



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di
Diritto Processuale Penale

**IL “DOPPIO BINARIO” NEI REATI DI
CRIMINALITA’ ORGANIZZATA**

RELATORE

Prof. Alberto Macchia

CANDIDATO

Claudia Perez

Matr.144313

CORRELATORE

Prof. Gialuz Mitja

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

INDICE

<i>Introduzione: l'esigenza di una normativa derogatoria.....</i>	<i>1</i>
<i>e il concetto di "criminalità organizzata"</i>	<i>1</i>
<u>CAPITOLO 1:LE INDAGINI PRELIMINARI</u>	<u>9</u>
1. Il coordinamento investigativo.....	9
1.1 L'esigenza di potenziare l'attività d'indagine	9
1.2 (<i>segue</i>) In particolare: le Direzioni Distrettuali Antimafia	12
1.3 (<i>segue</i>) La Direzione Nazionale Antimafia	15
1.4 I poteri di avocazione e funzione di coordinamento delle indagini collegate potenziali	17
1.5 I contrasti tra i pubblici ministeri.....	19
1.6 La competenza territoriale "distrettuale"	20
1.7 La competenza del giudice per le indagini preliminari.....	22
2. Profili generali delle indagini preliminari: durata e segretezza.....	23
2.1 Premessa	23
2.2 I termini massimi di durata delle indagini	24
2.3 La sospensione dei termini feriali	25
2.4 La segretezza delle indagini.....	28
2.5 La richiesta di comunicazione delle iscrizioni.....	29
2.6 La proroga del termine.....	30
3. Le peculiarità dell'incidente probatorio	32
4. Le intercettazioni.....	34
4.1 Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni	34
4.2 Le intercettazioni e il diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni.....	35

4.3	Questioni controverse e differenti linee interpretative	38
4.4	Le intercettazioni ambientali	40
4.5	Il captatore informatico.....	41
4.6	Pronunce delle Corte di Cassazione.....	43
4.7	L'uso investigativo del captatore informatico dopo la Riforma del 2017	45
4.8	Le intercettazioni preventive	48
 <u>CAPITOLO 2: LE MISURE CAUTELARI</u>		53
1.	Premessa: misure cautelari disciplina generale.....	53
2.	Evoluzione storica della disciplina.....	56
2.1	L'estensione dell'applicazione del regime cautelare speciale	62
2.1.1	Le pronunce della Corte Costituzionale.....	64
3.	La riforma 47 del 2015.....	71
3.1	Alcune questioni aperte	74
 <u>CAPITOLO 3: IL GIUDIZIO</u>		79
1.	Premesse: il doppio binario probatorio	79
2.	La chiamata in correità.....	83
3.	I requisiti della prova in casi particolari.....	88
3.1	Evoluzione della fattispecie.....	88
3.2	Analisi e criticità del testo vigente.....	92
4.	La “circolazione probatoria”	96
4.1	L'evoluzione della normativa	97
4.2	L'assetto normativo vigente.....	99

5. La valenza probatoria delle sentenze irrevocabili	101
6. Processo a distanza.....	104
6.1 L'evoluzione della normativa	106
6.1.1 L'esame a distanza.....	106
6.1.2. La partecipazione al dibattimento a distanza	109
6.2 Criticità della disciplina e compatibilità costituzionale.	112
6.3 Disciplina vigente a seguito della Riforma Orlando.....	116
6.4 Processo a distanza ed emergenza Covid-19	121
<u>CAPITOLO 4:L'ESECUZIONE DELLA PENA</u>	124
1. Doppio binario penitenziario: premesse.....	124
2. I benefici penitenziari e i c.d. reati ostativi	129
2.1 L'evoluzione della disciplina.....	130
2.2 L'attuale assetto normativo.....	135
3. La collaborazione con la giustizia e l'accesso ai benefici penitenziari	137
3.1 Divieti di concessione dei benefici <i>ex art. 58 quater</i> ord. penit... ..	140
4. Le recenti pronunce della Corte in tema di accesso ai benefici penitenziari	143
5. Il regime detentivo speciale del c.d. carcere duro	150
5.1 L'entrata in vigore dell'art. 41 <i>bis</i> ord. penit.....	152
5.2 L'attuale formulazione normativa	154
5.2.1 La dubbia compatibilità con i principi costituzionali ed europei	159
<i>Considerazioni conclusive</i>	163

<i>BIBLIOGRAFIA</i>	167
GIURISPRUDENZA	175

Introduzione: l'esigenza di una normativa derogatoria e il concetto di "criminalità organizzata"

Le norme presenti all'interno dell'ordinamento penale, sostanziale e processuale, in un momento di importante evoluzione della criminalità organizzata sono apparse insufficienti.

Nei primi anni '90, quando, soprattutto in alcune regioni del paese, il controllo della criminalità organizzata su larghi settori dell'economia tendeva a trasformarsi in un vero e proprio controllo del territorio, le disposizioni del codice di rito non sono risultate idonee a garantire alla società una sufficiente tutela rispetto a quel fenomeno di così grave allarme sociale, che richiedeva più adeguate forme di contrasto.

Il legislatore ha, quindi, introdotto una serie di norme volte a conferire maggior potere di intervento alle forze dell'ordine e alla magistratura. Tali interventi legislativi frammentari e imposti dall'emergenza, caratterizzati da un potenziamento dell'efficacia dell'apparato giudiziario e da un ridimensionamento delle garanzie difensive riconosciute all'imputato durante il processo penale, hanno comportato la nascita del c.d. doppio binario.

Per "doppio binario" s'intende, dunque, l'insieme delle discipline derogatorie introdotte, nel corso degli anni dal legislatore, con il preciso e unico scopo di combattere il fenomeno mafioso.

Accanto, dunque, alla disciplina prevista dal codice di rito è tracciabile un sistema normativo speciale e autonomo, che, di fatto, ha generato una sorta di codice di procedura penale parallelo.

Le norme derogatrici presenti nell'ordinamento interessano, infatti, tutta la procedura penale, fin dalla fase delle investigazioni a quella esecutiva. Si tratta di interventi normativi di vario tipo che hanno subito diverse modifiche nel corso degli anni e di cui, proprio in virtù della loro eterogeneità, è difficile darne una descrizione sintetica e onnicomprensiva. Ciò che, però, indubbiamente si può affermare con riferimento ad ogni singolo intervento normativo è lo scopo posto alla base delle scelte del legislatore: creare delle norme *ad hoc*, con maggiore efficacia ed incisività nel contrastare un

fenomeno di particolare allarme sociale, capace di mettere in serio pericolo l'incolumità pubblica.

Di fatto, anche la Suprema Corte ha riconosciuto la necessità di norme *ad hoc*, affermando nella sentenza Bagarella del 2001 che *“i procedimenti relativi al crimine organizzato presentano peculiarità soggettive ed oggettive, alla quali non è sempre possibile dare adeguate risposte seguendo le norme ordinarie del codice. Da qui la necessità di predisporre una strategia normativa differenziata che, senza alterare l'impianto del processo, e ovviamente nel rispetto dei principi di fondo del sistema, consenta, nei suddetti procedimenti, attraverso un'opportuna combinazione di previsioni derogatorie e di norme specificatamente mirate con riguardo a determinate situazioni tipiche degli stessi, un soddisfacente funzionamento della macchina giudiziaria. Anche se non c'è molta chiarezza nei testi legislativi su quello che con un' incisiva espressione giornalistica è stato definito il sistema del “doppio binario”, è tuttavia possibile cogliere, all'interno dell'attuale tessuto normativo, una sorta di filo rosso che, collegando fra loro le varie disposizioni destinate ad operare nei procedimento per delitti di criminalità organizzata (e, soprattutto, di criminalità mafiosa, per quel che importa qui, più da vicino) consente di individuare, per differenza rispetto al regime processuale ordinario, le linee qualificanti di una diversa e più adeguata disciplina processuale”*.

Le varie discipline derogatorie, nello stesso tempo, comportano, però, una limitazione dei diritti dell'imputato mafioso, ed alcune delle quali mal si conciliano con le esigenze garantiste tipiche del modello accusatorio del codice di rito e, in particolar modo, sembrano collocarsi al limite della compatibilità con i principi costituzionali. Tant'è che la Corte Costituzionale più volte, come si avrà modo di vedere, è stata chiamata a pronunciarsi circa la legittimità costituzionale delle singole norme differenziate, cercando di instaurare un difficile equilibrio tra istanze repressive ed istanze garantiste.

Fin dall'entrata in vigore della disciplina derogatoria è stata avvertita, infatti, l'esigenza di coniugare la necessità di norme differenziate da quelle ordinarie idonee a contrastare il fenomeno mafioso e a garantire sicurezza e giustizia, con la necessità di una disciplina in linea con i principi costituzionali e in grado di assicurare garanzie processuali degne di un moderno stato di diritto.

È bene, inoltre, ribadire che quando si parlerà nel corso della trattazione di “doppio binario” non si fa mai riferimento a un corpus normativo unitario, bensì a singoli interventi legislativi, dislocati nel corso del tempo, dettati sempre da situazioni emergenziali. Di fatti, le norme differenziate, nate *ab origine* per combattere la criminalità organizzata, nel corso degli anni sono poi risultate idonee e funzionali per far fronte anche ad altre tipologie delittuose di particolare allarme sociale, non necessariamente collegate al fenomeno mafioso (per. es. reati a sfondo sessuale).

È indubbio che le scelte del legislatore di politica criminale motivate dalla necessità di offrire risposte a particolari e contingenti esigenze del contesto storico, rischiano di non rispettare i principi di organicità e tassatività che devono essere propri di qualsiasi legge.

Prima però di trattare di quell’insieme di discipline derogatorie che hanno comportato la formazione di un “doppio binario processuale e penitenziario” al fine di contrastare adeguatamente le organizzazioni criminali è necessario interrogarsi su che cosa si intenda per criminalità organizzata.

La definizione del concetto di criminalità organizzata è necessaria al fine di individuare quali siano i reati per i quali l’ordinamento prevede un trattamento processuale e penitenziario differenziato.

Oggi tale locuzione non trova compiutezza in una apposita clausola definitoria contenuta nel codice penale o di procedura penale, tuttavia tale espressione è tutt’altro che ignota al legislatore italiano. Infatti nella nostra legislazione sono presenti le locuzioni “criminalità organizzata”, “crimine organizzato” e “organizzazioni criminali”.

Con la l. 31 maggio 1965, n. 575 è stata usata per la prima volta l’espressione “organizzazioni criminali”. La legge n. 575/1965, recante “Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere”, era però destinata a disciplinare esclusivamente il fenomeno mafioso, senza alcun riferimento all’altro concetto di “criminalità organizzata”, e circoscritta unicamente ad indicare interventi preventivi ed individuare aggravanti per alcune fattispecie di reato; non contemplava inoltre alcuna disposizione utile a indicare i parametri grazie ai quali potessero essere definite le associazioni di tipo mafioso.

Negli atti normativi di diritto internazionale il termine più ricorrente è, invece, quello di “crimine organizzato”.

A riguardo, di particolare importante è la legge 16 marzo 2006, n. 146, di ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottata dall'Assemblea Generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001. Con la l. 146/2006 è stato fornito relativamente alla materia del crimine organizzato transnazionale un quadro di riferimento omogeneo, colmando il vuoto normativo della disciplina della materia. All'art 2 lett a) della suddetta legge è stato definito quale gruppo criminale organizzato "un organismo composto da tre o più persone, al fine di commettere uno o più gravi reati, con l'obiettivo di ottenere, direttamente o indirettamente un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale".

Ma all'interno del nostro ordinamento il termine più usato è stato sempre quello di "criminalità organizzata".

Se si esamina il sistema di incriminazioni del codice Rocco nella sua formulazione originaria risulta evidente l'assenza di fattispecie specificamente riferibili alla criminalità organizzata.

L'art. 416 c.p. "Associazione per delinquere", infatti, non sembra potersi riferire univocamente al fenomeno della criminalità organizzata.

Tuttavia, l'ottica generalizzante del Codice Rocco consentiva di dilatare la sfera di applicazione della norma e di attribuire alla fattispecie un significato talmente ampio da ricomprendere qualsiasi forma associata di devianza criminale. Infatti, così come evidenziato dalla magistratura siciliana degli anni '30, l'art. 416 c.p. per la sua generalità si riteneva idoneo a ricomprendere anche gli aggregati mafiosi, nonostante tutti gli elementi specifici della mafiosità non si ritrovassero nella descrizione normativa.

Vi era, però, l'evidente limite che venivano considerati insieme tipi di delitti assolutamente diversi, di gravità ed entità sociale incomparabili.

La riformulazione delle modalità di rappresentazione giuridica del fenomeno criminale di tipo mafioso divenne, però, indispensabile nei primi anni '80, dopo i gravi fatti di mafia, culminati con l'omicidio di Pio La Torre e del Generale Carlo Alberto Della Chiesa.

Con la legge 13 settembre 1982, n. 646 fu introdotto, infatti, l'art. 416 *bis* grazie al quale si è posto fine al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla sussumibilità delle organizzazioni mafiose nella fattispecie ordinaria della associazione a delinquere e si è

sopperiti alla necessità di una nuova norma volta a consentire un'efficace strategia politico-criminale contro la mafia.

Si riporta a proposito un significato passaggio della relazione all'originaria proposta di Legge La Torre del 31 marzo 1980 *“Con il nuovo art.416 bis si vuole colmare una lacuna legislativa già evidenziata da giuristi e operatori di diritto, non essendo sufficiente la previsione dell'art. 416 del codice penale a comprendere tutte le realtà associative di mafia che, talvolta, prescindono da un programma criminoso secondo la valenza data a questo elemento tipico dall'art. 416 del codice penale affondando il raggiungimento degli obiettivi alla forza intimidatorie del vincolo mafioso in quanto tale: forza intimidatoria che in Sicilia ed in Calabria raggiunge i suoi effetti anche senza concentrarsi in una minaccia o in una violenza negli elementi tipici prefigurati dal codice penale”*.

É proprio con la legge 646/1982 che comincia a delinearsi, infatti, un sistema di incriminazione specificamente riferibile alla mafia. Nella previsione è chiaro, dunque, l'intento di colpire forme di criminalità politico-affariste-economiche a prescindere dalla collocazione geografica e delle matrici culturali; tant'è che l'art.416 bis c.p. ha assunto un ruolo centrale nella normativa nazionale nel quadro complessivo della strategia normativa contro la criminalità organizzata.

Per quanto riguarda la tecnica normativa, il legislatore del 1982 è partito da un concetto metagiuridico, quella di mafia, per farne una categoria giuridica, quella di associazione di stampo mafioso.

La parola mafia è infatti entrata nel lessico normativo come sostantivo di genere, che identifica *un fenomeno comune, non determinato geograficamente, etnicamente o storicamente, bensì corrispondente a qualsiasi societas sceleris che capitalizza la violenza esercitata sul territorio, interagendo con la popolazione mercè l'intimidazione e la prevaricazione*.

La portata innovativa dell'art. 416 bis c.p. sta proprio nell'aver definito quali condotte debbano eseguirsi per essere ritenuti colpevoli di partecipazione ad un'associazione di stampo mafioso.

L'art 416 bis c.p. al primo comma si limita ad incriminare “chiunque fa parte di un'associazione mafiosa composta da tre o più persone”; al terzo comma, invece, indica quali debbano essere le caratteristiche affinché un'associazione possa dirsi mafiosa:

“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 vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali”.

L’articolo, nonostante si presenti come una fattispecie aperta e recepisca in termini giuridici un fenomeno sociologico assai complesso, risulta connotato da specifici indici strutturali, espressi nel terzo comma, da intendersi come norma definitoria.

Proprio il terzo comma, infatti, consente di individuare la portata innovativa della norma dell’art. 416 *bis* c.p., in particolare, rispetto all’art. 416 “reati di associazione a delinquere”, su cui la fattispecie in esame è senza dubbio modellata.

Il *discrimen* tra le due norme può individuarsi principalmente nella “mafiosità” che caratterizza unicamente la nuova disposizione.

Gli indici strutturali del terzo comma, col passare degli anni e con la genesi di nuove organizzazioni, anche straniere, che hanno i tratti tipici delle mafie, hanno perso di intensità e soprattutto di significato, comportando un’interpretazione estensiva della disposizione che è giunta ai suoi massimi confini.

La norma in esame, introdotta per fronteggiare le mafie tradizionali, è ora rivolta verso contesti storici e culturali del tutto diversi: uno spostamento di operatività del delitto dalla criminalità tradizionale alla c.d. borghesia mafiosa, ai colletti bianchi, consentendo una deriva anche verso la corruzione. È infatti indubbio che l’art. 416 *bis* c.p. sia una fattispecie aperta che presuppone un’interpretazione non in senso statico degli elementi strutturali dell’articolo; la fattispecie in esame sarebbe “*tutto fuorché una gabbia linguistica “chiusa e invincibile”, presentando piuttosto plurimi elementi elastici che in sé contengono i presupposti per funzionare alla stregua di polmoni utili a far respirare alla norma l’aria del tempo che vive*” (VISCONTI, *A Roma una mafia c’è. E si vede*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 15.6.2015).

Tuttavia il ricorso a un’eccessiva dilatazione del tipo criminoso dell’associazione di stampo mafioso fa nascere il rischio di perdere di vista il dato normativo contenuto nel terzo comma dell’art. 416 *bis* c.p.

Le cosiddette mafie atipiche o mafie non tradizionali, infatti, se osservate dal ristretto angolo prospettico del diritto penale, fanno sorgere più di un dubbio circa la possibilità di considerarle realmente associazioni di tipo mafioso ai sensi dell'articolo del codice penale, piuttosto che associazioni per delinquere comuni ai sensi dell'art 416 c.p., o associazioni qualificate ai sensi di una delle tante altre figure delittuose disseminate nella parte speciale del codice o nella legislazione complementare. Com'è stato, infatti, da più parti evidenziato, se tutto è mafia, allora nulla è mafia.

A mettere un freno alla giurisprudenza creativa e alla tendenza di configurare la fattispecie come un *“delitto a geometria variabile”* è stata la recente pronuncia della Corte di Cassazione, VI sez. Nella sentenza 18125/2020, emanata nel procedimento penale noto come Mafia Capitale, la Corte di Cassazione individua con chiarezza quali circostanze sia necessario riscontrare per poter considerare un'associazione per delinquere di stampo mafioso. I Giudici di Legittimità sembrano, dunque, riportare la fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p. nell'alveo dei suoi originali confini, orientandosi verso una tipicità rafforzata e fissando alcuni punti fermi.

La Corte nella citata sentenza, paragonabile a una sentenza pilota, nella premessa circa *“la questione dell'associazione mafiosa nella giurisprudenza”* afferma fin da subito che *“la esportabilità del modello a realtà criminali diverse rispetto a quelle che hanno ispirato l'introduzione del reato presuppone anche la consapevolezza della evoluzione delle modalità operative delle associazioni criminali e, dunque, in tal senso è avvertita l'esigenza di interpretare non in senso statico gli elementi di struttura della fattispecie ed, in particolare, quelli del c.d. metodo mafioso e dell'assoggettamento omertoso, tipizzati dall'art. 416 bis, comma 3, c.p.: una situazione dialettica, inevitabilmente in movimento, fra “diritto legislativo” e “diritto giurisprudenziale”, che, tuttavia, è utile evidenziarlo subito, non può giungere a piegare le esigenze di tassatività della fattispecie e la prevedibilità delle decisioni ad esigenze di semplificazione probatorie ed a necessità di andare al “cuore” sostanziale di intricate vicende”*.

Secondo la Suprema Corte al fine di *“se e a quali condizioni sia configurabile il reato di associazione di tipo mafioso”* è necessario partire da quanto previsto dal 3 comma dell'art. 416 *bis* c.p. e, in particolare, dalla locuzione *“si avvalgono delle forze d'intimidazione del vincolo associativo”*.

Ai fini, dunque, della configurazione del reato di in questione, secondo i giudici di legittimità, non rileva se si tratti delle c.d. mafie tradizionali o mafie nuove o, anche, di realtà criminali strutturalmente modeste che esercitino la propria forza in modo oggettivamente limitato, così come non sono necessari atti palesemente intimidatori, integranti gli estremi della violenza e o minaccia. L'elemento, invece, che deve essere riscontrata per l'integrazione del reato è il c.d. metodo mafioso, riscontrabile nel momento in cui l'associazione criminale posseda e si avvalga della forza d'intimidazione. Quest'ultima deve derivare dall'associazione in sé e non dal prestigio del singolo associato e deve essere obiettivamente percepita, attuale e capace di produrre un assoggettamento omertoso.

CAPITOLO I

LE INDAGINI PRELIMINARI

1. Il coordinamento investigativo

1.1 L'esigenza di potenziare l'attività d'indagine

Il fenomeno della criminalità organizzata, agli inizi degli anni '90, raggiunse il suo apice per la gravità dei delitti commessi e per i pesanti condizionamenti che ne derivavano alla vita sociale, economica e politica della comunità locale e nazionale. Le associazioni di tipo mafioso, infatti, in virtù anche di un ordinamento interno articolato e di un forte radicamento nel territorio espandevano sempre più il loro controllo su vasti settori dell'economia, attraverso la gestione di appalti, l'impiego di fondi pubblici, il traffico di stupefacenti.

La dirompente gravità del fenomeno e la forza espansiva di quest'ultimo rendeva, dunque, necessario l'intervento da parte dello Stato per imprimere un'azione di contrasto più efficace e incisiva al fine di far fronte alle nuove "emergenze criminali"¹.

Apparve, innanzitutto, necessario potenziare l'attività investigativa; ambito nel quale, pertanto, si manifesta la prima espressione di quel "doppio binario" oggetto del presente lavoro.

Nei procedimenti contro le associazioni di tipo mafioso, si sarebbero dovute condurre indagini in maniera organizzata; la formazione di un sapere investigativo mirato e unitario che ponesse fine allo svolgimento di indagini frammentarie e tutt'altro che coordinate divenne un'esigenza ormai indifferibile.

Tale necessità, d'altra parte, era stata intuita già da Giovanni Falcone, il quale, dopo l'esperienza al *pool* dell'Ufficio Istruzione di Palermo, aveva percepito chiaramente come sussistesse "*il rischio di duplicazione d'indagini sugli stessi fatti ad opera di autorità giudiziarie diverse*".

¹ Cfr. RICCIO, *Ragionando sul doppio binario* in *Archivio Penale*, fasc. 2, Maggio-Agosto 2017.

Il magistrato siciliano aveva evidenziato, inoltre, l'esigenza "di un coordinamento efficace tra gli uffici, per poter effettuare le indagini complesse, al di là dell'insufficiente coordinamento spontaneo previsto dal codice, con una precisa disciplina circa il funzionamento di gruppi di lavoro all'interno degli uffici e la predisposizione di rimedi specifici volti alla risoluzione di contrasti fra i magistrati inquirenti relativamente alle tecniche investigative da adottare e sui concreti provvedimenti da prendere. (...) Dove tutti gli uffici interessati avranno la sensibilità e la professionalità necessarie per rendersi conto della indispensabilità di coordinamento e avranno sufficiente umiltà per accantonare deprecabili personalismi".²

Il legislatore, quindi, intervenne, da una parte, per garantire un migliore coordinamento delle indagini, dall'altra per accrescere l'efficienza degli apparati giudiziari e dell'attività investigativa delle forze di polizia.

Con il d.l. 29 ottobre 1991, n. 345, convertito in legge n. 491/1991, fu creata la Direzione Investigativa Antimafia; con il decreto legge 20 novembre 1991 n. 367, intitolato "Coordinamento delle indagini nei procedimenti per reati di criminalità organizzata", convertito con modifiche in l. 20 gennaio 1992 n. 8, vennero istituiti l'ufficio centralizzato della Direzione Nazionale Antimafia, nell'ambito della Procura Generale presso la Corte di Cassazione, e le Direzioni Distrettuali Antimafia, nell'ambito delle Procure presso i Tribunali dei capoluoghi di distretto.

La scelta del Legislatore nel citato Decreto Legge n. 367/1991, in sostanza, fu quella di individuare nel Distretto di Corte di Appello l'ambito di espansione geografica dell'azione degli organi inquirenti diretta a reprimere gli illeciti della criminalità organizzata, che di solito esercitano la loro delittuosa attività ben oltre i confini delle circoscrizioni giudiziarie di primo livello, i circondari di Tribunale.

Tali scelte, però, suscitarono diverse perplessità, in quanto la creazione *ad hoc* di uffici specializzati e dotati di maggior competenze rispetto ad altri uffici avrebbe potuto –secondo i critici della riforma– far venire meno la diffusività del potere d'indagine o peggio l'attribuzione dello stesso potere soltanto a pochi magistrati "eletti".

Le stesse perplessità assumevano maggior rilievo con riguardo alla collocazione della Direzione Nazionale Antimafia e del Procuratore Nazionale Antimafia all'interno

² FALCONE, *La lotta alla criminalità organizzata e nuovo modello processuale in Ind. Pen.*, 1989, p. 248 ss.

della Procura Generale presso la Corte di Cassazione; era vista con diffidenza la figura di un magistrato che, in virtù dei tanti poteri e prerogative riconosciute dall'ordinamento, avrebbe potuto influenzare le scelte dei singoli uffici inquirenti.

Parte della magistratura, inoltre, vedeva nel nuovo assetto organizzativo che si fondava sull'attribuzione di competenze peculiari e specifiche soprattutto alla figura del Procuratore Nazionale Antimafia il pericolo di perdere, o comunque veder ridotta, l'indipendenza e l'autonomia dei singoli giudici, circostanza che avrebbe potuto, dunque, finanche sollevare profili di legittimità costituzionale.³

In seguito a questi rilievi fortemente critici, il decreto n. 367/1991, in sede di conversione in legge, fu rivisto in modo tale che i nuovi uffici venissero sì dotati di poteri ed attribuzioni tali da assicurare maggior efficacia dell'attività investigativa per i reati di criminalità organizzata, ma senza che nel contempo venissero istituite figure aventi marcate posizioni gerarchicamente sovra ordinate; nel pieno rispetto, quindi, delle indipendenze funzionali e delle autonomie operative degli uffici decentrati (c.d. modello orizzontale).

In quest'ottica, che potremmo definire di compromesso, il nuovo comma 3 *bis* dell'art. 51 c.p.p., introdotto, appunto, dall'art. 3 d.l. 20/11/1991, n. 367, convertito con modificazioni, nella legge 20/01/1992, n. 8, elenca tassativamente i reati per i quali è prevista la competenza investigativa degli uffici distrettuali; tra gli altri, figurano appunto i reati di associazione di tipo mafioso. Invece, l'art. 371 *bis* c.p.p., come appositamente inserito nell'ordito codicistico, disegna le competenze della nuova figura del Procuratore Nazionale Antimafia, attribuendo al medesimo funzioni di coordinamento ed impulso delle indagini condotte dai Procuratori distrettuali. Vennero soppresse, invece, nella legge di conversione, le lettere d) ed e) dell'art. 371 *bis* c.p.p., che assegnavano al Procuratore Nazionale Antimafia un ruolo troppo pregnante nell'attività d'indagine, in quanto la lettera d) stabiliva che il Procuratore dovesse “individuare i temi di investigazione e orientare i piani di indagine sul territorio nazionale, informandone i procuratori generali presso le Corti di appello e i Procuratori distrettuali e dandone comunicazione al Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata”; mentre, secondo quanto disposto dalla lettera e), spettava al Procuratore nazionale “impartire ai Procuratori

³ In questo senso MARITATI, *Coordinamento delle indagini nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata. Il ruolo della D.N.A* in *Quaderni del C.S.M., I delitti di criminalità organizzata*, II, n. 99, 1998, p.23 ss.

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”.

1.2 (segue) In particolare: le Direzioni Distrettuali Antimafia

Per i delitti di criminalità organizzata, le indagini e l’esercizio dell’azione penale, ai sensi dell’art. 51 comma 3 *bis* c.p.p. sono di competenza del Procuratore della Repubblica che ha sede nel capoluogo del distretto di Corte di Appello.

La norma, così novellata dalla legge n. 8/1992 ha, di fatto, introdotto una speciale “competenza” territoriale, che si estende a tutto il distretto di Corte di Appello, superando i limiti relativi ai circondari dei tribunali.

È evidente la portata derogatoria rispetto a quanto previsto dall’art. 51 comma 1, lett. a) c.p.p.; secondo il quale, invece, “le funzioni del pubblico ministero sono esercitate, nella fase delle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado, dai magistrati della Procura della Repubblica presso il Tribunale”.

Le caratteristiche relative agli elementi costitutivi propri dei reati di criminalità organizzata e la necessità di garantire un’idonea attività di contrasto hanno richiesto “straordinari” strumenti processuali, differenziati rispetto a quelli ordinariamente previsti dal codice di rito penale.

La disciplina derogatoria, di cui saranno evidenziati i contenuti nel corso della trattazione, compone un vero e proprio modello processuale differenziato rispetto al modello processuale unitario, dando luogo al c.d. doppio binario.

La *ratio* all’origine di tale differenziazione procedimentale risulta chiaramente spiegata, anche ai fini del rispetto dell’art. 3 Cost.: la specificità assoluta di un fenomeno, le sue peculiarità, o la specificità di alcune tipologie di autore, giustificano un diritto penale differenziato in nome del rispetto della stessa eguaglianza.⁴ Sulla stessa linea, la Corte Costituzionale ha ribadito che i fatti di criminalità organizzata richiedono la specificità dell’accertamento processuale.⁵

⁴ Cfr. DONINI, *Mafia e terrorismo come parte generale del diritto penale* in *Meridiana: rivista di storia e scienze sociali*, 97, 1, 2020, p. 204.

⁵ Così, Corte Cost. 14 novembre 2006, n. 372.

Alla luce del nuovo quadro normativo, secondo il disposto dell'art. 102 del codice antimafia, che riproduce l'art 70 *bis* Ord. Giud.⁶, Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto costituisce, per la trattazione dei procedimenti relativi ai reati indicati nell'art 51 comma 3 *bis* c.p.p., nell'ambito del suo ufficio, una Direzione Distrettuale Antimafia.

Soltanto i magistrati assegnati alla D.D.A. sono legittimati a svolgere le funzioni di pubblico ministero con riguardo ai reati indicati nell'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p. nell'intero ambito territoriale del distretto, con conseguente esclusione della legittimazione ad agire sia per i magistrati di ogni altra procura del distretto sia per i magistrati appartenenti alla Procura del capoluogo del distretto non assegnati alla D.D.A.

Tale attribuzione è stata nel corso degli anni estesa dal Legislatore, che ha incrementato le fattispecie per le quali è prevista la legittimazione dell'ufficio del Pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente, facendo venir meno il riferimento esclusivo alla criminalità organizzata e inserendo altri reati, ritenuti di maggior allarme sociale⁷.

Grazie a tali disposizioni, sono state create strutture in grado di cogliere i collegamenti ed i legami intercorrenti tra i singoli episodi delittuosi alla luce del contesto mafioso in cui sono attuati; così, la nuova disciplina consente di perseguire il più ambizioso obiettivo di sviscerare le associazioni stesse, non limitandosi a perseguire soltanto gli autori materiali dei singoli reati⁸.

Preposto all'attività della Direzione Distrettuale Antimafia è il Procuratore della Repubblica presso il capoluogo distrettuale; tal magistrato può tuttavia delegare tali attribuzioni; il medesimo Procuratore distrettuale ha il compito di designare i magistrati che faranno parte della D.D.A. La designazione di questi ultimi ed ogni altra variazione circa la composizione della struttura in commento deve essere comunicata al C.S.M., nonché al Procuratore Nazionale Antimafia, il quale ha facoltà di esprimere un parere, tuttavia non vincolante.

Per quanto riguarda la scelta dei componenti, il Procuratore distrettuale è tenuto a tener conto delle “esperienze professionali” e delle “specifiche attitudini” dei singoli

⁶ Abrogato dall'articolo 120, comma 1, lettera l), del d.lgs. 6 settembre 2011, n.59.

⁷ Cfr. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Torino, 2018, p. 72 s.

⁸ Cfr. CHINNICI, *Competenza territoriale e indagini collegate di associazioni di tipo mafioso* in BARGI (a cura di), *Il doppio binario nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, p. 346.

magistrati, dando poi ampia giustificazione della propria scelta nella motivazione del provvedimento di assegnazione. Non possono essere chiamati a far parte delle D.D.A. i magistrati in tirocinio.

Il Procuratore, in seguito ad una circolare del C.S.M. del 1993, ha la possibilità di nominare un Procuratore Aggiunto, al quale poter delegare l'attività di coordinamento delle D.D.A.

Il compito dei Procuratori Aggiunti, così come chiarito nella successiva circolare n. P24930 del 2010, è quello di collaborare con il Procuratore della Repubblica ai fini della direzione e del coordinamento delle indagini, verificando la puntuale esecuzione delle direttive impartite dal Procuratore distrettuale per il coordinamento delle investigazioni e l'impiego della polizia giudiziaria, nonché la completezza e la tempestività dello scambio di informazioni tra i magistrati addetti alla D.D.A.

All'interno delle D.D.A il criterio di assegnazione degli affari è principalmente fondato sulla ripartizione per aree territoriali tra i vari magistrati addetti, in modo da garantire che questi abbiano la necessaria conoscenza dei fenomeni criminosi presenti nella parte del territorio del distretto di loro rispettiva competenza, sempre al fine di elevare al massimo grado l'efficacia del contrasto alla criminalità organizzata. Per lo stesso motivo e per le stesse finalità, è stabilito che i magistrati facenti parte della D.D.A non possono essere destinati a svolgere attività ulteriori rispetto a quella propria della Direzione, salvo comprovate e motivate esigenze di servizio dell'ufficio di Procura.

I magistrati designati, secondo quanto disposto dall'art. 102 del codice antimafia, devono far parte della D.D.A "per la durata non inferiore a due anni".

Tale previsione consente di porre un minimo di continuità nell'attività specialistica; tuttavia, non vi è un limite massimo di permanenza all'interno della struttura.

Tale lacuna normativa venne colmata con apposita circolare del 1993; la quale ammise una "riconferma" del medesimo magistrato alla scadenza del biennio per un massimo di tre designazioni biennali, dopo le quali il magistrato doveva essere destinato ad altro settore, presso l'ufficio di Procura Distrettuale. La previsione di un limite massimo è stata ritenuta necessaria, in primo luogo, per evitare la creazione di veri e propri centri di potere che potevano degenerare in pericolose personalizzazioni di così

tante delicate e inoltre per garantire l'opportunità a tutti i magistrati di acquisire, a rotazione, esperienza nell'ufficio di Procura⁹.

1.3 (segue) La Direzione Nazionale Antimafia

Ai sensi dell'art. 371 *bis*, articolo aggiunto dall'art.7 del d.l. 367/1991 convertito nella l. 8/1992, nei procedimenti per i delitti indicati dall'art. 51 comma 3 *bis* e comma 3 *quater* e in relazione ai procedimenti di prevenzione antimafia e antiterrorismo deve esercitare le sue funzioni il Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, il quale dispone della direzione investigativa antimafia, dei servizi centrali e interprovinciali delle forze di polizia, e impartisce le direttive intese a regolarne l'impiego ai fini investigativi.

Il P.N.A è preposto alla Direzione Nazionale Antimafia, istituita nell'ambito della procura generale presso la Corte di Cassazione e ora, a seguito del d.l. n.7 del 2015, denominata Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo.

La D.N.A ha il fine di instaurare un efficace coordinamento ed un forte impulso all'attività investigativa e preventiva nei procedimenti per fatti di criminalità organizzata; principalmente ha compiti di raccolta delle informazioni acquisite dalle diverse Direzioni Distrettuali Antimafia per, appunto, coordinare e rendere più efficienti le indagini e, infine, compiere una complessiva analisi del fenomeno criminale.

Alla nomina del Procuratore Nazionale provvede il C.S.M di concerto con il Ministro di Giustizia; viene selezionato un magistrato che abbia conseguito almeno la quinta valutazione di professionalità, scelto tra coloro che abbiano svolto per un periodo di tempo, non inferiore a dieci anni, funzioni di pubblico ministero, che vanti esperienze nella trattazione di procedimenti in materia di criminalità organizzata e che abbia mostrato capacità organizzative.

L'ufficio è inoltre composto, in qualità di sostituti, da magistrati (in un numero non inferiore a 20) che abbiano conseguito almeno la terza valutazione di professionalità e che abbiano specifiche attitudini ed esperienze, nominati dal C.S.M. dopo aver sentito il parere del P.N.A.

⁹ In tal senso, ROMANO, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, p. 495.

L'ultima parte del quarto comma dell'art. 103 del codice nazionale antimafia dispone, inoltre, la possibilità del P.N.A di designare uno o più Procuratori Nazionali Antimafia Aggiunti.

La limitata portata dell'art. 103 non ha chiarito in maniera esauriente il ruolo del Procuratore Nazionale Antimafia Aggiunto; si sono così formate due tesi circa le funzioni di quest'ultimo: quella di "vicario", privo di funzioni proprie e designato per la sostituzione del P.N.A. in caso di assenza o impedimento; quella di "semidirettivo", con competenze e attribuzioni proprie¹⁰.

È intervenuto sulla questione con delibera del 1994, il C.S.M., che in linea con quanto disposto dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 379 del 1992¹¹, afferma che il Procuratore Aggiunto è una figura con posizione intermedia tra Sostituto e Procuratore della Repubblica. Normalmente privo di autonomi compiti di organizzazioni e di direzione dell'Ufficio, il Procuratore Aggiunto ne diventa titolare nel caso di mancanza o impedimento del P.N.A. o quando per diretta attribuzione dell'incarico da parte di quest'ultimo è chiamato a coordinare e/o dirigere un determinato settore di affari penali.

Il legislatore ha precisato che l'incarico di Procuratore Nazionale e di Procuratore Aggiunto ha durata quadriennale e può essere rinnovato una sola volta.

Diverse perplessità ha sollevato la collocazione della D.N.A e del P.N.A. presso la Procura Generale presso la Corte di Cassazione, in virtù del fatto che tale anomala collocazione avrebbe potuto costituire un ostacolo al pieno dispiegarsi delle attitudini e delle potenzialità dell'organismo. Tale perplessità si fondavano anche sul rilievo che, come è noto, di solito la Corte di Cassazione resta estranea rispetto all'esercizio dell'azione penale, infatti, l'ordinamento giudiziario esclude attribuzioni spettanti ai giudici di legittimità per quanto riguarda gli interventi investigativi e la possibilità di avvalersi dei servizi della polizia giudiziaria¹².

Tuttavia per il legislatore del '91 tale scelta innovativa fu tutt'altro che anomala, al contrario venne ritenuta funzionale per introdurre un sistema di poteri e strumenti maggiormente autoritativi, al fine di ottenere un miglior coordinamento delle indagini e per la risoluzione di conflitti positivi tra autorità inquirenti, e per evitare il rischio di creare un ufficio del pubblico ministero in qualche modo chiamato a rispondere al potere

¹⁰ Cfr. ROMANO, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., p. 476

¹¹ Così, Corte Cost., 27 luglio 1992, n.379.

¹² In tal senso, TERESI, *Direzione nazionale e direzioni distrettuali antimafia*, Giuffè, 1993, p. 106 ss.

politico¹³. La relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 367/1991, infatti, specifica che “il Procuratore Nazionale non è organo posto al di fuori dell’ordinario modello che stabilisce l’articolazione dei diversi uffici del pubblico ministero, ma si iscrive nell’ambito della Procura Generale presso la Corte di Cassazione; non si tratta, quindi, di un organo controllato dall’esecutivo ma funzionalmente sorvegliato dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione”.

1.4 I poteri di avocazione e funzione di coordinamento delle indagini collegate potenziali

Per concludere tale breve ricostruzione dei poteri attribuiti alla Direzione Nazionale Antimafia va, infine, trattato quanto disposto dall’art. 371 *bis* comma 3 lett. h) e comma 4 e dall’art. 117 comma 2 *bis* leggendolo congiuntamente all’art.371 *bis* lett. c).

Il Procuratore Nazionale Antimafia può esercitare il potere di avocazione delle indagini nei confronti delle singole Direzioni Distrettuali nelle ipotesi, sufficientemente tipizzate dall’art 371 *bis*, di perdurante e ingiustificata inerzia nell’attività di indagini o di inosservanza e violazione delle direttive emanate ai fini del coordinamento.

Il provvedimento di avocazione deve essere motivato ed è suscettibile di reclamo avanti la Procura Generale presso la Corte di Cassazione, la quale, qualora non ritenesse sussistenti le ragioni giustificative dell’esercizio del potere di avocazione, può revocare il decreto e disporre la restituzione degli atti alla D.D.A.

La scelta del legislatore, seppur motivata dall’obiettivo di creare uno strumento in grado di garantire l’efficacia delle indagini grazie al collegamento investigativo, ha sollevato diversi dubbi da parte della dottrina, in quanto il potere di avocazione delle indagini conferisce al P.N.A un ruolo attivo nello svolgimento dell’attività, che non si limiterebbe soltanto all’acquisizione di informazioni e all’indizione di riunioni per promuovere il coordinamento, così come previsto dalla normativa vigente.

Tuttavia il rischio di attribuire al P.N.A. un potere discrezionale suscettibile di facile abuso è stato arginato grazie alla previsione, puntuale e precisa, dei casi in cui può essere esercitato il potere di avocazione¹⁴. L’esercizio di tale potere non è, infatti, previsto

¹³ Cfr. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008, p. 561 s

¹⁴ In tal senso, CANZIO, *La direzione nazionale antimafia e il coordinamento delle indagini di mafia dopo 20 anni: bilancio e prospettive* in *Criminalia*, 2012, p. 438.

per ogni tipo di inosservanza o di inerzia, ma soltanto nel caso in cui la “perdurante e ingiustificata inerzia nell’attività di indagine” e la “ingiustificata e reiterata violazione dei doveri” previsti dall’art.371 abbiano comportato un cattivo coordinamento delle indagini in corso.”

E’, inoltre, garantito il controllo circa la legittimità delle scelte del P.N.A. mediante la trasmissione del decreto di avocazione, con annesse motivazioni, al C.S.M. e ai procuratori della repubblica interessati, che possono proporre reclamo al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione.

L’avocazione, se è stato presentato reclamo, sarà dunque disposta solo nel caso in cui il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione avrà esercitato la propria funzione di sorveglianza e avrà ritenuto l’intervento della D.N.A. necessario per la riuscita delle indagini. Il passaggio di titolarità delle indagini alla Direzione Nazionale non comporta una modifica della competenza territoriale dell’organo giudicante o del giudice per le indagini territoriali; questa, inoltre, non ha conseguenze per gli uffici del pubblico ministero che svolgono indagini collegate a quella oggetto di avocazione.

Merita anche di essere menzionata la c.d. funzione di coordinamento delle indagini collegate potenziali che alla D.N.A. può essere riconosciuta.¹⁵ In virtù di quanto previsto dall’art. 117 comma 2 *bis*¹⁶, il Procuratore Nazionale Antimafia, nell’ambito delle funzioni previste dall’art.371 *bis*, può accedere al registro delle notizie di reato e alle banche dati istituite appositamente presso le Direzioni Distrettuali Antimafia

Il P.N.A, inoltre, 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 e ai delitti di terrorismo, così come previsto dall’art 371 *bis* comma 2 lett. c).

Tale disciplina stabilisce espressamente una deroga alla regola generale del codice di rito secondo cui l’accesso ai registri, prima del momento a partire dal quale viene consentita la pubblicazione, è riservato solo ai soggetti coinvolti nel processo o al pubblico ministero, al Ministro dell’Interno, al Presidente del Consiglio dei Ministri, solo

¹⁵ Così, TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 568 ss.

¹⁶La disposizione nella sua formulazione originaria del 1991 prevedeva anche “la realizzazione se del caso di collegamenti reciproci”, con le modifiche apportate dal d.l. 18 febbraio 2015 n.7, convertito, con modificazioni, nella legge 17 aprile 2015 n. 43, non è più presente tale inciso che aveva suscitato diversi dubbi interpretativi.

in seguito al rilascio dell'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria competente a prendere visione di copie di atti. Quanto previsto, invece, dall'art 117 comma 2 *bis* e dall'371 *bis* comma 2 lett c) sembra consentire un diritto incondizionato di accesso ai registri giudiziari e all'acquisizione di notizie, informazioni e dati.

Tale disciplina differenziata è, tuttavia, giustificata dal fine di garantire la non dispersione delle informazioni e la circolazione delle stesse tra le diverse procure, per il tramite dell'organo nazionale¹⁷, risulta per tanto funzionale alla riuscita del coordinamento investigativo e di conseguenza all'efficacia delle indagini. La prerogativa riconosciuta alla D.N.A consente, infatti, di estendere il coordinamento delle indagini anche a quelle non ancora aperte, ma suscettibili di esserlo, e che, grazie alla lettura degli atti, appaiano collegate. È, infatti, chiaro che gli eventuali canali di collegamento possono essere individuati dalla Direzione Nazionale solo se la stessa è nelle condizioni di ottenere tutte le informazioni relative ai procedimenti di criminalità organizzata.

1.5 I contrasti tra i pubblici ministeri

Il legislatore con l'art. 2 del d.l. n.367/1991 ha previsto una disciplina specifica, differenziata da quella ordinaria, in caso di contrasti, positivi o negativi, tra i pubblici ministeri in materia di criminalità organizzata, inserendo nel codice di procedura l'art. 54 *ter*.

Secondo la disciplina del codice di rito, art. 54 e 54 *bis*, la risoluzione del conflitto tra pubblici ministeri è affidata al Procuratore Generale, a seconda dei casi presso la Corte d'Appello o presso la Corte di Cassazione, il quale, dopo aver visionato tutti gli atti del procedimento trasmessi, decide con decreto dandone menzione al p.m. dissenziente e agli altri uffici interessati.

Nel caso invece si tratti di conflitti insorti durante lo svolgimento di indagini per uno dei reati *ex* art. 51 comma 3 *bis* e 3 *quater* è richiesto l'intervento del Procuratore Nazionale Antimafia.

L'attribuzione di una funzione attiva del P.N.A nella risoluzione dei contrasti è spiegata dalla necessità di garantire un miglior coordinamento delle indagini stesse; il

¹⁷ Cfr. CISTERNA, *Le funzioni ed i poteri della direzione nazionale antimafia nelle linee di politica criminale* in BARGI (a cura di), *Il "doppio binario" nell'accertamento di fatti di mafia*, Torino, 2013, p. 302.

legislatore non ha dunque assegnato una collocazione verticisticamente sovra ordinata alla D.N.A. ma ha preso semplicemente una scelta funzionale, tenendo conto dell'inevitabile coinvolgimento del P.N.A. in tale contesto¹⁸.

L'art. 54 *ter* per garantire la partecipazione del procuratore nazionale alla risoluzione del conflitto di attribuzione, ma, allo stesso tempo, per evitare un'indebita ingerenza, distingue due ipotesi distinte.

Se il contrasto si verifica tra diverse direzioni distrettuali la risoluzione è affidata al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, il quale dovrà prima acquisire il parere del Procuratore Nazionale Antimafia, che ha funzione consultiva, ma il cui parere non è vincolante.

Se, invece, il contrasto insorge all'interno del medesimo distretto, la risoluzione spetta al Procuratore Generale presso la Corte d'Appello, il quale ha poi l'obbligo di avvertire il Procuratore Nazionale della decisione. In questo caso, trattandosi sicuramente di un contrasto tra la direzione distrettuale e una procura ordinaria, il P.N.A. diviene parte in causa e, quindi, se il conflitto verrà risolto a favore della direzione distrettuale egli potrà poi, se del caso, esercitare i poteri conferitigli dall'art. 371 *bis*¹⁹.

Fatto salvo quanto visto in materia di risoluzione dei contrasti tra pubblici ministeri, stabilito dall'art. 54 *ter*, al P.N.A. spetta il compito di “impartire ai procuratori distrettuali specifiche direttive alle quali attenersi per prevenire o risolvere contrasti riguardante le modalità secondo le quali realizzare il coordinamento nell'attività d'indagine” e di “riunire 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”, ai sensi dell'art. 371 *bis* comma 2 lett. f) e g).

1.6 La competenza territoriale “distrettuale”

Ai sensi dell'art. 51 comma 1, lett. a) c.p.p. “le funzioni del pubblico ministero sono esercitate, nella fase delle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado, dai

¹⁸ In tal senso, CISTERNA, *Le funzioni ed i poteri della direzione nazionale antimafia nelle linee di politica criminale*, cit, p. 293.

¹⁹ Cfr. Bargi, *Il compendio di procedura penale*, op. cit., p. 74.

magistrati della procura della Repubblica presso il Tribunale” territorialmente competente secondo i criteri stabiliti dagli artt. 8,9,10,16 c.p.p.

All’art. 371 *bis* c.p.p. è prevista, inoltre, una disciplina specifica per quanto riguarda il coordinamento delle indagini per i procedimenti di criminalità organizzata, differenziata rispetto all’originario collegamento investigativo previsto dall’art. 371.

Tali norme si applicano anche ai reati connessi.

La scelta della disciplina differenziata è chiara: istituire le Direzioni Distrettuali Antimafia, per migliorare il coordinamento delle indagini nei procedimenti di criminalità organizzata, non avrebbe avuto alcun senso se a queste non fosse stata attribuita anche la competenza dell’attività investigativa.

Questa modifica alle regole circa la competenza territoriale ha però comportato dal punto di vista pratico grandi incertezze, in particolare modo per quanto riguarda le modifiche della competenza per i procedimenti connessi e per l’individuazione del giudice delle indagini preliminari competente.²⁰

La Corte di Cassazione ha subito colto la grande portata innovativa della disciplina e ha pertanto precisato che l’art. 51 comma 3 *bis* “è entrato a far parte del sistema normativo sulla competenza in generale, con la conseguenza: a) che per i reati in esso previsti, nell’ambito del distretto, v’è la 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 deve aversi riguardo alle regole poste dagli artt. 8 ss. c.p.p.; c) che analogo principio deve valere per i casi di connessione di procedimenti relativi ai reati di cui al citato art.51, avuto riguardo agli art. 12ss c.p.p., 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”²¹.

²⁰ In tal senso, VASSALLO, *La competenza territoriale in materia di criminalità organizzata di stampo mafioso*, in FRANCHIOTTI, *Strumenti di contrasto alla criminalità organizzata*, Torino, 2017, p. 3 ss.

²¹ Così, Cass, Sez. V, 25 maggio 1993, n. 1940.

1.7 La competenza del giudice per le indagini preliminari

Il codice di rito all'art 51 delinea l'organizzazione degli uffici del pubblico ministero e la loro corrispondenza ai giudici presso i quali si riversano i risultati delle loro attività.

La competenza del p.m. secondo la disciplina ordinaria, dunque, deriva dalla competenza del giudice di fronte al quale l'inquirente esercita le sue prerogative.

