

GIP-GUP: ATTI UTILIZZABILI, VALUTAZIONE DELLE FONTI, MODELLI DI MOTIVAZIONE.

Di Piergiorgio Morosini

CAPITOLO I: ATTI UTILIZZABILI E VALUTAZIONE DELLE FONTI

1. Il giusto processo cautelare.

Il “giusto processo cautelare”, sancito dalla legge n.63 del 2001, è l’epilogo di un cammino che, attraverso varie tappe segnate da interventi del legislatore, della Suprema Corte e del Giudice delle leggi, ha visto progressivamente sfumare le tradizionali differenze evidenziate tra decisione cautelare e giudizio di merito¹.

Come ribadito da una recente pronuncia della Sezioni Unite (30 maggio 2006, ric.Spennato), le scelte del legislatore del 2001 hanno riconosciuto che nella fase delle indagini preliminari convivono due distinte categorie di attività. Quella diretta alla ricerca e alla raccolta delle conoscenze necessarie per verificare la fondatezza della *notitia criminis* e quella che sfocia in provvedimenti che comprimono diritti di rilievo costituzionale, quale la libertà personale. Nell’ambito di questa ultima attività, ferme restando la netta distinzione tra gli indizi cautelari e la prova ai fini del giudizio e, quindi, la diversità di prospettiva in cui gli uni e l’altra si muovono, v’è una chiara “spinta alla omologazione” dei parametri di valutazione e di utilizzabilità del materiale conoscitivo oggetto delle decisioni del giudice della cautela e di quello di merito.

Il titolo della relazione chiede di esaminare quali effetti abbia prodotto la “tendenziale omologazione” sul piano del procedimento cautelare riguardante i reati di criminalità organizzata. Tale ultima precisazione ci impone di proiettare le tre direttrici di approfondimento (assunzione, utilizzazione e valutazione del materiale probatorio) in un quadro su cui influiscono la tipologia della fattispecie di reato contestata e il modo di ricavare le “massime di esperienza” che governano la ricostruzione dei fatti (il peso del sapere extragiudiziario).

Nel tentativo di razionalizzare l’intervento, tenendo presente la “specificità” del versante giurisdizionale della criminalità organizzata, il filo conduttore prescelto è quello dell’impatto della prova dichiarativa sul procedimento cautelare. Come dimostrano anche recenti vicende giudiziarie, la chiamata in correità resta un mezzo di prova irrinunciabile per la comprensione e la decodificazione di complesse trame delittuose. Vi è di più. Sovente, le dichiarazioni di certi soggetti esplicano i loro effetti sulla materialità delle condotte, influenzandone i livelli di tipizzazione. Basti in tal senso riflettere sulle stesse modalità della “partecipazione alla associazione”, fortemente connotate dalle descrizioni via via riferite dai collaboratori di giustizia, che hanno sicuramente contribuito a specificare, differenziandoli, i comportamenti penalmente rilevanti. A tal proposito, mi chiedo quanto abbia inciso la recente prevalenza della intercettazioni sulle chiamate in correità, nell’attività di indagine, con le nuove impostazioni ermeneutica-giurisprudenziali sul contenuto della condotta partecipativa (si sono abbandonati i formalismi ancorati a *status* o a rituali di affiliazione, per lasciare spazio alla ricerca di condotte concrete²).

Nella fase delle indagini preliminari, la disponibilità a collaborare con la giustizia di soggetti già inseriti nel sodalizio criminale pone problemi di qualificazione del dichiarante. Nell’assunzione della prova, l’autorità giudiziaria deve capire l’incidenza dei vincoli connettivi,

¹ Basti ricordare la legge n. 332 del 1995 che imponeva al giudice una maggiore incisività argomentativa nel giustificare la misura; la sentenza n.131 del 1996 della Corte Costituzionale secondo cui le valutazioni compiute nella adozione della misura comportano un pregiudizio sul merito dell’accusa; l’indirizzo ermeneutica del Supremo Collegio sull’incidenza della norma sulle prova illegittimamente acquisite in sede cautelare.

² V.SS.UU, 16 settembre 2005, Mannino, che, per evitare la eccessiva spiritualizzazione del sostrato materiale della partecipazione, hanno chiarito che affiliazione rituale e qualifica di “uomo d’onore” fungono da meri indici fattuali, da valutare unitamente ad altre circostanze quali ad esempio: i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di “osservazione” e “prova”, la commissione di delitti scopo, i “*facta concludentia*” (es.disponibilità di un arsenale, la latitanza volontaria, l’uso di autovetture blindate)

sostanziali e processuali, tra regiudicande, svolgendo una operazione in cui sono coinvolti diritti di difesa del potenziale narrante e spessore dimostrativo di indicazioni fornite da persona non indifferente al *thema decidendum*. E, d'altro canto, gli organi investigativi, nel nobile tentativo di assicurarsi preziose indicazioni a carico di pericolosi sodalizi criminali, possono anche involontariamente incorrere nella violazione di divieti assunzione della prova suscettibili di tradursi in cause di nullità assoluta o inutilizzabilità dell'atto. Insomma, l'argomento sottende questioni interpretative relative a finalità e garanzie del processo penale, su cui si dibatte da tempo.

Inoltre, sin dalla fase delle indagini preliminari, si manifestano i rischi di ingresso nel giudizio di forme di conoscenza "strutturalmente impure", provenienti da soggetto portatore dell'interesse a che prevalga una certa ricostruzione dei fatti: per trarre vantaggi processuali; per soddisfare desideri personali di vendetta o esigenze *del* gruppo criminale di appartenenza. Si pensi, ad es., all'utilizzo dei sodalizi criminali di "finti" collaboratori di giustizia incaricati di dettare "storie di comodo" per depistare o colpire avversari interni o esterni³.

Infine, in sede di valutazione del materiale a disposizione, il giudice può adottare una metodologia di verifica che, attraverso l'uso di "chiavi di lettura" frutto di studi socio-criminologici, si traducono in vere e proprie scorciatoie probatorie.

2. Le regole di utilizzabilità di cui al comma 1 bis dell'art 273 c.p.p. sono esaustive o esemplificative?

Una precisazione preliminare. Anche alla luce della pregressa evoluzione giurisprudenziale intervenuta in materia di regole di utilizzabilità applicabili alla "prova cautelare", è sembrato fin troppo agevole sostenere che il legislatore del 2001, nell'introdurre nell'art 273 il comma 1 bis, abbia sostanzialmente voluto equiparare il regime giuridico della utilizzabilità e della valutazione dei gravi indizi cautelari a quello della prova penale in generale (è ribadito nella recente sentenza delle SS.UU, 2006): ciò sempre riconoscendo l'inapplicabilità alla prova cautelare di quelle particolari regole di esclusione e di valutazione che attengono propriamente alla sola prova dibattimentale, operanti, in quanto tali, esclusivamente nella fase del giudizio dibattimentale.

In questa maniera sono stati certamente recepiti i principi enunciati nelle sentenze del Supremo collegio, antecedenti rispetto alla legge del 2001, in materia di inutilizzabilità patologica dei risultati delle intercettazioni (art 271 c.1 c.p.p.) oppure delle dichiarazioni riportate dalla polizia giudiziaria ma provenienti da informatori non identificati (art 203 c.p.p.). Ed è ragionevole ritenere che l'introduzione del comma 1 bis intenda negare validità a quelle opzioni giurisprudenziali con cui, viceversa, si era ammessa l'utilizzabilità ai fini cautelari di dichiarazioni offerte *de relato* con fonte non identificata o non identificabile, e, quindi, evitare che potessero tornare ad essere pronunciate sentenze come quelle con le quali la Cassazione aveva sostenuto che l'operatività della sanzione della inutilizzabilità stabilita dall'art 195 c.7 riguardasse la sola fase dibattimentale.

Peraltro, secondo un ormai consolidato orientamento dottrinario e giurisprudenziale, non può considerarsi vincolante, ma meramente esemplificativo il richiamo, contenuto nel comma 1 bis dell'art 273, solo ad alcune e non a tutte le norme in generale sulla utilizzabilità e sulla valutazione della prova (artt.203, 195 comma 7, 271 comma 1 c.p.p.). Di conseguenza è pienamente valida e operativa, nel procedimento cautelare, la distinzione tra *inutilizzabilità fisiologica* e *inutilizzabilità*

³ Ebbene, in questo senso, in una ottica di giusto processo cautelare vanno recuperati i pareri formulati da autorevoli studiosi (FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest.giust.* 1998, 587 ss; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, 613), secondo cui le "fatiche" di un legislatore penale seriamente intenzionato a ridurre l'area del rischio di errore giudiziario dovrebbero concentrarsi su tecnica di costruzione della fattispecie criminosa, individuazione delle regole di acquisizione ed esclusione delle prove ai fini decisori. Mentre, inadeguata per eccesso o per difetto risulterebbe ogni ingerenza nel "giardino proibito" della valutazione della prova. L'irriducibile individualità del caso concreto consiglia di affidarla alle cure di una "clinica giurisprudenziale" rispettosa delle non codificabili regole della logica, della scienza e della esperienza corrente; la cui razionalità nelle decisioni sia controllabile attraverso la motivazione dei provvedimenti. Noi sappiamo che non è così sui "scivolosi" terreni della prova indiziaria (art 192 comma 2 c.p.p.) e della chiamata in correità, di cui si sono occupate, anche recentemente, le Sezioni Unite (30 maggio 2006, ric.Spennato), relativamente al giudizio cautelare

patologica, dettata dalla Sezioni Unite (16 giugno 2000, Tammaro), a cui facciamo riferimento nei riti alternativi e per decidere sulla emissione del decreto di rinvio a giudizio. Ciò comporta che non possono essere utilizzate quelle fonti formatesi con la inosservanza di un divieto nel compimento di un atto con funzione probatoria ovvero con il mancato rispetto di prescrizioni positive concernenti il modo della loro ammissione o assunzione (purchè prescrizioni non riguardanti propriamente la fase dibattimentale): dunque, a quelle ipotesi in cui, prescindendo dalla citata separazione delle fasi, siffatta sanzione colpisce qualsiasi atto avente rilevanza probatoria, sia che debba essere impiegata come “prova cautelare” che come prova del giudizio dibattimentale”.

Coerentemente rispetto tale impostazione esegetica, modificando il proprio precedente contrario indirizzo, più di recente la Cassazione ha puntualizzato che non possono essere utilizzati ai fini della emissione di una ordinanza applicativa di una misura cautelare personale elementi di cognizione di cui debba essere esclusa in radice la possibilità di una qualche utilizzazione in dibattimento: come le dichiarazioni accusatorie raccolte dalla polizia giudiziaria in una mera nota informativa ma non verbalizzate –come tali non utilizzabili per le contestazioni durante l’esame del teste ex art 500 c.p.p., né per una lettura ai sensi dell’art 512 c.p.p., né altrimenti indirettamente recuperabili, stante il divieto di testimonianza *de auditu* della polizia giudiziaria fissato dall’art 195 comma 4 c.p.p.- perché assunte in violazione dei divieti stabiliti dal codice e, quindi, inapplicabili nell’ipotesi di inutilizzabilità patologica di cui all’art 191 c.p.p. (v.Cass. 1 aprile 2003, Casaburro). Circostanza quest’ultima suscettibile di verificarsi nei procedimenti in cui nelle investigazioni si utilizzano confidenti, veste nelle quali talvolta si sono collocati soggetti che poi hanno collaborato formalmente con l’autorità giudiziaria.

In questa scia, il Supremo collegio (SS.UU. 28 maggio 2003, Torcasio) ricorda che non è acquisibile al processo né, ove acquisita, è utilizzabile come prova la registrazione fonografica realizzata occultamente da appartenenti alla polizia giudiziaria, nel corso di operazioni investigative, durante colloqui da loro intrattenuti con indagati, confidenti o persone informate sui fatti quando si tratti rispettivamente: a) di dichiarazioni indizianti raccolte senza le garanzie indicate all’art 63 c.p.p.; b) di informazioni confidenziali inutilizzabili per il disposto dell’art 203 c.p.p.; c) di dichiarazioni sulle quali sia preclusa la testimonianza in applicazione degli artt.62 e 195 comma 4 stesso codice.

A sostegno di tale principio la Corte ha osservato che la registrazione di una comunicazione da parte di un soggetto che ne sia stato partecipe, non può sostituirsi, in violazione dell’art 191 c.p.p., a fonti di prova delle quali la legge vieta l’acquisizione⁴.

La stessa pronuncia ha specificato che il divieto di testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di p.g., che il comma 4 dell’art 195 c.p.p. stabilisce con riguardo al contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli artt.351 e 367 comma 2 lett. a) e b) stesso codice, si riferisce tanto alle dichiarazioni che siano state ritualmente assunte e documentate in applicazione di dette norme, quanto ai casi nei quali la polizia giudiziaria non abbia provveduto alla redazione del relativo verbale, con ciò eludendo proprio le modalità di acquisizione prescritte dalle norme medesime.

