

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



4/2024

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Mitja Gialuz, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaume Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Teresa Bene, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, Manfredi Bontempelli, Nuno Brandão, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Jacopo Della Torre, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Enrico Maria Mancuso, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Risicato, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús Maria Silva Sánchez, Carlo Sotis, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Daniela Vigoni, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2024 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal’s abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication’s minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE E PRINCIPI FONDAMENTALI	Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali nelle decisioni sull'applicazione della sanzione penale	1
<i>DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES</i>	<i>Discrecionalidad judicial y principios constitucionales en las decisiones sobre la aplicación de la sanción penal</i>	
<i>JUDICIAL DISCRETION AND FUNDAMENTAL PRINCIPLES</i>	<i>Judicial Discretion and Constitutional Principles in Sentencing</i>	
	Francesco Viganò	
	Discrezionalità e regole di giudizio nel processo penale	20
	<i>Discrecionalidad y Reglas de Juicio en el Proceso Penal</i>	
	<i>Discretion and Judgment Rules in Criminal Trials</i>	
	Renzo Orlandi	
PROCESSO PENALE E PROPORZIONALITÀ	Prova penale e proporzionalità	38
<i>PROCESO PENAL Y PROPORCIONALIDAD</i>	<i>Prueba penal y proporcionalidad</i>	
<i>CRIMINAL TRIAL AND PROPORTIONALITY</i>	<i>Criminal Evidence and Proportionality</i>	
	Giulio Ubertis	
	La “gravità dell’ingerenza” nel prisma della proporzionalità: nuovi equilibri in tema di data retention	45
	<i>La “gravedad de la injerencia” en el prisma de la proporcionalidad: nuevos equilibrios en materia de retención de datos</i>	
	<i>The “Seriousness of the Interference” Through the Proportionality Prism: A New Balance in Data Retention</i>	
	Luigi Parodi	

<p>QUESTIONI DI PARTE SPECIALE</p> <p>TEMAS DE PARTE ESPECIAL</p> <p>SPECIAL PART TOPICS</p>	<p>Note minime su Sezioni unite, danno patrimoniale di speciale tenuità e rapina</p> <p><i>Notas mínimas sobre las Secciones Unidas, el daño patrimonial de especial levedad y el robo</i></p> <p><i>Minimal Notes on the Supreme Court Joint Branches, Minor Gravity Economic Harm, and Robbery</i></p> <p>Alberto Macchia</p>	<p>69</p>
	<p>Spigolature d'archivio: spunti su mafia e reati associativi a partire da un (dimenticato?) maxi-processo tardo-fascista</p> <p><i>Retazos de archivo: reflexiones sobre la mafia y los delitos de asociación a partir de un (¿olvidado?) maxi-proceso del tardo-fascismo</i></p> <p><i>Archival Scraps: Insights on Mafia and Association-based Crimes from a (Forgotten?) Late-Fascist Maxi-Trial</i></p> <p>Costantino Visconti, Andrea Merlo</p>	<p>80</p>
	<p>Le molestie sessuali alla prova del diritto vivente</p> <p><i>Los desafíos para la jurisprudencia en materia de molestia sexual</i></p> <p><i>The Challenges of the Italian Case Law on Sexual Harassment</i></p> <p>Matilde Botto</p>	<p>95</p>
<p>IL FOCUS SU...</p> <p>EL ENFOQUE EN...</p> <p>FOCUS ON...</p>	<p>Il suicidio assistito di nuovo al vaglio della giurisprudenza costituzionale: tra spinte in avanti e battute d'arresto</p> <p><i>El suicidio asistido nuevamente bajo el escrutinio de la jurisprudencia constitucional: entre avances y retrocesos</i></p> <p><i>Assisted Suicide Once Again Under Scrutiny by Constitutional Case Law: Between Forward Drives and Setbacks</i></p> <p>Fernanda Serraino</p>	<p>128</p>
	<p>Precetti, rimedi e sanzioni: la presunzione di innocenza dal d.lgs. n. 188 del 2021 alle "riforme Nordio"</p> <p><i>Preceptos, recursos y sanciones: la presunción de inocencia desde el decreto legislativo n° 188 de 2021 hasta las "reformas Nordio"</i></p> <p><i>Rules, Remedies, and Sanctions: The Presumption of Innocence from Legislative Decree No. 188 of 2021 to the "Nordio Reforms"</i></p> <p>Andrea Zampini</p>	<p>150</p>

	Diritto penale preventivo e sicurezza sul lavoro: effettività della tutela e percorsi premiali	192
	<i>Derecho penal preventivo y seguridad en el trabajo: eficacia de los mecanismos de protección y de justicia restaurativa</i>	
	<i>Preventive Criminal Law and Safety at Work: Effectiveness of Protection and Reward Measures</i>	
	Riccardo Orlandi	
	Paradigmi di responsabilità penale per l'esposizione a sostanze tossiche	218
	<i>Paradigmas de responsabilidad penal por la exposición a sustancias tóxicas</i>	
	<i>Paradigms of Criminal Liability for Exposure to Toxic Substances</i>	
	Francesco Contri	
LECTIO MAGISTRALIS	<i>Lectio magistralis: La fuerza imaginante del derecho penal</i>	257
	<i>Lectio magistralis: La forza immaginante del diritto penale</i>	
LECTIO MAGISTRALIS	<i>Lectio magistralis: The Imaginative Power of Criminal Law</i>	
LECTIO MAGISTRALIS	Michele Papa	
	<i>Laudatio académica del Prof. Michele Papa</i>	265
	<i>Laudatio accademica del Prof. Michele Papa</i>	
	<i>Academic Laudatio for Prof. Michele Papa</i>	
	Carlos Alberto Mahiques	

DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE E PRINCIPI FONDAMENTALI
DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES
JUDICIAL DISCRETION AND FUNDAMENTAL PRINCIPLES

