiva portata della deroga apportata ai principi del contraddittorio, ma la questione fu superata mediante la predisposizione di una disciplina che limitasse quanto più possibile la lesione dei diritti coinvolti. Partendo, infatti, dal convincimento che il contraddittorio vada inteso in termini sostanziali, ossia come effettivo confronto tra le parti, si concluse nel senso di predisporre una disciplina che, pur sacrificando la fisica presenza dell'imputato in aula, fosse comunque idonea a garantire detto confronto³⁴.

Approvata la disciplina, tuttavia, non poche perplessità furono manifestate dalla dottrina ed il dibattito fu alimentato da una serie di questioni di costituzionalità, le quali, tuttavia, non portarono mai ad una declaratoria di illegittimità costituzionale della norma.

Procedendo con ordine, per quanto concerne la disciplina delineata dall'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p. relativa all'esame a distanza dei testimoni, va detto che essa, non è mai stata

³¹ KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in A.A.V.V. *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commenti alla l. 7 gennaio 1998 n. 11 (c.d. legge sulla videosorveglianza)*, Giuffrè, 1998, p. 24.

³² BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, in *La giustizia penale differenziata, gli accertamenti complementari*, coordinato da Montagna, in AA.VV. *Il processo penale*, diretto da GAITO-SPANGHER, Torino, Giappichelli, 2011, p. 984.

³³ BITONTI, voce *Doppio binario*, cit.

³⁴ KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., p. 25.

esaminata dalla Corte costituzionale, poiché i giudici di merito hanno sempre dichiarato manifestamente infondate le questioni prospettate dalle parti³⁵.

In particolare, l'*iter* argomentativo fatto proprio dai giudici *a quibus* mirava a sottolineare come un esame testimoniale che si svolgesse senza la fisica presenza del testimone dinanzi al giudice contrastava con la fisionomia tipica dell'istituto disciplinato nel capo I, titolo II, del libro III: si sosteneva, in particolare, che l'istituto della testimonianza, così come delineato dal nuovo codice, postulasse la creazione di un reale contatto tra i soggetti in guisa da cogliere ogni sfumatura che possa dirsi utile a valutare la genuinità della testimonianza e l'attendibilità delle dichiarazioni.

Sotto un differente aspetto, con particolare riferimento all' esame testimoniale di soggetti sottoposti al cambio delle generalità (per il quale la norma richiede l'adozione di cautele volte ad evitare che il volto sia visibile), si lamentava la lesione dell'art. 3 Cost, per disparità di trattamento, e dell'art. 24 Cost, in virtù della violazione del diritto di difesa che si riteneva si sarebbe perpetrata³⁶.

Con riferimento alla prima censura la Corte ha accantonato la questione limitandosi a puntualizzare come nessuna disparità di trattamento poteva dirsi perpetrata, posto che il differente regime normativo trova una propria ragionevolezza nella sussistenza di un grave ed attuale pericolo per i dichiaranti, derivante dall'attività da questi svolta: le differenti esigenze poste alla base dell'audizione dei soggetti sottoposti al cambio delle generalità legittimano una disciplina differenziata.

Con riferimento, invece, alla presunta violazione del diritto di difesa, la Corte ha assunto una posizione chiara affermando di ritenere che in alcun modo, l'oscuramento del volto dei testimoni, possa incidere sulla correttezza a completezza della prova.

In generale, come è stato sostenuto³⁷, la legittimità della disciplina deriva dalla sussistenza di esigenze meritevoli di tutela, che giustificano una limitazione del diritto al contraddittorio. Tale principio, per quanto costituisca un canone fondamentale della giurisdizione penale non può ritenersi esonerato dall'attività di bilanciamento di interessi: ed è ciò che il legislatore ha provveduto a fare, bilanciando le esigenze proprie del diritto al contraddittorio con quella che è la necessità di tutelare la sicurezza dei dichiaranti e garantirne l'incolumità.

In realtà, non manca chi ha sostenuto l'applicabilità di tale iter argomentativo anche agli altri casi considerate dalla norma, posto che, sebbene concernano ipotesi differenti, esse sono comunque portatrici di interessi di rango primario, idonee, dunque, ad ammettere una deroga ai principi del contraddittorio³⁸.

³⁵ C. Ass. Torino, ord. 22 luglio 1993; C. Ass Reggio Calabria, ord. 10 gennaio 1996; Trib. Palermo, ord. 29 maggio 1996.

³⁶ VOENA, *L'esame a distanza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 121.

³⁷ VOENA, *Contraddittorio e garanzie difensive nelle teleconferenze*, cit, p. 110.

³⁸ In realtà, gli unici due casi che verosimilmente potrebbero esporsi ad una censura sono contenuti all'interno del 5° comma dell'art. 147 *bis*: neanche con riferimento a tali ipotesi la corte costituzionale ha avuto modo di prendere posizione, sebbene la disposizione in questione sembra affetta da scarsa determinatezza, tale da poter effettivamente integrare una violazione del diritto di difesa. Il generico riferimento «all'esame della persona di cui è stata disposta la nuova assunzione a norma dell'art. 495», così come il riferimento alle «gravi difficoltà ad assicurare la comparizione della persona», sembrano canoni così ampi da ricomprendere all'interno della disciplina *de qua* un'ampia serie di circostanze, non tutte idonee a legittimare una deroga ai normali canoni che regolano l'acquisizione probatoria.

Per quanto concerne la partecipazione a distanza al dibattimento da parte dell'imputato l'incompatibilità costituzionale della norma era stata ravvisata, anche in questo caso, sotto il duplice profilo del contrasto con gli artt. 3 e 24 della costituzione, anche se l'iter argomentativo è in parte differente.

In particolare, i ricorrenti, per un verso, evidenziavano come la presenza dell'imputato al dibattimento mediante collegamento audiovisivo pregiudicasse il concreto espletamento del rapporto imputato-difensore, non consentendogli di reagire con la dovuta prontezza, e ledendo, di conseguenza, i suoi diritti difensivi³⁹. Per altro verso, si sosteneva che la limitazione del diritto alla difesa, perpetrandosi solo con riferimento a limitate categorie di imputati, generava altresì un'ingiusta disparità di trattamento, censurabile ai sensi dell'art. 3 Cost⁴⁰.

La Corte costituzionale⁴¹ ha affermato la non illegittimità costituzionale della disciplina, dichiarando la questione manifestamente infondata: tuttavia, merita attenzione l'iter argomentativo seguito. Il Giudice delle leggi ha escluso in radice la possibilità che il coinvolgimento dell'imputato mediante collegamento audiovisivo possa essere in grado di condizionare l'effettiva partecipazione dello stesso al dibattimento. Secondo la Corte l'ammissibilità di una simile forma di partecipazione dipende esclusivamente dall'utilizzazione di strumenti tecnici idonei a garantire all'imputato una partecipazione piena ed effettiva al contraddittorio dibattimentale, unitamente alla predisposizione di tutte le precauzioni volte a garantire il rispetto del diritto di difesa. Di conseguenza, «nessun effetto distorsivo può prodursi per l'uso delle videoconferenze, dal momento che la normativa in esame individua un esauriente sistema di risultati che il procedimento a distanza deve sempre e comunque garantire»⁴².

Sebbene sia condivisibile la scelta di fondo adottata dalla Consulta, ciò che più lascia perplessi è l'iter logico mediante il quale la stessa Corte è pervenuta alla dichiarazione di non illegittimità costituzionale dell'art. 146 *bis*: la Corte appare decisa nel negare qualsiasi possibilità di frizione della normativa in esame con il diritto di difesa⁴³. Sarebbe stato forse maggiormente auspicabile una motivazione incentrata sul riconoscimento di un'effettiva compressione del diritto di difesa, resa tuttavia tollerabile dall'esigenza di apprestare adeguate forme di tutela ad ulteriori interessi di rango parimenti primario, quali l'incolumità dei soggetti coinvolti e, più in generale, la sicurezza pubblica⁴⁴.

Con riferimento poi alla presunta violazione del diritto di difesa sotto lo specifico profilo che attiene ai rapporti tra imputato e difensore, la Consulta sottolinea come la disciplina in questione si possa considerare addirittura maggiormente compatibile con le esigenze di tempestività tipiche del dibattimento.

L'ipotesi sottoposta all'attenzione della Consulta dai giudici *a quibus* concerneva infatti la partecipazione al dibattimento mediante videoconferenza dei detenuti sottoposti al particolare

³⁹ Ass. Napoli. Ord. 2 giugno 1998, n. 671

⁴⁰ BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, cit, p. 983

⁴¹ C. Cost., sent. 22 luglio 1999, n. 342, in *Cass. pen.*, 2000.

⁴² Cit. RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di durata ragionevole del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 831.

⁴³ BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, cit, p. 985.

⁴⁴ RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di durata ragionevole del processo penale*, cit., p. 832.

trattamento penitenziario delineato dall'art. 41 *bis* legge 26 luglio 1975, n. 354: tali soggetti, già prima dell'entrata in vigore della l. n. 11 del 1998 erano sottoposti a un particolare regime nel corso delle udienze⁴⁵, il quale rendeva il rapporto tra imputati e difensori più complesso di quello che risulta essere mediante il ricorso alla videoconferenza⁴⁶.

Un ultimo aspetto che merita di essere evidenziato, prima di procedere alla disamina dettagliata della disciplina contenuta negli artt. 146 *bis* e 147 *bis*, concerne l'impatto della disciplina *de qua* sui canoni dell'oralità ed immediatezza. Anche tale profilo è stato sottoposto all'attenzione della Corte costituzionale⁴⁷, la quale ha negato l'esistenza di qualsivoglia contrasto tra la disciplina in esame ed i principi di oralità e immediatezza. La scelta di escludere in radice qualsiasi possibilità di compressione dei diritti di oralità ed immediatezza lascia perplessi: è infatti agevole comprendere come, in concreto, la partecipazione a distanza è idonea a sacrificare i principi in questione. La presenza in aula, infatti, garantisce una prontezza ed una rapidità nell'assunzione delle scelte e nelle modalità di svolgimento degli esami, che non può essere garantita dalla presenza solo virtuale dell'imputato. In altri termini, se è vero, come affermato in dottrina⁴⁸, che la partecipazione virtuale non può essere equiparata alla presenza reale in aula sotto il profilo dell'esercizio tempestivo dei diritti di autodifesa, ne deriva, come logico corollario, che i canoni di oralità e immediatezza ne usciranno certamente sacrificati.

