



Criminalità organizzata. Le peculiarità del procedimento di cognizione alla prova dei principi costituzionali*

di

Pierpaolo Dell'Anno e Angelo Zampaglione*

SOMMARIO: 1. Perimetro e scopo del lavoro; 2. Possibilità di differire il colloquio tra difensore e indagato *in vinculis*; 3. La presunzione assoluta di adeguatezza della misura carceraria dopo le pronunce della Consulta; 4. Il peculiare regime delle intercettazioni tra presupposti autorizzativi e captatore informatico; 5. Il dibattimento a distanza per l'imputato detenuto: da eccezione a regola; 6. Il doppio binario probatorio tra metodiche di accertamento e usura di testimoni e coimputati; 7. Il ritorno al concordato sui motivi di appello e le sue limitazioni; 8. Riflessioni conclusive.

1. Perimetro e scopo del lavoro.

La scelta di istituire un regime di "doppio binario" ha generato una sorta di codice di procedura penale "parallelo" per quei procedimenti aventi ad oggetto alcuni specifici reati tra i quali quelli di criminalità organizzata.¹ Il sistema si è, infatti, destrutturato in alcuni sottosistemi aventi peculiari caratteristiche e connotati da percorsi differenziati e da significative deroghe alle regole ed ai principi del modello *standard*.²

Dalla entrata in vigore del nostro codice fino ad oggi, sono state introdotte nuove discipline differenziate ed è stato esteso l'ambito di operatività di queste ultime ad

* I primi cinque paragrafi sono stati redatti da Angelo Zampaglione mentre gli altri tre da Pierpaolo Dell'Anno.

* Professore ordinario di diritto processuale penale presso l'Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale; dottore di ricerca in "I diritti fondamentali nella giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali e delle Alte Corti europee" presso l'Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale.

¹ La letteratura sul tema è molto ampia e pertanto si rinvia, *ex multis*, ad Aa.Vv. *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di Maiello, Torino, 2015; AA.VV., *Le associazioni di stampo mafioso*, a cura di Romano, Utet, 2015.

² Per una panoramica sul fenomeno in questione di veda SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 17.

altre fattispecie criminose, confermando quella ormai radicata tendenza del legislatore a combattere alcuni fenomeni criminali anche a costo di stravolgere irrimediabilmente l'impianto originario del codice dell'88.

All'esito di un bilanciamento di rilevanti interessi contrapposti, alcune di queste discipline derogatorie sembrano potersi giustificare, altre sembrano collocarsi al limite della compatibilità con i principi costituzionali, altre ancora porsi in contrasto con i canoni del "giusto" processo affermati dall'art. 111 Cost.

Lo scopo quindi del presente lavoro, lungi dal voler trattare analiticamente un così ampio e complesso tema, è quello di provare a svolgere qualche utile e breve considerazione sulle principali discipline del doppio binario previsto per i reati di criminalità organizzata nel procedimento di cognizione, così da provare a verificare la tenuta del nostro sistema processuale a distanza di quasi trent'anni dall'entrata in vigore del codice.

2. Possibilità di differire il colloquio tra difensore e indagato in vinculis.

La recente legge n. 103 del 2017, meglio nota come riforma Orlando, è intervenuta sulla disciplina dei colloqui che intercorrono tra l'indagato di criminalità organizzata in stato di custodia cautelare ed il suo difensore, prevedendo nel nuovo comma 3 dell'art. 104 c.p.p. che qualora sussistano specifiche ed eccezionali ragioni di cautela, il giudice su richiesta del pubblico ministero possa, con decreto motivato, dilazionare l'esercizio del diritto dell'indagato *in vinculis* di conferire con il proprio difensore per un tempo non superiore a cinque giorni.

Nella sua previgente versione, il comma 3 dell'art. 104 c.p.p. consentiva al giudice, sempre su richiesta del pubblico ministero e qualora sussistessero specifiche ed eccezionali ragioni di cautela, di differire il colloquio difensivo di qualsiasi indagato ristretto nella sua libertà, a prescindere dal titolo di reato contestato.³ A seguito della riforma Orlando, invece, la possibilità di limitare temporaneamente il

³ La limitazione del diritto del soggetto *in vinculis* di incontrare immediatamente il proprio difensore aveva sempre incontrato forti resistenze da parte degli avvocati i quali ritenevano che una previsione di questo tipo sottintendesse un atteggiamento di pregiudizio nei confronti della classe forense. Per maggiori spunti di riflessione si rinvia a SPANGHER, *Il colloquio dell'indagato in vinculis*, in *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, a cura di Spangher, Pacini Giuridica, 2018, 193.

contatto tra indagato *in vinculis* e difensore è stata circoscritta ai soli procedimenti per i delitti di cui ai commi 3 *bis* e 3 *quater* dell'art. 51 c.p.p.

Da un lato, la funzione del colloquio è quella di consentire la preparazione della difesa in vista dell'interrogatorio di garanzia o dell'udienza di convalida e, dall'altro, la *ratio* della novella si annida nell'esigenza di scongiurare il rischio che si possano instaurare rapporti non corretti tra imputato e difensore; si intende cioè evitare il formarsi di tesi difensive concertate in un ambiente criminale particolare e con un numero elevatissimo di indagati.

Da un bilanciamento delle susesposte contrapposte esigenze, non sembra potersi affermare che l'eventuale differimento del colloquio per un termine massimo di cinque giorni possa compromettere irrimediabilmente diritti fondamentali del soggetto ristretto.

3. La presunzione assoluta di adeguatezza della misura carceraria dopo le pronunce della Consulta.

In materia cautelare, il comma 3 dell'art. 275 c.p.p. prevede per alcuni reati,⁴ segnatamente per i delitti di associazione sovversiva, terroristica e mafiosa di cui agli artt. 270, 270 *bis* e 416 *bis* c.p., una presunzione assoluta di adeguatezza della misura cautelare in carcere.⁵ In tali procedimenti, qualora sussistano gravi indizi di

⁴ In argomento, si veda GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia ed equilibri nuovi*, in *Giur. It.*, 2013, 3; FIORIO, *Custodia cautelare e presunzione di adeguatezza*, in *Le associazioni di stampo mafioso*, a cura di Romano, Utet, 2015, 355 ss.

⁵ Il decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella legge 12 luglio 1991 n. 203 aveva previsto tale presunzione di adeguatezza della misura carceraria per tutti i delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, nonché agli artt. 575, 600 *bis*, comma 1, 600 *ter*, escluso il comma 4 e 600 *quinquies* c.p., ed ancora per i delitti di cui agli artt. 609 *bis*, 609 *quater* e 609 *octies* c.p., salvo che riconoscessero le circostanze attenuanti degli stessi articoli contemplate. La predetta disciplina è poi caduta sotto ripetuti colpi di scure della Corte costituzionale la quale ha ritenuto applicabile tale meccanismo presuntivo assoluto di adeguatezza della custodia in carcere solo per il delitto di associazione mafiosa. Tali pronunce sono: la n. 265 del 2010 (artt. 600 *bis*, comma 1, 609 *bis* e 609 *quater* c.p.), la n. 164 del 2011 (art. 575 c.p.), la n. 231 del 2011 (art. 74 d.P.R. 309/1990), la n. 331 del 2011 (art. 12, comma 4 *bis*, d.lgs 286/1998), la n. 110 del 2012 (art. 416 c.p. finalizzato alla produzione e al commercio di cose con falsi marchi), la n. 57 del 2013 (delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose), la n. 213 del 2013 (art. 630 c.p.) ed infine la n. 232 del 2013 (art. 609 *octies* c.p.), la n. 48 del 2015 (concorso esterno in associazione mafiosa). Infine, è intervenuta la riforma del 2015 che, da un lato, ha mantenuto ferma la regola con riguardo ai

colpevolezza, scatta una duplice presunzione: a) che esista almeno una esigenza cautelare (presunzione relativa); b) che l'unica misura adeguata a scongiurare i *pericula* di cui all'art. 274 c.p.p. sia la custodia cautelare in carcere (presunzione assoluta). Si tratta, con tutta evidenza, di una deroga al principio in forza del quale la massima limitazione, in via preventiva, della libertà personale deve operare secondo il principio del minor sacrificio possibile; la custodia cautelare in carcere, infatti, per come è strutturato il nostro sistema processuale penale, è considerata la *extrema ratio* alla quale ricorrere solo qualora ogni altra misura risulti inadeguata per prevenire le esigenze cautelari.