- 1 **Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali nelle decisioni sull'applicazione della sanzione penale**
Discrecionalidad judicial y principios constitucionales en las decisiones sobre la aplicación de la sanción penal
Judicial Discretion and Constitutional Principles in Sentencing
Francesco Viganò
- 20 **Discrezionalità e regole di giudizio nel processo penale**
Discrecionalidad y Reglas de Juicio en el Proceso Penal
Discretion and Judgment Rules in Criminal Trials
Renzo Orlandi

Discrezionalità e regole di giudizio nel processo penale*

Discrecionalidad y Reglas de Juicio en el Proceso Penal

Discretion and Judgment Rules in Criminal Trials

RENZO ORLANDI

Ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università di Bologna
renzo.orlandi@unibo.it

REGOLE PROBATORIE, PROCEDIMENTI
SPECIALI, MISURE CAUTELARI,
PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE

REGLAS PROBATORIAS, PROCEDIMIENTOS
ESPECIALES, MEDIDAS CAUTELARES,
PROCEDIMIENTO DE PREVENCIÓN

RULES OF EVIDENCE, SPECIAL
PROCEEDINGS, PRECAUTIONARY
MEASURES, PREVENTION PROCEDURE

ABSTRACTS

L'autore affronta un tema classico del diritto processuale: quello delle regole di giudizio, intese come criteri offerti dalla legge al giudice incerto sulla soluzione da dare all'accertamento di fatto. Premesso un chiarimento sul concetto generale di discrezionalità giudiziale, lo scritto affronta la varietà di situazioni processuali nelle quali il giudice si trova a dover prendere una decisione superando una paralizzante incertezza. Al riguardo non rileva solo la decisione che decide il merito alla fine del dibattimento, ma altresì quelle che chiudono i riti alternativi al dibattimento (giudizio abbreviato e patteggiamento); le decisioni interne alla dinamica processuale quali archiviazione e rinvio a giudizio; le decisioni cautelari e, per concludere, le decisioni che concludono il procedimento di prevenzione *ante-delictum* regolato dal c.d. codice antimafia.

El autor aborda un tema clásico del derecho procesal: las reglas de juicio, entendidas como los criterios ofrecidos por la ley al juez que se encuentra en incertidumbre sobre la solución que debe dar a la determinación de los hechos. Tras una aclaración sobre el concepto general de discrecionalidad judicial, el trabajo analiza la variedad de situaciones procesales en las que el juez debe tomar una decisión para superar una incertidumbre paralizante. A este respecto, no solo es relevante la decisión que resuelve el fondo del asunto al final del juicio, sino que también aquellas que concluyen los procedimientos alternativos al juicio oral (como el juicio abreviado y la negociación de pena); las decisiones dentro de la dinámica procesal, como el archivo de la causa y la remisión a juicio; las medidas cautelares y, por último, las decisiones que ponen fin al procedimiento de prevención *ante-delictum* regulado por el denominado Código Antimafia.

* Testo della relazione svolta a Firenze-Villa Ruspoli, il 10 maggio 2024, nell'ambito del convegno dal titolo *Evoluzione del sistema penale e giudizi discrezionali*. Gli articoli citati senza ulteriori indicazioni vanno riferiti al codice di procedura penale vigente. I riferimenti giurisprudenziali riportano la data di deposito delle decisioni citate.

The author addresses a classic topic of criminal procedure: the judgment rules, intended as the legal criteria guiding a judge who is uncertain about how to assess the facts. After clarifying the general concept of judicial discretion, the paper examines the variety of procedural situations where the judge must make a decision to overcome paralyzing uncertainty. In this regard, not only does the final decision on the merits at the end of the trial matter, but also those that conclude alternative procedures to the trial (such as abbreviated judgment and plea bargaining); decisions within the procedural dynamics, such as case dismissal and committal for trial; precautionary measures; and, finally, decisions concluding the *ante-delictum* prevention procedure regulated by the so-called Anti-Mafia Code.

SOMMARIO

1. Chiarimento preliminare sul concetto di discrezionalità nel contesto del tema affrontato. – 2. Regole di giudizio: loro finalità e diversificazione. – 3. Regola di giudizio e sentenza dibattimentale di merito. – 4. Giudizio abbreviato. – 5. Patteggiamento (e altri riti alternativi al dibattimento che non esigono accertamento positivo della responsabilità penale). – 6. Archiviazione, non luogo a procedere e rinvio a giudizio. – 7. Provvedimenti che applicano misure cautelari personali: gravi indizi di colpevolezza. – 8. Segue: prognosi di pericolosità (*pericula libertatis*). – 9. Provvedimenti che applicano misure di prevenzione *ante-delictum*.

1.

Chiarimento preliminare sul concetto di discrezionalità nel contesto del tema affrontato.

Si tratta qui di ragionare intorno al margine di libertà del quale il giudice penale dispone quando adotta una decisione che implica accertamenti di fatto. “Discrezionalità” è termine che evoca, in effetti, un apprezzamento soggettivo dell’autorità pubblica, ma sarebbe errato vedere in quell’apprezzamento l’immancabile esercizio di un arbitrio. La dottrina processualistica, suffragata anche da conformi elaborazioni maturate da tempo nella dottrina amministrativistica¹, ha chiarito che il termine “discrezionalità” designa una situazione soggettiva rientrante nell’ambito del comportamento doveroso di pubbliche autorità. In ambito processuale, in particolare, il giudice opera sempre sulla base di premesse poste dalla legge: ciò che non esclude, in concreto, la scelta (talvolta ispirata necessariamente a criteri soggettivi) del modo o del mezzo più adatto a perseguire il fine legale².

Bisogna infatti ammettere che – nell’attuale contesto politico-costituzionale – il giudice agisce (o è supposto agire) sempre nell’interesse pubblico, sicché ogni suo provvedimento dev’essere vincolato a una premessa legale, quanto meno nel fine. Può darsi che le modalità procedurali per attuare il fine (la decisione) siano dalla legge descritte con l’indeterminatezza imposta dalla impossibilità di prevedere nel dettaglio le mutevoli situazioni della vita, oltre quelle specifiche e caratteristiche della dinamica processuale.