Viceversa, in tema di testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, che il comma 4 dell’art 195 c.p.p. preclude con riguardo al contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357 comma 2 lett. a) e b) stesso codice, gli “altri casi” cui si riferisce l’ultima parte della disposizione, per i quali la prova è ammessa secondo le regole generali sulla testimonianza indiretta, si identificano con le ipotesi in cui le dichiarazioni siano state rese da terzi e percepite al di fuori di uno specifico contesto procedimentale di acquisizione, in una situazione operativa eccezionale o di straordinaria urgenza e, quindi, al di fuori di un dialogo tra teste ufficiale o agente di p.g., ciascuno nella propria qualità.

⁴ Nella stessa pronuncia le SS.UU, dopo avere definito il concetto di intercettazione alla luce dei parametri di cui all’art 266 c.p.p., avevano affermato che la registrazione fonografica di un colloquio, svolto tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, ad opera di un soggetto che ne sia partecipe, o comunque sia ammesso ad assistervi, non è riconducibile, quantunque eseguita clandestinamente, alla nozione di intercettazione, ma costituisce forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l’autore può disporre legittimamente, anche ai fini di prova nel processo secondo la disposizione di cui all’art 234 c.p.p., salvi gli eventuali divieti di divulgazione del contenuto della comunicazione che si fondino sul suo specifico oggetto o sulla qualità rivestita dalla persona che vi partecipa.

B) Non sono utilizzabili neppure le dichiarazioni raccolte dopo la scadenza del termine delle indagini preliminari, salva la circostanza che l'atto non sia stato assunto nella fase delle c.d. indagini suppletive, ossia tra la richiesta di rinvio a giudizio e l'udienza preliminare.

Ebbene sul punto occorre fare una precisazione legata ad un dato esperienziale. Sovente accade che, nei procedimenti per fatti di criminalità organizzata, le difese deducano, anche in sede cautelare, la inutilizzabilità degli atti di indagine successivi alla scadenza del termine in violazione del combinato disposto degli articoli 335 e 407 c.p.p., con riferimento ad ipotesi in cui il pubblico ministero aveva gli elementi per iscrivere nel registro degli indagati il singolo indagato (ad es. perché il suo nome compariva in una trascrizione di intercettazione) ma non lo ha fatto, dilantando illegittimamente il termine di durata massima delle indagini preliminari.

Ricordo che, in proposito, secondo la sezioni unite del Supremo Collegio (21 giugno 2000, Tammaro), l'omessa annotazione della *notitia criminis* nel registro previsto dall'art 335 c.p.p., con l'indicazione del nome della persona raggiunta da indizi di colpevolezza e sottoposta ad indagini "contestualmente ovvero dal momento in cui risulta", non determina l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti sino al momento della effettiva iscrizione nel registro, poiché, in tal caso, il termine di durata massima delle indagini preliminari, previsto dall'art 407 c.p.p., al cui scadere consegue l'inutilizzabilità degli atti di indagine successivi, decorre per l'indagato dalla data in cui il nome è effettivamente iscritto nel registro delle notizie di reato, e non dalla presunta data nella quale il pubblico ministero avrebbe dovuto iscrivere la.

Dunque, sulla base della menzionata pronuncia del Supremo Collegio, l'apprezzamento della tempestività della iscrizione, il cui obbligo nasce solo ove a carico di una persona emerga l'esistenza di specifici elementi indizianti e non di meri sospetti, rientra nell'esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero ed è sottratto, in ordine all' "an" e al "quando", al sindacato del giudice, ferma restando la configurabilità di ipotesi di responsabilità disciplinari o addirittura penali nei confronti del pubblico ministero negligente.

3. La prova dichiarativa e profili problematici nei procedimenti per fatti di criminalità organizzata.

Le nozioni di testimone comune, testimone assistito e di persona di cui all'art 210 c.p.p. non delineano i contorni di entità preesistenti alla dinamica del processo penale, ma vanno ad indicare istituti e posizioni soggettive di matrice esclusivamente normativa, dai confini *mobili*, tanto da rappresentare, ormai, mere sintesi verbali. Sono figure che *nascono, si modificano e muoiono* nell'ambito di "quello" specifico processo, secondo una complessa combinazione di criteri e sulla base di singole evenienze ed accadimenti processuali (o meglio procedimentali).

Sul punto, va registrata una novità dell'ultimo periodo che scaturisce da una pronuncia della Corte Costituzionale (n.381 del 2006). Con essa viene a ridursi il campo di applicazione dell'art 197 bis comma 1 c.p.p.. Secondo i Giudici delle leggi, va ravvisata l'illegittimità costituzionale dei commi 3 e 6 dell'art 197 bis nella parte in cui prevede l'assistenza di un difensore e l'applicazione dell'art 192 c.3 c.p.p. anche per le dichiarazioni rese dalle persone nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di assoluzione "per non avere commesso il fatto" divenuta irrevocabile⁵.

In ogni caso le regole fissate dagli artt.197, 210 e 197 bis cpp valgono anche per la fase delle indagini preliminari anche per via delle modifiche apportate agli artt. 351 e 362 c.p.p.

Tali norme depongono per una attivazione dell'obbligo di testimoniare sin dalla fase delle indagini preliminari, nel solco di una consolidata giurisprudenza che estende il regime della

⁵ Secondo la Corte Costituzionale, la sentenza irrevocabile di assoluzione "per non avere commesso il fatto", attestando in modo incontrovertibile la sicura estraneità di quel soggetto rispetto alla regiudicanda, elide ogni possibile "stato di relazione" con la vicenda processuale, nel cui ambito è resa la testimonianza. Se infatti l'effetto preclusivo del giudicato assolutorio produce la conseguenza di dissolvere, pro futuro, qualsiasi nesso giuridicamente rilevante tra la persona ed il fatto oggetto della originaria imputazione –tale essendo lo stesso etimo che contraddistingue la assoluzione dalla istanza punitiva- è postulato indefettibile di tale *restituito in integrum* per l'innocente, riconosciuto formalmente tale, anche il totale ripristino della sua terzietà rispetto a quel fatto.

testimonianza alla fase delle indagini preliminari⁶. La norma sulla assunzione delle informazioni da parte del pubblico ministero (art. 362 c.p.p.), nella parte in cui indica la disciplina applicabile, integra il precedente elenco di disposizioni con l'aggiunta dell'art. 197-*bis* c.p.p. Ciò si riverbera anche sullo statuto delle sommarie informazioni raccolte dalla polizia giudiziaria, dal momento che l'art. 351 c.p.p. al comma 1, a sua volta, richiama il secondo periodo del c. 1 dell'art. 362 c.p.p.

Occorre, comunque, precisare che la qualificazione sul "narrato" (specie quando involge questioni di individuazione dei "nessi" tra fatti-reato) risulta possibile solo al termine della narrazione (intesa nel suo complesso). Per cui l'assunzione compiuta dello "status" di teste assistito, *rectius* la precisa individuazione dei suoi limiti, è da ritenersi che potrà avvenire solo al termine dell'interrogatorio reso dal dichiarante. In tal caso, secondo alcuni, il PM potrà procedere, una volta verificata l'esistenza di detta qualità, al riascolto del soggetto in questione con riapertura del verbale.

A parere di autorevoli studiosi⁷, proprio nella possibilità che l'assunzione dell'ufficio di testimone possa avvenire innanzi ad una parte processuale (pubblico ministero o polizia giudiziaria), e non ad un giudice terzo garante della libertà morale dell'interrogato, verrebbe ad annidarsi il pericolo di uso distorto del nuovo istituto, per assecondare strategie investigative. E' facilmente intuibile che l'iniziale incompatibilità a testimoniare possa essere vanificata da prassi applicative condizionate dalla esigenza di ottenere l'obbligo di rispondere. La irrevocabile rinuncia alle prerogative difensive, prevista dall'art. 64 c.p.p., può derivare da un uso spregiudicato del «potere contrattuale informale» dell'organo dell'accusa. E, le determinazioni dell'esaminato sono soggette a condizionamenti, relativi a intese sullo *status* di collaboratore di giustizia, sul programma di protezione, o sui benefici premiali.

D'altronde, nel corso del procedimento, le opzioni sul paradigma incriminatorio incidono sulla potenziale qualifica di "testimone assistito" dell'interrogato. Tenuto conto della sottile distinzione tra lett. *a* e lett. *c* dell'art. 12, in presenza di una pluralità di indagati, la configurazione dell'unicità o della pluralità di reati avrà ripercussioni in chiave probatoria, in presenza di soggetti disposti a collaborare.⁸ E lo "spazio di manovra" del pubblico ministero sarà particolarmente ampio, laddove certe scelte (più o meno strategiche)⁹ poggino su accuse non stabilizzate, perché relative ad una fase embrionale dell'indagine, plasmabile alle più varie esigenze.

Certo, simili situazioni potranno, in parte, essere neutralizzate dai giudici. Nulla vieta al giudice delle indagini preliminari¹⁰ o dell'udienza preliminare di dare al fatto contestato all'imputato connesso o collegato una definizione giuridica diversa da quella formulata nella richiesta di rinvio a giudizio¹¹ (anche facendo uso dei poteri di cui all'art 187 comma 2 c.p.p.), e quindi dichiarare l'inutilizzabilità patologica di cui all'art 64 comma 3 bis c.p.p. E, comunque, le "manovre spregiudicate" possono essere, parzialmente, vanificate, anche, dall'applicazione dell'art. 63 c. 2 c.p.p., attivabile sin dalla fase delle indagini preliminari (ad esempio in sede di pronuncia

⁶ Cfr. Cass., 12 febbraio 1994, Grandinetti, in *Arch. n. proc. pen.* 1995, 142; Cass., 20 gennaio 1993, De Prisco, in *R. pen.* 1994, 218; Cass., 6 luglio 1992, Russo, in *Cass. pen.* 1992, 1317; *contra*, Cass., 16 marzo 1993, Ciampa, in *Arch. n. proc. pen.* 1994, 110.

⁷ NOBILI, *Giusto processo*, cit., 9 ss.;

⁸ Per esempio, nelle indagini su di un sodalizio criminale, la decisione di contestare ad uno dei partecipi solo reati fine, darà la possibilità di escutere quest'ultimo come testimone (ove si integra l'ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 64 c.p.p.) in ordine agli appartenenti e alle attività dell'associazione. Infatti, la pluralità di reati, riguardanti soggetti diversi, esclude l'ipotesi di cui alla lett. *a* dell'art. 12 c.p.p.

⁹ Cfr. art. 335 comma 2 c.p.p.: «se nel corso delle indagini preliminari muta la qualificazione giuridica del fatto ovvero questo risulta diversamente circostanziato, il pubblico ministero cura l'aggiornamento delle iscrizioni previste dal c.1 senza procedere a nuove iscrizioni».

¹⁰ Le disposizioni in tema di archiviazione di cui agli artt.409 comma 4 e 415 comma 2, ove vi sia l'espressa menzione del potere di ordinare l'iscrizione normativa, attribuiscono al GIP il potere di verifica sulla correttezza delle scelte attributive del fatto all'indagato o circa la sua qualificazione giuridica.

¹¹ Per Corte Cost. n.347/1991 e n.112/1994, il GIP-GUP può correggere la qualificazione del fatto

sulla misura cautelare)¹². Ciò nonostante, durante quest'ultima fase, essendo il pubblico ministero l'unico controllore del capo di imputazione, l'uso corretto della nuova disciplina dipenderà dalla sua deontologia professionale. Del resto, in ogni sistema funzionante in concreto, la tenuta del diritto di difesa è ancorata alla giusta interazione tra "legalità legislativa" e "legalità giudiziale", che, talvolta, purtroppo, riplasma gli istituti sotto la pressione di spinte emergenziali.

4. La "mobilità delle frontiere" tra le diverse figure di dichiarante e i riflessi in sede cautelare.

La *mobilità delle frontiere* tra le diverse vesti formali del dichiarante non è priva di conseguenze. Costituisce uno snodo cruciale del processo penale, dal momento che le forme in cui il soggetto viene escusso si riflettono sul valore probatorio di quanto dichiarato e quindi sull'accertamento della verità, in presenza di regole di valutazione fissate normativamente (artt 192 c. 3 e 273 comma 1 bis c.p.p.).

Tale assetto normativo pesa su gli esiti dell'accertamento nelle sedi cautelare e processuale, secondo un dato di esperienza relativo alle situazioni in cui solo la testimonianza della persona offesa è in grado di consentire una ricostruzione del fatto storico: tentativi di concussione o di estorsione. L'imputato potrebbe avere buon gioco nel dimezzare la valenza probatoria delle dichiarazioni decise attraverso la denuncia per calunnia o per falsa testimonianza del suo accusatore.