Con il d.l. n. 367/1991 è avvenuto un ribaltamento di questa prospettiva tradizionale: non è più il pubblico ministero a ripetere dal giudice l'area oggettiva della propria legittimazione, ma le competenze del giudice sono fatte derivare dalla riserva di attribuzioni in favore dell'ufficio inquirente²².

L'art. 328 comma 1 *bis* c.p.p. stabilisce, infatti, che quando si tratta di procedimenti per i delitti indicati dall'art. 51 comma 3 *bis* e 3 *quater*, le funzioni di giudice per le indagini preliminari sono esercitate, salve specifiche disposizioni di legge, da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

Da tale modifica normativa è derivata la nascita di un giudice per le indagini preliminari e per l'udienza preliminare di tipo "distrettuale"²³, predeterminato per legge. Tuttavia bisogna ben chiarire che con il d.l. n. 367 non si è formato un tribunale specializzato con competenze limitate ai procedimenti di criminalità organizzata, così, invece, come è accaduto per quanto riguarda gli uffici del pubblico ministero, con la nascita delle D.D.A. Il legislatore ha introdotto la disciplina differenziata solo per evitare che l'intervento del gip del singolo circondario frazionasse e, di conseguenza, vanificasse l'attività d'indagine, unitaria e coordinata, svolta dal p.m. del distretto.

La competenza funzionale del Gip nei procedimenti per i delitti indicati dall'art. 51 comma 3 *bis* deve essere individuata esclusivamente sulla base della notizia di reato, iscritta nell'apposito registro previsto dall'art. 355 c.p.p., non potendosi attribuire rilievo, in difetto di iscrizione di uno di tali delitti, ad eventuali prospettazioni accusatorie circa il contesto di criminalità organizzata in cui sarebbero state commesse le condotte contestate.²⁴

²² In tal senso, MELILLO, *Procedimenti connessi e coordinamento delle indagini in materia di delitti di criminalità organizzata* in *Cass. Pen.*, fasc. 7-8, 1999.

²³ Cfr. RONCO, *Criminalità organizzata* in *Scritti Patavini*, tomo I, Torino, 2017.

²⁴ Così, Cass. Pen., Sez. III, 18 ottobre 2016, n. 13222.

2. Profili generali delle indagini preliminari: durata e segretezza

2.1 Premessa

La scelta di adottare una disciplina differenziata, appositamente introdotta per combattere adeguatamente il fenomeno mafioso è stata esplicitata con la legge n. 8 del 1992.

Una volta riconosciuta, infatti, la necessità di predisporre una normativa efficace per combattere il fenomeno mafioso e appurata l'inadeguatezza di quella prevista dal codice di rito, appariva chiara l'esigenza di introdurre delle norme speciali ad hoc.

Le modifiche riguardarono anche, se non soprattutto, la fase delle indagini preliminari.

Con la legge n. 306 del 1992, il legislatore estese il termine di durata delle indagini dagli originari sei mesi ad un anno nel caso, appunto, di indagini relative a reati di criminalità organizzata o altri specifici reati; su richiesta del pubblico ministero era possibile una proroga del periodo di indagini fino a 18 mesi o nel caso di indagine relative a delitti di cui all'art. 416 *bis* due anni.

All'esigenza di prolungamento della durata delle indagini motivata dal presumibile difficile accertamento di fatti di criminalità organizzata, si coniuga quella di garantire la segretezza delle stesse per evitarne l'inquinamento.

Tale esigenza ha comportato la modificazione dell'*iter* ordinario che si possono sintetizzare in due punti salienti: a) la richiesta di proroga delle indagini può essere concessa dal giudice, inaudita altera parte; b) l'assenza di obbligo di comunicazione dell'iscrizione della notizia di reato agli indagati.

È bene sottolineare che gli articoli che stabiliscono una disciplina non si riferiscono unicamente ai reati di cui all'art. 416 *bis* c.p. o ai reati di criminalità organizzata (di cui, tra l'altro, manca una definizione/delimitazione sia codicistica che extra codice); il legislatore, infatti, utilizza la formula "se si procede per taluno dei delitti indicati dall'art.407, comma 2, lett. a)".

Il richiamo a questo articolo, di fatto, estende la disciplina derogatoria a una molteplicità di fattispecie delittuose come ad esempio il reato di omicidio, del porto di un'arma clandestina, violenza sessuale etc.

Emerge immediatamente l'eterogeneità delle fattispecie di reato contenute in questo articolo e la loro totale estraneità rispetto al reato di associazione di stampo

mafioso. Nonostante, per i suoi molteplici richiami, l'art. 407 comma 2 lett. a), insieme all'art. 51, comma 3 *bis*, sia considerato il riferimento essenziale per lo svolgimento del processo contro i reati di criminalità organizzata e, di fatto, ne costituisce la base normativa sostanziale, lo stesso è stato usato dal legislatore con altri scopi ben lontani da quello che aveva in origine: delineare chiaramente le specifiche regole processuali per fatti di criminalità organizzata.

L'art. 407 comma 2 lett. a), in sostanza, ha assunto nel corso degli anni il ruolo di "contenitore"²⁵, all'interno del quale inserire le nuove emergenze criminali che, richiedono un trattamento differenziato, a seguito della commissione di reati di particolare allarme sociale.

2.2 I termini massimi di durata delle indagini

L'art. 407 al primo comma prevede che la durata delle indagini preliminari non può superare i 18 mesi; al secondo comma, invece, stabilisce quale limite massimo di durata il termine di due anni qualora le indagini riguardino i seguenti casi: 1) gravi delitti indicati alla lettera a) (per esempio gravi fattispecie di delitti di stampo mafioso e terroristico; omicidio, rapina e estorsione; sequestro di persona, ecc.); 2) nel caso di indagini complesse per la molteplicità dei fatti tra loro collegati ovvero per l'elevato numero di persone sottoposte alle indagini o di persone offese; 3) se le indagini richiedono il compimento di atti all'estero; 4) nel caso in cui si tratti di indagini collegate ai sensi dell'art. 371 c.p.p.²⁶

La disciplina vista si propone un duplice obiettivo: da un lato, stabilire un limite temporale massimo per evitare che il processo si svolga a una distanza di tempo eccessivamente lontana dalla commissione del fatto illecito e che, di conseguenza, il soggetto indagato per tanto, troppo rimanga all'oscuro del procedimento penale in corso nei suoi confronti; dall'altro, la previsione di proroghe ai termini ordinari consente di svolgere adeguatamente indagini maggiormente complesse. Si concedono termini di indagini differenziati per l'accertamento di fatti di reato con caratteristiche peculiari rispetto alle altre tipologie delittuose.

²⁵ In tal senso, GAETA, *Il processo di criminalità organizzata tra frammenti di norme e la Corte di Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2017, fasc. 9, p. 3006D.

²⁶ Cfr. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, op. cit., p. 585.

La dottrina, tuttavia, ha sollevato diversi dubbi circa la previsione di un termine di massima di durata delle indagini, ravvedendo una circostanza di illegittimità costituzionale della disciplina rispetto al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, prevista dall'art.112 Cost.

La previsione di termini entro i quali il p.m. deve condurre le indagini, superati i quali gli elementi acquisiti non avrebbero alcun valore processuale è stata vista potenzialmente atta a turbare le determinazioni del pubblico ministero. Quest'ultimo infatti, trovandosi a ridosso della scadenza termini previsti e senza aver acquisito ancora gli elementi necessari per l'esercizio dell'azione penale, sarebbe obbligato a richiedere l'archiviazione, facendo venir meno il rispetto del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.

La Corte Costituzionale ha, però, più volte puntualizzato che non v'è alcuna contraddizione logica tra la previsione di un termine entro il quale deve essere portata a compimento l'attività di indagine e il precetto sancito dall'art. 112 della Costituzione. Innanzitutto perché la fase delle indagini non ha funzione "preparatoria" del processo, ma è destinata unicamente a consentire al pubblico ministero di assumere le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale. Si richiede, pertanto, al pubblico ministero, entro i termini consentiti per lo svolgimento delle indagini preliminari non il compimento di tutti gli atti "necessari per l'accertamento della verità", così come era previsto nel codice abrogato, ma soltanto di decidere, in virtù degli elementi acquisiti che, comunque, potranno essere integrati durante il processo, se esercitare o meno l'azione penale.²⁷

La Corte, inoltre, ha ribadito che la previsione di specifici limiti cronologici per lo svolgimento delle indagini preliminari e della correlativa sanzione di inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti dopo la scadenza dei termini stabiliti per quella fase costituisce il frutto di una precisa scelta operata dal legislatore delegante al fine di soddisfare, da un lato, la "necessità di imprimere tempestività alle investigazioni e, dall'altro, di contenere in un lasso di tempo predeterminato la condizione di chi a tali indagini è assoggettato".²⁸

2.3 La sospensione dei termini feriali

²⁷ Così, GAETA, *Principi costituzionali in materia penale (diritto processuale)*, 2011, in www.costituzionale.it.

²⁸ Così, Corte Cost. sent. 174 del 1992; ord. 222 del 1992.

L'art. 1 della legge 7 ottobre 1969, n. 742 stabilisce che “Il decorso dei termini processuali relativi alle giurisdizioni ordinarie ed a quelle amministrative è sospeso di diritto dal 1° al 31 agosto di ciascun anno, e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione²⁹. Al secondo comma della medesima legge è tuttavia prevista una deroga per quanto riguarda i procedimenti per i reati di criminalità organizzata: l'art. 21 *bis* del d.l. 8 giugno 1992, n. 304, riprodotto nell'art. 240 *bis* comma 2 disp. att. c.p.p., ha infatti previsto che “la sospensione dei termini delle indagini preliminari di cui al comma 1 non opera nei procedimenti per reati di criminalità organizzata”.

La norma nonostante risulti di apparente semplice lettura, lascia all'interprete il compito di individuare il suo effettivo ambito di applicazione, facendo sorgere due questioni interpretative principali: la prima consiste nel determinare quali siano di fatto i procedimenti destinatari della deroga prevista al comma 2, ossia quali siano i reati che possano essere definiti “reati di criminalità organizzata”; la seconda si sostanzia nel chiedersi se siano o meno soggetti alla sospensione tutti i termini previsti nella fase delle indagini preliminari o soltanto alcuni di essi³⁰.

Per quanto riguarda la prima questione occorre ribadire come la nozione di “criminalità organizzata” sia tutt'altro che ben definita dal punto di vista normativo; il legislatore infatti ha ommesso di darne una definizione, non fornendo neanche una delimitazione normativa che indichi quantomeno cosa sia e cosa appartenga alla criminalità organizzata.

Il codice per indicare a quali procedimenti si applicano le norme derogatorie del cd. doppio binario e che, quindi, prevedono una disciplina differenziata rispetto a quella di fatto, fa mero richiamo a singole fattispecie delittuose, utilizzando, in particolare, il rinvio agli artt. 51 comma 3 *bis* e 407 comma 2 lett. a) c.p.p., i c.d. “articoli contenitori³¹”. Il riferimento, di scarsa portata contenutistica previsto dal citato comma 2 dell'art. 240 *bis* disp. att., ai reati di criminalità organizzata creava giurisprudenza non unanime sull'applicazione della norma derogatoria nei singoli procedimenti.

²⁹ Così come modificato dall'art. 16 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito dalla l. 10 settembre 2014, n. 162, con la decorrenza ivi prevista. Il testo previgente recava: “il decorso dei termini processuali relativi alle giurisdizioni ordinarie ed a quelle amministrative è sospeso di diritto dal 1 agosto al 15 settembre di ciascun anno, e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione.

³⁰ Cfr. VIGGIANO, *I limiti della deroga alla sospensione dei termini feriali per i reati di criminalità organizzata*, in *Giur. It.*, 1994, 3.

³¹ In tal senso, GAETA, *Il processo di criminalità organizzata tra frammenti di norme e Corte di Cassazione*, cit.

Si formarono così due orientamenti: secondo alcune pronunce, quando si procedeva per reati associativi l'inclusione nella nozione di criminalità organizzata si dava in un qualche modo per scontata; secondo altre, invece, l'applicazione della norma derogatoria doveva essere circoscritta nell'alveo dei reati elencati negli artt. 407 comma 2 lett. a), 372 comma 1 *bis*, 51 comma 3 *bis* c.p.p.³²

Tali contrasti interpretativi sono stati risolti dalla Corte di Cassazione, con la sentenza a Sezioni Unite n.17706 del 22 marzo 2005. I giudici di legittimità, innanzitutto, rilevano come “a fronte della univocità di definizione della nozione "criminalità organizzata", prospettata nella riflessione socio - criminologica, è evidente, invece, l'assenza di una nozione giuridica unitaria, poiché questa si rinviene in contesti normativi diversificati e non sempre utili sul piano delle esigenze ermeneutiche specifiche”; la Corte, pertanto, ritiene arbitraria la progettazione di un “riferimento integrato” al complesso delle fattispecie individuate dagli artt. 407, comma 2 lett. a), 372, comma 1 *bis*, 51, comma 3 *bis*, e 54 c.p.p., in quanto tali articoli comprendono numerose e disomogenee fattispecie, delle quali solo alcune sono valutabili in termini di delitti di criminalità organizzata.

La Suprema Corte afferma, inoltre, che il 2 comma dell'art. 2 della legge n. 742 del 1969, introdotto dall'art. 21 *bis* del d.l. n. 356/1992 e riprodotto dall'art. 240 disp. att. c.p.p., deve intendersi riferibile non soltanto ai reati di criminalità mafiosa ed assimilata, e ai delitti associati, previsti da speciali norme incriminatrici, ma anche a qualsiasi tipo di “associazione per delinquere”, ex art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con l'esclusione, ovvia, del mero concorso di persone del reato dal momento che manca il requisito dell'organizzazione.³³

Per quanto riguarda invece la seconda questione, ossia quali atti siano destinatari della deroga, bisogna chiedersi se oggetto della disciplina prevista dell'art. 2 dell'art 240 *bis* disp. att. c.p.p. siano i soli termini di durata massima delle indagini preliminari, che, nei casi ordinari, rimangono sospesi nel periodo feriale o se la deroga interessa anche altri atti soggetti a scadenza da compiersi in questa prima fase procedimentale.

Anche in questo caso a far chiarezza sul punto è stata la Corte di Cassazione, la Prima Sezione ha affermato con una massima del 31 gennaio 1994 che “nei procedimenti

³² Cfr. MELILLO, *Appunti in tema di sospensione feriale dei termini relativi a procedimenti per reati di criminalità organizzata*, in *Cass. Pen.*, fasc. 10, 2005, p. 2925.

³³ Così, *Cass. Pen.*, Sez. Un., sent. 22 marzo 2005, n. 17706.

per reati di criminalità organizzata la sospensione dei processuali in periodo feriale non opera né per i termini di durata delle indagini preliminari, né per quelli che comunque scadono nella fase delle indagini preliminari”³⁴; nella motivazione inoltre la Suprema Corte ha ribadito che l’esclusione della sospensione è un istituto di carattere eccezionale e, pertanto, inapplicabile a termini successivi a quelli delle indagini preliminari. Inoltre i giudici di legittimità hanno precisato che la non operatività della sospensione dei termini delle indagini è estesa anche ai termini di impugnazione di provvedimenti in materia di misure cautelari personali³⁵ e, inoltre, anche alle procedure incidentali aventi a oggetto misure cautelari reali.

2.4 La segretezza delle indagini

All’esigenza obiettiva di una maggior durata del termine ordinario delle indagini preliminari si coniuga quella di un più lungo spazio di “copertura” di tali inchieste.

Il codice di rito prevede la partecipazione dell’indagato durante la fase delle indagini preliminari in alcuni momenti procedurali per garantire, anche in questa prima fase, il suo diritto di difesa.

L’art. 335, infatti, prevede che le iscrizioni nel registro delle notizie di reato debbano essere comunicate alla persona alla quale il reato è attribuito e l’art. 406 dispone che la richiesta di proroga, con l’avviso della facoltà di presentare memorie, debba essere notificata alla persona sottoposta alle indagini. Nei casi in cui però la persona sottoposta alle indagini sia indiziata per aver commesso il reato di associazione di stampo mafioso tali diritti di notificazione e comunicazione vengono meno. Il legislatore tenendo conto delle caratteristiche del soggetto nei confronti del quale si procede e delle peculiarità del reato commesso ha deciso di mantenere la segretezza delle indagini per tutta la fase delle indagini preliminari. Ciò comporta che l’indagato di uno dei reati dell’art. 407 comma 2 lett. a) non può esercitare il proprio diritto di difesa durante le indagini preliminari e che potrebbe venire a conoscenza del procedimento penale a suo carico addirittura soltanto due anni dopo l’iscrizione della notizia di reato.

L’esclusione della partecipazione dell’indagato alla fase investigativa è funzionale ad evitare la inefficacia delle indagini, consentendo al pubblico ministero di

³⁴ Così, Cass. Pen., Sez. I, 31 gennaio 1994.

³⁵ Così, Cass. Pen., Sez. IV, 10 marzo 1999, n. 864.

svolgere la propria attività senza il pericolo di intimidazione e inquinamento delle prove. Il legislatore dunque si è trovato a dover operare un bilanciamento degli interessi in gioco: da una parte il diritto di difesa del singolo indiziato, dall'altra il diritto della collettività ad indagini efficaci e prive di condizionamento esterno.

2.5 La richiesta di comunicazione delle iscrizioni

Con l'art.18 comma 1, della legge 8 agosto 1995, n.332 avviene un'importante modifica del 3 comma dell'art.335 c.p.p., il quale, nella sua stesura originaria, negava all'interessato il diritto ad ottenere la comunicazione dell'eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato. In virtù della disciplina previgente dunque l'indagato veniva a conoscenza del procedimento penale a suo carico solo in seguito alla notificazione dell'informazione di garanzia, ossia quando il p.m. doveva compiere un atto al quale il difensore aveva diritto di assistere (*ex art. 369 c.p.p.*). In sostanza, qualora il p.m. non avesse dovuto compiere alcun atto "garantito" oppure avesse differito il compimento dello stesso atto ad altra fase procedimentale, l'indagato non avrebbe ricevuto l'informazione di garanzia, con la conseguenza di restare ignaro, per tutta la durata delle indagini preliminari, dell'esistenza di un procedimento penale a carico³⁶.

Il legislatore prese atto che questa disciplina comportava per l'indagato gravi riduzioni del diritto di difesa, essendogli precluso, tra l'altro, la possibilità di cercare tempestivamente prove a proprio favore e, a maggior ragione, di richiedere al giudice in tempo utile un incidente probatorio, nel caso in cui fosse a conoscenza di una prova a discarico decisiva e non rinviabile; con la novella citata ad inizio paragrafo si è stabilito, dunque, che le iscrizioni del registro delle notizie di reato sono comunicate alla persona alla quale il reato è attribuito, alla persona offesa e ai rispettivi difensori, ove ne facciano richiesta.

È prevista, tuttavia, viste le esigenze di riservatezze che alcune indagini comportano, una disciplina diversa nel caso in cui "si proceda per uno dei reati di cui all'art. 407, comma 2, letta a)" o "se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine". In quest'ultimo caso il pubblico ministero può disporre, con decreto motivato, il segreto sulle iscrizioni per un periodo di tempo non superiore a tre mesi e

³⁶ In tal senso, VIOLANTE, *Il nuovo processo penale e la criminalità mafiosa*, in *giur.it*, 1991, 2.

non rinnovabili (art. 335, comma 3 *bis*). Infatti, qualora il richiedente della comunicazione delle iscrizioni sia indagato per uno dei reati di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) o sia indagato in un procedimento per il quale il pubblico ministero ha disposto la segretezza delle indagini, la segreteria della Procura della Repubblica dovrà rispondere sempre “non risultano iscrizioni suscettibili di comunicazione” (*ex art. 110 bis disp. att*).

La scelta compromissoria, di cui è chiara la *ratio*, lascia tuttavia dei dubbi, soprattutto per quanto riguarda il divieto di comunicazione previsto all'inizio del 3 comma. Vi è, innanzitutto, il rischio che il pubblico ministero faccia ricorso a forzature imputative per attendere indisturbato ad indagini «blindate» dal punto di vista della segretezza e in secondo luogo lascia perplessi la previsione *ope legis* di segretezza senza confini temporali³⁷.

2.6 La proroga del termine

Al fine di garantire la completezza dell'attività investigativa e, di conseguenza, per soddisfare gli interessi veicolati dall'art. 112 Cost. il legislatore ha previsto l'istituto della proroga del termine delle indagini, art. 406 c.p.p.

Nel caso in cui il termine, pari a sei mesi o ad un anno, si rilevi insufficiente per acquisire gli elementi necessari a valutare la fondatezza della notizia di reato, il pubblico ministero può richiedere al giudice la proroga del termine previsto dall'art. 405. Ciascuna proroga non può superare i sei mesi e deve essere richiesta, prima della scadenza del termine; va precisato che il pubblico ministero è sì tenuto a formulare la sua richiesta di proroga entro il termine concesso per all'espletamento delle indagini, ma il giudice può decidere sulla richiesta di proroga anche successivamente a detto termine. Sul punto la Corte Costituzionale ha, infatti, dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli art. 3 e 112 Cost., degli artt. 406, primo comma, c.p.p., nella parte in cui entrambi prevedevano che il giudice possa prorogare il termine per la durata delle indagini preliminari soltanto “prima della scadenza”.³⁸

Una volta presentata la richiesta, i moduli procedurali differiscono a seconda della tipologia di reato per il quale si procede.

³⁷ Cfr. GIOSTRA, *I novellati artt. 335 e 369 c.p.p.: due rimedi inaccettabili* in *Cass. Pen.*, fasc. 11-12, 1995.

³⁸ Così, Corte Cost. 2 aprile 1992, n. 174.

Secondo lo schema ordinario, in virtù dei commi 3, 4, 5 dell'art. 406 c.p.p., l'istanza è notificata, a cura del giudice, alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato, insieme alla comunicazione della facoltà di presentare memorie entro cinque giorni dalla notificazione; entro dieci giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle memorie; il giudice, se ritiene di autorizzare la proroga, provvede con ordinanza. Qualora invece ritenga che allo stato degli atti non si debba concedere la proroga, il giudice fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e ne fa notificare l'avviso al pubblico ministero, all'indagato e alla persona offesa dal reato; pertanto la decisione circa la concessione della proroga sarà presa dal giudice solo in seguito all'instaurazione del contraddittorio tra le parti.

Nel caso in cui si proceda per i reati di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) e dell'art. 51 comma 1 *bis*, è invece previsto, così come disposto dal comma 5 *bis* dell'art. 406, un *iter* differenziato. Il giudice deciderà sulla concessione della proroga entro 10 giorni dalla presentazione della richiesta, dandone comunicazione al pubblico ministero. Quando si procede dunque per i reati indicati negli articoli suddetti è esclusa la notifica all'indagato e alla persona offesa, non s'instaura il contraddittorio, neanche cartolare, e l'ordinanza viene emessa de plano. La *ratio* del procedimento differenziato per i reati di criminalità organizzata è quella di consentire un periodo più lungo di "copertura" delle indagini.

Se si procedesse con l'*iter* ordinario previsto ai primi commi dell'art. 406 c.p.p., l'indagato verrebbe a conoscenza del procedimento penale che si sta svolgendo nei suoi confronti e le persone coinvolte (investigatori, persone offese, testimoni) sarebbero esposte ad offensive ed intimidazioni, inoltre si rischierebbe di compromettere il risultato delle indagini in quanto quest'ultime diventerebbero suscettibili di condizionamento esterno. Pertanto le ragioni giustificative della disciplina differenziata sono analoghe a quelle esposte in riferimento al divieto di commutazione della notizia del reato (*ex art. 335 comma 3*); il legislatore anche per quanto riguarda la disciplina della proroga ha operato un bilanciamento tra i diritti in gioco, favorendo una riduzione del diritto di difesa, per garantire maggiori possibilità di riuscita delle indagini.

Per concludere, bisogna far menzione dei presupposti della richiesta di proroga, i quali, invece, non differiscono in base al reato per il quale si procede.

L'art. 406 c.p.p. ha delineato un impianto graduale dei presupposti per la proroga, nel senso di un crescente irrigidimento delle ragioni capaci di giustificarle³⁹. Infatti una prima proroga del termine iniziale può essere disposta per “giusta causa”, le ulteriori nei casi di “particolare complessità delle indagini” ovvero “di oggettiva impossibilità di concluderle entro il termine prorogato”.

È bene precisare che le ragioni giustificativi della proroga devono sempre essere motivate dal pubblico ministero, il quale non potrà semplicemente far riferimento alla difficoltà delle indagini motivate soltanto dalle peculiarità del reato per il quale si procede, altrimenti la concessione della proroga diventerebbe automatica e desunta unicamente dalla fattispecie delittuosa.⁴⁰

3. Le peculiarità dell'incidente probatorio

L'incidente probatorio ha la funzione di anticipare l'acquisizione e la formazione della prova, in via eccezionale e solo in pochi casi tassativamente previsti dall'art. 392 c.p.p. La previsione di tale istituto ha il fine di evitare, in considerazione anche del considerevole lasso di tempo che intercorre tra la fase delle indagini e il dibattimento, ancora più significativo nel caso in cui si procede per uno dei delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. a), l'eventuale dispersione o compromissione delle prove prima della loro acquisizione.

L'obiettivo di garantire la genuinità della prova è inoltre ancora più difficile da perseguire nei procedimenti di criminalità organizzata, molti uffici giudiziari hanno infatti segnalato la necessità di salvaguardare l'acquisizione delle prove da minacce e intimidazioni che sono proprie della criminalità organizzata. In quanto tra un mondo criminale che riesce a mantenere agevolmente le sue minacce e un mondo legale che non riesce ad assicurare le speranze di sicurezza, il cittadino comune rischia di cedere alle prime invece di confidare nelle seconde.⁴¹

Il codice, infatti, tra i casi tassativi supposti dal citato art. 392, prevede, al comma 1, lett. b, il ricorso all'incidente probatorio per l'assunzione di testimonianze nel caso in

³⁹ Cfr. VICOLI, *La ragionevole durata delle indagini*, Torino, 2012, p. 202.

⁴⁰ Cfr. LA ROCCA, *Proroga dei termini delle indagini preliminari e moduli differenziati di accertamento*, in MONTAGNA (a cura di), *La giustizia penale differenziata*, tomo 3, 2011.

⁴¹ Cfr. VIOLANTE, *Il nuovo processo penale e la criminalità mafiosa* in *Giur. It.*, 1991, 2

cui “vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altre utilità affinché non deponga o deponga il falso.”

Tuttavia tale previsione, seppur necessaria a garantire la genuinità della prova, non argina il pericolo di esporre a pericoli la persona offesa, il teste e, in generale, chi collabora. Il disposto dell’art. 395 letto congiuntamente all’art. 393, infatti, comporta che la richiesta di incidente probatorio deve contenere l’indicazione della persona offesa e deve essere notificata alla persona sottoposta ad indagine; inoltre il codice, all’art. 401, prevede il diritto della persona sottoposta alle indagini di assistere all’incidente probatorio quando si deve esaminare un testimone o un’altra persona.

Gli articoli richiamati, pertanto, comportano nei casi di criminalità organizzata che il potenziale intimidatore venga a conoscere, proprio grazie al Pubblico Ministero, il nome e l’indirizzo della persona offesa; inoltre quest’ultima sarà tenuta a rendere dichiarazioni contro l’accusato in sua presenza e se questo è persona particolarmente temibile è chiaro che la sua presenza può far venire meno la veridicità delle deposizioni.

Nel corso degli anni sempre al fine di garantire la sicurezza della persona offesa, il legislatore ha esteso i casi che consentono il ricorso all’incidente probatorio, tenendo in considerazione il fatto che la netta separazione tra la fase delle indagini preliminari e la successiva fase del giudizio costringe la vittima di gravi reati a dover fornire una pluralità di dichiarazioni, durante le quali, è costretta a rivivere ed esternare le violenze patite e perfino, talvolta., a dover deporre alla presenza dell’autore del reato.

La portata di adoperabilità di questo istituto, pertanto, è stata prima estesa all’audizione delle persone offese a vulnerabilità c.d. presunta, ossia le vittime dei reati individuati espressamente negli artt. 352 comma 1ter e 392 comma 1 *bis* c.p.p. e, successivamente, anche alle persone offese a vulnerabilità c.d. atipica, ossia quelle persone che si trovano in uno stato particolare di vulnerabilità senza prevedere tassativamente per quale tipologia di reato si debba procedere.⁴²

Infatti, l’art. 392 comma 1 *bis* introdotto nel codice di rito dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66, da ultimo sostituito dalla l. 1 ottobre 2012, n. 172, prevede che nei procedimenti relativi a specifici reati il Pubblico Ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possano chiedere che si proceda con

⁴² Così, ALOSI, *La tutela della vittima del reato e l’audizione della persona offesa “vulnerabilità” in sede di incidente probatorio*, 2020, in *salvisjuribus.it*

incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi del comma 1. Allo stesso comma, in virtù delle integrazioni apportate dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, è previsto che si procede con le medesime forme in ogni caso in cui la persona versi in condizione di particolare vulnerabilità.

Di fatto la categoria delle c.d. vittime vulnerabili atipiche è individuabile grazie all'art. 90 *quater* c.p.p., che fornisce degli indici sintomatici e rilevatori affinché una persona offesa possa godere delle predette forme di audizione. In virtù, infatti, di quanto previsto dall'art. 90 *quater* il ricorso all'incidente probatorio nel caso previsto dall'art. 392 comma 1 *bis* è possibile se le indagini preliminari riguardano un fatto di criminalità organizzata: "per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto (...) è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale" *ex art.90 quater*.

4. Le intercettazioni

4.1 Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni

Come è stato, già, rilevato nel corso della trattazione, gli anni '90 sono caratterizzati, dal punto di vista legislativo, dall'emanazione di leggi, aventi una portata derogatoria rispetto alla disciplina del codice di rito, appositamente introdotte per combattere i reati di criminalità organizzata. Il legislatore, infatti, in virtù dell'allarme e del pericolo sociale generato da tale tipologia delittuosa, ha avvertito la necessità di introdurre una disciplina speciale con l'obiettivo di potenziare le indagini per l'accertamento e la repressione dei fatti di mafia.

Tra gli interventi legislativi che hanno il fine di rendere il sistema investigativo maggiormente efficace, insieme alle leggi già citate⁴³, si colloca anche l'art. 13, del d.l. 13 maggio 1991, n. 152⁴⁴, convertito con modificazioni nella l. 12 luglio 1991, n. 203, che predispone una disciplina derogatoria per quanto riguarda le intercettazioni. Per cogliere, *ictu oculi*, la portata derogatoria della disciplina basta osservare la diversità dei

⁴³ Si pensi alle norme che regolano gli uffici del pubblico ministero, al coordinamento investigativo, ai termini di durata delle indagini preliminari, al segreto investigativo, alla richiesta di incidente probatorio.

⁴⁴ Intitolato: Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa.

presupposti per la predisposizione delle intercettazioni richiesti dall'art. 267 comma 1 c.p.p. rispetto a quelli presenti nell'art. 13 comma 1 del d.l. 152/199.

Secondo il codice di rito, le intercettazioni di comunicazioni e conversazioni sono consentite solo a fronte di gravi indizi di uno dei reati elencati dall'art. 266 c.p.p. e solo se sono assolutamente indispensabili per la prosecuzione delle indagini. Nel caso in cui, invece, le indagini hanno ad oggetto un fatto di criminalità organizzata, in virtù di quanto previsto dall'art. 13 del d.l. 152/1991, l'autorizzazione all'intercettazioni è data quando sussistono sufficienti indizi di colpevolezza e quando queste sono necessarie per lo svolgimento delle indagini. Tali operazioni, inoltre, diversamente dal termine di durata di 15 giorni previsto per le intercettazioni ordinarie, non possono superare i quaranta giorni e tale termine è prorogabile dal giudice con decreto motivato, qualora permangono i presupposti richiesti, per altri 20 giorni; nei casi di urgenza, invece, provvede alla proroga direttamente il pubblico ministero, essendo poi richiesta la convalida disposta dal giudice entro le quarantotto ore successive. Sempre all'art. 13 del decreto legge in esame è, inoltre, prevista un'ulteriore deroga che prevede l'ammissibilità di intercettazioni di comunicazioni nei luoghi di privata dimora nell'ambito di indagini per reati di criminalità organizzata "anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa".

Il legislatore del '91 ha, dunque, predisposto una disciplina speciale che rendesse più semplice e più frequente il ricorso alle intercettazioni. È, infatti, indubbio che tale mezzo di prova in virtù delle caratteristiche proprie dei reati mafiosi, quali l'utilizzo di mezzi di comunicazione per il mantenimento dei legami tra i partecipanti del sodalizio e la dubbia portata delle prove testimoniali a causa della forza di intimidazione e della piaga del fenomeno omertoso, risultasse quello più efficace ed idoneo per la riuscita delle indagini.

È, però, doveroso rilevare che la buona riuscita delle indagini non è mai l'unico interesse il gioco che deve essere tenuto in considerazione dal legislatore.

4.2 Le intercettazioni e il diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni

Le intercettazioni, infatti, consistono nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscono con l'intenzione di

escludere altri e vengono attuate da un soggetto estraneo alla stessa, mediante strumenti tecnici di precisione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato⁴⁵.

Emerge, dunque, chiaramente come tale acquisizione subdola di dati sensibili⁴⁶ sia in collisione con il diritto alla segretezza delle comunicazioni, garantito dalla Costituzione⁴⁷.

La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione costituiscono, infatti, un diritto dell'uomo, che rientra tra i valori supremi dell'ordinamento ed è un valore essenziale delle personalità, essendo questo considerato quale "parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana"⁴⁸. Tale diritto non può, dunque, subire restrizioni se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un altro interesse primario e costituzionalmente rilevante, come in effetti è quello di reprimere e prevenire i reati. Lo stesso art. 15 al comma 2, infatti, ammette che possa avvenire una limitazione del diritto alla riservatezza delle comunicazioni solo in seguito ad un atto motivato dell'autorità giudiziaria e nel rispetto delle garanzie stabilite dalla legge.

Anche sul piano del diritto internazionale vi è la stessa "impostazione": l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, dopo aver riconosciuto il diritto al rispetto della sfera privata di ogni individuo⁴⁹, afferma che le ingerenze dell'autorità pubblica sono possibili solo se previste dalla legge e se necessarie per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, per il benessere economico del Paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali.

La compressione del diritto alla riservatezza delle comunicazioni, pertanto, può avvenire solo in virtù della necessità di garantire un'efficace repressione degli illeciti

⁴⁵ Così, Cass. Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747.

⁴⁶ Cfr. FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, in BARGI (a cura di), *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, Giappichelli, 2013 p. 556.

⁴⁷ L'art. 15, comma 1, Cost prevede che "la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazioni sono inviolabili".

⁴⁸ Così, Cort. Cost. 23 luglio 1991, n. 336.

⁴⁹ Art. 8 CEDU: "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza".

penali e si deve attuare sotto il controllo diretto del giudice e solo nei limiti richiesti da concrete, gravi esigenze di giustizia dimostrate con adeguata e specifica motivazione del provvedimento⁵⁰. Tale disciplina comporta, dunque, che la limitazione del diritto alla riservatezza delle comunicazioni avverrà solo per scelta del giudice, a cui è rimesso il compito di operare un bilanciamento tra gli interessi in gioco e di formulare una motivazione, suscettibile di essere censurata, adeguata e specifica da cui emergano le ragioni di fatto e di diritto alla base della sua scelta.

Sempre al fine di assicurare una minor ingerenza possibile nella sfera privata dell'individuo, la Consulta ha individuato una serie di parametri finalizzati ad orientare il legislatore, al fine di evitare che la normativa di rango primario comporti un sacrificio sproporzionato del diritto alla riservatezza. È stato, infatti, precisato che, per poter comprimere un diritto fondamentale, vi devono essere concrete e gravi esigenze di giustizia; che tale compromissione debba avvenire solo per una durata temporale predeterminata dalla legge; che gli atti ottenuti mediante intercettazioni possono essere utilizzati solo nei casi in cui siano rilevanti per l'imputazione⁵¹.

Tali precisazioni avrebbero, dunque, dovuto assicurare che il legislatore predisponesse una disciplina delle intercettazioni in grado di meglio tutelare i diritti garantiti dall'art.15 Cost. Eppure, analizzando la disciplina delineata dal d.l. 152 del 1991 non possono dirsi soddisfatti i parametri suddetti; il legislatore ha, infatti, preso la consapevole scelta di accettare la compromissione di diritti individuali pur di garantire la riuscita delle indagini per reati di criminalità organizzata. La disciplina speciale, infatti, trascura il requisito della necessità investigativa, che dovrebbe connotare qualsiasi intercettazione, in virtù della sua lesività sui diritti dell'indagato e di terzi estranei; né appare pienamente rispettosa di quel principio di proporzione che è oggetto di tanta attenzione da parte delle Corti⁵². È chiaro che tale scelta, guidata da istanze repressive che hanno prevalso su quelle garantiste, è stata frutto del periodo storico in cui è stata presa; la gravità e/o complessità del fenomeno mafioso era diventata tale da rendere

⁵⁰ Così Cort. Cost. 4 aprile 1973, n. 34.

⁵¹ Così, Corte Cost. 6 aprile 1973, n. 34 e 23 luglio 1991, n. 366.

⁵² In tal senso, VARRASO, *Le intercettazioni e i regimi processuali differenziati per i reati di grande criminalità e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in MAZZA (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino, 2018, p. 143 ss.

necessario, per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, un intervento drastico del legislatore.

4.3 Questioni controverse e differenti linee interpretative

Nell'analisi della disciplina si impongono, inoltre, alcuni rilievi critici attinenti proprio alla *littera legis*, che hanno generato non pochi dubbi nel corso della sua applicazione.

Il primo riguarda l'espressione "criminalità organizzata", molto, troppo vaga. Il canone di proporzionalità, intesi nella sua componente di "necessarietà" o "indispensabilità" della speciale indagine a perseguire l'accertamento del reato, esigerebbe che fossero chiariti con precisione i presupposti della speciale operazione investigativa⁵³. Sarebbe, per tanto, opportuno sostituire quell'espressione con una elencazione tassativa di fattispecie incriminatrici⁵⁴ che, in ragione delle rispettive connotazioni criminologiche, giustificassero la compromissione di diritti individuali, così come avviene nell'art. 266 c.p.p. che contiene il catalogo dei reati per cui si applica la disciplina ordinaria delle intercettazioni. Tale mancanza di tassatività ha comportato la nascita di un ampio dibattito in giurisprudenza e dottrina.

Secondo una prima impostazione bisognerebbe privilegiare un approccio formalista, prendendo come punto di riferimento le ipotesi delittuose contenute negli artt. 51, comma 3 *bis* e 3 *quater*, e 407, comma 2, lett. a), attribuendo a tali articoli il ruolo di "contenitori normativi" e, dunque, secondo il metodo dell'elencazione sono da considerarsi reati di "criminalità organizzata" le disposizioni in essi contenute. L'opposta impostazione è propensa, invece, a dilatare tale concetto in guisa da ricomprendere tutte quelle ipotesi delittuose all'interno delle quali è possibile individuare un apparato organizzato⁵⁵. Ed è proprio questa seconda impostazione che ha ricevuto l'avvallo dei giudici di legittimità; a riempire di contenuto la nozione di criminalità organizzata di cui

⁵³ Così, MELILLO, *Le intercettazioni tra diritto alla riservatezza ed efficienza delle indagini* in *Cass. Pen.*, fasc. 12, 2000, p. 3482.

⁵⁴ In tal senso, ORLANDI, *Una giustizia penale a misura di nemici?* in *Diritto e procedura penale*, fasc. 2, 1 giugno 2020, p. 717.

⁵⁵ Cfr. FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit., p. 572.

parla l'art. 13 del d.l. 152 del 1991 ci ha, infatti, pensato la Corte di Cassazione a Sezioni unite "Scurato"⁵⁶.

Secondo la Corte tale nozione identifica "non solo i reati di criminalità mafiosa e quelli associativi previsti da norme incriminatrici speciali, ma qualsiasi tipi di associazione per delinquere, ex art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con l'esclusione del mero concorso di persone nel reato, nel quale manca il requisito dell'organizzazione"⁵⁷, ricomprendendo, di conseguenza, non solo quelli elencati nell'art. 51, comma 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.

Passando ora a un secondo rilievo, è pacifico affermare che il presupposto dei sufficienti indizi di colpevolezza attiene non ad una prognosi di colpevolezza del soggetto che sarà oggetto delle intercettazioni, quanto, piuttosto, all'esistenza dell'illecito penale. Tale presupposto inoltre non va inteso in senso probatorio, ossia come valutazione del fondamento dell'accusa, ma come vaglio di particolare serietà delle ipotesi delittuose configurate, le quali non devono risultare meramente ipotetiche, essendo richiesta al contrario una sommaria ricognizione degli elementi dai quali sia dato desumere la serie probabilità dell'avvenuta consumazione⁵⁸. Il requisito in esame, pertanto, è presente laddove l'ipotesi per la quale l'intercettazione è richiesta presenti carattere di concretezza, ossia non venga ravvisata, nel corso delle indagini, una mera possibilità di commissione del reato, quanto piuttosto un'elevata probabilità del consumarsi dello stesso. Tale requisito pacifico ed indiscutibile dal punto di vista teorico, non lo è, invece, se rapportato ad esigenze pratiche. Innanzitutto, cogliere la sottile differenza tra alta probabilità e mera ipotesi di commissione del reato non è così agevole. In secondo luogo, seppur vero che le intercettazioni non possono essere richieste quali primo atto di indagine⁵⁹, essendo invece prima richiesta l'iscrizione di una *notitia criminis* per un reato di criminalità organizzata nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. e anche una consistente base indiziaria che deve andare al di là della semplice emersione di indizi⁶⁰; è facile, nella prassi, che la giurisdizione ceda alla tentazione di non precludere la prosecuzione di attività dirette a

⁵⁶ Così, VARRASO, *Le intercettazioni e i regimi processuali differenziati per i reati di grande criminalità e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 142.

⁵⁷ Così, Cass. Sez. Un. 28 aprile 2016, Scurato.

⁵⁸ Così, Cass. Sez. VI, 26 febbraio 2010 n. 10902.

⁵⁹ Così, VARRASO, *Le intercettazioni e i regimi processuali differenziati per i reati di grande criminalità e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 141.

⁶⁰ Diversamente da quanto previsto dall'art. 226 disp. Att. c.p.p., in virtù della disciplina delle intercettazioni preventive.

dare compiuta consistenza alla notizia ancora solo vagamente percepita. Di fronte, dunque, a *notitia criminis* di reati maggiormente complessi che riguardano sicuramente i c.d. reati fine, ma non potendosi ancora compiutamente affermare che si tratti invece di reati di criminalità organizzata, il p.m. e il giudice utilizzino le intercettazioni, comportando così una trasformazione di quest'ultime da mezzo di ricerca della prova a strumento di definizione della notizia di reato⁶¹. Al fine di evitare un'incongrua interferenza nella sfera di libertà degli individui è dunque necessario che il materiale investigativo raccolto ante richiesta intercettazioni sia tale da far concludere per l'alta probabilità della commissione del reato, che a sua volta, dovrà apparire ben definito.

Per quanto riguarda, invece, il requisito della necessità delle intercettazioni la giurisprudenza ha chiarito che tale concetto dovrà essere individuato in una "zona" intermedia, i cui opposti limiti sono, da un lato "l'assoluta indispensabilità", dall'altro la "mera utilità". Tali parametri, però, anche in questo caso, risultano concettualmente chiari ma non agevolmente utilizzabili in sede pratica: pertanto, sembra di poter affermare, che in via di prassi, sia più agevole operare contestazioni sulla motivazione dei decreti di autorizzazione o convalida delle intercettazioni, piuttosto che, direttamente, sul difetto del requisito della "necessità"⁶².

4.4 Le intercettazioni ambientali

Le intercettazioni ambientali sono quelle destinate a svolgersi nel domicilio o negli altri luoghi indicati dall'art. 614 c.p.

L'art. 13 del d.l. 152 del 1991 predispone un'importante deroga in materia di intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora qualora il procedimento concerne i reati di criminalità organizzata; in questo caso, infatti, le intercettazioni possono essere effettuate nei luoghi di privata dimora anche se non vi è motivo di ritenere che in predetti luoghi si stia svolgendo attività criminosa.

Nel predisporre tale disciplina derogatoria il legislatore si è, inoltre, limitato a far riferimento per i presupposti e l'ambito di applicazione alla disciplina delineata per le intercettazioni di comunicazioni; tale scelta non è stata esente da critiche in quanto le

⁶¹ Cfr. MAFFEO, *Intercettazioni e indagini in materia di criminalità organizzata: spunti critici sull'insufficienza degli argini giurisprudenziali agli accessi imputativi* in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2014, p. 0391B.

⁶² Cfr. BORGABELLO, *L'eccezione di utilizzabilità delle intercettazioni*, Torino, 2013, p. 27.

peculiarità proprie di queste tipologie di mezzi di ricerca della prova richiedevano una disciplina *ad hoc*⁶³. Tale richiesta è ancor più giustificata tenendo in considerazione che le intercettazioni svolte nel domicilio comportano la compromissione del diritto di cui all'art. 14 Cost: l'inviolabilità del domicilio. Il legislatore avrebbe dunque dovuto ridurre al minimo indispensabili le lesioni di tale diritto ed operare una specifica differenziazione rispetto alla normativa prevista per altre tipologie di intercettazioni; in quanto quelle ambientali si caratterizzano per un'invasività tale da ledere non solo il diritto alla riservatezza, ma anche il diritto dell'inviolabilità del domicilio. Sorge, pertanto, il dubbio che l'indeterminatezza della disciplina de qua sia tale da alimentare pratiche investigative idonee a scalfire il nucleo più intimo e inviolabile del diritto alla riservatezza.

La *ratio* della disciplina derogatoria e maggiormente repressiva può essere ravvisata nel fatto che i reati associativi sono permanenti per definizione e che, di conseguenza, chi li compie vive in una situazione costante di illecità; per l'associato, dunque, l'attività criminosa è sempre in corso di svolgimento ovunque egli si trovi, persino quando vive momenti di intimità fra le mura domestiche. Da altra parte, però, occorre riconoscere che uno spazio libero da occhiate iniziative investigative va assicurato persino a terroristi e mafiosi⁶⁴.

Anche in questo caso, dunque, si può affermare come il legislatore abbia optato per la limitazione dei diritti individuali al fine di svolgere attività di repressione di forme particolarmente qualificate di delinquenza. Si tratta, inoltre, di una scelta in linea con i dettami costituzionali in quanto il contrasto a forme di criminalità che mettono in pericolo la sicurezza pubblica e che risultato estremamente difficili da reprimere giustifica la compromissione di interessi meramente individuali.

4.5 Il captatore informatico

La differenziazione tra il regime processuale ordinario e quello delineato per i reati di criminalità organizzata in tema di intercettazioni, è, inoltre, accresciuta negli ultimi anni.

I nuovi mezzi di comunicazione e le nuove tecnologie informatiche hanno comportato un cambiamento del concetto stesso di comunicazione, indicando, di

⁶³ Cfr. FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, cit., p. 568.

⁶⁴ In tal senso, ORLANDI, *Una giustizia penale a misura di nemici?* in *Diritto e procedura penale*, fasc. 2, 1giugno 2020, p. 717.

conseguenza, sulla disciplina delle intercettazioni. In particolar modo, la scena processuale penale degli ultimi anni è dominata dal captatore informatico.

Questo strumento tecnologico, detto anche *trojan* o *spyware*, è un software altamente intrusivo che si impossessa occultamente dei dispositivi rendendoli trasparenti e accessibili agli inquirenti e che trasforma smartphone, tablet e computer, grazie ai loro sensori, in onnipresenti microspie. In questo modo è possibile monitorare sia il flusso di comunicazioni riguardanti sistemi informatici o telematici, sia il contenuto, consentendo l'acquisizione, mediante copia, di dati presenti o futuri all'interno delle memorie di un dispositivo informatico, e ciò in assoluto "silenzio" rispetto alle possibilità per l'utente di rendersene conto⁶⁵.

Il ricorso a tale strumento è, inoltre, divenuto pressoché indispensabile per le intercettazioni di comunicazioni *criptate end to end*⁶⁶; tenendo, inoltre, in considerazione che negli ultimi anni la corrispondenza scritta e quella telefonica hanno perso la loro centralità, essendo sostituite, appunto, dalla messaggistica.

La comunicazione è criptata quando il testo del messaggio, una volta inviato, viene trasformato, da un sistema di comunicazione, in pacchetti crittografati, che non passano dal server e non possono essere decifrati nemmeno dal gestore, dati che vengono trasferiti direttamente a destinazione, dove vengono codificati. In questi casi, dunque, l'intercettazione è possibile solo mediante captatore informatico. Le potenzialità, inoltre, di questo strumento sono enormi quali, ad esempio: perquisizioni informatiche e raccolta di dati da remoto; attivazione della webcam e del microfono; cattura delle immagini e dei video; controllo della navigazione e del registro degli accessi su internet; perquisizione della memoria su *cloud* e nelle memorie *flash*; geolocalizzazione; possibilità di superare anche i confini nazionali⁶⁷.

Non vi è dunque da stupirsi in virtù della sua poliedrica capacità di interpretare qualsiasi funzione investigativa, che il captatore sia diventato il protagonista assoluto delle indagini preliminari. È da rilevare, tuttavia che tale strumento si sia affacciato nella scena processuale in assenza di una copertura legislativa⁶⁸. La Corte di Cassazione, prima,

⁶⁵ Cfr. ABBAGNALE, *In tema di captatore informatico* in *Archivio penale*, maggio-agosto 2016, fasc.2.

⁶⁶ Così come si può constatare usando WhatsApp.

⁶⁷ Cfr. ILLUMINATI, *Libertà e segretezza della comunicazione* in *Cass. Pen.*, fasc. 11, 1 novembre 2019, p. 3826.

⁶⁸ Così, APRATI, *Prime riflessioni sull'assetto normativo del captatore informatico* in *Cass. Pen.*, fasc. 2, 1 febbraio 2021, p. 441.

e il legislatore, dopo, ne hanno regolato l'utilizzo solo quando l'impiego dello strumento nelle indagini ha iniziato a palesarsi sempre più.

4.6 Pronunce delle Corte di Cassazione

I giudici di legittimità, nelle prime pronunce in materia⁶⁹, hanno ritenuto legittimo l'utilizzo del captatore informatico e hanno ricondotto tale strumento alla categoria delle prove atipiche *ex art. 189 c.p.p.*; sulla base dell'assunto che l'attività del p.m. era consistita nel prelevare e copiare documenti memorizzati sull'*hard disk* dell'apparecchio in uso dall'indagato e aveva avuto ad oggetto non un "flusso di comunicazioni" ma una "relazione operativa tra microprocessore e video del sistema elettrico".