Il diritto probatorio offre un chiaro esempio in tal senso. Finché vigevano le regole di prova legale, anche le modalità procedurali da seguire per giungere al fine (decisione) limitavano sin quasi ad annullare la discrezionalità cognitiva del giudice. L’afferinarsi del libero convincimento ha comportato un’apertura alla discrezionalità valutativa, non però al punto da consegnarla a un incontrollato soggettivismo.

Lelemento della doverosità affiora in un duplice tratto che – in ordinamenti processuali come il nostro – ispira la condotta del giudice in procinto di decidere: da un lato la sindacabilità del provvedimento adottato sulla scorta di un apprezzamento discrezionale del compendio probatorio; dall’altro, la impugnabilità del provvedimento stesso davanti a un giudice superiore.

L’impugnabilità implica sempre la sindacabilità della regola di giudizio. Non vale invece il contrario, giacché in qualche caso la decisione è sindacabile, ma non impugnabile³: ciò – come si vedrà – pone un problema delicato con riguardo a regole di giudizio destinate a operare nella fase preliminare del procedimento penale⁴.

Sindacabilità e impugnabilità sono, dunque, sintomi inequivoci del dovere di decidere motivando in base a parametri normativi precostituiti (regole di giudizio, nel nostro caso): e questo benché non sempre una motivazione *in facto* venga richiesta; anzi, in qualche caso particolare del quale si dirà, essa viene addirittura esclusa.

¹ Si vedano, in particolare, GIANNINI (1939), Milano, 1939 e PIRAS (1964) p. 65 ss. Per una recente e attuale messa a punto del concetto si veda la monografia di BENVENUTI (2023).

² “La figura del comportamento discrezionale *va circoscritta agli atti normativi degli organi statuali, vale a dire dei soli enti idonei a costituire il termine di imputazione di una situazione soggettiva di dovere*”: così CORDERO (1956), p. 163, nella scia di GOLDSCHMIDT (1925), p. 236, il quale già trent’anni prima aveva affermato perentoriamente l’appartenenza della discrezionalità giudiziale (*richterliches Ermessen*) alla situazione di dovere: “*Im Prozesse ... das freie richterliche Ermessen ist immer ein pflichtgemässes Ermessen (= discrezionalità vincolata) und niemals Willkür (= mai arbitrio)*”.

³ Si vedano le situazioni illustrate *infra*, par. 6.

⁴ L’elemento della impugnabilità è importante anche perché consente il formarsi di una giurisprudenza di legittimità, posto che le regole di giudizio sono controllabili dalla Corte di cassazione. Si pone così un limite – pur per via giurisprudenziale – all’arbitrio dei giudici di merito che la semplice sindacabilità (vale a dire, il controllo su tali regole ad opera di un giudice di pari grado di quello che ha emesso il provvedimento) non sarebbe in grado di arginare.

Interessa, in particolare, che siano sindacabili e impugnabili le decisioni sfavorevoli all'imputato, essendo le regole di giudizio concepite principalmente a sua garanzia. Vengono quindi in considerazione decisioni quali le *sentenze di condanna* (sia quelle dibattimentali, sia quelle adottate all'esito di riti alternativi al dibattimento); le *richieste* e i *decreti di rinvio a giudizio*, ma anche le *decisioni* che dispongono *misure cautelari* personali e le *decisioni applicative* di *misure preventive ante delictum*.

Un'ultima precisazione, forse superflua, ma utile a scanso di equivoci: il rapporto fra discrezionalità e regole di giudizio riguarda – lo si è già accennato – la sola *quaestio facti*, non la *quaestio iuris*, l'incertezza della quale si risolve sul piano dell'interpretazione normativa⁵. Riguarda, in particolare, il momento in cui – valutate le singole prove – il giudice deve maturare il proprio convincimento circa la sussistenza o meno di fatti giuridicamente rilevanti.

2.

Regole di giudizio: loro finalità e diversificazione.

Le regole di giudizio servono a contenere e orientare la discrezionalità del giudice non nell'atto di valutare le singole prove (attività già guidata dalle regole espresse nell'art. 192), bensì nel momento successivo alla acquisizione delle prove stesse, quando si tratta di attribuire al compendio probatorio già formato un significato funzionale al provvedimento da adottare. La loro utilità si manifesta principalmente nelle situazioni in cui il giudice fluttua nell'incertezza, non essendo in grado di formarsi un convincimento né positivo né negativo sui fatti da porre a base di un atto decisorio al quale non può sottrarsi.

Le regole di giudizio servono a superare *impasse* decisorie. Si è pertanto indotti a ricercarle fra le norme del codice di rito penale che fanno riferimento (più o meno esplicito) alle molteplici situazioni di dubbio nelle quali versa il giudice del fatto.

A uno sguardo anche solo superficiale l'attenzione è colpita da tre figure: la regola *in dubio pro reo*, che dà rilievo normativo a situazioni di incertezza e insufficienza probatorie (art. 530 comma 2, art. 529 comma 2 e art. 529 comma 2); la regola “al di là di ogni ragionevole dubbio” (art. 533 comma 1) e la regola – di più recente conio – della “ragionevole previsione di condanna”, che somministra al giudice un criterio per superare l'eventuale incertezza riguardante provvedimenti da adottare nella fase preliminare del procedimento (art. 408 comma 1, art. 425 comma 3 e art. 554-ter comma 1).