Tuttavia, affermare che l'istituto di cui all'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. determina una inevitabile limitazione dei canoni di oralità e immediatezza, non significa necessariamente affermare una sua radicale incompatibilità con il dettato costituzionale: bisogna, infatti, verificare fino a che punto i canoni del giusto processo possano subire limitazioni determinate dalla necessità di preservare il soddisfacimento di interessi di rango primario⁴⁹.

Detto in altri termini, la limitazione dei principi di oralità e immediatezza che si perpetra mediante il ricorso alla videoconferenza può dirsi ammissibile, posto che i principi del giusto processo sono destinati a soccombere dinanzi alla necessità di tutela interessi più importanti e primari, quali l'incolumità dei dichiaranti e la sicurezza pubblica.

In definitiva, le pronunce della Consulta sembrano aver consacrato una disciplina idonea a conciliare il progresso tecnologico con le istanze garantistiche disposte dal codice di rito.

Come è stato correttamente affermato, infatti, la partecipazione dell'imputato al processo che lo coinvolge non implica necessariamente la sua presenza fisica, posto che tale partecipazione va intesa in senso sostanziale, ossia come possibilità reale di esercitare i propri diritti difensivi in contraddittorio con l'accusa. Con ciò non si vuole negare che la partecipazione a distanza al dibattimento non possa in alcun modo essere equiparata alla presenza fisica: si è consapevoli della differenza profonda che intercorre tra presenza "reale" e presenza "virtuale". Ciò che si sostiene è solamente che la partecipazione a distanza, per

⁴⁵ era infatti previsto che tali soggetti non sedessero, in aula, accanto al difensore ma assistessero all'udienza all'interno di apposite gabbie, onde evitare qualsiasi tipo di contatto con l'esterno, in guisa da non frustrare le esigenze perseguite tramite il particolare trattamento penitenziario.

⁴⁶ RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di durata ragionevole del processo penale*, cit., p. 833.

⁴⁷ C. Cost., sent. 22 luglio 1999, n. 342, cit.

⁴⁸ ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di CONSO GREVI, IV ed., Cedam, 1996; VOENA, *L'esame a distanza*, cit.

⁴⁹ RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di durata ragionevole del processo penale*, cit., p. 834.

quanto differente da quella fisica in udienza, non è in grado di escludere una corretta instaurazione del contraddittorio: le eventuali limitazioni (dei diritti di difesa, dei canoni dell'oralità e dell'immediatezza) che si determineranno dall'adozione di tale metodo, non sono comunque idonee a determinarne l'illegittimità, stante l'ampia tutela che tale disciplina è in grado di offrire ad interessi di rango primario.

4. LA DISCIPLINA DELL'ART. 146 BIS DISP. ATT. C.P.P.

4.1. PRESUPPOSTI

Analizzati alcuni aspetti focali che concernono in generale il ricorso alla videoconferenza, è ora opportuno dedicarsi ad un'analisi più dettagliata della disposizione relativa alla partecipazione a distanza dell'imputato.

Prendendo le mosse dai requisiti che legittimano il ricorso a tale peculiare forma di partecipazione⁵⁰, è bene puntualizzare come la norma in esame richieda il verificarsi di due presupposti⁵¹, che delimitano il campo di applicazione della normativa, nonché di due condizioni⁵², al verificarsi delle quali è ammesso il ricorso a tale istituto.

Il primo dei due presupposti limita l'operatività dell'istituto all'ipotesi in cui si proceda per uno dei delitti di cui agli artt. 51 comma 3 *bis* e 407, comma 2 lett. a) n. 4 c.p.p.⁵³: il ricorso al collegamento audiovisivo è dunque circoscritto ai soli procedimenti relativi a fenomeni delittuosi di particolare intensità o allarme sociale, quali i reati di stampo mafioso, l'eversione costituzionale ed il terrorismo⁵⁴.

L'altro presupposto volto a circoscrivere la portata della disciplina concerne lo stato di detenzione cui deve trovarsi l'imputato: come espressamente precisato dalla norma lo stato di

⁵⁰ Come previsto dall'art. 146 bis: «1. Quando si procede per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4 del codice, nei confronti di persona che si trova, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in carcere, la partecipazione al dibattimento avviene a distanza nei seguenti casi: a) qualora sussistano gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; b) qualora il dibattimento sia di particolare complessità e la partecipazione a distanza risulti necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento. L'esigenza di evitare ritardi nello svolgimento del dibattimento è valutata anche in relazione al fatto che nei confronti dello stesso imputato siano contemporaneamente in corso distinti processi presso diverse sedi giudiziarie; 1-bis. Fuori dai casi previsti dal comma 1, la partecipazione al dibattimento avviene a distanza anche quando si procede nei confronti di detenuto al quale sono state applicate le misure di cui all'articolo 41-bis, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché, ove possibile, quando si deve udire, in qualità di testimone, persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario, salvo, in quest'ultimo caso, diversa motivata disposizione del giudice»

⁵¹ Consistenti nella natura dei reati, e dallo stato di detenzione in cui si trova l'imputato

⁵² Delineate dalle lett. a) e b) del comma 1 dell'art. 146bis disp. att. c.p.p.

⁵³ Originariamente la disciplina contemplava solo il riferimento ai delitti di cui all'art. 51, comma 3bis: l'estensione dell'operatività della norma anche alle fattispecie delittuose contenute all'interno dell'art. 407, comma 2, lett. a), n. 4 è stata operata dal d.l. 374 del 1002, cit.: per maggiore praticità, nel corso della trattazione si farà riferimento solo al disposto dell'art. 51, comma 3bis, posta l'irrelevanza, ai fini della trattazione, delle altre ipotesi delittuose contemplate.

⁵⁴ BITONTI, voce *Doppio binario*, cit., p. 410.

detenzione può essere dovuto «a qualsiasi titolo». Tale locuzione assume una valenza “oggettiva”⁵⁵, sia nel senso che la detenzione può anche essere riconnessa a delitti diversi da quelli menzionati dall’art. 51, comma 3*bis*, sia nel senso che essa possa dipendere dall’espiazione della pena, così come dall’applicazione della custodia carceraria⁵⁶. Sebbene nel corso dei lavori parlamentari si sia ampiamente disquisito circa l’opportunità di attribuire solo allo *status detentionis* il carattere dell’indefettibilità, si deve ritenere che il testo licenziato non lasci dubbi circa la necessaria coesistenza di entrambi i presupposti perché si possa dare vita ad una partecipazione virtuale dell’imputato⁵⁷.

La presenza di detti presupposti, per quanto indefettibile, non è comunque sufficiente: è necessario, infatti, che sussistano anche le condizioni sancite alle lett a) e b) del comma 1 della norma in commento. A tal proposito è opportuno precisare come dette condizioni siano dotate di autonoma valenza, nel senso che ai fini dell’applicabilità del diverso regime partecipativo, sarà sufficiente il riscontro di una sola di esse.

La prima delle due condizioni richiede la sussistenza di «gravi ragioni di sicurezza ed ordine pubblico»: evidenti le ragioni che hanno spinto il legislatore a predisporre una simile ipotesi, derivanti principalmente dall’alto tasso di pericolosità ed allarme sociale che generano tali fattispecie delittuose.

Per quanto chiari siano i pericoli che la norma in esame mira a scongiurare non è mancato in dottrina chi ha ritenuto la formulazione normativa eccessivamente generica, ed inidonea a fungere da filtro tra le diverse situazioni di pericolo per l’incolumità pubblica ed individuale che in astratto sono prospettabili⁵⁸. Alla base di tali perplessità vi è il timore che un requisito che genericamente accenni alla «sicurezza ed all’ordine pubblico» possa essere interpretato nel senso di ammettere il ricorso a tale istituto (comunque parzialmente lesivo dei diritti difensivi, e il cui utilizzo dovrebbe essere contenuto) ogniqualvolta si presentino disagi o difficoltà nella traduzione dei detenuti in udienza⁵⁹. Se la locuzione fosse realmente in grado di ricomprendere un eccessivamente ampio ventaglio di ipotesi, si da perdere la propria finalità selettiva, si finirebbe per attribuire al giudice un ruolo determinante⁶⁰. In altri termini, il rischio paventato è che la presenza di un presupposto vago e generico possa riconoscere all’organo giudicante un’ampia discrezionalità circa l’applicabilità o meno dell’istituto, permettendogli in tal modo di assumere scelte fortemente incidenti sui diritti difensivi delle parti. In realtà tali perplessità non sembrano condivisibili: il riferimento alle «gravi» ragioni di sicurezza o ordine pubblico sembra idoneo a circoscrivere l’operatività della norma alle sole ipotesi in cui sicurezza e ordine pubblico siano effettivamente messi a repentaglio.

⁵⁵ BARGIS, *La teleconferenza*, cit, p. 23.

⁵⁶ Tuttavia, come osservato da FIDELBO, *Commento alla disciplina della partecipazione al processo penale a distanza e dell’esame dei collaboratori di giustizia*, in *Gazz. giur.*, 1998, n. 10, p. 3, non è equiparabile allo stato di detenzione, e dunque non legittimerà il ricorso all’istituto in esame né gli arresti domiciliari, né le misure alternative alla detenzione, stante l’inopportunità di ricorrere all’istituto in esame qualora difettino i presupposti per una custodia carceraria.

⁵⁷ KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit. p. 33

⁵⁸ BARGIS, *La teleconferenza*, cit. p. 23

⁵⁹ Si pensi ad esempio al disagio derivante dall’attraversamento della città da parte dei mezzi della polizia penitenziaria per la conduzione dell’imputato in udienza: il timore è che anche tali tipologie di disagi (non certo idonei ad integrare il requisito del pericolo per la sicurezza e l’ordine pubblico) possano farsi rientrare nell’ambito della condizione in esame.