La Corte di Cassazione ha, inoltre, ritenuto non fondata la questione di illegittimità costituzionale del *trojan virus* per violazione degli artt. 14 e 15 Cost; in quanto, in riferimento all'art 14 Cost, ha rilevato che l'apparecchio monitorato con l'installazione del captatore informatico non è collocato in un luogo domiciliare né in un luogo di privata dimora, per quanto riguarda la violazione dell'art. 15 Cost., ha sottolineato, invece, che quanto prodotto in copia non è un testo inoltrato e trasmesso col sistema informatico, ma soltanto predisposto per essere stampato su supporto cartaceo.

Nella successiva sentenza del caso "Musumeci"⁷⁰, la Corte torna sul punto, affermando che gli elementi acquisiti mediante captatore informatico, diversamente da quanto previsto nelle precedenti citate sentenze, rientrassero nel novero delle "intercettazioni ambientali" e che le stesse, dunque, devono avvenire in luoghi ben circoscritti e individuati *ab origine* e non in un qualunque luogo si trovi il soggetto. Quest'ultima conclusione a cui è pervenuta la Cassazione, del resto, è l'unica compatibile con il dettato costituzionale e con l'art. 15 Cost, che ammette una limitazione del diritto di libertà e segretezza delle comunicazioni solo per atto motivato dell'autorità giudiziari e con le garanzie stabilite dalla legge; per quanto riguarda quest'ultime è, infatti, previsto che le intercettazioni ambientali siano legittime solo se avvenute in luoghi ben circoscritti e individuati in origine. Tale impostazione, tuttavia, ha destato non poche perplessità, in

⁶⁹ Sentenze Cass. Sez. VI, 27 novembre 2012, Bisignani e Cass. Sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso.

⁷⁰ Cass. Sez VI, 26 maggio 2015, Musumeci.

quanto sembrava non cogliere la specificità tecnica delle intercettazioni ambientali e le differenze tra queste e quelle telefoniche⁷¹.

Un punto fermo, dal quale partirà anche il legislatore nel determinare la disciplina, è stato fissato dalle Sezioni Unite con la sentenza Scurato.

La questione rimessa alle Corte può sintetizzarsi come segue: “Se – anche nei luoghi di privata dimora *ex art. 614 c.p.*, pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l’attività criminosa – sia consentita l’intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti, mediante l’installazione di un captatore informatico di dispositivi elettronici portatili”.

I giudici di legittimità, dopo aver fatto menzione delle grandi potenzialità del *trojan*, affermano che tale strumento impone un difficile bilanciamento tra esigenze investigative, in virtù delle quali si suggerisce il ricorso al captatore, e diritti individuali che possono subire gravi lesioni. A tal riguardo la Corte riporta autorevole dottrina secondo cui “i diritti fondamentali sono oggetto di tutela progressiva non solo nel senso di un loro opportuno adeguamento all’evoluzione tecnologica e alle sfide del tempo, ma altresì per il fatto di trovarsi in rapporto di costante tensione con l’esigenza – anch’essa di rango costituzionale – di un efficace perseguimento dei reati”.

La Corte fa inoltre menzione del regime derogatorio, frutto della dottrina suddetta, tracciato dal legislatore in tema di intercettazioni domiciliari⁷² per delitti di criminalità organizzata. I giudici di legittimità, nel ribadire che il provvedimento che autorizza l’intercettazione domiciliare, se fondato sulla gravità indiziaria dei reati associativi, non richiede la sussistenza del fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l’attività criminosa, hanno quindi sottolineato come in presenza di intercettazioni relative a procedimenti di criminalità organizzata, l’indicazione del luogo “risulterebbe del tutto irrilevante anche in rapporto all’utilizzo del cd. captatore informatico così come lo è per le captazioni effettuate con mezzi tradizionali” e questo perché in materia di delitti di criminalità organizzata il legislatore ha operato uno specifico bilanciamento di interessi optando per una più pregnante limitazione della segretezza delle comunicazioni e della tutela del domicilio tenuto conto della eccezionale gravità e pericolosità, per l’intera collettività, dei particolari reati oggetto di attività investigativa⁷³.

⁷¹ Cfr. ABBAGNALE, *In tema di captatore informatico* in *Archivio penale*, maggio-agosto 2016, fasc.2.

⁷² Art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 52.

⁷³ Cfr. ABBAGNALE, *In tema di captatore informatico* in *Archivio penale*, maggio-agosto 2016, fasc.2.

Le Sezioni Unite affermano dunque il principio di diritto secondo cui il captatore informatico è utilizzabile per realizzare intercettazioni tra presenti nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata. In questi casi, infatti, trova applicazione la disciplina di cui all'art. 13 del d.l. n. 151 del 1991 che, derogando ai presupposti fissati dall'art. 266, comma 2, c.p.p., permette la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza che sia necessario che tali luoghi siano sedi di attività criminosa in atto. Al contrario, l'utilizzo di questo mezzo tecnologico è stato escluso per i reati comuni, perché, non essendo possibile prevedere i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico potrebbe essere introdotto, nel momento dell'autorizzazione, non sarebbe possibile verificare il rispetto della condizione di legittimità richiesta dall'art. 266, comma 2, c.p.p. che presuppone per la legittimità delle captazioni in luogo domiciliare, che vi sia in atto l'attività criminosa.

4.7 L'uso investigativo del captatore informatico dopo la Riforma del 2017

Sulla scia della Sentenza Scurato, il legislatore è intervenuto con la il d. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 che è stato emanato in alla delega contenuta nella Riforma Orlando; assistendo così ad uno speciale fenomeno di passaggio fra un assetto giurisprudenziale e un assetto legislativo⁷⁴.

La nuova disciplina, come si evince anche dalla Relazione illustrativa, mira a permettere l'esecuzione di intercettazioni ambientali mediante *trojan* anche in luoghi domiciliari, a prescindere dal requisito aggiuntivo del “fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo un'attività criminosa”⁷⁵. In virtù delle modifiche apportate al codice di procedura penale da tale legge, l'art. 266 comma 2 *bis* c.p.p. dispone, infatti, che “l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis* e 3 *quater*”. Traspare con chiarezza l'intenzione di rendere uno strumento tecnologico particolarmente invasivo della segretezza e della

⁷⁴ Così, APRATI, *Prime riflessioni sull'assetto normativo del captatore informatico* in *Cass. Pen.*, fasc. 2, 1 febbraio 2021, p. 441.

⁷⁵ Cfr. BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori* in GIOSTRA (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni*, Torino, 2018, p. 253.

privatezza delle comunicazioni quale il *trojan* metodica di espletamento “ordinaria” delle intercettazioni ambientali per i delitti tassativamente elencati nella predetta norma di associazione a delinquere finalizzata ad una serie piuttosto corposa di reati, ormai ritenuti di grande allarme sociale⁷⁶.

Diversamente, invece, il novellato art. 266 comma 2 c.p.p. stabilisce, comportando un allargamento di prospettiva rispetto a quando avevano previsto le Sezioni Unite, che le intercettazioni fra presenti tramite captatore informatico installato in apparecchi mobili è consentita per tutti i reati per i quali sono in generale autorizzabili le intercettazioni.

Emerge dunque chiaramente come il d.lgs. del 2017 abbia di fatto aumentato le differenze, già esistenti, tra i regimi processuali in tema di intercettazioni. In virtù, infatti, del quadro delineato dal legislatore è possibile tracciare una tripartizione della materia, in quanto l’ampiezza nell’uso del mezzo investigativo è diversificata in ragione della gravità del reato da accertare.

Per i reati base dell’art. 261 comma 1 c.p.p., è richiesto che siano indicate le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini (*ex art. 267 comma 1 c.p.p.*); inoltre vanno determinati i luoghi e il tempo in relazione ai quali è consentita l’attivazione del microfono (*ex art. 267 comma 1 c.p.p.*). Qualora poi le conversazioni si svolgono in luogo di privata dimora, è necessario il presupposto dell’attività criminale in corso di svolgimento e, dunque, l’individuazione del luogo specifico dove avverrà l’intercettazione (*ex art. 266, comma 2, c.p.p.*).

Per i delitti di cui all’art. 51, comma 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. e per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione, per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo di cinque anni, viene introdotta una disciplina per molto versi diversa da quella appena descritta (*ex art. 266, comma 2 bis, c.p.p.*). Rimane il presupposto delle ragioni per cui è necessaria la modalità itinerante (*ex art. 277 comma 1 c.p.p.*), previsto anche per i reati base; ma non è, invece, richiesta l’indicazione né dei tempi e dei luoghi di attivazione del microfono, né tanto meno dell’attività criminale in corso di svolgimento per le intercettazioni ambientali eseguite in luoghi di privata dimora. Tuttavia, ma solo per i

⁷⁶ Così, VARRASO, *Le intercettazioni e i regimi processuali differenziati per i reati di grande criminalità e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 145.

reati contro la pubblica amministrazione indicati dell'art. 266 comma 2 *bis* c.p.p., tale ultimo requisito non viene del tutto meno, ma sostituito dalla condizione che vengano indicate le ragioni per le quali è necessario attivare il captatore anche nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p.⁷⁷

Nel proseguire la veloce disamina della nuova disciplina bisogna segnalare quanto previsto dal novellato art. 270 comma 1 *bis*. Con tale articolo il legislatore argina il rischio, rilevato da autorevole dottrina in seguito alla sentenza Scurato, che vi possa essere una strumentalizzazione della qualificazione giuridica associativa nel corso delle investigazioni al fine di ottenere l'autorizzazione di intercettazioni per mezzo del captatore informatico che potrebbero essere utilizzate a fini di prova per reati diversi per i quali, altrimenti, non sarebbe stato ammesso l'impiego dello strumento⁷⁸.

Il citato articolo stabilisce, infatti, il divieto di utilizzare i dati acquisiti con captatore informatico per provare la sussistenza di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione. Tale divieto è ben diverso da quello previsto dal comma 1, che ha una portata assai più ridotta, in quanto stabilisce l'inutilizzabilità delle intercettazioni con riguardo non a reati diversi ma a procedimenti diversi da quelli nei quali l'intercettazione è disposta. Si constata l'attenzione del legislatore a evitare possibili giochetti sulla qualifica giuridica dei reati posti in essere per propiziare autorizzazioni⁷⁹; consapevole che la compromissione di un diritto individuale, quale quello alla libertà e riservatezza delle comunicazioni e quello dell'inviolabilità del domicilio, deve essere limitata e regolamentata con particolare attenzione.

Al fine di completezza della trattazione de qua occorre rilevare che l'innovazione legislativa prevede una diversa disciplina delle intercettazioni ambientali nell'ambito dei reati di criminalità organizzata secondo lo strumento utilizzato. Le intercettazioni, infatti, con *trojan* possono essere effettuate quando la conversazione che si vuol controllare avviene nel domicilio per accertare uno dei reati inclusi negli elenchi dell'art. 51 comma 3 *bis* e 3 *quater*; quelle con cimici e microspie possono invece essere effettuate per accertare un reato di "criminalità organizzata", secondo la più evanescente formula

⁷⁷ Cfr. APRATI, *Prime riflessioni sull'assetto normativo del captatore informatico* in *Cass. Pen.*, fasc. 2, 1 febbraio 2021, p. 441.

⁷⁸ Cfr. GIORDANO, *Dopo le sezioni unite sul captatore informatico: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo* in *Diritto penale contemporaneo*, 3-2017.

⁷⁹ In tal senso, ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma* in *Diritto e procedura penale*, fasc. 2, 1 giugno 2018, p. 538.

testuale dell'art. 13 d.l. 152 del 1991⁸⁰. Tale differenza risulta essere esemplificativa di come l'uso del captatore informatico sia considerato notevolmente più incisivo di cimici o microspie ed è proprio quest'ultima considerazione che ha comportato la giurisprudenza e il legislatore a dover, inevitabilmente intervenire nella regolamentazione dell'uso dello strumento.

Anche se non esaustivamente, in quanto è bene rilevare, da ultimo e auspicandosi un ritorno del legislatore sull'argomento, che il d.lgs. 216 del 2017, così come la nota sentenza Scurato, si occupa del captatore informatico esclusivamente per quanto riguarda le intercettazioni di comunicazioni tra i presenti e tace su tutti gli altri possibili impieghi. Se ne dovrebbe desumere, in base al principio di tassatività, che ciò che non è espressamente consentito sia da considerarsi vietato: ma la conclusione è tutt'altro che certa, specie a fronte di una giurisprudenza che tende a legittimare l'uso di strumenti investigativi atipici⁸¹.

4.8 Le intercettazioni preventive

Dalle intercettazioni di cui si è trattato sopra, ossia le intercettazioni c.d. processuali, di distinguono quelle preventive.

Queste hanno come fine la prevenzione della commissione di alcuni delitti di particolare gravità (tra cui i reati di tipo mafioso) e non mirano, invece, all'accertamento di fatti costitutivi di reato; consistono, di fatto, in operazioni di natura tecnica eseguite per esclusive finalità preventive ed inutilizzabili nel procedimento penale. Si tratta, dunque, di captazioni di conservazioni o comunicazioni (telefoniche, ambientali, domiciliari, telematiche) espletabili anche in assenza di un procedimento penale, a prescindere dall'esistenza di una *notitia criminis* e dall'obbiettivo di raccogliere prove utilizzabili in giudizio⁸².

⁸⁰ Sono, inoltre, presenti le seguenti differenze: le intercettazioni per così dire tradizionali possono essere disposte sulla scorta di "sufficienti indizi di reato" e hanno durata di 40 giorni prorogabili; quelle eseguite con captatori informatici ricadono nella disciplina generale delle intercettazioni, sicché, quand'anche disposte nei procedimenti per l'accertamento dei delitti inclusi nelle liste dell'art. 51 comma 3 bis e 3 quater, sono soggette ai presupposti indicati nell'art. 267: si esigono "gravi indizi di reato" e durano 15 giorni, salvo proroghe che il p.m. è tenuto a chiedere il giudice. In tal senso, ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, cit.

⁸¹ Cfr. ILLUMINATI, *Libertà e segretezza della comunicazione in Cass. Pen.*, fasc. 11, 1 novembre 2019, p. 3826.

⁸² Cfr. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, p. 171ss.

La principale normativa di riferimento della disciplina de qua è contenuta nell'art. 226 disp. att. c.p.p., dove sono regolati i presupposti per la richiesta, quelli per l'autorizzazione, la durata, l'esecuzione, la documentazione e, infine, l'utilizzazione dei risultati. Tale articolo è stato oggetto di diverse modifiche nel corso del tempo, in rapporto, innanzitutto, alle nuove emergenze da contenere: con una legislazione emergenziale "a pioggia", l'istituto è stato, infatti, rimodellato sia in relazione alla legittimazione a procedere alla richiesta di intercettazioni preventive che al perimetro di operatività, al fine di renderle operative anche per prevenire reati di mafia⁸³.

L'assetto più o meno definitivo è stato raggiunto del 2001⁸⁴.

Facendo riferimento, innanzitutto ai reati per i quali sono consentite le intercettazioni *ante delictum*, si deve notare che il legislatore del 2001 ha ampliato la portata applicativa dell'istituto *de quo*.

La novella, infatti consente l'impiego dell'istituto anche per la prevenzione dei delitti con finalità di terrorismo e di eversione, attraverso il rinvio all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., andando oltre la previgente scelta normativa che ne limitava l'utilizzo ai soli reati previsti dall'art. 51, comma 3 *bis*.

In secondo luogo, per quanto riguarda la legittimazione a richiedere l'autorizzazione per lo svolgimento delle intercettazioni, questa spetta al Ministero dell'Interno o a determinati soggetti, previa sua delega, quali i responsabili dei Servizi centrali di cui all'art. 12 del d.l. 152 del 1991, il Questore, il Comandante Provinciale dei Carabinieri e della Guardia di finanza, il Direttore della Direzione Investigativa Antimafia limitatamente ai reati di cui all'art. 51 comma 3 *bis* c.p.p.

L'organo competente a decidere su tale richiesta è 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. L'attribuzione a tale organo ha suscitato, però, non poche perplessità. In quanto, di fatto, all'interno della disciplina codicistica il bilanciamento tra interessi individuali dell'imputato e le esigenze investigative è sempre rimesso al gip,

⁸³ Così, NOCERINO, *Le intercettazioni e i controlli preventivi sulle comunicazioni. Strumenti d'indagine a rischio di infiltrazioni processuali in Diritto e procedura penale*, fasc. 2, 1giugno 2019, p. 881.

⁸⁴ Si fa, tuttavia, menzione del d.l. 18 febbraio 2015 n.7 che ha ritoccato il testo normativo, ampliando l'ambito di operatività delle intercettazioni preventive anche i delitti di cui all'art. 51 comma 3 e 3 quater c.p.p. commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche.

quale organo terzo ed imparziale. Lascia dunque perplessi che per quanto riguarda la l'applicazione delle intercettazioni preventive, che senza dubbio incidono negativamente sulla sfera della riservatezza individuale, tale scelta sia stata, invece, affidata al pubblico ministero⁸⁵.

Tali dubbi, sono inoltre incrementati, dagli scarni presupposti indicati dall'art. 226 disp. att. c.p.p., essendo previsto semplicemente che le intercettazioni preventive sono eseguibili solo quando emergono "elementi investigativi tali che giustificano l'attività di prevenzione" e risultino "necessarie" alla neutralizzazione del pericolo rilevato. Si fa, dunque, riferimento alla "necessità" delle intercettazioni per le operazioni difensive, senza però precisare quali siano i parametri in base ai quali tale necessità debba essere apprezzata⁸⁶.

Qualora il Procuratore della Repubblica ritenga, in virtù della presenza dei presupposti suddetti, di autorizzare l'intercettazione, lo fa con decreto motivato, e tale autorizzazione avrà durata massima di quaranta giorni, prorogabile per un periodo successivo di venti giorni, ove permangano i presupposti di legge.

Gli ultimi commi dell'art. 226 disp. att. c.p.p. consentono, infine, di dedurre come, nel disciplinare la materia de qua, il legislatore avesse la chiara intenzione di garantire l'asetticità del procedimento penale da qualunque contaminazione esterna, al fine di evitare la circolazione probatoria di notizie acquisite in base a criteri che obbediscono prevalentemente a scelte discrezionali del potere esecutivo⁸⁷.

Il comma 5 dell'art. 226 disp. att. c.p.p., infatti, prevede espressamente il divieto di utilizzazione delle risultanze delle indagini preventive nel processo penale e il comma 3 prescrive l'onere di distruzione della documentazione attestante le modalità esecutive delle operazioni di captazione e i contenuti più rilevanti carpiti dagli utenti.

Le buone intenzioni del legislatore sono state, tuttavia, tradite dall'apposizione del medesimo di clausole che, di fatto, consentono una qualche forma di impiego dei risultati ottenuti in via preventiva: il comma e *bis* dell'art. 226 disp. att. c.p.p. introduce la possibilità di conservare, per un periodo non superiore a ventiquattro mesi, i dati

⁸⁵ In tal senso MELILLO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei procedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione* in *Cass. Pen.*, fasc. 3, 2002, p. 904.

⁸⁶ Cfr. PIERRO, *Molte ombre nella riforma delle intercettazioni preventive* in *Diritto penale e procedura*, 202, p. 534.

⁸⁷ Così, NOCERINO, *Le intercettazioni e i controlli preventivi sulle comunicazioni. Strumenti d'indagine a rischio di infiltrazioni processuali* in *Diritto e procedura penale*, fasc. 2, 1giugno 2019, p. 881.

acquisiti, anche relativi al traffico telematico, esclusi i contenuti delle intercettazioni qualora siano essenziali per la prosecuzione dell'attività di prevenzione; inoltre, il divieto di utilizzo nel procedimento delle intercettazioni preventive è ridimensionato, in quanto lo stesso art. 226 disp. att. c.p.p. consente un impiego di queste ai soli "fini investigativi". Tali clausole, dunque, ridimensionano il divieto assoluto di utilizzo delle indagini preventive nel corso dell'espletamento delle indagini investigative.

Emerge con chiarezza, pertanto, come lo strumento delle investigazioni preventive si trovino in una sorta di "zona grigia", di passaggio tra una sfera operativa e l'altra⁸⁸.

Dall'analisi della disciplina dedicata alle intercettazioni preventive si può dunque dedurre che vi sono diversi punti che andrebbero chiariti e specificati dal legislatore. Seppur vero che quest'ultimo parte dal presupposto che tali strumenti, espletando le proprie funzioni solamente nelle fase antecedente al processo ed essendo utilizzabili solo per reati che generano un così grave allarme sociale da giustificare un'azione dello Stato maggiormente incisiva e pregnante, richiedono una disciplina ad hoc, differente da quella di rito prevista per le intercettazioni c.d. processuali; è anche vero che anche queste comportano, comunque e ugualmente, un'intrusione nella sfera privata dell'individuo. Dovrebbero, pertanto, essere disciplinate in maniera puntale, tassativa e nel rispetto assoluto dei canoni costituzionali, requisiti che alla luce della vigente normativa e prassi d'applicazione risultano invece essere non del tutto soddisfatti.

Sarebbe dunque necessario un intervento chiarificatore da parte del legislatore, proprio per evitare, così come avvenuto negli ultimi anni, che i connotati essenziali della disciplina siano di volta in volta tratteggiati dalla prassi investigata; la necessità di un intervento è, inoltre, ancora più pregnante, in virtù del crescente uso dei controlli preventivi nell'attuale panorama investigativo italiano ed internazionale e delle inedite implicazioni nel processo⁸⁹.

Da ultimo, si rileva come la possibilità di un intervento chiarificatore fosse stata offerta al legislatore con la riforma del 2017 attinente all'uso del captatore informatico; sarebbe stato, infatti, opportuno un adattamento dell'art. 226 disp. att. c.p.p. alle nuove

⁸⁸ Così, NOCERINO, *Le intercettazioni e i controlli preventivi sulle comunicazioni. Strumenti d'indagine a rischio di infiltrazioni processuali in Diritto e procedura penale*, fasc. 2, 1giugno 2019, p. 881.

⁸⁹ Cfr. BITONTO, *Terrorismo internazionale. Procedura penale e diritti fondamentali in Italia in Cass. Pen.*, 2012, n.3, p. 1196.

modalità investigative. La normativa ha invece trascurato totalmente il delicato ambito delle intercettazioni preventive. In virtù di quanto previsto dall'articolo delle disposizioni attuative, secondo cui le intercettazioni possano avvenire anche “per via telematica”, si può, di fatto, solo dedurre che il *trojan* possa essere ammesso per fini preventivi, quale mezzo di intercettazioni di comunicazioni; ragionevoli dubbi sussistono, invece, circa gli altri, diversi usi investigativi del captatore⁹⁰.

⁹⁰ In tal senso, ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma in Diritto e procedura penale*, fasc. 2, 1giugno 2018, p. 538.

CAPITOLO 2

LE MISURE CAUTELARI

1. Premessa: misure cautelari disciplina generale

Il IV Libro del codice di procedura penale è dedicato alle misure cautelari. È diviso in due titoli: l'uno dedicato alle misure cautelari personali, l'altro alle misure cautelari reali.

La disciplina relativa alle misure cautelari personali ha sempre destato alcune perplessità, in quanto comporta una limitazione della libertà dell'imputato fin dalla fase iniziale del processo e, di conseguenza, a volte rischia di apparire inconciliabile con il principio costituzionale della presunzione di innocenza. In virtù, infatti, di quanto previsto dall'art. 27, comma 2 Cost. un soggetto non può essere considerato colpevole fino a che nei suoi confronti non sia pronunciata una sentenza irrevocabile di condanna, da ciò deriva che l'anticipazione dell'esecuzione della pena a un momento antecedente alla condanna sia costituzionalmente illegittima.

Prima, dunque, di soffermarsi sulle misure cautelari previste nel caso in cui si proceda per fatti di criminalità organizzata è necessario accennare quali siano i principi posti alla base della disciplina delle misure cautelari e, in particolare, quali siano i presupposti e i limiti per la loro applicazione.

Può, dunque, farsi riferimento alla sentenza n. 64 del 1970, con la quale la Corte Costituzionale ha posto alcune decisive statuizioni in ordine al principio di presunzione di non colpevolezza quale limite alle restrizioni della libertà personale adottate nel corso del procedimento penale, e, dunque sulla natura e funzioni della carcerazione preventiva. La Corte afferma che, in linea di principio, si deve riconoscere che la detenzione preventiva, esplicitamente prevista dalla Costituzione (art. 13, ultimo comma), va disciplinata in modo da non contrastare con una delle fondamentali garanzie della libertà del cittadino: la presunzione di non colpevolezza dell'imputato. Il rigoroso rispetto di tale garanzia – che vincola, per altro, non il solo legislatore, ma anche le pubbliche autorità (polizia giudiziaria, pubblico ministero e giudice), alle quali sono affidate le attività processuali – necessariamente comporta che la detenzione preventiva in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena da infliggersi solo ed esclusivamente dopo

l'accertamento della colpevolezza. La detenzione preventiva, pertanto, può essere predisposta unicamente in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo¹.

Le “disposizioni generali” del codice contenute nel capo I (artt. 272-279), infatti, sulla scorta del modello fornito dall’art. 13 Cost., hanno la funzione di pilastri fondamentali del sistema delle cautele incidenti sulla libertà personale dell’imputato.

Il principio di legalità sancito dall’art. 272 c.p.p., innanzitutto, con lo stabilire che “le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo”, esprime la scelta garantista del legislatore sotto il profilo della tassatività, in quanto diretto a vincolare rigorosamente alla previsione legislativa l’esercizio della discrezionalità del giudice in materia di “limitazioni alle libertà della persona”.

Alla disposizione dell’art. 272, ed alla garanzia che ne ricava sotto il profilo della riserva di legge nel settore delle misure cautelari personali, fa subito riscontro la disposizione dell’art. 279 c.p.p., che è la norma generale attributiva della competenza funzionale, nella quale si riflette la garanzia della riserva di giurisdizione in ordine al medesimo settore².

Il legislatore, inoltre, tra le disposizioni generali relative alle misure personali, ha opportunamente individuato quali siano i presupposti per l’applicazione delle misure stesse, al fine di garantire la compatibilità costituzionale con la disciplina *de qua*. Le misure cautelari, dunque, possono essere applicate solamente nel caso in cui si ravvisino i presupposti del *fumus commissi delicti* e del *periculum libertatis*.

A proposito del primo presupposto, l’art. 273 individua quali “condizioni generali” di applicabilità delle misure in questione la sussistenza a carico del destinatario di “gravi indizi di colpevolezza” e “nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, comma 3 e 4, 195 comma 7, 203 e 271 comma 1.

Per quanto riguarda, invece, il secondo presupposto, l’art. 274 elenca quali siano le “esigenze cautelari” che giustificano l’applicazione delle misure cautelari: situazioni

¹ Cfr. GAETA, *Principi costituzionali in materia penale, quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese in cortecostituzionale.it*, ottobre 2001, p. 117.

² In questo senso, BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Torino, 2018, p. 387.

di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova; concreto pericolo che l'imputato si dia alla fuga; rischio che l'imputato possa commettere una serie di delitti di particolare gravità indicati dalla norma ovvero possa reiterare la medesima condotta delittuosa.

Una volta accertata, pertanto, la sussistenza di almeno una delle esigenze cautelari presupposte, unitamente alla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, il giudice opera la scelta della misura da applicare tra la pluralità di quelle previste all'interno del nostro sistema. Nel fare ciò, però, al fine di rendere maggiormente garantista il sistema e di limitare la discrezionalità dell'organo giudicante, dovrà rispettare alcuni "criteri" fondamentali dettati dall'art. 275 c.p.p., ispirati alla logica della adeguatezza e della proporzionalità.

In forza del principio di adeguatezza, il giudice, nell'individuare quale misura cautelare debba venire disposta, sarà obbligato a tener conto della "specificità idoneità di ciascuna", rapportandola "alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto" (art. 275, comma 1 c.p.p.).

Al principio di adeguatezza, si raccorda, con funzione integrativa, il principio di proporzionalità, stando al quale ogni misura "deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata" (art. 275 comma 2 c.p.p.).

Dalla lettura congiunta di tali principi si deduce, pertanto, che il giudice gode di una sorta di "discrezionalità vincolata": dovrà essere scelta la misura meno gravosa per l'imputato, tra quelle di per sé idonee a fronteggiare le suddette esigenze.

Il comma 3 dell'art 275 c.p.p., in linea con i principi e presupposti che regolano l'applicazione delle misure, infatti, specifica, in riferimento alla misura della custodia cautelare in carcere, che la medesima "può essere disposta soltanto quanto le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate". Il ricorso, dunque, alla custodia carceraria, misura senza dubbio più gravosa tra tutte le misure cautelari presenti all'interno del sistema, è una vera e propria *extrema ratio*, da utilizzarsi soltanto quando le esigenze cautelari del singolo non possono essere soddisfatte da nessuna diversa.

Questa regola, tuttavia, subisce una cospicua eccezione nel secondo periodo del comma 3 dell'art.275 c.p.p., in quanto è previsto che, quando sussistano gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270 *bis* e 416 *bis* c.p. la misura da

applicare è sempre quella carceraria, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari.

Emerge chiaramente il netto divario esistente tra quest'ultima previsione e la disciplina generale prevista in tema di misure cautelari.

Il legislatore ha, infatti, previsto dei casi in cui, prescindendo da un sistema che demandi sempre al giudice il potere di valutare di volta in volta se il lasciare in libertà l'imputato determini un pericolo di entità tale da giustificare la detenzione preventiva, sia la legge a presumere (entro limiti, non insindacabili, di ragionevolezza) che la persona accusata di reato particolarmente grave e colpita da sufficienti indizi di colpevolezza, sia in condizione di porre in pericolo quei beni a tutela dei quali la detenzione preventiva viene prevista³.

Si può tracciare dunque un duplice regime cautelare differenziato per tipologie d'autore. L'uno, rivolto alle fattispecie delittuose ivi inglobate dalla legislazione securitaria, caratterizzato da una doppia presunzione *iuris tantum*, sia in punto di sussistenza delle esigenze cautelari, sia circa l'adeguatezza della misura carceraria; l'altro, riservato ai soli crimini eversivi e mafiosi, in forza del quale, accanto alla presunzione relativa in ordine ai *pericula libertatis*, è previsto un automatismo *iuris et de iure* anche rispetto alla esclusiva idoneità della custodia in carcere a fronteggiare le esigenze cautelari presupposte⁴.

2. Evoluzione storica della disciplina

Al fine di cogliere i contenuti e l'ambito di operatività del regime speciale in tema di misure cautelari è necessario, *in primis*, ricostruire le tappe fondamentali dell'intervento del legislatore.

È, inoltre, opportuno tenere in considerazione le diverse pronunce della Corte Costituzionale che hanno contribuito a definire e interpretare i contorni della disciplina in esame. L'esame dell'argomento, infatti, non può tralasciare lo "sciame" di sentenze della Consulta, all'interno delle quali si sono cristallizzati i canoni interpretativi del

³ Cfr. GAETA, *Principi costituzionali in materia penale, quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese in cortecostituzionale.it*, ottobre 2001, p. 118.

⁴ Cfr. CENTORAME, *Associati di mafia, carcere cautelare obbligatorio e (in)eccepibilità costituzionale in processopenaleegiustizia.it*, Fascicolo 5, 2017.

giudice delle leggi che hanno condotto poi il legislatore a modificare nuovamente l'art. 275 comma 3 c.p.p. attraverso la legge 7 aprile 2015 n.47 con lo scopo di ricondurre le sue previsioni ad una disciplina costituzionalmente accettabile⁵.

Le origini della disciplina oggetto della trattazione sono individuabili nell'art. 273 del codice del 1930, all'interno del quale era previsto, infatti, il mandato di cattura obbligatorio. La cattura era obbligatoria quando si procedeva per reati di particolare gravità, nello specifico delitti per i quali fosse prevista una pena superiore a 5 anni nel minimo e 10 nel massimo, ovvero l'ergastolo, nonché una serie di delitti nominativamente individuati. Tale previsione, di fatto, non stupisce in quanto in linea con l'assetto poco garantista e fortemente rigido proprio del codice all'epoca in vigore.

Con un'importante riforma del codice di procedura penale, avvenuta nel 1955, venne espressamente esclusa l'ipotesi di abolire la cattura obbligatoria, sottolineando l'intento di mantenere in vita l'istituto nel suo assetto originario, sia pure circoscrivendolo ai casi "nei quali la coscienza sociale, in consonanza con le esigenze processuali, reclama senza contrasto che le persone indiziate siano poste sotto custodia". In questi casi era stabilito che gli indizi di colpevolezza fossero sufficienti a giustificare l'esclusione di ogni ulteriore apprezzamento discrezionale del magistrato per assicurare la custodia dell'imputato. Il meccanismo della cattura obbligatoria, pertanto, si fondava su una presunzione assoluta di pericolosità, non avendo alcun rilievo l'esistenza di ulteriori dati empirici idonei a giustificare una presunzione di questo genere.

Il primo superamento di questo impianto normativo è avvenuto con la legge n. 773 del 1972, che ha autorizzato la concessione della libertà provvisoria anche nel caso di cattura obbligatoria. Si è così determinata una situazione caratterizzata da una presunzione assoluta di pericolosità "in entrata", che poteva però essere superata "in uscita" con la libertà provvisoria. Di fatto tale apertura metteva in discussione la stessa cattura obbligatoria, perché appariva irragionevole rendere obbligatoria la cattura di una persona quando esistevano già le condizioni per disporre la libertà provvisoria.

Negli anni successivi a tale riforma si è generata, infatti, una grande incertezza: previsioni o esclusioni dell'obbligo di custodia in carcere a seconda dell'andamento della

⁵ Cfr. MIRAGLIA, *Delitti di Criminalità Organizzata di stampo mafioso e custodia cautelare "quasi obbligatoria": un percorso concluso?* in FRANCHIOTTI (a cura di), *Il contrasto alla criminalità organizzata: contributi di studio*, Giappichelli, 2016, p. 87.

criminalità e soprattutto degli umori dell'opinione pubblica e della sua percezione delle esigenze securitarie⁶.

È solo con l'entrata in vigore del codice del 1988 che si ebbe un cambiamento radicale rispetto alle decisioni legislative precedentemente prese attinenti al regime speciale del mandato di cattura obbligatorio; per la scelta delle misure cautelari fu previsto un regime unitario per tutti i reati indipendentemente dalla loro gravità, non ammettendo presunzioni che comportassero automatismi nell'applicazione della misura⁷.

Tale scelta, tuttavia, fu presto abbandonata, attraverso le modifiche dell'art. 275 introdotte con il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, 203. Le modifiche operate comportarono l'introduzione del nostro sistema della c.d. "custodia cautelare quasi obbligatoria", secondo cui a fronte di una necessaria ed imprescindibile verifica in concreto della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, il legislatore sottraeva, in modo non radicale, al giudice l'ordinaria discrezionalità nella scelta della misura cautelare per diverse ed eterogenee fattispecie criminose, introducendo due diverse presunzioni relative, la prima inerente alla sussistenza delle esigenze cautelari e la seconda avente ad oggetto l'adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere, entrambi superabili con idonea motivazione⁸.

L'art. 275 c.p.p. fu nuovamente oggetto di modifica con il d.l. 9 settembre 1991, n. 292, convertito in l. 8 novembre 1991, n. 356. Il legislatore non modificò il novero dei reati sottoposti al regime speciale, ma si limitò ad abrogare l'ultima parte dell'art. 275 c.p.p., facendo sì che la presunzione *iuris tantum* relativa alla adeguatezza della custodia cautelare in carcere si trasformasse in una presunzione *iure et de iure*. Il giudice, infatti, qualora ritenesse sussistenti i gravi indizi di colpevolezza in capo all'indiziato di gravi reati doveva obbligatoriamente procedere con l'applicazione della custodia cautelare in carcere, essendogli preclusa dal dettato normativo la possibilità di scegliere una misura meno afflittiva. Il meccanismo introdotto dal legislatore, dunque, comportava, in

⁶ Così, LATTANZI, *I meccanismi presuntivi delle misure cautelari* in *Cass. Pen.*, fasc. 6, 1 giugno 2018, p. 1838 ss.

⁷ Art. 275 c.p.p. nella sua stesura originaria: 1. Nel disporre le misure, il giudice, tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto. 2. Ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata. 3. La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate.

⁸ Così, MIRAGLIA, *Delitti di Criminalità Organizzata di stampo mafioso e custodia cautelare "quasi obbligatoria": un percorso concluso?* in FRANCHIOTTI (a cura di), *Il contrasto alla criminalità organizzata: contributi di studio*, Giappichelli, 2016, p. 90.

presenza di gravi indizi attinenti ai reati individuati dalla legge, una sorta di automatismo relativo sia alla sussistenza delle esigenze cautelari sia al tipo di misura che, sul piano motivazione del provvedimento, si traduceva in una esenzione, per il giudice, dall'obbligo di dare conto delle esigenze cautelari, incombendogli solo l'obbligo di dare atto dell'inesistenza di elementi idonei *ictu oculi* a vincere la presunzione di legge⁹.

Non vi è dubbio, dunque, che quest'ultima riforma non solo sia caratterizzata da maggiore rigidità rispetto alla prima, ma anche come abbia stravolto la disciplina unitaria tracciata dal codice dell'88, portando parte della dottrina a ritenere che vi fosse una reintroduzione del mandato di cattura obbligatorio.

Frutto delle varie critiche dottrinali e della presa di consapevolezza dell'indebita riduzione dei diritti dell'indagato furono le modifiche apportate alla disciplina con l'art. 5 della l. 8 agosto 1995, n. 332. Con tale intervento normativo il legislatore giunge opta per una scelta compromissoria: da una parte non si fa venir meno il ricorso alla custodia cautelare quasi obbligatoria e/o il ripristino della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere da assoluta a relativa; dall'altra si limita a ridurre il novero dei reati interessati al regime cautelare speciale.

L'applicazione della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari, è stata, infatti, limitata al caso in cui sussistono "gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 416 *bis* del codice penale o 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"¹⁰.

Il legislatore ha, dunque, limitato l'applicazione del regime derogatorio in tema di misure cautelari ai soli reati di tipo mafiosi e tale scelta legislativa è facilmente comprensibile in virtù del contesto storico nel quale si inserisce. È proprio agli inizi degli anni '90, infatti, che il fenomeno della criminalità organizzata raggiunge per i delitti commessi una gravità tale da richiedere l'intervento del legislatore per imprimere un'azione di contrasto più efficace ed incisiva. L'insieme delle norme contenute nel codice di rito apparivano inadeguate e tale manchevolezza poteva essere colmata soltanto mediante l'introduzione di norme *ad hoc*, ideate appositamente per sconfiggere il

⁹ Cfr. ANDREAZZA, *L'ennesima modifica dell'art. 275, comma 3, c.p.p. Tra precari equilibri costituzionali e applicazioni alle misure in atto* in *Cass. Pen.*, fasc. 9, 2010, p. 3342B.

¹⁰ Art. 5 della l. 8 agosto 1995, n. 332.

fenomeno mafioso. I suddetti interventi normativi si inseriscono, infatti, nel progetto di riforma di quegli anni volto a creare il c.d. doppio binario, composto da norme derogatorie rispetto alla disciplina originaria del codice e idonee a contrastare la criminalità organizzata. È bene ribadire che per doppio binario non si intende un *corpus* normativo autonomo e unitario, distinto da quello ordinario, ma si fa riferimento a norme non coordinate tra loro e dettate dalla situazione di emergenza, ecco perché molte della quali sono caratterizzate da una rigidità tale da far sorgere dei dubbi sulla loro legittimità costituzionale. Seppur vero, infatti, che per coloro che sono indiziati di reato di stampo mafioso vi sono, in virtù dell'esperienza empirica, maggiori probabilità di reiterazione del reato, inquinamento probatorio, latitanza degli autori, è anche da considerarsi che i diritti fondamentali degli indagati non possono essere ridotti in virtù degli scopi repressivi perseguiti dallo Stato; la lotta alla mafia non può combattuta “costi quel che costi”.

La presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura carceraria per gli indiziati dei reati mafiosi ha, infatti, sollevato diversi dubbi circa la sua legittimità costituzionale. L'art. 275 comma 3 c.p.p. è stato sottoposto al sindacato della Corte Costituzionale, essendo censurato per irragionevolezza: in primo luogo, per quanto riguarda il contrasto che viene a crearsi tra l'obbligo di disporre la misura più afflittiva per tutti i casi previsti dalla norma rispetto alla prima parte della medesima disposizione, che, invece, prevede l'applicazione della custodia carceraria solo come *extrema ratio*; in secondo luogo, per quanto riguarda il venir meno del potere del giudice di adeguare la misura al caso concreto, essendo affidato, però, soltanto e incoerentemente, il compito di valutare la presenza o meno di esigenze cautelari.

La Corte, con l'ordinanza n. 450 del 1995, ha dichiarato non fondata la questione di incompatibilità costituzionale dell'art. 275 comma 3 c.p.p. rispetto agli artt. 3, 13 comma 1 e 27, comma 2, Cost. Innanzitutto la Corte distingue tra la valutazione circa l'esistenza delle esigenze cautelari e la scelta del tipo di misura da applicare. Per quanto riguarda la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (l'*an* delle cautele) non si può prescindere dall'accertamento della loro effettiva ricorrenza di volta in volta, valutazione che può essere affidata unicamente al giudice *a quo*. Al contrario, invece, per quanto riguarda la scelta del tipo di misura (il *quomodo* di una cautela) non si impone, *ex se*, l'attribuzione al giudice di analogo potere di apprezzamento, ben potendo essere effettuata in termini generali dal legislatore, nel

rispetto della ragionevolezza della scelta e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti. In quanto, ribadisce la Corte, compete sempre al legislatore l'individuazione del punto di equilibrio tra le diverse esigenze, della minore restrizione possibile della libertà personale e dell'effettiva garanzia degli interessi di rilievo costituzionale tutelati attraverso la previsione degli strumenti cautelari nel processo penale¹¹.

A rendere, inoltre, manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa è la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di questo genere è connaturato¹². La predeterminazione in via generale della necessità della misura cautelare più rigorosa per alcune ipotesi delittuose non può, dunque, essere censurata per disparità di trattamento, in quanto una disciplina differenziata è giustificata e necessaria per far fronte a quei reati, caratterizzati da una pericolosità tale da porre a rischio bene primari individuali e collettivi.

Il doppio binario cautelare era stato "salvato", dunque, dalla Corte Costituzionale sulla base del minimo comun denominatore che unisce i delitti ai quali, grazie alla riforma della legge 332/1995, poteva essere applicata la custodia cautelare obbligatoria e del concetto di adeguatezza che, a parere della Consulta, potevano essere scissi dalla valutazione in concreto operata dal giudice, valutazione affidata al legislatore e compiuta dallo stesso a priori, sulla base della gravità e delle caratteristiche "ontologiche" delle fattispecie criminose contestate¹³.

Anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo nel 2003 aveva raggiunto delle conclusioni analoghe¹⁴. La Corte rilevava come la presunzione prevista dell'art. 275 comma 3 c.p.p. appariva, senza dubbio, estremamente rigida, ma allo stesso tempo, venne ritenuta giustificabile in virtù della natura specifica del fenomeno mafioso della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso. Nello specifico veniva

¹¹ Cfr. GAETA, *Principi costituzionali in materia penale, quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese* in *cortecostituzionale.it*, ottobre 2001, p. 123.

¹² In tal senso, sentenze 103/1993 e 407/1992 Cort. Cost.

¹³ Così, MIRAGLIA, *Delitti di Criminalità Organizzata di stampo mafioso e custodia cautelare "quasi obbligatoria": un percorso concluso?* in FRANCHIOTTI (a cura di), *Il contrasto alla criminalità organizzata: contributi di studio*, Giappichelli, 2016, p. 103.

¹⁴ Così, Corte EDU, sent. Pantano c. Italia, 6 novembre 2003.

evidenziato come la custodia cautelare delle persone accusate del delitto in questione avesse lo scopo di “tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito di origine, al fine di minimizzare il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti”.

2.1 L'estensione dell'applicazione del regime cautelare speciale

La disciplina tracciata dalla legge 332/1995 è rimasta in vigore per circa quindici anni, fino a quando il d.l. 23 febbraio 2009 n. 11, convertito dalla l. 23 aprile 2009 n. 38, modifica nuovamente l'art. 275 comma 3 c.p.p.¹⁵, ampliando la platea dei reati per i quali vige la presunzione assoluta in ordine alla misura cautelare della custodia in carcere.

Si tratta, anche in questo caso, di decretazione d'urgenza, espressione di quella legislazione che alcuni autori hanno definito non tanto emergenziale, quanto “emozionale”¹⁶. Le modifiche apportate erano, di fatto, la risposta legislativa alla situazione di allarme di quegli anni generata dall'aumento, principalmente, dei crimini sessuali; si era avvertita, infatti, la necessità di “introdurre misure legali atte ad assicurare una maggior tutela della sicurezza della collettività, a fronte dell'allarmante crescita degli episodi collegati alla violenza sessuale”¹⁷.

Il novellato art. 275 comma 3 era, infatti, invariato dal punto di vista sostanziale, ma reso applicabile ad un numeroso catalogo di reati, tanto da fare pensare a una sorta di “ritorno al passato” o di “salto di qualità a ritroso”, in quanto composto da così tante e distinte ipotesi delittuose da renderlo quasi uguale al decreto in vigore negli anni Novanta.

L'ambito operativo della norma oggetto di modifica si estendeva ai c.d. delitti distrettuali, ai delitti di omicidio volontario, di prostituzione minorile, 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 minore, salvo

¹⁵ Art. 275, comma 3, c.p.p. in seguito alla riforma del 2009: La custodia in carcere può essere disposta solo quando ogni altra misura risulti inadeguata. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis e 3-quater, nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, comma 1, 600-ter, escluso il comma 4, e 600-quinquies del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelare. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano anche in ordine ai delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate.

¹⁶ Così, BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale* in *Dir.Pen.Proc.*, 2012, p. 226.

¹⁷ Così nella premessa al decreto legge del 2009.

la ricorrenza di circostanze attenuanti previste dalle singole disposizioni normative. Emerge chiaramente come l'articolo in esame si riferisca a fattispecie di reato estremamente diverse tra di loro, diversità tale da far venir meno le motivazioni sopra esposte della Corte Costituzionale nell'ordinanza 495/1995, con la quale aveva censurato la questione di compatibilità costituzionale inerente alla presunzione di adeguatezza della custodia carceraria, ritenendola non irragionevole in virtù del comun denominatore presente nei reati di stampo mafioso, il quale, invece, ovviamente, viene meno nel momento in cui il regime speciale si applica per altre fattispecie criminose. Suscita, inoltre, ulteriori dubbi la scelta operata dal legislatore di sottoporre al regime speciale alcune ipotesi delittuose sicuramente gravi e non altre, quali, ad esempio la rapina aggravata o l'estorsione aggravata, aventi la medesima gravità. All'interno dell'area spiccavano, *ictu oculi*, delle dissimmetrie, che tra l'altro non si comprendeva se fossero consequenziali ad una scelta precisa e ponderata del legislatore o mero frutto di semplici stratificazioni incontrollate¹⁸.

Il legislatore, di fatto, una volta trovatosi di fronte ad una serie "emergenza" criminale, o, piuttosto, percepita come tale dalla emozione sociale contingente, ha esteso il trattamento previsto ed ideato per specifiche fattispecie di reato ad altre, totalmente diverse per caratteristiche, intensità e incidenza sulle istanze di sicurezza della collettività. Tale atteggiamento, più volte attuato, ha un duplice effetto: per un verso, quello di annacquare la nozione di criminalità organizzata, la cui ragion d'essere, processualmente avrebbe necessità dell'operazione contraria, cioè di un affinamento per specificazione; per altro verso, quello di estendere l'ambito di applicazione di regole processuali comunque problematiche, incurante degli effetti di sistema, che diviene sempre meno coassiale¹⁹.

La legge 38/2009 ha, dunque, riaperto il dibattito giurisprudenziale e dottrinale in merito all'esistenza e all'applicazione della c.d. custodia cautelare carceraria obbligatoria; sono state, infatti, fin da subito sollevate nuove questioni di legittimità costituzionale.

¹⁸ Cfr. CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare* in GIULIANI (a cura di), *La riforma della misure cautelari personali*, Giappichelli, 2015, p.109 ss.

¹⁹ In tal senso, GAETA, *Il processo di criminalità organizzata tra frammenti di norme e la Corte di Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2017, fasc. 9, p. 3006D.

2.1.1 Le pronunce della Corte Costituzionale

La Corte Costituzionale è, dunque, intervenuta per ben 8 volte per ricostruire gli sfondi della materia, risolvere i profili di tensione con la fonte primaria, individuare i parametri costituzionali a cui la disciplina cautelare deve necessariamente attenersi. In tutte le diverse le sentenze la Corte parte dal medesimo presupposto, secondo cui il sacrificio delle libertà necessariamente minimo e da graduare secondo le esigenze del caso concreto, non può essere asservito a scopi di rassicurazione sociale²⁰.

La ragione, pertanto, di un trattamento maggiormente afflittivo non può risiedere nella mera gravità del reato o ricavato dalla natura del bene offeso o desunto dalla severità della pena prevista, ma deve essere ricercata nel rapporto tra la fattispecie criminosa, le esigenze cautelari e le conclusioni elaborate attraverso *l'id quod prelumque accidit*.

I giudici di legittimità hanno dunque vagliato con scrupolo le ipertrofiche elencazioni di figure criminose destinate a regimi derogatori, verificando la razionalità delle scelte legislative.

Con la sentenza n. 265 del 2010 la Corte ha inaugurato l'indirizzo giurisprudenziale in esame, affrontando la questione di incostituzionalità dell'art. 275 comma 3 c.p.p. in relazione ai reati 609 *bis*, 609 *quater* e 600 *bis* comma 1 c.p. Il problema di legittimità della disposizione de qua ha avuto ad oggetto la violazione degli artt. 3, 13 comma 1, 27 comma 2 Cost, in quanto questa "appiattiva", in modo irragionevole, situazioni oggettivamente e soggettivamente diverse con una uguale risposta cautelare, in modo tale da rendere inoperanti i criteri di proporzionalità e di adeguatezza²¹.

La Corte innanzitutto ricostruisce il quadro normativo di riferimento, evidenziando che la disciplina oggetto di scrutinio trova collocazione nell'ambito della disciplina codicistica delle misure cautelari personali coercitive. All'interno di tale ambito vi sono degli specifici limiti di legittimità costituzionale, individuabili nel principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, comma 1 Cost.) e nella presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.). Al fine di garantire il rispetto di tali principi le misure cautelari possono essere legittimamente applicate solo se hanno

²⁰ Cfr. CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, op. cit., p. 114 ss.