Su questo versante il fatto decisivo sembra rappresentato dalla assunzione della qualità di "persona sottoposta ad indagine", che spesso scaturisce da circostanze arbitrarie, senza un preventivo filtro da parte della A.G. La persona sottoposta ad indagine è la "persona alla quale è stato attribuito" (art 335 c.p.p.), tanto nella denuncia del comune cittadino, che nella informativa di polizia giudiziaria o, infine, nella "*notitia criminis*" acquisita di iniziativa dal pubblico ministero.

Alla nozione di persona sottoposta ad indagine sono quindi riconducibili situazioni tra loro del tutto eterogenee: il denunciato per errore, la vittima della calunnia, l'indiziato per cui esistono elementi che giustificano la successiva richiesta di rinvio a giudizio, la persona per cui gli indizi di reità non sono tali da consentire di sostenere l'accusa in giudizio (art 125 att.), il soggetto indagato per reato (poi) estinto.

Secondo, l'indirizzo giurisprudenziale tuttora ampiamente maggioritario, il criterio decisivo ai fini dell'applicazione delle norme sulla testimonianza o, piuttosto, di quelle riguardanti persone di cui all'art 210 è rappresentato dall'elemento formale della iscrizione o meno quale indagato, nel registro di cui all'art 335 c.p.p., del soggetto rispetto al quale si pone il problema della *interferenza* con la posizione dell'imputato nei confronti del quale si sta procedendo di persona sottoposta ad indagini¹³. Qualità che solo il PM ha, istituzionalmente, il potere-dovere di attribuire a taluno. Per cui il giudice si deve limitare a verificare che essa non sia stata formalmente assunta, si da dar luogo alle incompatibilità con l'ufficio di testimone, di cui all'art 197 c.p.p. (la deposizione resa da chi formalmente non sia incompatibile non è certamente inutilizzabile, ai sensi degli artt.191 e 197 c.p.p., ma può esserle in base all'art 63 comma 2 c.p.p., qualora risulti ex post che il dichiarante si è auto-accusato di un reato o che sin dall'inizio avrebbe dovuto essere sentito come persona sottoposta ad indagini¹⁴).

¹² Secondo Cass., S.U., 9 ottobre 1996, Carparelli, *Cass. pen.*1997, 2428 con nota di TOMEI, le dichiarazioni della persona che sin dall'inizio doveva essere sentita come indagata (o imputata) sono inutilizzabili anche nei confronti dei terzi, se provengono da un soggetto a carico del quale già sussistevano indizi in ordine al medesimo reato. La *ratio* ispiratrice del predetto orientamento, identificabile anche nell'esigenza di corretto svolgimento del procedimento, per evitare scelte arbitrarie del pubblico ministero, potrebbe estendersi alla materia in oggetto. *Contra* Per l'inutilizzabilità limitatamente al dichiarante: Cass., 23 maggio 1995, Gatto.

¹³ v.Cass. 7 luglio 2003, Festa; Cass. 15 febbraio 2002, n.21802, Azzera,

¹⁴ v.Cass. 7 luglio 2003, Festa. Se il soggetto doveva assumere sin dall'inizio dell'esame la veste processuale di imputato o persona indagata, e invece è stato sentito come testimone, vige il divieto della inutilizzabilità assoluta del singolo atto in cui si è verificata la violazione, che opera *erga omnes*, in funzione deterrente rispetto a prassi distorte nell'acquisizione di dichiarazioni accusatorie a carico di terzi, suscettibili di compromettere la stessa genuinità della prova: in sostanza, si potrebbe creare una sorta di complicità tra l'autorità, che non interroga il soggetto come imputato al fine di procurarsi una prova testimoniale contro terzi, e il dichiarante che, sapendo di non pregiudicarsi con le proprie affermazioni, potrebbe sentirsi libero di rendere dichiarazioni compiacenti a carico di altri". Al fine della predetta inutilizzabilità *erga omnes* la Cassazione ha precisato che si prescinde da una intervenuta imputazione formale,

Il pubblico ministero optando per l'iscrizione o per la non iscrizione di una notizia di reato a carico di un soggetto diviene sostanzialmente arbitro dello *status* con il quale l'individuo deporrà nel procedimento a carico di altre persone. Una semplice iscrizione neutralizza un testimone e fa scattare l'incompatibilità. Anche se la notizia è infondata ed è seguita in rapida successione da un provvedimento di archiviazione, l'operato del PM sortisce conseguenze irreparabili: il soggetto è definitivamente con la qualifica di testimone comune (valore pieno delle dichiarazioni). Ciò responsabilizza i PM che, nel momento in cui decidono di effettuare una iscrizione a carico di un soggetto, sono costretti a bilanciare le esigenze difensive a tutela di tale individuo con le conseguenze in termini di incompatibilità a testimoniare che tale iscrizione produce.

Sul punto occorre rilevare la possibilità che a causa dei diversi *modus operandi* da parte della polizia giudiziaria e della A.G. si possano creare evidenti disparità di trattamento. Talvolta involontarie, altre volte intenzionali o comunque legate a mere opinioni. Pensate, nell'ambito delle numerose vicende relative ai rapporti tra clan mafiosi e imprenditori, quanto abbia inciso sugli esiti processuali il qualificare certe condotte degli imprenditori, che partecipavano ad un sistema di spartizione degli appalti pubblici, come complici (corruttori) anziché vittime (concussi), dato che di solito è possibile accertare solo dopo complessi approfondimenti istruttori?

Va aggiunto che forse non tutti i magistrati avrebbero condiviso quella "chiave di lettura" della realtà, con evidenti ricadute sull'esito degli accertamenti processuali.

In tema di "contiguità compiacente", rilevante appare la difficoltà di reperire massime di esperienza collaudate al pari di quelle utilizzate per i "soldati" delle cosche. Lo dimostra, ad esempio, l'ambiguità dei rapporti tra mafia e imprenditori, per cui risulta complicato tracciare la linea di confine tra vittime e complici dei criminali, come sottolineato dalle scienze sociali. Attività mafiose di natura inizialmente predatoria o parassitaria nei confronti di taluni imprenditori, non di rado, si trasformano in forme di collaborazione, con profitto per entrambe le parti. E le definizioni di "imprenditore colluso", "imprenditore strumentale" ed "imprenditore subordinato", suggerite da alcuni studiosi, testimoniano la varietà della tipologia degli atteggiamenti e, quindi, la complicata qualificazione, in termini penali, di condotte che ridondano a favore dei gruppi criminali.

Comunque, in questi casi, si comprende quanto sia importante l'atteggiamento iniziale (che matura in una fase di estrema fluidità delle indagini), dato che l'iscrizione nel registro degli indagati finisce per "dimezzare" il contenuto delle eventuali dichiarazioni collaborative dell'imprenditore.

E sempre con riguardo a contesti associativi, ossia di criminalità organizzata, se ad una delle persone indagate viene contestato solo un reato fine e non l'ipotesi associativa, questa potrà potenzialmente trasformarsi in testimone assistito sull'organigramma della associazione, anche prima di avere definito la sua posizione con pronuncia irrevocabile, qualora sussistano le condizioni di cui all'art 197 bis comma 2. Quindi avrà l'obbligo di rispondere, fatte salve le cautele di cui ai commi 4 e 5 dell'art 197 bis.

5. Le questioni interpretative penal-sostanziali e la proiezione sullo statuto delle prova dichiarativa. La valutazione sul tipo di legame intercorrente tra i procedimenti. Il problema della qualifica di connessione con il reato associativo. Questioni frequenti nella prassi applicativa.

Contrariamente a quanto accade ad es. nell'ordinamento transalpino¹⁵, l'attuale assetto normativo ribadisce le linee originarie di tendenza. Anche dopo la novella del 2001 (legge n.63), l'istituto della incompatibilità a testimoniare resta agganciato ai "presunti automatismi normativi" derivanti dai vincoli tra regiudicande, siano essi di natura penale-sostanziale, quali la connessione

dovendosi considerare la posizione sostanziale del soggetto al momento in cui rende la dichiarazione (Cass. 2 giugno 2000, Valianos).

¹⁵M.E.DE CATALDO, *Imputato e "testimone assistito" nel processo penale francese*, in *Le nuove leggi penali*, AA.VV, a cura di P.TONINI, Padova, 1998, 285

oggettiva (art 12 comma 1 lett.a)¹⁶ o la connessione teleologica tra reati (art 12 comma 1 lett.c) siano di natura processuale, quali il collegamento probatorio (art 371 comma 2 lett.b)¹⁷.

Senonchè, giudizi che si presentano come legislativamente vincolati, nella prassi risentono delle diverse diagnosi sul contenuto delle indicate categorie, con riflessi sul regime di utilizzabilità delle dichiarazioni. In materia di reati associativi, tutto ciò vale non solo per il collegamento probatorio, i cui connotati ampiamente discrezionali ed elastici erano stati, da tempo, messi in luce dalla più accreditata dottrina¹⁸, ma per gli stessi concetti di matrice penale-sostanziale.

Reato associativo e connessione ex art 12 lett a). I fattori di complicazione penal-sostanziali e storico ricostruttivi.

Es.: Tizio, imputato *aliunde* di partecipazione in associazione è chiamato a riferire sull'adesione di Caio al medesimo sodalizio. C'è la connessione di cui alla lett. a dell'art 12?

Un primo dubbio ermeneutico si annida nel concetto di "*più persone in concorso*". Manca una espressione normativa che esplicitamente coinvolga nella sfera della c.d. "connessione forte", oltre ai casi di concorso eventuale nel reato, le ipotesi di "concorso necessario". E, pur ammettendo, sulla base di un argomentare *a □atione*, l'assimilazione delle due situazioni, occorre capire se la condotta di partecipazione alla associazione abbia natura di reato a "concorso necessario" o "monosoggettivo".

Il punto è controverso, come evidenzia una nota pronuncia del Supremo Collegio¹⁹. Secondo un orientamento giurisprudenziale, risalente nel tempo (che, tuttavia, ciclicamente si ripropone), va operata una distinzione sui ruoli²⁰. Solo le condotte che promuovono la costituzione della nuova entità, e che di fatto ne assicurano la vita, l'efficienza e la disciplina interna (promotori, organizzatori e capi), rappresentano ipotesi di concorso necessario. Ne resterebbe fuori la partecipazione semplice, "integrata dalla manifestazione individuale della volontà di adesione" e "configurabile a carico di chiunque sia entrato a far parte dell'organizzazione criminosa, senza la necessaria esplicazione di alcuna particolare attività"²¹; da intendere, quindi, come fattispecie monosoggettiva.

Seguendo una simile interpretazione, il c.d. "legame forte" tra le distinte posizioni soggettive (art 12 lett.a) si avrebbe solo per la partecipazione "qualificata" sia di Tizio che di Caio. La contestazione di "partecipazione semplice" anche ad uno solo dei due determinerebbe l'escussione di Tizio come testimone. Minori garanzie per il dichiarante, insomma. A meno che non si ravvisi, in concreto, una connessione teleologica o un collegamento probatorio tra le due posizioni, idoneo ad imporre l'esame ai sensi dell'art 210 comma 6 c.p.p., con possibile sbocco, dopo gli avvisi di cui all'art 64 comma lett.c, nella "testimonianza assistita", in caso di "dichiarazioni concernenti la responsabilità di altri" (artt. 497 c.2 e 197 bis c. 2).

Occorre, però, prestare attenzione ad una più convincente prospettiva²².

Ad assicurare efficienza e vitalità della associazione criminale sono la struttura di regole, servizi e uomini. Dunque, la partecipazione semplice non è un fatto secondario e individuale; o indipendente dal fatto complesso e plurisoggettivo²³. La sua essenzialità non si misura in rapporto alla costituzione della associazione, ma alla stabilità e alla funzionalità dell'organismo criminale. D'altronde, i rilievi criminologici relativi alle macro-organizzazioni, quali ad es. Cosa Nostra, registrano l'esigenza di attribuire dei ruoli "non cristallizzati" agli *adempti* e la conseguente osmosi tra i diversi livelli di militanza²⁴. In altri termini, organizzazione, direzione, coordinamento e semplice partecipazione sono modi diversi di realizzare l'unica offesa al bene protetto.

Effettiva "formazione" e permanenza della capacità operativa dell'ente collettivo rappresentano, allora, il nucleo essenziale comune di tutte le condotte associative. Tradotto in termini processuali significa "connessione forte" (art 12 lett.a) tra le posizioni di tutti partecipanti. Di conseguenza, sino a quando la posizione processuale di Tizio non

¹⁶ Sono le ipotesi di: concorso di persone nel reato, cooperazione colposa nello stesso reato, pluralità di condotte per la realizzazione di un unico evento.