⁶⁰ KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., p. 44.

Più problematica appare la definizione della seconda condizione prevista dall'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. concernente l'ipotesi in cui il dibattimento sia di particolare difficoltà e la partecipazione a distanza risulti necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento, esigenza, quest'ultima, che è valutata anche in riferimento al fatto che lo stesso imputato sia coinvolto in diversi procedimenti presso diverse sedi giudiziarie. Preliminarmente va precisato come il riferimento alla «particolare complessità» del dibattimento se per un verso difetti della necessaria determinatezza (essendo in astratto in grado di ricomprendere le più svariate situazioni), per altro verso, può essere meglio delineato facendo riferimento alla copiosa esegesi sviluppata intorno all'art. 304, comma 2 c.p.p., contenente la medesima locuzione. Con riferimento a tale ultima disposizione si è, infatti, precisato che la complessità di un procedimento debba essere valutata tenendo conto del numero degli imputati e delle imputazioni, del numero e dell'entità delle prove, fermo restando che deve rimanere estranea a tale valutazione qualunque esigenza riconnessa a manchevolezze dell'amministrazione⁶¹.

In realtà, il riferimento normativo alla particolare complessità del dibattimento quale condizione per il ricorso alla partecipazione a distanza, rischia di vanificare le finalità selettive che la condizione stessa dovrebbe soddisfare. Il rischio paventato è, infatti, che si venga ad instaurare una sorta di automatico ricorso alla videoconferenza ogni volta che il procedimento riguardi i reati di cui all'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p., data la complessità quasi sempre riscontrabile in tali processi. La stessa formulazione della fattispecie incriminatrice dell'art. 416 *bis* c.p.p. è costruita in maniera tale da postulare la presenza di più imputati: in tal modo si rischierebbe di trasformare l'istituto della partecipazione a distanza come il normale metodo di accertamento dei delitti di mafia, vanificando gli sforzi “contenitivi” del legislatore, e rischiando di compromettere la compatibilità costituzionale della norma⁶².

Per la verità, l'ipotesi contemplata alla lett b) dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. ha suscitato in dottrina alcuni dubbi di costituzionalità anche sotto diverso profilo. Se infatti, come si è sostenuto⁶³, l'istituto della partecipazione a distanza, pur determinando una compressione dei diritti difensivi, risulta costituzionalmente ammissibile perché preordinato alla tutela di diversi interessi di rango primario, lo stesso non può dirsi con riferimento all'ipotesi in questione.

Infatti, come accennato, tale previsione persegue due obiettivi: per un verso, evitare fenomeni di “turismo giudiziario”, per altro verso, evitare la totale paralisi del dibattimento che rischierebbe di verificarsi qualora gli imputati coinvolti in più procedimenti sceglieressero di esercitare il diritto, loro riconosciuto, di partecipare a tutti i dibattimenti.

La lett b) del comma 1 dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., sembra, dunque orientata a contenere i tempi del dibattimento, offrendo tutela al diritto alla ragionevole durata del processo, riconosciuto dall'art. 111, comma 2 Cost.

Ciò posto, non può tacersi come il diritto alla ragionevole durata del processo, per quanto meritevole di tutela costituzionale, non possa essere annoverato tra quei principi di rango

⁶¹ BARGIS, *La teleconferenza*, cit. p. 24

⁶² È evidente, infatti, come sarebbe difficilmente ammissibile una normativa che disciplini come ordinario metodo di partecipazione al dibattimento la videoconferenza: in tal modo verrebbero sistematicamente sacrificati i diritti difensivi senza che si possibiltà alcuna di bilanciare tale diritti con diverse esigenze: la costante complessità che caratterizza i processi di mafia finirebbe per escludere in radice la possibilità per l'imputato di partecipare di persona all'udienza.

⁶³ RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di durata ragionevole del processo penale*, cit., p. 830 ss.

primario idonei a determinare una limitazione dei diritti difensivi. Se, infatti, nelle diverse ipotesi prese in considerazione dall'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. il diritto di difesa viene bilanciato con esigenze di sicurezza ed incolumità, nell'ipotesi in commento il bilanciamento è effettuato rispetto a mere esigenze di efficienza processuale⁶⁴.

Mediante la previsione contenuta all'interno della lett b) il legislatore accorda costante preferenza alle esigenze di celerità del dibattimento, sacrificando quell'oralità ed immediatezza che, come è noto, costituiscono i capisaldi del rito accusatorio, condizionando il regolare esercizio dei diritti della difesa, la cui compressione può dirsi legittima entro i ristretti limiti dell'assoluta necessità.

Un ultimo cenno alle condizioni che devono sussistere perché possa procedersi alla partecipazione mediante videoconferenza merita il comma 1 *bis*, a tenore del quale «fuori dei casi previsti dal comma 1, la partecipazione al dibattimento avviene a distanza anche quando si procede nei confronti di detenuto al quale sono state applicate le misure di cui all'articolo 41 *bis*, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354».

Tale ipotesi, originariamente contenuta all'interno del comma 1 lett c) dell'art. 146, è stata trasferita a seguito dell'approvazione della legge 19 gennaio 2001, n. 4.: in realtà, l'attuale collocazione della norma corrisponde a quella che era la versione originaria del d.d.l. C n. 1845, dal quale ha preso origine la disciplina in esame. La scelta di disciplinare separatamente l'ipotesi di detenuti sottoposti al particolare regime penitenziario indipendentemente dalla natura del reato per cui si procede aveva tuttavia destato perplessità. Si era infatti osservato come in tal modo l'operatività di tale istituto sarebbe stata collegata ad un requisito di carattere soggettivo (ossia l'essere l'imputato sottoposto al regime speciale) e non ad un requisito di carattere oggettivo (la natura del reato)⁶⁵; peraltro si temeva che una tale impostazione potesse determinare un eccessivo ricorso alla videoconferenza, all'epoca ancora poco sperimentata: tutto ciò portò all'inserimento di tali ipotesi all'interno della lett c) comma 1 dell'art. 146 *bis*, subordinandone in tal modo l'operatività ai presupposti sanciti nello stesso comma 1⁶⁶.

Tuttavia, nel 2001 il legislatore decide di sovvertire tale scelta e trasferisce la normativa in esame all'interno dell'attuale comma 1 *bis*: tale scelta attribuisce all'ipotesi in esame una valenza automa. Stante la clausola iniziale «fuori dai casi previsti dal comma 1», l'operatività dell'istituto sarà condizionata alla sola circostanza che l'imputato sia sottoposto al regime penitenziario del c.d. "carcere duro", senza che sia altresì necessario che il reato per il quale risulta perseguito rientri tra quelli contenuti all'interno dell'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p..

4.2. FORMALITÀ

Al ricorrere dei presupposti previsti dai commi 1 e 1 *bis* dell'art. 146 *bis* «la partecipazione al dibattimento a distanza è disposta, anche d'ufficio, dal presidente del tribunale o della corte di

⁶⁴ BARGIS, *La teleconferenza*, cit. p. 25

⁶⁵ peraltro tali perplessità risultavano amplificate dal fatto che la sottoposizione di un soggetto alla disciplina prevista dall'art. 41 bis della l. 354 del 1975, pur essendo sottoposta al vaglio di un organo giurisdizionale (quale il magistrato di sorveglianza), è comunque disposta dal ministro della giustizia, organo del potere esecutivo. Ciò rendeva maggiormente problematica la scelta circa la possibilità di far derivare una compressione del diritto alla difesa (derivante dalla partecipazione virtuale al dibattimento) da una scelta assunta da un organo non giurisdizionale.

⁶⁶ BARGIS, *La teleconferenza*, cit. p. 27

assise con decreto motivato emesso nella fase degli atti preliminari, ovvero dal giudice con ordinanza nel corso del dibattimento. Il decreto è comunicato alle parti e ai difensori almeno dieci giorni prima»⁶⁷.

La possibilità data dalla norma di provvedere all'emanazione del decreto motivato già nella fase degli atti preliminari risponde alla precisa volontà di consentire la partecipazione virtuale già dalla prima udienza⁶⁸.

Sotto il profilo dell'ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice nell'autorizzare la videoconferenza, va detto come la vastità dei presupposti rischia di riconoscere all'organo giurisdizionale un'eccessiva discrezionalità. Al fine di rendere controllabile l'esercizio di tale potere il legislatore ha comunque previsto che la decisione sia adottata con un provvedimento motivato, disponendo altresì la fissazione di un termine a difesa, in guisa da riconoscere all'imputato una serie di tutele⁶⁹.

Peraltro va evidenziato una difformità di disciplina tra l'ipotesi in cui la partecipazione a distanza sia disposta nella fase degli atti preliminari al dibattimento, e l'ipotesi in cui essa venga concessa nel corso del dibattimento: nella prima ipotesi si garantisce alle parti il termine di dieci giorni, nel secondo caso invece non è previsto nessun termine a difesa. Tuttavia è ragionevole ritenere come anche in tale ipotesi il giudice dovrà provvedere a dilazionare l'udienza per un tempo di pari durata, in guisa da consentire anche in questo caso alla difesa di adeguarsi a tale peculiare modalità di svolgimento del dibattimento⁷⁰.

4.3. LE CAUTELE POSTE A PRESIDIO DEL DIRITTO ALLA DIFESA

Un discorso a parte va fatto con riferimento alla serie di accorgimenti che devono essere presi affinché la partecipazione a distanza dell'imputato possa dirsi compatibile con la tutela dei diritti difensivi dello stesso.

I commi da 3 a 6 dell'art. 146 *bis* rappresentano il nucleo centrale della disciplina, poichè ad essi è affidata la tenuta dell'intero sistema normativo: come affermato dalla corte costituzionale⁷¹ è proprio nella predisposizione di un'adeguata disciplina che sia in grado di garantire un'effettiva e consapevole partecipazione dell'imputato al dibattimento che risiede la compatibilità costituzionale della norma⁷².