Come noto, la presunzione assoluta non ammette prova contraria e, di conseguenza, alla difesa non è riconosciuta la possibilità di provare che altra misura restrittiva meno afflittiva possa essere in grado, nel caso concreto, di soddisfare le esigenze cautelari. L'unico modo per far venir meno la presunzione assoluta è quello di dimostrare la insussistenza delle tre esigenze cautelari, posto che la presunzione relativa costituisce il presupposto di quella assoluta.

Dalle trame motivazionali delle pronunce con cui i giudici di Palazzo della Consulta hanno drasticamente sfolto l'elenco dei delitti per i quali operava la presunzione di adeguatezza della misura carceraria, si evince che tale presunzione debba ritenersi ragionevole solo quando in base a regole di esperienza ampiamente condivise e non contraddette da dati fattuali, risulti adeguata soltanto la custodia in carcere.⁶ Si afferma in tali sentenze che l'adesione permanente ad un sodalizio criminoso, dotato di particolare forza intimidatrice, comporta secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, che soltanto la misura carceraria sia adeguata, mentre altre misure cautelari minori non siano sufficienti a troncare i

reati di mafia e l'ha estesa ai delitti di associazione sovversiva e terroristica e, dall'altro, ha previsto che quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine agli altri gravi delitti (quelli di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, nonché agli artt. 575, 600 *bis*, comma 1, 600 *ter*, escluso il comma 4 e 600 *quinqies* c.p., ed ancora per i delitti di cui agli artt. 609 *bis*, 609 *quater* e 609 *octies* c.p., salvo che riconoscessero le circostanze attenuanti degli stessi articoli contemplate) 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.

⁶ Cfr. Corte Cost., 21 luglio 2010, n. 265, pubblicata in *Giur. Cost.*, 2010, 3169.

rapporti tra l'indagato e l'associazione e non neutralizzino la pericolosità del medesimo.⁷

Alla luce del prospettato quadro normativo e giurisprudenziale che si è venuto a delineare nel corso degli anni, è possibile affermare che sul giudice gravi un vero e proprio onore di motivazione negativa in ordine alla insussistenza in concreto di esigenze cautelari ogniqualevolta non intenda applicare la custodia cautelare in carcere. Ciò posto, appare doveroso evidenziare come tale meccanismo normativo sembri collocarsi al limite della compatibilità con il disposto dell'art. 13, comma 2, Cost. nel quale l'atto motivato dell'autorità giudiziaria è richiesto come garanzia ai fini dell'applicazione (non del diniego) delle misure restrittive della libertà personale.⁸ Presunzioni legali di questo tipo si sono prestate nel corso degli anni a corroborare disegni autoritari, spinte emergenziali, pulsioni repressive di vario genere: non a caso la Corte ha circoscritto significativamente l'ambito di operatività di tale presunzione assoluta.

4. Il peculiare regime delle intercettazioni tra presupposti autorizzativi e captatore informatico.

In materia di intercettazioni⁹ una disciplina speciale è stata approntata sulla sola base del titolo di reato, in base alla distorta logica del legislatore per cui la gravità

⁷ Si v. Corte Cost., 29 marzo 2013, n. 57, pubblicata in *Dir. Pen. Cont.*, con nota di LEO, *Illegittima la previsione della custodia "obbligatoria" in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per la partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso)*. La medesima pronuncia è stata commentata anche da LA ROCCA, *Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio*, in *Arch. Pen.*, www.archiviopenale.it.

⁸ Così GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO-GREVI-BARGIS, VIII ed., Cedam, 2016, 373.

⁹ Per una panoramica sulle intercettazioni si vedano BARGI, *Voce intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Digesto discipline penalistiche*, Torino, 2005; DELL'ANNO-ZAMPAGLIONE, *Il tanto atteso decreto sulle intercettazioni tra protezione dei colloqui e regolamentazione dell'uso del trojan*, in *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, a cura di Spangher, Pacini Giuridica, 2018, 19 ss.; FILIPPI, *Intercettazioni, tabulati e altre limitazioni della segretezza delle comunicazioni*, in *Soggetti. Atti. Prove*, a cura di Spangher, Vol. I, *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher-Marandola-Garuti-Kalb, Utet, 2015, 965 ss.; FURFARO, *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche*, in Gaito, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 122 ss.; GAITO-FURFARO, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Dike, 2016, 363 ss.; RANALDI, *Il procedimento per la distruzione delle intercettazioni illegali: tra fairness giurisdizionale ed esigenze di tutela costituzionale*, *GP*, 2007, III, 651; SPANGHER, *Le criticità della disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2016, 7, 921 ss.

dell'addebito affievolisce le garanzie processuali, in spregio della presunzione di innocenza. Secondo tale irrazionale sistema, tanto più grave è il reato ipotizzato tanto meno forte è la presunzione di innocenza. Ad essere sinceri dovrebbe essere il contrario ma l'intero codice di procedura penale è strutturato su questo paradigma. Da tempo è stato, infatti, disegnato un "doppio binario" per l'indagato di particolari delitti, ai quali è riservato un procedimento diverso e assai meno garantito. Nei procedimenti di criminalità organizzata, nonché in tutti i procedimenti di cui all'art. 51, comma 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p., l'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con modifiche dalla l. 12 luglio 1991, n. 203 prevede alcune deroghe ai presupposti ordinari dell'autorizzazione alle attività captative. In tali procedimenti, l'intercettazione può essere richiesta ed autorizzata, non già laddove essa sia "assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini" ma semplicemente "necessaria per lo svolgimento delle indagini" e in presenza di un quadro probatorio che, diversamente da quanto previsto dall'art. 267 c.p.p., non sia costituito da "gravi indizi" bensì solo da "sufficienti indizi" di reato. Inoltre, tale norma ha anche: 1) dilatato il tempo di durata delle intercettazioni, passata dai quindici giorni prorogabili ai quaranta prorogabili praticamente *sine die*; 2) stabilito che quando si tratta di intercettazioni ambientali, quelle cioè da effettuarsi nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., l'intercettazione, diversamente da quanto previsto dal capoverso dell'art. 266 c.p.p., è consentita "anche se non vi sia motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa.

Sempre restando in tema di intercettazioni, il recente decreto legislativo del 29 dicembre 2017, n. 216 (G.U. 11 gennaio 2018), ha previsto per tali procedimenti un uso "incondizionato" del captatore informatico (cd. *trojan horse*) che è considerato la più invasiva forma di intercettazione mai esistita e messa a disposizione degli organi inquirenti.