¹⁷ Si evince dalla lettura coordinata degli artt.64 comma lett. c, 197 comma 1 lett.b, 197 bis comma 2, 210 comma 6 c.p.p

¹⁸ G.CONSO, *Relazione introduttiva*, in AA.VV, *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*, Milano, 1976, 8; CORDERO, *Appunti sul concetto di "connessione processuale"*, in *Riv.dir.proc.*, 1957, 453 ss

¹⁹ Cass.23 gennaio 2001, Vellecco in *Cass.pen.*2001, 2064 ss. Per una ricognizione sui vari orientamenti cfr VALIANTE, *Natura plurisoggettiva della partecipazione all'associazione criminale*, in *R.i.d.p.p.*, 1987, 50 ss

²⁰ v. Cass.13 febbraio 1990, Aglieri; Cass.17 gennaio 1985, Biffo, Cass. 5 marzo 1980, Livraghi.

²¹ Come segnalato nella citata sentenza della Cass.23 gennaio 2001, Vellecco, *cit.*: "far parte" implicherebbe "una fattispecie monosoggettiva caratterizzata da un momento "statico" che acquista una proiezione dinamica solo in relazione ai fini.

²² VALIANTE, *Natura plurisoggettiva della partecipazione*, *cit.*54 ss; G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt.416, 416 bis, 416 ter, 417, 418 c.p.*, *cit.*, 39 ss

²³ Sul punto cfr. Cass. 23 aprile 1985, Arslan, in *Cass.pen.* 1986, 822 ss

²⁴ G.FIANDACA- F.ALBEGGIANI, *Nota a Cass. 23 novembre 1988, Farinella e altri*, in *Foro it.*1989, 77 ss; G.FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*1995, 21 ss

sarà definita con sentenza irrevocabile, opererà l'incompatibilità a testimoniare di quest'ultimo (art 197 comma 1 lett.a). Lo *ius tacendi*, nella sua massima estensione (art 210 comma 1 c.p.p.), verrà riconosciuto a prescindere dall'aver reso (o dal rendere) informazioni sulla posizione altrui.

Senonchè, relativamente alle c.d. "macro-organizzazioni criminali" (Cosa Nostra, Camorra, 'ndrangheta, Sacra Corona Unita) può emergere un ulteriore fattore di complicazione: il modo di essere e la struttura della associazione²⁵. Ad es.: Cosa Nostra è una associazione unica o una pluralità di associazioni identificabili nelle singole "famiglie" mafiose (cosche), tra loro, eventualmente, confederate? Privilegiarne l' "aspetto unitario" o l' "aspetto pluralistico" ha una evidente ricaduta sullo statuto del diritto al silenzio. Solamente nel primo caso, infatti, è ravvisabile il "concorso necessario" tra le condotte di Tizio e Caio, pur provenienti da cosche diverse, con le illustrate conseguenze sulla qualifica del dichiarante (art 210 comma 1 c.p.p.).

In sede applicativa, spesso, si trascura un aspetto della questione così gravido di implicazioni, non tutte di natura strettamente tecnico-giuridica. Oltre a dar vita ad un acceso dibattito fra scienziati sociali e storici, il tema è approdato all'attenzione della giurisprudenza, con alterne vicende. Non è questa la sede per approfondirlo. Tuttavia, sembra ragionevole accogliere il suggerimento metodologico di due autorevoli esperti del settore: "bisogna guardarsi dall'errore di considerare secolare il fenomeno della mafia come sempre uguale a se stesso, ipostatizzando come sue immancabili caratteristiche morfologiche quelle che ne sono soltanto contingenti modalità organizzative"²⁶. Appare, peraltro, plausibile la tesi che distingue la struttura organizzativa di Cosa Nostra "in funzione del tipo di attività che viene in questione". Devono, allora, verificarsi in concreto i modelli strutturali dei gruppi mafiosi. Lo ha ricordato di recente la Suprema Corte, interrogandosi sulla tenuta del c.d "teorema della cupola"²⁷: "vanno evitati rinvii a precedenti giudiziari relativi a situazioni lontane nel tempo, stante le continue evoluzioni e la duttilità dei moduli organizzativi rispetto alle esigenze del momento".

6. La valutazione della chiamata in correità nei procedimenti di criminalità organizzata.

Nell'intento di evitare ingiuste compressioni della libertà personale dovute a forme di "liberismo giurisprudenziale", la novella del 2001 ha esteso la regola valutativa dell'art 192 commi 3 e 4 c.p.p. al giudizio cautelare, integrando l'art 273 c.p.p. con il comma 1 bis. Le successive vicende giurisprudenziali rivelano differenti modulazioni nell'assimilazione del metodo di valutazione del giudizio cautelare ai parametri del giudizio di merito.

Il problema, con riferimento alla chiamata in correità, come ricordato dalla recente sentenza delle Sezioni Unite, è di "stabilire il grado di conferma che la chiamata in correità o in reità deve ricevere per giustificare l'adozione della misura cautelare e, conseguentemente, di individuare la consistenza, il grado di specificità e soprattutto l'oggetto dei c.d. riscontri esterni, se cioè questi debbano riguardare soltanto il fatto nella sua oggettività o anche la riferibilità soggettiva ad esso".

Vi è un orientamento che offre una lettura "minimalista", in una sorta di reazione, più o meno inconscia, alla "invadenza" del legislatore nel "giardino proibito". Muove da una distinzione concettuale tra "gravità indiziaria" e "prova autonoma". E la declina nel modo seguente: la chiamata in correità integra i "gravi indizi di colpevolezza" se sorretta dal riscontro estrinseco. Non è necessaria, però, l'idoneità del riscontro a collegare il fatto oggetto dell'addebito alla persona dell'accusato, a differenza di quanto si richiede per la dichiarazione di responsabilità nella *cognitio plena*. Ciò, naturalmente, innanzi ad una elevata attendibilità intrinseca della chiamata e a precisi riscontri estrinseci sul fatto-reato, che allontanino il sospetto della menzogna. Insomma, secondo tale linea ermeneutica, il rinvio dell'art 273 all'art 192 c.3 e 4 c.p.p. avrebbe la sola funzione di superare la giurisprudenza che fondava la gravità indiziaria sulla mera attendibilità intrinseca di una (e una soltanto) chiamata di correo (cfr. Cass.18 aprile 2002, Battaglia; 21 gennaio 2003, Formigli), peraltro in contrasto con il noto precedente del Supremo Collegio a sezioni unite (21 aprile 1995, Costantino in *Cass.pen.*1995, 2838 ss.). D'altronde, la stessa Corte Costituzionale (ord. N.321 del 27 luglio 201) ha sostenuto che "l'esigenza di assimilare pienamente la logica del giudizio cautelare

²⁵ Sui riflessi del dato storico-criminologico sull'interpretazione della norma sostanziale e processuale cfr. G.FIANDACA, *La mafia come ordinamento, cit.*, 27. Di recente Cass.5 gennaio 1999, Cabib, in *Foro it.*, 1999, 631 ss con nota di C.VISCONTI

²⁶ G.FIANDACA-F.ALBEGGIANI, *Nota a Cass.23 novembre 1988, cit.* 79

²⁷ Cfr. Cass.27 aprile 2001, Riina e altri in *Cass.pen.*2002, 982 ss in ordine mutamento delle regole ordinamentali di Cosa Nostra relative all'organo deputato ad assumere le decisioni sui c.d. "delitti eccellenti".

a quella del merito del processo è in contraddizione con l'assetto del sistema processuale vigente" e si presenta come "costituzionalmente non necessaria".

Vi è poi un secondo orientamento che parla di individualizzazione "parziale" o "tendenziale" del riscontro. In questo senso i giudici di legittimità si discostano dalla illustrata premessa sulla *ratio* della riforma. Ritengono tramontato l'orientamento delle sezioni unite del 1995, poco garantista secondo il legislatore del 2001. "Gli altri elementi di prova" a conferma della chiamata devono avere una vocazione individualizzante, anche in sede cautelare²⁸. Sulla scia di una opinione che combatte le "degenerazioni" del libero convincimento, la individualizzazione è la *condicio sine qua non* del riscontro; mentre le conferme sul fatto giovano alla sola attendibilità intrinseca (cfr. IACOVIELLO, *La tela del ragno: ovvero la chiamata in correità nel giudizio di cassazione*, in *Cass.pen.*2004, n.1205).

Un terzo orientamento, accolto dalla SS.UU 2006, assimilando i criteri di valutazione del materiale probatorio del giudizio cautelare al giudizio di merito, sostiene che i riscontri estrinseci alla chiamata in correità devono essere compatibili con la stessa, sì da consentire "un collegamento diretto ed univoco, sul piano logico-storico, con i fatti per cui si procede mediante connotati individualizzanti". Benché le stesse Sezioni Unite (2006) affermino che "diverso è senz'altro nei due accertamenti (cautelare e di merito) il grado di conferma della ipotesi accusatoria".

7. La versione attenuata della individualizzazione.

Individualizzazione "parziale" o "tendenziale". Con questi termini molte pronunce del Supremo Collegio calibrano l'elemento di conferma. In altri casi si era parlato di "principio di individualizzazione" (cfr. Cass.2 luglio 2001, Tramonte), che lascerebbe intendere una riferibilità al *thema probandum* senza pretendere una consistenza di autonoma prova di colpevolezza.

Le Sezioni Unite 2006 parlano di riscontro individualizzante "fermo restando che la relativa valutazione, avvenendo nel contesto incidentale del procedimento cautelare e, quindi, allo stato degli atti, cioè sulla base di materiale conoscitivo ancora in *itinere*, deve essere orientata ad acquisire non la certezza ma la elevata probabilità di colpevolezza del chiamato".

Insomma, l'applicazione al giudizio cautelare del metodo valutativo indicato dall'art 192 c.3 e 4 deve coniugarsi con l'instabilità del patrimonio di conoscenze del giudice, la fluidità della imputazione e le finalità della verifica, tendente non tanto al risultato della certezza della colpevolezza quanto al consistente grado di probabilità di quella ipotesi.

L'applicazione concreta della individualizzazione nella versione attenuata rischia, tuttavia, di tradire le ragioni di quel tipo di riscontro.

Andiamo ad un caso concreto, molto frequente.

Es: vi è la disponibilità di una sola chiamata intrinsecamente attendibile in ordine al coinvolgimento di un indagato nel sequestro di persona riconducibile alle attività di un *clan* mafioso agrigentino. Non vi sono altri elementi a carico dell'accusato relativi allo specifico delitto per cui si procede. Allora, si valorizza, come riscontro estrinseco, il fatto che l'indagato sia stato indicato, da un secondo collaboratore di giustizia, quale soggetto facente parte della famiglia mafiosa (a cui in base ad altri convergenti dichiarazioni sarebbe riconducibile il sequestro), avendo, peraltro, curato in passato la latitanza di un boss di "cosa nostra". Ebbene, in casi del genere, ancorché riferendosi al giudizio di merito (concettualmente la prospettiva non dovrebbe mutare nel giudizio cautelare), la cassazione ha definito l'operazione in termini di "traslazione del riscontro" privo di efficacia corroborante ai sensi dell'art 192 comma 3 secondo pronunce relative a giudizi di cognizione piena (Cass.1.10.1996, Pagano; *contra*: Cass.1 marzo 1994, Lai). Una soluzione che intende sventare il serio pericolo per l'imputato di vedersi moltiplicati gli addebiti, dedotti circolarmente gli uni dagli altri.

Può replicarsi: la vicenda in esame assume connotati peculiari. L'incolpazione è riconducibile ad un contesto associativo localizzato e di limitate dimensioni. L'assoluta autonomia

²⁸ Cass.18 aprile 2002, D'Emanuele; 14 novembre 2001, Caliò; in dottrina cfr. SPANGHER, in *Giusto processo*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 413 ss

tra delitto associativo e reato-scopo non esclude, in concreto, che possano desumersi argomenti di prova sul coinvolgimento in fatti specifici anche in base al ruolo ricoperto dal soggetto all'interno del sodalizio (cfr. Cass. 28 novembre 1995, Greco; Cass. 16 maggio 1994, Farinella). In un certo senso, la struttura associativa rappresenta una fase preparatoria del reato-scopo. Ciò si riflette sul ragionamento probatorio, allargando il "fronte della riscontrabilità". L'appartenenza ad una cosca di poche unità, che avrebbe gestito il sequestro di persona del figlio di un noto collaboratore di giustizia (per conto dell'ala corleonese di cosa nostra), e il fatto che l'indagato in precedenza avesse curato delicate situazioni per il *clan* sono dati suscettibili di assurgere, logicamente, a elementi di conferma dell'accusa principale sul fatto specifico, quanto meno in fase cautelare. E' altamente probabile che quel piccolo gruppo abbia agito a "pieno regime" in una operazione così delicata, servendosi di persone di "collaudata" fiducia, ossia gli associati, tra cui il prevenuto.