La corretta partecipazione dell'imputato all'udienza è in primo luogo garantita dal comma 3 della norma in esame, il quale prevede che il collegamento audiovisivo⁷³ venga effettuato con modalità tali da assicurare «la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto». La formula mira a ridurre al minimo i rischi di una decontestualizzazione, adottando tutte le cautele necessarie affinché la

⁶⁷ art. 146 *bis* comma 2

⁶⁸ RIVELLO, *Uno strumento indispensabile contro la mafia con effetti positivi sui tempi del dibattimento*, cit. p. 44

⁶⁹ BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, cit. p. 989

⁷⁰ MARZADURI-MANZIONE, *Commento agli artt. 1 e 2 l. 7/1/1998, n. 11*, in *Leg. pen.*, 1999

⁷¹ sent. 22 luglio 1999 n. 342, cit.

⁷² RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di durata ragionevole del processo penale*, cit. P. 831

⁷³ si esclude dunque in radice l'utilizzazione di qualsiasi altro mezzo di comunicazione quali ad esempio un collegamento telefonico

partecipazione dell'imputato sia quanto più possibile "reale". Peraltro, ad analoghe esigenze risponde la seconda parte del comma in esame, che prende in considerazione l'ipotesi in cui il collegamento a distanza interessi più soggetti: in questi casi, infatti, si dovrà predisporre un sistema che consenta a tutti gli imputati di vedere e sentire non solo ciò che accade in udienza, ma anche quanto avviene nelle altre postazioni remote⁷⁴.

Peraltro, al comma 5, il legislatore chiarisce espressamente che il sito remoto deve ritenersi equiparato all'aula d'udienza: tale equiparazione comporta la doverosa applicabilità delle disposizioni concernenti l'udienza, compreso il potere, riconosciuto al giudice, di garantire l'ordine e la disciplina in udienza⁷⁵. Al fine di garantire effettività a tale equiparazione è inoltre previsto⁷⁶ che nella postazione remota in cui si trova l'imputato sia presente un ausiliario del giudice: a tale organo è rimesso il compito di attestare l'identità dell'imputato e di garantire che il soggetto agisca libero da impedimento o limitazioni nell'esercizio dei suoi diritti difensivi, compatibilmente con lo stato di detenzione in cui si trova⁷⁷.

È inoltre previsto che, limitatamente ai periodi in cui non si procede ad esame dell'imputato, l'ausiliario del giudice sia sostituito da un ufficiale di polizia giudiziaria che tuttavia non abbia svolto nei confronti dell'imputato attività di investigazione o protezione⁷⁸.

Infine, la norma più delicata e nel contempo problematica è contenuta all'interno del comma 4: tale disposizione regola i complessi rapporti tra imputato e difensore.

Il legislatore prevede espressamente la possibilità che il difensore «di essere presente nel luogo in cui si trova l'imputato»: l'incidenza di tale profilo sull'efficacia della difesa tecnica è notevole. È infatti ovvio che qualora il difensore decida di assistere l'imputato nel sito remoto, si pone anch'esso in una situazione di "distacco" dall'udienza che gli preclude la possibilità di cogliere quelle «impressioni impalpabili quanto essenziali»⁷⁹ che gli consentono di adeguare la propria strategia difensiva alle esigenze del caso; d'altro canto, qualora decidesse di assistere l'imputato dall'aula d'udienza, le comunicazioni con lo stesso diverrebbero più complesse.

Il legislatore ha tentato di ovviare a tale inconveniente prevedendo la possibilità di nominare un sostituto che assisterà l'imputato nel luogo in cui è assente il difensore: tale forma di sostituzione appare tuttavia peculiare e molto differente dall'ipotesi di sostituzione per assenza o impedimento del difensore. La possibilità di nominare un sostituto comporta tuttavia il rischio che perpetui una disparità di trattamento tra diversi imputati in relazione alle condizioni economiche: infatti, gli imputati ammessi al gratuito patrocinio non possono giovare della sostituzione processuale delineata dall'art. 146 *bis* comma 4, posto che la relativa disciplina⁸⁰ consente di nominare un solo difensore. Si rischia dunque di penalizzare, oltre i limiti della ragionevolezza, gli imputati meno abbienti, i quali si trovano nelle condizioni di dover scegliere se giovare del sostegno (anche psicologico) del difensore nel sito remoto, ovvero propendere per una sua presenza in aula.

⁷⁴ VOENA, *Contraddittorio e garanzie difensive nelle teleconferenze*, cit. p. 118

⁷⁵ RIVELLO, *Uno strumento indispensabile contro la mafia con effetti positivi sui tempi del dibattimento*, cit.

⁷⁶ art. 146 bis comma 4

⁷⁷ BARGIS, *La teleconferenza*, cit. p. 31

⁷⁸ BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, cit. p. 990

⁷⁹ cit. VOENA, *Contraddittorio e garanzie difensive nelle teleconferenze*, cit. p. 123

⁸⁰ art. 4 comma 3 l. 30 luglio 1990, n. 217

4.4. PARTECIPAZIONE IN AULA

L'analisi della disciplina della partecipazione a distanza dell'imputato non può che concludersi con l'esame di quanto disposto dall'ultimo comma dell'art. 146 *bis*. Tale ultima disposizione consente un recupero della partecipazione fisica al dibattimento da parte dell'imputato qualora debba essere compiuto un confronto o una ricognizione ovvero un altro atto che implica l'osservazione della persona. In tali casi il giudice, se ritiene la presenza in aula indispensabile, dopo aver istaurato il contraddittorio tra le parti, emette un'ordinanza motivata con la quale autorizza il trasferimento in aula dell'imputato per il solo tempo necessario al compimento dell'atto⁸¹.

Si tratta di “un'eccezione all'eccezione”⁸² che consente la presenza in aula dell'imputato ogniqualvolta debbano essere compiuti atti materialmente incompatibili con la partecipazione tramite collegamento audiovisivo.

La scelta del legislatore si orienta nel senso di evitare effettuare un'elencazione delle ipotesi in cui la presenza in aula va garantita, limitandosi a fare riferimento a due atti che certamente impongono un contatto fisico tra le parti (ricognizione e confronto) e ricorrendo poi all'utilizzo della clausola di chiusura ogni «altro atto che implica l'osservazione della sua persona». Tale ultima clausola, se per un verso evita di circoscrivere l'operatività della disposizione alle singole ipotesi considerate, per altro verso, rischia di legittimare il ricorso ad interpretazioni estensive: il rischio paventato da (anche in sede di approvazione della normativa⁸³) è che una locuzione tanto ampia avrebbe potuto legittimare interpretazioni volte a ritenere anche l'esame dell'imputato come «un'attività che implica l'osservazione della sua persona», frustrando, in tal modo, l'essenza stessa della norma.

Tale ipotesi sembra tuttavia remota, stante la chiara *ratio legis* che ispira la normativa e le finalità che la stessa si impone di perseguire, anche se non può negarsi come tale locuzione, unitamente alla valutazione circa l'indispensabilità⁸⁴ rimessa al giudice, rischia di dotare l'organo giurisdizionale di una discrezionalità forse eccessiva⁸⁵.

⁸¹ KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit.

⁸² CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit. p. 195

⁸³ KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit. p. 99

⁸⁴ indispensabilità che peraltro deve essere valutata con riferimento non al mezzo di prova in sé, ma solo alla sua particolare modalità esecutiva: se così non fosse, si rischierebbe di introdurre un limite al diritto alla prova collegato alle condizioni soggettive in cui si trova l'imputato (stato detentivo, tipo di imputazione, etc.)

⁸⁵ BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, cit. p. 990; KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit. P. 99

5. LA DISCIPLINA DELL'ART. 147 BIS C.P.P.

5.1. PRESUPPOSTI

Una disciplina parzialmente differente è contenuta all'interno dell'art. 147 *bis* disp att c.p.p., relativo all'esame a distanza dei testimoni degli operatori sotto copertura delle persone che collaborano con la giustizia e degli imputati di reato connesso. La peculiare posizione in cui si trovano i soggetti coinvolti impone infatti l'adozione di una serie di tutele supplementari, volte a tutelarne l'incolumità e la sicurezza⁸⁶.

La norma prende in considerazione una serie di ipotesi tra loro differenti, distinguendo i casi in cui il ricorso alla videoconferenza sia obbligatorio, da quelli in cui la scelta di procedere ad esame a distanza viene rimessa alla discrezionalità del giudice.

Per quanto concerne il telesame c.d. facoltativo, esso trova applicazione nei limiti delle ipotesi considerate ai commi 1, 1 *bis* e 5 dell'art. 147 *bis*. In particolare, in base a quanto disposto dal primo comma, le persone ammesse a programmi di protezione, anche di tipo provvisorio o urgente, possono essere esaminate o mediante il ricorso alla videoconferenza, ovvero adottando tutte le cautele necessarie per garantire la loro tutela (guardie del corpo, schermi di protezione)⁸⁷. Una disciplina analoga è contenuta nel comma 1 *bis*, con riferimento all'esame degli ufficiali ed agli agenti di polizia giudiziaria che abbiano compiuto operazioni sotto copertura⁸⁸ nei confronti dei quali l'esame (in caso di mancata disposizione dell'esame a distanza) deve svolgersi con tutte le cautele mirate ad evitare che il volto sia visibile.

In entrambe le ipotesi si prevede, dunque, che l'autorità giudiziaria possa individuare, anche autonomamente⁸⁹, le misure da adottare affinché le esigenze che si presentano possano essere soddisfatte: il ricorso al telesame si configura dunque come *extrema ratio*⁹⁰. L'impiego della videoconferenza è dunque affidato alla discrezionalità del giudice il quale dovrà trovare il giusto equilibrio tra l'esigenza di assumere la prova in dibattimento e la necessità di garantire protezione al collaboratore, sempre che vi sia la disponibilità di una strumentazione adeguata⁹¹.

Rientra altresì nel campo d'applicazione del telesame facoltativo, la previsione contenuta al comma 5 della norma in esame, il quale ammette la possibilità di ricorrere a tale tipologia di partecipazione al dibattimento anche nelle ipotesi in cui si debba procedere all'esame di persone le cui dichiarazioni siano state acquisite a norma dell'art. 238, attraverso i relativi verbali⁹² ovvero qualora il giudice intracci gravi difficoltà nell'assicurare la presenza in aula della persona da sottoporre ad esame⁹³.