Un opportuno sforzo di semplificazione consiglia di ridurre l'accennata triade a una diade. A ben vedere, l'*in dubio pro reo* non tanto esprime una regola di giudizio (nel senso stretto che qui si vuol dare al sintagma), quanto piuttosto esplicita la condizione, che la legge processuale pone all'accusa, di provare la colpevolezza per esigere la condanna. Oggi siamo abituati a vedere in codesto principio un corollario della presunzione di innocenza, ma, a ben vedere, l'*in dubio pro reo* era in voga anche in ordinamenti processuali del recente passato che apertamente disconoscevano il valore oggi consacrato nell'art. 27 comma 2 cost.⁶. Concettualmente l'*in dubio pro reo* rivela un parallelismo o, se si preferisce, una specularità, con il criterio dell'onere probatorio cui si ispira il processo civile. La differenza sta in questo: che nel processo civile la prova dev'essere fornita dall'attore (salvi i casi di inversione dell'*onus probandi*). Nel processo penale, invece, quell'onere spetta sistematicamente all'accusa in considerazione della naturale relazione asimmetrica fra pubblico ministero e imputato.

Le regole di giudizio nell'ambito dell'attuale diritto processuale penale italiano si riducono quindi a due: “al di là di ogni ragionevole dubbio” (operante all'interno dello spazio assegnato all'*in dubio pro reo*) e “ragionevole previsione di condanna” (operante nel contesto di taluni provvedimenti caratteristici della fase preliminare del procedimento). Volendo proseguire il raffronto con il processo civile, possiamo dire che lì la regola di giudizio è “il più probabile che

⁵ *Iuea novit curia*. Anche l'esegesi normativa pone, comprensibilmente, problemi di incertezza, di apprezzamento soggettivo e, in definitiva, di discrezionalità (interpretativa): ma l'espressione “regole di giudizio” è comunemente riferita alle situazioni di incertezza che affiorano nell'accertamento di fatti in vista di decisioni giudiziarie e a questo significato ci si atterrà nel seguente scritto.

⁶ L'art. 479 comma 3 c.p.p. 1930 (anche nella sua versione originaria) imponeva l'assoluzione per insufficienza di prove quando risultavano “insufficienti le prove per condannare”. La norma non discendeva dalla presunzione d'innocenza (apertamente avversata dalla cultura giuridica fascista): era, più modestamente, il frutto di una scelta di opportunità politica (storicamente risalente) che – persino in quel clima politico-costituzionale – preferiva l'assoluzione del colpevole alla condanna di un possibile innocente. MANZINI (1931), p. 184 accettava a malincuore (“l'ambiguo brocardico”) in *dubio pro reo* in quanto «politicamente e moralmente conveniente».

non” o la “evidenza del probabile”⁷, che – come si dirà – rivela una qualche affinità in ambito processuale penale con la regola di giudizio che la corrente giurisprudenza evoca per risolvere le situazioni di incertezza del giudice in materia di provvedimenti applicativi di misure cautelari personali⁸.

Non manca chi coltiva un’idea unitaria di regola di giudizio in ambito penale, sostenendo che lo *standard* “al di là di ogni ragionevole dubbio” (o regola BARD) è applicabile in ogni contesto probatorio, non solo quando il giudice dibattimentale si accinge a pronunciare una sentenza di condanna (art. 533 comma 1)⁹. Secondo questa impostazione, «va confutata e smascherata nelle sue occulte finalità extra-teoriche la diffusa opinione secondo cui la regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio riguarderebbe solo l’alternativa condanna/proscioglimento e non i provvedimenti cautelari o il rinvio a giudizio, ai quali si applicherebbe la regola del “più probabile che non”»¹⁰. Questo sulla base di un argomento logico: la formula BARD segnerebbe al contempo il livello massimo e minimo affinché nel processo un qualsiasi enunciato fattuale possa considerarsi provato; massimo, perché la certezza assoluta è irraggiungibile; minimo, perché scendendo al di sotto di quel livello, salta il concetto stesso di “provare” e si entra nel regno delle illazioni, della discrezionalità incontrollata¹¹.

In quanto volta a limitare l’arbitrio decisionale del giudice penale, la tesi merita certo attenzione e può essere condivisa, se con essa si vuol sostenere che ogni provvedimento basato su accertamenti di fatto, costringe il giudice dubbioso a optare per la soluzione favorevole all’imputato; e a scegliere l’alternativa sfavorevole solo quando ne fosse realmente convinto. Ma – a seconda del tipo di provvedimento da adottare e della fase processuale nella quale ci si trova – cambia il materiale conoscitivo a disposizione del magistrato per formarsi quel convincimento. E, come si dirà, cambiano – per le distinte tipologie di provvedimenti – anche le occasioni per controllare la discrezionalità giudiziale nell’uso della regola di giudizio.

Bisogna infatti ammettere che possono essere molto diverse fra loro le situazioni processuali nelle quali il giudice, pur in stato di imbarazzante dubbio si vede costretto ad adottare un provvedimento favorevole o sfavorevole alle ragioni della difesa. Vale la pena mettere alla prova l’accennata teoria unitaria, esaminando partitamente l’applicazione delle regole di giudizio con riguardo a distinti provvedimenti (anche diversi dalla sentenza di merito). Nei paragrafi successivi ci si limiterà a considerarne alcuni suscettibili di essere adottati nel procedimento di primo grado o in appello, prendendo le mosse dalla sentenza dibattimentale (anche di seconda istanza), proseguendo con la sentenza di giudizio abbreviato (anche di seconda istanza), con la sentenza di patteggiamento, con i provvedimenti di archiviazione, non luogo a procedere e rinvio a giudizio, per chiudere con i provvedimenti applicativi di misure cautelari personali. Come si vedrà, ciascuno di questi provvedimenti suppone situazioni processuali la cui diversità è apprezzabile ai fini del tema che qui interessa (discrezionalità nell’uso di regole di giudizio).

Una breve riflessione sarà dedicata infine ai provvedimenti applicativi di misure di prevenzione *ante-delictum*, le quali, pur estranee all’ambito penalistico strettamente inteso, rivelano (quanto meno nella realtà italiana) punti di innegabile contiguità con la “materia penale”.

Attenzione andrà poi prestata anche alla circostanza che i provvedimenti in questione siano o meno impugnabili, giacché, nella decisione che sfugge al controllo di logicità (davanti a un giudice superiore), l’uso della regola di giudizio è lasciata alla discrezionalità (pressoché incontrollata) dell’organo decidente.