²¹ Cfr. LA ROCCA, *Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio* in *Archivio Penale*, fasc. 2, 2013.

connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità, e se la compressione della libertà personale dell'indagato o dell'imputato è contenuta entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto, in rispetto del principio del "minor sacrificio necessario". Il ricorso a forme di restrizione più intense, pertanto, deve ritenersi consentita solo quando le esigenze processuali o extraprocessuali, cui il trattamento cautelare è servente, non possano essere soddisfatte tramite misure di minore incisività.

Tale principio è, inoltre, ulteriormente affermato, in termini altrettanto netti, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale, in riferimento alla previsione dell'art.5 paragrafo 3 della Convenzione, la carcerazione preventiva "deve apparire come la soluzione estrema che si giustifica solamente allorché tutte le altre opzioni disponibili di rilievo insufficienti"²². Il legislatore dovrà, dunque, da una parte, strutturare il sistema cautelare secondo il modello della pluralità graduata, predisponendo una gamma alternativa di misure, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale; dall'altra, prefigurare meccanismi individualizzati di selezione del trattamento cautelare, parametrati sulle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete.

Dal regime così delineato emerge chiaramente che il sistema non preveda né automatismi né presunzioni; tuttavia la medesima Corte ha avuto modo, con l'ordinanza 450/1995, di legittimare la presunzione di adeguatezza della custodia carceraria qualora si proceda per reati di criminalità organizzata. I giudici di legittimità, infatti, nella sentenza de qua hanno riportato le argomentazioni della citata ordinanza, ribadendo come la deroga alla disciplina ordinaria fosse compatibile con i principi costituzionali in virtù della fattispecie di reato a quale si riferisce e alle sue connotazioni criminologiche; l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, implicando un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice, rende le misure "minori" insufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, non neutralizzandone la pericolosità. Con riguardo ai delitti sessuali non è consentito pervenire ad analoga conclusione, per quanto odiosi e riprovevoli tali delitti sono spesso meramente individuali e, in virtù delle loro connotazioni, non possono postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura. La

²² Così, sent. 2 luglio 2009, Vafiadis c. Grecia e sent. 8 novembre 2009 Lièvre c. Belgio.

sentenza 265 del 2010 conclude, dunque, ritenendo che “la norma impugnata viola, in parte, sia l’art. 3 Cost, per l’ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti in questione a quelli concernenti i delitti di mafia nonché per l’irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai paradigmi punitivi considerati; sia l’art.13 comma 1 Cost., quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale; sia, infine, l’art.27, comma 2 Cost, in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena. (...) Ciò che rende costituzionalmente inaccettabile la presunzione stessa è certo il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “minor sacrificio necessario”, anche quando sussistono specifici elementi da cui desumere, in positivo, la sufficienza di misure diverse e meno rigorose della custodia in carcere.” I reati di cui agli artt. 600 *bis* comma 1, 609 *bis* e 609 *quater* c.p., pertanto, restano assoggettati ad un regime cautelare speciale, tuttavia attenuato dalla natura relativa e, di conseguenza superabile, della presunzione di adeguatezza della custodia carceraria e, perciò, non incompatibile con il quadro di riferimento.

Alla “sentenza pilota” sono seguite altre sette decisioni attraverso le quali la Consulta ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 275, comma 3 c.p.p. in riferimento a diverse fattispecie criminose: la sentenza n. 164/2011 relativa al reato di omicidio volontario previsto dall’art. 575 c.p.; la sentenza n.231/2011 riguardante l’associazione finalizzata al narcotraffico; la sentenza n. 110/2012 per quanto attiene all’associazione per delinquere finalizzata alla commissione dei reati in materia di contraffazione di marchi o altri segni distintivi e di importazione o di detenzione ai fini di commercio delle cose recanti segni contraffatti; la sentenza n. 57/2013 concernente i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’art.416 *bis* c.p. o al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dal medesimo articolo; la sentenza n. 213/2013 riguardante il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione disciplinato dall’art. 630 c.p.; la sentenza n. 232/2013 concernente il delitto di violenza sessuale di gruppo previsto dall’art. 609 *octies* c.p. ed, infine, la sentenza n. 48/2015 relativa all’ipotesi di cui all’art. 416 *bis* c.p. sia pure nella sola declinazione del concorso esterno²³.

²³ In tal senso, LEO, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell’associazione mafiosa* in *penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2015.

Nelle menzionate sentenze la Corte segue l'iter argomentativo della sentenza 265 del 2010, basando le proprie decisioni sulla ragionevolezza o meno della presunzione assoluta, in virtù dell'*id quod plerumque accidit* e sul fine della misura cautelare che deve essere ben differente da quello di anticipazione della pena.

Ai fini della trattazione risulta utile far menzione delle sentenze 231/2011 e 110/2012, in quanto nelle sentenze *de quibus* dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275 comma 3 c.p.p. in riferimento ad ipotesi associative. Il richiamo di tali decisioni evidenzia come nonostante la mancanza di una vera e propria delimitazione normativa del concetto di criminalità organizzata e, di conseguenza, la vistosa lacuna generata dal legislatore, la differenza tra i reati associativi di stampo mafioso e i reati associativi sia sempre tenuta in considerazione dalla giurisprudenza di legittimità. Anche in queste pronunce, così come avvenuto nella più recente sentenza "Mafia Capitale", a delimitare i confini della fattispecie di cui all'art.416 *bis*, evidenziandone le caratteristiche, ed aggirare il rischio di applicare il trattamento processuale speciale previsto per questo reato per altri delitti, simili ma non uguali, è stata la Corte Costituzionale.

Nella sentenza n. 231/2011 la Corte ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 275 comma 3 c.p.p., con riguardo al delitto previsto dall'art. 74 del T.U. stupefacenti. I giudici di legittimità motivano come il delitto in questione, seppur di tipo associativo, si differenzia nettamente dai delitti di mafia, solo in relazione ai quali è stata ritenuta giustificabile la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere. È vero che, nelle ipotesi descritte dall'art 74 del T.U., non si è di fronte a un reato meramente individuale ed episodico, in quanto presuppone, invece, uno stabile vincolo di appartenenza del soggetto a un sodalizio criminoso, volto al compimento di una pluralità non predeterminata di delitti. Ciò, tuttavia, non è una caratteristica sufficiente a costruire un'adeguata base logico-giuridica della presunzione di cui si discute, in quanto nel reato in questione mancano le caratteristiche proprie del delitto di associazione di tipo mafioso, unica fattispecie per cui vi è compatibilità costituzionale della presunzione. La caratteristica essenziale del reato di cui all'art.416 *bis* è proprio "nella specificità del vincolo, che, sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre, da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e,

dall'altro una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso.” Tale caratteristica non è presente invece nel delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanza stupefacenti, il quale si concreta “in una forma speciale del delitto di associazione per delinquere, qualificata unicamente dalla natura dei reati fine; non postulando invece la creazione di una struttura complessa e gerarchicamente ordinata, essendo viceversa sufficiente una qualunque organizzazione, anche rudimentale, di attività personale e di messi economici, benché semplici ed elementari, per il perseguimento del fine comune”.

Anche in riferimento all'associazione per delinquere finalizzata alla commissione dei reati in materia di contraffazione di marchi o di altri segni distintivi e di importazione o di detenzione ai fini di commercio delle cose recanti segni contraffatti, con la sentenza 110 del 2012, la Consulta ha ritenuto pienamente applicabili le argomentazioni della sentenza precedente. La Corte rileva come la fattispecie in questione possa essere definita una “fattispecie aperta qualificata solo dalla tipologia dei reati fine e non già da specifiche connotazioni dell'associazione stessa, mancando anche in questo caso, quelle connotazioni e quegli elementi qualificativi che connotano invece l'associazione a delinquere di stampo mafioso, tali da aver fatto sorgere comuni massime di esperienza sulla base delle quali poter affermare che la custodia cautelare in carcere è l'unica misura in grado di far fronte alle esigenze cautelari di volta in volta rinvenibili e, quindi, tali da giustificare sul piano costituzionale la presunzione assoluta.”

Queste due decisioni della Corte hanno dunque chiarito come non basti il carattere associativo per giustificare la presunzione assoluta, in quanto bisogna aver presente la distinzione tra tali tipologie di reato e il reato di associazione di tipo mafioso, differenziazione grazie alla quale si può comprendere la *ratio* e l'origine del c.d. “doppio binario”.

Alla fine di tale disamina delle sentenze costituzionali sul tema oggetto della trattazione, merita menzione la sentenza 57 del 2013, con la quale la Corte abbandona la posizione assunta con l'ordinanza 450 del 1995 e circoscrive ulteriormente la portata applicativa della derogatoria dell'art. 275 comma 3. Nello specifico i giudici di legittimità dichiarano l'illegittimità costituzionale della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria in riferimento ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni

previste dall'art. 416 *bis* c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo.

Il legislatore, precedentemente²⁴ aveva previsto i delitti, appena menzionati, come due diverse circostanze aggravanti, le quali, nel caso in cui fossero contestate, in virtù dell'art. 5 del d.l. 152 del 1992, comportavano l'applicazione per il reo del regime cautelare speciale. Ciò sulla base del presupposto che tali tipologie delittuose, utilizzando il c.d. metodo mafioso ed essendo finalizzate all'agevolazione dell'attività mafiosa, erano caratterizzate da una pericolosità tale da giustificare la presunzione assoluta.

La Corte, innanzitutto, rileva la differenza tra i reati in questione e il reato di cui all'art. 416 *bis*, distinzione che, di fatto, riguarda il ruolo del reo all'interno del sodalizio criminoso; tenendo in considerazione la possibile estraneità dell'autore di tali delitti a un'associazione di tipo mafioso. Il c.d. metodo mafioso, infatti, può essere utilizzato anche da chi agisce secondo modalità tipiche delle associazioni criminali, nonostante non ne faccia parte; così come, l'organizzazione per delinquere può essere agevolata anche da un soggetto esterno, estraneo ad essa. Il semplice impiego del c. d. metodo mafioso o la finalizzazione della condotta criminosa all'agevolazione di un'associazione mafiosa, dunque, non presuppone necessariamente l'appartenenza del reo all'associazione e, di fatto, è proprio a questa partecipazione che è collegato il dato empirico, ripetutamente contestato, dell'inidoneità del processo, e delle stesse misure cautelari diverse da quella carceraria, a recidere il vincolo associativo e a far venir meno la connessa attività collaborativa. Difettando, pertanto, il "requisito" dell'appartenenza al sodalizio criminale, viene meno la ragione giustificativa della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria.

La Corte, inoltre, evidenzia come il regime speciale nei casi in esame non sia collegato a singole fattispecie incriminatrici, bensì a circostanze aggravanti che, in quanto tali, sono riferibili a più vari reati e correlativamente alle più diverse situazioni oggettive e soggettive. L'ampio numero, dunque, dei reati-base suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione del regime cautelare speciale segnala la possibile diversità del "significato" di ciascuno di essi sul piano dei *pericula libertatis*, il che offre un'ulteriore conferma dell'insussistenza di una congrua base statistica a sostegno della presunzione assoluta.

²⁴ Art. 7 del d.l. 13 maggio 199, n.152, convertito con modifiche dalla l. 12 luglio 1991, n. 203.

In virtù di tali argomentazioni la Consulta nella sentenza 57/2013 esclude la ragionevolezza della presunzione assoluta con riferimento ai reati di “contesto mafioso” e proprio tali conclusioni costituiscono la base di partenza per il ragionamento svolto nella sentenza 48 del 2015.

Con la sentenza 26 marzo 2015, n. 48 la Corte Costituzionale ha dichiarato “costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3, 13 comma 1 e 27 comma 2 Cost. dell’art. 275 comma 3, secondo periodo, c.p.p. nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all’art. 416 *bis* c.p., è applicata la custodia in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, rispetto al concorrente esterno nel suddetto delitto, 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”.

Nella suddetta sentenza la Corte rileva come la lista dei delitti cui accede il regime speciale sia stata variamente modulata nel corso del tempo, fino ad arrivare alle più recenti sentenze, che hanno svolto un’opera di restringimento dei reati per i quali è previsto tale regime e hanno individuato “l’appartenenza” dell’indiziato all’associazione mafiosa il tratto nodale giustificativo della presunzione assoluta. Nel caso di concorso esterno non è ravvisabile un vincolo di adesione permanente del reo al gruppo criminale, la stessa Corte, infatti, a seguito di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, ha definito quale concorrente esterno “il soggetto, che senza essere stabilmente inserito nell’organizzazione criminale, e rimanendo, dunque privo dell’*affectio societatis*, fornisce un contributo causalmente efficiente – oltre che consapevole e volontario – alla conservazione o al rafforzamento delle capacità operative del sodalizio.²⁵”

È necessario, pertanto, tenere in considerazione la differenza tra partecipante “*intraeus*” all’associazione mafiosa e il concorrente esterno, la quale risiede nel fatto che “il secondo, sotto il profilo oggettivo, non è inserito nella struttura criminale, pur offrendo un apporto causalmente rilevante alla sua conservazione o al suo rafforzamento, e, sotto il profilo soggettivo, è privo dell’”*affectio societatis*”, laddove invece l’”*intraeus*” è animato dalla coscienza e volontà di contribuire attivamente alla realizzazione dell’accordo e del programma criminoso in modo stabile e permanente.” In

²⁵ Così, Cort. Cass. Sez. Un. 12 lugl - 20 sett 2005, n. 33748.

virtù di tali differenze e, specificatamente, della mancanza del vincolo permanente del concorrente esterno con il sodalizio criminale la Corte ritiene non costituzionalmente compatibile la presunzione assoluta della custodia in carcere. Nei confronti del concorrente esterno non, è quindi, in nessun caso ravvisabile quel vincolo di adesione permanente al gruppo criminale che è in grado di legittimare, sul piano empirico-sociologico, il ricorso in via esclusiva alla misura carceraria, quale unico strumento idoneo a recidere i rapporti dell'indiziato con l'ambiente delinquenziale e a neutralizzarne la pericolosità”.

3. La riforma 47 del 2015

A seguito degli interventi della Corte Costituzionale, il legislatore, nel 2015, decide di intervenire nuovamente sulla disciplina cautelare, al fine di evitare ulteriori declaratorie di illegittimità costituzionale e, anche, sulla scia della sentenza della Corte dei Diritti dell'Uomo Torreggiani contro Italia, nell'ottica, quindi, anche di ridurre la popolazione carceraria.

La legge 16 aprile 2015, n. 47 introduce diverse novità in materia cautelare: innanzitutto, sono stati previsti nuovi limiti allo strumento cautelare, sotto il profilo della valutazione sulla sussistenza delle esigenze di prevenzione del pericolo di fuga e special preventive, richiedendo una valutazione attualizzata delle medesime e lontana da meccanismi retributivi; il ricorso a tali strumenti deve, inoltre, essere esposto dal giudice, su cui grava l'obbligo di una motivazione che dia conto del percorso decisionale e dalla quale emerga quella che il legislatore ha definito “autonoma valutazione”²⁶. In virtù di tale riforma, dunque, l'applicazione di una misura cautelare deve essere giustificata dalla presenza di un attuale e reale pericolo di fuga o di ricaduta nel crimine. Si tratta, di fatto, di presupposti già presenti nel codice di procedura penale, ma che il legislatore ha ritenuto opportuno specificare e ribadire. Per quanto riguarda la valutazione circa attualità del pericolo, il giudice dovrà tenere in considerazione sia il tempo trascorso dalla commissione del reato sia l'esistenza di indici recenti che lascino ritenere, comunque, effettivo il pericolo della concretizzazione dei rischi che la misura cautelare è chiamata a neutralizzare. Per quanto riguarda, invece, la reale esistenza di un pericolo, il legislatore

²⁶ Cfr. BORELLI, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali in diritto penale contemporaneo*, 2015.

ha voluto modellare un giudizio che non sia influenzato esclusivamente dalla gravità del reato per cui si procede; questo in virtù del fatto che la misura non deve mai avere una funzione retributiva rispetto alla gravità del fatto commesso.

Per ciò che rileva ai fini della trattazione, è necessario soffermarsi sull'innovazione del comma 3 dell'art. 275 c.p.p. in seguito alla suddetta legge. La modifica del regime speciale cautelare risponde all'esigenza di adeguare il dettato normativo alle interpolazioni dovute all'opera continua della Corte Costituzionale e, anche, all'interpretazione dei giudici delle leggi in tema di ripudio di un utilizzo generalizzato della carcerazione preventiva "automatica"²⁷.

Il nuovo comma 3 recita: "La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli altri artt.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 articolo 575, 600 *bis*, primo comma, 600 *ter*, escluso il quarto comma, 600 *quinquies* 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".

In virtù delle modifiche apportate si può parlare di un trittico dei regimi applicabili in materia di scelte delle misure cautelari personali²⁸.

Il primo di questi consiste nel "regime" ordinario, in vigore per le generalità della fattispecie criminose. L'applicazione della misura cautelare carceraria può essere disposta solo nel momento in cui le altre misure risultino insufficienti ad arginare il pericolo di fuga del reo o di reiterazione del reato, pertanto si ricorre, quale *extrema ratio*, alla custodia carceraria, nel rispetto del principio di proporzionalità e adeguatezza. Tale

²⁷ Così, MANES, *Lo sciame di precedenti in Dir. Pen. Proc.*, 2014.

²⁸ In tal senso, MIRAGLIA, *Delitti di Criminalità Organizzata di stampo mafioso e custodia cautelare "quasi obbligatoria": un percorso concluso?* op. cit., p. 118ss.

applicazione avviene solo in seguito allo svolgimento degli oneri probatori del pubblico ministero per la presentazione dell'atto di richiesta e in virtù della scelta discrezionale del giudice, accompagnata da adeguate motivazioni, tenenti conto del caso concreto.

Il secondo “regime” è quello più distante dal regime ordinario, in quanto prevede una presunzione *iuris tantum* ed una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare. Questo è applicabile solo per tre fattispecie di reato: associazioni di stampo sovversivo, associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico, associazioni di stampo mafioso.

Il terzo “regime” è una sorta di via di mezzo tra il primo e il secondo, poiché si tratta sempre di un regime speciale ma basato su una presunzione relativa, e dunque superabile dall'acquisizione di elementi che escludano l'esigenza di una misura cautelare o dimostrino la sufficienza di una misura meno afflittiva, di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. Tale regime si riferisce ai reati di cui all'art. 51, comma 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p., 576, 600 *bis*, 609 *quater* e 609 *octies* c.p.

Per quanto riguarda, dunque, il regime speciale delineato nel secondo periodo dell'art. 275 comma 3 c.p.p., il legislatore non ha fatto una scelta di “rottura con il passato”, come invece era auspicato da parte della dottrina. Senza dubbio, infatti, l'abolizione di presunzioni assolute sarebbe totalmente in linea con principi costituzionali rilevanti, quali la presunzione di non colpevolezza, l'inviolabilità della libertà personale, l'obbligo di motivazione; il legislatore ha, invece, optato per una modifica compromissoria e conservativa. È bene, inoltre, ricordare come il regime speciale applicabile unicamente ai reati associativi particolarmente gravi avesse ricevuto, con l'ordinanza 450/1995, l'avvallo dei giudici di legittimità. In seguito alla riforma del 2015, tuttavia, non sono mancate le sollevazioni di legittimità costituzionale in riferimento al secondo periodo del 3 comma dell'art. 275 c.p.p. La Corte ha, però, sostenuto l'infondatezza di tali questioni, ritenuto impossibile lo sbarramento delle presunzioni assolute per i delitti di criminalità organizzata, in quanto solo la misura carceraria è idonea a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine, minimizzando il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti, concludendo dunque, per esclusione della violazione dell'art. 3 Cost, 13, 27 Cost²⁹.

²⁹ Così, ordinanza Cort. Cost. 8 marzo 2017, n.136.

In linea, dunque, con i principi esposti dalla Corte Costituzionale, la disposizione introdotta in epoca emergenziale avente un fine tranquillizzante a fronte dell'allarme sociale e idonea a proteggere i giudici, è stata, dopo anni, riaffermata dal legislatore.

3.1 Alcune questioni aperte

L'art. 275 comma 3 c.p.p., secondo periodo, prevede dunque due presunzioni: la prima, inerente all'esigenza delle misure cautelari, è relativa; la seconda, che dispone l'adeguatezza della sola misura carceraria, è assoluta.

La presunzione di adeguatezza dell'estrema misura cautelare garantisce al giudice una sorta di "scudo normativo", in grado di difenderlo da minacce o condizionamenti cui quest'ultimo potrebbe essere sottoposto. Il legislatore ha, infatti, voluto evitare che nei procedimenti per i delitti previsti dall'art. 275 comma 3 c.p.p., secondo periodo, qualora il giudice riscontri sulla base degli atti a sua disposizione la sussistenza di un'esigenza cautelare riconducibile all'art. 274 c.p.p., possa applicare una misura differente dalla custodia cautelare in carcere. Il giudice, dunque, una volta accertata la gravità degli indizi di colpevolezza, relativamente a uno dei reati dell'articolo in questione, ha solo due possibilità: essere sicuro dell'esclusione di qualsiasi esigenza cautelare o disporre la custodia in carcere, seppur in presenza di blandi elementi di *pericula libertatis*³⁰.

La dottrina ha da subito rilevato come suddetto sistema sia, in realtà, da rilevarsi inutile e la locuzione "che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistano elementi cautelari" necessari di essere riempita di significato, rimesso all'apprezzamento del singolo giudice.

La disposizione viene ritenuta di poca utilità perché a fronte di gravi indizi di un vincolo associativo totalizzante e indissolubile quale quello mafioso, il ricorso alla carcerazione sarebbe tendenzialmente obbligato anche in mancanza della presunzione assoluta *ex art. 275*, comma 3 c.p.p.: la privazione della libertà, in tali ipotesi, sarebbe imposta dalla logica stessa dell'accertamento³¹.

³⁰ Cfr. CARRARA D'ALBI, *La disciplina della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere in salvisjuribus*, 8 giugno 2017.

³¹ Così, DANIELE, *I vizi degli automatismi persistenti nell'art. 275, comma 3 c.p.p.* in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, p. 118.

Per quanto riguarda invece la locuzione “salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari” sorgono, inevitabilmente due interrogativi: quando può dirsi che non vi siano esigenze cautelari? Il giudice dovrà, dunque, limitarsi alla valutazione degli elementi già agli atti?

A tali interrogativi non è pervenuta dalla giurisprudenza una risposta unanime, andandosi a tracciare invece due diversi orientamenti.

Secondo la giurisprudenza di legittimità più risalente l'inesistenza delle esigenze cautelari si avrebbe solo ed unicamente nel momento in cui sia provata la rescissione del reo dal vincolo associativo di appartenenza e a fornire prove di ciò può essere esclusivamente l'interessato, senza che sia lasciato alcun spazio di apprezzamento al giudice.

Una recente pronuncia della Corte di Cassazione offre, invece, una visione totalmente diversa e contraria, infatti, “in tema di custodia cautelare in carcere applicata nei confronti dell'indagato del delitto di associazione di tipo mafioso, l'art. 275, comma 3, c.p.p., pone una duplice presunzione, di pericolosità sociale, di carattere relativo, e di adeguatezza dello sola custodia cautelare in carcere, di carattere assoluto; la presunzione di pericolosità sociale può essere superata non solo qualora sia dimostrato che l'associato ha stabilmente rescisso i suoi legami con l'organizzazione criminosa, ma anche quando dagli elementi a disposizione del giudice, prodotti o evidenziati dalla parte o direttamente evincibili dagli atti, emerga una situazione che dimostri in modo obiettivo e concreto, comprovata da circostanze di elevato spessore, l'effettivo allontanamento dall'indagato/imputato dal gruppo criminale, così che, pur in mancanza di una rescissione – formale o per *facta concludentia* – del vincolo associativo, si possa affermare che – come previsto dalla stessa disposizione – non sussistono esigenze cautelari”³².

Emerge chiaramente come il secondo “orientamento” offra una maggiore possibilità per l'imputato/indagato di non essere sottoposto alla misura cautelare carceraria, vi è infatti un alleggerimento dell'onere probatorio. Sempre nell'ottica del “ridimensionamento” della presunzione relativa è da osservare che la locuzione “che siano acquisiti elementi”, attraverso l'uso del passivo, dell'impersonale e, soprattutto la scelta del verbo, consentirebbe di interpretare la disposizione per concessione al giudice

³² Così, Cort. Cass. Sez. VI, 20 aprile 2016, n.23012.

non solo di valutare elementi già agli atti, ma anche di disporre d'ufficio l'acquisizione di elementi non presenti nel fascicolo ed il loro ingresso nello stesso³³.

Un'altra questione controversa nella giurisprudenza di legittimità riguarda l'obbligo del giudice di motivare l'esistenza e l'attualità delle esigenze cautelari, qualora sia trascorso un considerevole lasso di tempo tra i fatti contestati e l'applicazione della misura, anche quando si procede per uno dei reati menzionati all'art. 275, comma 3, secondo periodo c.p.p.

Anche in tale ambito sono tracciabili due diversi e contrapposti orientamenti.

Secondo il primo, la necessità di operare una valutazione di pericolosità attenta al dato concreto è un'esigenza riconosciuta in linea generale dall'ordinamento, l'applicazione, infatti, di misure di prevenzione nei confronti degli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso è subordinata all'accertamento del requisito dell'attualità. Il tempo trascorso, dunque tra i fatti contestati e l'applicazione della misura, qualora consista in un rilevante arco temporale privo di ulteriori condotte dell'indagato sintomatiche di perdurante pericolosità deve essere oggetto di espressa considerazione da parte del giudice, alla luce della riforma di cui alla legge 16 aprile 2014, n. 47, e di una esegesi costituzionalmente orientata dalla indicata presunzione³⁴.

Secondo l'opposto indirizzo, invece, se il titolo cautelare riguarda i reati previsti dall'art. 275, comma 3, c.p.p., la presunzione contenuta nel medesimo articolo fa ritenere sussistente, salvo prova contraria, i caratteri di attualità e concretezza del pericolo, rendendo irrilevante o residuale il dato cronologico del decorso di un periodo di tempo considerevole tra l'emissione della misura e i fatti contestati. Tale orientamento asserisce che la disposizione di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p., laddove pone la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari, prevale su quella di cui all'art. 274 c.p.p., la quale postula una valutazione in concreto del pericolo da fronteggiare. L'antinomia tra le due disposizioni, infatti, non può essere risolta in favore di quella di cui all'art. 274 c.p.p., poiché quest'ultima è previsione normativa generale, mentre quella di cui all'art.

³³ In tal senso, MIRAGLIA, *Delitti di Criminalità Organizzata di stampo mafioso e custodia cautelare "quasi obbligatoria": un percorso concluso?* op. cit., p.125.

³⁴ Così, Cort. Cass. Sez I, 25 settembre 2020 n.28991 e 19 luglio 2019 n.42714.

275 comma 3 c.p.p. è una previsione speciale e, quindi, si deve applicare il principio *lex specialis derogat legi generali, lex posterior generalis non derogat priori speciali*³⁵.

Ulteriori e differenti dubbi sono stati sollevati dalla dottrina in virtù della previsione della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare per i reati di cui art. 270 e 270-bis c.p.p. Tale tipologie di associazione hanno infatti delle caratteristiche diverse rispetto a quelle proprie dell'associazione di stampo mafioso. Senza dubbio i programmi criminosi delle associazioni terroristiche e sovversive sono altrettanto allarmanti, ma tale facile constatazione, in virtù delle pronunce della Corte Costituzionale che escludendo la rilevanza della gravità del reato o la natura del bene offeso quali criteri in base ai quali giustificare il regime speciale, non basta a spiegare la scelta della custodia carceraria quasi obbligatoria. I requisiti che rilevano ai fini dell'applicazione del regime speciale sono, invece, l'estensione delle strutture organizzate, la loro diffusività, il legame con un territorio, la supposta indissolubilità del vincolo associativo; requisiti che non possono essere riscontrati con certezza in tutte le ipotesi di reato di cui all'art. 270 e 270 bis³⁶.

Per quanto riguarda, specificatamente, alcune ipotesi di reato contemplate nell'art. 270 è stato osservato come non siano consentiti, in virtù dei parametri di cui all'art. 280 c.p.p., il ricorso alla custodia cautelare in carcere. Sono state, però, prospettate due possibili soluzioni. La prima conclude con l'applicabilità della custodia carceraria per tutte le ipotesi ex art. 270 c.p., poiché l'art. 275 c.p.p. è una norma speciale che, in quanto tale, deroga alla disciplina generale dell'art. 280 c.p.p. La seconda, invece, consentirebbe di ritenere operativo il regime speciale solo per le ipotesi contemplate dall'art. 270 c.p. a cui sia originariamente applicabile la custodia cautelare in carcere secondo quanto previsto dalla disciplina generale ex art. 280 c.p.p.³⁷

Per quanto riguarda, invece, l'applicazione del regime speciale per il reato di cui all'art. 270 bis, ogni possibile dubbio circa tale scelta è stato arginato in virtù del recente avvallo della Corte Costituzionale.

³⁵ Cfr. CORBO, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità* in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 1 gennaio 2021, p.8.

³⁶ Cfr. CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, op.cit., p.125.

³⁷ In tal senso, MIRAGLIA, *Delitti di Criminalità Organizzata di stampo mafioso e custodia cautelare "quasi obbligatoria": un percorso concluso?* op. cit., p.120.

Con la sentenza n. 191 del 2020 è stato infatti affermato che pur presentando elementi costitutivi differenti da quelli del reato di cui all'art' 416 *bis*, “la partecipazione a un'associazione terroristica non si esaurisce nel compimento, pure necessario, di azioni concrete espressive del ruolo acquisito all'interno del sodalizio, ma presuppone altresì l'adesione a un'ideologia che, qualunque sia la visione del mondo ad essa sottesa e l'obiettivo ultimo perseguito, teorizza l'uso della violenza in una scala dimensionale tale da poter cagionare un “grave danno” a intere collettività. Ed è proprio una simile adesione ideologica a contrassegnare nel modo più profondo l'appartenenza del singolo all'associazione terroristica: un'appartenenza che – proprio come che lega, pur con modalità diverse, il partecipe all'associazione mafiosa – normalmente perdura anche durante le indagini e il processo, e comunque non viene meno per il solo fatto dell'ingresso in carcere del soggetto, continuando così a essere indicativa di una sua pericolosità particolarmente accentuata”³⁸.

³⁸ Cfr. APRILE, C. Cost., data udienza 14 luglio 2020, data deposito 31 luglio 2020, n. 191 in Cass. Pen., fasc. 12, 2020, p. 4560B.

CAPITOLO 3

IL GIUDIZIO

1. Premesse: il doppio binario probatorio

Secondo le linee programmatiche del codice dell'88 il giudizio di primo grado di tipo accusatorio è il momento centrale del processo. È la sede prioritaria per la formazione delle prove, che deve avvenire pubblicamente nel contraddittorio delle parti, sul tema posto dall'accusatore, davanti al giudice che ha il compito di decidere nel merito¹.

All'esito del dibattimento il giudice, in virtù degli elementi probatori raccolti, potrà effettuare una ricostruzione del fatto oggetto di accertamento ed esprimere la propria decisione.

Il fine primario ed ineludibile del processo penale, dunque, non può che essere quello della ricerca della verità². È necessario, però, tenere in considerazione che la "verità" ricercata nel corso del dibattimento è una verità di tipo processuale e non assoluta. In quanto nessun metodo probatorio adoperato per la ricostruzione del fatto storico su cui l'accusa ha fondato la propria imputazione può portare al raggiungimento della certezza assoluta, dal momento che non è possibile affermare la colpevolezza o l'innocenza di un imputato in modo assoluto. Il giudice, infatti, ad esito dell'operazione ermeneutica, giunge a un giudizio di responsabilità caratterizzato da un alto grado di credibilità razionale, ma non si potrà mai parlare di certezza, così come non di verità ma di verosimiglianza³.

Tale ricerca deve essere perseguita tenendo conto della ripartizione di funzioni tra giudice e parti e ammettendo la prova solo se assunta nel pieno rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, in quanto la finalità cognitiva e l'accertamento della responsabilità devono essere temperate alla garanzia dei diritti fondamentali dell'imputato.

¹ In questo senso, BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Torino, 2018, p. 741.

² Così, Cort. Cost., 3 giugno 1992, n. 255.

³ Cfr. GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, II Ed., Milano, 2012, p. 49 s.

Il codice dell'88 stabilisce, infatti, delle regole tassative che definiscono i metodi di acquisizione probatoria e in base alle quali il giudice deve dotarsi del bagaglio di conoscenze necessario per prendere la propria decisione, regole totalmente differenti rispetto a quelle del codice del 1930. Il pubblico ministero, infatti, non ha più poteri coercitivi e non può formare prove senza la presenza del giudice; il giudice non ha più il compito di ricercare e selezionare le prove, con il rischio di trasformarsi in accusatore; le prove sono selezionate e prodotte dalle parti e vengono acquisite nel processo, davanti al giudice del dibattimento, attraverso l'esame dei testimoni e degli imputati, svolto direttamente dalle parti, nel c.d. esame incrociato⁴. Diversamente, dunque, il sistema del processo inquisitorio adottato dal codice precedentemente in vigore prevedeva che le prove potessero essere formate unilateralmente, al di fuori dell'udienza pubblica, dallo stesso organo investito della funzione di svolgere le indagini e di formulare l'accusa, con la partecipazione solo eventuale, e comunque in posizione subordinata, della difesa. L'art. 299 c.p.p. del 1930, inoltre, disponeva che il giudice istruttore doveva compiere tutti gli atti necessari per l'accertamento della verità, consentendogli dunque ampi poteri e diversificati metodi.

Il processo di tipo accusatorio pone quali requisiti minimi di attuazione del modello: la parità delle parti, in quanto prevede l'obbligatoria partecipazione su basi di parità, appunto, sia dell'accusa che della difesa; l'oralità-immediatezza, intesa sia come modalità di escussione delle prove sia come rapporto diretto tra il giudice e le prove; la concentrazione, che in stretta connessione con il principio di immediatezza, comporta che il giudizio debba essere svolto in una sola udienza o in udienze contigue, in modo che la decisione sia il più possibile vicina alla rappresentazione dei fatti da ricostruire; la distinzione delle funzioni del giudice da quelle dell'organo dell'accusa e dell'investigazione⁵.

I principi sopraesposti subiscono, però, delle importanti deroghe nel caso in cui il giudizio abbia ad oggetto l'accertamento di fatti di criminalità organizzata.

⁴ Cfr. LATTANZI, *Il sistema processuale e la prova dichiarativa nel quadro dei principi costituzionali*, intervento all'Incontro di studio tra la Corte costituzionale italiana e i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, dal titolo "Scambio di analisi ed esperienze tra le nostre Costituzioni ed i principi penale", 13-15 ottobre 2011, Madrid/Valencia in *cortecostituzionale.it*.

⁵ In questo senso, BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Torino, 2018, p. 742 s.

All'epoca delle "stragi mafiose", infatti, si invocavano delle norme *ad hoc*, differenti da quelle di rito, più incisive e mirate per accertare fatti di reato che avevano generato una vera e propria situazione di emergenza. Queste sollecitazioni si sono tradotte in scelte legislative che derogano, non solo al regime ordinario d'indagine preliminare e di custodia cautelare, così come precedentemente esposto, ma finanche alle regole vigenti previste per la formazione della prova.

La risposta legislativa venne, infatti, articolata su tre distinti livelli. A livello strutturale-organizzativo sono state varate le direzioni distrettuali antimafia e la procura nazionale antimafia; mentre, sul versante della magistratura giudicante si è optato per la competenza distrettuale dei giudici delle indagini preliminari. Per quanto riguarda, invece, i mezzi di ricerca e tutela delle fonti di prova, si è deciso di derogare al regime ordinario in materia di intercettazioni ambientali e telefoniche, e di misure cautelari. A livello di diritto probatorio, si sono stabilite norme speciali in tema di circolazione extraprocessuale degli atti, che hanno comportato, inevitabilmente, un ridimensionamento del principio del contraddittorio e della relativa cesura tra indagini e dibattimento⁶.

Si è dunque affermato un regime probatorio differenziato per i reati di criminalità organizzata che ha comportato una "destrutturazione del sistema processuale" con la creazione di "casi particolari", che consentono di derogare alle regole generali⁷.

La *ratio* di tali deroghe è da rinvenirsi nella convinzione che il modello codicistico non fosse idoneo a garantire un corretto funzionamento della fase dibattimentale nel caso in cui l'accertamento processuale riguardasse l'associazionismo di stampo mafioso. La stessa Corte di Cassazione, infatti, rileva che i procedimenti relativi al crimine organizzato presentano peculiarità soggettive ed oggettive, alle quali non è sempre possibile dare adeguate risposte seguendo le norme ordinarie del codice⁸. Facendo, di fatti, riferimento ai presupposti della forza di intimidazione e alla condizione di assoggettamento e di omertà di cui all'art. 416 *bis* c.p., si possono dedurre le difficoltà dell'acquisizione di elementi di prova e anche la necessità di evitare la reiterazione dell'attività dichiarativa di una persona. Da una parte, infatti, la cennata situazione di

⁶ Cfr. MOROSINI, *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa* in *Questione giustizia* n.3, 2002

⁷ Cfr. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, Padova, 2016, introduzione.

⁸ Così, Cass. Sez. I, 12 giugno 2001, Bagarella.

intimidazione e di omertà comporta che normalmente le parti offese e i testimoni celino all’Autorità quanto a loro conoscenza, trincerandosi dietro a reticenze e falsità; inoltre, la presenza di un sodalizio mafioso, si combina spesso a condizioni socio-culturali ed ambientali che creano nei più sprovveduti ed incolti una tendenza alla rassegnazione ed alla passiva accettazione di sopraffazioni, nei più furbi ed intellettualmente attrezzati, talora non solo l’accettazione di quelle stesse sopraffazioni, ma addirittura la tendenza alla ricerca di compromessi che possano volgere in qualche misura a loro vantaggio⁹.

Dall’altra, invece, vi è l’esigenza di tutelare i testimoni da pericoli per la propria sicurezza e incolumità e, anche, da intimidazioni e violenze che, tra l’altro, potrebbero comportare degli esiti probatori controproducenti, in virtù delle difformità tra i reiterati esami.

Da qui la necessità di predisporre una strategia normativa diversificata che consenta, per questi procedimenti, attraverso una corretta combinazione di norme aventi a riguardo le caratteristiche tipiche del reato e di previsioni derogatorie, un soddisfacente funzionamento della macchina giudiziaria.

Secondo quest’ottica, dunque, la scelta di predisporre un regime differenziato sembra essere pienamente giustificata in virtù della complessità e della specificità del fenomeno criminale. Autorevole dottrina¹⁰ ha, infatti, affermato che rappresenterebbe un errore pensare a un tipo di processo penale, che con identità di struttura, dovrebbe applicarsi con riguardo a tutte le *res iudicanda*, poiché il processo per essere efficiente deve conformarsi al suo specifico oggetto. Non troverebbe, inoltre, effettiva corrispondenza nella realtà l’assunto di un processo unitario destinato a trattare in maniera indifferenziata tutti i delitti, essendo richiesta, invece, la “multiformità della procedura” consentendo così che questa di adatti alle caratteristiche dei singoli reati. Secondo tale linea di pensiero, si conclude, pertanto, che la differenziazione delle procedure non comporti di per sé un vulnus ai principi fondamentali del processo penale, in quanto, al contrario, trattare in modo eguale situazioni diseguali significa attuare scelte già differenziate. È stata fatta, infine, menzione che tale direzione sembra essere quella

⁹ Cfr. PULEIO, *Associazione mafiosa, chiamata di correo e processo*, Milano, 2008, p. 97.

¹⁰ In tal senso, MAGGIO, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali* in FIANDACA (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonti criminologici e innovazioni normative*, Torino, 2010, p. 502 ss.

auspicata anche dalla corte europea dei diritti dell'uomo¹¹ laddove ha riconosciuto la specificità dell'accertamento processuale dei fatti di criminalità organizzata.

Non mancano, tuttavia, anche dei punti di vista più meditati¹². La formazione di un doppio binario, risulta in virtù del contesto storico nel quale si è affermato e delle esigenze sociali che vi sono alla base, assolutamente spiegabile e comprensibile; dall'altra parte, però, bisogna avere ben chiaro che cosa effettivamente comporti l'introduzione di norme derogatorie in un tema tanto delicato quanto quello della formazione della prova. Il dibattito è, infatti, il cuore del processo penale e delle deroghe al suo svolgimento possono essere previste solo a seguito di un'attenta attività di bilanciamento degli interessi in gioco. Nella fase del giudizio si palesano, infatti, tutti i principi cardine del sistema accusatorio e questi non possono essere compromessi a causa di scelte poco ponderate frutto di esigenze repressive.

Nella direzione della cultura "securitaria" si muovono le modifiche operate dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 1992, n. 356, che ha inciso sulla formazione della prova con riguardo al valore probatorio delle contestazioni ed al regime delle letture, al fine di salvaguardare le conoscenze pregresse al dibattito.

2. La chiamata in correità

Prima di trattare propriamente delle deroghe nella formazione della prova di cui all'art. 190 *bis*, è necessario soffermarsi sulle chiamate in correità e in reità, la cui disciplina per i processi *de quibus* si inserisce a pieno titolo nel sottosistema del "doppio binario processuale".

Con l'espressione chiamata in correità si intende il caso in cui una persona, cui non possa riconoscersi la qualità di testimone tout court, bensì quella di coimputato o imputato in un reato connesso o collegato o di testimone assistito, accusi altri della commissione di un fatto di reato.

Gli ultimi due commi dell'art. 192 c.p.p. disciplinano l'istituto, stabilendo che le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un

¹¹ Così, Cedu 24 agosto 1998, Caso Contrada v. Italia.

¹² Cfr. MOROSINI, *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa* in *Questione giustizia* n.3, 2002.

procedimento connesso devono essere valutate unitamente ad altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità. Dalla *littera legis* del comma 3 dell'art. 192, emerge chiaramente come il legislatore si sia preoccupato di delineare una disciplina distinta e più rigorosa rispetto a quella prevista per il testimone, avendo a riguardo la fonte da cui provengono le informazioni, ossia una fonte non neutrale e portatore di un proprio interesse personale. È stato, dunque, percepito il rischio che le dichiarazioni fossero idonee ad ingenerare un erroneo convincimento giudiziale a causa dell'interesse del dichiarante.

La chiamata in correità, di fatti, era collocata, nella vigenza del codice del 1930, in un "insidioso limbo di atipicità" al di fuori di addentellati normativi, in virtù della generale diffidenza verso dichiarazioni di correi, testimoni infidi capaci di "sollecitazioni metarazionali" sul momento psicologico della fiducia del giudice¹³. Con il codice dell'88, invece, è stato escluso che le dichiarazioni *de quibus* possano qualificarsi *ex lege* tra gli elementi inutilizzabili, ma non è stato chiarito definitivamente quale fosse il loro valore probatorio e come il giudice dovesse procedere al fine di valutarne l'attendibilità. Tale mancanza ha comportato un andamento altalenante della giurisprudenza, condizionata dai periodici mutamenti dei delicati equilibri tra esigenze garantistiche tipiche del modello accusatorio ed esigenze repressive di crimini produttivi di un forte allarme sociale¹⁴.

In particolare, le peculiarità dei fenomeni di criminalità organizzata hanno senza dubbio influenzato la valutazione di tali dichiarazioni.

L'impiego di queste ha, infatti, avuto dimensioni massicce soprattutto nei maxi-processi celebrati nei periodi di emergenza terroristica e mafiosa, allorquando la necessità di far fronte alla gravità degli attacchi portati dalla criminalità organizzata alle basi costitutive del vivere civile ha fatto sì che la giurisprudenza compiesse scelte strategiche intese a realizzare più efficienti metodi di accertamento, anche attraverso scorciatoie probatorie che hanno determinato un abbassamento degli standard conoscitivi del giudice e l'attenuazione del rigore dei criteri di valutazione della prova¹⁵.

È, inoltre, innegabile l'utilità di tali dichiarazioni per lo svolgimento di analisi sociologiche e criminologiche sul fenomeno mafioso; le narrazioni dei collaboratori, quali

¹³ Cfr. DI CHIARA, *In tema di chiamata in correità*, in *Foro.it*, 1993, II, 21 ss.

¹⁴ Cfr. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, op. cit., p. 166.

¹⁵ In tal senso, BARGI, *Osservazioni sul valore della chiamata in correità*, in *Cass. Pen.*, 1991, 678 ss.

portatori di un sapere specifico, espressivo di una diretta partecipazione o conoscenza delle dinamiche delittuose, abbiano il pregio di rappresentare meglio di qualsiasi altro elemento probatorio i fatti verificatesi in precedenza¹⁶.

Proprio per tali ragioni, negli anni '90, vi è stata l'introduzione di un'apposita normativa premiale per i c.d. pentiti, la cui concessione è, appunto, subordinata alla collaborazione con l'Autorità giudiziaria. Di fatto, tale disciplina ha agevolato il fenomeno del c.d. pentitismo che, grazie alle varie e precise informazioni fornite dai collaboratori con la giustizia, è risultato uno strumento efficace di contrasto alla criminalità organizzata.

Nonostante l'indubbia necessità del ricorso a tali dichiarazioni e il riconoscimento *ex lege* della natura di prova rappresentativa della chiamata di correo, non furono mancate le critiche di quanti tendevano a sottolineare la valenza di fonte impura ed evidenziavano, al contempo, la presunzione di inaffidabilità del pentito¹⁷. I giudici di legittimità sono stati dunque, chiamati ad elaborare dei parametri che devono guidare il giudice nella non semplice opera valutativa delle dichiarazioni accusatorie rese dal soggetto determinatosi alla collaborazione con la giustizia.

A tal fine, la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha stabilito che per una corretta valutazione della chiamata in correità, in virtù anche di quanto disposto dall'art. 192 comma 3 c.p.p., il giudice "debba, in primo luogo, sciogliere il problema della credibilità soggettiva del dichiarante in relazione, tra l'altro, alla sua personalità, alle sue condizioni socio-economiche e familiari, al suo passato, ai suoi rapporti con i chiamati in correità ed alla genesi remota e prossima della sua risoluzione alla confessione ed alla accusa dei coautori e complici; in secondo luogo deve verificare l'intrinseca consistenza e le caratteristiche delle dichiarazioni del chiamante, alla luce di criteri quali tra gli altri, quelli della precisione, della coerenza, della costanza e della spontaneità; infine egli deve esaminare i riscontri c.d. esterni. L'esame del giudice deve essere compiuto seguendo l'indicato ordine logico, perché non si può procedere ad una valutazione unitaria della chiamata in correità e degli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità se

¹⁶ Cfr., MAGGIO, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, op. cit., p. 506.

¹⁷ Cfr. MAGGIO, *Corsi e ricorsi storici della prova penale: la chiamata di correo* in *Cass. Pen.*, fasc. 12, 1998, p. 3480.

prima non si chiariscano gli eventuali dubbi che si assennino sulla chiamata in sé, indipendentemente dagli elementi di verifica esterni ad essi.”¹⁸

Vi è stata dunque l’individuazione di tre momenti ben distinti: il primo concernente la personalità del dichiarante e l’origine delle sue dichiarazioni; ad esso deve seguire, l’indagine sull’oggettiva attendibilità dei fatti narrati; da ultimo, il giudice deve constatare l’esistenza degli elementi di prova, ossia i c.d. riscontri esterni, che confermano l’attendibilità delle dichiarazioni rese.

Secondo tale percorso in sede di valutazione della chiamata in correo si impone in primo luogo la verifica dell’attendibilità intrinseca del chiamante, sotto il duplice profilo della plausibilità del racconto e dell’affidabilità del collaboratore e, solo successivamente all’esito positivo di questa prima fase, si consentiva di addivenire alla *corroboration*, attraverso la verifica degli altri elementi di eventuale conferma esterna della chiamata¹⁹.

Tale criterio interpretativo venne, però, successivamente censurato dalla Corte di legittimità. È stato infatti rilevato come la netta cesura tra i momenti di verifica dell’attendibilità intrinseca ed estrinseca abbiano in alcuni casi prodotto degli esiti fuorvianti e introdotto un pericoloso meccanismo di bilanciamento. Per quanto riguarda gli esiti di tale *iter* si fa riferimento alla circostanza che le tre scansioni hanno fatto sì che l’eventuale giudizio di inaffidabilità intrinseca del collaborante, inibisse di fatto l’effettuazione della successiva fase di valutazione del riscontro esterno, provocando, gravi menomazioni del sapere giudiziale²⁰. In riferimento, invece, al rischio di indebiti bilanciamenti la Corte di Cassazione²¹ ha rilevato come si sia erroneamente affermato che gli elementi di riscontro esterno debbano essere tanto più consistenti quanto meno radicale risulti l’accertamento sulla credibilità ed attendibilità intrinseca, e viceversa.

Sembrerebbe ipotizzabile, in virtù del censurato itinerario dei tre passaggi, una sorta di relazione tra variabili che induce a ritenere il peso dei cosiddetti altri elementi di prova “inversamente proporzionale rispetto all’intrinseca attendibilità della chiamata”²².

¹⁸ Così, Cass. Sez. Un. 22 febbraio 1993, n. 1653.

¹⁹ Cfr. MAGGIO, *Corsi e ricorsi storici della prova penale: la chiamata di correo*, op. cit.

²⁰ In tal senso, MAGGIO, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, op. cit., p. 508.

²¹ Così, Cass. Sez. V, 22 gennaio 1997, Bompressi e altri.

²² Cfr. MAGGIO, *Corsi e ricorsi storici della prova penale: la chiamata di correo*, op. cit.

Si è dunque affermato gradualmente un differente indirizzo interpretativo non più “a tre fasi”, ma composito di due soli passaggi. È stato rilevato, infatti, che la valutazione della credibilità soggettiva del dichiarante e quella dell’attendibilità oggettiva delle sue dichiarazioni, seppur logicamente scomponibili, si muovono lungo la medesima linea, pertanto è preferibile una considerazione unitaria. Inoltre, secondo questa re-interpretazione del canone fissato dall’art. 192 comma 3 c.p.p. “l’operazione logica, conclusiva di verifica giudiziale della chiamata in reità di un collaboratore di giustizia, alla stregua della quale essa possa assurgere al rango di prova pienamente valida a carico del chiamato ad essere posta a fondamento di un’affermazione di responsabilità, necessiti, oltre del positivo apprezzamento in ordine alla sua intrinseca attendibilità, anche di riscontri esterni, i quali devono avere carattere individualizzante per il profilo dell’inerenza soggettiva al fatto, cioè riferirsi ad ulteriori, specifiche, circostanze, strettamente e concretamente ricolleganti in modo diretto il chiamato al fatto di cui deve rispondere, non essendo lecito l’estendersi congetturale della valutazione nei confronti del chiamato sulla base di non consentite inferenze totalizzanti.”²³

Tale nuovo indirizzo interpretativo predilige, dunque, un criterio di valutazione unitario, caratterizzato dall’interconnessione dei profili valutativi, senza fasi separate e prodromiche le une rispetto alle altre.