⁸⁶BITONTI, voce *Doppio binario*, cit. p. 410

⁸⁷ ILLUMINATI, *Giudizio*, cit. p. 791

⁸⁸ ai sensi dell'art. 9 l. 16 marzo 2006, n. 146

⁸⁹ la predisposizione della videoconferenza può infatti essere disposta, in caso di telesame facoltativo, sia d'ufficio che su richiesta di parte.

⁹⁰ BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, cit. p. 990

⁹¹ peraltro, il requisito dell'adeguata strumentazione tecnica, espressamente previsto nell'incipit dell'art. 147 *bis* comma 2, risulta alquanto pleonastica, posta l'assoluta impossibilità di predisporre qualsivoglia collegamento a distanza in assenza di strumenti tecnici adeguati.

⁹² Così va infatti inteso il richiamo della norma alla «nuova assunzione a norma dell'art. 495 comma 1»

⁹³ ILLUMINATI, *Giudizio*, cit. p. 791

La prima delle due ipotesi considerate dal comma 5 dell'art. 147 *bis* ha suscitato alcun perplessità, stante la difficoltà di comprendere la necessità del ricorso alla videoconferenza nel caso in cui si debba procedere all'audizione del soggetto che abbia già reso le proprie dichiarazioni in un diverso procedimento, i cui verbali vengono acquisiti a norma dell'art. 238: in tali ipotesi il ricorso all'istituto in esame appare affidata ad un canone eccessivamente ampio, che prescinde dalla natura del reato, dalla complessità dell'istruttoria o dalla sussistenza di esigenze di sicurezza dei dichiaranti⁹⁴.

L'unica interpretazione che sembra dotare la norma di un'operatività circoscritta ed in linea con le finalità perseguite sembra essere nel senso ammettere il ricorso alla videoconferenza per colmare i vuoti narrativi emergenti dal verbale acquisito qualora si proceda all'assunzione della prova a norma dell'art. 190 *bis*⁹⁵: in tal modo l'esame orale del dichiarante, già reso difficoltoso dalla norma da ultimo citata, risulterebbe ulteriormente garantito dal ricorso alla videoconferenza.

Per quanto concerne, invece, l'ipotesi delle «gravi difficoltà ad assicurare la comparizione della persona da sottoporre ad esame», essa sembra finalizzata ad evitare qualsiasi ritardo nella celebrazione dei processi, e di agevolare i dichiaranti, esimendoli dall'onere di effettuare continui spostamenti per partecipare a più processi⁹⁶. Senonché l'inciso «gravi difficoltà» sembra cristallizzare un presupposto eccessivamente ampio, idoneo a legittimare il collegamento via etere anche in situazioni di difficoltà momentanee: il rischio è che si possa fare un uso improprio dell'istituto (la cui operatività incide comunque sull'esercizio dei diritti difensivi), legittimandone un ricorso eccessivamente frequente. Spetterà dunque al giudice limitare l'operatività dell'esame a distanza ai soli casi in cui non sia altrimenti possibile acquisire le dichiarazioni, anche se, stante la vaghezza della norma, le scelte del giudice appariranno esposte ad un alto grado di discrezionalità, non essendo vincolato ai presupposti per disporre l'esame a distanza⁹⁷.

Oltre a tali ipotesi, dove il ricorso all'esame a distanza viene rimesso ad una valutazione (più o meno discrezionale) del giudice, vi sono poi alcune ipotesi in cui la scelta di predisporre un collegamento audiovisivo si pone per il giudice come obbligatoria, potendo essere esclusa solo nell'ipotesi in cui la presenza del soggetto in aula sia ritenuta «assolutamente necessaria».

Il parametro dell'assoluta necessità va, peraltro, interpretato nel senso di ammettere l'esame a distanza tutte le volte in cui risulti impossibile assumere le dichiarazioni del soggetto o qualora il collegamento audiovisivo non garantisca il corretto godimento delle garanzie difensive o, infine, qualora manchino gli strumenti tecnici necessari per effettuare la videoconferenza⁹⁸.

In assenza di tale requisito sarà possibile procedere all'esame a distanza in tre tassative ipotesi, individuate all'interno del comma 3 dell'art. 147 *bis*.

La prima ipotesi presa in considerazione dalla norma concerne l'ipotesi in cui, nel corso di procedimenti per reati indicati dagli artt. 51 comma 3bis e 407, comma 2 lett. a) n. 4 c.p.p., si

⁹⁴ CURTOTTI NAPPI, *Esame a distanza*, cit. p. 205

⁹⁵ GIUNCHEDI, *L'esame a distanza*, cit. p. 752

⁹⁶ BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, cit. p. 991

⁹⁷ CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, p. 355 ss.

⁹⁸ DELLA MONICA, *L'esame a distanza delle persone ammesse a programmi o misure di protezione*, cit. p. 201

debba procedere all'esame di un soggetto ammesso a programmi o misure di protezione.

L'obiettivo perseguito è quello di garantire la sicurezza del teste da escutere: tale esigenza si fa maggiormente pregnante qualora si tratti di procedimenti penali relativi a fattispecie criminose riconnesse alle attività di un'associazione per delinquere di stampo mafioso⁹⁹. La perentorietà della disposizione che non lascia al giudice margini di discrezionalità rischia tuttavia, secondo alcuni autori¹⁰⁰, di imporre il ricorso a tale fattispecie anche nelle ipotesi in cui non vi sia un effettivo rischio per la loro incolumità.

L'esame a distanza è poi obbligatoriamente predisposto qualora si debba assumere la testimonianza di un soggetto nei cui confronti «è stato emesso il decreto di cambiamento delle generalità di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 29 marzo 1993, n. 119»¹⁰¹. Chiare le ragioni che si pongono alla base di una tale previsione: tutelare l'incolumità di soggetti che collaborano con la giustizia. A tal fine è peraltro previsto che il giudice debba adottare tutte le cautele necessarie perché il volto del dichiarante non sia visibile: tale previsione, verosimilmente, ha carattere assoluto e dunque è destinata a trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui il giudice ritenga di non poter prescindere dalla presenza del soggetto in aula, e dunque disponga che l'esame si svolga con le modalità ordinarie¹⁰².

L'ipotesi più problematica è contenuta all'interno della lett c) del comma 3 della norma in esame e concerne il caso in cui «nell'ambito di un processo per taluno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, o dall'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4, del codice, [debbono] essere esaminate le persone indicate nell'articolo 210 del codice nei cui confronti si procede per uno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3-bis o dall'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4, del codice». Tale ipotesi appare peculiare perché sembra finalizzata a tutelare interessi differenti dalla sicurezza o l'incolumità dei dichiaranti: per certi versi sembra che la disposizione abbia introdotto una sorte di «presunzione circa l'esistenza di un incombente pericolo per l'incolumità» dei soggetti richiamati dalla disposizione, a prescindere dal fatto che siano stati sottoposti a misure o programmi di protezione¹⁰³.

In realtà, gli obiettivi che sembra perseguire la norma sembrano di carattere meramente processuale: sembra infatti che la disposizione sia volta ad evitare che l'esame di persone coinvolte in più procedimenti possa determinare eccessivi rallentamenti del giudizio, tentando altresì di paralizzare il fenomeno del «turismo giudiziario»¹⁰⁴. Tale interpretazione sembrerebbe peraltro rafforzata dal dettato normativo che fa riferimento alle persone nei cui confronti «si procede», escludendo dunque dall'ambito applicativo della norma tutti i soggetti la cui esperienza processuale sia conclusa.

L'ipotesi disciplinata dalla lett c) sembra, peraltro, sovrapporsi alla disposizione contenuta all'interno dell'art. 146 bis disp. att. c.p.p. che, disciplinando la partecipazione a distanza dell'imputato, sembra trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo deponga nelle forme della testimonianza. In realtà, l'art. 147 bis svolge un ruolo residuale, nel senso che è destinata a trovare applicazione nelle ipotesi non coperte dall'art. 146 bis: ciò avviene, ad

⁹⁹ GIUNCHEDI, *L'esame a distanza*, cit. p. 751

¹⁰⁰ DELLA MONICA, *L'esame a distanza delle persone ammesse a programmi o misure di protezione*, cit., p. 173

¹⁰¹ art. 147 bis, comma 3, lett. b), disp. att. C.p.p.

¹⁰² CURTOTTI NAPPI, *Esame a distanza*, cit. p. 206

¹⁰³ VOENA, *Il telesame*, in AA.VV. *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di ZAPPALA', Giuffrè, 1999, p. 92 ss.

¹⁰⁴ GIUNCHEDI, *L'esame a distanza*, cit. p. 751.

esempio, nel caso in cui l'imputato non sia detenuto, ovvero nel caso in cui lo stesso (pur sussistendo i presupposti per la partecipazione a distanza) abbia rinunciato a presenziare alle udienze, ma sia, comunque, chiamato a sottoporsi all'esame richiesta dalle parti in ordine all'altrui responsabilità¹⁰⁵.

Vi è poi un'ultima ipotesi di esame a distanza obbligatorio, presa in considerazione dalla lett c bis) dello stesso comma 3, relativa agli *undercover agents*, ossia gli ufficiali di polizia giudiziaria (nonché ausiliari e persone interposte) che abbiano operato sotto copertura. La disposizione non richiede particolari precisazioni posta la linearità della formulazione e la chiara finalità perseguita nella norma, volta ad impedire il riconoscimento di tali soggetti.

5.2. FORMALITÀ

Per quanto concerne le formalità che devono essere rispettate per l'emissione del provvedimento autorizzativo della teleconferenza va precisato che quest'ultimo è adottato, sentite le parti, dal giudice o dal presidente.

In primo luogo, va precisato come il diritto a richiedere la videoconferenza spetta tanto al giudice quanto alle parti, come confermato dalla locuzione «anche d'ufficio», che implica necessariamente un'attiva sollecitatoria ad opera di altri soggetti.