⁷ Il parallelismo fra la regola penalistica “al di là di ogni ragionevole dubbio” e quella civilistica del “più probabile che non” o della “evidenza del probabile” è sottolineato in numerose sentenze di legittimità. Cfr., ad es., sez. un. civ. 11 gennaio 2008, CED Rv. 600899 e, da ultimo, ord. sez. 3 civ. 05 marzo 2024, CED Rv. 670339.

La ragione del diverso modo di distribuire l’onere della prova in civile e penale è ben chiarita da TARUFFO (2007), p. 1036: “Nel processo civile non c’è ragione di adottare lo stesso standard di prova che si ritiene debba valere nel penale. Non vi sono, infatti, presunzioni, come quella di non colpevolezza, che operano sistematicamente a favore di una parte e neppure vi sono ragioni per massimizzare la probabilità che una parte venga dichiarata vittoriosa invece che soccombente ... Il giudice civile deve dare prevalenza, adottandolo come fondamento della decisione, all’enunciato fattuale che ha ricevuto dall’esito delle prove il grado di conferma relativamente più elevato”.

⁸ Cfr. *infra*, par. 7.

⁹ È la posizione di FERRUA (2017), p. 725 ss.

¹⁰ FERRUA (2017), p. 731.

¹¹ FERRUA (2017), p. 731.

3. Regola di giudizio e sentenza dibattimentale di merito.

Operano qui simultaneamente il canone dell'*in dubio pro reo* (art. 530 comma 2) e la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio (art. 533 comma 1).

Pur codificata in tempi recenti nella nostra legge processuale¹², la regola BARD era in realtà desumibile dal sistema (come corollario della presunzione d'innocenza) anche prima della formale codificazione¹³.

La sua applicazione nel dibattimento suppone innanzitutto, in via preliminare, che il giudice faccia ogni sforzo per superare eventuali sentimenti di incertezza: dall'invito alle parti di "indicare temi di prova nuovi o più ampi utili alla completezza dell'esame" (art. 506 comma 1), all'iniziativa di completare con proprie domande l'esame di testimoni, periti, consulenti tecnici, coimputati (art. 506 comma 2), all'iniziativa diretta nell'assunzione di nuove prove, quando queste appaiano "assolutamente necessarie", vale a dire, utili per risolvere il dubbio sulla *quaestio facti* (art. 507). Se, nonostante questi sforzi, l'incertezza perdura, il giudicante dovrà affidarsi alla regola di giudizio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio".

La sentenza dibattimentale è impugnabile e, pertanto, soggetta al possibile sindacato di un giudice superiore. Quand'anche non fosse appellabile, sarebbe sempre suscettibile di controllo in sede di legittimità anche sul punto concernente l'uso che il giudice di merito ha fatto della regola di giudizio. Registriamo infatti una cospicua quantità di massime che si sforzano di chiarire ai giudici di merito come applicare tale regola. Meritano di essere qui ricordate, in particolare, le decisioni che annullano sentenze di merito per aver accolto con troppa disinvoltura le prospettazioni dell'accusa o della difesa, escludendo "ricostruzioni alternative" che rientrano "nell'ordine naturale delle cose e della razionalità umana"¹⁴. Oltre a violare il canone BARD, l'eventuale trascuratezza di credibili ricostruzioni alternative, comporterebbe l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata per vizio di motivazione.

Segue la stessa linea l'orientamento giurisprudenziale che ricava dalla regola BARD il dovere del giudice di merito di acquisire (se del caso, d'ufficio) un mezzo di prova necessario a superare situazioni di incertezza sulla *quaestio facti*. A ben vedere, un simile orientamento – se lo si valorizza dal punto di vista della difesa – amplia il diritto alla prova dell'imputato, includendo fra i motivi di annullamento della sentenza di merito anche la mancata assunzione di una semplice prova decisiva (non necessariamente di una prova contraria nel senso dell'art. 606 comma 1 lett. d). A questa conclusione è pervenuta una recente sentenza della Suprema corte¹⁵, della quale vale la pena riportare per intero il principio di diritto espresso: «*La sentenza di condanna che si fonda su un risultato probatorio incerto (come nel caso di specie, in cui gli esiti delle analisi svolte su campioni del medesimo prodotto, hanno dato esiti diversi presso laboratori ufficiali) deve dare adeguata spiegazione delle ragioni per le quali, a fronte della richiesta dell'imputato di perizia, gli esiti delle analisi al reo sfavorevoli vengano ritenuti esaustivi e incontrovertibili giacché la regola di giudizio dell' "oltre ogni ragionevole dubbio" impone al giudice l'adozione di un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatoria*». Si consideri che, nei motivi di ricorso, la difesa aveva lamentato la mancata assunzione della prova da parte del giudice di appello a norma dell'art. 603 comma 3 (da intendere come una sorta di prolungamento in secondo grado dell'art. 507, che attribuisce al giudice dibattimentale poteri di iniziativa probatoria proprio per superare situazioni di incertezza sulla *quaestio facti*). Di qui la conclusione che – facendo leva sulla regola BARD – si può pretendere l'annullamento (con rinvio) di una sentenza, anche oltre il più limitato motivo indicato nel citato art. 606 comma 1 lett. d. In breve, questo ampliamento del motivo di ricorso per cassazione a semplici violazioni del diritto alla prova – per come argomentato in giurisprudenza – è un effetto riflesso della regola di giudizio BARD che guida l'attività decisoria del giudice dibattimentale.

¹² Art. 5 l. n. 46 del 2006.

¹³ Così, fra altre, Cass. Sez. un. 6 luglio 2016, Dasgupta, CED Rv 267492, dove si ricorda che già la nota sentenza sez. un. 10 luglio 2002, Franzese, CED Rv 222139 menzionava esplicitamente quella regola supponendola già presente nel sistema penale, ancorché non espressamente prevista.