In sostanza, tale captatore informatico è un *malware* occultamente installato dall'inquirente su un apparecchio elettronico dotato di connessione *internet* attiva, il quale consente in ogni momento all'attaccante di captare tutto il traffico di dati (sia in entrata che in uscita), di attivare da remoto il microfono e la telecamera

registrandone le attività di “perquisire” gli *hard disk* e di fare copia integrale del loro contenuto, di intercettare tutto quanto digitato sulla tastiera, di fotografare le immagini ed i documenti visualizzati.¹⁰

Le potenzialità invasive di questa nuova forma di captazione sono piuttosto palesi anche agli occhi del più distratto osservatore, essendo intercettato non solo il suono captato dal microfono come avviene normalmente mediante intercettazione telefonica ma anche le immagini carpite dalla *webcam* o filmate con la videocamera, nonché tutto ciò che viene digitato sulla tastiera o visualizzato sullo schermo. In dottrina è stato messo in luce che ai poteri di ispezione e di intercettazione si aggiungono quelli di perquisizione e di sequestro in quanto il *virus* può cercare e acquisire i *files* presenti sul dispositivo intercettato e sugli altri connessi in rete locale, inviando dati, comunicazioni o immagini al captante e conseguendo così i risultati tipici di ispezioni, perquisizioni e sequestri di dati informatici, intercettazioni e riprese fotografiche ed audiovisive. Infine, il *trojan horse* rende possibile anche la geo-localizzazione del dispositivo controllato, realizzando un vero e proprio “pedinamento elettronico” di chiunque lo detenga. Così facendo, in altre parole, si finisce con l’intercettare conversazioni tra presenti, immagini e documenti senza limitazione di luogo.¹¹

Al di là dei dubbi di legittimità che aleggiano attorno al captatore informatico ed all’uso pressoché incondizionato del medesimo nei procedimenti come quelli di criminalità organizzata, ciò che delude è la scelta operata dal riformatore di non intervenire su uno degli aspetti principali che caratterizzano questo strumento investigativo: il vaglio attribuito al giudice per le indagini preliminari in ordine alla sussistenza dei presupposti che legittimano l’intercettazione. Si auspicava dalla

¹⁰ In altre parole, si tratta di un *virus* informatico che si insinua nei *computer* e nei *devices* mobili di ultima generazione, penetrando nei più remoti recessi dell’apparecchio, succhiando corrispondenza, messaggi ed addirittura funzionando da microfono e telecamera a cielo aperto in tutti gli ambienti in cui l’intercettato di muove, senza la barriera di alcuna intimità (In tal senso, CECANESE, *Dinamiche probatorie e moderne tecnologie informatiche. Il virus “spia” nel processo penale tra incertezze dogmatiche, orientamenti giurisprudenziali e nuovi scenari normativi*, in *Arch. Pen.*, n. 3, 2017).

¹¹ FILIPPI, *La delega in materia dell’uso del captatore informatico*, in Spangher (a cura di), *La riforma Orlando*, Pisa, 2017, p. 151 ss.

novella: 1) la eliminazione di quella prassi giurisprudenziale che consente il ricorso alla motivazione per *relationem*; 2) la estensione anche alla materia delle intercettazioni dell'obbligo per il giudice di fornire una "motivazione autonoma", così come previsto per la emissione del provvedimento cautelare;¹² 3) la introduzione di una previsione che imponesse al pubblico ministero di trasmettere l'intero fascicolo investigativo, e non quindi solo parte di esso, al giudice chiamato a decidere se autorizzare o meno le attività captative.¹³ Occorre, in altri termini, intervenire sullo scarso livello di garanzie offerte al soggetto intercettato e sulla inadeguatezza dei controlli effettuati dal giudice per le indagini preliminari.

In chiave sistemica, poi, non può non destare convinte perplessità anche l'atteggiamento passivo assunto in questi ultimi anni dal legislatore il quale invece di dettare legge finisce sempre con il recepire acriticamente le indicazioni della giurisprudenza. Anche in occasione della riforma Orlando e del successivo decreto legislativo del 29 dicembre 2017, n. 216, è stata confermata questa tendenza, essendo stato il captatore informatico, sdoganato dalle Sezioni Unite Scurato del 2016¹⁴ in violazione della riserva di legge, e poi legittimato dal legislatore come ordinario strumento di intercettazione.¹⁵ Tentare di porre rimedio a questo

¹² In questo senso, SPANGHER, *Le criticità della disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2016, 7, 921 ss.

¹³ Cfr. FILIPPI, *Intercettazioni, tabulati e altre limitazioni della segretezza delle comunicazioni*, in *Soggetti. Atti. Prove*, a cura di Spangher, Vol. I, *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher-Marandola-Garuti-Kalb, Utet, 2015, 965 ss.

¹⁴ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016 (dep. 1 luglio 2016), n. 26889. Le Sezioni Unite hanno enunciato i seguenti principi: 1) «deve escludersi la possibilità di compiere intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., con il mezzo indicato in precedenza, al di fuori della disciplina derogatoria per la criminalità organizzata di cui all'art. 13 d.l. n. 152 del 1991, convertito in legge n. 203 del 1991, non potendosi prevedere, all'atto dell'autorizzazione, i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico verrà introdotto, con conseguente impossibilità di effettuare un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto del presupposto, previsto dall'art. 266, comma 2, c.p.p., che in detto luogo «si stia svolgendo l'attività criminosa»; 2) «è invece consentita la captazione nei luoghi di privata dimora ex art. 614 c.p., pure se non singolarmente individuati e se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa, per i procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, anche terroristica, secondo la previsione dell'art. 13 d.l. n. 152 del 1991»; 3) «per procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata devono intendersi quelli elencati nell'art. 51, commi 3 bis e 3 quater, c.p.p. nonché quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato».

¹⁵ In questo senso FILIPPI, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2018, 294 ss.

dilagante fenomeno significa ripartire proprio dal recupero, oggi profondamente alterato, del fisiologico rapporto tra diritto “vigente”, rappresentato dalla legislazione, e il diritto “vivente” espresso dalla giurisprudenza.

5. Il dibattimento a distanza per l'imputato detenuto: da eccezione a regola.

Altra importante modifica è quella apportata dalla riforma Orlando all'art. 146 *bis* dis. att. c.p.p.¹⁶ per effetto della quale la persona che si trova in stato di detenzione per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3 *bis*, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 4), del codice, partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata, anche relativi a reati per i quali sia in libertà. Con le medesime modalità, partecipa alle udienze penali ed a quelle civili nelle quali deve essere esaminata quale testimone».¹⁷

¹⁶ Per una opportuna panoramica si vedano LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 4 del 2017, 217 ss.; RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, in *Dir. Pen. Cont.*, 7-8, 2017, 131 ss.

¹⁷ Tale norma prevede ora che: «1. La persona che si trova in stato di detenzione per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-*bis*, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 4), del codice, partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata, anche relativi a reati per i quali sia in libertà. Allo stesso modo partecipa alle udienze penali e alle udienze civili nelle quali deve essere esaminata quale testimone».

Il comma 1 *bis* dispone che «La persona ammessa a programmi o misure di protezione, comprese quelle di tipo urgente o provvisorio, partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata».

Il comma 1 *ter* prevede «Ad esclusione del caso in cui sono state applicate le misure di cui all'articolo 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, il giudice può disporre con decreto motivato, anche su istanza di parte, la presenza alle udienze delle persone indicate nei commi 1 e 1-*bis* del presente articolo qualora lo ritenga necessario.