8. La valutazione della chiamata in correità e le massime di esperienza.

Abbiamo detto della potenziale assimilazione tra giudizio di merito e giudizio cautelare.

Chiaramente anche in sede cautelare la individuazione del riscontro estrinseco di natura individualizzante risentirà delle connotazioni strutturali dello specifico fenomeno criminale preso in considerazione, ma in certi casi anche dell'*humus* culturale di certi contesti criminosi. Va subito precisato che il riscontro non può attestarsi su circostanze marginali, irrilevanti o di mero contorno ma deve essere, in qualche modo, attinente al *thema probandum*.

La comprensione della struttura, del *modus operandi* e degli obiettivi delle macro-organizzazioni criminali sono indispensabili al magistrato nella gestione dei procedimenti per fatti di terrorismo e mafia. Senza una aggiornata capacità di lettura di certe connessioni e senza categorie interpretative appropriate si può cadere in decisioni miopi o tra loro contraddittorie (nei diversi gradi del medesimo giudizio). Insomma, il metodo di approfondimento che ricerca massime di esperienza in grado di valorizzare certi elementi non può trascurare il peso delle scienze sociali, soprattutto di fronte alle c.d. macro-organizzazioni. E spesso le esperienze giudiziarie hanno proposto un nuovo modo di leggere le prove fondate sulla costante osservazione di certi fenomeni..

. Facendo riferimento all'esperienza italiana, la circolarità tra diverse forme di conoscenza ha prodotto una varietà di premesse criminologiche per ogni fenomeno, del cui valore in sede di ricostruzione dei fatti si è occupata anche la giurisprudenza di legittimità in più occasioni e con orientamenti differenti²⁹.

Secondo un primo indirizzo, l'interpretazione dei fatti di criminalità organizzata deve muovere dalla premessa che l'associazione mafiosa è dotata di una "precisa identità sociologica e giuridica" (Cass. 18 giugno 1984, Chamonal) e richiama noti fenomeni di grave antisocialità e di infiltrazione nel settore politico ed economico. Più nettamente si è sostenuto che dette conoscenze assurgano a massime di esperienza, che colorano gli "indizi *aliunde* tratti in una articolata significazione"³⁰, fungendo da veicolo della inferenza induttiva. Così, per un omicidio riconducibile ad una data associazione mafiosa, si è ammessa la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza a carico di un esponente di vertice del sodalizio sulla base della sola massima regola di esperienza ricavata da pregressi esiti giudiziari (Cass.2 maggio 1995, Santapaola, 28 novembre 1995, Greco).

Un opposto orientamento nega la possibilità di utilizzare i risultati di indagini di tipo socio-criminologico quali massime di esperienza che, nella tecnica di argomentazione probatoria siano applicabili con il ruolo di criteri di valutazione delle risultanze processuali; contestandosi che esista una definita identità sociologica dei vari fenomeni associativi mafiosi e del loro eventuale modo di entrare in contatto con rappresentanti delle istituzioni, se debba escludersi il ruolo di criteri

²⁹ Cfr. *ex plurimis* Cass. 25 marzo 1982, De Stefano, in *Foro it.* 1983, II, 360; Cass. 16 dicembre 1987, Spatola, in *Foro it.* Rep. 1987, voce *Prova penale*, n. 18; Cass. 18 febbraio 1999, Cabib, in *Foro it.* 1999, II, 631 ss; Cass. 27 aprile 2001, Riina e altri in *Cass. pen.* 2002, 982 ss

³⁰ Cass. 25 marzo 1982, De Stefano in *Foro it.* 1983, II, 360

inferenziali³¹, stante il loro scarso grado di affidabilità (a tal proposito in una occasione in cui si era confezionato un capitolato dei riscontri in tema di partecipazione ad associazione mafiosa in un punto si riteneva riscontro alla chiamata l'essere stato vittima di un agguato in piena guerra di mafia; mentre in un punto successivo veniva considerato riscontro il non avere subito alcun attentato alla persona e alle cose).

Il dibattito, riaffiorato recentemente nella giurisprudenza di legittimità, si è attestato su soluzioni di ragionevole compromesso. L'analisi storico-sociologica non sostituisce la prova ma serve ad interpretare gli elementi a disposizioni del giudice, orientandolo nella vasta "zona grigia" della contiguità compiacente³² ("non fa nascere l'ipotesi accusatoria ma serve a convalidarla"³³). E la presa d'atto della utilità di certe regole inferenziali è giustificata dal fatto che, con riferimento ai fenomeni mafiosi, certi modelli di comportamento si presentano con costanza "non per scarsità di inventiva degli autori, ma per constatata economicità della condotta, reputata la più funzionale all'obiettivo"³⁴.

Una simile equilibrata metodologia valutativa è stata seguita anche nella giurisprudenza di legittimità in materia di art 273 c.p.p. (Cass.14 luglio 1994, Buscemi). Il Supremo Collegio ha riconosciuto l'esistenza di un vizio censurabile nel giudizio di legittimità allorquando, in presenza di moduli comportamentali così pregnanti da potere essere reputati come "regola" della organizzazione criminale, il giudice di merito abbia assunto tali modelli come dati certi e inderogabili, di per sé soli idonei a fornire gravi indizi di colpevolezza e abbia trascurato di procedere alla rigorosa verifica della riconducibilità della concreta e specifica situazione probatoria nella regola enucleata dall'osservazione, anche sociologica, del codice dell'agire mafioso.

In fondo, perviene alla medesima soluzione anche la pronuncia a Sezioni Unite, ric.Mannino (16 settembre 2005).

Non è stato sempre così e ci sono state anche pronunce non condivisibili: Il caso Greco.

Per i componenti della c.d "ala militare" si sono raccolti i frutti di una conoscenza ampiamente condivisa nella cultura giudiziaria, portata a qualificare Cosa Nostra alla stregua di un "ordinamento giuridico"³⁵. L'opzione si fondava su antiche basi giuspubblicistiche secondo cui "tutte le volte che si ha un organismo sociale di qualche complessità, sia pure lieve, nel suo interno si instaura una disciplina, che contiene tutto un ordinamento di autorità, di poteri, di norme e di sanzioni"³⁶. E quella premessa era stata, poi, declinata dai "pentiti" degli anni ottanta in termini di soggetto politico-militare dotato di potere di dominio su un determinato territorio e di una organizzazione unica, centralizzata e verticistica. Una immagine affermata anche nel dibattito politico-giornalistico, nutrendosi delle suggestioni provocate dalle stragi mafiose e dalla "spettacolarizzazione" della cattura di storici boss.³⁷

Per anni quel tipo di premessa criminologica rispetto al fenomeno Cosa nostra aveva indirizzato le iniziative giudiziarie. La partecipazione in associazione (art. 416 bis c.p.), che il legislatore aveva costruito in modo elastico e indeterminato, nei processi veniva plasmata in funzione della "specifica cultura d'ambiente" e degli assetti militari delle cosche. Ciò aveva permesso di decodificare comportamenti e circostanze che altrimenti sarebbero apparse prive di significato in termini penali,

³¹ Cass.16 dicembre1987, Spatola in *Foro it.* Rep.1987, voce *Prova penale*, n.18.; Cass.29 maggio 1989, Ollio in *Foro it.* Rep.1990, voce *cit*, 2523 n.25.

³² Cass.18 febbraio 1999, Cabib in *Foro it.*.1999, II, 631 ss.

³³ IACOVIELLO, *cit.*, 857

³⁴ FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, Bari, 1993, 260-261

³⁵ Propone una lettura in chiave politico criminale e politico giudiziaria G.FIANDACA, *La mafia come ordinamento. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, 1995, V, 21 ss

³⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, 110 ss

³⁷ Alla enfaticizzazione in chiave giudiziaria dei profili organizzativi e di normazione interna dei gruppi criminali si era già fatto ricorso negli anni settanta con i gruppi dell'eversione interna (c.d teorema Peci); e, in futuro, un simile modello interpretativo potrebbe nutrirsi di nuovi significati per contrastare la pericolosa affermazione del terrorismo internazionale di matrice islamica.

e quindi di valorizzare sul piano probatorio il contributo conoscitivo dei collaboratori di giustizia, di reperire i riscontri estrinseci, di intendere la legislazione processuale relativa alla formazione della prova, di ricavare le massime di esperienza utilizzabili nel procedimento valutativo, di impostare il ragionamento indiziario. Basti pensare, ad esempio, alla prova del giuramento di mafia o alla qualifica di “uomo d’onore” da sole idonee a fondare giudizi di condanna per il reato associativo (art 416 bis c.p.), o all’applicazione del c.d. “teorema di Buscetta” che, nel primo maxi-processo a Cosa Nostra, aveva portato alla responsabilità dei componenti della c.d. “cupola” per i “delitti eccellenti” eseguiti da altri associati.

Assecondare il paradigma “mafia come soggetto politico-militare” non determina solo indiscutibili successi giudiziari. I suoi “automatismi” si riflettono sul sistema delle garanzie dell’imputato. E il rischio di trasformazione del “diritto penale del reato” in “diritto penale del reo” in taluni casi si è concretizzato. Proprio sulla tenuta della garanzia del *nullum crimen sine □atione*, emblematico appare un caso giurisprudenziale ricordato in una recente monografia da Visconti³⁸. Il riferimento è ad una condanna (definitiva) per partecipazione in associazione mafiosa del figlio di un boss di Cosa Nostra, nei cui confronti non solo non veniva riscontrata alcuna attività connessa alle tipiche *performance* criminali del sodalizio, ma gli stessi pentiti avevano rivelato pure che “era stato un piacere del padre quello di farlo combinare, ancorché egli fosse solo una femminuccia”.

Inoltre, assecondare il paradigma “mafia come soggetto politico-militare”, con i suoi “fruttuosi automatismi giudiziari” risulta essere operazione inidonea a rendere efficace un controllo penale che si sposta sul terreno scivoloso della c.d. “criminalità del potere” lesiva di beni di rilevanza costituzionale quali la trasparenza nell’operato della pubblica amministrazione, le libertà economiche e il metodo democratico nella distribuzione del potere reale tra consociati.

Per comprendere il valore di certi elementi di prova occorre, allora, interrogarsi sull’impatto del nuovo sapere proveniente dalle scienze sociali sul processo penale. Ciò implica una verifica sul “come” si formano, si aggiornano e si affermano a livello giurisprudenziale studi che, ormai, hanno ampiamente superato la versione minimalista sbilanciata sul profilo militare delle organizzazioni più sofisticate. Elaborazioni che propongono un modello di associazione non più confinata in aree ristrette, in cui agiscono solo i “soci fondatori”; ma piuttosto, ramificata con fisiologica apertura ad apporti successivi alla costituzione da parte di professionisti, politici, imprenditori³⁹. Elaborazioni che, indirettamente, forniscono il suggerimento metodologico secondo cui la ricostruzione dei fatti può risultare fallace laddove si proceda rinviando a precedenti relativi a situazioni lontane nel tempo, stante le continue evoluzioni e la duttilità dei moduli organizzativi rispetto alle esigenze del momento”.

Tuttavia, ai fini dell’accertamento delle responsabilità individuali, per non “stingere il diritto nella sociologia” e, quindi, per ricavare regole di inferenza o indici sintomatici della illiceità, la “validità dei recenti approdi delle scienze sociali è direttamente proporzionale alla ampiezza delle situazioni osservate”⁴⁰. Come ricordato di recente dalla Suprema Corte⁴¹, “vanno evitati rinvii a precedenti giudiziari relativi a situazioni lontane nel tempo, stante le continue evoluzioni e la duttilità dei moduli organizzativi rispetto alle esigenze del momento”, peraltro concretamente favoriti dalla presenza di una norma quale l’art 238 bis c.p.p.(che fa assurgere a fonte di prova la sentenza definitiva riguardante fatti assai remoti). Può, dunque, accogliersi il suggerimento

³⁸ in *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*”, cit. 145-146.

³⁹ Sono analisi condivise da buona parte della cultura di estrazione giudiziaria. Non solo nei contenuti di alcune sentenze e nei contributi scientifici degli stessi magistrati v. IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass.pen.*, 2001, 2082 ss; TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995, ma anche nei documenti elaborati dal Consiglio superiore della magistratura, quali, ad esempio, la delibera del 24 luglio 2002 dal titolo “*Criminalità organizzata ed economia illegale*”.

⁴⁰ In tal senso v. . E.FASSONE, *La valutazione della prova*, cit. 625

⁴¹ Cfr. Cass.27 aprile 2001, Riina e altri in *Cass.pen.*2002, 982 ss sul mutamento delle regole ordinamentali di Cosa Nostra relative all’organo deputato ad assumere le decisioni sui c.d. “delitti eccellenti”.

metodologico secondo cui la struttura organizzativa e i moduli comportamentali di certe associazioni sono in continua evoluzione.