Anche in dottrina si ritiene che la citata riforma del 2006 si sia limitata a esplicitare una regola già presente nel sistema: in tal senso, FERRUA (2017), p. 731.

¹⁴ Si vedano Cass. sez. 5, 11 gennaio 2019, CED Rv. 275299; Cass. sez. 4, 24 ottobre 2018, CED Rv. 274358; Cass. sez. 2, 13 giugno 2017, CED Rv. 270519; Cass. sez. 5, 06 marzo 2013, CED Rv. 254579; Cass. sez. 1, 09 giugno 2009, Rv. 24380.

¹⁵ Cass. sez. 3, 13 aprile 2023, CED Rv 284364.

4. Giudizio abbreviato.

Quel che si è appena detto con riguardo alla sentenza dibattimentale vale, in linea generale, anche per la sentenza conclusiva del giudizio abbreviato. Del resto, il codice di rito è esplicito nell'estendere a codesto rito semplificato la regola prevista per la decisione che chiude il giudizio ordinario (art. 442 comma 1). La sola differenza riguarda la diversa "qualità" del materiale conoscitivo sul quale si forma il convincimento del giudice: non prove filtrate dal contraddittorio dibattimentale, bensì atti raccolti unilateralmente da polizia e pubblico ministero, dal difensore nel corso delle indagini o acquisiti nella fase preliminare per iniziativa istruttoria del giudice procedente (es. art. 422).

La legge processuale consente che anche su questo grezzo materiale conoscitivo si formi un convincimento giudiziale "al di là di ogni ragionevole dubbio". C'è da chiedersi come possa concretizzarsi un convincimento capace di sfidare "ogni dubbio ragionevole", quando il materiale conoscitivo a disposizione è scadente e inaffidabile, secondo i criteri della migliore epistemologia giudiziaria.

Di questa esigenza ha cercato di farsi interprete la giurisprudenza di legittimità, quando ha affrontato il problema del giudizio di appello contro sentenze assolutorie emesse a seguito di giudizio abbreviato. Si arrivò a sostenere che il canone BARD imponeva un recupero del contraddittorio nella formazione della prova in fase di appello, quale condizione per ribaltare l'assoluzione in condanna. E questo a prescindere dal rilievo che – con la richiesta di giudizio abbreviato – l'imputato aveva accettato di esser giudicato allo stato degli atti, rinunciando così all'oralità/immediatezza e al contraddittorio nella formazione della prova (assicuratogli dall'art. 111 comma 4 cost.)¹⁶.

Tale orientamento¹⁷ intendeva affermare – nell'ordinamento processuale italiano – l'abbandante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di limiti al potere del giudice di appello di condannare l'imputato assolto in primo grado¹⁸. Ne seguì – nel 2017 – la riforma legislativa che impose la rinnovazione del dibattimento in appello, quando il pubblico ministero avesse impugnato sentenze assolutorie per motivi attinenti alla valutazione di prove dichiarative¹⁹: regola da applicare anche nei giudizi di appello contro le sentenze di giudizio abbreviato.

La tormentata vicenda normativa ha poi avuto un epilogo sorprendente, propiziato ancora dalla giurisprudenza di Strasburgo. Una sentenza riguardante proprio l'Italia ha affermato che l'art. 6 CEDU non esige un recupero dei principi di immediatezza e oralità in appello, visto che col chiedere il giudizio abbreviato l'imputato ha consapevolmente e liberamente rinunciato al contraddittorio²⁰. Di qui l'ulteriore ripensamento legislativo che limita la possibilità di rinnovare l'istruttoria in appello, quando il pubblico ministero abbia impugnato la sentenza assolutoria, contestando una prova dichiarativa che sia stata assunta all'esito di integrazione probatoria intercorsa nel giudizio abbreviato²¹. La nuova prova dichiarativa andrebbe comunque assunta con le modalità previste per il giudizio dibattimentale, vale a dire nel contraddittorio fra le parti. Solo se in prima istanza non ci fosse stata integrazione probatoria, il giudice di appello potrebbe condannare sulla base delle prove disponibili nel fascicolo processuale, senza bisogno di rinnovare il dibattimento²².

Nel giudizio abbreviato vige dunque la regola BARD, ma – val la pena ribadirlo – la si applica, in linea generale, a un materiale conoscitivo considerato di minor qualità e, si direbbe, di minor affidabilità rispetto a quello formato in un dibattimento ordinario. Il rispetto dell'oralità

¹⁶ Si veda Cass. sez. unite, 14 aprile 2017, CED Rv. 269785 dove si legge: «L'assoluzione pronunciata dal giudice di primo grado travalica ogni pretesa di simmetria. Essa, implicando l'esistenza di una base probatoria che induce quantomeno il dubbio sulla effettiva valenza delle prove dichiarative, pretende che si faccia ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile; sicché la eventuale rinuncia dell'imputato al contraddittorio nel giudizio di primo grado non fa premio sulla esigenza di rispettare il valore obiettivo di tale metodo ai fini del ribaltamento della decisione assolutoria». Decisione avallata da Corte cost. nr. 124 del 2019.

¹⁷ Autorevolmente fatto proprio da Cass. Sez. un. 6 luglio 2016, CED Rv. 267486.

¹⁸ Si vedano, in particolare, Dan c. Moldavia del 5 luglio 2011, nr.28-35, Găitânanu c. Romania, del 26 giugno 2012, nr. 31-42; Lazu c. Repubblica di Moldavia, del 5 luglio 2016, nr. 31-44.

¹⁹ Art. 603 comma 3-bis, novellato da art. 1 comma 58, l. 23 giugno 2017, n. 103.

²⁰ Corte EDU 1° sez. Di Martino e Molinari c. Italia, del 25 marzo 2021 ai punti 33-39.