Peraltro oltre che dalle parti, la norma, al comma 1, prevede che la richiesta possa essere avanzata anche «[dal]l'autorità che ha disposto il programma o le misure di protezione»¹⁰⁶: tale previsione risponde a ragioni di carattere pratico, posto che spesso le parti private non sono nelle condizioni di conoscere le condizioni in cui si trova il soggetto da esaminare¹⁰⁷.

Il provvedimento, secondo quanto disposto dal comma 3, può essere adottato dal giudice o dal presidente. Tale disposizione ha destato alcune perplessità, stante la deroga alle disposizioni generali che regolano l'adozione degli atti in dibattimento che la norma sembra sancire. L'intervento del presidente del collegio è, infatti, limitato alle ipotesi di urgenza¹⁰⁸, mentre in tutti gli altri casi le decisioni vengono in genere assunte dal collegio mediante ordinanza. Qualora si dovesse interpretare la norma nel senso di attribuire esclusivamente al presidente un tale potere decisorio, si finirebbe per sacrificare il diritto delle parti al contraddittorio, posto che il provvedimento del presidente, adottato in camera di consiglio, consentirebbe esclusivamente un contraddittorio di tipo cartolare¹⁰⁹. Onde scongiurare una simile conclusione, si è sostenuto¹¹⁰ che, nonostante la formulazione normativa, l'intervento del presidente vada limitato ai casi d'urgenza, con rimessione della decisione in via definitiva al collegio.

Per quanto concerne le forme da adottare per l'emissione del provvedimento è necessario

¹⁰⁵ VOENA, *Il telesame*, cit., p. 97.

¹⁰⁶ Come ha sottolineato DELLA MONICA, *L'esame a distanza delle persone ammesse a programmi o misure di protezione*, cit., p. 179, la previsione è assolutamente innovativa, posto che per la prima volta si riconosce ad un organo sprovvisto di poteri giurisdizionali, ed estranea al circuito processuale, la possibilità di intervenire in merito alle modalità di assunzione della prova

¹⁰⁷ GIUNCHEDI, *L'esame a distanza*, cit., p. 753.

¹⁰⁸ In virtù di quanto disposto dall'art. 465, comma 1, c.p.p. che impone al presidente l'adozione di atti non rinviabili al dibattimento.

¹⁰⁹ CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina*, cit., p. 357.

¹¹⁰ CURTOTTI NAPPI, *Esame a distanza*, cit., p. 207.

distinguere: l'atto assumerà la forma dell'ordinanza qualora l'esame a distanza sia disposto dal giudice (*reictus*: collegio), mentre avrà la forma del decreto motivato qualora la decisione sia assunta dal presidente del collegio¹¹¹.

Peraltro, entrambi i provvedimenti sono revocabili *ex officio* prima dell'acquisizione della prova, tutte le volte in cui il giudice ritiene siano venuti meno i presupposti applicativi della disciplina: ovviamente anche il provvedimento di revoca dovrà essere motivato a pena di nullità¹¹².

5.3. LE CAUTELE POSTE A PRESIDIO DEL DIRITTO ALLA DIFESA

Per quanto concerne le formalità che devono essere rispettate al fine di garantire un corretto espletamento dell'esame, ed un doveroso rispetto delle garanzie difensive, l'art. 147 bis disp. att. c.p.p., comma 2, riprende, in parte, quanto previsto dall'art. 146 bis disp. att. c.p.p..

Il comma 2 della disposizione in esame prevede che «il collegamento audiovisivo deve garantire la contestuale visibilità delle persone presenti nel luogo dove la persona sottoposta ad esame si trova»: l'inquadratura del sito remoto deve tuttavia essere disposta in modo tale da ricomprendere l'intero spazio in cui la persona si trova, per consentire la verifica circa l'assenza di eventuali soggetti terzi che possano in qualche modo condizionare o indirizzare le risposte del teste, compromettendo l'affidabilità della deposizione¹¹³.

Risponde invece alla finalità di tutelare il diritto alla difesa tecnica dell'imputato la previsione (contenuta all'interno del comma 4) volta a dare applicazione alle disposizioni contenute nei commi 3, 4 e 6 dell'art. 146 bis disp. att. c.p.p., qualora la persona da esaminare debba essere assistita da un difensore: il riferimento è ovviamente alle ipotesi in cui si proceda all'esame dei soggetti di cui all'art. 210 c.p.p.¹¹⁴.

Il richiamo all'art. 146 bis disp. att. c.p.p. comporta l'applicabilità di tutte quelle formalità volte a garantire la necessaria assistenza al soggetto chiamato a partecipare a distanza al dibattimento, con tutte le perplessità che l'applicazione di detta disciplina porta con sé e di cui si è già dato atto.

Infine, a tutela della regolarità delle operazioni è prevista la presenza, presso il sito remoto di un ausiliario del giudice, il quale oltre ad attestare le generalità del dichiarante «[dà] atto dell'osservanza delle disposizioni contenute nel precedente comma nonché delle cautele adottate per assicurare la regolarità dell'esame con riferimento al luogo ove egli si trova»¹¹⁵. È previsto in capo all'ausiliario l'obbligo di redazione del verbale delle operazioni e degli accadimenti verificatisi nel sito remoto: in tal modo si assicura un ulteriore controllo sulla regolarità delle operazioni, volta ad accrescere le cautele che devono caratterizzare il ricorso a tale modalità di coinvolgimento dei soggetti al dibattimento.

¹¹¹ VOENA, *Il telesame*, cit. p. 99.

¹¹² FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in AA.VV. *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, p. 397.

¹¹³ MELCHIONDA, *sub art. 147 disp. att. c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, *La normativa complementare*, I, Torino, 1992, p. 326.

¹¹⁴ VOENA, *Il telesame*, cit., p. 95.

¹¹⁵ Art. 147 bis, comma 2, ultima parte, disp. att. c.p.p.

5.4. CONCLUSIONI

L'analisi della disciplina contenuta all'interno degli artt. 146 bis e 147 bis disp. att. c.p.p. evidenzia come la normativa predisposta dal legislatore abbia raggiunto un ragionevole equilibrio, creando una disciplina che consente di tutelare esigenze di sicurezza collettiva, incolumità e celerità processuale senza tuttavia frustrare i diritti difensivi delle parti. Mediante tale intervento normativo il legislatore sembra essere riuscito nell'intento di creare un doppio binario normativo apportando minime lesioni ai diritti degli imputati. A differenza di altri interventi, infatti, nei quali la predisposizione di una disciplina derogatoria incideva, in modo significativo sul corretto esercizio dei diritti difensivi, in tale ipotesi sembra essersi raggiunto un ragionevole compromesso¹¹⁶. Tanto nell'ipotesi di partecipazione a distanza dell'imputato, quanto in quella relativa all'esame dei collaboratori, operatori sotto copertura e imputati in reati connessi, si è riusciti a predisporre un metodo di acquisizione probatoria che si mostra idoneo a soddisfare le istanze delle parti, sfruttando il progresso tecnologico. Le compressioni ai diritti difensivi che si perpetuano rimangono circoscritte entro i limiti dell'ammissibilità, delineando un meccanismo che per quanto possa certamente essere perfezionato, si pone come un buon esempio normativo per la predisposizione di un doppio binario processuale.

¹¹⁶ RIVELLO, *Uno strumento indispensabile contro la mafia con effetti positivi sui tempi del dibattimento*, cit.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con il presente lavoro si è analizzata la disciplina del codice di rito penale al fine di verificare se, ed eventualmente in che termini, sia possibile parlare di “doppio binario” nell’accertamento processuale dei fatti di criminalità organizzata.

Dall’analisi finora condotta si evince come, in realtà, all’interno del codice di rito, non sia possibile rinvenire un vero e proprio sistema processuale parallelo e differenziato rispetto a quello ordinario, stante l’impossibilità di individuare una disciplina derogatoria uniforme e coordinata.

Sebbene, infatti, gli interventi normativi volti a potenziare l’attività investigativa ed a rendere più efficace l’accertamento si siano concentrati in un arco di tempo omogeneo (inizi degli anni ‘90), il legislatore non è comunque riuscito a predisporre una disciplina che potesse in qualche modo essere dotata di una propria autonomia.

Con ciò non si vuole negare l’esistenza, all’interno del tessuto codicistico, una serie di disposizioni che, derogando alla disciplina ordinaria, pongono le basi per la predisposizione di un sistema differenziato di accertamento.

In altri termini, non è possibile parlare di doppio binario nella misura in cui con tale espressione si intenda riferirsi ad un complesso organico, sistematicamente coordinato ed autonomo: la disciplina derogatoria predisposta all’interno del codice di rito difetta di tali attributi e si pone piuttosto come un insieme di disposizioni, adottate sull’onda dell’emergenza, tra loro poco coordinate, che mirano ad intervenire, di volta in volta sul tessuto codicistico per adeguarlo alle peculiari necessità che il fenomeno mafioso presenta.

In ogni caso, la scelta di fondo di predisporre un sistema differenziato di accertamento non è di per sé censurabile, dovendosi anzi considerare opportuna: essa risponde all’esigenza di predisporre un sistema processuale idoneo a fronteggiare le difficoltà di accertamento che il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso pone.

Infatti, come si è avuto modo di chiarire nel corso della trattazione, il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso presenta già, da un punto di vista sostanziale, notevoli peculiarità: è evidente, infatti, il discrimine che sussiste tra la fattispecie di cui all’art. 416 bis c.p. e, ad esempio, il reato di cui all’art. 575 c.p. . Gli elementi che caratterizzano il fatto tipico, quali la presenza di tre o più soggetti, l’esercizio di un potere intimidatorio, lo sfruttamento di una situazione di assoggettamento e di omertà, mettono chiaramente in risalto come non si tratti di una fattispecie delittuosa del tutto particolare, di molto differente dalle altre ipotesi delittuose contenute nel codice penale.

Tali peculiarità che caratterizzano già il fenomeno da un punto di vista di diritto sostanziale, non possono non riverberare i propri effetti anche sul piano processuale.