Il comma 1 *quater* stabilisce che «Fuori dei casi previsti dai commi 1 e 1-*bis*, il giudice può 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».

Il comma 2 è sostituito dal seguente: «2. Il presidente del tribunale o della corte di assise nella fase degli atti preliminari, oppure il giudice nel corso del dibattimento, dà comunicazione alle autorità competenti nonché alle parti e ai difensori della partecipazione al dibattimento a distanza»;

Infine, dopo il comma 4 è inserito il seguente: «4-*bis*. In tutti i processi nei quali si procede con il collegamento audiovisivo ai sensi dei commi precedenti, il giudice, su istanza, può consentire alle altre parti e ai loro difensori di intervenire a distanza assumendosi l'onere dei costi del collegamento».

In precedenza, il dibattimento a distanza¹⁸ per gli imputati di tali reati aveva luogo a seguito di una valutazione discrezionale del giudice in merito alla sussistenza di particolari situazioni di ordine pubblico e sicurezza e qualora in ragione della particolare complessità del dibattimento, la partecipazione a distanza risultasse necessaria per evitare ritardi nel suo svolgimento. L'unico caso di partecipazione a distanza "obbligatoria ed inderogabile" era prevista nei confronti di detenuti ai quali fossero state applicate le misure di cui all'art. 41 *bis*, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354. Con tale modalità di partecipazione al dibattimento si intendeva cioè evitare il rischio che questi soggetti, partecipando personalmente al processo, potessero ripristinare i rapporti con l'associazione di appartenenza. A ciò va aggiunto che la personale partecipazione al dibattimento di tali soggetti condizionava pesantemente i tempi di definizione dei giudizi e si poneva di intralcio alla continuità nella trattazione del singolo processo per le continue traduzioni degli imputati da una sede all'altra. Alla base di tale istituto vi erano quindi anche ragioni di economia processuale, in quanto si evitavano tutte quelle traduzioni di imputati e collaboratori di giustizia che richiedono appunto un ingente dispiego di forze dell'ordine per i servizi di scorta e di accompagnamento (fenomeno del cd. turismo giudiziario).

A seguito della riforma Orlando, quindi, nei procedimenti per delitti indicati nell'articolo 51, comma 3 *bis*, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 4), del codice e sempre che l'imputato di tali reati sia detenuto, al giudice è stato sottratto il potere discrezionale di disporre il dibattimento a distanza. E' stata introdotta una presunzione di pericolosità *ope legis* di tali imputati che fa scattare l'automatico ricorso all'istituto della partecipazione a distanza del dibattimento. Una regola che vale anche per i processi relativi a reati per i quali l'imputato non sia formalmente detenuto ovvero quando debba partecipare per essere sentito come teste nei procedimenti penali e civili.

¹⁸ Va segnalato che la disciplina della partecipazione dell'imputato al dibattimento a distanza con il sistema del collegamento audiovisivo è stata introdotta dall'art. 2 della legge 7 gennaio 2008, n. 11 che ha aggiunto l'art. 146 *bis* nelle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale.

In sostanza, l'imputato di reati di criminalità organizzata è stato bandito dall'aula in cui si svolge il proprio processo e, di conseguenza, non potrà più sedere al fianco del proprio difensore nel corso dell'istruttoria dibattimentale, con inevitabili prevedibili ripercussioni sul diritto di difesa materiale, posto che tale soggetto è colui che meglio può ricostruire i fatti per i quali è stato tratto a giudizio. Del resto, l'esperienza delle aule giudiziarie conferma che l'impossibilità di partecipare di persona al giudizio compromette la facoltà dell'imputato di interagire con la scena processuale e con il proprio difensore. Non meno problematica è la posizione di quest'ultimo costretto a scegliere se accomodarsi vicino al proprio assistito nella postazione remota oppure rimanere nell'aula di udienza: in entrambi i casi viene menomata la capacità di azione dell'imputato.¹⁹

In realtà, la riforma Orlando si è spinta molto oltre rispetto a quanto era previsto nella versione originaria dell'art. 146 *bis* disp. att., in quanto ha esteso il regime della partecipazione a distanza anche a detenuti per reati cd. comuni: anche fuori dai casi esaminati, ovverosia quelli riguardanti i processi a carico di persone che si trovano in stato di detenzione per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3 *bis*, nell'art. 407, comma 2, lett. a), n. 4), e di quelle ammesse a programmi o misure di protezione, il giudice può disporre con decreto motivato la partecipazione a distanza dell'imputato, a condizione che sussistano ragioni di sicurezza, che il dibattimento sia di particolare complessità ovvero che sia necessario evitare ritardi nel suo svolgimento. La novella ha cioè considerato la partecipazione a distanza non più come strumento tipico del cd. sistema del doppio binario, e le condizioni che nella precedente versione rendevano possibile, nei citati procedimenti di criminalità organizzata, l'applicazione *de qua*, sono oggi estese ai reati comuni.²⁰

In sintesi, da tutto ciò si evince non solo che la partecipazione a distanza è divenuta obbligatoria anche nei casi in cui, in precedenza, era discrezionale, ma che in qualunque altra ipotesi in cui l'imputato è detenuto, per qualunque tipo di reato, il

¹⁹ In tal senso DANIELE, *La partecipazione a distanza allargata. Superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017.

²⁰ Così DIDI, *Videoconferenze e partecipazione a distanza dell'imputato al dibattimento*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2018, 458 ss.

giudice potrà disporre la sua partecipazione a distanza.

Per quel che interessa ai fini del presente lavoro, al di là della posizione che si intenda assumere sulle varie e significative modifiche apportate dalla novella, una cosa è chiara: con riferimento ai procedimenti per i delitti indicati nell'art. 51, comma 3 *bis*, nell'art. 407, comma 2, lett. a), n. 4), è stato istituito un meccanismo che in nome di esigenze di sicurezza induce ad un inasprimento delle regole processuali attraverso l'erosione di spazi di discrezionalità del giudice, con conseguente inserimento di automatismi processuali che si applicano a prescindere da qualsivoglia valutazione da parte dell'autorità procedente.²¹ Il rischio che si potrebbe profilare è quello di rivivere una situazione analoga a quella che portò la Corte costituzionale a demolire gli automatismi previsti dall'art. 275 c.p.p. per alcune tipologie di reato in tema di presunzione assoluta di adeguatezza della misura carceraria. I due casi presentano non indifferenti similitudini, costituendo la partecipazione fisica e personale al processo, da parte dell'accusato, un diritto presidiato da garanzie costituzionali e sovranazionali.

6. Il doppio binario probatorio tra metodiche di accertamento e usura di testimoni e coimputati.

L'art. 190 *bis* c.p.p. ha introdotto nel nostro sistema processuale un meccanismo derogatorio delle ordinarie regole di assunzione della prova, nel senso che in alcuni processi, tra i quali quelli di criminalità organizzata, le regole previste per l'assunzione della prova subiscono significative eccezioni (cd. regime del doppio binario probatorio).²²

Con tale meccanismo si verifica una vera e propria limitazione del diritto alla prova

²¹ In tal senso PAPAGNO, *Problemi applicativi in ordine alle modifiche all'art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, in *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, a cura di Spangher, Pacini Giuridica, 2018, 235 ss.