Nella prospettiva della verifica in concreto dei modelli strutturali mafiosi suggeriti dai saperi extragiudiziari, può sfruttarsi, in senso virtuoso, la potenzialità della *inquisitio generalis*, resa possibile dalla norma sostanziale sull'illecito associativo⁴². L'elemento materiale del reato di cui all'art. 416 *bis* è un "fatto complesso", idoneo a fungere da presupposto per una serie indeterminata di investigazioni concernenti anche diversi reati-scopo. La relativa "super indagine" può essere utilizzata, anche, per "raggiungere cognizioni generali su un fenomeno criminoso che si suppone duraturo nel tempo e per certi versi radicato sul territorio". Nel virtuale fascicolo *extra* o superprocedimentale possono inserirsi tutti i dati relativi alla organizzazione criminale, per cogliere interrelazioni tra diversi fatti e, quindi, massime di esperienza. Si colloca in questa logica la norma (art. 371 *bis* lett.c) c.p.p.) che attribuisce al procuratore nazionale antimafia il compito di provvedere all'"acquisizione ed elaborazione" di notizie, informazioni e dati attinenti alla criminalità organizzata. Siamo in presenza di un potenziale "massimario di regole di inferenza", utile nell'impostazione delle indagini sulle responsabilità personali e nei relativi percorsi valutativi.

9.La "forma circolare" della valutazione della chiamata di correo.

In varie occasioni, il Supremo Collegio, ha ammesso la versione attenuata della individualizzazione quando appare elevata l'attendibilità intrinseca della chiamata. Ed allora, al di là delle "etichette", il superamento della sentenza a Sezioni Unite del 1995, sovente, risulterebbe più apparente che reale.

Dalle cadenze argomentative di molte decisioni della cassazione è ragionevole desumere che innanzi ad una dichiarazione accusatoria "macchiata" da errori, incongruenze e contraddizioni o sospetta per altri motivi, si deve andare alla ricerca di riscontri estrinseci di notevole spessore. Affiora, così, una indicazione di carattere generale, che prescinde dal tipo di giudizio: la valutazione della chiamata in correità assume, in un certo senso, una forma "circolare". Plasticamente può descriversi ricorrendo all'immagine dei "vasi comunicanti", per cui il tasso di individualizzazione cresce proporzionalmente all'entità dei vizi intrinseci della dichiarazione accusatoria. Dunque, viene messo in crisi il valore vincolante dell'ordine logico, distinto in tre fasi, della valutazione della chiamata (Cass.SS.UU. 21 aprile 1995, Costantino, *cit.*). D'altronde la rigidità di quell'orientamento rischia di porsi in contrasto con un altro principio fondamentale, sempre elaborato dal Supremo Collegio, ossia la frazionabilità del contributo eteroaccusatorio, che, ad onore del vero, riduce la verifica a due poli di interesse: attendibilità intrinseca e riscontri estrinseci (come affermato da Cass.SS.UU, 30 ottobre 2003, Andreotti in *Cass.pen.*2004, 811 ss, nell'ambito di un giudizio di cognizione) .

Nell'emergere della dimensione relazionale dei due aspetti del tema, si coglie l'inadeguatezza per "difetto" dell'ennesima incursione del legislatore (art 273 comma 1 bis) sul piano del ragionamento probatorio. Certo, è stato fissato un limite di natura legale al libero convincimento, ossia l'acquisizione di riscontri esterni. Ma, appare chiaro che, in concreto, la formula "individualizzante" ha una "latitudine" assai mutevole e si presta all'uso improprio delle "etichette", soprattutto in sede cautelare. Insomma, anche la portata garantistica della novella del 2001 si gioca su aspetti di esclusiva pertinenza giurisprudenziale, ancorate alle infinite variabili del caso concreto e, comunque, non riducibili a operazioni meccaniche "per sommatoria" di elementi.

⁴² Su tema v.R.ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione della inquisitio generalis*, in *Riv.it.dir.pen.proc.*, 1996, 568 ss

CAPITOLO SECONDO: MODELLI DI MOTIVAZIONE

1. Lo stile dei magistrati italiani

1. “Niente di troppo” raccomanda Nicolini, noto penalista del XIX secolo. Lo dice per sottolineare come la motivazione sia un fatto qualitativo e non quantitativo. Un raccomandazione che registra un dato tipico dell’ambiente giudiziario italiano, ove il vizio più comune, sotto vari aspetti funesto, sembra essere l’eccesso verbale.

Cordero illustra le radici storiche di un simile atteggiamento. Dice che scontiamo una eredità cromosomica risalente all’epoca barocca: alcuni giusdicenti disquisiscono, arringano, predicano, quando più parole volano, tanto meno nitidi riescono i discorsi; spira cinismo criptico; così involuti, gonfi e artefatti, dicono poco, agli intenditori, e nel pubblico suscitano sensazioni allarmanti.

E’ uno stile, quello prolisso, opaco e vago, che risulta addirittura incompatibile con la funzione della motivazione nei sistemi giudiziari democratici. Si pone in contrasto con la funzione endoprocessuale della motivazione, da intendersi come strumentale ai fini dell’esperibilità dei controlli sul provvedimento ad opera delle parti e del giudice della eventuale impugnazione. E si pone in contrasto con la funzione ulteriore, ossia quella che si rivolge alla collettività, nel suo farsi strumento per il controllo democratico della attività giurisdizionale e quindi per rendere effettiva la responsabilità sociale dei magistrati.

L’eccesso grafico del giudice italiano, secondo gli studiosi, trae origine da gusti legati alla tradizione pseudo-umanistica. Di questo i legislatori italiani post-unitari sono perfettamente consapevoli. Per questo già il cod. del 1930 all’art 474 n.4 richiedeva una “concisa esposizione dei motivi”. Ed il vigente art 544 comma 1 parla di “concisa esposizione”.

D’altronde l’ordinamento giudiziario stesso, prima della abolizione dei concorsi, finiva per propiziare certe *performance* monografiche: gli aspiranti alla promozione esibivano i titoli con sentenze-*monstre*. E pur non esistendo più concorsi e scrutini resta l’abitudine al calco linguistico. Le sentenze contengono tutto l’occorrente al discorso ornato e relativa bella figura; vengono fuori da *collages*, componibili *ad libitum*. Osservo, comunque, che per le valutazioni di professionalità, coincidenti con tappe della nostra carriera, accanto ai provvedimenti prelevati a campione possono prodursi, sui iniziativa del diretto interessato provvedimenti ritenuti da questo ultimo meritevoli di attenzione, e tale fatto finirebbe per agevolare la perpetrazione di certe prassi che partono da lontano.

L’eccesso verbale risulta assai nocivo sulla *quaestio facti*: ad esempio, rimescolando formule spese dalla Corte sulla chiamata in correità, il compositore affatura svolgimenti apparentemente impegnatissimi; ha detto poco o niente, ma può darsi che, vestita così, la motivazione resista al ricorso. Inutile dire quanto distino dalla trasparenza queste decisioni: l’autentico motivo rimane sommerso; lo spiegamento pseudo-dialettico ha effetto criptico; oppure incorre in palesi contraddizioni (es. capitolato dei riscontri relativi al rapporto tra mafia e imprenditore).

Su argomenti simili le norme incidono poco: lo stile appartiene all’*imprinting*.

Ma queste dotte valutazioni sembrano calibrate sulla sentenza dibattimentale. Oggi l’analisi delle questioni deve tener conto della evoluzione dei modelli differenziati di motivazione previsti dal legislatore che attengono percentualmente un numero maggiore di decisioni.

Nel continuare ad essere una questione qualitativa, la motivazione sottende un crocevia di questioni. Il profilo dei modelli differenziati coinvolge aspetti legati non solo al diritto delle parti di controllare l’*iter* logico-giuridico seguito dal giudice ed alle esigenze di controllo sociale della attività giudiziaria, ma anche alla gestione dei nostri carichi di lavoro e i suoi rapporti con i tempi di emissione dei provvedimenti, le esigenze investigative, le garanzie per i soggetti terzi rispetto al procedimento trattato, la deontologia professionale, la valutazione della nostra professionalità.

2. I nuovi profili problematici

A) Proprio sui modelli differenziati si misura la problematicità della motivazione nell'era del *computer*. Situazione che si coniuga con l'esigenza di fornire in tempi brevi delle *performance* motivazionali con riferimento a maxi-procedimenti. Il rischio è quello di forme di abuso nei "blocchi di testo" e nei richiami *per relationem*. Stili motivazionali che possono tradursi nella mancanza di una valutazione critica degli elementi (anche nei suoi aspetti più elementari; laddove l'informativa riporta pezzi di intercettazioni con commenti della p.g. che finiscono per assurgere a fonte di prova, pur trattandosi di mere congetture se non si voci correnti). E possono sfociare in forme di inconsapevolezza da parte di chi scrive della motivazione che deposita, con evidenti refluenze negative su istituti di garanzia.

Ad esempio l'interrogatorio di garanzia dopo l'emissione del provvedimento custodiale non può dispiegare tutte le sue potenzialità se non si conoscono i passaggi di una ordinanza molto lunga e redatto con il meccanismo del copia-incolla. Come faccio a fare domande pertinenti se non conosco il contenuto della mia ordinanza.

B) Accanto a nuovi stili comunicativi più agili che si coniugano con esigenze di efficienza processuale, riti alternativi a "prova contratta" o di immediata risposta alla collettività (motivazione contestuale), permangono vecchie tendenze in palese contrasto con il carattere della completezza della motivazione (**scorciatoie motivazionali**). Ossia col principio in base al quale non solo tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati, ma tutto il provvedimento giurisdizionale deve trovare il suo apparato giustificativo nell'esposizione dei motivi. Penso ad esempio alle formule di stile relative ai provvedimenti di intercettazione con riguardo al primo fenomeno e al trattamento sanzionatorio (es. abbreviato) o alla congruità della pena in relazione alle esigenze specialpreventive nel patteggiamento con riferimento al secondo.

E su questo punto occorre interrogarsi su quanto la genericità o l'incoerenza di certe di norme giuridiche o di complessi, gli atteggiamenti della giurisprudenza di legittimità o esigenze processuali slegate dalla motivazione incidano sui nostri comportamenti

C) Sembrano inoltre sempre più frequenti casi di ridondanza calcolata della motivazione. In questi possiamo annoverare anche i casi di abuso della motivazione, da intendersi come uso deliberatamente strumentale della motivazione, ad esempio per rivolgersi ad una platea esterna al processo, tradendo radicalmente la funzione di quel momento processuale. Mi riferisco ai casi in cui nella motivazione facciamo riferimento a condotte di soggetti che non possono difendersi nell'ambito di quel procedimento. Casi che, al di là delle ipotesi di illecito sostanziale, riguardano più l'aspetto deontologico dell'operare del magistrato, e probabilmente destinati a sfociare in forme di illecito disciplinare per il giudice (verificare) o ad avere una qualche rilevanza sotto il profilo della valutazione di professionalità.

Osservo che sul tema si è dibattuto a livello di cause di astensione.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 371 del 1996, indica due ipotesi ben precise in cui scatta l'obbligo di astensione, al fine di impedire che uno stesso giudice valuti più volte, in successivi processi, la responsabilità penale di una persona in relazione al medesimo reato.

La prima, in modo specifico, attiene all'incompatibilità del giudice a conoscere della imputazione contestata a titolo di concorso necessario, nel caso in cui "*lo stesso giudice si sia dovuto occupare della posizione di un terzo, formalmente non imputato, e abbia dovuto valutarla incidentalmente*".

La seconda, di carattere generale, secondo cui "*la capacità di qualificazione che quel principio possiede trascende, a ben vedere, la struttura dei reati a concorso necessario e abbraccia in un medesimo giudizio di disvalore tutte le ipotesi in cui, qualunque, ne sia stato il motivo, il giudice, nella sentenza che definisce il processo, abbia incidentalmente espresso valutazioni di merito in ordine alla responsabilità penale di un terzo non imputato in quel processo (a prescindere dalla legittimità di tali valutazioni.)*"

3. Statuti differenziati dell'obbligo motivativi (sono veramente tutti differenziati)

Cerchiamo di declinare certe patologie sugli statuti differenziati dell'obbligo motivativo: la motivazione della sentenza dibattimentale (art 546 comma 1 lett.e c.pp) ha trame ben più complesse rispetto al discorso giustificativo della sentenza di non luogo a procedere (art 426 comma 1 lett.d c.p.p.) e dello stesso decreto penale di condanna (art 460 comma 1 lett. c); il decreto che dispone il giudizio è privo di illustrazioni argomentative in senso proprio, dovendo contenere solo "l'indicazione sommaria delle fonti di prova e dei fatti cui esse si riferiscono" (art 429 comma 1 lett.d c.p.p.); caratteri peculiari ha la sentenza che applica la pena a richiesta delle parti (art 444 comma 2 c.p.p.); problematiche specifiche si pongono poi per la motivazione dei provvedimenti *de liberatate* (art 292 comma 1 lett. c e c-bis, e comma 2 ter cpp), atteso l'ulteriore referente – specificativo della regola posta dall'art 11 comma 6 cost, dell'obbligo di motivazione previsto dall'art 13 comma 2 cost. (sul punto-quando misura cautelare, utilizzata come avamposto della difesa sociale, ad esempio in materia di terrorismo e condotta associativa, obbligo di motivazione è chiaramente pregnante)

4. L'ordinanza di custodia cautelare o di applicazione della misura cautelare in genere.

Le scorciatoie motivazionali

Non può considerarsi sufficiente la mera enunciazione delle fonti di prova, essendo al contrario, compito indeclinabile del giudice di merito quello di integrare gli elementi giudiziari a disposizione, di valutarne il contenuto, di esternare le ragioni che rendono attendibile una conclusione anziché una altra.