²¹ Questa la (francamente un po' cervellotica) soluzione imposta oggi dall'art. 603 comma 3-bis, novellato dall'art. art. 34, comma 1, lett. i), n. 2), d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

²² Traendo spunto dalla sentenza Corte EDU Di Martino e Molinari c. Italia (citata *supra* nota 21), perviene a questa conclusione la più recente giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. sez. 2, 12 marzo 2024. CED Rv 286100.

e del contraddittorio è assicurato solo in via eccezionale, nei ricordati casi di “integrazione probatoria” secondo la previsione dell’art. 603 comma 3-bis. Negli altri casi, l’assoluzione in primo grado può convertirsi in condanna da parte del giudice d’appello sulla base o di una semplice lettura di atti presenti nel fascicolo, o di una rinnovazione dibattimentale disposta d’ufficio (*ex art. 603 comma 3*), destinata a svolgersi secondo le regole dettate per il giudizio abbreviato (oralità senza immediatezza né contraddittorio)²³.

La domanda è, pertanto: quale tipo di certezza sia in grado di produrre un materiale conoscitivo “grezzo”, non raffinato dal contraddittorio e, per ciò stesso, da considerare con estrema prudenza, se non con sospetto?

Da ingredienti di dubbia qualità difficilmente escono buoni prodotti. Se davvero ci si distanzia dall’ideale epistemologico (normativamente fissato nell’art. 526), il giudice tenuto a risolvere l’alternativa assoluzione/condanna sulla scorta di “mezze-prove” dovrebbe – a rigor di logica – essere incline più al dubbio che alla certezza, persino quando gli elementi a carico fossero all’apparenza prevalenti su quelli a favore dell’imputato. L’uso corretto della discrezionalità decisoria dovrebbe indurre il giudice del giudizio abbreviato ad assolvere (per insuperabile incertezza sul fatto) in misura maggior di quanto accada nel giudizio ordinario. Questo suggerirebbe la logica. Da un punto di vista concettuale, parrebbe insomma verificarsi un corto circuito fra “qualità della prova” e regola BARD, quando è la stessa modalità di assunzione della prova a instillare il dubbio sulla sua idoneità a supportare un giudizio di responsabilità penale.

Si sa, invece, che la richiesta dell’imputato di accedere al rito speciale ha l’effetto “magico” di trasformare le “mezze prove” in “prove piene”, sicché la finzione giuridica fa sparire la differenza sostanziale fra i compendi probatori (qualitativamente assai diversi) che risultano dai due contesti procedurali evocati (dibattimento e giudizio abbreviato).

Resta la stranezza di un duplice percorso per superare il ragionevole dubbio nel giudizio abbreviato. Da un lato, ribadiamolo, il citato art. 442 autorizza il giudice ad accertare il fatto avvalendosi di “mezze prove” o, se si preferisce, di prove formate unilateralmente nella fase preliminare. Dall’altro, nei particolari casi di giudizio abbreviato condizionato, sfociato in un proscioglimento, la regola BARD riprende vigore, esigendo che il giudice d’appello raccolga la prova orale nel rispetto del contraddittorio per arrivare a una possibile condanna. Si dirà che, in una simile situazione, l’eccezionale passaggio dal regime probatorio previsto per il giudizio abbreviato a quello imposto per il dibattimento si giustifica per la necessità di consentire al giudice di redigere una “motivazione rafforzata”, idonea a superare l’affermazione di innocenza contenuta nella sentenza appellata. Ma se si prende per buona questa spiegazione bisogna ammettere che c’è una relazione fra “qualità della prova” e regola di giudizio espressa nell’art. 533 comma 1. E allora bisogna ammettere che ciascun regime probatorio esige – per le situazioni di incertezza decisoria – regole di giudizio adeguate alla “*qualitas*” degli elementi conoscitivi dei quali il giudice di merito si alimenta. Come già accennato, l’*in dubio pro reo* e, più precisamente, la regola BARD, vale (dovrebbe valere) a maggior ragione, quando il materiale probatorio offre scarsa affidabilità per il modo in cui è venuto ad esistenza.

5. Patteggiamento (e altri riti alternativi al dibattimento che non esigono accertamento positivo della responsabilità penale).

Considerazioni a parte vanno fatte per la sentenza di patteggiamento e per le decisioni adottate in altri riti alternativi (principalmente l’ordinanza che accoglie la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova²⁴ e il decreto penale di condanna²⁵).

Tutti questi provvedimenti hanno in comune la natura di decisioni condannatorie, emesse senza un vero accertamento di responsabilità penale. Per ciascuno di essi la legge processuale

²³ Può considerarsi ancora attuale – al riguardo – l’orientamento della Corte di cassazione (SU 29 gennaio 1996, CED Rv 203427) che, in caso di appello sulla sentenza di giudizio abbreviato, riconosce al giudice il potere di disporre d’ufficio l’acquisizione di prove (art. 603 comma 3) secondo le modalità previste per il rito speciale: «*Nel processo celebrato con la forma del rito abbreviato al giudice di appello è consentito ... disporre d’ufficio i mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari per l’accertamento dei fatti che formano oggetto della decisione, secondo il disposto dell’art. 603, comma 3 c.p.p.; in tale fase, peraltro, non può configurarsi alcun potere di iniziativa delle parti in ordine all’assunzione delle prove in quanto, prestando il consenso all’adozione del rito abbreviato, esse hanno definitivamente rinunciato al diritto alla prova*».

²⁴ Art. 464-quater comma 1.

²⁵ Art. 459 comma 3.

si accontenta che il giudice verifichi sommariamente l'assenza di "cause di non punibilità", vale a dire di evidenti ragioni che imporrebbero l'assoluzione dell'imputato a norma dell'art. 129 comma 1.

Per semplificare l'esposizione del nostro tema conviene riferirsi alla sola sentenza di patteggiamento, consapevoli che, salvo lievi differenze, quanto si dirà con riguardo a codesta decisione vale anche per gli altri due provvedimenti.