Non è infatti possibile sostenere che lo stesso metodo di accertamento utilizzato per la repressione, ad esempio, del reato di cui all'art. 575 c.p., possa essere efficacemente utilizzato anche con riferimento all'art. 416 bis c.p. .

La fitta rete organizzativa, il forte radicamento nel tessuto sociale, l'enorme carica delinquenziale che caratterizza dette associazioni sono fattori che non possono non essere tenuti in considerazione nel momento in cui si tratta di predisporre strumenti di prevenzione e repressione di tali fenomeni.

Se il fenomeno criminale da contrastare presenta caratteristiche e peculiarità sconosciute alla maggioranza delle ipotesi delittuose prese in considerazione dal codice penale, è opportuno che anche il sistema processuale si doti degli strumenti necessari per far fronte a tale fenomeno.

In conclusione, non è di per sé inammissibile la scelta di definire un modello processuale che, sulla base di un'attenta analisi del fenomeno criminale da fronteggiare, predisponga strumenti di accertamento che si mostrino in concreto idonei ad individuare le più pericolose manifestazioni di criminalità poste in essere da tali associazioni, e individui strumenti processuali in grado di contrastarle.

Senonchè, tale scelta porta con sé, quale logico corollario, la riduzione delle garanzie difensive riconosciute agli imputati, posto che tanto più si incrementa l'efficienza del meccanismo processuale, quanto più si affievoliscono le tutele riconosciute ai soggetti coinvolti.

Vi è dunque una stretta correlazione tra efficienza processuale e diritti difensivi: quanto più si potenzia la prima, tanto più si affievoliscono i secondi.

Di tale stretta correlazione si è data ampia dimostrazione nel corso della trattazione: basti pensare ad esempio, che la necessità di predisporre una maggiore durata delle indagini unitamente all'esigenza di mantenere il riserbo in merito all'andamento delle stesse (scelta in sé non censurabile perché derivante dalla necessità di evitare che l'attività di investigazione venga ostacolata, e ancora prima, che l'incolumità degli investigatori messa a repentaglio) determina, inevitabilmente, una non indifferente compressione dei diritti difensivi dell'indagato; si pensi, ancora, all'ipotesi contenuta all'interno dell'art. 190 *bis* c.p.p., il quale, nel chiaro intento di tutelare l'incolumità dei dichiaranti ed evitare l'usura dei testimoni (esigenza particolarmente pregnante nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata)

impone una forte limitazione del diritto alla prova dell'imputato, al quale viene "negato" il diritto di procedere all'escussione orale in aula del dichiarante.

Ebbene, tali limitazioni ai diritti difensivi possono, in linea di principio, considerarsi ammissibili nella misura in cui la compressione del diritto di difesa dell'imputato trovi una legittima contropartita nella necessità di tutelare un diverso e parimenti primario, interesse fondamentale.

In altri termini, perché la limitazione dei diritti fondamentali dell'imputato possa dirsi ragionevole, essa dovrà essere il risultato di un'attenta attività di bilanciamento di interessi che miri alla ricerca di un equilibrio tra le diverse esigenze manifestate nel caso concreto.

Ed è proprio in tale attività che sembra che la disciplina derogatoria predisposta dal legislatore mostri i propri limiti: se, infatti, la scelta di fondo relativa alla necessità di predisporre un modello di accertamento differenziato non può ritenersi censurabile, ciò che è meno condivisibile è il metodo mediante il quale il legislatore ha provveduto a dare attuazione a tale sistema.

La normativa derogatoria volta a contrastare in maniera più efficace il crimine organizzato, infatti, sconta i limiti ed i condizionamenti del periodo in cui venne approvata: gran parte del sistema del doppio binario è infatti il risultato di interventi normativi posti in essere nei primi anni '90, anni caratterizzati da una forte tensione sociale e un forte allarmismo, derivante principalmente dalle manifestazioni di violenza poste in essere dalle associazioni per delinquere di stampo mafioso.

Tale clima influenzò non poco l'attività legislativa, determinando, in concreto, l'emanazione di una disciplina di carattere emergenziale, che, come spesso avviene in tali casi, è risultata essere poco ponderata e poco bilanciata.

L'aspetto problematico dell'intera disciplina risiede proprio nel fatto che il legislatore sembra non aver operato un attento bilanciamento di interessi: spinto dalla necessità di intervenire in maniera rapida ed incisiva ha spesso posto in essere modifiche normative che, pur garantendo un elevato grado di efficienza dell'azione penale ha tuttavia sacrificato, a volte eccessivamente, i diritti delle parti.

Tale critica, tuttavia, non si spinge fino a ritenere inammissibile *in toto* l'intero sistema derogatorio, né tantomeno a metterne in dubbio le capacità, in termini di miglioramento dell'azione repressiva.

Al contrario, sebbene le singole scelte legislative appaiano censurabili, la scelta di fondo, relativa alla predisposizione di un sistema di accertamento differenziato per alcune tipologie delittuose rimane ammissibile, anzi auspicabile.

In altri termini, ciò che si critica non è la scelta di fondo, ma il metodo utilizzato per attuarla: predisponendo una modifica normativa volta a smussare gli aspetti meno garantistici della disciplina, delineando un sistema che, seppur limitando parzialmente i diritti difensivi, riesca in ogni caso a trovare il giusto equilibrio tra efficienza e garantismo, il sistema del doppio binario rimane una scelta condivisibile.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare "obbligatorio": cade la presunzione assoluta anche per i reati di contesto mafioso*, in *Giur. cost.*, 2013.

ADRIANI, *La sentenza penale irrevocabile come mezzo di prova*, in *Cass. pen.*, 1997.

ALBERICO, *La Consulta torna a definire i presupposti applicativi della presunzione assoluta di cui all'art. 275, 3° comma cpp*, in *Cass. pen.*, 2014, 2.

AMBROSINI, sub art. 595 c.p.p., in *Commentario al codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, II agg..

ANDREAZZA, *L'ennesima modifica dell'art. 275, 3° comma, cpp tra precari equilibri costituzionali e applicazione alle misure in atto*, in *Cass. pen.*, 2010, 9.

APRATI, *Notizia di reato*, in A.A.V.V. *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher Utet giuridica, 2008-2011.

APRILE - SPIEZIA, *Intercettazioni nei procedimenti di criminalità organizzata. Altri tipi di intercettazioni*, in *Le intercettazioni telefoniche e ambientali: innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Giuffrè, 2004.

APRILE, *La Consulta torna a definire i presupposti applicativi della presunzione assoluta di cui all'art. 275, 3° comma cpp*, in *Cass. pen.*, 2013, 7-8.

ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenza nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, diretto da GAITO - SPANGHER, Giappichelli, 2013 .

BALDUCCI, *Evoluzione e vincoli di garanzia*, in *Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, 2002.

BARGIS, *La teleconferenza*, in AA.VV. *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di ZAPPALA', Giuffrè, 1999.

BARGIS, *Profili sistematici della testimonianza penale*, Milano, 1984.

BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012.

- BELLUTA, *Commento all'art. 9 del d.l. 10.10.2001 n. 374*, in *Leg. pen.*, 2002.
- BERNASCONI, *Diritto al contraddittorio e requisiti della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV. *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di KOSTORIS, Torino, 2002.
- BERNASCONI, voce *Criminalità organizzata*, in *Enc. dir.*, IV agg., 2000.
- BITONTI, voce *Doppio binario*, in *Dig. disc. pen.*, III agg., Utet, 2005.
- BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, in *Trattato di procedura penale, vol. VII: modelli differenziati di accertamento*, G. Garuti (a cura di), Torino, UTET, 2008-2011 .
- BRESCIANI, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Chiavario, Marzaduri (diretto da), Torino, Utet, 1999.
- BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, in *La giustizia penale differenziata, gli accertamenti complementari*, coordinato da Montagna, in AA.VV. *Il processo penale*, diretto da GAITO-SPANGHER, Torino, Giappichelli, 2011.
- CALAMANDREI, *Le nuove regole sulla circolazione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1.
- CALAMANDREI, *La prova documentale*, in AA.VV. *Questioni nuove di procedura penale*, diretto da GAITO-PAOLOZZI-VOENA, CEDAM, 1995.
- CALO', *Corte Costituzionale: sentenza, 29-03-2013, n. 57*, in *Foro it.*, 2013, 10, I.
- CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996 .
- CANEPA - MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2002 .
- CANTONE - D'ANGELO, *Una nuova ipotesi d'intercettazione preventiva*, in *Nuove norme di contrasto al terrorismo*, A.A. Dalia (a cura di), Giuffrè, 2006 .
- CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, 2000 .
- CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in A.A.V.V. *Compendio di procedura penale*, 6° ed., Conso-Grevi-Bargis (a cura di), CEDAM, 2012 .
- CASELLI - INGROIA, *Gli effetti della l. 8 agosto 1995, n. 332 sui procedimenti di criminalità organizzata, in misure cautelari e diritti di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, Milano, 1996.

CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998.

CATALANO, *Requisiti investigativi, procedimento probatorio e decisione nei processi di mafia*, in AA.VV. *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di BARGI, diretto da GAITO - SPANGHER, Giappichelli, 2013 .

CENCI, *la competenza investigativa della D.I.A. e i suoi rapporti con le procure distrettuali*, in AA.VV., *il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, (a cura di) A. Bargi, (diretto da) GAITO-SPANGHER, Giappichelli, 2013 .

CHINNICI, *Competenza territoriale e indagini collegate in materia di associazioni di tipo mafioso*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. BARGI, diretto da GAITO- SPANGHER, Giappichelli, 2013.

CISTERNA - DE LUCIA, voce *direzione nazionale antimafia*, *Dig. disc. pen.*, V agg., Utet, 2004 .

CISTERNA, *Le funzioni e i poteri della direzione nazionale antimafia nelle linee di politica criminale e nella prassi del processo penale*, in AA.VV., *il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, (a cura di) Bargi, (diretto da) GAITO- SPANGHER, Giappichelli, 2013 .

COLAPIETRO - RUOTOLO, *Diritti e libertà* in A.A.V.V. *Diritto pubblico*, a cura di Modugno Giappichelli, 2012.