È bene, tuttavia, precisare che a prescindere dalla ripartizione della valutazione della chiamata di correo in tre o due fasi, il momento preliminare del procedimento, per ragione squisitamente logiche-giuridiche, non può che vertere sull’analisi della personalità del dichiarante, delle motivazioni psicologiche della dichiarazione accusatoria, della spontaneità, costanza, coerenza, precisione logica interna del racconto, dell’assenza di contraddizioni eclatanti o difficilmente superabili. In quanto solo qualora la presenza di tali requisiti sia ritenuta immancabile, si potrà evitare di salvare chiamate di correo, derivate da dichiarazioni lacunose, incerte, contraddittorie, ma ritenute utili per fini repressivi.

²³ Così, Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2003, Andreotti.

3. I requisiti della prova in casi particolari

3.1 Evoluzione della fattispecie

Il d.l. 356 del 1992 ha introdotto, quale nuova regola probatoria, l'art. 190 *bis*.

Tale disciplina ha segnato una vera e propria controriforma di senso inquisitorio della disciplina processuale, nel segno di un modello differenziato che valorizza istituti predibattimentali²⁴. Questa è stata emanata a fronte della piena emergenza criminale conseguente alle stragi di mafia ed è infatti ispirata dalla necessità di non dispersione della prova.

Nella sua versione originaria l'art. 190 *bis* c.p.p. disponeva che nei procedimenti di cui all'art. 51 comma 3 *bis*, qualora una parte avesse richiesto l'esame di un testimone o di un imputato in un procedimento connesso o collegato *ex art.* 210 c.p.p. e questi avessero già reso dichiarazioni nel corso dell'incidente probatorio oppure se i verbali contenenti le dichiarazioni di tali soggetti forniti in un altro procedimento fossero stati acquisiti ai sensi dell'art. 238 c.p.p., detto esame avrebbe potuto aver luogo solo se il giudice lo avesse ritenuto assolutamente necessario.

La ratio della nuova disciplina era quella di sottrarre coloro che avevano già reso dichiarazioni a un nuovo contraddittorio, arginando così il pericolo di intimidazioni o di subornazione da parte degli imputati ed evitando la sottoposizione del medesimo dichiarante ad eccessivi e spesso ripetitivi esami dibattimentali.

Tuttavia le ragioni che hanno guidato il legislatore verso questa scelta non sono state sufficienti a far tacere le critiche. La dottrina ha, infatti, fin da subito rilevato come con l'art. 190 *bis* c.p.p. veniva introdotta una deroga all'ordinario regime di ammissione della prova delineato, in particolare, all'art. 190 c.p.p., secondo cui il giudice provvede sulla richiesta di ammissione della prova avanzata dalle parti escludendo le prove vietate dalla legge e quelle manifestamente superflue o irrilevanti.

La nuova disciplina rovesciava tale impostazione, ampliando notevolmente i confini di ammissione della prova e attribuendo al giudice ampia discrezionalità. Vi è stato, quindi, un primo ridimensionamento della portata della norma in sede di conversione del decreto legge 306 del 1992, stabilendo che "l'esame è ammesso solo se

²⁴ Cfr. IADECOLA, *Fonti di prova dichiarative e procedimenti di criminalità organizzata: in particolare, l'inquadramento del dichiarante su fatti di criminalità organizzata nelle categorie soggettive dell'art. 111 Cost. e delle normative di attuazione* in *Giur. Merito*, fasc. 2, 2002, p. 885.

il giudice lo ritiene assolutamente necessario”. Tenendo, però, in considerazione il momento processuale, ossia un momento in cui il livello di incertezza circa la fondatezza delle tesi accusatorie è ancora molto elevato, il requisito dell’assoluta necessità risulta, comunque, ampiamente discrezionale; al giudice era infatti richiesto di valutare l’assoluta necessità della prova basandosi su una piattaforma conoscitiva alquanto scarna²⁵.

L’espressione “assoluta necessità” non deve, inoltre, indurre nell’errore di assimilare tale vaglio giurisdizionale a quello riconosciuto al giudice dibattimentale a fine istruttoria quando ex. art. 507 c.p.p., valuta “se risulta assolutamente necessario” disporre un’integrazione probatoria, in quanto in quella sede la ricostruzione probatoria è tendenzialmente completata ed il giudice, se lo ritiene indispensabile, fa uso di poteri integrativi della prova già richiesta ed acquisita dalle parti²⁶. Al contrario, invece, nel caso dell’art. 190 *bis* c.p.p. si trova a decidere su istanza istruttorie in una fase ancora iniziale del giudizio e che, pertanto, rendono il requisito stesso dell’assoluta necessità dai confini tutt’altro che definiti e che finisce per attribuire al giudice un potere incontrollato e soggettivo ed un ruolo autoritario ed assolutamente discrezionale²⁷.

L’introduzione dell’art. 190 *bis* c.p.p. ha, inoltre, comportato una modifica anche dell’art. 238 c.p.p. Quest’ultimo articolo, secondo la formulazione dell’88, prevedeva dei decisivi limiti per quanto riguarda la circolazione di prove, nel rispetto dei principi del contraddittorio, dell’oralità e dell’immediatezza del procedimento probatorio. Le modifiche del 1992, nel prevedere l’acquisizione dei verbali di prova dichiarativa di altri procedimenti, hanno comportato, invece, un affievolirsi di tali limiti. Poteva infatti accadere che, ove fosse disposta la lettura *ex art.* 238 c.p.p., dei verbali di dichiarazioni assunti in altro procedimento, si comprometteva il diritto all’acquisizione orale della dichiarazione cioè, grazie al combinato disposto degli artt. 190 *bis* e 238 comma 5 c.p.p., poteva verificarsi anche qualora l’imputato fosse estraneo al procedimento “d’origine”

²⁵ Cfr. 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*, fasc. 9, 2007, p. 3461

²⁶ Cfr. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, op. cit., p.123.

²⁷ Cfr. GAROFOLI, *Art.190 e 190 bis: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario* in *Diritto penale e processo*, 2008, p.947.

della prova e non avesse, dunque, potuto esercitare in quel processo alcun controllo sulla prova²⁸.

È indubbio che la suddetta formulazione della norma si ponesse in netto contrasto con i principi di un sistema accusatorio che il codice introdotto pochi anni prima delle modifiche del 1992 mirava a realizzare; l'art. 190 *bis* c.p.p. e la conseguente importanza attribuita alla regola della non dispersione della prova ha dato luogo a una vera e propria "controriforma in senso inquisitorio della disciplina processuale"²⁹.

Vi erano inoltre delle tensioni con le norme Costituzionali, in particolare la disciplina ex art. 190 *bis* c.p.p. risultava in contrasto con il principio di non colpevolezza di cui all'art. 27 comma 2 Cost. e con il diritto di difesa contemplato all'art. 24 Cost, e anche con l'art. 6, comma 3, lett. d), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che sancisce il diritto al confronto spettante a ciascun imputato.

Nonostante tali rilievi l'art. 190 *bis* non è stato abrogato e neanche oggetto di diretta modifica, ma ne è stata limitata la portata, indirettamente, con la legge 7 agosto 1997, n. 267.

L'art. 3, comma 1, lett. a), della suddetta novella legislativa modifica l'art. 238 c.p.p., inserendo il comma 2 *bis*, in base al quale è stato previsto che i verbali di altro procedimento sono utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione. Dall'introduzione di tale articolo deriva, dunque, una più ridotta applicazione delle deroghe di cui all'art. 190 *bis* c.p.p., in quanto l'esame orale continua, sì, ad escludersi nell'ipotesi in cui il teste avesse già effettuato la propria dichiarazione in un altro procedimento, ma solo a condizione che durante tale dichiarazione fosse stato presente il difensore dell'imputato. Le modifiche apportate, pertanto, riescono ad incidere sul raggio di operatività dell'art. 190 *bis* c.p.p., ma, tuttavia, essendo rimasto invariato il contenuto di questa, la norma ha continuato a produrre i suoi effetti³⁰.

²⁸ Cfr. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, op. cit., p. 124.

²⁹ Cfr. GAROFOLI, *Art.190 e 190 bis: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, op. cit., p. 945.

³⁰ Cfr. MAGGIO, *La rinnovazione del dibattito per mutamento del collegio nei processi in materia di criminalità organizzata: un'inedita riproposizione del paradigma dell'assoluta necessità probatoria*, op. cit.

Un cambiamento del tessuto normativo dell'articolo di cui si tratta e una consistente ridimensionamento dei suoi profili accentuatamente discrezionali e derogatori è avvenuto solo nel 2001, in seguito alla riforma dell'art. 111 Cost.

In seguito all'approvazione della legge costituzionale n. 2 del 1999 intitolata "Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione"³¹ è apparso, infatti, evidente il contrasto tra il principio del contraddittorio e la disciplina di cui all'art. 190 *bis* c.p.p. La discrasia tra quest'ultima norma del codice rispetto al 3 comma dell'art. 111 Cost., che assicura all'accusato, davanti al giudice, la facoltà di interrogare e di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, e il 4 comma del medesimo articolo, che consacra il principio del contraddittorio nella formazione della prova, non era irrilevante.

Il legislatore ha, dunque, provveduto a rendere la disciplina del 190 *bis* c.p.p. maggiormente compatibile con i diritti consacrati nella nostra Costituzione, con la legge n. 63 del 2001, recante "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 Cost".

Nel nuovo testo dell'art. 190 *bis*, comma 1 c.p.p., è oggi previsto che "nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'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 o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime erano state utilizzate, ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni

³¹ Secondo cui "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo, regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. 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".

ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze”.

3.2 Analisi e criticità del testo vigente

Le modifiche apportate all'articolo de quo non hanno, di fatto, né stravolto l'impianto della disciplina né, di conseguenza, fatto tacere i dubbi suscitati dalla stessa.

In primo luogo è, però, da rilevarsi come la novella del 2001 abbia il merito di aver eliminato il requisito “dell'assoluta necessità” che rappresentava il profilo maggiormente problematico della disciplina. È stato, dunque, previsto che l'esame sarà ammesso solo in presenza di due requisiti: l'emersione di un *novum* rispetto all'oggetto dichiarato o l'intervento del giudice o di taluna delle parti che ne rilevino la necessità sulla base di specifiche esigenze.

Per quanto riguarda il primo requisito, “la diversità dell'oggetto dell'esame” è in qualche modo assimilabile al generale criterio di “non manifesta superfluità” previsto dall'art. 190 c.p.p.; l'esame, infatti, che riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni non potrebbe essere considerato manifestamente superfluo. Lo

stesso criterio riporta, inoltre, in auge il criterio di “pertinenza-rilevanza” sancito nell'art. 187 c.p.p.³²

Per quanto riguarda, invece, il parametro delle “specifiche esigenze” è evidente che questo sia formalmente più rigoroso rispetto al discrezionale parametro valutativo “dell'assoluta necessità”, ma resta, tuttavia, dai contorni tutt'altro che definiti e finisce per attribuire al giudice un potere incontrollato e soggettivo³³. Si tratta, infatti, di correzioni inidonee a garantire un recupero pieno del contraddittorio, e poco utili a riaffermare l'immediatezza e l'oralità, soprattutto ove si tenga conto del fatto che il nuovo criterio, utilizzato per valutare l'ammissibilità della richiesta probatoria, pur sottraendo la scelta al domino esclusivo del giudice, appare evanescente e alquanto ambiguo incerto, legittimando scelte imprevedibili dell'organo giudicante su un tema così scottante e

³² Cfr. MAGGIO, *La rinnovazione del dibattito per mutamento del collegio nei processi in materia di criminalità organizzata: un'inedita riproposizione del paradigma dell'assoluta necessità probatoria*, op. cit.

³³ Cfr. GAROFOLI, *Art.190 e 190 bis: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, op. cit.

decisivo nella dinamica processuale³⁴. Tali confini incerti hanno, infatti, comportato la possibilità di procedere a un nuovo esame nel caso in cui sorgano dei dubbi, a causa dell'incerta attendibilità del dichiarante o per necessità di colmare lacune e verificare imprecisioni, circa le dichiarazioni precedentemente rese. Questa possibilità è, inoltre, in linea con un orientamento della Corte di Cassazione secondo cui “la parziale reticenza del testimone che abbia già reso, nel contraddittorio delle parti, dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento, può consentire un nuovo esame a condizione che siano indicati gli elementi in base ai quali può ritenersi probabile il superamento delle lacune”³⁵.

Inoltre, anche per il parametro delle “specifiche esigenze” sarebbe indebita una sovrapposizione con il parametro di cui all'art. 507 c.p.p. Così come rilevato sopra, infatti, l'art. 507 c.p.p. si riferisce ad una fase conclusiva dell'istruttoria dibattimentale, dove la conoscenza di gran parte degli elementi probatori consente una valutazione di necessità della prova; a differenza, invece, dell'art. 190 *bis* c.p.p. che trova la sua applicazione in una fase in cui il giudice ha una visione limitata del materiale probatorio³⁶.

In secondo luogo è necessario far menzione delle sedi processuali nelle quali possono essere assunte le dichiarazioni. Il nuovo art. 190 *bis* c.p.p. stabilisce che le dichiarazioni rese in incidente probatorio o in altro procedimento possono essere assunte, alle condizioni sopra esposte e, in particolare, purché siano state assunte in contraddittorio con la presenza del difensore dell'imputato nei cui riguardi le dichiarazioni saranno utilizzate.

Secondo tale disposizione è, dunque, possibile acquisire verbali di dichiarazioni rese innanzi ad altro giudice, ciò palesa, evidentemente, la deroga ai principi di oralità e immediatezza, arrivandosi a capovolgere la sequenza conoscitiva prevista dell'art. 511 comma 2 c.p.p., in forza del quale la lettura dei verbali contenenti dichiarazioni è consentita solo dopo l'escussione dibattimentale di chi le ha rese. Inoltre, occorre rilevare che i verbali acquisiti potrebbero ben riguardare una diversa imputazione e ciò comporterebbe che non possa ritenersi integrato il contraddittorio, che può dirsi realizzato

³⁴ Cfr. 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*, op. cit.

³⁵ Così, Cass. Sez. III, 8 aprile 2010, n. 19729.

³⁶ Cfr. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, op. cit., p. 135.

solo nel caso in cui la difesa sia posta nella condizione di partecipare attivamente nella formazione della prova avendo, di fatto, precisa conoscenza dell'imputazione, ma solo un simulacro dello stesso³⁷.

I limiti di tale istituto, inoltre, emergono ancor più chiaramente avendo riguardo ai verbali assunti in incidente probatorio. Tale istituto trova applicazione nel corso delle indagini preliminari, fase in cui la conoscenza dei fatti è tutt'altro che completa e, soprattutto, tipica di questa fase è la circostanza che la difesa non ha piena conoscenza degli atti investigativi. L'unico caso in cui il pubblico ministero è tenuto a depositare tutti gli atti d'indagini si verifica in caso di incidente probatorio relativo alla testimonianza di un soggetto infra sedicenne limitatamente alla fattispecie di reato di cui all'art. 392 comma 1 c.p.p.³⁸ Negli altri casi, invece, in virtù della necessità della riservatezza della investigazione, il difensore che partecipa all'assunzione delle dichiarazioni ha una conoscenza limitata degli atti d'indagini e, di conseguenza, gli è preclusa la possibilità di esercitare appieno il proprio diritto di difesa, in quanto la mancanza di parità delle parti proibisce l'istaurazione di un vero e proprio contraddittorio.

Con la disciplina di cui all'art. 190 *bis* c.p.p. è stato, inoltre, sacrificato il principio di immutabilità del giudice. In virtù di quanto previsto dall'art. 525, comma 2, c.p.p. e nel pieno rispetto del principio di oralità-immediatezza, alla deliberazione della sentenza devono concorrere, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno preso parte al dibattimento; nel caso di mutamento del giudice, pertanto, si dovrà procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. La *ratio* della normativa si fonda sulla volontà di instaurare un rapporto diretto tra giudice e prova, particolarmente con quella dichiarativa, che non è, invece, garantito dalla semplice lettura dei verbali; si richiede, infatti, la diretta percezione da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, prodotti dal metodo dialogico dell'esame e del controesame, connotati che possono rilevarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio, così da poterne poi dare compitamente conto nella motivazione³⁹. In vista di tale principio, dunque, la Corte Costituzionale ha precisato come nei processi ordinari, in

³⁷ In tal senso, DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: controriforma del diritto probatorio* in *Archivio Penale*, 2014, n.3.

³⁸ Cfr. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, op. cit., p. 137.

³⁹ Cfr. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, op. cit., p. 131s.

caso di rinnovazione del dibattimento può essere il giudice persona fisica diversa da quella davanti alla quale si era svolta l'istruttoria dibattimentale; il nuovo giudice procederà, innanzitutto, secondo i parametri fissati dall'art. 190, alla valutazione della prova; qualora non la ritenga manifestamente superflua o irrilevante, procederà alla sua assunzione secondo le modalità prescritte dalla legge e, cioè, disponendo la lettura dei verbali delle precedenti dichiarazioni, solo dopo l'esame⁴⁰. Nel delineare tale iter la stessa Corte Costituzionale fa "salva l'ipotesi di cui all'art. 190 *bis* c.p.p.". Nei procedimenti di criminalità organizzata è, infatti, diversamente previsto che qualora muti la composizione del collegio, il giudice provvederà direttamente all'acquisizione dei verbali delle dichiarazioni rese dinanzi al precedente collegio, come se vi sia una sorta di presunzione di superfluità del nuovo esame, derogando dunque al principio di immediatezza⁴¹.

Nonostante le suddette evidenti deroghe ai principi cardine del giusto processo di cui è portatore l'art. 190 *bis* c.p.p., le sollevate questioni di legittimità costituzionale di quest'ultimo sono state sempre ritenute manifestamente infondate dalla Suprema Corte, la quale non ha inteso rimettere gli atti al Giudice delle leggi sul presupposto che il particolare regime disciplinato nell'art. 190 *bis* "si giustifica per l'esigenza di prevenire l'usura delle fonti di prova e il pericolo della loro intimidazione"⁴².

Si deve, tuttavia, constatare che il giudizio di "manifesta infondatezza" poggia su considerazioni di politica criminale che porta al tradimento dell'uguaglianza processuale in omaggio ad un principio di semplificazione, speditezza e di sicurezza sociale⁴³.

In conclusione e a conferma di quanto appena detto, occorre rilevare come il legislatore abbia negli ultimi anni esteso l'ambito di applicazione di tale norma proprio per far fronte a nuove emergenze criminali⁴⁴. Le maglie del doppio binario probatorio, senza dubbio utile per reprimere i reati di maggior allarme sociale ma a volte in frizione

⁴⁰ Così, Corte Cost. Ordinanza 11 dicembre 2001 n. 399

⁴¹ Cfr. 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*, op. cit.

⁴² In tal senso, ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, op. cit., p. 137; in riferimento alla sent. Cass. Sez. I, 16 giugno 2001, Bagarella.

⁴³ Cfr. DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: controriforma del diritto probatorio*, op. cit.

⁴⁴ In riferimento all'art. 13, comma 3, L. 3 agosto 1998, n. 129 con cui il doppio binario probatorio è stato esteso anche ai procedimenti per i reati di pedofilia e violenza sessuale ed altre tipologie di reati ed al d. lgs. 211/2015 che ha modificato il comma 1 *bis* dell'art. 190 estendendo la predetta disciplina derogatoria ai casi in cui "l'esame testimoniale richiesto riguarda una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità.

con i principi costituzionale, siano state allargate, facendovi confluire anche i reati differenti da quelli di mafia⁴⁵.

4. La “circolazione probatoria”

Nel corso della trattazione della disciplina di cui all’art.190 *bis* c.p.p. si è fatto più volte riferimento all’art. 238 c.p.p., in quanto proprio dal combinato disposto di tali articoli è regolato il meccanismo della “circolazione probatoria” nei procedimenti per i reati di criminalità organizzata.

Con l’espressione “circolarità probatoria” si allude ad un fenomeno non infrequente nella prassi giudiziaria, in forza della quale prove formatesi in un altro procedimento penale o civile approdano dinnanzi ad un giudice nuovo e diverso da quello che ne ha presieduto l’assunzione, per essere rivalutate unitamente a quelle assunte nel processo *ad quem*. Tale istituto nel consentire che una prova assunta in altra sede sia acquisita ed esaminata da un diverso giudice rappresenta una grande deroga ai principi di oralità e immediatezza, principi cardine del giusto processo. Di fatto, tutte le modalità di acquisizione probatoria “diverse” da quelle che si attuano nel contesto della dialettica dibattimentale orale, con le parti in condizione di parità, mal si conciliano con un sistema processuale a vocazione accusatoria, considerato il più idoneo ad assicurare l’elaborazione di una conoscenza più possibile “giusta”⁴⁶.

La portata derogatoria dell’istituto risalta ancor più fortemente, facendo riferimento a un meccanismo di richiami multipli presente negli artt. 238, comma 5, 190 *bis* e 51, comma 3 *bis*, c.p.p., per i reati di criminalità organizzata. Mentre, infatti, in generale, resta fermo il diritto delle parti di ottenere, a norma dell’art. 190 c.p.p. l’esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite a norma dei commi 1, 2, 2 *bis*, 4 dell’art. 238 c.p.p.; nel caso in cui si proceda per i reati di cui all’art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., in virtù di quanto previsto dal comma 5 dell’art. 238 c.p.p., le dichiarazioni acquisite *ex art.* 238 c.p.p. non possono, mediante l’esplicita richiesta di parte interessata, condurre all’audizione orale *ex novo* del dichiarante, a meno che l’esame non verta di temi diversi o non sia ritenuto dal giudice o da taluna delle parti necessario su specifiche esigenze *ex art.* 190 *bis* c.p.p.

⁴⁵ Cfr. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, op. cit., p. 29.

⁴⁶ *Ibidem* p. 106

La *ratio* della disciplina differenziata è duplice: vi è la necessità, da una parte, di preservare i soggetti titolari di un certo patrimonio conoscitivo in merito ad organizzazioni criminali dalla presunta condizione di pericolo in cui versano, e dall'altra, quella di scongiurare l'usura di testimoni e coimputati, o imputati in procedimenti connessi ma separati, determinata dalla esposizione reiterata ed in più occasioni processuali di dichiarazioni attorno ai medesimi accadimenti⁴⁷.

È bene, inoltre, ribadire che tale disciplina è stata introdotta nei primi anni '90 e, dunque, si inserisce in un contesto di grave allarme sociale denegata dai crimini di stampo mafioso, che ha portato il legislatore a prendere scelte dettate, principalmente se non unicamente, dall'impellente necessità di far fronte al fenomeno mafioso; scelte che, pertanto, sono state più volte oggetto di modifica.

4.1 L'evoluzione della normativa

Il citato d.l. 306 del 1992, convertito in l. 356 del 1992, a partire dal quale si può parlare della formazione del "doppio binario probatorio", capovolge completamente la disciplina concerne la "circolazione delle prove" prevista nell'art. 238 c.p.p. del codice dell'88.

Prima del suddetto intervento normativo, il legislatore aveva delineato una disciplina che manifestasse un particolare disfavore rispetto agli atti *aliunde* provenienti, che risultavano acquisibili in modo limitato⁴⁸.

Nella stesura originaria del codice, infatti, emergeva chiaramente come il legislatore volesse distinguersi dal previgente sistema inquisitorio⁴⁹, tracciando una disciplina di *ex art. 238 c.p.p.*, che distinguesse tra verbali di prova formati in procedimenti civili ed in procedimenti penali. I primi potevano essere acquisiti soltanto se il relativo procedimento fosse stato definito con sentenza, che avesse acquistato autorità di giudicato, ne offrisse anche una valutazione consolidata. L'acquisizione dei secondi era, invece, ammissibile solo se si fosse trattato di prove assunte nell'incidente probatorio, nel dibattimento o di verbali di cui era stata data lettura proprio nel corso di

⁴⁷ In questo senso, GAROFOLI, *Art.190 e 190 bis: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, op. cit. p. 945 e ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, op. cit., p. 109.

⁴⁸ Cfr. CANTONE, *La circolazione probatoria tra procedimenti. Le modifiche introdotte dalla l.n. 63/01 in Cass. Pen.*, fasc. 7-8, 2002, pag. 2561.

⁴⁹ Nel codice del 1930 era ammessa la lettura al dibattimento degli atti di ogni processo penale o civile irrevocabilmente concluso art 466 comma 2 o dei procedimenti pendenti connessi 144 *bis* con l'unica condizione che il presidente lo ritenesse utile.

un dibattito, soltanto se le parti vi avessero acconsentito. La subordinazione della circolarità della prova al consenso delle parti, dunque, rendeva il fenomeno assai marginale nella prassi.

Tale sistema, fortemente restrittivo, apparve inidoneo nei primi anni '90, di fronte alla situazione emergenziale successiva ai gravi delitti di stampo mafioso e al conseguente obiettivo di facilitare la formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata⁵⁰.

Nella novella disciplina del 1992 è, dunque, venuto meno ogni riferimento al consenso delle parti; la regola era, dunque, 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 dibattito”. Solo al 5 comma dell’art. 238 c.p.p. era presente un correttivo finalizzato a tutelare il diritto dell’imputato, in quanto si prevedeva che le parti conservavano il diritto di esaminare le persone i cui verbali erano stati acquisiti *ex art. 238 c.p.p.* Tale correttivo, così come espressamente previsto, non si applicava, però, per i reati di criminalità organizzata, per quest’ultimi, infatti operava il regime derogatorio di cui all’art. 190 *bis* c.p.p. Nella prassi, dunque, per la maggior parte dei procedimenti per reati di criminalità organizzata capitava che gran parte del materiale probatorio si formasse senza neanche il contributo dialettico dell’imputato. La disciplina così delineata si pone in forte contrasto con i principi del processo accusatorio, infatti, seppur vero che il legislatore abbia circoscritto l’ambito applicativo della norma alle ipotesi in cui la prova dichiarativa sia stata assunta in incidente probatorio o in dibattito e dunque sempre in contraddittorio, è da rivelare che la norma non richiedesse espressamente che a questo contraddittorio doveva aver preso parte il soggetto nei cui confronti le dichiarazioni sarebbero state utilizzate.

La palese incoerenza della disciplina del 1992 con i principi del giusto processo è stata presto rilevata dallo stesso legislatore, il quale ha cercato di ridimensionare la portata dell’istituto con la l. 267 del 1997.

È stato, infatti, introdotto il comma 2 *bis*, il quale prevedeva che le dichiarazioni rese dalle persone imputate di procedimento connesso e/o collegato provenienti da altro

⁵⁰ Cfr. CANTONE, *La circolazione probatoria tra procedimenti. Le modifiche introdotte dalla l.n. 63/01*, op. cit.

procedimento erano utilizzabili soltanto nei confronti di coloro i cui difensori avessero partecipato alla loro assunzione.

La nuova regola comportava, dunque, che i verbali provenienti da altri procedimenti potessero essere utilizzati soltanto nei confronti di alcune categorie soggettive ed in particolare nei confronti di quei soggetti che avevano potuto partecipare, attraverso il proprio difensore, alla formazione dell'atto. Essendo, però, il disposto normativo limitato ai soli soggetti di cui all'art. 210 c.p.p., potevano, comunque, essere acquisiti i verbali di dichiarazioni di altri procedimenti resi da testimoni, anche se alla loro assunzione non aveva partecipato il difensore della parte⁵¹.

4.2 L'assetto normativo vigente

L'art. 238 c.p.p. è stato nuovamente oggetto di modifica con la l. 63 del 2001.

In seguito a tale intervento normativo restano invariati i commi 1 e 2 dell'art. 238 c.p.p., che prevedono rispettivamente l'ammissione dell'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale, alla condizione, però, che tali prove siano state assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento; l'acquisizione di verbali di prove assunte in giudizio civile, definito con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata.

È stato, invece, oggetto di modifica il comma 2 *bis* che detta le regole per il caso in cui le prove formatesi in altro processo penale siano dichiarazioni.

Diversamente, infatti, da quanto previsto dalla legge del 1997 che ha introdotto tale comma, nella formulazione attuale non vi è più una disciplina differenziata nel caso in cui le dichiarazioni siano state rese da imputato *ex art.* 210 c.p.p. o da testimoni. In entrambi i casi è previsto che le dichiarazioni possano essere utilizzate contro l'imputato solo se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova o se nei suoi confronti fa stato la sentenza civile. La prima rilevante modifica consiste, dunque, nell'applicazione di una disciplina comune sia per le dichiarazioni di imputati in procedimenti connessi e/o collegati *ex art.* 210 c.p.p. sia per quelle di testimoni e di testimoni assistiti *ex art.* 197 e 197 *bis* c.p.p.⁵²

⁵¹ Cfr. CANTONE, *La circolazione probatoria tra procedimenti. Le modifiche introdotte dalla L.n. 63/01*, op. cit.

⁵² Cfr. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze in Archivio Penale*, 2 ott 2011.

La seconda modifica apportata nel 2001 è di tipo terminologico; il comma 2 *bis* dell'art. 238 nella stesura originaria del 1997 faceva riferimento alla utilizzabilità delle dichiarazioni rese “nei confronti” dell'imputato, nell'attuale si fa, invece, uso di una parola diversa, ossia “contro” l'imputato. La modifica, certamente non casuale, potrebbe far ritenere che se le dichiarazioni rese in altro procedimento non devono essere utilizzate contro l'imputato ma a suo favore, esse saranno acquisibili ed utilizzabili direttamente *ex art. 238 comma 1 c.p.p.* e, quindi, anche se il difensore dell'imputato non ha partecipato alla loro assunzione ed indipendentemente dal consenso dell'imputato medesimo. La decisione si spiega in virtù del fatto che si tratta di prove dichiarative che non hanno come oggetto la colpevolezza dell'imputato.

Oggetto di modifica sono stati anche i commi 3 e 4 dell'art. 238 c.p.p. Il comma 3 oggi prevede che l'acquisizione della documentazione di atti, riferendosi non solo a quelli dibattimentali ma anche a quelli provenienti dalla fase investigativa, è ammessa se questi sono irripetibili; precisa, inoltre, che se l'impossibilità di ripetizione è sopravvenuta l'acquisizione è possibile solo quando l'irripetibilità sia collegata a fatti e circostanze imprevedibili⁵³.

Il comma 4 si occupa invece della possibilità di acquisire ed utilizzare i verbali diversi da quelli indicati nei commi precedenti; stabilisce che i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati nel dibattimento soltanto nei confronti dell'imputato che vi consenta e che, in assenza di tale consenso, l'utilizzo di detti verbali è limitato alle contestazioni *ex artt. 500 e 503 c.p.p.* Il consenso rende, quindi, acquisibile ciò che, in prospettiva di fondo, dovrebbe restar fuori. La mancanza di esso, tuttavia, non esclude l'acquisizione al di fuori dei casi indicati dalla legge bensì incide sul regime di utilizzabilità dell'atto: i verbali di dichiarazioni acquisite al di fuori dei casi descritto in precedenza, in mancanza di consenso, possono essere utilizzati solo per le contestazioni⁵⁴.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 238 c.p.p. fa salvo il diritto delle parti di ottenere a norma dell'art. 190 l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite, a meno che non si proceda per i reati di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. Il 5 comma, infatti, dell'art. 238 c.p.p. fa salvo quanto previsto dall'art. 190 *bis*. Dal combinato disposto di tali articoli si crea, come sopra esposto, una grande deroga alla disciplina della

⁵³ Puntualizzazione in linea con il disposto del comma 5 dell'art. 111 Cost ed omogenea rispetto a quanto previsto all'art. 512 c.p.p.

⁵⁴ Cfr. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, op. cit.

circolazione probatoria ordinaria, in quanto si delinea un sistema che finisce per ammettere la possibilità che una prova, che si è formata nel corso di un altro procedimento, sia utilizzata in un diverso procedimento da un giudice diverso da quello che ha proceduto alla sua assunzione, senza che possa, inoltre, procedersi all'escussione orale del dichiarante.

Le ragioni di economia processuale e le istanze repressive di alcune tipologie di reati finiscono, dunque, per prevalere sui principi dell'oralità e dell'immediatezza.

5. La valenza probatoria delle sentenze irrevocabili

L'art. 3 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356, inserisce nel codice di rito l'art. 238 *bis*; questo, sebbene non rappresenti un precipitato diretto del "doppio binario processuale", in quanto è applicabile ad ogni tipologia di giudizio, disciplina il fenomeno, di particolare importanza nei processi tesi all'accertamento dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., della circolazione delle sentenze⁵⁵.

La norma è stata, infatti, introdotta negli anni della c.d. legislazione dell'emergenza, al preciso scopo di semplificare, da un punto di vista probatorio, la dimostrazione dell'esistenza di una compagine associativa nei processi di criminalità organizzata a carico di soggetti accusati, di volta in volta, di farne parte. La prova dell'esistenza di un'associazione mafiosa fornita nell'ambito di un procedimento assumeva, dunque, un singolare effetto moltiplicativo nei procedimenti instaurati successivamente o parallelamente a carico dei singoli membri del sodalizio, esonerando il pubblico ministero, prima, il giudice, dopo, dal gravoso compito di doverla provare tutte le volte⁵⁶.

L'art. 238 *bis* c.p.p. prevede che fermo restando quanto previsto dall'art. 236 c.p.p.⁵⁷, è possibile l'acquisizione in un altro processo di sentenze divenute irrevocabili

⁵⁵ Cfr. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, op. cit., p.111.

⁵⁶ Cfr. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, op. cit.

⁵⁷ L'art. 236 c.p.p., recante "documenti relativi al giudizio sulla personalità", consente l'acquisizione dei certificati del casellario giudiziale, della documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale degli enti pubblici e presso gli uffici di sorveglianza nonché delle sentenze irrevocabili di qualunque giudice italiano e delle sentenze straniere riconosciute ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato o della persona offesa dal reato, se il fatto per il quale si procede deve essere valutato in relazione al comportamento o alle qualità morali di questa. Le sentenze indicate e i certificati del casellario giudiziale possono inoltre essere acquisiti al fine di valutare la credibilità di un testimone.

ai fini della prova si fatto in esse accertato e tali sentenze devono essere valutate a norma degli artt. 187 e 192, comma 3, c.p.p.

L'introduzione di una norma che legittima l'uso di una precedente sentenza passata in giudicato come prova in un diverso procedimento, sotto la tranquillizzante bandiera della necessaria risposta legislativa agli efferati delitti della criminalità organizzata, effettua una brusca inversione di tendenza nel nostro sistema processuale penale, che di accusatorio continuava a mantenere solo il nome⁵⁸.

È indubbio, infatti, che tale disciplina mal si concilia con i principi di oralità e immediatezza della prova: viene meno il rapporto diretto tra la prova assunta e il giudice chiamato a decidere; sia l'imputato che il giudice non hanno gli strumenti per confutare gli elementi probatori passati in rassegna nella motivazione della decisione irrevocabile.

La sentenza irrevocabile rischia, dunque, di incidere pesantemente sulla posizione dell'imputato, nonostante questo sia rimasto estraneo a quel processo; questa, inoltre, condiziona anche la decisione del giudice, il quale non potrà che prendere atto di quanto altrove deciso senza potersi discostare, anche e soprattutto perché la sua conoscenza è limitata esclusivamente all'ordito motivazionale⁵⁹.

In virtù di quest'ultimo rilievo emerge come l'art. 238 *bis* c.p.p. sia in contrasto con il principio del libero convincimento del giudice, tuttavia la Corte Costituzionale ha sottolineato che tale articolo non intacca il basilare principio per cui la prova deve formarsi nel contraddittorio delle parti né il principio del libero convincimento del giudice, non essendo riconosciuta alla sentenza irrevocabile acquisita alcun valore di prova legale⁶⁰. Nonostante tale posizione della Corte Costituzionale e il richiamo dell'art. 238 *bis* c.p.p. agli artt. 192, comma 3, 187 c.p.p. che fa salvo il principio del libero convincimento del giudice, la dottrina non ha smesso di evidenziare come inevitabilmente il giudice del processo di destinazione nella maggior parte dei casi aderisca supinamente ai contenuti della sentenza irrevocabile e sarà, pertanto, influenzato dal giudizio espresso da chi in precedenza e con immediatezza ha assistito alla formazione delle prove poste alla base della decisione⁶¹.

⁵⁸ Cfr. RUGGIERO, *I limiti dell'art. 238 bis c.p.p. alla luce dell'art. 111 Cost.* in *Cass. Pen.*, fasc. 10, 2004, p. 3170.

⁵⁹ Cfr. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, op. cit., p.115.

⁶⁰ Così, Corte Cost. 20 maggio 1996, n. 159.

⁶¹ Cfr. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, op. cit.

Inoltre, nonostante la norma in esame consenta alle parti di interloquire circa l'acquisizione probatoria della sentenza irrevocabile, è indubbio che la disciplina comporti una deroga al principio secondo cui la prova si deve formare in contraddittorio tra le parti; un conto è, infatti, dare alle parti la possibilità di istaurare un contraddittorio *ex novo* sull'assunzione di una prova, un altro è quello di consentire un confronto su una prova già assunta e di esito probatorio già dato.

Si può, dunque, affermare che grazie all'art. 238 *bis* c.p.p. si raggiunga lo scopo di semplificazione dell'istruzione dibattimentale, avvertito per ragioni di complessità di accertamento o per esigenze di durata del processo, ma si deve anche tenere in considerazione che tale articolo deroghi al principio della formazione in contraddittorio della prova, principio sancito dall'art. 111 Cost. In virtù, dunque, del suo contrasto con il dettato costituzionale per evitare la declatoria di illegittimità tale articolo dovrebbe rientrare tra le ipotesi prese in considerazione dal 5 comma dell'art. 111. L'art. 111 al comma 5 disciplina infatti tre casi in cui le deroghe al principio sono legittime, ossia nell'ipotesi in cui vi sia il consenso dell'imputato, ovvero vi sia un'accertata impossibilità di natura oggettiva, o infine, per effetto di provata condotta illecita. Ebbene, l'art. 238 *bis* non sembra rientrare in nessuna di queste tre ipotesi, poiché per quanto riguarda le ipotesi di accertata impossibilità oggettiva o di provata condotta illecita devono riguardare una o più prove determinate e 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; per quanto riguarda l'ipotesi del consenso, l'art. 238 *bis* c.p.p. non contiene nessun riferimento al consenso dell'imputato e, dunque, la norma non può essere ricompresa neanche all'interno di tale eccezione⁶².

Secondo quanto appena esposto, dunque, se l'art. 238 *bis* c.p.p. non rientra tra nessuna delle ipotesi derogatorie al contraddittorio costituzionalmente riconosciuto e, pertanto, di tale articolo dovrebbe essere dichiarata l'illegittimità costituzionale.

Ad esito totalmente diverso, è invece giunta la Corte Costituzionale, la quale 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

⁶² Cfr. RUGGIERO, *I limiti dell'art. 238 bis c.p.p. alla luce dell'art. 111*, op. cit.

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 stata acquisita, le parti rimangono libere di indirizzare la critica che si andrà a svolgere in contraddittorio, in funzione delle rispettive esigenze”⁶³. La Corte Costituzionale ha dunque escluso l'illegittimità dell'art. 238 *bis* c.p.p. con una sentenza interpretativa di rigetto, secondo la quale il principio del contraddittorio nel momento della formazione della prova non potrebbe dirsi violato in quanto, in relazione alla specifica natura della prova-sentenza, esso troverebbe esplicitazione, più che nel momento dell'acquisizione della prova, in quello successivo della sua attuazione, normativamente condizionata dal rinvenimento di quegli altri elementi di conferma *ex art.* 192 comma 3 c.p.p., che devono emergere dal contraddittorio tra le parti⁶⁴.

6. Processo a distanza

Con l'espressione “processo a distanza” s'intende, genericamente, la disciplina derivante dal combinato disposto degli artt. 146 *bis* e 147 *bis* disp. att. c.p.p.

La legge 7 gennaio 1998, n. 11 ha introdotto infatti nel nostro ordinamento la disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza dell'imputato detenuto (art. 146 *bis* disp. att. c.p.p.); istituto che si affianca all'esame a distanza delle persone che collaborano con la giustizia (art. 147 *bis* disp. att. c.p.p.), già previsto dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306.

L'obiettivo di questa disciplina è, nel primo caso, quello di ridurre i rischi connessi ai frequenti spostamenti dei detenuti, nonché i tempi del dibattimento, evitando fra l'altro il c.d. “turismo giudiziario” di chi risulta imputato in numerosi procedimenti pendenti in sedi diverse ed i continui rinvii delle udienze determinati dall'inalienabile diritto dell'imputato di partecipare a ciascun procedimento, con la facoltà di scegliere quello in cui comparire; nel secondo, invece, si intende garantire al dichiarante la propria sicurezza, dandogli la possibilità di rendere l'esame in un luogo protetto e segreto⁶⁵.

⁶³ Così, Cort. Cost. 6 febbraio 2009, n. 29.

⁶⁴ In tal senso, IAFISCO, *Acquisizione della prova-sentenza ex art. 238 bis c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova* in *Giur. Cost.*, fasc. 1, 2009, p. 0217B.

⁶⁵ In questo senso, BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Torino, 2018, p.761.

La disciplina del processo a distanza è da collocarsi, insieme ad altre norme derogatorie rispetto al codice di rito, tra quelle che formano il c.d. doppio binario.

Nell'analisi della disciplina de qua è necessario, infatti, partire dalla ratio che ha spinto il legislatore del 1992 a prevedere l'esame a distanza.

Il d.l. 306 del 1992, emanato in epoca immediatamente successiva alla strage di Capaci, con il quale è stato introdotto l'art. 147 *bis*, era, infatti, finalizzato a tutelare la sicurezza dei soggetti, i c.d. collaboratori di giustizia, che si apprestavano a rendere dichiarazioni circa il sodalizio criminale e che, in virtù del sovente ricorso delle associazioni criminali all'utilizzo di metodi e tecniche intimidatorie, erano esposti a pericolo per la propria incolumità.

Anche l'introduzione dell'art. 146 *bis*, può essere spiegata avendo a riguardo le esigenze processuali proprie dei processi di criminalità organizzata. I magistrati maggiormente impegnati nel contrasto alla criminalità organizzata avevano, infatti, da tempo sollecitato un'implementazione del ricorso ai collegamenti telematici⁶⁶.

In primo luogo, poiché caratteristica peculiare dell'imputato per un reato di tipo mafioso è che questo si trovi interessato, a diverso titolo, a più procedimenti, vantando, inoltre, l'inviolabile diritto di partecipare a tutti. Qualora, dunque, l'imputato decidesse di prendere parte a tutti i dibattimenti che lo riguardano non si potrebbe far altro che rinviare l'udienza, comportando, così, un allungamento dei tempi processuali e, di conseguenza, la vanificazione del principio della "ragionevole durata del processo"⁶⁷.

In secondo luogo, era avvertito il serio pericolo che la moltiplicazione degli spostamenti comporta per l'ordine pubblico e per la sicurezza dell'imputato stesso e delle forze dell'ordine. Inoltre, il fenomeno del c.d. turismo giudiziario rischia di vanificare il regime emergenziale di cui all'art. 41 *bis* della legge 26 luglio 1975 n. 354, avente l'obiettivo, tra gli altri, di evitare ogni contatto tra gli imputati di criminalità organizzata e gli altri membri del sodalizio, al fine di ottenere una recessione dell'imputato dall'associazione criminosa di appartenenza.

⁶⁶ Cfr. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando* in *Diritto Penale Processo*, 7-8/2017.

⁶⁷ Cfr. RIVELLO, *Uno strumento indispensabile contro la mafia con effetti positivi sui tempi del dibattimento* in *Giuda dir.*, 1998, 1.

A ben vedere, dunque, entrambe le fattispecie rappresentano delle misure differenziate adottate dal legislatore per far fronte alle difficoltà di accertamento dei gravi reati a struttura associativa della criminalità organizzata.

Seppur chiara la ratio della disciplina, emerse, tuttavia, il dubbio che questa potesse incidere negativamente sulle garanzie difensive accordate all'imputato dal codice dell'88. Era, dunque, necessario verificare se la presenza elettronica prodotta al dibattimento dell'imputato e del testimone rappresentasse una variante di tipo meramente formale rispetto agli schemi tradizionali del processo o si ponesse in contrasto con questi⁶⁸.

I timori concernenti l'eventuale limitazione di talune garanzie fondamentali erano, inoltre, propri dello stesso legislatore, che inizialmente aveva attribuito a questa disciplina le connotazioni di una normativa a tempo, volta a rappresentare una risposta emergenziale alle minacce della criminalità organizzata. L'art. 6 della legge 7 gennaio 1998, n. 11 limitava infatti nel tempo l'operatività della disposizione in oggetto; tale termine venne poi prorogato e, infine, si procedette con l'eliminazione dell'art. 6, rendendo così permanente nel sistema processuale penale la disciplina di cui agli artt. 146 *bis* e 147 *bis* disp. att. c.p.p.

6.1 L'evoluzione della normativa

6.1.1 L'esame a distanza

Per salvaguardare la sicurezza di testimoni o imputati il codice aveva fatto leva sul tradizionale strumento di procedere al relativo esame a porte chiuse ex. art. 472, comma 3, c.p.p., senza che venisse coinvolta la pubblicità mediata realizzata con la stampa (artt. 473 comma 2 e 114 comma 4 c.p.p.) o con i mezzi audiovisivi (art. 147 comma 4 disp. att. c.p.p.), nella realistica consapevolezza che l'interesse alla conoscenza pubblica è vivace rispetto ai dibattimenti dove si concretizzano pericoli per l'incolumità di testimoni o imputati⁶⁹.

L'aumento degli attentati, spesso riusciti, di testimoni o imputati in processi di particolare allarme sociale richiese un intervento del legislatore, il quale, con l'art. 7 del

⁶⁸ Cfr. NAPPI, *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici* in *Diritto e procedura penale*, fasc. 2, 1999, p. 487.

⁶⁹ In questo senso, BARGIS, *Compendio di procedura penale*, op. cit., p. 234.

d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356 ha introdotto l'esame a distanza.

L'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p. prevedeva l'utilizzazione del collegamento audio visivo per l'esame delle persone ammesse, in base alla legge, a programmi o a misure di protezione.

I destinatari della norma erano, dunque, i soggetti che, per la loro collaborazione prestata alla giustizia, si sono esposti al rischio di ritorsione e, di conseguenza, di pericolo per la loro incolumità.

L'audizione del collegamento audiovisivo era meramente facoltativa; era, infatti, legata, in primo luogo ad una valutazione di opportunità del giudice del dibattimento in relazione alle esigenze di protezione e sicurezza delle persone da esaminare e, in secondo luogo, alla concreta disponibilità degli strumenti tecnici idonei a consentire il collegamento.

Il secondo comma, aggiunto in sede di conversione, prevedeva, inoltre, che l'esame a distanza potesse svolgersi anche per la persona di cui era già stata disposta la nuova assunzione a norma dell'art. 495, comma 1, ovvero quando vi fossero gravi difficoltà ad assicurare la comparizione della persona sottoposta ad esame.

La versione originale della norma aveva il grande merito di aver dato conferma della maturata consapevolezza legislativa di coniugare opposte esigenze. Da un lato, quella di sicurezza dei "collaboranti", la cui incolumità è messa in pericolo ogni volta questi debbano presenziare al dibattimento; dall'altro, quella di rispettare i caratteri propri della dialettica dibattimentale⁷⁰.

Durante i lavori parlamentari di conversione del d.l. 306 del 1992, il Relatore chiarisce, infatti, che "la previsione del nuovo art. 147 *bis* disp. att. c.p.p. è dettata dall'intuibile esigenza di salvaguardare l'immagine delle persone" ma, allo stesso tempo, di salvaguardare l'oralità e la dinamica probatoria tipiche del contraddittorio dibattimentale"⁷¹.

⁷⁰ Cfr. NAPPI, *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici*, op. cit.

⁷¹ In tal senso, Relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 306 in Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XI legislatura.

Con la l. 7 gennaio 1998, n. 11 è stata ridisegnata la disciplina dell'esame a distanza, essendone ampliata l'applicazione; tale legge ha inoltre introdotto l'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. a partire dal quale si può, di fatto, parlare di "processo a distanza".

Soffermandoci per ora sull'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p., il legislatore con la l. del 1998 mantiene ferme due previsioni (comma 2 e 5), secondo le quali l'esame a distanza può essere disposto, per un verso, nei confronti delle persone ammesse, in base alla legge, a programmi o misure di protezione ove siano disponibili strumenti tecnici idonei a consentire siffatto collegamento, e, per altro verso, nei confronti della persona di cui è stata disposto un nuovo esame a norma dell'art. 495, comma 1, c.p.p., ovvero presenti gravi difficoltà di comparire in udienza. Con la suddetta legge sono, però, state introdotte ipotesi di esame a distanza c.d. obbligatorie.

L'esame audiovisivo assume carattere obbligatorio in presenza di una delle tre ipotesi contemplate dall'art. 147 *bis*, comma 3, disp. att. c.p.p.: la prima relativa all'esame delle persone ammesse a programmi o misure di protezione sempre che si proceda per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., la seconda relativa all'esame delle persone soggette a cambiamento delle generalità e nei cui confronti la nuova disposizione consente di disporre tutte quelle cautele idonee ad evitare la visibilità del volto della persona ed, infine, la terza relativa ai processi di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. per l'esame delle persone imputate in un procedimento connesso nei cui confronti si procede per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., anche se vi è stata separazione dei procedimenti.

Il carattere obbligatorio dell'esame a distanza è, però ridimensionato, ad opera dello stesso articolo, in quanto è consentito al giudice di richiedere la presenza in aula del teste o dell'imputato qualora ne ravvisi l'assoluta necessità. Il legislatore ha, infatti, fin da subito preso atto del carattere derogatorio dell'articolo che opera in un regime emergenziale e di conseguenza si è ritenuto appunto affidare al giudice un potere discrezionale in riferimento al caso concreto circa l'attuazione dell'esame a distanza.

Al comma 2 del riformato articolo, il legislatore si preoccupa, inoltre, di assicurare che il meccanismo audiovisivo non leda il diritto alla difesa dell'imputato, stabilendo la presenza nella postazione remota di un ausiliario abilitato ad assistere il giudice in udienza che attesta le generalità dell'esaminando e da atto della corretta osservanza delle

regole preposte alla disciplina dell'istituto e delle cautele adottate per assicurare la regolarità dell'esame.