Il problema. Sempre più spesso la Cassazione censura ordinanze la cui motivazione è impostata su blocco di testi (ad esempio intercettazioni), che non impostano né risolvono con la necessaria chiarezza, consequenzialità e coerenza logica il tema probatorio centrale che il giudice ha di fronte.

Come sottolineano sempre più spesso i giudici di legittimità, ciò avviene sia per effetto di una peculiare tecnica di redazione della motivazione sia per talune insufficienze del percorso motivazionale che ne compromettono la tenuta logica.

I giudici troppo spesso ritengono che la mera trascrizione dei brani più o meno lunghi delle intercettazioni siano di per sé sufficienti a dimostrare l'esistenza degli indizi di colpevolezza, anche in assenza di una puntuale decodificazione e spiegazione del significato di singoli colloqui e di un adeguato inserimento dei singoli passaggi nel contesto complessivo della specifica vicenda descritta.

In altri termini, poiché molte delle conversazioni intercettate, per cause tecniche o per il loro carattere frammentario, non hanno il connotato della chiarezza ed in equivocità e per così dire "non parlano da sole", al giudice che le ha assunte a base del suo convincimento per decidere in ordine alla misura cautelare incombe l'onere di fornire una coerente, chiara e responsabile chiave di lettura e di inquadrarle rigorosamente nel complesso dei fatti oggetto della ricostruzione.

Diversamente opinando si trasformerebbe il giudice di legittimità in una sorta di "primo lettore" delle conversazioni intercettate e gli si precluderebbe il controllo sul ragionamento svolto dal giudice di merito (ragionamento di fatto sostituito dalla mera esposizione del materiale probatorio).

Per inquadrare lo spessore del problema, credo di debba ragionare sugli effetti prodotti dalla "tendenziale omologazione" del procedimento cautelare al processo di cognizione. Una omologazione che si proietta non solo sui versanti della assunzione e utilizzazione ma della stessa valutazione del materiale probatorio, con evidenti riflessi sul modo di impostare la motivazione, in punto di estensione e di profondità, per chiari motivi di ordine sistematico.

D'altronde già in una decisione delle SS.UU 22 marzo 2000 n.11 (come tale precedente alla legge n.63 del 2001 che ha introdotto il comma 1 bis all'art 273 c.p.p.), la Corte ha avuto modo di

evidenziare come la motivazione del giudice della cautela (e del tribunale del riesame), dal punto di vista strutturale, deve essere conformata al modello legale enucleabile dall'art 546 c.p.p., con gli adattamenti resi necessari dalla natura e dallo specifico contenuto della pronuncia cautelare, fondata non su prove, ma su indizi gravi.

Quella decisione viene ripresa dai giudici di legittimità (v.Cass.,17 maggio 2007, Mercadante, inedita), proprio per censurare le tecniche redazionali fondate sull'acritica trasposizione del testo di intere risultanze investigative, favorite dalle tecniche computeristiche di video scrittura (taglia e incolla).

Gli stessi giudici colgono l'occasione per affermare che la motivazione del provvedimento *de libertate* deve contenere la concisa indicazione degli elementi indiziari, da apprezzarsi sia analiticamente sia in un contesto globale, con la conclusiva determinazione che dia conto, in esito ad un percorso motivazionale immune da errori di diritto e disfunzioni logiche, della delibazione – necessariamente sommaria, propria della fase cautelare- di gravità del compendio indiziario offerto dall'accusa. Ed a tale concisa esposizione deve pure fare riscontro, sempre con enunciazione sintetica, l'indicazione di elementi di segno contrario offerti dalla difesa, volti a contrastare la valenza dimostrativa di quelli accusatori, con indicazione delle ragioni per le quali gli stessi sono stati disattesi.

Tale dato va coniugato con la natura delle fonti di prova. Mi riferisco alla recente prevalenza della intercettazioni sulle prove dichiarative. Queste ultime infatti richiedono un diverso, probabilmente, minore sforzo motivazionale quando vengono espone. Di per sé la prova dichiarativa essendo frutto delle domande degli organi inquirenti (che già tracciano un iter logico ricostruttivo, una chiave di lettura, in questo loro operare), non necessita di quella puntuale decodificazione e spiegazione del significato di singoli colloqui e di un adeguato inserimento dei singoli passaggi nel contesto complessivo della specifica vicenda descritta che invece richiede il materiale che scaturisce dalle intercettazioni.

Accade spesso che l'ordinanza cautelare impostata su blocchi di testi acritici (con una formula di stile finale che ritiene la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza) venga rimaneggiata e valutata criticamente in questi testi dal tribunale del riesame. Ciò è possibile sulla base degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di poteri del riesame, secondo i quali i provvedimenti del g.i.p. e del tribunale del riesame si integrano vicendevolmente, dando luogo ad un documento, formalmente distinto ma logicamente e giuridicamente unitario sotto il profilo della motivazione (v.SS.UU. 3.7.1996, Moni). peraltro, tale lavoro del riesame è spesso doveroso anche sotto un profilo della legalità della prova. I blocchi di testo che riguardano le intercettazioni contengono sovente parti palesemente inutilizzabili afferenti alle valutazioni congetturali della pg.

E' chiaro che in questo caso entra in gioco l'elaborazione giurisprudenziale in materia cautelare sui concetti di motivazione inesistente o apparente e motivazione incompleta.

In effetti, quando la motivazione manchi del tutto non si tratta di completarla o integrarla o sostituirla –il che rientra nei poteri del giudice del riesame- ma sebbene di sostituirsi al primo giudice, redigendo la motivazione al suo posto e privando, oltretutto l'imputato di un grado di giudizio *de libertate* . In tal caso il giudice, avvalendosi del potere conferitogli dall'art 185 c.p.p. deve dichiarare la nullità del provvedimento per inesistenza della motivazione (richiesta a pena di nullità) e trasmettere gli atti al giudice *a quo* (Cass.11.2.1998, Kass; Cass.25.1.2000, Iadadi).

Una conclusione in tal senso appare rafforzata dal fatto che a seguito della legge n.332 del 1995 gli obblighi di motivazione sono divenuti più articolati e cogenti, come emerge dalla sanzione di nullità prevista per la loro violazione ex art 292

Orbene, ci si chiede se nel caso di "blocchi di testo" il tribunale del riesame possa integrare o debba dichiarare la nullità e rinviare gli atti al giudice di primo grado.

Ebbene, in tema di riesame delle misure coercitive, deve ritenersi, in base ad argomenti sia sistematici sia testuali, che il tribunale adito ex art 309 possa sopperire con la propria motivazione

all'insufficiente o contraddittoria motivazione del provvedimento genetico della misura, restituendogli completezza e logicità argomentativa.

In concreto occorre stabile se la motivazione, in assenza di qualsiasi valutazione critica sul materiale trasfuso nell'ordinanza, era incompleta o addirittura apparente.

L'orientamento prevalente dei tribunali del riesame è quello di integrare.

Tuttavia sul punto la dottrina sembra più severa. Lo si afferma per la motivazione della sentenza dibattimentale ma vengono espressi principi generali. Nel senso che la motivazione dovrebbe considerarsi mancante non solo nel caso di sua assenza materiale, di carenza grafica dei motivi, ma anche quando non è possibile ricostruire l'iter logico seguito dal giudice, nel caso in cui il provvedimento giurisdizionale difetti in toto di un adeguato apparato argomentativi che dia conto delle ragioni che hanno indotto l'organo giudicante a quella decisione, nonché quando l'organo giudicante ometta l'esposizione dei motivi in ordine ai singoli capi o punti della decisione.

Ma accade sempre più spesso che anche il tribunale del riesame (operato dai carichi di lavoro) adotti la medesima tecnica redazionale della motivazione, ossia *per relationem*.

Anche in questo caso la motivazione del provvedimento emesso in sede di riesame deve ritenersi "mancante" non soltanto nell'ipotesi limite di inesistenza di qualsiasi argomentazione, bensì anche allorché, a fronte di specifici ed articolati motivi di gravame, il giudice del riesame ometta di valutare detti motivi, limitandosi a riprodurre talune argomentazioni del primo giudice ovvero a fare generico riferimento alla "motivazione della ordinanza impugnata" (Cass.1.7.1996; 13.3.1996).

5. Più specificamente sulla motivazione *per relationem* (formule di stile o modo per accelerare le decisioni, avendo il giudice a che fare con numerosi provvedimenti consequenziali dello stesso tipo)

- A) *Recezione della richiesta del pm.* La motivazione dell'ordinanza che dispone la misura coercitiva, come quella degli altri provvedimenti che il giudice è chiamato a emettere su richiesta del p.m., senza sentire l'altra parte, può essere di adesione alle argomentazioni del richiedente (SS.UU.24.4.1991, Bruno). In altri termini, dopo la legge n.332, ancorché più sfumatamente, si sostiene che le motivazioni formulate dal P.m. per suffragare la sua richiesta di misura possono essere utilizzate dal GIP per il proprio conseguente provvedimento quando le ricomprenda nella sua motivazione e spieghi le ragioni della propria adesione, sicché risultino esplicitate le ragioni del convincimento del giudice e la parte abbia la possibilità di difendersi opponendo le proprie discolpe (v.Cass. 12.5.1999, Bayan; Cass.2.4.1992, Bruno).
- B) *Rinvio a precedente ordinanza divenuta inefficace per vizi di forma o di merito.* E' corretto a condizione che non sia mutato il quadro degli elementi di fatto e di diritto posti a fondamento della valutazione (Cass.11.5.2000, Saponaro; Cass.25.10.2000, Padovano).
- C) *Rinvio ad altro provvedimento nell'ambito del medesimo procedimento.* Es. provvedimento di sequestro preventivo che richiama, con riguardo al profilo dei gravi indizi, la propria precedente misura restrittiva. O ordinanza custodiale che richiama la propria sentenza di condanna in punto di gravi indizi.

La motivazione *per relationem* non determina nullità quando le argomentazioni del provvedimento richiamato siano perfettamente note all'interessato, perché da lui conosciute o facilmente conoscibili (come tali suscettibili di essere controllate dal diretto interessato sotto i profili della congruenza, della logicità e della legittimità). E' pertanto escluso il riferimento ad altra precedente ordinanza emessa nell'ambito di un procedimento al quale il soggetto non abbia

partecipato ed in tal caso non basterebbe neppure la notifica del provvedimento per supplire alle carenze di conoscenza (v.Cass.14.1.1997, Perrone, Cass.30.8.1997, Sabatelli).

6. Premessa sui modelli differenziati partendo dalle caratteristiche della motivazione di cui all'art 546 c.p.p.

Il contenuto minimo della motivazione che tutti i provvedimenti giurisdizionali debbono presentare. Il discorso giustificativo dovrà sempre avere ad oggetto il fatto posto a fondamento della decisione, il modo di ricostruzione del medesimo, le regole giuridiche applicate ed il percorso argomentativi nell'individuazione della stessa.

Di conseguenza le differenze tra i diversi modelli di motivazione potranno essere determinate esclusivamente in relazione ad altri profili, quali le divergenti modalità di formazione delle fonti di prova da prendere in considerazione, i diversi criteri di valutazione delle medesime, le specifiche funzioni di ciascun provvedimento da giustificare anche in relazione alle tipologie di procedimento che ne costituisce la premessa.

Un punto qualificante della norma citata, ossia l'indicazione di cui alla lett.e richiede che, nel giustificare le proprie scelte in ordine alla prove che stanno alla base del suo convincimento, il giudice dia conto anche della eventuale esistenza di prove che con tale convincimento contrastino e delle ragioni per cui egli le ha ritenute non convincenti.

Infatti il giudice non può limitarsi a scegliere un'ipotesi ricostruttiva del fatto ed ad enunciare le prove che la confermano, ma deve anche indicare le ragioni che lo hanno portato ad escludere le ipotesi antagoniste ed a ritenere non attendibili le prove contrarie addotte.