²² Sull'argomento si vedano AA.VV., *Il doppio binario nell'accertamento dei fatti di mafia* a cura di Bargi, in *Il processo penale*, diretto da Gaito-Spangher, Torino, 2013; DINACCI, *L'art. 190 bis: controriforma del diritto probatorio*, in ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, Torino, 2015, 485 ss.; GAROFOLI, *Art. 190 e 190 bis: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, 945 e ss. Si veda anche ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, collana diretta da Giarda-Spangher-Tonini, Cedam, vol. 76, 2016.

perché quando testimoni o coimputati abbiano «già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in altro dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali [siano] stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p.», l'esame di tali soggetti non ha luogo.²³

Un recupero della prova, ovvero sia la riassunzione della medesima, è possibile solo se l'esame debba vertere su «fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni» ovvero se il giudice o taluna delle parti lo «[ritengano] necessario sulla base di specifiche esigenze».

Si tratta di un meccanismo nato per fronteggiare, nei procedimenti di criminalità organizzata ed in quelli ad essa equiparati, il fenomeno dell'"usura dei testimoni e dei coimputati", evitare cioè di esporre tali soggetti a pericolo per la sicurezza e la incolumità o la intimidazione, violenza o subornazione, e le dichiarazioni a rischio di ritrattazione o difformità, insiti nella ripetizione dell'esame. Ciò proprio in quanto il rischio di intimidazioni o pressioni connesse alla testimonianza può rivelarsi particolarmente elevato in considerazione delle peculiarità soggettive ed oggettive dei procedimenti nel cui ambito l'art. 190 *bis* c.p.p. è chiamato ad operare.²⁴

Così, il risultato che ne scaturisce è duplice: da un lato, per evitare questo ipotetico rischio si è passati dal contraddittorio "*per la prova*" al contraddittorio "*sulla prova*" e, dall'altro, il fondamentale diritto di prova, riconosciuto in generale a tutti gli imputati, diviene in tali procedimenti, una mera facoltà rimessa alla valutazione del giudice, ancorata peraltro a parametri non ben determinabili. Si finisce cioè con

²³ Più precisamente, «il diritto di difendersi provando viene riconosciuto solo se l'esame riguarda «fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze». Il risultato che ne consegue è piuttosto evidente: l'art. 190 *bis* c.p.p. relega il diritto alla prova su cui si basa il principio dispositivo e la concretezza operativa del diritto di difesa a mera facoltà rimessa alla valutazione del giudice ancorata, peraltro, a parametri non ben determinabili.

²⁴ In altri termini, si vuole evitare la reiterazione dell'attività dichiarativa di una persona (testimone o coimputato) chiamata più volte a deporre sui medesimi argomenti in molteplici procedimenti per reati del genere di quelli presi in considerazione dalla norma.

il trasformare un diritto soggettivo della parte in uno *ius postulandi*.²⁵

Tutto ciò si pone in controtendenza con il ruolo “centrale” assunto nel nostro processo dal dibattimento, eretto dal legislatore dell’88 a luogo naturale di formazione della prova e la introduzione dell’art. 190 *bis* all’interno del tessuto codicistico non può che essere letta come una vera e propria «controriforma in senso inquisitorio della disciplina processuale».²⁶

Con il doppio binario probatorio viene sacrificato quel fondamentale principio del codice, il principio di immediatezza, che impone la regola secondo cui i giudici che emettono la sentenza devono essere gli stessi davanti ai quali si sono formate tutte le prove.

Nei processi di criminalità organizzata, invece, i giudici finiscono spesso con l’emettere sentenze di condanna fondate su dichiarazioni accusatorie rese da soggetti che non hanno mai visto, mai ascoltato personalmente, mai conosciuto. Condanne, cioè, emesse all’esito di una mera lettura dei verbali contenenti tali dichiarazioni.

Il principio di immediatezza assume maggiore importanza in un sistema come il nostro fondato sul principio del libero convincimento del giudice. Il giudice è libero di valutare come meglio crede le prove, salvo chiaramente darne poi conto in motivazione, ed il contatto diretto ed immediato tra giudicante e fonti dichiarative diviene assolutamente indispensabile ai fini della decisione. Tale contatto è fondamentale, o quantomeno necessario, per creare quelle condizioni minime affinché il giudice possa valutare concretamente l’attendibilità o meno dei soggetti che forniscono un contributo dichiarativo nel processo penale, per cogliere cioè qualsiasi spunto importante che possa emergere da tali deposizioni.

Il principio di immediatezza è essenziale per poter valutare le caratteristiche della deposizione, vale a dire le contraddizioni, le sbavature, i silenzi, le reazioni del teste alle domande delle parti; aspetti questi che non possono di certo essere

²⁵ Così GAROFOLI, *Art. 190 e 190 bis: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, 945 e ss. Del medesimo avviso DINACCI, *L’art. 190 bis: controriforma del diritto probatorio*, in ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, Torino, 2015, 485 ss.

²⁶ L’espressione è di GAROFOLI, *Art. 190 e 190 bis: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, 945 e ss.

percepiti mediante una mera lettura dei verbali che il giudice acquisisce.²⁷ Sul punto, è, peraltro, ormai pacifico che dal confronto dialettico è possibile estrapolare dalla fonte di prova non solo i momenti di conoscenza del fatto, ma anche tutti i dati utili a verificare la genuinità e l'attendibilità della stessa fonte. In quest'ottica, una deroga ai principi di oralità e immediatezza, impedisce al giudice di avere a disposizione i migliori punti di orientamento per individuare la possibilità di confluenza tra verità processuale e realtà storica.

L'importanza del contatto diretto ed immediato tra giudice che decide e fonte di prova dichiarativa è stata riconosciuta anche a livello sovranazionale, tanto è vero che la Corte di Strasburgo, chiamata a valutare la questione della rinnovazione della prova nel giudizio di appello, ha affermato che in caso di riforma di una sentenza di proscioglimento in una sentenza di condanna, i giudici devono procedere alla riassunzione delle dichiarazioni del testimone.²⁸ A nulla rileva, secondo la corte europea, che la prova in primo grado si sia formata in contraddittorio tra le parti o che gravi in capo al giudice di appello un onere di

²⁷ Nella medesima prospettiva DIDI, *Il giudizio*, in *Manuale di diritto processuale penale*, a cura di Cerqua-Diddi-Marandola-Spangher, Milanofiori Assago, 2017, 401, il quale afferma che l'immutabilità del giudice dibattimentale (unitamente al principio di concentrazione) costituisce una garanzia insopprimibile, perché assicura che aspetti essenziali delle deposizioni testimoniali che inevitabilmente incidono sul suo libero convincimento, come i tratti prosodici o paralinguistici del linguaggio parlato, il tono della voce, l'atteggiamento, il contegno, le movenze, le pause, gli scatti, le incertezze nelle risposte e tutto ciò che caratterizza l'eloquio dei dichiaranti, non vadano perduti nel momento della valutazione delle loro deposizioni.