L'art.147 *bis* disp. att. c.p.p. è stato poi oggetto di ulteriori modifiche normative⁷² fino ad arrivare alla sua formulazione ordinaria, in virtù della l. 23 giugno 2017 n. 103.

6.1.2. La partecipazione al dibattimento a distanza

Il primo intervento normativo che ha previsto la possibilità di collocare l'imputato in un luogo diverso dall'aula di udienza è stato introdotto con la l. 7 gennaio 1998, n. 11.

Le ragioni che hanno indotto il legislatore a introdurre la disciplina in esame possono ricondursi, trattandone più diffusamente rispetto a quanto fatto sopra, a quattro ordini di finalità⁷³.

Innanzitutto, vi era la necessità di contrastare la tendenza alla dilatazione dei tempi di decisione della fase dibattimentale, specie per i processi relativi ai delitti di criminalità organizzata. Tale fenomeno era dovuto al c.d. gigantismo processuale, inteso come una copiosa serie di processi con un elevato numero di imputati ed un altrettanto elevato numero di imputazioni ed al fatto che molti imputati fossero coinvolti in diversi processi contemporaneamente e pendenti in diversi sedi, con la legittima conseguenza che gli stessi imputati non rinunciassero a presenziare ad ogni processo.

In secondo luogo, vi era la necessità di garantire la sicurezza e l'ordine pubblico, messi in pericolo dai continui spostamenti di imputati per gravi delitti di stampo mafioso.

In terzo luogo, si intendeva conferire effettività al regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., in quanto il contenuto primario di questo regime si risolve nella sospensione dell'applicazione delle regole dell'ordinamento penitenziario, tendendo ad evitare che il destinatario del provvedimento continui ad esercitare il ruolo precedentemente rivestito in seno all'organizzazione nonostante la restrizione della libertà personale; gli spostamenti continui del soggetto per partecipare al processo vanificherebbero gli accorgimenti del 41 *bis* ord. penit.⁷⁴

⁷² Prima con il d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, convertito in l. 15 dicembre 2001, n. 438; successivamente con la l. 13 agosto 2010, n. 136.

⁷³ Cfr. BARONTINI, *La partecipazione a distanza al dibattimento: cronaca dell'espansione applicativa di un istituto dalla dubbia tenuta costituzionale* in FANCHIOTTI (a cura di), *Il contrasto alla criminalità organizzata: contributi di studio*, Torino, 2016, p. 161 s.

⁷⁴ In tal senso, RUGGIERO, *La sentenza sulla videoconferenza tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di "durata ragionevole" del processo penale* in *Cass. Pen.*, 2000, p. 830

Infine, si volevano contenere i costi connessi alle traduzioni dei detenuti imputati di determinati reati, in quanto i loro spostamenti comportavano l'impiego di consistenti nuclei di agenti addetti alla sorveglianza.

L'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., quando è stato introdotto nell'ordinamento, era volto a delineare un regime peculiare con riferimento a determinate categorie di reato di maggior allarme sociale.

Questo, infatti, prevedeva la partecipazione al dibattimento a distanza nel caso in cui si procedesse per taluno dei delitti indicati dall'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. o nei confronti di una persona che si trova, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in carcere.

La formulazione originaria dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., oltre a tali requisiti di carattere generale, richiedeva anche la presenza di una delle tre seguenti condizioni, e cioè che: a) sussistessero gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; b) il dibattimento risultasse di particolare complessità e la partecipazione a distanza fosse ritenuta necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento; c) si trattasse di detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit.

Mentre non potevano essere nutriti dubbi nell'individuazione del requisito c), non altrettanto poteva dirsi per quelli sub a) e b). Le due formulazioni risultano estremamente generiche e carenti di dettagli; richiedevano, infatti, un attento e discrezionale vaglio giudiziale volto ad accertare la sussistenza di detti requisiti⁷⁵.

Per quanto riguarda l'analisi della norma dal punto di vista tecnico, uno degli aspetti fondamentali era rappresentato dall'esigenza di garantire la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi in luoghi e la possibilità di udire quanto viene detto. Qualora, inoltre, la partecipazione a distanza al dibattimento avesse coinvolto la posizione di più imputati in stato di detenzione in luoghi diversi, ciascuno di essi avrebbe dovuto essere in grado di vedere ed udire gli altri. Fu, infine, assicurato il diritto incondizionato da parte del difensore o di un suo sostituto ad essere presente nel luogo ove si trovasse l'imputato.

Nella prima formulazione della norma, il legislatore, dunque, era parso molto attento ad operare un bilanciamento tra i diversi diritti in gioco; si affermò che, pur mancando la presenza fisica, qualora l'imputato sia posto in condizione attraverso un

⁷⁵ Cfr. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, op. cit.

idoneo strumento audiovisivo, di poter esercitare in modo pieno e completo tutta la gamma dei diritti e delle facoltà difensive riconosciute, può ritenersi garantita la sua partecipazione al processo⁷⁶.

L'evoluzione di questa normativa è, poi, caratterizzata da un costante incremento della sua rilevanza⁷⁷.

Infatti, con il d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in l. 9 gennaio 2001, n. 4 il legislatore ha eliminato la terza ipotesi sub c), traslandola in un nuovo comma 1 *bis*, perseguendo l'evidente finalità di sganciare l'applicabilità della partecipazione a distanza dall'accertamento di un reato distrettuale, sicché la partecipazione audiovisiva dell'imputato ristretto secondo le regole penitenziarie di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. può essere disposta anche nel corso dei procedimenti diversi da quelli di criminalità organizzata⁷⁸.

L'ambito applicativo è stato, inoltre, ulteriormente allargato con il d.l. 22 dicembre 2001, n. 211, convertito in l. 7 febbraio 2012, n. 9. Con tale intervento legislativo è stato previsto che il meccanismo della partecipazione a distanza fosse estesa "ove possibile" anche all'ipotesi in cui debba essere ascoltato, in qualità di testimone, un soggetto "a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario. Il comma 2 dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. prevedeva, inoltre, che la partecipazione a distanza venisse "disposta, anche d'ufficio, dal presidente del tribunale o della corte di assise con decreto motivato emesso nella fase degli atti preliminari, ovvero dal giudice con ordinanza nel corso del dibattimento"; le statuizioni in tal senso devono essere comunicate, dieci giorni prima dell'udienza, alla parte e ai difensori.

Emerge chiaramente che quest'ultimo intervento normativo risponde a un'impostazione radicalmente diversa a quella che precedentemente sorreggeva l'istituto in esame; la tendenza era quella di incrementare l'impiego del processo virtuale, sulla base dell'equiparazione della postazione remota all'aula di udienza⁷⁹.

Tale impostazione è stata ripresa e fatta propria dalla riforma Orlando.

⁷⁶ In tal senso, Relazione al d.d.l. C.n. 1845 in Atti parlamentari, Camera dei deputati, XII legislatura, 5.

⁷⁷ Cfr. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, op. cit.

⁷⁸ Cfr. BARONTINI, *La partecipazione a distanza al dibattimento: cronaca dell'espansione applicativa di un istituto dalla dubbia tenuta costituzionale*, op. cit., p. 165.

⁷⁹ In tal senso, RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, op. cit.

6.2 Criticità della disciplina e compatibilità costituzionale.

Prima di trattare dell'attuale assetto normativo degli artt. 146 *bis* e 147 *bis* disp. att. c.p.p., è necessario far riferimento ai profili maggiormente delicati della disciplina e sugli aspetti più critici.

Il “processo a distanza” è, infatti, un'evidente anomalia all'interno delle regole tradizionali del processo penale; è necessario, dunque, verificare se tale disciplina risulti compatibile con tali regole e, in particolar modo, con il principio del contraddittorio e del diritto di difesa.

In riferimento all'esame a distanza, la dottrina dei c.d. oppositori⁸⁰ ha rilevato che tale modalità di svolgimento comporterebbe una rilevante limitazione del diritto alla difesa sia sotto il profilo della garanzia individuale (ossia del diritto alla prova) sia sotto il profilo della garanzia oggettiva (ossia dell'efficacia epistemologica del contraddittorio).

Secondo quanto previsto dal codice dell'88 la prova dichiarativa doveva essere assunto in contraddittorio tra le parti, utilizzando la tecnica dell'esame incrociato. In primo luogo, la successione delle domande e delle contestazioni di cui si connotano l'esame diretto e il controesame appariva, e appare, tuttora, espressione compiuta del diritto difensivo alla prova. In secondo, l'escussione incrociata dell'esaminando da vita a un confronto dialettico che presenta una pregnante validità gnoseologica, poiché è nell'esame diretto, nel controesame e nel riesame che le parti raggiungono la tecnica migliore per accertare la verità, o secondo una diversa angolatura, scoprire la falsità⁸¹.

Ebbene, parte della dottrina ritiene che l'esame incrociato possa svolgersi correttamente, raggiungendo così il suo scopo, solo mediante un rapporto diretto tra esaminante ed esaminando, tra il giudice e l'esaminando.

Innanzitutto, il rapporto diretto consente di estrarre il massimo contributo probatorio da testi ed imputati con il più basso rischio di false dichiarazioni, perché il confronto vis a vis esercita una forte pressione psicologica sulla persona sotto esame che

⁸⁰ Cfr. NAPPI, *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici*, op. cit.

⁸¹ *ibidem*

diventa, di conseguenza, più attenta e al dire la verità, in quanto impaurita da possibili smentite.

In secondo luogo, la presenza in aula del soggetto che rende dichiarazioni consente al giudice di esaminare una serie di dettagli che, invece, per mezzo dell'esame a distanza non possono essere percepiti. Si ritiene, infatti, che l'escussione incrociata del soggetto da esaminare offra al giudice elementi visibili ed udibili che, sebbene siano altra cosa rispetto al contenuto delle dichiarazioni, offrono una guida altrettanto valida per stabilire la credibilità delle stesse. Si pensi, ad esempio, a quei contributi arrecati all'opera critica di indagine psicologica condotta dal giudice quali la conoscenza dell'età, del sesso, della corporatura del testimone, come pure quelle forme di manifestazione soggettiva espressa da segni variabili e volontari quali il portamento, la gestualità, i movimenti e le espressioni del volto, sia da versi variabili ed involontari come il pallore improvviso, la sudorazione, il tremito, la congestione, la loquela fluida o balbettata, lo sguardo losco o limpido.

Per tali ragioni, dunque, parte della dottrina è dell'avviso che l'incolumità del teste, quale esigenza tutelata dalla previsione dell'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p., non possa condizionare l'esito del processo fino a comprimere principi e garanzie primarie del processo penale quali il diritto di difesa nonché l'integrità e regolarità del dibattimento, senza incorrere in un'ipotesi di illegittimità costituzionale.

Di fatto, dubbi relativi alla compatibilità della disciplina de qua con i principi del contraddittorio erano già sorti direttamente durante i lavori parlamentari. Nel corso dell'approvazione legislativa dell'articolo in questione, infatti, era stato tenuto in considerazione come la normativa delineata comportasse una deroga ai principi del contraddittorio. Partendo, tuttavia, dal convincimento che il contraddittorio vada inteso in termini sostanziali, ossia come effettivo confronto tra le parti, si concluse nel senso di predisporre, ugualmente, la disciplina dell'esame a distanza, facendo, però, particolare attenzione a limitare il più possibile la lesione dei diritti coinvolti⁸².

I giudici di merito, contrariamente alla dottrina, sembrano essere giunti alla stessa conclusione, appena riportata, del legislatore. Le questioni, infatti, relative alla disciplina dell'esame a distanza, sollevate dalle parti, sono sempre state dichiarate manifestamente

⁸² 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. 25.

infondate e quindi tale disciplina non è stata mai portata al vaglio della Corte Costituzionale.

I giudici di merito, in rapporto alla violazione dell'art. 3, hanno osservato che la deroga alla regola ordinaria della presenza dell'esaminando in aula nel corso dell'esame sfugge a qualsiasi censura di irragionevolezza alla luce della delicatezza e della eccezionalità della situazione in cui i soggetti protetti vengono a trovarsi; sicché l'atipicità insita nell'uso processuale dei collegamenti audiovisivi è giustificata dalla primaria esigenza di salvaguardare il prevalente diritto alla vita e all'integrità fisica della persona da esaminare.⁸³

Per quanto riguarda, invece, la violazione del diritto di difesa, i giudici di merito hanno respinto la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p. in quanto anche nelle ipotesi di comparizione al dibattimento della persona ammessa a programmi o misure di protezione può essere preclusa alle parti la visibilità del volto dell'esaminando per le stesse ragioni di sicurezza che hanno imposto l'introduzione della norma in oggetto; né la possibilità di vedere il volto della persona da esaminare e la sua presenza in aula, costituiscono condizione essenziali per una corretta e completa assunzione della prova⁸⁴.

Diversamente, invece, la Corte Costituzionale è stata chiamata a valutare l'incompatibilità costituzionale della disciplina della partecipazione a distanza al dibattimento *ex art. 146 bis* disp. att. c.p.p.

Il nucleo delle critiche verteva sulla compatibilità della disciplina de qua con il diritto alla difesa riconosciuto all'imputato, ed in particolare, in riferimento ai profili dell'autodifesa e della difesa tecnica⁸⁵.

Per quanto riguarda l'autodifesa, è stato rilevato come la presenza fisica dell'imputato in udienza sia un presupposto imprescindibile per l'effettiva esplicazione del suo diritto di partecipare personalmente e attivamente al giudizio.

Per quanto riguarda, invece, la difesa tecnica venivano sollevate diverse perplessità che facevano emergere dubbi circa la compatibilità dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. con il diritto dell'imputato ad essere assistito in maniera idonea durante il processo.

⁸³ Così, Trib. Palermo, ord. 29 maggio 1996, Andreotti.

⁸⁴ *ibidem*

⁸⁵ Cfr. NAPPI, *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici*, op. cit.

Innanzitutto si rilevava come la predisposizione di un collegio difensivo che garantisse all'imputato, collegato elettronicamente con l'aula dibattimentale, un'adeguata difesa richiedeva costi molto elevati. L'aggravio economico comportava, dunque, un danno per gli imputati meno abbienti che non potevano permettersi un collegio difensivo di tali dimensioni⁸⁶.

Inoltre, la prevista presenza nella postazione remota dell'ausiliario del giudice e dell'ufficiale di polizia metteva in dubbio il rispetto del diritto di riservatezza dei dialoghi tra il difensore presente in aula dibattimentale e l'imputato "a distanza".

Infine, indubbiamente il difensore che assisteva diversi imputati nel medesimo processo, alcuni dei quali presenti in aula e altri in un luogo da remoto, si trovava in una situazione di grandi difficoltà, se non impossibilità, di garantire a tutti un'adeguata difesa.

La Corte, dunque, è intervenuta per dirimere i dubbi emersi circa la compatibilità costituzionale dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p.

Con la pronuncia n. 342 del 1999, la Consulta chiarisce che nessun effetto distorsivo può prodursi dall'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.

Secondo la legge, il collegamento tra aula d'udienza e luogo di custodia deve, infatti, assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto viene detto. Inoltre, in caso di videoconferenza adottata nei confronti di più imputati che si trovino in stato di detenzione in luoghi diversi, ciascuno deve poter vedere e udire gli altri con il medesimo mezzo. A ciò si aggiunge la facoltà, prevista per il difensore, di essere presente nel luogo in cui si trova l'imputato; o, qualora egli preferisca rimanere nell'aula di udienza, la garanzia di potersi consultare con il proprio assistito per mezzo di idonei strumenti tecnici, il tutto assicurato dalla supervisione del giudice di dibattimento, che qualora accerti che il collegamento non realizzi una effettiva partecipazione e una piena esplicazione della difesa, dovrà disporre la traduzione⁸⁷.

⁸⁶ Sul punto l'intervento dell'on. Saponara e l'intervento dell'on. Carrara in Atti Comm. Giust. Camera, seduta del 22 luglio 1997, p. 33.

⁸⁷ Cfr. RUGGIERO, *La sentenza sulla videoconferenza tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di "durata ragionevole" del processo penale*, op. cit.

Nella medesima sentenza, la Corte Costituzionale sottolinea anche come la normativa dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. sia assolutamente in linea con il principio della ragionevole durata del processo, principio consacrato all'interno della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo⁸⁸.

Detta decisione dei Giudici delle leggi è stata poi ribadita da una serie di successive declaratorie di manifesta infondatezza o di manifesta inammissibilità delle relative eccezioni di legittimità dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p.

La posizione della Corte Costituzionale sulla disciplina della partecipazione a distanza è, inoltre, analoga a quella assunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Tale Corte, ha, infatti, negato che l'adozione dello strumento della video conferenza, come delineato dal legislatore italiano, configuri una lesione al diritto di difesa; in quanto l'imputato in tal modo viene, comunque e pienamente, posto nella condizione di seguire lo svolgimento dibattimentale⁸⁹.

Sulla base di tali considerazioni, è stato anche da parte della dottrina rilevato che tanto nella Costituzione che nelle fonti convenzionali la partecipazione al processo dell'imputato è intesa in termini sostanziali, cioè nel senso che deve essere garantita la possibilità all'imputato di esercitare i diritti difensivi nel contraddittorio con l'accusa; il diritto ad essere presente al processo, pertanto, è garantito non solo dalla presenza fisica, bensì dal poter esercitare in modo pieno e completo tutta la gamma dei diritti e delle facoltà difensive riconosciutegli⁹⁰.

6.3 Disciplina vigente a seguito della Riforma Orlando

Venendo ora a trattare della disciplina vigente si farà particolare riferimento all'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., in quanto le modifiche apportate a tale articolo hanno suscitato non poche perplessità in dottrina.

⁸⁸ È stato infatti affermato che il processo a distanza, contribuendo a realizzare una più rapida celebrazione dei dibattimenti per gravi reati nei confronti di imputati detenuti, sarebbe del tutto rispondente all'esigenza di durata ragionevole del processo penale, avvertita come più pressante, qualora la persona nei cui confronti si procede sia sottoposta a misure limitative della libertà personale. Così RUGGIERO, *La sentenza sulla videoconferenza tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di "durata ragionevole" del processo penale*, op. cit.

⁸⁹ Così, Corte e.d.u. 5 ottobre 2006, Viola c. Italia.

⁹⁰ In tal senso, RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, op. cit.

L'art. 77 della l. 103 del 2017⁹¹ ha totalmente ribaltato l'originaria impostazione dell'istituto della videoconferenza, disponendo che la persona detenuta debba obbligatoriamente partecipare a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali essa assume la veste di imputato, qualora si proceda per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3 *bis*, nonché nell'art. 407 comma 2, lett. a), n. 4)⁹² c.p.p., anche in relazione ai reati per i quali sia in libertà.

È stata così eliminata, con riferimento al primo comma, l'ulteriore previsione, contenuta nel testo previgente, in base alla quale la sussistenza di tale presupposto non era ritenuta di per sé sufficiente, occorrendo, anche, la presenza di almeno uno di tre ulteriori requisiti⁹³.

In tal modo viene fissato come unico requisito per la necessaria attivazione della partecipazione a distanza la qualifica soggettiva dell'imputato, costituita dallo stato detentivo per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3 *bis*, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 4), del codice⁹⁴.

La manovra legislativa effettuata con la riscrittura dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. si caratterizza, di fatto, per rendere quasi ordinario l'istituto in discorso; e ciò, ad avviso del legislatore, è ben possibile, in quanto la partecipazione a distanza non comporta alcuna compressione ai principi dell'oralità e del contraddittorio e all'esercizio del diritto di difesa. È stato, infatti, precisato che le modalità con cui viene effettuata la partecipazione a distanza, essendo volte ad assicurare la contestuale, effettiva reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto viene detto e permettendo al difensore o a un suo sostituto di essere presenti nel luogo ove si

⁹¹ È bene specificare che la disciplina introdotta da tale riforma e che sarà oggetto di trattazione è soggetta a un *dies a quo* a partire dal quale possono dirsi efficaci le disposizioni contenute complesso e variegato. L'art. 81 della l. n. 103 del 2017 stabilisce, infatti, che "le disposizioni di cui ai commi 77, 78, 79 e 80 acquistano efficacia decorso un anno dalla pubblicazione della presente legge nella Gazzetta Ufficiale, fatta eccezione per le disposizioni di cui al comma 77, relativamente alle persone che si trovano in stato di detenzione per i delitti di cui agli articoli 270 *bis*, primo comma, e 416 *bis*, secondo comma, del codice penale, nonché di cui all'art. 74, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni.

⁹² Ipotesi immessa dall'art. 8 del d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, convertito con la l. 15 dicembre 2001, n. 438.

⁹³ Come già detto, i tre requisiti consistono: a) nella sussistenza di gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; b) nella particolare complessità del dibattimento e nel fatto che la partecipazione a distanza risultasse necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento; c) nel fatto che si procedesse nei confronti di un detenuto al quale risultavano applicate le misure di cui all'art. 41 *bis*, comma 2, della l. 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni.

⁹⁴ In tal senso, RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, op. cit.

trova l'imputato, o, qualora essi scelgano invece di rimanere nell'aula di udienza, di potersi consultare riservatamente con l'imputato, per mezzo di strumenti tecnici idonei, vengono ritenute garanzie di per se sufficienti ad escludere violazioni ai parametri costituzionali. L'equiparazione, inoltre, della postazione da remoto all'aula di udienza è esplicitamente decretata nel 5 comma dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. Tale comma, tuttavia, costituisce una *fiction iuris*, è, infatti, innegabile, a prescindere da ogni rilievo normativo, che la videoconferenza o il tele esame non siano la stessa cosa dell'assistenza personale o della dichiarazione tipiche del contesto spaziale e temporale della pubblica udienza.⁹⁵

In virtù di ciò, sarebbe opportuno un sapiente dosaggio⁹⁶ della partecipazione a distanza, dosaggio che invece non è stato posto in essere con la Riforma Orlando.

Volendo analizzare, brevemente e solo per ciò che rileva ai fini della trattazione, la disciplina di cui all'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. si può procedere con l'operare una distinzione tra due tipologie di partecipazione a distanza: una che si potrebbe definire "discrezionale", una, per contro, "obbligatoria"⁹⁷.

Le ipotesi obbligatorie sono rinvenibili del comma 1 e 1 *bis*. L'uso della videoconferenza è previsto per coloro che si trovano in stato di detenzione, non necessariamente carceraria, per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, e 407, comma 2, lett. a) n. 4; questi partecipano a distanza alle udienze dibattimentali nei processi nei quali sono imputati, anche relativi a reati per i quali si trovino in stato di libertà. A prescindere, inoltre, dal reato contestato è prevista la presenza da remoto quando l'imputato venga ammesso a programmi o misure di protezione, anche se di tipo urgente o provvisorio. Vi è, dunque, l'estensione della partecipazione obbligatoria a distanza per situazioni differenti da quelle in cui il soggetto ha il ruolo di imputato e che contribuiscono a delineare quello che potremmo definire uno stato processuale del detenuto per i reati di criminalità organizzata⁹⁸.

Le ipotesi discrezionali si trovano nel comma 1 *quater*, introdotto dall'art. 77 della Riforma Orlando. Questo ha notevolmente ampliato lo spazio operativo della disciplina

⁹⁵ In questo senso, BARGIS, *Compendio di procedura penale*, op. cit., p. 229.

⁹⁶ Cfr. CHIAVARIO, *La "videoconferenza" processuale e la Corte europea dei diritti dell'uomo* in CONSO (a cura di) *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, La Tribuna, 2010, 95 ss.

⁹⁷ In tal senso, DANIELE, *La partecipazione a distanza allargata* in *Diritto penale contemporaneo*, 2010-2017.

⁹⁸ Cfr. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?* in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2017.

de qua, prevedendo che il giudice possa, prescindendo dal reato per il quale si procede o dallo stato detentivo o meno dell'imputato, disporre con decreto motivato la partecipazione a distanza "anche quando sussistano ragioni di sicurezza, qualora il dibattimento sia di particolare complessità e sia necessario evitare ritardi nel suo svolgimento, ovvero quando si deve assumere la testimonianza di persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario".

È bene precisare che le ipotesi obbligatorie subiscono un temperamento in virtù dell'art. 3 *bis* disp. att. c.p.p. che conferisce al giudice, mercé un decreto motivato, di disporre, anche a seguito di richieste di parte, la presenza alle udienze delle persone sopra indicate qualora lo ritenga necessario⁹⁹.

Questa clausola postula, giustamente, un controllo *ex officio* circa l'idoneità dello svolgimento a distanza del processo; a suscitare diverse perplessità è, però, il riferimento al concetto di "necessità". Intendendo tale parametro in senso più restrittivo, esso potrebbe essere ritenuto integrato esclusivamente quando non fossero disponibili apparecchiature capaci di garantire la "contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi, così come richiesto dall'art. 146 *bis* comma 3 disp. att. c.p.p.; adottando un'esegesi del genere, il carattere obbligatorio delle ipotesi di partecipazione a distanza di cui si discute, non verrebbe meno¹⁰⁰. Si preferisce, pertanto, un'interpretazione più estesa del requisito della necessità della partecipazione fisica, la cui portata va parametrata rispetto ad ulteriori connotati; i quali, in virtù di una precisa indicazione legislativa, non possono essere che ricavati in negativo dalle ipotesi di partecipazione a distanza di tipo discrezionale, ossia in assenza, più precisamente, del pericolo per la sicurezza o per l'efficienza postulati dall'art. 146 *bis* comma 1 quater disp. att. c.p.p.¹⁰¹

Procedendo nella menzione delle modifiche apportate all'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. si deve osservare la modifica apportata al comma 2 di tale articolo. Questo originariamente prevedeva che la partecipazione a distanza poteva essere disposta, anche di ufficio, dal Presidente della Repubblica o dalla corte di assise con decreto motivato, emesso nella fase degli atti preliminari e che andava comunicato alle parti e ai difensori

⁹⁹ Cfr. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, op. cit., p.227.

¹⁰⁰ Cfr. DANIELE, *La partecipazione a distanza allargata*, op. cit.

¹⁰¹ *ibidem*

dieci giorni prima dell'udienza. Tale previsione era in linea con l'impostazione caratterizzante il testo previgente, secondo cui il ricorso all'istituto de quo era subordinato alla presenza di requisiti la cui sussistenza dovevano essere valutati dall'autorità giudiziaria e dei quali doveva essere data precisa indicazione ai difensori, al fine di consentire loro di valutare le strategie processuali da adottare¹⁰². Con la riforma Orlando è stata formalmente eliminata ogni riferimento al "decreto motivato", prevedendo, invece, un semplice obbligo di "comunicazione alle autorità competenti nonché alle parti e ai difensori della partecipazione al dibattimento a distanza". In quanto, contrariamente all'impostazione precedente appena ricordata, con la legge del 2017 il fatto stesso che si proceda nei confronti di un soggetto detenuto in relazione a reati di criminalità organizzata comporta, *ex lege*, che si procederà con la partecipazione a distanza di tale soggetto.

Dalla veloce disamina della normativa vigente appare evidente come il legislatore abbia preso la scelta di aumentare i casi in cui ricorrere al processo a distanza.

Nel corso del tempo è avvenuto un cambiamento radicale della disciplina e delle ragioni giustificatrici per le quali si ricorre ad esso; il processo a distanza era, infatti, consentito in pochissimi casi e, principalmente, per far fronte al fenomeno mafioso, era, infatti, considerato un istituto che generava un'anomalia rispetto allo svolgimento regolare del processo che presupponeva la necessaria presenza dell'imputato per garantire il suo diritto di difesa e, anche, l'istaurazione di un giusto contraddittorio. A ben vedere, tale impostazione è stata totalmente ribaltata, il ricorso a processo virtuale è stato così tanto incrementato da non poter più essere considerato "un'anomalia".

Tale scelta legislativa, come osservato precedentemente, sembra essere in linea con la giurisprudenza delle Corti. Finora, infatti, non sembra essersi prefigurata né da parte della Corte Costituzionale, né da parte della Corte di Strasburgo la necessità di limitare il ricorso al dibattimento a distanza.

La Corte Costituzionale nella citata sentenza 342 del 1999 aveva, infatti, dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 ss. della l. n. 11 del 1998, affermando, tra l'altro, che "ciò che occorre, ai fini del rispetto del canone costituzionale, è la garanzia dell'effettività di una partecipazione personale e consapevole

¹⁰² In tal senso, RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, op. cit.

al dibattito, sicché tutto viene fatto dipendere, in ultima analisi, dai mezzi tecnici adottati che debbono essere in grado di soddisfare quelle esigenze”¹⁰³.

Ebbene, senza dubbio i mezzi tecnici rispetto a quelli utilizzati negli anni in cui è stata chiamata ad esprimersi la Corte non hanno fatto altro che migliorare. Molte delle problematiche sollevate negli gli anni '90, quali le immagini sfocate o il ritardo temporale tra il momento in cui era fornita l'immagine e quello in cui perveniva il suono, sono state risolte. Attualmente l'utilizzo delle videoconferenze permette di offrire, almeno nella generalità dei casi, un campo d'immagine ed una resa in termini di nitidezza assolutamente perfetti¹⁰⁴.

La Corte di Strasburgo ha, invece, evidenziato la necessità di operare un bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti, affermando che la restrizione del diritto di partecipare al processo, è consentita in virtù dell'adozione di misure interne che giustifichino il suo sacrificio¹⁰⁵.

6.4 Processo a distanza ed emergenza Covid-19

Un ulteriore incremento dell'impiego al processo a distanza vi è stata, infine a causa della difficile situazione emergenziale che sta affrontando l'Italia, a causa dell'epidemia da Covid-19.

Il blocco generale delle attività ha causato dei forti problemi organizzativi, i quali si sono ripercorsi sullo svolgimento delle attività giudiziarie, determinando però un insieme di previsioni che risultano particolarmente discutibili dal punto di vista delle garanzie dell'imputato¹⁰⁶.

L'art. 83 comma 12 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 ha, infatti, stabilito che “ferma l'applicazione dell'articolo 472, comma 3, c.p.p. dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato dei custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenza o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e autorizzati del Ministero della Giustizia, applicate, in quanto compatibili, le

¹⁰³ Così, Corte Cost. 14 luglio 1999, n. 342.

¹⁰⁴ In tal senso, LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?* op. cit.

¹⁰⁵ Così, Corte Edu, 27 novembre 2007, Ascutto c. Italia.

¹⁰⁶ Cfr. IULIANO, *L'aberrante espansione delle videoconferenze: tra vecchie questioni e attuali problematiche* in *Archivio penale*, 2020, n.1.

disposizioni di cui ai commi 3, 4, e 5 dell'art. 146 *bis* del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271". Con la conversione in legge del d.l. n. 18/2020 vi è stato un ulteriore ampliamento delle situazioni per cui sia previsto il dibattimento a distanza. Con il maxiemendamento approvato in Senato il 9 aprile 2020, al comma 12 art. 83 del d.l. n. 18/2020 sono stati aggiunti i commi 12 *bis*, 12 *ter*, 12 *quater*, 12 *quinqies*. Al comma 12 *bis* è stato previsto che tutte "le udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti possono essere tenute mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore Generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della Giustizia. Lo svolgimento dell'udienza avviene con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti". La normativa de quo è stata ulteriormente riaffermata con il d.l. 28 ottobre 2020, n. 127 poi convertito nella legge 176 del 2020.

Da tali interventi legislativi emerge chiaramente come è stato decretato un ulteriore smaterializzazione del processo penale sempre in virtù di una situazione emergenziale, seppur di tipo sanitaria e, dunque, diversa dall'emergenza criminale del 1992 che ha comportato l'introduzione dell'istituto del processo da remoto. Il legislatore in questo caso ha dunque compiuto un bilanciamento tra esigenze difensive ed esigenze sanitarie¹⁰⁷.

Gli emendamenti effettuati dal decreto Cura Italia e da quello Ristoro, tuttavia, non lascerebbero presagire nulla di buono, nel momento in cui lo stato di necessità dato dalla situazione di emergenza sanitari, al pari di quanto accaduto con il fenomeno mafioso degli anni '90 potrebbero demolire di volta in volta la struttura della legalità sostanziale e processuale che dovrebbero presidiare il processo, distorcendo il processo penale in virtù di ipotetiche esigenze securitarie, e piegando a tali presunte esigenze tutti i valori costituzionali del contraddittorio, del diritto di difesa, della presunzione di innocenza, della riservatezza delle comunicazioni, della ragionevole durata¹⁰⁸, essendo note le

¹⁰⁷ In tal senso, Camera dei Deputati, Servizio studi, XVIII Legislatura, *Gli interventi per fronteggiare l'emergenza da Covid-19 nel settore della giustizia*, 02/21, 1.

¹⁰⁸ Cfr. PETRELLI, *Garanzie a intermittenza in nome dell'emergenza: così si smantella il processo penale* in *www.ristretti.it-il dubbio*, 11 aprile 2020.

conseguenze di riforme legislative che nel passato e in nome dell'emergenza hanno determinato uno smantellamento dei diritti dell'imputato¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Cfr. IULIANO, *L'aberrante espansione delle videoconferenze: tra vecchie questioni e attuali problematiche*, op. cit.

CAPITOLO 4

L'ESECUZIONE DELLA PENA

1. Doppio binario penitenziario: premesse.

Per concludere la disamina delle norme del nostro sistema penale che hanno comportato la formazione del c.d. doppio binario per contrastare il fenomeno mafioso è opportuno soffermarsi sul regime esecutivo differenziato per i condannati per gravi reati, specie di criminalità organizzata. Le disposizioni fondamentali nella costruzione del c.d. doppio binario penitenziario sono contenute negli artt. 4 *bis* e 41 *bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354; tali articoli sono stati introdotti, rispettivamente, dal d.l. n. 152 del 1991 e dal d.l. 306 del 1992.

Nel corso degli anni queste norme, nonostante siano state oggetto di reiterati interventi normativi e colpite da numerose sentenze di legittimità costituzionale, continuano a porsi quali icone incontrastate del c.d. doppio regime penitenziario.¹

Le radici della disciplina esecutiva differenziata affondano nelle politiche emergenziali dei primi anni novanta, quando il legislatore, nel tentativo di arginare il dilagante fenomeno della criminalità organizzata ed eversiva, ha introdotto, nella fase esecutiva della pena, un rigido sistema di preclusioni e divieti di accesso ai benefici penitenziari, riconducibili alla natura del reato commesso. Il legislatore degli anni '90 ha, dunque, visto il momento esecutivo quale terreno privilegiato per saggiare l'efficacia degli strumenti di contrasto alle emergenze criminali ritenute intollerabili.² Gli artt. 4 *bis* e 41 *bis* ord. penit. sono, infatti, avvinti dalla logica securitaria della neutralizzazione del reo pericoloso.³

L'art. 4 *bis* ord. penit., in estrema sintesi, limita l'accesso dal carcere ai benefici penitenziari o lo subordina ad alcune condizioni, mentre l'art. 41 *bis* ord. penit. comporta la sospensione delle ordinarie regole di trattamento penitenziario, prevedendo il c.d. carcere duro.

¹ Cfr. FIORIO, Il "doppio binario" penitenziario in *Archivio penale* 2018, n.1.

² Cfr. LANZI, Il "doppio binario" in *executivis, tra nuove tendenze e residue incertezze* in *L'indice penale*, settembre-dicembre 2019.

³ In tal senso, DE SIMONE, *Dalla differenziazione punitiva a quella trattamentale in Sanzione detentiva: dal modello securitario al modello trattamentale*, Torino, 2018, p. 62.

Al momento della loro introduzione, tali articoli, in virtù del palese contrasto con i principi cardine in tema di esecuzione della pena, sono stati presentati come eccezionali e di limitata operatività, necessari in quegli anni di particolare emergenza criminale, ma poi destinati a non rimanere in via definitiva nell'ordinamento penitenziario. Diversamente, nel corso degli anni non solo il legislatore ne ha previsto una collocazione sistematica e definitiva, ma gli ha anche attribuito un ruolo di primo piano. La disciplina de qua ha, infatti, è diventata una sorta di indice di tutte quelle fattispecie di reato che nel tempo il legislatore ha ritenuto così allarmanti da richiedere una differente esecuzione della pena.⁴

Per comprendere la portata della disciplina è necessario far riferimento al quadro normativo nel quale si inserisce.

La legge 26 luglio 1975 n. 354, recante “Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione privative e limitative della libertà”, si caratterizzava, infatti, per la novità e il coraggio ideologico in senso liberale, rappresentando nel contempo un forte elemento di rottura con le connotazioni autoritarie del codice Rocco⁵, che attribuiva all'esecuzione penale una funzione principalmente custodialistica-retributiva.

La visione della pena del codice Rocco risultava, del resto, incompatibile con quanto previsto dall'art. 27, comma 3, Cost, secondo cui “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del reo.” L'art. 27, comma 3, Cost, ha, dunque, cristallizzato una moderna nozione di pena, secondo cui questa non solo non deve porsi come ostacolo al processo di rieducazione del condannato, ma deve stimolare positivamente il compimento di tale cammino⁶.

A livello sovranazionale, inoltre, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e le Regole minime per il trattamento dei detenuti⁷ avevano dettato delle regole fondamentali in tema di trattamento penitenziario al quale le leggi italiane non potevano non uniformarsi.

⁴ Cfr. TERRACINA, *Il pubblico ministero e l'esecuzione delle pene detentive e pecuniarie* in BALDUCCI (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 134.

⁵ In tal senso, VIOLI, *Il trattamento penitenziario* in BALDUCCI (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p.678.

⁶ Cfr. AVERARDI, *La costituzione “dimenticata” la funzione rieducativa della pena in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 1, 1 marzo 2021, p.145.

⁷ Adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa con la risoluzione n. 5 del 1973.

A seguito anche della famosa sentenza 12 febbraio 1966 n. 12 Corte Cost.⁸, il legislatore ha dato corretta attuazione del finalismo rieducativo della pena con la legge 354/1975.

Tale obiettivo viene perseguito attraverso l'adozione di metodologie e prassi operative finalizzate a favorire il processo di modificazione della personalità del condannato per assicurare il reinserimento dello stesso.⁹ Vi era, dunque, la necessità di delineare un trattamento che rispondesse ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, incoraggiando le sue attitudini e valorizzando le competenze che possono essere di sostegno al reinserimento¹⁰. L'obiettivo della rieducazione e del conseguenziale reinserimento sociale, inoltre, è stato ritenuto raggiungibile mediante la concessione ai detenuti di mezzi per avvalersi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività ricreative, culturali sportive e di opportuni contatti con il mondo esterno ed, in particolar modo, con la famiglia. Con questi elementi si cerca, dunque, di superare la chiusura e l'isolamento carcerario.

Il carcere, infatti, non conservava più la centralità di un tempo, ma, piuttosto, doveva segnare l'inizio di un percorso rieducativo che si componga di aperture all'esterno e di sempre più spazi di libertà che favoriscano contatti sociali, strumentali al reinserimento futuro¹¹.

Secondo quest'ottica, inoltre, la prospettiva rieducativa ispira misure alternative alla detenzione carceraria quali l'affidamento in prova, la semilibertà e la liberazione anticipata, in quanto il recupero sociale può essere attuato non solo attraverso il trattamento carcerario, ma anche mediante il reinserimento del condannato nell'ambiente esterno favorito dal sostegno apprestato da organi tecnici e di assistenza¹².

Con la legge del 1975 si passa, pertanto, da una concezione securitaria dell'esecuzione penale, rispondente a istanze essenzialmente custodialistiche, a una

⁸ Dove la Corte Cost. chiarisce che il principio della rieducazione è pienamente compatibile con altre funzioni proprie della pena e che, pertanto, durante l'esecuzione di questa deve essere garantito un trattamento umano e civile che deve tendere alla rieducazione del condannato.

⁹ In tal senso, VIOLI, *Il trattamento penitenziario*, op. cit., p. 714.

¹⁰ In questo senso art. 13 ord. penit., novellato dall'art. 11, comma 1 lett. d).

¹¹ Cfr. MAIELLO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario in La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, 2015, Torino, p. 241.

¹² In tal senso, FIANDACA, *Diritto penale: parte generale*, Milano, 2017, p. 744.

visione che guardi al detenuto come una persona non da correggere ma da responsabilizzare, offrendogli un progetto individualizzato di risocializzazione¹³.

La politica penitenziaria basata sulla finalità del reinserimento sociale del reo introdotta nel 1975 è stata, inoltre, seguita con una delle più rilevanti modifiche dell'ordinamento penitenziario, avvenuta con la l. 10 ottobre 1986, n. 663, recante "Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà".

All'interno di tale legge, la c.d. legge Gozzini, si possono individuare due anime: la prima che aspira ad una maggiore apertura verso l'esterno e ad una parziale sfolgimento della popolazione detenuta, la seconda che rappresenta una sorta di contrappeso in chiave restrittiva ed è legata alle esigenze dell'ordine e della sicurezza interna degli istituti, inquadrabile, tuttavia, sempre nell'ottica della rieducazione¹⁴.

Per quanto riguarda la prima, la legge del 1986 aggiunse, infatti, al sistema delle misure alternative altri istituti al fine di favorire la decarcerizzazione. L'ambizioso programma che puntava alla riduzione della popolazione carceraria era articolato su una pluralità di strumenti; alcuni, come il lavoro esterno, i permessi premio e la semilibertà, volti all'ampliamento delle ipotesi di uscita temporanea dal carcere, altri, come l'affidamento in prova senza osservazione, la semilibertà senza espiazione, la detenzione domiciliare *ab initio*, diretti al potenziamento delle opportunità di evitare l'ingresso in istituto¹⁵. Si è, dunque, configurato un modello di pena flessibile, legato alla duplice logica del "non ingresso" o della "uscita anticipata"¹⁶.

Dall'altra parte, obiettivo della legge Gozzini era, anche, quello di fronteggiare i problemi di ordine e di sicurezza all'interno delle carceri. Era, infatti, pressante la necessità di garantire un'adeguata difesa sociale relativa ai rapporti tra i detenuti e di neutralizzare i detenuti maggiormente pericolosi¹⁷. Il legislatore del 1986 è, dunque, intervenuto sia sul piano collettivo, sia su quello individuale, introducendo una

¹³ Cfr. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2018, 1 ss

¹⁴ Cfr. SALVATI, *L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia in Amministrazione in cammino*, rivista elettronica di diritto pubblico, diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet".

¹⁵ Cfr. MAIELLO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario in La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, 2015, Torino, p. 242.

¹⁶ In tal senso, GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre 1986 n. 663 in L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, p. 25.

¹⁷ Cfr. SALVATI, *L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia*, op.cit.

differenziazione della popolazione carceraria in base ad una presunzione di pericolosità carceraria collettiva, ma, al contempo, prevedendo delle misure restrittive e impeditive da irrogarsi a carico dei singoli condannati, in ragione della loro condotta nociva per gli equilibri interni dell'istituto¹⁸.

Il carattere decarcerizzante e depenalizzante della legge Gozzini apparve inadeguato di fronte al dilagare dei crimini mafiosi dei primi anni '90. In molti, infatti, vedevano tale legge espressione di una politica lassista e permissiva, assolutamente incapace di far fronte al fenomeno mafioso e di garantire la sicurezza sociale. Il legislatore, dunque, anche a seguito del mutamento della sensibilità pubblica, condizionata dai timori legati al diffondersi di allarmanti forme di criminalità e dalla scarsa fiducia nel sistema di farvi fronte, è dovuto intervenire in termini restrittivi e repressivi.

Un primo intervento di questa tipologia si ha avuto con la legge 19 marzo 1990, n. 55¹⁹, che ha introdotto il comma 1 *bis* all'art. 30 *ter* ord. penit., il quale ha stabilito che i condannati per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, di criminalità organizzata e per il reato di cui all'art. 630 c.p.p. potessero ottenere la concessione di permessi premio solo se fossero stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata²⁰.

Successivamente, sul finire del 1990 e nel primo semestre del 1991, sono stati emessi alcuni decreti legge²¹, poi non convertiti, che prevedevano il ripristino del criterio incentrato sulla previsione di un elenco di reati "ostativi", dove l'applicazione delle misure rieducative ai condannati per gravi reati appositamente elencati era subordinati all'accertamento di specifici criteri dai quali emergesse il veni meno dei collegamenti con la criminalità organizzata ed eversiva.

Solo con il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 302 si diede luogo alla combinazione di un reticolo di preclusioni e di premi²² per

¹⁸ In tal senso, VIOLI, *Il trattamento penitenziario*, op. cit., p.679.

¹⁹ Recante "nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale".

²⁰ Questo comma è stato poi soppresso dall'art.1, comma 3, del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, recante "Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata", convertito, con modificazioni nella l. 12 luglio 1991, n. 203.

²¹ D.l. 13 novembre 1990 n.324; d.l. 12 gennaio 1991 n. 5; dl. 13 marzo 1991 n. 76.

²² Cfr. MAIELLO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, op. cit., p.242.

incentivare la collaborazione con la giustizia che diedero luogo al regime penitenziario differenziato.

2. I benefici penitenziari e i c.d. reati ostativi

L'art. 4 *bis* ord. penit. è stato l'icona dell'emergenza penitenziaria degli anni Novanta e continua a presentare, tutt'oggi, lo strumento privilegiato per una differenziazione esecutiva fondata sul titolo del reato²³.

La difficile gestione del fenomeno mafioso, le istanze sociali che reclamavano un maggior carico di afflittività nel momento esecutivo del processo penale, i falliti episodi di applicazione di misure premiali nei confronti di alcuni condannati ritenuti di particolare pericolosità sociale comportarono una decisa inversione di tendenza legislativa rispetto alle motivazioni poste alla base della legge Gozzini del 1986. Il legislatore, infatti, con l'introduzione dell'art. 4 *bis* risponde a tali esigenze, prevedendo un rigido sistema di preclusioni e divieti di accesso ai benefici penitenziari, riconducibili alla natura del reato commesso²⁴.

Questo articolo ha un ruolo chiave nella costruzione di un regime normativo di doppio binario, in quanto al di là dei contenuti di cui è autonomo portatore, è stato eletto ad apparato normativo di riferimento per altre disposizioni, ossia quelle relative all'assegnazione del lavoro all'esterno, ai permessi premio, alla semilibertà, alle misure alternative alla detenzione²⁵. L'accesso a tali benefici penitenziari era ed è precluso, o ne è inasprita la procedura applicativa, nel caso cui il soggetto sia stato condannato per alcune tipologie di reati, menzionate dallo stesso articolo, tra cui ovviamente e principalmente i reati di criminalità organizzata.

Si va dunque a delineare un sistema totalmente diverso da quello previsto della legge Gozzini, un sistema in cui per i soggetti socialmente pericolosi, ritenuti tali presuntivamente in virtù del reato commesso, la preclusione a una serie di benefici penitenziari è automatica, prescindendo dall'esito della valutazione circa il comportamento e la personalità del detenuto.

²³ Cfr. FIORIO, *Il "doppio binario" penitenziario*, op. cit.

²⁴ Cfr. LANZI, *Il "doppio binario" in executivis, tra nuove tendenze e residue incertezze*, op. cit.

²⁵ Cfr. MAIELLO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, op. cit., p.243.

2.1 L'evoluzione della disciplina

Nella sua formulazione originaria, di cui al d.l. 13 maggio 1991, n. 153 convertito in legge 12 luglio, n. 302, l'art. 4 *bis* introduceva un concetto di pericolosità sociale degli individui condannati per alcune fattispecie di reato, tassativamente elencati nel medesimo articolo, e, di conseguenza, l'accesso di questi ai benefici penitenziari era subordinato alla presenza di una serie di condizioni. In virtù del vasto numero di delitti compresi nell'elenco dell'art. 4 *bis* e della richiesta di condizioni diverse a seconda del titolo del reato per il quale è stata prevista la condanna, è possibile, a fini dell'esame dell'articolo, procedere con la divisione di due fasce di ostatività, individuabili sulla base dei requisiti richiesti al condannato per l'accesso ai benefici²⁶.

Nella prima erano compresi i condannati per i delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale ex art. 270 *bis* c.p. e art. 11 della l. 29 maggio 1982, n. 304, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, per i delitti di cui agli artt. 416 *bis*, 630 c.p. e art. 74 D.P.R. 9 ottobre 1990, 309. I condannati dei delitti di cui alla "prima fascia" potevano accedere all'assegnazione al lavoro all'esterno, ai permessi premio, alle misure alternative alla detenzione solo qualora fossero stati acquisiti "elementi tali da escludere l'attualità di collegamento con la criminalità organizzata o eversiva.

Nella seconda fascia, erano, invece, compresi i condannati per i delitti di omicidio ex art. 575 c.p., di rapina aggravata, 628 comma 3 c.p., estorsione aggravata ex art. 629 comma 3 c.p., produzione e traffico illecito, in quantità ingente, di sostanze stupefacenti o psicotrope ex art. 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 80, comma 2, del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. Per i condannati di questi delitti la concessione dei benefici suddetti è possibile "solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva". La disciplina dell'art. 4 *bis* ord. penit. è stata poi oggetto di modifiche con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, poi convertito dalla legge 7 agosto 1992, n. 356. Con tale decretazione d'urgenza si inserisce nel sistema penitenziario la strategia premiale, sganciata dalla valutazione del comportamento tenuto dal condannato sotto il profilo del trattamento rieducativo e riferita alle condotte di

²⁶ Cfr. FIORIO, *Il "doppio binario" penitenziario*, op. cit.

collaborazione²⁷. La previsione della collaborazione con la giustizia, di fatto, era già contenuta nell'art. 58 *ter* ord. penit. ma con il d.l. n. 306 del 1992 se ne ampli decisamente la sua portata, modificando le modalità e i presupposti attraverso cui i condannati per alcune tipologie di reato potessero accedere ai benefici premio.

Procedendo sempre con una distinzione per fasce è possibile individuare nella prima fascia i detenuti e gli internati per i delitti di criminalità organizzata, per i quali è negata presuntivamente l'assegnazione al lavoro esterno, i permessi premio, le misure alternative alla detenzione²⁸ a meno che non collaborino con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit. Inoltre, è prevista la revoca dei benefici concessi qualora venga rilevato dalla polizia giudiziaria al magistrato di sorveglianza che il condannato non si trovi nella condizione per l'applicazione dell'art. 58 *ter* ord. penit. La seconda fascia, pur riferendosi ai medesimi *nomina delicti*, inaugura un regime differenziato per i soggetti cui sia stata riconosciuta almeno un'attenuante²⁹ tra quelle di risarcimento del danno anche successivamente alla condotta *ex* art. 62, n. 2 c.p., partecipazione criminosa di minima rilevanza *ex* art. 114 c.p., evento più grave di quello voluto *ex* art. 116 comma 2 c.p. In queste ipotesi i detenuti e gli internati potranno essere ammessi a godere dei benefici anche se il loro apporto collaborativo risulti oggettivamente irrilevante³⁰, sempre che venga acquisita la prova di elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Secondo tale sistema, dunque, per gli autori dei reati elencati nella prima parte del comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. penit. era previsto un regime in cui l'accesso ai benefici penitenziari assumeva il ruolo di ricompensa, vantaggio in contropartita al contributo dato all'attività di contrasto alla criminalità organizzata; al contrario la mancanza di collaborazione, sia pure in presenza di un eventuale evoluzione positiva del condannato durante il percorso trattamentale nell'esecuzione della pena, era valutata come indice della persistenza dei collegamenti con l'ambiente delinquenziale e dunque assenza della volontà di emenda alla quale è strettamente legata la funzione rieducativa della pena³¹.