La struttura della motivazione assume un carattere "binario" nel senso che essa deve dar conto del conflitto sulle prove e di quello sulle ipotesi.

Una motivazione che prendesse in considerazione solo le prove e non anche le prove contrarie (oppure soltanto le ipotesi e le controipotesi), certamente potrebbe costituire un ragionamento coerente e, pertanto, non sarebbe affetta da quella illogicità manifesta (ex art 606 comma 1 lett.e), ma perderebbe quella struttura dialogica che le è legalmente imposta (incompletezza della motivazione ex art 606 comma 1 lett.e).

Su tale profilo si sono misurate varie teorie sulla differenziazione dei modelli.

7. Provvedimenti ad irrevocabilità relativa

A) Sentenza di non luogo a procedere.

Nel disciplinarne i requisiti l'art. 426 comma 1 c.p.p. prevede che la stessa contenga "*l'esposizione sommaria dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata*", mentre non richiede l'indicazione delle conclusioni delle parti.

E' di immediata evidenza la differenza legislativa tra questo modello giustificativo e quello previsto per la sentenza dibattimentale. Secondo la dottrina (Blaiotta), la diversità si incentrerebbe essenzialmente sul fatto che, nel caso della sentenza di non luogo a procedere, il giudice -pur dovendo esporre l'iter logico-intellettuale che gli ha consentito di passare dalla proposizione probatoria al fatto accertato e dei criteri adottati nella valutazione della prova ex art 192 comma 1 c.p.p.- non ha l'obbligo di dar conto delle eventuali prove contrarie emerse (Amodio, Blaiotta).

Tuttavia, tali considerazioni appaiono datate. L'inquadramento della questione deve fare i conti con le modifiche legislative intervenute con la legge n.479 del 1999. La novella mira a mettere a disposizione del giudice dell'udienza preliminare nuove regole di giudizio e cospicui poteri integrativi (v.art 421 ss e 425 c.p.p. di cui al comma 3, relativo alla insufficienza e contraddittorietà degli elementi a fondamento della richiesta di rinvio a giudizio). Insomma il giudice valuta sulla base di "elementi di giudizio completi". Ciò si ripercuote sull'onere motivazionale. Inducono ad escludere la "sommarietà" della motivazione sui versanti della profondità e della ampiezza. Sommarietà che dunque si ridurrebbe ad un mero invito stilistico.

In particolare la necessità di una espressa valutazione delle prove contrarie può desumersi dal rilievo della proponibilità del ricorso per cassazione con riferimento a tutti i motivi previsti dall'art 606 comma 1 c.p.p., e quindi anche a quello di cui alla lett.d): non avrebbe senso, infatti, consentire l'impugnazione per mancata assunzione di una prova decisiva, se poi il giudice non è tenuto a motivare in ordine alla prova contraria. Né, d'altro canto può asserirsi che la proponibilità del ricorso per cassazione per le ragioni indicate dall'art 606 comma 1 lett. d c.p.p. sia frutto di una svista del legislatore o debba essere esclusa per ragioni sistematiche: va anzi sottolineato che il legislatore, all'art 437 c.p.p., prevede espressamente la proponibilità del ricorso per cassazione per i motivi di cui alla lett.d –oltre che per quelli di cui alla lett. b) e ed e) – con riferimento all'ordinanza del Giudice per indagini preliminari la quale dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di revoca della sentenza di non luogo a procedere.

B) Archiviazione

Può richiamare le indicazioni del pubblico ministero, ammesso che ci siano nella richiesta e che consentano di superare gli eventuali motivi di opposizione della persona offesa

8. Sentenza di giudizio abbreviato.

Per questo tipo di sentenza la legge processuale non enuncia espressamente alcun specifico requisito e non opera rinvii all'art 546 comma 1 c.p.p. o all'art 426 comma 1 c.p.p.

Subito dopo l'entrata in vigore del nuovo codice si accreditarono due orientamenti.

Primo. Si accontentava della esposizione sommaria dei motivi sulla scia dell'art 426 comma 1. In tale prospettiva si sosteneva che l'art 442 sulla “*decisione*” si limitava a richiamare esclusivamente le disposizioni di cui al capo II del titolo III libro VII, facendo rinvio agli *articoli 529 e seguenti*, senza alcun richiamo al capo III.

Si diceva che la decisione veniva pronunciata al termine dell'udienza preliminare, e anche questa circostanza per un modello di motivazione sul tipo di quello previsto dall'art 426 c.p.p., di cui peraltro si richiama il comma 2 nella clausola del quarto comma dell'art 442 cpp.

Secondo. Affermato dalla sentenza delle SS.UU del 1992. Ritiene che lo schema di riferimento sia quello di cui all'art 546 c.p.p. per due ordini di considerazioni.

Il primo di natura letterale: l'art 442 richiama solo il comma 2 dell'art 426 c.p.p. (ipotesi particolare in cui il giudice è impedito a scrivere la sentenza che ha emesso un giudice monocratico; logicamente non poteva richiamare l'art 546 comma 2 che riguarda il giudice collegiale. Qui il legislatore si preoccupa ragionevolmente di colmare una lacuna) e non anche i commi 1 e 3.

Il secondo argomento è di natura sistematica. L'abbreviato è un giudizio di cognizione piena e con l'attitudine alla irrevocabilità come il dibattimento (art 238 bis c.p.p.). Differisce solo sulle caratteristiche del paniere degli elementi utilizzabili ai fini della decisione.

In questo senso deve valere l'art 546 cpp che fornisce maggiori garanzie di controllo alle parti. Sarebbe del tutto irragionevole differenziare tra sentenze pronunciate all'esito del dibattimento e sentenze emesse a conclusione del giudizio abbreviato con riferimento alla “*estensione*” e alla “*profondità*” della motivazione.: una interpretazione che ammettesse la possibilità di non considerare nel discorso giustificativo le “*prove contrarie*” sarebbe sicuramente in contrasto con i principi di cui agli artt.3, comma 1, e 24 cost.

9. Sentenze di patteggiamento

Le norme sul punto non prevedono alcuna specifica disposizione con riguardo alla motivazione nell'ambito di questo rito.

Dopo le prime incertezze interpretative (alcuni ritenevano che si doveva motivare solo il rigetto, la Corte costituzionale n.313 del 1990 ha affermato che la sentenza di cui all'art 444 c.p.p., essendo un provvedimento giurisdizionale, deve essere necessariamente motivata, in applicazione del principio generale e indisponibile posto dall'art 111 della costituzione. Pertanto il giudice deve

procedere ad una delibazione positiva e negativa. Esclusa la sussistenza di cause di non punibilità o non procedibilità o di estinzione del reato, pertanto, il discorso deve riguardare la correttezza della definizione giuridica del fatto che scaturisce dalle risultanze investigative ed eventualmente istruttorie, nonché la plausibilità delle circostanze prospettate e la congruenza del giudizio di comparazione.

La Suprema corte ha inoltre costantemente ribadito che il discorso giustificativo sui punti segnalati può essere anche implicito o di tipo meramente enunciativo, salvo che non si verifichino ipotesi particolari:

-con riferimento alla qualificazione giuridica, una specifica motivazione è richiesta nel caso in cui l'accordo muti la definizione normativa contenuta nella imputazione (Cass.7 dicembre 1994, Zanella, Cass.29 settembre 1998, Bertini);

-riconoscimento delle attenuanti, è necessario indicare le specifiche ragioni poste a fondamento della loro concessione (es. comma V art 73: non basterebbe la mera espressione "attesa la quantità e la qualità" v.Cass. 29 marzo 1993, Scimè) nel caso in cui le stesse non siano desumibili dal fatto contestato (Cass.10 luglio 2000, Carrara es. la attenuante della collaborazione di cui all'art 8 del DL 152 del 1991);

-con riferimento alla congruità della pena, una analitica giustificazione in ordine alla dosimetria della sanzione si impone qualora si manifesti un'assoluta sproporzione, in senso favorevole o sfavorevole all'imputato, fra il trattamento punitivo disposto e la gravità o il numero di reati o la personalità del prevenuto (Cass.pen. 7 maggio 1997, Avongra);

-con riferimento alla verifica della insussistenza delle situazioni di cui all'art 129 c.p.p., il dovere di approfondimento argomentativi viene in essere solo se emergano, in relazione alle medesime, concreti elementi palesemente desumibili dagli atti o prospettati dalle parti (es.elementi che richiamano scriminanti).

Qui si registra la presenza di un vero e proprio modello differenziato.

Se si considera che la sentenza di cui all'art 444 c.p.p. ha un contenuto decisorio non del tutto assimilabile a quello di un provvedimento di condanna, e, soprattutto, non presuppone uno specifico accertamento in ordine alla responsabilità penale dell'imputato, è agevole ammettere che tale differenza si proietti anche sull'oggetto della motivazione e giustifichi, di conseguenza, una difformità del modello utilizzabile per questo tipo di pronuncia rispetto a quello prefigurato dall'art 546 c.p.p.

Viene, in altri termini, valorizzato il carattere negoziale del provvedimento che si ripercuote sui caratteri dell'adeguatezza della singola motivazione. In questo senso si è giunti persino ad enunciare il principio secondo cui il sindacato di legittimità sarebbe ammissibile solo quando la ricorrenza di una causa di non punibilità emerga proprio dalla motivazione della sentenza impugnata (Cass.11 gennaio 2007, Dagmar).

Uno "statuto speciale" dei doveri motivazionali del giudice viene prospettato anche a proposito di altri aspetti del patteggiamento, che pure sembrerebbero essenziali nell'economia della decisione (ed anche ai fini della esecuzione): nondimeno si è giunti ad affermare che non potrebbe essere censurata come carente la motivazione che non dia conto, nel caso di reato continuato, della pena concordata per i singoli fatti criminosi, e ciò in quanto il "*patteggiamento viene valutato nella sua globalità*", e non potrebbe affermarsi "*nessun interesse e nessun diritto, che possa trovare fondamento in norme o principi dell'ordinamento, a veder manifestati in sentenza l'ammontare della pena concordata per ciascuno dei singoli reati*" (v.Cass.18 marzo 2005, De Nisi).

10. Motivazione contestuale al dispositivo.

Si tratta di un criterio non del tutto nuovo nel nostro ordinamento. Il codice del 1865 la prevedeva.

La motivazione contestuale non si differenzia nella sua struttura dagli altri tipi di motivazione, nel senso che non vi è una diversa disciplina della modalità di redazione se non il

generale richiamo alla “*concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la sentenza è fondata*”.

Si deve ritenere che valgano anche per la sentenza contestuale le previsioni dell’art 546 comma 1 c.p.p. dal momento che è inscindibile il rapporto tra esposizione dei fatti e la loro valutazione, del resto desumibile dall’art 192 c.1 c.p.p.

E’ peraltro evidente che le modalità di stesura dei motivi (immediatamente dopo la decisione) ed il contesto (camera di consiglio) nel quale avviene la redazione richiedono e consentono una maggiore sintesi espositiva.

La maggiore sobrietà dei motivi contestuali costituisce un vantaggio sia per l’estensore nella redazione della sentenza che per le parti e per i giudici di gravame nella successiva lettura.

Dai lavori preparatori del codice del 1989 e dalle indicazioni della dottrina più avveduta, emergono le finalità principali dell’istituto. L’art 544 c.p.p. intende tutelare maggiormente la funzione extra-processuale della motivazione, che consente il controllo da parte della opinione pubblica sul corretto esercizio del potere giurisdizionale, e garantire allo stesso tempo, dal punto di vista endoprocessuale, una minore artificiosità del procedimento decisorio: se è vero infatti che non esiste un meccanismo in grado di assicurare la completa “messa a nudo” dell’iter decisorio seguito dall’organo giudicante, è altresì indubbio che “le cosmesi dialettiche risultano impossibili o almeno ardue quando lo iato tra decisione e motivazione è breve”, e tutto ciò va a vantaggio della decisione.

In questa ottica ho appositamente utilizzato la motivazione contestuale in una vicenda giudiziaria in cui la mia decisione (su un delicato tema di interesse sociale su cui già c’erano state polemiche sull’operato del pm) rischiava di essere strumentalizzata dai mezzi di comunicazione (le nostre decisioni vengono decodificate dai *talk show* televisivi, senza attendere la motivazione) se non spiegata immediatamente. Forse il mio sarà stato uno scrupolo eccessivo o addirittura improprio, ma credo (dico una banalità) si debba tenere conto dell’impatto del nostro modo di operare e delle semplificazioni mediatiche sulla percezione che i cittadini hanno del servizio giustizia. Non ovviamente sul piano della formazione del nostro libero convincimento o della deontologia ma sul versante dei nostri stili comportamentali nell’esercizio delle funzioni che riguardano anche i tempi e i modi di presentazione del nostro operato.