²⁸ Corte E.d.u., Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, si consiglia GAITO, *Verso una crisi evolutiva per giudizio di appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *Arch. Pen.*, n. 2 del 2012. Ancora, Corte E.d.u., Sez. III, sentenza 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, ric. 10890/04; Corte E.d.u., Costantinescu c. Romania del 27 giugno 2000; Corte E.d.u., Sigurbor Arnarsson c. Islanda del 15 luglio 2003; Corte E.d.u., Destrehem c. Francia del 18 maggio 2004; Corte E.d.u., Garcia Ruiz c. Spagna del 21 gennaio 2006. Sul tema, in dottrina, CIGNACCO, *Condanna in appello e giusto processo: tra indicazioni europee e incertezze italiane*, in *Dir. Pen. e Proc.*, n. 5 del 2014, 539; BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *Arch. Pen.*, n. 1, 2015; DELL'ANNO, *Obbligo di motivazione e "ragionevole dubbio"*, in *Processo Penale e Giustizia*, n. 3, 2017; GIUNCHEDI, *Ulisse approda ad Itaca. Le Sezioni Unite impongono la rilevabilità d'ufficio dell'omessa rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *Arch. Pen.*, n. 2, 2016; RECCHIONE, *Diritto al controllo e canoni per la riforma della sentenza di assoluzione*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 463 ss.; TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2014.

motivazione “rafforzata”, perché ciò che rende possibile lo stravolgimento della pronuncia di proscioglimento è solo la rinnovazione della prova dichiarativa.

Per comprendere l’esatta portata di questo principio occorre focalizzare i valori che stanno alla base della scelta del modello accusatorio e, dalle considerazioni sin qui svolte, si comprende come la verità processuale possa essere ricostruita attraverso il metodo dialettico e la sintesi delle opposte posizioni sostenute dalle parti attraverso le prove da esse introdotte nel processo davanti ad un giudice completamente all’oscuro dei fatti controversi.

7. Il ritorno al concordato sui motivi di appello e le sue limitazioni.

Come noto, il decreto legge n. 92 del 2008, convertito in legge 24 luglio 2008 n. 125, ha abrogato il cd. “concordato in appello”, la cui disciplina era racchiusa nei commi 4 e 5 dell’art. 599 c.p.p. Mediante tale istituto veniva riconosciuta la possibilità all’imputato ed al pubblico ministero di accordarsi sia in ordine ai motivi, indicando al giudice quali dovessero essere accolti, sia in ordine alla responsabilità dell’imputato.

Il concordato rispondeva all’esigenza di allargare le ipotesi di giustizia penale negoziata allo scopo di ricomprendervi il momento costituito dal riesame critico della decisione penale nell’ambito di un modello di accertamento – quello tipico del giudizio di appello – che tende a relegare ai margini il processo formativo della prova, in linea con esigenze di semplificazione della procedura e di deflazione del carico giudiziario degli organi di impugnazione.

A distanza di quasi dieci anni, la legge n. 103 del 2017 ha ripristinato la previsione di un concordato sui motivi in grado di appello.²⁹ Così, per effetto dell’inserimento dell’art. 599 *bis* c.p.p., rubricato “concordato anche con rinuncia ai motivi di appello”, la Corte provvede in camera di consiglio anche quando le parti, nelle forme previste dall’articolo 589, ne facciano richiesta dichiarando di

²⁹ In tema di concordato sui motivi di appello, si rinvia a SURACI, *Questioni intorno al “nuovo” concordato sui motivi di appello*, in *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, a cura di Spangher, Pacini Giuridica, 2018, 303 ss; ID, *Il concordato sui motivi di appello*, in *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, codice di procedura penale e ordinamento giudiziario*, a cura di Spangher, Pacini Giuridica, 2017, 241 ss.

concordare sull'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello, con rinuncia agli altri eventuali motivi. Se i motivi dei quali viene chiesto l'accoglimento comportano una nuova determinazione della pena, il pubblico ministero, l'imputato e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria indicano al giudice anche la pena sulla quale sono d'accordo.

Il legislatore però ha ritenuto di escludere l'applicabilità del "concordato in appello" nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, nei procedimenti per i delitti di cui agli artt. 600 *bis*, 600 *ter*, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600 *quater*, secondo comma, 600 *quater*.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600 *quinqüies*, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater* e 609 *octies* c.p.p. nonché in quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, di professione o per tendenza.

8. Riflessioni conclusive.

Da una lettura delle norme che compongono il codice di procedura penale, e soprattutto da quelle che prevedono discipline differenziate, emerge con una certa chiarezza una scelta di fondo effettuata dal legislatore: quanto più grave è il reato per cui si procede tanto minori sono le garanzie riconosciute all'imputato. Una chiave di impostazione che permea tutte le materie sin qui esaminate: colloqui difensivi, presunzioni in ambito cautelare, intercettazioni, dibattimento a distanza, doppio binario probatorio e giustizia negoziata in sede di appello.

In tutti i casi esaminati, si comprimono fondamentali diritti dell'imputato ma alcune di queste discipline differenziate, in una ottica di bilanciamento degli interessi, non possono essere espunte dal nostro codice di rito penale. Il riferimento è al differimento del colloquio difensivo tra il soggetto *in vinculis* ed il suo difensore; alla presunzione di adeguatezza della misura carceraria che ormai, dopo i molteplici interventi della Corte costituzionale, opera esclusivamente per i delitti di associazione sovversiva, terroristica e mafiosa di cui agli artt. 270, 270 *bis* e 416 *bis* c.p.; ai presupposti attenuati per intercettare; al concordato dei motivi in appello che incontra limiti analoghi a quelli previsti per il patteggiamento in primo grado

di giudizio.

Vi sono poi discipline che sembrano porsi, come in precedenza evidenziato, al limite della compatibilità con i principi costituzionali: il dibattimento a distanza ed il captatore informatico.

Con riferimento al dibattimento a distanza, è il caso di ribadire che il rischio cui si va incontro è quello di rivivere una situazione simile a quella che portò la Consulta a demolire gli automatismi previsti dall'art. 275 c.p.p. per alcune tipologie di reato in tema di presunzione assoluta di adeguatezza della misura carceraria. I due casi presentano non indifferenti similitudini, posto che la partecipazione fisica e personale al processo, da parte dell'accusato, costituisce indiscutibilmente un diritto presidiato da garanzie costituzionali e sovranazionali.

Per quanto riguarda il captatore informatico, è assolutamente condivisibile l'esigenza voler assicurare che la capacità investigativa degli inquirenti resti al passo coi tempi con il repentino progredire della tecnologia ma sappiamo bene anche che l'impatto dell'evoluzione tecnologica sul mondo giuridico implica difficoltà tanto di prassi giurisprudenziali quanto di redazione legislativa: l'esperienza insegna che il progresso scientifico non si è sempre coniugato felicemente con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona e con le garanzie difensive spettanti all'imputato. Posto che l'ottica dell'efficienza non può travolgere le garanzie individuali, ci si aspettava forse una disciplina del *trojan horse* meglio calibrata, attenuando – per quanto possibile – gli effetti invasivi del medesimo oppure rendendo più concreti ed adeguati i controlli effettuati dal giudice per le indagini preliminari in ordine alla sussistenza dei presupposti che legittimano l'impiego di tale strumento investigativo.

Ciò che invece è sicuramente in palese contrasto con i principi del "giusto processo" è il meccanismo delineato dal doppio binario probatorio, non potendo un "ipotetico e non accertato rischio" di intimidazione, minaccia e subornazione, alterare le metodiche dell'accertamento, affievolendo i diritti difensivi. Così facendo, infatti, si rischia seriamente di compromettere la genuinità della decisione e quindi i risultati del processo.

Il doppio binario probatorio si pone in chiaro e netto contrasto con buona parte dei principi su cui è stato fondato l'impianto del codice di procedura penale dell'88: il diritto delle parti alla prova, in condizioni di parità; la residualità dei poteri probatori del giudice in tema di prova; l'oralità come metodo di formazione della prova e conseguente centralità del dibattimento; la marginalità del regime delle letture degli atti delle indagini e la ridotta anticipazione della formazione della prova con incidenti probatori; il sistema bifasico con separazione delle indagini dal giudizio.