CONSO, *L'esperienza dei principi generali del nuovo diritto processuale penale*, in *Giust. pen.*, 1991, III.

CORBO, *I documenti*, in *Prove e misure cautelari*, in AA.VV. *Trattato di procedura penale*, a cura di SCALFATI, UTET, 2009.

CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, UTET, 1992.

CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006.

CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano, 2006.

CURTOTTI NAPPI, *Esame a distanza*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano.

D'ALESSIO, *Attribuzioni delle procure distrettuali e delle direzioni distrettuali antimafia create al loro interno*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, (a cura di) Bargi, (diretto da) GAITO- SPANGHER, Giappichelli, 2013.

DALIA, *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, in A.A.V.V. *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, Giuffrè, 2003 .

DANIELE, *Le modifiche in materia di termini per le indagini preliminari*, in *Il decreto "Antiscarcerazioni"*, M. Bargis (a cura di), Torino, Giappichelli, 2001 .

DE LEO, *L'irrisolto presente e un possibile futuro delle intercettazioni preventive*, in *Cass. pen.*, 1998, 6 .

DELLA MONICA, *L'esame a distanza delle persone ammesse a programmi o misure di protezione*, in A.A.VV. *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano, 1998.

EPIDENDIO, *Presunzioni e misure cautelari personali*, in A.A.V.V., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, IPSOA 2009 .

FALCONE, *Interventi e proposte (1982-1992)*, a cura della Fondazione G. e F. Falcone, Firenze, 1994

FALCONE, *L'esperienza giudiziaria italiana e quella statunitense in tema di repressione della criminalità organizzata. Brevi considerazioni in vista della riforma del processo penale italiano*, in ID., *interventi e proposte (1982-1992)*, a cura della Fondazione G. e F. Falcone, Firenze, 1994.

FARINELLI, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Arch. pen.*, 2013, 1.

FIDELBO, *Commento alla disciplina della partecipazione al processo penale a distanza e dell'esame dei collaboratori di giustizia*, in *Gazz. giur.*, 1998, n. 10.

FRIGO, *Videoconferenze giudiziari: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in A.A.VV. *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998.

FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, in A.A.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi, diretto da Gaito - Spangher, Giappichelli, 2013.

GAROFOLI, *Artt. 190 e 190 bis cpp: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, 2008.

GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le stecche della cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 6 .

GIUNCHEDI, *L'esame a distanza*, in AA.VV. *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, diretto da GAITO - SPANGHER, Giappichelli, 2013 .

GREVI, *Le prove*, in A.A.V.V. *Compendio di procedura penale*, CONSO, GREVI, BARGIS (a cura di), VI edizione, CEDAM, 2012 .

GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO, GREVI, BARGIS VI ed., CEDAM, 2012.

GREVI, *Nuovo codice di procedura e processi di criminalità organizzata*, in A.A.V.V., *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993.

IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Giappichelli, 2002.

ICHINO, *Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1993.

ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, a cura di FERRUA-GRIFANTINI-ILLUMINATI-ORLANDI, IV ed., Torino, 2007.

ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, 1.

ILLUMINATI, *Giudizio*, in A.A.V.V. *Compendio di procedura penale*, CONSO, GREVI, BARGIS (a cura di), VI ed., CEDAM, 2012 .

ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di CONSO-GREVI, IV ed., Padova, 1995.

ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, 1983.

ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di GREVI, Giuffrè, 1996.

ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di CONSO, 2006 .

ILLUMINATI, *Uno sguardo unitario alle riforme dell'estate 1997*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, II.

KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in A.A.V.V. *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commenti alla l. 7 gennaio 1998 n. 11 (c.d. legge sulla videosorveglianza)*, Giuffrè, 1998.

LA ROCCA, *Proroga dei termini delle indagini preliminari e moduli differenziati di accertamento*, in *La giustizia penale differenziata*, tomo 3, a cura di Montagna, Giappichelli, 2011.

LODOVICI, *Regime differenziato di formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1994, 2, MADDALENA, *Considerazioni in tema di «normativa antimafia» in Gli appalti nel settore energetico: atti del convegno di studi tenuto a capri nell'autunno del 1992*, Milano, Giuffrè, 1994.

MADDALENA, *I problemi pratici delle inchieste di criminalità organizzata nel nuovo processo penale*, in A.A.V.V. *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993.

MAGGIO, *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.*, 2007.

MANZIONE, *La distrettualizzazione del pubblico ministero e del giudice preliminare*, in AA. VV., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di Di Chiara, Giappichelli, 2003.

MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, in AA.VV. *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, CEDAM, 1996.

MARANDOLA, *La durata e le proroghe delle indagini preliminari*, in A.A.V.V. *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi (a cura di), Gaito- Spangher (diretto da), Giappichelli, 2013 .

MARANDOLA, *Sull'inadeguatezza della custodia inframuraria applicata ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis cp ovvero il punto di «non ritorno» degli automatismi in sede cautelare*, in *Giur. cost.*, 2013, 2.

MARINELLI, *I principi costituzionali*, in *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, 2007 .

MARZADURI, *Commento all'art. 3 del d.l. 10.10.2001 n. 374*, in *Leg. pen.*, 2002.

MARZADURI, *Disciplina delle misure cautelari personale e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in *Leg. pen.*, 2010.

- MARZADURI - MANZIONE, *Commento agli artt. 1 e 2 l. 7/1/1998, n. 11*, in *Leg. pen.*, 1999.
- MARZADURI - MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, in *Guida dir.* 2001, 1, 13.
- MELCHIONDA, *Prova in generale*, in *Dir. proc. pen.*, agg. I, Milano, 1997.
- MELCHIONDA, *sub art. 147 disp. att. c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, *La normativa complementare*, I, Torino, 1992.
- MELILLO, *Appunti in tema di sospensione feriale dei termini relativi a procedimenti per reati di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.* 2005, 10.
- MELILLO, *La ricerca della prova fra clausole generali e garanzie costituzionali: il caso della disciplina delle intercettazioni nei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1997, 12.
- MELILLO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei procedimenti relativi ai delitti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 2002 MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, in AA.VV. *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, diretto da GAITO - SPANGHER, Giappichelli, 2013 .
- MOROSINI, *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190 bis cpp)* in AA.VV. *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e validità della prova*, a cura di TONINI, Padova, 2001.
- NANULA, *La lotta alla mafia, strumenti giuridici strutture di coordinamento legislazione vigente*, Giuffrè, 2009 PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi , Cedam, 1994.
- PARLATO, *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, in *Cass. pen.*, 1999 .
- PIERRO, *Molte ombre nella riforma delle intercettazioni preventive*, in *Dir. pen. proc.*, 2002 .
- PISTORELLI, *Intercettazioni preventive ad ampio raggio ma inutilizzabili nel processo penale*, in *Guida dir.*, 2001, f. 42.
- PONTIN, *C'era una volta il codice*, in *Critica dir.*, 1992, 18.

- RIVELLO, Sub art. 7, *Commento al D.L. n. 306/1992*, in *Leg. pen.*, 1999.
- RIVELLO, *Commento all'art. 190 bis* in A.A.V.V. *Commento al codice di procedura penale*, II aggiornamento al 15 aprile 1993, coordinato da CHIAVARIO, UTET, 1993.
- RIVELLO, *Commento all'art. 238*, in A.A.V.V. *Commento al codice di procedura penale*, II aggiornamento al 15 aprile 1993, coordinato da CHIAVARIO, UTET, 1993.
- RIVELLO, *Commento all'art. 3 D.L.8/6/1992 N. 306*, in *Leg. pen.*, 1993.
- RIVELLO, *Commento all'art. 406 c.p.p.*, in A.A.V.V. *Commento al codice di procedura penale*, II aggiornamento al 15 aprile 1993, coordinato da Chiavario UTET, 1993.
- RIVELLO, *Uno strumento indispensabile contro la mafia con effetti positivi sui tempi del dibattimento*, in *Guida dir.*, 1998, 1.
- ROMBI, *Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004.
- ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, CEDAM, 2003.
- RUELLO, *Sub art. 328 c.p.p., Commentario breve al c.p.p.*, a cura di Conso Grevi, Cedam, 2005.
- RUGGIERI, *Commento all'art. 5 dl d.l. 10.10.2001 n. 374*, in *Leg. pen.*, 2002.
- RUGGIERO, *I limiti dell'art. 238 bis alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Cass. Pen.*, 2004.
- RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di durata ragionevole del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000.
- SERGES, *Principi in tema di giurisdizione*, in A.A.V.V. *Lineamenti di diritto pubblico*, di Modugno, Torino, Giappichelli, 2008.
- SIRACUSANO, *Le prove*, in A.A.V.V., *Diritto processuale penale*, I, Giuffrè, 1996.
- TERESI, *Direzione nazionale e direzioni distrettuali antimafia*, Giuffrè, 1993.
- TONINI, *il coordinamento tra uffici del p.m.*, in *Giust. Pen.*, 1992, III .
- TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, II.

TRIGGIANI, *Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*, in *Cass. pen.*, 1997.

TURONE, *Indagini collegate, procuratori distrettuali e procura nazionale antimafia*, in AA.VV. *processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993 .

UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Cortina Raffaello, 2000 .

VIGNA, *Il processo accusatorio nell'impatto con le esigenze di lotta alla criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, 1991, III.

VIGNA, *Le "nuove indagini preliminari nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata"*, in AA.VV. *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, 1993.

VIOLANTE, *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.* 1992, 2.

VIRGILIO, *Il nuovo regime delle intercettazione preventive*, in *Giust. pen.* 2002 .

VOENA, *Commento all'art. 6 l. 13 settembre 1982, n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983.

VOENA, *Contraddittorio e garanzie difensive nelle teleconferenze*, in *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Giuffrè, 1999.

VOENA, *Il telesame*, in AA.VV. *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di ZAPPALÀ', Giuffrè, 1999.

VOENA, *L'esame a distanza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998.

ZAPPALÀ, *Introduzione all'udienza telematica*, in AA.VV. *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di ZAPPALÀ', Giuffrè, 1999 .