²⁷ Cfr. MAIELLO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, op. cit., p.244.

²⁸ Tra cui anche la detenzione domiciliare, come espressamente disposto dall'art. 47 *ter* comma 1 *bis* ord. pen., ma non invece la liberazione anticipata.

²⁹ Cfr. FIORIO, *Il "doppio binario" penitenziario*, op. cit.

³⁰ Tale possibilità è stata aggiunta in sede di conversione del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 nella legge 7 agosto 1992, n. 356.

³¹ In tal senso CICALA, *Lo speciale regime dell'accesso ai benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia in Giur. Merito*, fasc. 6, 2011, p. 1659.

Si è dato così vita a una sorte di presunzione legale per la quale la rottura dei legami con il crimine organizzato poteva essere attestata soltanto per mezzo di un'esplicita scelta di collaborazione con la giustizia³².

La *ratio* era chiara: non cercare più di ostacolare tout court l'accesso ai benefici, ma di farlo legando l'impedimento ad una mancata collaborazione; i benefici e l'accesso alle misure alternative alla detenzione si offrono, dunque, in cambio del sacrificio al proprio diritto al silenzio³³.

È stata, dunque, dettata una nuova disciplina che, *ictu oculi*, è lontana dai dettami costituzionali, in particolar modo da quanto previsto dall'art. 27, comma 3, Cost che pone il principio della funzione rieducativa della pena. La questione di legittimità costituzionale della collaborazione, quale condotta condizionante il percorso penitenziario del detenuto per i delitti ostativi, è stata, infatti, subito sottoposta all'attenzione della Corte Costituzionale.

La sentenza 8 luglio 1993, n. 306 Corte Cost. ha per la prima volta trattato della compatibilità costituzionale dell'art. 4 *bis* e ha, di fatto, posto le basi per tutta la successiva giurisprudenza in materia³⁴.

In tale sentenza è sollevata la questione di legittimità dell'art. 4 *bis* ord. penit. in relazione agli art. 27, terzo comma, 24 secondo comma, 25 secondo comma, 3 Cost. Per quanto riguarda la sollevata questione di incompatibilità in riferimento, in particolare, all'art. 27, terzo comma, Cost. i giudici di merito rilevavano come quanto previsto dall'art. 4 *bis* fosse in contrasto con il diritto per il condannato che il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venisse riesaminata al fine di accertare se in effetti la quantità della pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo³⁵; al contrario invece, la norma impugnata rende irrilevante il percorso rieducativo e risocializzativo compiuto dall'imputato, avendo importanza solo se il reo presta o meno la propria collaborazione con la giustizia.

³² Cfr. MAIELLO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, op. cit., p.244.

³³ In tal senso, DELL'ANDRO, *La collaborazione impossibile: i frutti avvelenati nei procedimenti di criminalità organizzata in Giur. It.*, 2019, 4, 953.

³⁴ Cfr. DODARO, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4 bis, comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 2020, p. 0259B.

³⁵ Così, Corte Cost. 27 giugno 1974 n. 204.

La Corte Costituzionale spiega come la disciplina di cui è stata sollevata la legittimità costituzionale sia frutto di scelte di politica criminale.

La prima delle quali consiste “nell’enucleazione di una serie di figure delittuose che, per sé o per le modalità delle condotte, sono espressive del fenomeno della criminalità organizzata e nella statuizione, in via generale, che ai condannati per tali reati non sono concedibili i benefici che comportano un sia pur temporaneo distacco, totale o parziale, dal carcere.” La *ratio* di tale scelta è rinvenibile “nell’acuto allarme sociale creatosi nella contingenza in cui il decreto fu emanato che ha portato il legislatore a ritenere di adottare una misura drastica, nettamente ispirata a finalità di prevenzione generale e di tutela della sicurezza collettiva, nella convenzione che per il contenimento del crimine organizzato fosse necessaria una decisiva inversione di tendenza rispetto agli indirizzi della legge n. 663 del 1986.”

La seconda consiste, invece, nello stabilire che tutti i benefici penitenziari sono concedibili ai detenuti per i delitti di criminalità organizzata che si inducano a collaborare con la giustizia. Questa, espressione di una scelta politica e non penitenziaria, è motivata dal fatto che le dichiarazioni rese dai c.d. pentiti sono “l’arma più efficace per contrastare la criminalità organizzata, dato che praticamente tutti i processi che hanno ottenuto qualche risultato sono stati fondati sulla collaborazione di ex appartenenti alle associazioni di stampo mafioso.”

In seguito a tale premesse la Corte ricorda come “tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena - da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retribuitività, e, dall’altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell’obiettivo di risocializzazione del reo - non può limitarsi a priori a una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione. Il legislatore può, cioè - nei limiti della ragionevolezza - far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l’una o l’altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata. (...) In questo quadro appare certamente rispondente alla necessità di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa, la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia.”

La sentenza del 1993 finisce, pertanto, per affermare che la scelta di subordinare l'accesso alle misure alternative alla detenzione alla collaborazione con la giustizia non viola l'art. 27, comma 3, Cost. In quanto tale scelta, sebbene comporti “una rilevante compromissione delle finalità educative della pena e la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, apparando inoltre preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di tipi di autore, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita”, non rende irrilevante il percorso rieducativo già compiuto dal reo.

Nella medesima sentenza è, invece, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 2, del d.l. 306 del 1992, nella parte in cui la norma prevede che la revoca delle misure alternative alla detenzione operi anche quando non sia stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali del detenuto con la criminalità organizzata. La Corte osserva, infatti, che la mancata collaborazione con la giustizia non può essere assunta come unico indice di mantenimento di legami di solidarietà con l'organizzazione criminale e posta alla base di una generalizzazione che fonda una presunzione assoluta di permanente pericolosità sociale. La mancata collaborazione, infatti, può anche essere inesigibile come nel caso in cui questa sia “conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quali, ad esempio, l'esposizione a gravi pericolo per se o per i propri familiari che la collaborazione del condannato possa eventualmente comportare”.

La giurisprudenza successiva non si è discostata da tale sentenza e ha avuto, inoltre il merito di correggere alcuni profili, ravvisando nell'esigibilità oggettiva della collaborazione il requisito minimo generale di legittimità del meccanismo ostativo³⁶.

Sempre la Corte Costituzionale³⁷ ha, infatti, affermato come “essendo la funzione rieducativa della pena valore insopprimibile che permea l'intero trattamento penitenziario, in tanto è possibile subordinare ad una determinata condotta l'applicazione di istituti che di quel trattamento sono parte integrante, in quanto la condotta che si individua come presupposto normativo risulti oggettivamente esigibile, giacché, altrimenti, residuerebbe nel sistema null'altro che una preclusione assoluta, del tutto

³⁶ Cfr. DODARO, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4 bis, comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione*, op. cit.

³⁷ Sentenza 1 marzo 1995, n. 68 Corte Cost.

prima di bilanciamento proprio sul piano dei valori costituzionali.” Per tali ragioni è stata, dunque, dichiarata l’incostituzionalità dell’art. 4 *bis*, primo comma secondo periodo, nella parte in cui non prevedeva che i benefici penitenziari di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, renda impossibile un’utile collaborazione³⁸; facendo così riferimento al criterio della c.d. collaborazione ininfluenza. Successivamente, oggetto di censura è stata la parte dell’art. 4 *bis* ord. penit. che non prevede che i benefici possano anche essere concessi allorché l’integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità renda impossibile un’utile collaborazione³⁹; fissando così il criterio della c.d. collaborazione impossibile o inesigibile. Gli interventi della Corte Costituzionale furono recepiti nella l. 23 dicembre 2002, n. 279 che modifica nuovamente l’art. 4 *bis* ord. penit. prevedendo che la preclusione all’accesso ai benefici penitenziari non opera nel caso in cui la collaborazione sia impossibile, inesigibile o inutile.

2.2 L’attuale assetto normativo

Tornando ora alla disamina degli interventi normativi che ebbero ad oggetto l’art. 4 *bis* dell’ord. penit., è necessario rilevare come questi siano stati molteplici e dovuti, principalmente al soddisfacimento di due bisogni. Il primo era quello di adeguare il dettato normativa con quanto stabilito dalla Corte Costituzionale, in quanto nel corso degli anni sono state molteplici le questioni di legittimità sollevate sull’art. 4 *bis*; il secondo, invece, rispondeva all’esigenza di prevedere una disciplina penitenziaria anche per altri condannati, ossia condannati per delitti rilevati, in vista del contesto storico e sociale nel quale il legislatore è intervenuto, particolarmente allarmanti per la sicurezza pubblica.

Un primo intervento normativo si ha avuto un dopo l’inserimento della c.d. strategia premiale con il d.l. 14 luglio 1993, n. 187, convertito dalla legge 12 agosto 1993, n. 296; con tale modifica è stato aggiunto il comma 2 *bis*, stabilendo che le decisioni della magistratura di sorveglianza dovessero essere precedute dall’acquisizione di dettagliate informazioni richieste al questore e assunte nel termine di trenta giorni dalla richiesta.

³⁸ Così, Corte Cost. 27 luglio 1994, n. 357.

³⁹ Così, Corte Cost. 1 marzo 1992, n. 68.

Nei primi anni 2000 con tre interventi normativi⁴⁰, si è assistito a un notevole incremento dell'elenco dei reati ostativi alla concessione dei benefici. Lo stesso ampliamento avviene con la legge 6 febbraio 2006, n. 38, che, inoltre, comporta una modifica della struttura dell'articolo, inserendo tra i reati ostativi della prima fascia alcune fattispecie originariamente collocate nella seconda fascia, così come hanno fatto successivamente altre novelle⁴¹. Si fa, inoltre, menzione della l. 1 ottobre 2012, n. 172 che ha ratificato e dato esecuzione alla convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, ha arricchito il novero dei reati con l'inserimento delle fattispecie criminose di tipo sessuale in danno dei minori⁴². Negli ultimi anni l'elenco dei reati di cui all'art. 4 *bis* è stato, inoltre, nuovamente allungato⁴³.

I vari interventi legislativi hanno, di fatto, comportato la formazione di una disciplina complessa e "multilivello"⁴⁴ che subordina la concessione dei benefici penitenziari a una serie di condizioni, diverse nel caso in base al titolo di reato per il quale è stata prevista la condanna.

La prassi giurisprudenziale è solita a dividere la vasta platea di soggetti detenuti per uno dei reati di cui all'art. 4 *bis* in due gruppi, il primo comprende i "condannati ostativi qualificati" o della "prima fascia" *ex* comma 1 art. 4 *bis* ord. penit.⁴⁵; il secondo

⁴⁰ D.l. 24 novembre 2000, n. 341 convertito dalle 19 gennaio 2001, n. 4; legge 19 marzo 2001, n. 92; legge 30 luglio 2002, n. 189.

⁴¹ D.l. 23 marzo 2009, n.11 convertito dalla legge 23 aprile 2009, n. 38; 15 luglio 2009, n. 94; legge 23 luglio 2009, n. 99.

⁴² Cfr. MAIELLO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, op. cit., p. 252.

⁴³ D.l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito in l. 17 aprile 2015, n. 43; l. 23 febbraio 2015, n. 19; l. 9 gennaio 2019 n. 3 c.d. legge spazzacorrotti.

⁴⁴ Cfr. FIORIO, *Il "doppio binario" penitenziario*, op. cit.

⁴⁵ Delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; art. 416-bis c.p. (associazione di tipo mafioso), nonché i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste (c.d. aggravante di mafiosità); art. 416-ter c.p. (scambio elettorale politico-mafioso); art. 630 c.p. (sequestro di persona a scopo di estorsione); art. 74 d.p.r. n. 309/90 (associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti); art. 291-quater, d.p.r. 23.01.1973, n. 43 (associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri); art. 600 c.p. (riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù); art. 600-bis, comma 1, c.p. (induzione, reclutamento, favoreggiamento della prostituzione minorile); art. 600-ter, commi 1 e 2, c.p. (pornografia minorile); art. 601 c.p. (tratta di persone); art. 602 c.p. (acquisto e alienazione di schiavi); art. 609-octies c.p. (violenza sessuale di gruppo); art. 12, commi 1 e 3, d.lgs. 25.07.1998, n. 286 (t.u. immigrazione, plurime condotte di ingresso illegale di stranieri nel territorio dello stato); ed infine i delitti di cui agli artt. 314, comma 1, c.p. (peculato), 317 c.p. (concussione), 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, comma 1, 320, 321, 322, 322-bis c.p. (tutte ipotesi di corruzione).

i “condannati ostativi generici” o della “seconda fascia” *ex* comma 1 *ter* art. 4 bis ord. penit.⁴⁶.

Ai fini della concessione dei benefici penitenziari per i condannati qualificati è necessario che questi abbiano prestato collaborazione con la giustizia e, in ogni caso, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Gli stessi, inoltre, possono accedere a benefici qualora la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l’integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con la sentenza irrevocabile, renda impossibile un’utile collaborazione con la giustizia; e infine, sempre per la stessa categoria, nei casi in cui, anche se la collaborazione risulti oggettivamente irrilevante, sia stata applicata la circostanza attenuante dell’avvenuto risarcimento del danno, anche qualora il risarcimento sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, oppure quella della minima partecipazione al fatto ovvero se il reato commesso è più grave di quello voluto.

Per gli autori della seconda fascia l’accesso ai benefici è subordinato all’assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

Ultimo, aggiuntivo, requisito è richiesto per gli autori dei delitti a fondo sessuale, per questi, infatti, non solo è richiesta la presenza di elementi tali da far escludere collegamenti con la criminalità organizzata, ma anche che vi sia una positiva osservazione della loro personalità.

3. La collaborazione con la giustizia e l’accesso ai benefici penitenziari

Nel corso dell’analisi dell’art. 4 *bis* ord. penit. si è fatto più volte riferimento all’art. 58 *ter* della legge 354 del 1975. Di fatto, è proprio il combinato disposto delle due norme

⁴⁶ Delitti *ex* art. 575 c.p. (omicidio volontario); – art. 600-bis, comma 2 e 3, c.p. (atti sessuali con minore); – art. 600-ter, comma 3, c.p. (divulgazione, diffusione di materiale pedopornografico); – art. 600-quinquies, c.p. (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile); – artt. 628, comma 3, e 629, comma 2, c.p. (rapina ed estorsione aggravate); – art. 291-ter, d.p.r. 23.01.1973, n. 43 (t.u. doganale, ipotesi aggravate di contrabbando di tabacchi lavorati esteri); – art. 73, aggravato *ex* art. 80, comma 2, d.p.r. n. 309/90 (t.u. stupefacenti, condotte aggravate di produzione, traffico e detenzione illecita di sostanza stupefacente); art. 416, commi 1 e 3, c.p. (associazione per delinquere) realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli articoli 473 e 474 c.p. (delitti in materia di tutela dei diritti d’autore); – art. 416 c.p. realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice (delitti contro la personalità individuale), o allo scopo di commettere e delitti previsti dagli artt. 609-bis c.p. (violenza sessuale), 609-quater c.p. (atti sessuali con minorenni), 609-octies c.p. (violenza sessuale di gruppo) e dall’art. 12, commi 3, 3-bis e 3-ter, d.lgs. 25.07.1998 (t.u. immigrazione, plurime condotte aggravate di ingresso di stranieri in territorio nazionale)

che ha generato un evidente diversificazione di situazioni, ossia il c.d. doppio binario previsto ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari; secondo cui al rigido sistema di preclusioni per i non collaboranti condannati per uno dei reati previsti all'art. 4 *bis*, ritenuti soggetti ad alta pericolosità sociale, si contrapponeva una disciplina di singolare privilegio per coloro che avessero collaborato con la giustizia⁴⁷.

Alla base di tale riforma del sistema penitenziario vi era una scelta di politica criminale più che di tipo penitenziaria⁴⁸, in quanto era chiaro come le dichiarazioni rese da soggetti interni al sodalizio criminale erano essenziali per svelare le caratteristiche delle associazioni ed aspetti che difficilmente potessero essere noti alle autorità. Anche la magistratura, del resto, era ben conscia dell'essenzialità dei collaboratori con la giustizia al fine di conoscere, per poi contrastare, il fenomeno mafioso. Il magistrato Giovanni Falcone, infatti, dopo le confessioni rese ai fini di collaborare con la giustizia da Tommaso Buscetta, uno dei primi c.d. pentiti, evidenzia come “prima di lui non avevamo che un'idea superficiale del fenomeno mafioso. Ci ha dato una chiave di lettura, un linguaggio, un codice. È stato per noi come un professore di lingue che ti permette di andare dai turchi senza parlare con i gesti”⁴⁹.

Il legislatore, dunque, preso atto della necessità al fine del contrasto alla criminalità organizzata delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia introdusse una disciplina premiale, volta a favorire l'aumento di coloro che si apprestano a collaborare.

Vi sono, inoltre, precise ragioni che hanno indotto il legislatore a delineare la disciplina del premio per la collaborazione nella fase dell'esecuzione della pena e non sulla fase sostanziale; brevemente, possono esserne enunciate due. La prima ragione si basa sul fatto che nel diritto penale sostanziale sono difficilmente circoscrivibili le fattispecie che si riferiscono alla criminalità organizzata e sarebbe ancor più complesso, a livello di tecnica legislativa, prevedere per quelle una specifica attenuante. La seconda si basa, invece, sul consapevole contrasto tra l'istituzione di benefici finalizzati alla collaborazione e consistenti nella non contestazione di determinati reati o di un azzeramento di pena in sede d'esecuzione con i principi di legalità e di obbligatorietà

⁴⁷ In tal senso CICALA, *Lo speciale regime dell'accesso ai benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia*, op. cit.

⁴⁸ Così, Corte Cost. 11 giugno 1993, n. 306.

⁴⁹ Cfr. FALCONE, *Cose di cosa nostra*, Milano, 2012, p. 52.

propri dell'azione penale. Il diritto penitenziario, pertanto, è apparso fin da subito il terreno più fertile per accogliere particolari forme di premialità⁵⁰.

È stato, pertanto, introdotto dall'art. 1 del d.l. 13 maggio 1991 n.152, convertito con modificazioni nella l. 12 luglio 1991, n. 203, l'art. 58 *ter* ord. penit. Con tale articolo viene identificato quale collaboratore di giustizia colui che, anche dopo la condanna, si è adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero ha aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori di reati. Tali condotte devono essere accertate dal tribunale di sorveglianza, assunte con le necessarie informazioni e sentito il pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione.

Il quadro normativo delineato dalla l. 203 del 1992 è stato, poi, ulteriormente arricchito dalla legge 15 marzo 1991, n. 82 che introduce norme sulla detenzione *extra moenia* finalizzate alla protezione dei collaboratori, e dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 che disciplina in modo più organico l'intera materia e contiene rilevanti novità volte a favorire lo sviluppo della collaborazione con la giustizia mediante la previsioni di particolari programmi di protezione per la tutela dell'incolumità dei collaboratori e dei loro congiunti⁵¹.

Il quadro normativo è stato, inoltre, profondamente modificato dall'art. 16 *nonies* della l. n. 82 del 1991⁵² che detta nuove regole ai fini della concessione dei benefici.

La norma, innanzitutto, stabilisce che la possibilità di adottare permessi premio e le misure alternative alla detenzione, quali la libertà condizionale e la detenzione domiciliare, è prevista solo dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena inflitta ovvero, se si tratta di condannato all'ergastolo, solo dopo l'espiazione di almeno dieci anni di pena ed abroga le misure urgenti che ammettevano una provvisoria detenzione extracarceraria.

L'accesso ai benefici e alle misure è, poi favorito se si tratta di condannati per delitti di terrorismo o rientranti nella competenza delle Direzioni distrettuali antimafia,

⁵⁰ Cfr. CICALA, *Lo speciale regime dell'accesso ai benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia*, op. cit.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Legge di conversione del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8. L'art. 16 *nonies* della l. 82 del 1991 è stato introdotto dalla l. 13 febbraio 2001 n. 45 e ha sostanzialmente sostituito l'art. 13 *ter* del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito con modificazioni nella legge 15 marzo 1991, n. 82, aggiunto dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306.

ossia ex art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., che hanno prestato, anche dopo la sentenza di condanna, taluna delle condotte di collaborazione che consentono le concessioni delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o da disposizioni speciali. Innanzitutto è richiesto che non devono persistere elementi di collegamento con la criminalità organizzata ed eversiva e l'acquisizione del parere positivo o della proposta del Procuratore Nazionale Antimafia ex comma 1, 2, 3, dell'art. 16 *nonies*; in secondo luogo il soggetto deve aver completato la propria collaborazione entro 180 giorni da quando esprime la volontà di collaborare e le dichiarazioni devono essere state raccolte in un apposito verbale di cui all'art. 16 quater l. 82 del 1991; per ultimo il reo deve aver espiato almeno un quarto della pena inflitta o, se si tratta di condannato all'ergastolo, devono essere stati espiati almeno dieci anni di pena.

È chiaro come la norma in esame operi una netta distinzione tra la disciplina prevista per l'accesso ai benefici e alle misure alternative nel caso in cui si tratti di un condannato per un reato comune o per un reato di criminalità organizzata, favorendo, inoltre, in quest'ultimo caso la collaborazione del reo con la giustizia.

La collaborazione è, infatti, sia utile quale "prova" del ravvedimento del reo che, come prima rilevato, con fini processuali. Quest'ultimo scopo risulta chiaro avendo a riguardo il comma 4 dell'art. 16 *nonies* che prevede che "i provvedimenti che derogano ai limiti di pena possono essere adottati soltanto se, entro il limite prescritto dall'art. 16 *quater* è stato redatto il verbale illustrativo...". La previsione di un preciso limite temporale quale *conditio sine qua non* per la concessione dei benefici mostra come la collaborazione sia finalizzata ad obiettivi chiaramente processuali⁵³.

3.1 Divieti di concessione dei benefici ex art. 58 *quater* ord. penit.

Sempre in tema di divieti aprioristici di concessione dei benefici penitenziari è necessario far riferimento all'art 58 *quater* ord. penit. Tale articolo, introdotto dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella legge 12 luglio 1991, n. 203, ha suscitato fin dalla sua entrata in vigore perplessità e dubbi circa la sua legittimità costituzionale, in quanto prevede una serie di preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari basati su una sorte di presunzione di inidoneità temporanea.

⁵³ Cfr. CICALA, *Lo speciale regime dell'accesso ai benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia*, op. cit.

L'art. 58 *quater* ord. penit. sancisce, al primo comma, il divieto triennale di concessione del lavoro all'esterno, dei permessi premio, dell'affidamento in prova, della detenzione domiciliare, della semilibertà, nei confronti del condannato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'art. 385 c.p. Il divieto triennale sussiste anche, in virtù di quanto previsto dal secondo comma, per coloro che subito la revoca dei benefici.

L'art. 58 *quater* ord. penit. esprime, dunque, una particolare severità per quei condannati che, dopo aver condotto il giudice di merito ad una prognosi favorevole circa la capacità dello svolgimento del percorso rieducativo, rilevino successivamente la propria inadeguatezza; ha, inoltre, carattere retributivo, in quanto il divieto è di tipo automatico e svincolato da qualsiasi verifica sugli eventuali successi trattamentali del condannato⁵⁴.

L'articolo in esame è stato poi utilizzato dal legislatore per porre sbarramenti alla fruizione di benefici penitenziari in ragione di situazioni o di condizioni in cui si viene a trovare il condannato

ritenute sintomatiche di pericolosità sociale; al quarto comma⁵⁵, infatti, sono stabilite delle precise preclusioni per i condannati per i delitti di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. e al quinto comma, così come previsto dalla legge 251 del 2005, per coloro che siano stati dichiarati recidivi *ex art.* 99 comma 4 c.p.

Con l'art. 58 *quater* ord. penit. vi è, dunque, l'esclusione automatica di qualsiasi opportunità trattamentale, a prescindere dalla verifica circa l'effettiva conversione del reo ai valori del vivere civile, basata su una presunzione astratta derivante dal titolo del reato⁵⁶.

La presenza, pertanto, di rigidi automatismi ostativi fa sì che l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo della pena⁵⁷.

⁵⁴ Cfr. SPAVENTI, *Le misure alternative alla detenzione nell'interpretazione giurisprudenziale* in BALDUCCI (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 574s.

⁵⁵ Il quale stabilisce che l'istanza è preclusa per il termine di 5 anni al condannato per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1 ter, 1 quater dell'art. 4 bis, nei cui confronti si procede o è pronunciata condanna per un delitto punibile a norma dell'art. 385 c.p. ovvero durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alla detenzione.

⁵⁶ Cfr. LANZI, *Il "doppio binario" in executivis, tra nuove tendenze e residue incertezze*, op. cit.

⁵⁷ Così, Corte Cost. 21 giugno 2006, n. 257.

Il quarto comma dell'art. 58 *quater* ord. penit. prevede, inoltre, una disciplina assai più severa rispetto a quella dell'art. 4 *bis* ord. penit.⁵⁸ nel momento in cui prevede un peculiare sbarramento automatico per i responsabili di sequestro di persona a scopo di estorsione, terrorismo o eversione che abbiano cagionato la morte del sequestrato e riguarda le misure elencate nell'art. 4 *bis* comma 1 ord. penit. Per i delitti *ex artt.* 289 *bis* e 630 c.p., dunque, vi è un aggravio ulteriore delle soglie temporale del regime differenziato, anche in presenza di un utile collaborazione ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit.

La differenza tra la disciplina de qua e i principi cardine della Costituzione, quali la non disparità di trattamento e lo scopo rieducativo della pena, appaiano *ictu oculi*; e, infatti, proprio l'art. 58 *quater* comma 4 ord. penit. è stato sottoposto all'attenzione della Corte Costituzionale.

Nella sentenza 149 del 2018 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58 *quater*, comma 4, ord. penit., nella parte in cui impedisce, prima della scadenza di un periodo di ventisei anni di reclusione senza sospensione, la concessione delle misure extramurarie ai condannati all'ergastolo per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione che abbiano cagionato la morte del sequestrato, ritenendo che la rigidità del termine predetto contrasti con il principio della progressività trattamentale e flessibilità della pena.

Tale pronuncia, nonostante non faccia precisamente riferimento ai reati di criminalità organizzata o al c.d. doppio binario per questi previsti, è citata in quanto il suo significato va ben aldilà della soluzione data rispetto alla specifica norma oggetto di scrutinio, perché sono soprattutto gli argomenti sviluppati nella motivazione a costruire un sasso lanciato nello stagno del sistema sanzionatorio⁵⁹.

Da tale sentenza emerge, infatti, come la Corte Costituzionale rifiuti ogni rigido automatismo in materia di benefici a favore della valutazione caso per caso, anche perché se non si facesse ricorso a criteri individualizzanti del trattamento, l'opzione repressiva

⁵⁸ Cfr. CARACENI, *Diritto processuale penale palinogenesi costituzionale del trattamento rieducativo: cade il vessillo securitario dell'art. 58 quater comma 4 ord. penit.* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 1 marzo 2020, p. 343.

⁵⁹ Cfr. LANZI, *Il "doppio binario" in executivis, tra nuove tendenze e residue incertezze*, op. cit.

prevarrebbe su quella rieducativa, essendovi così un palese contrasto con i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena⁶⁰.

La Corte, tuttavia, riconosce che la scelta di precludere in materia assoluta e per un arco temporale assai esteso la fruizione di benefici penitenziari a nominate categorie criminali è dovuta al plausibile fine sia di soddisfare l'esigenza di neutralizzazione della pericolosità degli autori di reati particolarmente gravi sia di lanciare un segnale di deterrenza nei confronti dei consociati⁶¹.

Afferma, poi, che questi ultimi criteri “non possono operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società, e da declinarsi nella fase esecutiva come necessità di costante valorizzazione, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero arco dell'espiazione della pena”⁶².

Con tale sentenza si dà, dunque, visibilità costituzionale al finalismo rieducativo della pena, trattandosi di un principio ineliminabile e che deve essere sempre garantito, anche nei confronti degli autori dei reati più gravi⁶³.

4. Le recenti pronunce della Corte in tema di accesso ai benefici penitenziari

Sulla scia di quanto già affermato dalla Corte Costituzionale nella suddetta sentenza 149 del 2018 e di quanto previsto dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Viola c. Italia*, la Consulta con la sentenza 253 del 2019 segna un passaggio fondamentale nella storia dell'art. 4 bis ord. penit. e in generale nel c.d. doppio binario penitenziario.

Prima di trattare di tale sentenza è necessario menzionare quanto disposto dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Viola c. Italia*, in quanto proprio la revisione in un'ottica conservativa presente in tale sentenza ha tracciato dei sicuri punti di riferimento che hanno inciso per la presa di posizione della Corte Costituzionale nel 2019.

⁶⁰ In tal senso, DELL'ANDRO, *La collaborazione impossibile: i frutti avvelenati nei procedimenti di criminalità organizzata*, op. cit.

⁶¹ Cfr. CARACENI, *Diritto processuale penale palinogenesi costituzionale del trattamento rieducativo: cade il vessillo securitario dell'art. 58 quater comma 4 ord. penit.*, op. cit.

⁶² Così, Corte Cost. 11 luglio 2018, n. 149.

⁶³ Cfr. LANZI, *Il “doppio binario” in executivis, tra nuove tendenze e residue incertezze*, op. cit.

Ebbene, nella pronuncia del 13 giugno 2019 il Giudice di Strasburgo ha sancito l'illegittimità dell'ergastolo ostativo sul versante del rispetto dell'art. 3 CEDU.

L'ergastolo ostativo, sul piano formale, è una *species* rispetto al *genus* ergastolo⁶⁴; consiste in una pena detentiva perpetua presente nell'ordinamento italiano che si caratterizza, in virtù di quanto previsto dall'artt. 4 *bis* comma 1 e 58 *ter* ord. penit., per escludere il condannato non collaborante dal lavoro esterno, dai permessi premio, dalla semilibertà e dalla stessa liberazione condizionale, qualora egli decida di non collaborare con la giustizia.

La legittimità dell'ergastolo ostativo era già stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale la quale lo aveva "salvato"; affermando che quanto previsto dall'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. non stabilisce nei confronti di chi venga condannato all'ergastolo per uno dei delitti contemplati nella disposizione una preclusione assoluta all'accesso ad un percorso rieducativo, suscettibile di approdare alla liberazione condizionale. Contrariamente, invece, subordina la possibilità di accedere a tale percorso alla collaborazione con la giustizia; la legge italiana valorizza, dunque, la scelta del condannato di non collaborare, per essendo nelle condizioni di farlo⁶⁵.

Su tale linea di pensiero sono anche le argomentazioni del Governo italiano di fronte alla Corte Edu, quest'ultimo, infatti, rileva che "il sistema offre una prospettiva concreta all'ergastolano, da una parte, permettendo che questi possa accedere ai benefici penitenziari in caso di collaborazione impossibile o inesigibile e, dall'altra parte, connettendo alla libera scelta dell'interessato di collaborare, e non a un automatismo legislativo, la possibilità di ottenere questi stessi benefici". Le argomentazioni del Governo italiano non persuadono la Corte di Strasburgo; la quale rileva, in primo luogo, che la scelta di non collaborare non sempre dipende da una libera e volontaria scelta di adesione ai valori criminali o dal mantenimento di legami con l'organizzazione di appartenenza, ma può anche derivare dal timore di mettere a repentaglio la propria vita e quella dei propri congiunti⁶⁶.

⁶⁴ In tal senso, DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2, 2019, p. 0925B.

⁶⁵ Così, Corte Cost. 24 aprile 2003, n. 135.

⁶⁶ Così come osservato dalla stessa Corte Costituzionale, nella sentenza 8 luglio 1993, n. 306.

In secondo luogo, la Corte Edu afferma come la collaborazione potrebbe avere anche e solo finalità opportunistiche di accesso ai benefici penitenziari e non essere, dunque, indice di ravvedimento del reo.

Nella sentenza Viola c. Italia, pertanto, “dubita della opportunità di stabilire un’equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato”.

Tali dubbi sono, inoltre, incrementati in quanto il mantenimento della suddetta equivalenza significherebbe ancorare la valutazione di pericolosità al momento della commissione del fatto senza tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi compiuti nel corso dell’esecuzione. La Corte Edu, infatti, pur riconoscendo la possibilità per gli stati di introdurre meccanismi presuntivi rispetto alla valutazione di pericolosità dei condannati per gravi reati, afferma che la necessità di dimostrare la rottura dei legami con associazioni criminose particolarmente resistenti attraverso la collaborazione non è compatibile con il principio della possibilità di revisione della pena attraverso una valutazione del percorso trattamentale⁶⁷. Al detenuto, dunque, deve sempre essere garantita la possibilità concreta e realistica di riacquistare un giorno la libertà, e tale possibilità non può essere subordinata a delle condizioni specifiche e di dubbia valenza.

Per la Corte di Strasburgo, in conclusione, una pena detentiva perpetua rispetto il principio di dignità umana della pena a condizione che non precluda al condannato ogni prospettiva di reinserimento sociale⁶⁸; in quanto è il principio stesso di dignità umana che “impedisce di privare una persona della libertà, senza operare nello stesso tempo per il suo reinserimento e senza fornirle la possibilità di riconquistare un giorno la libertà”.

I principi appena espressi dalla Corte Edu costituiscono un fondamento assiologico della decisione della Corte Costituzionale che incide fortemente sul sistema del c.d. doppio binario in sede esecutiva. È bene precisare che la sentenza dei giudici italiani non interviene in materia di ergastolo ostativo né tale istituto viene predicato dal *dictum* costituzionale, ma, comunemente alle ragioni poste alla base della sentenza europea, vi è uno stravolgimento dell’essenza del sistema delle preclusioni, cercando di

⁶⁷ In tal senso, MORI, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n.2) in materia di ergastolo ostativo in Giurisprudenza penale*, 2019, 6.

⁶⁸ Cfr. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l’Italia: l’ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, op. cit.

renderlo compatibile con i principi iscritti negli artt. 3 e 27, comma 3, Cost e con l'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo⁶⁹.

Con la sentenza n. 253 del 2019 la Corte Costituzionale, infatti, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., “nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416 *bis* del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58 *ter* del medesimo ord. penit, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti.”

La sentenza, dunque, non ha sancito tout court l'illegittimità della previsione dell'obbligo di collaborazione da sempre previsto al primo comma, ma ha reso questo non più un obbligo ma una facoltà⁷⁰. Il perimetro è, infatti, ben definito⁷¹: riguarda esclusivamente la preclusione assoluta di accesso ai benefici penitenziari, e, in particolare, al permesso premio per il condannato che non collabora con la giustizia, condannato per i reati di associazione mafiosa e/o di contesto mafioso.

La Corte Costituzionale, senza rinnegare l'esigenza di adottare criteri particolarmente stringenti per l'accertamento dell'assenza di collegamenti del detenuto con la criminalità organizzata e del pericolo che, attraverso la strumentalizzazione dei benefici penitenziari esterni, il detenuto possa mantenere o riallacciare i legami con il sodalizio criminale di appartenenza, ha compiuto un'operazione di “ortopedia costituzionale”⁷² sul testo dell'art. 4 *bis* ord. penit., volta a ridimensionare il requisito della collaborazione e a svolgere un corretto bilanciamento tra le esigenze di politica criminale e i principi costituzionali.

⁶⁹ Cfr. FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio in Cassazione penale*, fasc. 3, 2020, p. 1019.

⁷⁰ In tal senso, RICCI, *Nel labirinto dell'art. 4 bis o.p: guida pratica per il “condannato ostativo” all'accesso a permessi premio e misure alternative alla detenzione dopo le sentenze costituzionali n. 253/2019 e 31/2020 (e in attesa di ulteriori sviluppi)* in *Giurisprudenza Penale*, 2020, 6.

⁷¹ Cfr. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. N. 253 del 2019 della Corte costituzionale* in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019.

⁷² Cfr. FIORIO, *Il declino dell'ostatività penitenziaria: l'art. 4 bis ord. penit tra populismi, realpolitike rispetto dei valori costituzionali* in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 4, 2019, p. 2156C.

La presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato che non collabori con la giustizia su cui si fonda la preclusione di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. risulta, precisamente, incompatibile con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost sotto tre profili “distinti, ma complementari”.

In primo luogo, è stato rilevato che la scelta di prevedere tale presunzione assoluta è legata ad esigenze investigative e di difesa sociale, con sostanziale azzeramento di quelle legate alla risocializzazione del condannato non collaboratore. È, dunque, compiuta un'opera di bilanciamento all'esito della quale non solo è immessa, ma anche prediletta, nel percorso carcerario del condannato la valutazione di elementi estranei ai caratteri tipici dell'esecuzione della pena. Il condannato che non decide di collaborare viene, di fatto, “sanzionato”, essendogli negata, a prescindere di qualsiasi altra valutazione, la possibilità di accesso ai benefici; quando, invece, tale scelta, secondo quanto previsto dalla disciplina generale, dovrebbe rientrare nelle facoltà connesse all'esercizio del diritto di difesa ed essere, di conseguenza, “neutra”⁷³.

In secondo luogo, la presunzione assoluta impedisce ogni valutazione in concreto della magistratura di sorveglianza sul percorso carcerario del condannato non collaborante. La disciplina di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. preclude in radice la possibilità di apprezzare secondo criteri individualizzanti la specifica situazione del singolo detenuto. Non può, dunque, esservi l'effettuazione di una valutazione individualizzata e caso per caso nella materia dei benefici penitenziari, conformemente a quanto richiesto dai principi di rieducazione, di proporzionalità e di individualizzazione della pena⁷⁴.

Da ultimo, la presunzione di una immutabilità, sia della personalità del condannato, sia del contesto esterno di riferimento si base principalmente su una generalizzazione, che risulta, inoltre, irrazionale e, perciò, poco legittima sul piano giuridico. L'assolutezza della preclusione, innanzitutto, non consente di essere contraddetta da particolari circostanze che possono essere colte solo valutando i singoli casi. L'irragionevolezza, inoltre, emerge chiaramente in quanto la preclusione de qua non tiene conto né degli effetti che il decorso della pena può avere sull'evoluzione della

⁷³ Cfr. FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, op. cit.

⁷⁴ La stessa corte costituzionale nella sentenza 149 del 2018 ha ritenuto l'effettuazione di tale valutazione un “criterio costituzionalmente rilevante”.

personalità del detenuto, né della possibilità che durante l'esecuzione muti il contesto esterno al carcere.

Per tali ragioni, dunque, la presunzione di persistenza di collegamenti con la criminalità organizzata contenuta nel comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. penit. diviene una presunzione relativa e, in quanto tale, superabile. La stessa Consulta, tuttavia, sottolinea che tale presunzione può essere vinta solo in base a valutazioni particolarmente rigorose, facendo riferimento a diversi indici, non essendo, dunque, sufficiente la buona condotta in carcere, si baserà, anche, su “criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l'abbandono definitivo” e sul contesto sociale esterno dove al detenuto sarebbe concesso tornare.

La prova, inoltre, delle condizioni a supporto della concessione dei permessi premio ricade in parte sullo stesso condannato, il quale sarebbe tenuto a fornire una specifica allegazione degli elementi capaci di sostenere la sua istanza.

È indubbio che tale sentenza ha fortemente modificato il regime del c.d. doppio binario processuale ed è anche agevole prognosticare una provabile scia giurisprudenziale che comporterà ulteriori modifiche in tale ambito e di questo tipo.

Di fatti, la Corte Costituzionale già con la sentenza 263 del 2019 ha esteso in via consequenziale la dichiarazione di incostituzionalità, nei limiti e nei termini della sentenza 253 dello stesso anno, anche ai detenuti per gli altri delitti contemplati nell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. rimuovendo poi analoga preclusione con lo specifico riguardo all'esecuzione penale minorile⁷⁵.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, inoltre, così come la dottrina maggioritaria sembra propensa ad un'estensione di operatività della sentenza 253 del 2019⁷⁶. Quest'ultima, infatti, limita la propria portata oggettiva solo al permesso premio rimanendo escluse dai suoi effetti le misure alternative della semilibertà, dell'affidamento in prova e delle libertà condizionale che, se richieste dal condannato per uno dei reati di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit, e non collaborante soggiacciono alle stesse regole previgenti alla decisione costituzionale. La Corte di Cassazione ha, poi, recentemente

⁷⁵ Cfr. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. N. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, op. cit.

⁷⁶ In tal senso, RICCI, *Nel labirinto dell'art. 4 bis o.p.: guida pratica per il “condannato ostativo” all'accesso a permessi premio e misure alternative alla detenzione dopo le sentenze costituzionali n. 253/2019 e 31/2020 (e in attesa di ulteriori sviluppi)*, op. cit.

ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4 *bis*, comma 1, 58 *ter* ord. penit. e art. 2 d.l. 152 del 1991, convertito con modificazioni nella legge 203 del 1991, in riferimento agli artt. 3, 23 e 117 Cost, “nella parte in cui escludono che il condannato all’ergastolo per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416 *bis* c.p. o al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale⁷⁷.”

A segnare un passaggio fondamentale nella storia dell’art. 4 *bis* ord. penit. è, anche, la sentenza 32/2020 della Corte Costituzionale. Con tale sentenza la Corte ha segnato l’abbandono di una delle posizioni interpretative più radicate e sfavorevoli nei confronti dei condannati detenuti⁷⁸; secondo cui per l’applicazione delle modifiche apportate nel corso degli anni all’art. 4 *bis* ord. penit, molte di queste finalizzate all’accrescimento dei reati c.d. ostativi e ad un inasprimento delle condizioni di ostatività, valesse il criterio del *tempus regit actum*. Tale scelta si basa sul fatto che le modifiche e le estensioni del regime dell’art. 4 *bis* ord. penit. hanno natura processuale e non sostanziale e, pertanto, non devono soggiacere al divieto di irretroattività⁷⁹.

In assenza, dunque, di una specifica disciplina transitoria, si è ritenuto che le disposizioni concernenti l’esecuzione delle pene detentive soggiacciono al principio del “*tempus regit actum*”, e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo dell’art. 2 c.p., e dell’art. 25 Cost, tanto da ritenere ogni modifica normativa *in peius* immediatamente applicabile a tutti i rapporti esecutivi che non sono ancora “esauriti”⁸⁰.

Tale opinione maggioritaria, sebbene non esente da critiche o da giurisprudenza opposta⁸¹, è stata sostanzialmente ribaltata con la sentenza 32 del 2020. È stato, infatti,

⁷⁷Così, Cass. Pen. Sez. I, n. 18518 del 2020.

⁷⁸ Cfr, RICCI, *Nel labirinto dell’art. 4 bis o.p.: guida pratica per il “condannato ostativo” all’accesso a permessi premio e misure alternative alla detenzione dopo le sentenze costituzionali n. 253/2019 e 31/2020 (e in attesa di ulteriori sviluppi)*, op. cit.

⁷⁹ Così, Cass. Sez. Un. 30 maggio 2006, n. 24561.

⁸⁰ In tal senso, TERRACINA, *Il pubblico ministero e l’esecuzione delle pene detentive e pecuniarie*, op. cit., p. 144.

⁸¹ (Ad esempio la sentenza Cass. Sez. VI, 14 marzo 2019 “Ferraresi” che richiamando la pronuncia della Corte Edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, afferma come è stata riconosciuta valenza di “materia penale” e, di conseguenza, dei principi penali anche in materia di irretroattività, anche al mutamento giurisprudenziale di un istituto incidente sulla durata della pena con effetti peggiorativi, in quanto non rispettoso del principio di affidamento del condannato nella prevedibilità della pena e, quindi, in contrasto con l’art. 7 CEDU.

previsto che “le modifiche apportata al sistema di ordinamento penitenziario intervenute successivamente al compimento del fatto delittuoso per il quale il detenuto ha riportato condanna e che effettivamente incidono solo sulle “modalità esecutive” della stessa pena, troveranno applicazione indipendentemente al *tempus commissi delicti* e quindi secondo il canone del *tempus regit actum*. Al contrario, quelle modifiche normative che appunto si caratterizzeranno per una trasformazione della natura della pena, precludendo l’accesso in modo assoluto ad una sua alternativa extramuraria o magari rendendo significativamente meno probabile o più lontana nel tempo la sua concessione, non potranno che applicarsi ai condannati per fatti delittuosi commessi solo successivamente alla loro introduzione.”⁸²

5. Il regime detentivo speciale del c.d. carcere duro

L’art. 41 *bis* ord. penit. è stato introdotto, in via provvisoria, con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, in seguito alla strage di Capaci e Palermo, tale disposizione avrebbe dovuto rappresentare la risposta dello Stato “alla più eversiva delle offensive” poste in essere dalla criminalità organizzata⁸³. Con tale disposizione viene introdotto un regime detentivo differenziato da quello previsto per tutti gli altri detenuti, consistente in un elenco di limitazioni alle residue libertà della persona incarcerata, i cui destinatari sono gli esponenti di spicco della criminalità organizzata, terroristica o eversiva che non collaborano con la giustizia.

La norma rispondeva a due incessanti esigenze, una di tipo repressivo, l’altra investigativo.

Per quanto riguarda la prima, il legislatore era ben consapevole che anche all’interno del carcere i soggetti posti al vertice delle organizzazioni criminali riuscissero a dirigere e svolgere attività illecite, in quanto, di fatto, continuavano a mantenere la propria posizione all’interno dell’organizzazione e i legami con questa. L’obiettivo dell’art 41 *bis* ord. penit. era, dunque, quello di recidere ogni collegamento tra il detenuto e la relativa organizzazione criminosa di appartenenza. In secondo luogo, la durezza del

⁸² Cfr, RICCI, *Nel labirinto dell’art. 4 bis o.p: guida pratica per il “condannato ostativo” all’accesso a permessi premio e misure alternative alla detenzione dopo le sentenze costituzionali n. 253/2019 e 31/2020 (e in attesa di ulteriori sviluppi)*, op. cit.

⁸³ Cfr. SASSI, *Controllo di legittimità e “nuovo” art. 41 bis dell’ordinamento penitenziaria: primi (dis)orientamenti giurisprudenziali* in *Giurisprudenza italiana*, 2005, 1.

regime disposto per il detenuto per fatti di criminalità organizzata che non collabora con l'autorità giudiziaria può spingere quest'ultimo a rompere il proprio silenzio. In questo senso, l'art. 41 *bis* ord. penit. si collega con quanto previsto ex art. 4 *bis* ord. penit., in quanto la collaborazione con la giustizia quale manifestazione dell'avvenuto distacco dalla organizzazione di provenienza consente al condannato di superare accedere a una serie di benefici penitenziari⁸⁴.

Il regime del 41 *bis* è nato, pertanto, quale strumento di contrasto all'emergenza mafiosa⁸⁵, e, di fatto, ha nel corso del tempo assolto alla sua funzione, ragion per cui il legislatore ha deciso, prima, di prorogare gli effetti del regime, poi di stabilizzarne il contenuto. Alla base di tale scelta vi sono, dunque, delle questioni estranee al mondo penitenziario e legate, invece, ad esigenze di ordine e di sicurezza pubblica⁸⁶.

Il 41 *bis* esce infatti dalle logiche della detenzione ordinaria o dalle normali regole contenitive e costringitive delineate per tutti i detenuti, quanto preso atto delle insufficienze delle stesse ad arginare pericolosissime forme di criminalità organizzata, impone delle limitazioni della vita personale del detenuto con il preciso scopo di garantire l'impermeabilità del carcere rispetto all'esterno, seguendo, pertanto, un'ottica repressiva e di neutralizzazione⁸⁷.

La visione dell'istituto quale mezzo per il perseguimento di fini determinati dal potere esecutivo e, di conseguenza, la sua lontananza dal fine proprio della pena, ossia quello rieducativo, suscitava fin da subito forti perplessità relativamente alla sua compatibilità con le garanzie previste per il detenuto sia dall'art. 27 Cost. sia dalle Carte internazionali in materia di diritti umani. Il contenuto dell'articolo è stato, infatti, oggetto di diverse declaratorie di illegittimità costituzionale, che hanno comportato negli anni radicali cambiamenti.

⁸⁴ Cfr. MOROSINI, *L'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario: genesi e sviluppo di un regime detentivo differenziato* in BALDUCCI (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 766.

⁸⁵ Cfr. NICOSIA, *Il c.d. 41 bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante (?)* in *Rivista italiana diritto penale e procedura penale*, fasc. 3, 2009, p. 1240.

⁸⁶ Cfr. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario* in *Cassazione penale*, fasc. 1, 2003, p. 4.

⁸⁷ In tal senso, ROMICE, *Brevi note sull'art. 41 bis o.p.* in *Giurisprudenza penale*, 2017, 12.

5.1 L'entrata in vigore dell'art. 41 bis ord. penit.

Prima ancora dell'introduzione nell'ordinamento penitenziario dell'articolo de quo era stata avvertita dal legislatore l'esigenza di prevedere un trattamento particolarmente restrittivo per alcune tipologie di condannati. Nel 1977, infatti, erano stati istituiti le carceri speciali come risposta all'emergenza del terrorismo e, di conseguenza, alla necessità di effettuare controlli rigorosi sui detenuti ad elevato indice di pericolosità⁸⁸.

L'art. 90 dell'ord. penit., introdotto mediante il decreto ministeriale 5 maggio 1977, ha creato delle carceri di massima sicurezza, all'interno dei quali era prevista una concreta compressione dei diritti costituzionalmente garantiti ai detenuti e riconosciuti dalla legge 354 del 1975.

L'art. 90, mediante l'art. 10 della l. 10 ottobre 1986, n. 63, è stato poi sostituito dal comma 1 dell'art. 41 bis; sono stati, dunque, aboliti le carceri speciali ed è stata, invece, prevista la possibilità di sospendere, per un tempo determinato, l'attuazione delle ordinarie regole di trattamento dei detenuti e degli internati. Era, infatti, possibile in casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, che il ministro di grazia e giustizia sospendesse nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati; la sospensione doveva, inoltre, essere motivata dalla necessità di ripristinare l'ordine e la sicurezza e doveva avere una durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto.