Ma per comprendere i motivi di tale contrasto bisogna procedere con ordine. Innanzitutto, l'art. 190 *bis* c.p.p. fece ingresso nel codice di procedura penale in un momento di grandissima difficoltà per il nostro Paese, vale a dire in piena emergenza criminale dovuta alle più che note stragi di mafia e, per tale motivo, fu varata una vera e propria «controriforma in senso inquisitorio della disciplina processuale» che mal si conciliava con le "nuove" norme del codice di rito penale da poco varate.³⁰ Inoltre, negli anni immediatamente successivi, si sviluppò anche la regola del principio di non dispersione della prova che portò – giova ricordarlo – al lungo braccio di ferro tra Parlamento e Corte costituzionale. Il primo intendeva salvaguardare il principio del contraddittorio nella formazione della prova mentre la seconda salvare i processi, facendo prevalere l'esigenza di non dispersione della prova. In quegli anni, la Corte costituzionale ricorrendo ad un "più che discutibile" principio di non dispersione dei mezzi di prova delineò un sistema che si poneva in controtendenza con le scelte ideologiche contenute nella legge delega e l'unico rimedio a disposizione del legislatore per superare quella situazione di *empasse*, fu quello di intervenire sull'art. 111 Cost. proclamando espressamente il principio del contraddittorio in tutte le sue possibili sfumature, posto che il contraddittorio costituisce *conditio sine qua non* per la realizzazione di un processo effettivamente e compiutamente partecipato dai protagonisti: giudice, pubblico ministero e difensore.

³⁰ Tale norma fu introdotta mediante il decreto Scotti-Martelli (D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni in L. 7 agosto 1992, n. 356).

Ora, se analizziamo il doppio binario probatorio alla luce di alcuni importanti principi del nostro sistema processuale, emerge che tale meccanismo derogatorio comprime i principi costituzionali del contraddittorio e della terzietà ed imparzialità del giudice e sacrifica totalmente il principio di immediatezza.

In primo luogo, una significativa limitazione del diritto al contraddittorio (*ergo* del diritto di difesa) si verifica in quelle ipotesi di incidente probatorio relative all'assunzione dell'esame dell'imputato che rende dichiarazioni sulla responsabilità altrui o all'esame della persona indicata nell'art. 210 c.p.p. [art. 392, comma 1, lett. c) e d), c.p.p.]. L'esame di tali fonti dichiarative, oltre a non essere giustificato dall'urgenza di compiere l'acquisizione anticipata della prova, avviene senza che siano stati depositati tutti gli atti di indagine compiuti ma avendo a disposizione solo le dichiarazioni rese. Senza una conoscenza effettiva dell'accusa e degli atti del processo la difesa è una possibilità inesistente ed il contraddittorio finisce per essere evanescente. L'unico caso, infatti, in cui il pubblico ministero è tenuto a depositare tutti gli atti di indagine in sede di incidente probatorio è quello relativo alla testimonianza di un soggetto infrasedicenne limitatamente alle fattispecie di reato di cui all'art. 392, comma 1 *bis*, c.p.p.

Ma vi è di più. Un chiaro affievolimento del diritto di difesa si realizza anche quando i verbali che vengono acquisiti dal giudice senza riassumere la prova riguardino una contestazione non del tutto identica a quella per cui si procede. Posto che il contraddittorio si sviluppa su un tema di prova perimetrato dalla imputazione, in tali casi, non può ritenersi integrato il contraddittorio ma soltanto un simulacro dello stesso.³¹

Inoltre, sotto altro profilo, il controllo operato dal giudice sulla necessità o meno di concedere la riassunzione della prova, determina frizioni con il principio, anch'esso di rango costituzionale, della terzietà ed imparzialità del giudice. Abbiamo detto che il mancato riconoscimento di un "diritto alla citazione" di cui all'art. 190 *bis* c.p.p. subisce una deroga nei casi in cui si tratti di acquisire dichiarazioni su fatti e circostanze diversi rispetto a quelli oggetto delle precedenti propalazioni, ovvero

³¹ Cfr. DINACCI, *L'art. 190 bis: controriforma del diritto probatorio*, in ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, Torino, 2015, 485

qualora il giudice o le parti lo ritengano “necessario” sulla base di “specifiche esigenze”. In questi casi, però, l’evocazione di un parametro normativo sovrapponibile a quello previsto all’art. 507 c.p.p. risulta del tutto irrazionale, se si considera che il criterio restrittivo dell’ammissione della prova opera con riferimento ai poteri officiosi del giudice ed in una fase avanzata, se non conclusiva, dell’istruttoria dibattimentale; fase questa in cui la conoscenza di gran parte dei risultati probatori consente una valutazione di necessità della prova. Una situazione di questo tipo invece non risulta trasponibile nel terreno di operatività dell’art. 190 *bis* c.p.p., in cui il giudice ha una visione limitata del materiale probatorio, potendo conoscere solo gli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento al momento della richiesta di prove. Così facendo, si finisce per stravolgere la logica del doppio fascicolo, su cui si fonda l’impianto originario del codice dell’88, mettendo a serio rischio la verginità gnoseologica del giudice e quindi la sua terzietà ed imparzialità.

Oltre alla compressione dei principi costituzionali menzionati, il regime del doppio binario probatorio sacrifica completamente il principio di immediatezza che rappresenta un principio “cardine” della nostra scacchiera processuale, la cui violazione costituisce l’unica ipotesi di nullità assoluta speciale prevista dal nostro codice di rito penale. L’impianto originario del codice dell’88, infatti, fu costruito attorno all’adozione del metodo orale, seppur temperato da un regime selezionato di lettura degli atti irripetibili.³² Poi, a ben guardare, una confusione sulla esatta portata di tali principi e sulla loro inscindibilità, fu involontariamente generata dal legislatore costituzionale nel 99 che, troppo preso a neutralizzare le pronunce della Corte costituzionale volte a supervalutare il principio della non dispersione della prova, si concentrò *tout court* sulla proclamazione del principio del contraddittorio come regola di formazione della prova (contraddittorio in senso oggettivo) e come diritto individuale dell’imputato (contraddittorio in senso soggettivo), facendo scivolare in secondo piano l’oralità. Si venne così a creare l’equivoco, all’interno del nuovo art. 111 Cost., della dissociazione tra oralità e contraddittorio e,

³² Così, SPANGHER, *Ragionamenti sul processo penale*, Milano, 2018, 60.

conseguentemente, si finì, tra l'altro, col favorire la circolazione probatoria anche tra procedimenti diversi e con l'ampliare ulteriormente il regime delle letture.³³

In questa prospettiva, la introduzione dell'art. 190 *bis* c.p.p. costituisce la prova della tendenza del legislatore a strumentalizzare il processo per combattere gravi fenomeni criminali come la criminalità organizzata, il terrorismo ed, ora (a seguito della riforma Orlando e del conseguente d.lgs. n. 216 del 2017) anche i più gravi reati contro la pubblica amministrazione.³⁴ La politica legislativa usa cioè il processo per ragioni securitarie, volte a rassicurare e nello stesso tempo a prevenire condotte particolarmente allarmanti. Il processo, per sua natura deputato all'accertamento delle ipotesi accusatorie, al fine di garantire la legittimità del potere di punire, è divenuto strumento di minaccia e repressione.³⁵ In sostanza, il nostro sistema processuale ha subito – e cosa ancor più preoccupante, continua a subire – un *iter* di destrutturazione: l'ordinamento perde la sua unità in forza del formarsi di aggregati normativi autonomi, dotati di logiche *extra codicem* (come la necessità di dare risposte politiche immediate a istanze provenienti dal tessuto sociale), alterandolo, irreparabilmente, nella sua fisionomia globale con la creazione di nuove norme che esprimono principi antitetici a quelli su cui si fonda il sistema. Il rischio che si corre è quello di pervenire ad una “giustizia differenziata”, di dar luogo cioè ad una diseguaglianza di tipo processuale in omaggio ad un principio di

³³ In tal senso SPANGHER, *Ragionamenti sul processo penale*, Milano, 2018, 60.

³⁴ Il d.lgs. n. 216 del 2017, in attuazione a quanto stabilito dalla legge n. 103 del 2017 (rif. Orlando), ha potenziato le attività investigative degli inquirenti nei procedimenti aventi ad oggetto i più gravi reati contro la pubblica amministrazione (quelli che prevedono una pena minima di 5 anni). Il legislatore ha, infatti, esteso a tali procedimenti i più attenuati presupposti per intercettare previsti per i reati di criminalità organizzata (e per quelli ad essa equiparati). Così, per effetto della riforma ora le attività captative possono essere autorizzate in presenza di sufficienti (e non gravi) indizi di reato e qualora l'intercettazione sia necessaria (e non indispensabile) per lo svolgimento delle indagini. Inoltre, anche le intercettazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. possono essere effettuate senza provare che in tali luoghi si stia svolgendo attività criminosa. Occorre invece che sussista tale requisito – ed è questa l'unica differenza con la disciplina prevista per i reati di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* – qualora si intenda impiagare il captatore informatico in luogo domiciliare.

³⁵ Come ben evidenziato da autorevole dottrina il processo è passato da strumento di garanzia e di neutralità che disciplina le regole del gioco, finalizzato a verificare l'attribuzione di un fatto ad un soggetto, applicando la pena, così da assicurare il rispetto della legge, a strumento di per attuare la sicurezza della collettività, contrastando i fenomeni criminali più aggressivi (SPANGHER, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015, 17).

semplificazione e speditezza, o se si vuole, di sicurezza sociale, che può costituire un valore solo se non finisce col compromettere le garanzie ed i principi fondamentali su cui è fondato il processo.

Molteplici sono le limitazioni ai diritti fondamentali che può subire l'imputato, soprattutto quello a cui vengono contestati i reati più gravi, ma non si può mettere in discussione il diritto ad un processo giusto, ad una sentenza giusta, ad un accertamento giusto. Questo è lo scopo del processo e la emissione di una sentenza giusta non rappresenta solo un diritto soggettivo dell'imputato ma costituisce anche un interesse della intera comunità, così come ci insegna la Costituzione quando afferma che "la giustizia è amministrata in nome del popolo italiano". Il processo penale deve perseguire allo stesso tempo sia la funzione di tutelare la società contro la delinquenza sia di difendere l'accusato dal pericolo di una condanna ingiusta.³⁶ Non bisogna incorrere nell'errore di pensare che la difesa della società debba prevalere sulla difesa dell'imputato, costituendo la prima un interesse pubblico attinente a tutti i cittadini mentre la seconda un bene oggetto di un interesse privato. Tutti i cittadini sono indirettamente interessati a che l'imputato abbia gli strumenti processuali che gli permettano di ottenere l'accertamento dei fatti in suo favore.³⁷ In questa prospettiva, l'interesse individuale che spetta a ciascun imputato diventa un interesse pubblico riferibile alla generalità dei cittadini. Del resto, il paradigma accusatorio presuppone l'esaltazione dell'antagonismo di interessi tra individuo e autorità, senza attribuire pregiudiziale vantaggio ai pubblici poteri ma privilegiando i diritti del singolo.³⁸

Se tutto ciò è vero non si può compromettere il diritto di difesa che costituisce un valore da difendere assolutamente e incondizionatamente in ogni stato e grado del processo. L'art. 24 Cost., caposaldo del nostro sistema costituzionale, è esplicitamente incentrato sulla valorizzazione e sulla tutela della persona, le cui

³⁶ MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Torino, 1972, 19.

³⁷ In questi termini TONINI, *Manuale di procedura penale*, ed. XII, Milano, 2017, 2. L'autore evidenzia anche che ad ogni cittadino potrebbe accadere di essere accusato, pur essendo innocente o avendo commesso un fatto meno grave di quello prospettato da colui che lo accusa.

³⁸ Cfr. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in *Legge e potere nel processo penale*, Atti del Convegno Bologna, 4 e 5 novembre 2016, Cedam, 2017, 47.

prerogative inviolabili devono essere assicurate e garantite dalle istituzioni³⁹ e non vi è dubbio che tale intervento di garanzia dello Stato debba riguardare anche il diritto ad un accertamento giusto.

È anche vero che il legislatore non può approntare un sistema illimitato di garanzie, dovendo invece procedere ad una ponderazione ragionevole tra il diritto di cui all'art. 24 Cost. e quelli che sono gli interessi espressamente sanciti o implicitamente desumibili dalla Carta fondamentale, nel rispetto che ciascuno di essi assume nella gerarchia ivi delineata.

Tuttavia, una cosa è certa: non è possibile permettere quell'affievolimento del diritto di difesa prodotto dal meccanismo delineato dall'art. 190 *bis*, tanto più se scopo della norma è quello di prevenire un "paventato" e "non dimostrato" rischio di intimidazione, minaccia e subornazione della fonte dichiarativa. Dalla lettura delle disposizioni costituzionali, un meccanismo di questo genere può essere consentito nel solo caso in cui sia stata "provata" una concreta minaccia per l'incolumità del dichiarante o per la genuinità delle sue dichiarazioni, in linea con quanto stabilito dall'art. 111, comma 5, Cost.

La Carta costituzionale, quale fonte primaria del nostro ordinamento giuridico, ha dato in ben oltre mezzo secolo cospicue prove della sua capacità di resistenza agli eventi più rari e, soprattutto, è stata sempre un punto di orientamento per tutti i giuristi. Ponendosi in palese contrasto con incompressibili diritti anche di rango costituzionale del nostro processo, il meccanismo di cui all'art. 190 *bis* c.p.p. non può più essere tollerato ed andrebbe, seppur con estremo ritardo, espunto dal codice di procedura penale. Sulla scorta delle considerazioni sin qui svolte, un intervento di questo tipo, in un periodo di grande crisi di identità del legislatore e di profonda confusione di ruoli tra gli organi detentori dei tre poteri dello Stato, potrebbe segnare l'inizio di un processo finalizzato al recupero dello spirito di

³⁹ Seppur con riferimento al diritto al silenzio, è stato affermato come in un impianto costituzionale fondato sulla inviolabilità dei diritti della persona, compito primario dello Stato sia quello di garantire l'operare di una giurisdizione penale la cui regolarità non può dipendere dalle scelte effettuate dal destinatario degli addebiti, venendo in rilievo beni della vita ed interessi pubblicistici per loro natura indisponibili.

fondo del codice Vassalli ed, al contempo, portare al superamento delle derive inquisitorie che ancora aleggiano nel codice di rito penale.⁴⁰

dirittifondamentali.it

⁴⁰ Per importanti spunti di riflessione sul mutamento della fisionomia del nostro codice di procedura penale si rinvia a LORUSSO, *Ipertrofia normativa e declino del sistema processuale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2018, 285 ss.