È solo con l'art. 19 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356, che si introduce un vero e proprio regime detentivo differenziato avente come unici destinatari i condannati per reati di stampo mafioso, introducendo il comma 2 del 41 bis. L'istituto, introdotto in via provvisoria, prevedeva la facoltà del Ministro della giustizia di sospendere le ordinarie regole di trattamento e gli istituti dell'ordinamento penitenziario nei confronti di detenuti che rispondevano di particolari tipologie di reati, di cui all'art. 4 bis della stessa legge, quando ricorressero gravi motivi di ordine e di sicurezza.

La formulazione generica e stringata circa i presupposti del regime differenziato e l'assenza di specifiche indicazioni normative sui limiti delle restrizioni furono subito evidenziate.

⁸⁸ Cfr. MOROSINI, *L'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario: genesi e sviluppo di un regime detentivo differenziato*, op. cit., p. 769.

Una norma così tanto sintetica e al contempo generica metteva, infatti, a rischio i principi di costituzionalità di legalità, difesa ed inviolabilità della libertà personale, oltre che rendere difficile la compatibilità con la funzione di rieducazione della pena⁸⁹.

Inoltre, quanto previsto dall'art. 41 *bis* prevedeva l'istituzione di un regime "a tempo" e di natura emergenziale, essendo, pertanto, suscettibile di essere prorogato di volta in volta, senza, per, che fosse previsto il passaggio a regime "stabile".

Da criticarsi era, anche, la determinazione della tipologia dei reati per i quali era possibile applicare il regime speciale, essendo effettuata con un semplice richiamo all'art. 41 *bis*, il quale, conteneva anche reati che nulla avessero a che fare con il fenomeno mafioso. Sorgeva di conseguenza il dubbio che il regime del 41 *bis* potesse applicarsi anche ad autori di reato diverso da quello di stampo mafioso.

L'aumento della platea dei soggetti destinatari del 41 *bis*, inoltre, era accresciuto dalla prassi applicativa che tendeva a riprodurre un meccanismo perverso di ingresso e permanenza nel circuito di detenzione speciale⁹⁰. Di fatto, sempre in virtù della poca chiarezza della norma, vi era la tendenza a predisporre delle proroghe dell'applicazione del regime detentivo speciale, anche in assenza di prove ulteriori circa i collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza. Tali questioni portarono, dunque, la Corte Costituzionale ad intervenire diverse volte, al fine di dare una lettura dell'art. 41 *bis* costituzionalmente orientata⁹¹.

Diverse sentenze della Corte Costituzionale⁹² hanno consentito, dunque, di individuare dei limiti esterni dell'art. 41 *bis*, consistenti nel fatto che non possono essere adottate misure incidenti sulla qualità e quantità della pena o sul grado di libertà personale del detenuto; e dei limiti interni, stabilendo che non possono disporsi misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza.

Di particolare rilevanza è, inoltre, la sentenza 376 del 1997, nella quale la Corte, dopo aver ritenute infondate diverse questioni di legittimità costituzionale dell'art. 41 *bis*, sollevate in riferimento agli artt. 3, 13, 24, 25, 27, comma 2 e 3, 113 Cost, ha precisato

⁸⁹ Cfr. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, op. cit.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Cfr. MOROSINI, *L'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario: genesi e sviluppo di un regime detentivo differenziato*, op. cit., p. 771.

⁹² Così, Corte Cost. 28 luglio 1993, n.349; 19 luglio 1994, n. 357; 18 ottobre 1996, n. 351.

che ogni proroga del provvedimento sospensivo dovesse corredata da un'autonoma e congrua motivazione, non potendosi ammettere delle proroghe autonome e non supportate da ragioni di pericolo per la sicurezza che il regime penitenziario differenziato tendeva a garantire.

Del resto, l'importanza attribuita all'obbligo di motivazione che deve sostenere la legittima adozione del provvedimento sospensivo è ben spiegata in quanto elemento sintomatico del "contenuto giustiziale" del provvedimento istitutivo del regime. Infatti, senza tale obbligo, si avrebbe potuto facilmente concludere che il regime del 41 *bis* fosse uno strumento catalogabile tra gli atti amministrativi aventi natura autoritativa e finalità di tipo preventivo⁹³.

5.2 L'attuale formulazione normativa

L'efficacia della disciplina di cui all'art. 41 *bis* venne prorogato più volte fino a quanto l. 23 dicembre 2002, n. 279 stabilisce il regime detentivo differenziato.

Il legislatore è nuovamente tornato sulla materia, delineando l'assetto vigente, con la l. 15 luglio 2009, n. 94.

Tale intervento si caratterizza per l'ampliamento dei presupposti di applicazione, per l'inasprimento del contenuto delle restrizioni e per la valorizzazione del ruolo del ministro dell'interno nel procedimento per l'adozione del decreto ministeriale che lo dispone⁹⁴.

Ebbene fin da subito precisare che nonostante le modifiche apportate, l'art. 41 *bis* comma 2 ord. penit. continua a destare delle perplessità circa i suoi presupposti di applicazioni, e tale permanenza di incertezza risulta ancor più grave in vista dell'aumento del novero dei destinatari.

Per quanto riguarda i destinatari del regime differenziato, sebbene sia rimasto immutato il riferimento ai soggetti detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. penit., emerge la scelta di dilatazione di tali condannati in virtù dello specifico riferimento alle persone detenute o internate "per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare

⁹³ Cfr. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, op. cit.

⁹⁴ Così, SENATO DELLA REPUBBLICA, *Rapporto sul regime detentivo speciale, indagine conoscitiva sul 41 bis* in senato.it, marzo 2018.

l'associazione di tipo mafioso". Da questa espressione si può dedurre infatti, che l'intento del legislatore sia quello di poter prevedere l'applicazione del regime speciale anche nel caso in cui le limitazioni derivanti dall'art. 4 *bis* ord. penit. siano venute meno, o perché il detenuto ha collaborato con la giustizia o perché ha espiato la pena del c.d. delitto ostativo⁹⁵. Inoltre, è da notare che l'aumento dei destinatari, di fatto, è derivante dallo stesso richiamo all'art. 4 *bis*, in quanto l'elenco dei reati contenuti in quest'ultimo articolo si è, progressivamente e considerevolmente, allungato.

Venendo ora ai presupposti per l'applicazione del c.d. carcere duro, il novellato articolo riconosce al Ministro della Giustizia, quando ricorrono gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica di sospendere, anche su richiesta del Ministro dell'interno, di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti contemplati dall'ordinamento penitenziario che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. Dalla *littera legis* dell'articolo, dunque, i presupposti individuabili si limitano a far riferimento al concetto di "ordine e sicurezza pubblica", concetto di per sé estremamente labile e indefinito; inoltre, non essendo previsti altri criteri riferibili unicamente ai presupposti del provvedimento, si potrebbe legittimare l'applicazione del regime speciale solo per ragioni extrapenitenziarie.

In riferimento al presupposto applicativo emerge chiaramente che il ribadire la competenza del Ministro della giustizia, anche a richiesta del Ministero dell'Interno, la facoltà di sospendere le regole di trattamento ha il fine di confermare una più marcata connotazione amministrativa del procedimento⁹⁶. Tale connotazione è, però, bilanciata da due precise previsioni. La prima riguarda l'obbligo del Ministero di Giustizia di sentire, prima dell'emissione del decreto, il parere del pubblico ministero ed acquisire ulteriori notizie presso la Direzione Nazionale Antimafia e gli organi di Polizia centrali. La seconda attiene, invece, al fatto che il provvedimento applicativo del regime detentivo speciale è sottoposto al vaglio del Tribunale di sorveglianza di Roma. Con tale previsione la novella del 2009 ha, dunque, voluto assicurare il vaglio giurisdizionale e, attribuendo il controllo sull'operato dell'amministrazione penitenziaria ad un unico organo

⁹⁵ Cfr. FIORIO, *Il "doppio binario" penitenziario*, op. cit.

⁹⁶ Cfr. FIORIO, *41 bis: ricominciamo a parlarne* in *Archivio Penale*, maggio-agosto 2015, fasc. 2.

giurisdizionale, garantire identità di valutazione⁹⁷; si vuole, infatti, evitare la diffusione di orientamenti giurisprudenziali eterogenei da parte dei diversi tribunali⁹⁸.

Continua, tuttavia, a rimanere estranea al procedimento applicativo ogni forma di contraddittorio preventivo.

Sempre al Tribunale di sorveglianza spetta, inoltre, la competenza a decidere i reclami avverso il provvedimento sospensivo; al detenuto, entro 20 giorni dall'emanazione del provvedimento, è riconosciuto il diritto di proporre reclamo. Tale possibilità è stata introdotta dalla legge del 2009, il previgente testo normativo contemplava, invece, il potere di revoca ministeriale del provvedimento se, anche prima della scadenza, fossero venute meno le condizioni che ne avevano legittimato l'adozione o la proroga.

La novella del 2009 interviene, inoltre, per quanto riguarda la durata del provvedimento e il regime delle proroghe.

Il precedente assetto normativo prevedeva la durata “non inferiore ad un anno e non superiore a due”, il novellato art. 41 *bis* ord. penit. stabilisce, invece, una durata di quattro anni. Da una parte, dunque, è stato previsto un periodo tassativo, inibitivo di ogni discrezionalità ministeriale in ordine al quantum⁹⁹, dall'altra, però, ha esteso considerevolmente il periodo in cui il condannato deve essere sottoposto a un regime particolarmente afflitto.

Una dilatazione temporale dell'efficacia del provvedimento sospensivo si rinviene anche per quanto riguarda le proroghe, queste possono essere disposte, volta per volta, per un periodo di due anni.

La proroga è prevista nel caso in cui vi sia l'attuale della ricorrenza che avevano giustificato l'emissione del decreto applicativo; l'art. 41 *bis* stabilisce, infatti, che la proroga del regime è disposta “quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica, o eversiva non è venuta meno”. Diversamente, prima della novella del 2009 era prevista la reiterazione della misura differenziata “purché non risultasse che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con

⁹⁷ Cfr. MOROSINI, *L'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario: genesi e sviluppo di un regime detentivo differenziato*, op. cit., p. 775.

⁹⁸ Così, Servizio studi del Senato, Disegno di legge A.S. n. 733-B. “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”, maggio 2009, 127, 205.

⁹⁹ Cfr. FIORIO, *41 bis: ricominciamo a parlarne*, op. cit.

associazioni criminale, terroristiche fosse venuta meno”. Tale formulazione, declinata attraverso il riferimento ad una condizione negativa, aveva suscitato diversi dubbi giurisprudenziali e dottrinali.

Innanzitutto, erano sorti problemi interpretativi, in quanto non era chiaro se la proroga potesse disporsi nel caso in cui vi fossero prove “nuove” ed ulteriori attestanti il mantenimento dei contatti con il sodalizio criminale o, invece, quando non fossero emersi elementi differenti da quelli tenuti in considerazione al momento dell’applicazione del precedente decreto sospensivo tali da mettere in discussione la vigenza del regime differenziato.

In secondo luogo, la formulazione della norma sembrava consentire una sorta di inversione dell’onere della prova a discapito, ovviamente, del detenuto. Il rischio di una *probatio diabolica*, già arginato dalla Corte Costituzionale¹⁰⁰ che aveva escluso che l’art. 41 *bis*, comma 2 *bis*, ord. penit. comportasse “un’inversione dell’onere della prova, in quanto rimane intatto l’obbligo di dare congrua motivazione in ordine agli elementi da cui risulti che il pericolo che il condannato abbia contatti con associazioni criminali o eversive non è venuto meno”, è senza possibilità di dubbi interpretativi fugato dalla nuova formulazione del 41 *bis*, dal quale emerge con chiarezza che spetta all’amministrazione penitenziaria accertare la persistente capacità del detenuto di mantenere contatti con la sua associazione¹⁰¹.

A ribadire tale onere spettante all’amministrazione è anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione che, infatti, stabilisce che ai fini dell’applicazione di un provvedimento sospensivo ai sensi del 41 *bis* “sussista a carico dell’amministrazione l’onere di indicare i positivi elementi che fondano il pericolo di collegamenti con l’associazione mafiosa di provenienza e il dovere, per il tribunale di sorveglianza, di valutare, in sede di reclamo, gli indici di pericolosità qualificata prospettatasi e di motivare sulla sussistenza ed effettiva permanenza delle ragioni che legittimano la sospensione del trattamento”¹⁰²

L’amministrazione penitenziaria, così come previsto dall’art. 41 *bis*, per concludere che la capacità del condannato di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata non sia venuta meno, dovrà tener conto del profilo criminale e della posizione

¹⁰⁰ Ordinanza Corte Cost. 417 del 2004.

¹⁰¹ Cfr. FIORIO, *41 bis: ricominciamo a parlarne*, op. cit.

¹⁰² Così, Cass. Sez. I, 23 settembre 2009, Zagaria.

rivestita dal soggetto in seno all'associazione, della perdurante operatività del sodalizio criminale, della sopravvenienza di nuovi incriminazioni non precedentemente valutate, degli esiti del trattamento penitenziario e del tenore di vita dei familiari del sottoposto. La norma, nella novella del 2009 aggiunge, inoltre, che il semplice trascorrere del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale o il suo essere venuta meno.

Per quanto riguarda, dunque, i presupposti¹⁰³ per la proroga del decreto di sospensione delle ordinarie regole di trattamento proroga, la norma è molto rigorosa. Ciò, di conseguenza, impone all'amministrazione penitenziaria di dare atto nel testo dei decreti di proroga dell'effettuazione, e, ovviamente, delle risultanze di una istruttoria il più possibile completa: sulla permanente gravità e persistente attualità delle esigenze di prevenzione, riferite al gruppo criminale organizzato operante all'esterno, il c.d. criterio di riferimento oggettivo, e sulla persistente rilevanza del ruolo del soggetto all'interno dell'organizzazione criminosa, il c.d. criterio soggettivo¹⁰⁴. Inoltre, anche il decreto di proroga è sottoposto al vaglio giurisdizionale.

¹⁰³ È possibile distinguere i presupposti oggettivi e soggettivi. I presupposti oggettivi sono relativi alla permanente gravità ed alla persistenza attualità delle esigenze di prevenzione e, in particolare: se il gruppo di appartenenza sia attualmente attivo e presente sul territorio, con indicazione dei reati fine (per numero e/o per episodio) riferibili al gruppo medesimo. E cioè omicidi, rapine ed estorsioni denunciate, infiltrazioni economiche rilevate e/o denunciate, anche se per tali fatti siano allo stato ignoti gli autori di reato; se in concreto la potenzialità organizzativa del gruppo criminale sia venuta meno, se si sono verificati nuovi elementi da cui desumere una minore operatività dello stesso, anche in riferimento al ruolo ed alla situazione personale del detenuto. I presupposti soggettivi sono relativi alla situazione personale del singolo detenuto, dove occorre accertarsi: se si siano verificate sopravvenienze da cui desumere un mutamento del ruolo e della posizione del detenuto all'interno dell'organizzazione ed in particolare se lo stesso abbia operato condotte che si pongano in conflitto con la sua appartenenza al gruppo in posizione di vertice, ovvero se sia stato abbandonato dall'organizzazione; se il decorso del tempo trascorso in detenzione, da solo o unito ad altri fattori, abbia mutato il ruolo e la funzione del soggetto all'interno dell'organizzazione. Si chiedono, poi, le seguenti ulteriori informazioni: i rapporti e le indagini tuttora in atto sul gruppo criminale di riferimento del detenuto, nei limiti consentiti dal segreto investigativo; gli esiti delle indagini patrimoniali sul tenore di vita della sua famiglia e sulle fonti di reddito che possono giustificarlo, al fine di dimostrare l'eventuale finanziamento da parte della cosca di appartenenza che costituisce prova dei collegamenti attuali col gruppo criminale; - la conduzione da parte di parenti o affini di attività economiche e/o imprenditoriali; se vi siano latitanti della medesima organizzazione; ovvero se l'organizzazione d'appartenenza abbia comunque esponenti che si trovino in stato di libertà; ogni altro elemento, anche privo di rilevanza penale e dei requisiti di validità processuale (annotazioni, relazioni di servizio), ma tuttavia idoneo a rivelare i rapporti del detenuto, anche per il tramite della famiglia, con il gruppo criminale di appartenenza).

¹⁰⁴ Così, SENATO DELLA REPUBBLICA, *Rapporto sul regime detentivo speciale, indagine conoscitiva sul 41 bis* in senato.it, marzo 2018.

5.2.1 La dubbia compatibilità con i principi costituzionali ed europei

Al comma 2 quater dell'art'41 *bis*¹⁰⁵ sono contenute, di fatto, le misure restrittive applicabili ai detenuti o agli internati; queste, come prima detto, hanno lo specifico scopo di impedire i collegamenti con le associazioni di appartenenza.

Sono, pertanto, limitati sia i contatti che il detenuto o l'internato può avere sia con il mondo esterno, essendo possibili solo i colloqui con il difensore e con i familiari, sia quelli tra i detenuti nello stesso carcere, essendo prevista la restrizione che fissa in due ore il tempo massimo di permanenza fuori dalla cella e che indica in quattro il numero massimo di detenuti da cui può essere costituito "il gruppo di socialità".

Tali restrizioni rendono assimilabile il regime detentivo speciale ad una forma di isolamento, inducendo, di conseguenza, a dubitare della compatibilità della disciplina legislativa con i principi costituzionali e sovranazionali a tutela dei diritti fondamentali della persona, del diritto di salute e con il divieto di trattamenti inumani e degradanti.

Una serie di ricorsi presentati alla Corte di Strasburgo, a partire dalla metà degli anni '90, hanno, infatti, sostenuto che un regime carcerario così affittivo potesse

¹⁰⁵ Tale comma stabilisce che "i detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria. La sospensione delle regole di trattamento e dell'istituti di cui al comma 2 prevede: a) l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenze o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate; b) la determinazione dei colloqui nel numero di uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari e in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta volta dal direttore dell'istituto ovvero, per l'imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito dal secondo comma dell'art. 11. I colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo e a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente ai sensi medesimo secondo comma dell'art. 11; solo per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per l'imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'art. 11, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i famigliari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione. I colloqui sono comunque video registrati. Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari; c) la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno; d) l'esclusione delle rappresentanze dei detenuti e degli internati; e) la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i menri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia; f) la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiore a quattro persone, ha una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'art. 10. Saranno inoltre adottate tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi.

costituire nel suo complesso una forma di tortura, o quantomeno di trattamento inumano e degradante, e che si ponesse in contrasto con il principio della tutela della vita privata e familiare e della corrispondenza. In particolare è stata, dunque, sollevata questione di compatibilità del 41 *bis* con gli artt. 3 e 8 CEDU.

Per quanto riguarda le censure di compatibilità con l'art. 3 Cedu non risultano mai essere state accolte da parte dei giudici europei, la Corte di Strasburgo ha infatti ripetutamente affermato che "l'isolamento sociale relativo" in cui il regime del 41 *bis* si concreta non costituisce di per sé trattamento inumano e degradante¹⁰⁶. Inoltre, già la Commissione europea dei diritti dell'uomo, nel caso Natoli, si era pronunciata nel senso dell'irricevibilità delle doglienze proposte. In virtù, dunque, di quanto stabilito dai giudici sovranazionali¹⁰⁷ le restrizioni di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. Non sembrano raggiungere quella soglia di gravità propria delle forme di isolamento e di limitazione della libertà di movimento e di comunicazione tale da potersi definire in contrasto con il divieto di tortura o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

La Corte europea, del resto, ha affermato che neanche il collocamento del ricorrente in una c.d. area riservata del carcere poneva problemi sotto il profilo del rispetto dell'art. 3 Cedu, nella misura in cui tale collocamento non comportava alcuna restrizione ulteriore rispetto al regime del 41 *bis*, ma solo l'interdizione di entrare a contatto con i detenuti delle altre aree del carcere. La Corte ha, inoltre, ribadito che "solo il completo isolamento sensoriale e sociale è capace di distruggere la personalità e costituisce una forma di trattamento inumano ingiustificabile, mentre il divieto temporaneo e relativo di contatti con altri detenuti per ragioni di sicurezza e disciplina non costituisce di per se una forma di pena e trattamento inumano"¹⁰⁸.

Diversamente, invece, la Corte europea ha accolto talune delle doglienze relative alla violazione dell'art. 8 Cedu, con conseguente condanna per l'Italia. I giudici di Strasburgo hanno ritenuto, infatti, che il regime del 41 *bis*, nel prevedere il controllo sulla corrispondenza dei detenuti, mancasse di specificare la durata, i motivi e le modalità di

¹⁰⁶ Cfr. NICOSIA, *Il c.d. 41 bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante* (?), op. cit.

¹⁰⁷ Facendo riferimento anche, a quanto previsto dalla Convenzioni Onu del 1984. Secondo cui affinché ricorra un caso di tortura si richiede la presenza di: un qualsiasi atto che infligga dolore o sofferenza acuta, a carattere fisico o mentale; un elemento di intenzionalità; un fine specifico (come estorsione di informazioni o confessione, punizione, intimidazione o discriminazione).

¹⁰⁸ Così, Corte Edu 15 gennaio 2008, Bagarella c. Italia.

tali controlli; una formulazione tanto vaga non poteva, pertanto, dirsi “prevista dalla legge” così come richiesto, invece, dall’art. 8 Cedu per la legittimazione di una restrizione al diritto alla corrispondenza per intervento dell’autorità pubblica¹⁰⁹.

Ulteriori condanne hanno poi riguardato la violazione degli artt. 6 e 13 Cedu, in quanto la previsione del 41 *bis* che stabilisce il termine perentorio di 20 giorni per proporre reclamo al tribunale di sorveglianza circa il provvedimento di sospensione o la sua proroga, andava a legittimare l’autorità giudiziaria a sottrarsi dal decidere nel merito di un ricorso. Una disciplina di questo tipo è stata ritenuta fortemente in contrasto con il diritto ad un equo processo dotato di garanzie fondamentali e il diritto a un ricorso effettivo volto ad accertare se vi è stata violazione delle norme della convenzione¹¹⁰.

Ad oggi, dunque, nonostante siano stati notati alcuni profili di incompatibilità, il regime detentivo speciale continua a mantenere il ruolo all’interno dell’ordinamento penitenziario, non essendo stata pronunciata nessuna declaratoria di incostituzionalità o di incompatibilità con i principi sovranazionali tale dover ridisegnare la disciplina in esso contenuto.

Si fa, da ultimo, menzione però di una recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 97 del 2020, con quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 41 *bis*, comma 2 quater, lett. f), ord penit, nella parte in cui prevede l’adozione delle necessarie misure di sicurezza volta a garantire che sia assicurata “la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti” anziché “la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità”¹¹¹.

Nello specifico i giudici di legittimità osservano come il divieto di scambio di oggetti tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità, di cui al comma 2 quater lett. f) dell’art. 41 *bis*, risulti irragionevole, in quanto tale divieto non è funzionale né congruo rispetto al fine di evitare le comunicazioni con l’esterno.

¹⁰⁹ Cfr. NICOSIA, *Il c.d. 41 bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante (?)*, op. cit.

¹¹⁰ Cfr. MOROSINI, *L’art. 41 bis dell’ordinamento penitenziario: genesi e sviluppo di un regime detentivo differenziato*, op. cit., p. 782.

¹¹¹ In tal senso, APRILE, *Osservazioni: C. Cost., data udienza 5 maggio 2020, data deposito 22 maggio 2020, n. 97 in Cassazione penale*, fasc. 11, 2020, p. 4018.

Tale divieto¹¹², inoltre, è eccessivamente limitativo in quanto rientra tra uno di quei gesti della normalità quotidiana in cui si può manifestare la residua libertà individuale del detenuto, e la sua limitazione appare contraria al senso di umanità, dunque in contrasto con il principio fissato dall'art. 27, comma 3, Cost. Tale pronuncia lungi dal mettere in crisi l'intero regime speciale, apre, però, delle speranze circa una possibile rilettura costituzionale del 41 *bis*.

La Corte costituzionale ha, infatti, chiarito come la regola secondo cui ai detenuti sottoposti al regime speciale ai sensi del 41 *bis* si applicano una serie di restrizioni volte ad evitare qualsivoglia forma di collegamento con le associazioni criminali non deve scaturire nella previsione di limiti e divieti meramente afflittivi per i detenuti.

¹¹² Così come quello di cuocere cibi in cella, ritenuto illegittimo nella sentenza 12 ottobre 2018, n. 186 Corte Cost.

Considerazioni conclusive

Nel corso della trattazione si ha avuto modo di evidenziare come affianco alle norme previste dal codice di rito siano presenti norme derogatorie che prevedono una disciplina differente da quella ordinaria per alcune tipologie di reato, con particolare riferimento ai reati di criminalità organizzata.

Emerge, dunque, con chiarezza che, ad oggi, non esiste un diritto penale unico e applicabile indistintamente per gli autori di qualsiasi reato; al contrario, invece, per l'accertamento di alcuni reati e poi anche per la fase esecutiva e penitenziaria dei condannati per gli stessi reati bisogna far riferimento a delle norme ad hoc, appositamente introdotte nell'ordinamento per far fronte a specifici fatti delittuosi.

È innegabile che sia tracciabile nel nostro ordinamento un doppio binario processuale e penitenziario, tuttavia, però, nel trattarne e analizzarne la disciplina non si può dire di essere in presenza di un corpus normativo unitario, bensì di una serie di norme derogatorie che nel loro insieme ha prodotto una sorta di autonomizzazione dei sistemi. Nel momento in cui, dunque, si procede per un fatto di criminalità organizzata gli operatori del diritto sono tenuti a far riferimento a norme specifiche introdotte nel nostro ordinamento dagli '90 in poi e non, invece, alle disposizioni contenute all'interno del codice di rito.

Le ragioni che hanno comportato la nascita di tale sistema parallelo, come è stato più volte ribadito, sono riferibili a situazioni contingenti e di facile comprensione: di fronte al dilagare del fenomeno mafioso e del pericolo per l'incolumità pubblica che da questo ne derivava, il legislatore è dovuto intervenire in chiave fortemente repressiva, predisponendo una disciplina idonea a garantire la tutela e la sicurezza sociale da quei gravi delitti.

La scelta del legislatore di predisporre una disciplina differenziata per una specifica categoria di delitti non può, dunque, dirsi censurabile, in quanto si trattava di contrastare un fenomeno, che per le sue peculiarità e per la gravità dei fatti commessi richiedevano degli interventi e degli strumenti altrettanto specifici e differenziati.

In virtù di tali ragioni va da se che gli interventi legislativi si sono concretizzati in una serie di provvedimenti che hanno comportato una compressione delle garanzie e dei diritti dell'indagato, dell'imputato e anche del condannato. Tali interventi che interessano, infatti, non solo la fase investigativa e del processo ma anche quella

penitenziaria hanno fortemente modificato, in senso peggiorativo, le tutele riservate al soggetto autore di un fatto di criminalità organizzata.

Sebbene ad oggi, si può, di fatto, dare per certo l'esistenza del c.d. doppio binario, ed individuarne agevolmente la *ratio* che ha portato alla sua genesi ed alla necessità che tutt'ora siano redatti interventi legislativi di questo tipo, non si può, invece, affermare con certezza se tale regime speciale trovi una sorta di giustificazione in chiave di non implausibilità delle situazioni derogatorie e di non superamento di un margine di tollerabilità costituzionale.

Giova, infatti, ricordare che il mafioso imputato o condannato, è sì mafioso, ma al contempo è pur sempre imputato o condannato, al quale, quindi, vanno riconosciuti determinati diritti e garanzie.

Del resto, subito dopo l'entrata in vigore delle norme speciali sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale rispetto, in particolar modo, al diritto di difesa, a quello di uguaglianza e quello di rieducazione del condannato. La dottrina ha, infatti, fin da subito percepito la cesura tra le norme speciali, rispondenti ad istanze repressive e le norme ordinarie, garantiste, ispirate a un modello processuale di tipo accusatorio e a pene aventi quali fine la risocializzazione e rieducazione del reo.

Tant'è che, come si ha avuto modo di vedere, la Corte Costituzionale è più volte intervenuta cercando di trovare un equilibrio tra gli interventi emergenziali del legislatore e i principi cardine del nostro ordinamento.

Il raggiungimento di tale equilibrio è, però, tutt'altro che facile.

Innanzitutto, perché, come già detto, si deve operare un bilanciamento tra esigenze totalmente opposte ed entrambi meritevoli di tutela: istanze repressive di natura politico-criminale, da una parte; istanze garantiste, dall'altra.

In secondo luogo, si tratta di un equilibrio estremamente instabile destinato a subire inevitabilmente i condizionamenti che derivano da situazioni contingenti secondo il loro sviluppo.

Il legislatore, infatti, è sempre intervenuto in chiave emergenziale, cercando di sopperire alle esigenze avvertite nel preciso momento storico nel quale egli si trovava ad operare. Basti pensare, del resto, che la maggior parte delle deroghe sono state introdotte mediante leggi che inizialmente avevano una precisa portata temporale limitata, poi

destinate ad essere prorogate ed infine ad entrare in maniera stabile nel nostro ordinamento.

Questo fa sì che la normativa in questione manca di stabilità e di organicità, essendo modellata sul fenomeno mafioso così come questo si manifestava nel momento in cui la legge di contrasto veniva emanata.

La mafia, d'altronde, quale fenomeno socialmente qualificato, non è una realtà non suscettibile di evoluzione, ad oggi, è tracciabile una netta differenza tra le c.d. mafie tradizionali e le nuove mafie; è, inoltre, quando si parla di associazione di stampo mafioso può farsi riferimento tanto ai sodalizi di ingenti dimensioni, quanto ai gruppi criminali esercitanti la propria forza di intimidazione in modo oggettivamente limitato.

È imprescindibile la necessità di norme che abbiano un margine di flessibilità idonee a consentire anche a lungo termine, l'adattamento tra norma e fatto.

Ecco perché, dunque, cristallizzare il dato normativo e stabilire un equilibrio che sia tale per tutte le situazioni, tra loro estremamente eterogenee, è quanto mai difficile.

Nel corso degli anni, inoltre, ad aumentare l'incertezza e la mancanza di tassatività è stata la scelta del legislatore di rendere applicabile la disciplina derogatoria anche per altri reati, sempre di particolare gravità, ma che nulla hanno a che fare con i reati di criminalità organizzata.

Il legislatore, di fatto, in mancanza di una definizione del concetto di criminalità organizzata, utilizza il metodo dell'elencazione, in base al quale sono da definirsi reati di criminalità organizzata, e in quanto tali richiedenti una disciplina differenziata, i reati menzionati nei c.d. articoli contenitori; ossia gli artt. 51, comma 3 *bis* e 3 *quater* e 407, comma 2, lett. a) c.p.p. e l'art. 4 *bis* dell'ord. penit.

Il novero dei reati contenuti in questi articoli è, nel corso degli anni, sensibilmente aumentato, in quanto il legislatore ha inserito nei c.d. articoli contenitori i delitti generanti, in quel momento storico, un'emergenza criminale, al fine di prevedere anche per quelle fattispecie un trattamento maggiormente efficace e repressivo.

Tale *modus* comporta, però, l'estensione di regole processuali di dubbia portata e specificatamente modellate sul reato di criminalità organizzata a fattispecie delittuose assolutamente diverse ed estremamente eterogenee generando maggiore incertezza su come debba essere trattato solo ed unicamente il crimine di stampo mafioso. Il contrasto alla criminalità organizzata, infatti, in virtù della sua peculiarità, meriterebbe di essere

trattato singolarmente, mediante una disciplina ad esso appositamente dedicata e non attraverso richiami a cataloghi.

Sebbene non si possono disconoscere le ragioni che hanno portato al profluvio di norme derogatorie destinate a disciplinare il trattamento di alcune tipologie delittuose, è da rilevare che gli interventi del legislatore appaiono fin troppo dettati dalla fretta e, di conseguenza, incuranti di operare un adeguato bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti e, ancora più grave, mancanti di tassatività.

Basti pensare che si è iniziato a parlare del c.d. doppio binario a partire dagli anni '90 e che ad oggi, dopo trent'anni, le critiche mosse dalla dottrina e dalla giurisprudenza sono, più o meno, analoghe a quelle di allora; sono indifferibili, pertanto, interventi legislativi mirati e precisi a porre fine alle numerose questioni che sono rimaste irrisolte.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNALE, *In tema di captatore informatico* in *Archivio penale*, maggio-agosto 2016.

ALOSI, *La tutela della vittima del reato e l'audizione della persona offesa "vulnerabilità" in sede di incidente probatorio*, 2020, in *salvisjuribus.it*.

ANDREAZZA, *L'ennesima modifica dell'art. 275, comma 3, c.p.p. Tra precari equilibri costituzionali e applicazioni alle misure in atto* in *Cassazione Penale*, 2010.

APRATI, *Prime riflessioni sull'assetto normativo del captatore informatico* in *Cassazione Penale*, 2021.

APRILE, C. Cost., data udienza 14 luglio 2020, data deposito 31 luglio 2020, n. 191 in *Cassazione Penale*, 2020. APRILE, Osservazioni: C. cost., data udienza 5 maggio 2020, data deposito 22 maggio 2020, n. 97 in *Cassazione penale*, 2020.

ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario* in *Cassazione penale*, 2003.

AVERARDI, *La costituzione "dimenticata" la funzione rieducativa della pena* in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2021.

BARGI, *Osservazioni sul valore della chiamata in correità* in *Cassazione Penale*, 1991.

BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Torino, 2018.

BARONTINI, *La partecipazione a distanza al dibattimento: cronaca dell'espansione applicativa di un istituto dalla dubbia tenuta costituzionale* in FANCHIOTTI (a cura di), *Il contrasto alla criminalità organizzata: contributi di studio*, Torino, 2016.

BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale* in *Diritto penale procedura penale*, 2012.

BITONTO, *Terrorismo internazionale. Procedura penale e diritti fondamentali in Italia* in *Cassazione Penale*, 2012.

BORELLI, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali in diritto penale contemporaneo* in *Cassazione Penale*, 2015.

- BORGOBELLO, *L'eccezione di utilizzabilità delle intercettazioni*, Torino, 2013.
- BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori* in GIOSTRA (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni*, Torino, 2018.
- CANTONE, *La circolazione probatoria tra procedimenti. Le modifiche introdotte dalla L.n. 63/01 in Cassazione Penale*, 2002.
- CANZIO, *La direzione nazionale antimafia e il coordinamento delle indagini di mafia dopo 20 anni: bilancio e prospettive* in *Criminalia*, 2012.
- CARACENI, *Diritto processuale penale palingenesi costituzionale del trattamento rieducativo: cade il vessillo securitario dell'art. 58 quater comma 4 ord. penit.* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020.
- CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare* in GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Giappichelli, 2015.
- CARRARA D'ALBI, *La disciplina della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere in salvisjuribus*, 8 giugno 2017.
- CENTORAME, *Associati di mafia, carcere cautelare obbligatorio e (in)eccepibilità costituzionale* in *processopenaleegustizia.it*, 2017.
- CHIAVARIO, *La "videoconferenza" processuale e la Corte europea dei diritti dell'uomo* in CONSO (a cura di) *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, La Tribuna, 2010.
- CHINNICI, *Competenza territoriale e indagini collegate di associazioni di tipo mafioso* in
BARGI (a cura di), *Il doppio binario nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013.
- CICALA, *Lo speciale regime dell'accesso ai benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia* in *Giur. Merito*, 2011.
- CISTERNA, *Le funzioni ed i poteri della direzione nazionale antimafia nelle linee di politica criminale* in BARGI (a cura di), *Il "doppio binario" nell'accertamento di fatti di mafia*, Torino, 2013.
- CORBO, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità* in *Cassazione Penale*, 2021.

DANIELE, *I vizi degli automatismi persistenti nell'art. 275, comma 3 c.p.p.* in *Diritto penale e procedura penale*, 2016.

DANIELE, *La partecipazione a distanza allargata* in *Diritto penale contemporaneo*, 2010-2017.

DE SIMONE, *Dalla differenziazione punitiva a quella trattamentale in Sanzione detentiva: dal modello securitario al modello trattamentale*, Torino, 2018.

DELL'ANDRO, *La collaborazione impossibile: i frutti avvelenati nei procedimenti di criminalità organizzata* in *Giur. It.*, 2019.

DI CHIARA, *In tema di chiamata in correità* in *Foro.it*, 1993.

DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: controriforma del diritto probatorio* in *Archivio Penale*, 2014.

DODARO, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4 bis, comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020.

DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019.

DONINI, *Mafia e terrorismo come parte generale del diritto penale* in *Meridiana: rivista di storia e scienze sociali*, 2020.

FALCONE, *Cose di cosa nostra*, Milano, 2012.

FALCONE, *La lotta alla criminalità organizzata e nuovo modello processuale* in *Ind. Pen.*, 1989.

FIANDACA, *Diritto penale: parte generale*, Milano, 2017.

FIorentin, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio* in *Cassazione penale*, 2020.

FIORIO, *41 bis: ricominciamo a parlarne* in *Archivio Penale*, 2015.

FIORIO, *Il "doppio binario" penitenziario* in *Archivio penale*, 2018.

FIORIO, *Il declino dell'ostatività penitenziaria: l'art. 4 bis ord. penit tra populismi, realpolitike rispetto dei valori costituzionali* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2019.

FURFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti*, in BARGI (a cura di), *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, Giappichelli, 2013.

GAETA, *Il processo di criminalità organizzata tra frammenti di norme e la Corte di Cassazione* in *Cassazione Penale*, 2017.

GAETA, *Principi costituzionali in materia penale*, quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese in *cortecostituzionale.it*, 2001.

GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze* in *Archivio Penale*, 2011.

GAROFOLI, *Art.190 e 190 bis: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario* in *Diritto penale e processo*, 2008.

GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, II Ed., Milano, 2012.

GIORDANO, *Dopo le sezioni unite sul captatore informatico: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo* in *Diritto penale contemporaneo*, 2017.

GIOSTRA, *I novellati artt. 335 e 369 c.p.p.: due rimedi inaccettabili* in *Cassazione Penale*, 1995.

GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione* in *Diritto Penale contemporaneo*, 2018.

GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre 1986 n. 663* in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994.

IADECOLA, *Fonti di prova dichiarative e procedimenti di criminalità organizzata: in particolare, l'inquadramento del dichiarante su fatti di criminalità organizzata nelle categorie soggettive dell'art. 111 Cost. e delle normative di attuazione* in *Giur. Merito*, 2002.

IAFISCO, *Acquisizione della prova-sentenza ex art. 238 bis c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova* in *Giur. Cost.*, 2009.

- ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983.
- ILLUMINATI, *Libertà e segretezza della comunicazione in Cassazione Penale*, 2019.
- IULIANO, *L'aberrante espansione delle videoconferenze: tra vecchie questioni e attuali problematiche in Archivio penale*, 2020.
- 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, *Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio in Archivio Penale*, 2013.
- LA ROCCA, *Proroga dei termini delle indagini preliminari e moduli differenziati di accertamento*, in MONTAGNA (a cura di), *La giustizia penale differenziata*, 2011.
- LANZI, *Il "doppio binario" in executivis, tra nuove tendenze e residue incertezze in L'indice penale*, 2019.
- LATTANZI, *I meccanismi presuntivi delle misure cautelari in Cassazione Penale*, 2018.
- LATTANZI, *Il sistema processuale e la prova dichiarativa nel quadro dei principi costituzionali, intervento all'Incontro di studio tra la Corte costituzionale italiana e i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, dal titolo "Scambio di analisi ed esperienze tra le nostre Costituzioni ed i principi penale"*, 2011, Madrid/Valencia in cortecostituzionale.it.
- LEO, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa in Diritto penale contemporaneo*, 2015.
- LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?* in *Diritto penale contemporaneo*, 2017.
- MAFFEO, *Intercettazioni e indagini in materia di criminalità organizzata: spunti critici sull'insufficienza degli argini giurisprudenziali agli accessi imputativi in Cassazione Penale*, 2014.
- MAGGIO, *Corsi e ricorsi storici della prova penale: la chiamata di correo in Cassazione Penale*, 1998.

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 *Cassazione Penale*, 2007.

MAGGIO, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali* in FIANDACA (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonti criminologici e innovazioni normative*, Torino, 2010.

MAIELLO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario* in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015.

MANES, *Lo sciame di precedenti* in *Diritto penale e procedura penale*, 2014.

MARITATI, *Coordinamento delle indagini nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata. Il ruolo della D.N.A* in *Quaderni del C.S.M., I delitti di criminalità organizzata*, II, n. 99, 1998.

MELILLO, *Appunti in tema di sospensione feriale dei termini relativi a procedimenti per reati di criminalità organizzata*, in *Cassazione Penale*, 2005.

MELILLO, *Le intercettazioni tra diritto alla riservatezza ed efficienza delle indagini* in *Cassazione Penale*, 2000.

MELILLO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei procedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione* in *Cassazione Penale*, 2002.

MELILLO, *Procedimenti connessi e coordinamento delle indagini in materia di delitti di criminalità organizzata* in *Cassazione Penale*, 1999.

MIRAGLIA, *Delitti di Criminalità Organizzata di stampo mafioso e custodia cautelare "quasi obbligatoria": un percorso concluso?* in FRANCHIOTTI (a cura di), *Il contrasto alla criminalità organizzata: contributi di studio*, Giappichelli, 2016.

MORI, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n.2) in materia di ergastolo ostativo* in *Giurisprudenza penale*, 2019.

MOROSINI, *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa* in *Questione giustizia*, 2002.

MOROSINI, *L'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario: genesi e sviluppo di un regime detentivo differenziato* in BALDUCCI (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020.

NAPPI, *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici* in *Diritto e procedura penale*, 1999.

NICOSIA, *Il c.d. 41 bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante (?)* in *Rivista italiana diritto penale e procedura penale*, 2009.

NOCERINO, *Le intercettazioni e i controlli preventivi sulle comunicazioni. Strumenti d'indagine a rischio di infiltrazioni processuali* in *Diritto e procedura penale*, 2019.

ORLANDI, *Una giustizia penale a misura di nemici?* in *Diritto e procedura penale*, 2020.

ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma* in *Diritto e procedura penale*, 2018.

PETRELLI, *Garanzie a intermittenza in nome dell'emergenza: così si smantella il processo penale* in www.ristretti.it-*Il dubbio*, 2020.

PIERRO, *Molte ombre nella riforma delle intercettazioni preventive* in *Diritto penale e procedura*, 2020.

PULEIO, *Associazione mafiosa, chiamata di correo e processo*, Milano, 2008.

RICCI, *Nel labirinto dell'art. 4 bis o.p: guida pratica per il "condannato ostativo" all'accesso a permessi premio e misure alternative alla detenzione dopo le sentenze costituzionali n. 253/2019 e 31/2020 (e in attesa di ulteriori sviluppi)* in *Giurisprudenza Penale*, 2020.

RICCIO, *Ragionando sul doppio binario* in *Archivio Penale*, 2017.

RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando* in *Diritto Penale Processo*, 2017.

RIVELLO, *Uno strumento indispensabile contro la mafia con effetti positivi sui tempi del dibattimento* in *Giuda dir.*, 1998.

ROMANO, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013.

- ROMICE, *Brevi note sull'art. 41 bis o.p. in Giurisprudenza penale*, 2017.
- RONCO, *Criminalità organizzata in Scritti Patavini*, tomo I, Torino, 2017.
- RUGGIERO, *I limiti dell'art. 238 bis c.p.p. alla luce dell'art. 111 Cost. in Cassazione Penale*, 2004.
- RUGGIERO, *La sentenza sulla videoconferenza tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di "durata ragionevole" del processo penale in Cassazione Penale*, 2000.
- RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. N. 253 del 2019 della Corte costituzionale in Sistema penale*, 2019.
- SALVATI, *L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia in Amministrazione in cammino*, rivista elettronica di diritto pubblico, diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet".
- SASSI, *Controllo di legittimità e "nuovo" art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario: primi (dis)orientamenti giurisprudenziali in Giurisprudenza italiana*, 2005.
- SPAVENTI, *Le misure alternative alla detenzione nell'interpretazione giurisprudenziale in BALDUCCI (a cura di), Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020.
- TERESI, *Direzione nazionale e direzioni distrettuali antimafia*, Giuffè, 1993.
- TERRACINA, *Il pubblico ministero e l'esecuzione delle pene detentive e pecuniarie in BALDUCCI (a cura di), Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020.
- TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008.
- VARRASO, *Le intercettazioni e i regimi processuali differenziati per i reati di grande criminalità e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in MAZZA (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino, 2018.
- VASSALLO, *La competenza territoriale in materia di criminalità organizzata di stampo mafioso*, in FRANCHIOTTI, *Strumenti di contrasto alla criminalità organizzata*, Torino, 2017.
- VICOLI, *La ragionevole durata delle indagini*, Torino, 2012.

VIGGIANO, *I limiti della deroga alla sospensione dei termini feriali per i reati di criminalità organizzata*, in *Giur. It.*, 1994.

VIOLANTE, *Il nuovo processo penale e la criminalità mafiosa*, in *giur.it*, 1991, 2.

VIOLI, *Il trattamento penitenziario* in BALDUCCI (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020.

ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, Padova, 2016.

GIURISPRUDENZA

Corte Cost. 23 aprile 1970, n. 64 in *cortecostituzionale.it*

Cort. Cost. 4 aprile 1973, n. 34 in *cortecostituzionale.it*

Corte Cost. 27 giugno 1974 n. 204 in *cortecostituzionale.it*

Cort. Cost. 23 luglio 1991, n. 366 in *cortecostituzionale.it*

Corte Cost. 1 marzo 1992, n. 68 in *cortecostituzionale.it*

Corte Cost. 2 aprile 1992, n. 174 in *cortecostituzionale.it*

Cort. Cost., 3 giugno 1992, n. 255 in *cortecostituzionale.it*

Corte Cost., 27 luglio 1992, n.379 in *cortecostituzionale.it*

Corte Cost. 29 ottobre 1992, n. 407 in *cortecostituzionale.it*

Corte Cass. Pen. Sez. Un., 22 febbraio 1993, n. 1653 in *archiviodpc.it*

Corte Cost. 19 marzo 1993, n. 103 in *cortecostituzionale.it*

Corte Cass. Pen. Sez. V, 25 maggio 1993, n. 1940 in *dejure.it*

Corte Cost. 11 giugno 1993, n. 306 in *cortecostituzionale.it*

Corte Cost. 28 luglio 1993, n.349 in *cortecostituzionale.it*

Corte Cass. Pen., Sez. I, ord., 31 gennaio 1994 in *dejure.it*

Corte Cost. 27 luglio 1994, n. 357 in *cortecostituzionale.it*

Corte Cost. 1 marzo 1995, n. 68 in *cortecostituzionale.it*

Corte Cost. 20 maggio 1996, n. 159 in *cortecostituzionale.it*

Corte Cost. 18 ottobre 1996, n. 351 in *cortecostituzionale.it*

Corte Cass. Pen. Sez. V, 22 gennaio 1997, Bompressi e altri in *jstor.it*

Corte Edu, 24 agosto 1998, Caso Contrada v. Italia in *eur-lex*

Corte Cass. Pen., Sez. IV, 10 marzo 1999, n. 864 in *archiviodpc.it*

Corte Cost. 14 luglio 1999, n. 342 in *cortecostituzionale.it*

Corte Cass. Pen. Sez. I, 12 giugno 2001, Bagarella in *dejure.it*
Corte Cost. ord. 11 dicembre 2001 n. 399 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cost. 24 aprile 2003, n. 135 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cass. Pen. Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747 in *dejure.it*
Corte Cass. Pen. Sez. Un., 30 ottobre 2003, Andreotti in *Cass. Pen.*
Corte Edu, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia in *eur-lex*
Corte Cass. Pen. Sez. Un., 22 marzo 2005, n. 17706 in *Cass. Pen.*
Corte Cass. Pen. Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748 in *Giur. Pen.*
Corte Cass. Pen. Sez. Un. 30 maggio 2006, n. 24561 in *Cass. Pen.*
Corte Cost. 21 giugno 2006, n. 257 in *cortecostituzionale.it*
Corte Edu, 5 ottobre 2006, Viola c. Italia in *eur-lex*
Corte Cost. 14 novembre 2006, n. 372 in *cortecostituzionale.it*
Corte Edu, 27 novembre 2007, Ascitto c. Italia in *eur-lex*
Corte Edu 15 gennaio 2008, Bagarella c. Italia in *eur-lex*
Corte Cass. Pen. Sez. I, 23 settembre 2009, Zagaria in *dejure.it*
Corte Cost. 6 febbraio 2009, n. 29 in *cortecostituzionale.it*
Corte Edu, 2 luglio 2009, Vafiadis c. Grecia in *eur-lex*
Corte Cass. Pen. Sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso in *dejure.it*
Corte Edu, 8 novembre 2009, Lievre c. Belgio in *eur-lex*
Corte Cass. Pen. Sez. VI, 26 febbraio 2010 n. 10902 in *archivioldpc.it*
Corte Cass. Pen. Sez. III, 8 aprile 2010, n. 19729 in *Cass. Pen.*
Corte Cost. 21 luglio 2010, n. 265 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cost. 12 maggio 2011, n. 164 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cass. Pen. Sez. Un., 15 luglio 2010, n. 37501 in *dejure.it*
Corte Cost. 22 luglio 2011, n. 231 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cost. 3 maggio 2012, n. 110 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cass. Pen. Sez. VI, 27 novembre 2012, Bisignani in *archivioldpc.it*
Corte Cost. 28 marzo 2013, n. 53 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cost. 23 luglio 2013, n. 232 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cost. 26 marzo 2015, n. 48 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cass. Pen., Sez. III, 18 ottobre 2016, n. 13222 in *dejure.it*
Corte Cass. Pen. Sez. VI, 20 aprile 2016, n. 23012 in *dejure.it*

Corte Cass. Pen. Sez. Un., 28 aprile 2016, Scurato in *Cass. Pen.*
Corte Cost. ord. 8 marzo 2017, n. 136 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cost. 12 ottobre 2018, n. 186 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cost. 11 luglio 2018, n. 149 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cass. Pen. Sez. I, 19 luglio 2019, n. 42714 in *dejure.it*
Corte Cost. 23 ottobre 2019, n. 253 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cost. 26 febbraio 2020, n. 32 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cost. 22 maggio 2020, n. 97 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cass. Pen. Sez. I, 3 giugno 2020 n. 18518 in *dejure.it*
Corte Cass. Pen. Sez. VI, 12 giugno 2020, n. 18125 in *sistemapenale.it*
Corte Cost. 31 luglio 2020, n. 191 in *cortecostituzionale.it*
Corte Cass. Pen. Sez. I, 25 settembre 2020, n. 28991 in *dejure.it*