Con la richiesta di patteggiamento, l'imputato esonera il pubblico ministero dal dover provare l'accusa e il giudice dal dover motivare *in facto* la condanna. La sentenza è inappellabile e pure il ricorso per cassazione è limitato ai motivi tassativamente indicati nell'art. 448 comma 2-bis: da segnalare – per quanto direttamente ci riguarda – l'impossibilità di impugnare la sentenza per vizio di motivazione²⁶, conseguente a eventuali errori nell'uso di regole di giudizio da parte del giudice di merito. Ciò rende difficoltoso ricostruire il quadro giurisprudenziale su un tema che – in linea generale – è sottratto all'elaborazione del giudice di legittimità.

Un aiuto può venire dalle decisioni che si sono occupate dei limiti entro i quali è ammessa la revisione delle sentenze di patteggiamento per il sopraggiungere di nuove prove (art. 630 lett. c).

In linea generale, la revisione delle sentenze di condanna è ammessa a condizione che gli elementi forniti dall'impugnante siano «tali da dimostrare, se accertati, che il condannato dev'essere prosciolto a norma degli artt. 529, 530 o 531» (art. 631). Parrebbe, quindi, che pure per le sentenze in questione, il sopraggiungere di una nuova prova apra la prospettiva dell'*in dubio pro reo* e della regola BARD, benché l'imputato, patteggiando, abbia sostanzialmente accettato la ricostruzione fattuale prospettata nell'atto di accusa. In realtà, non è questa la soluzione che la giurisprudenza ha escogitato. Un orientamento ormai consolidato nega che la revisione della sentenza di patteggiamento vada accolta quando si prospetti la possibilità di una assoluzione anche per essere insufficienti o contraddittorie le prove disponibili²⁷. Norma di riferimento – ai fini di un buon esito dell'impugnazione straordinaria – resta l'art. 129. In altre parole, il processo è destinato a riaprirsi nella stessa situazione in cui si trovava l'imputato al momento di chiedere la pena concordata. In caso di dubbio, la revisione non sarebbe ammessa, perché non troverebbe applicazione l'art. 530 comma 2.

Questa conclusione è avversata da una parte della dottrina, incline a ravvisare nella sentenza di patteggiamento un vero accertamento di responsabilità penale, con conseguente applicazione del canone BARD. Si sottolinea, in particolare, che nella procedura patteggiata «la "sommarietà" della verifica di colpevolezza può essere tollerata solo in quanto si accompagni a un esito provvisorio dell'attività cognitiva che già soddisfi, in sé e per sé considerato, il parametro valutativo fissato dall'art. 533»²⁸.

Tale opinione si sforza di riportare ad unità i criteri di accertamento del fatto nel procedimento penale, per giustificare la decisione di condanna, anche a fronte dei principi costituzionali posti a tutela dell'imputato (principalmente, la presunzione di innocenza). Essa si scontra tuttavia con la disciplina processuale dei riti alternativi al dibattimento (in particolare quelli considerati in questo paragrafo) che autorizzano il giudice a emettere una decisione condannatoria sulla base di un semplice e sommario accertamento negativo della insussistenza di cause di non punibilità. Le già segnalate circostanze che caratterizzano le procedure "negoziato" qui considerate (assenza di una motivazione *in facto*, inoppugnabilità dei vizi di motivazione) rendono il giudice di merito libero di determinarsi come meglio crede e, certamente, non gli impongono di applicare la regola BARD.

Il punto è affrontato in una interessante e rara decisione della Corte di cassazione. L'imputato ricorrente aveva lamentato la mancata applicazione degli artt. 530 e 533 a una sentenza che aveva applicato lo sconto di pena previsto per il patteggiamento. Ciò era però avvenuto all'esito di una richiesta non condivisa dal pubblico ministero, che il giudice dibattimentale aveva invece ritenuto di dover accogliere. La Corte sostenne che, eccezionalmente, in un caso come questo, doveva trovare applicazione la ordinaria regola di giudizio (art. 530 e art.

²⁶ Il discorso non vale per l'ordinanza che decide sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, soggetta a ricorso per cassazione da entrambe le parti (art. 464-quater comma 7). Che ciò possa avvenire per tutti i motivi indicati nell'art. 606, incluso quindi il vizio di motivazione, è stato chiarito dalla Corte di cassazione a sezioni unite con la sentenza del 6 aprile 2023, CED Rv 284273.

²⁷ Valga per tutte Cass. sez. 5, 30 marzo 2021, CED Rv. 280759, alla cui motivazione si rinvia per i numerosi precedenti tutti conformi.

²⁸ Così CAPRIOLI (2009), pp. 78 ss.

Opinione non condivisa da FERRUA (2017), pp. 739 e 740.

533), perché l'accertamento giudiziale aveva assicurato la *plena cognitio*²⁹. Ma è stata proprio la singolarità di codesta vicenda processuale a giustificare la ragionevole presa di posizione della Cassazione: quando il patteggiamento è applicato all'esito di un dibattimento che non si è riusciti ad evitare, vale a dire nella situazione prevista dall'art. 448 comma 1, ultima frase).

In definitiva, salvo il caso appena esemplificato, né la sentenza di patteggiamento, né gli altri provvedimenti di tipo condannatorio che subordinano l'accertamento del fatto al presupposto di una mera delibazione circa la insussistenza di cause di non punibilità³⁰, implicano l'applicazione della regola di giudizio al di là di ogni dubbio ragionevole dubbio, né comportano la soggezione all'*in dubio pro reo*³¹.

Se si volesse fare dei riti negoziali altrettanti spazi processuali da assoggettare a una sola regola di giudizio, sarebbe necessario modificarne la struttura, evitando di surrogare con un atto di volontà (dell'imputato, condiviso dal pubblico ministero) l'incompleto accertamento del fatto³².

6. Archiviazione, non luogo a procedere, rinvio a giudizio.

Archiviazione e non luogo a procedere sono adottate con provvedimenti allo stato degli atti, sulla base di elementi conoscitivi raccolti unilateralmente da polizia, pubblico ministero o difensore.

Vale qui l'innovativa regola di giudizio della *ragionevole previsione di condanna*, che la recente riforma processuale (d. lgs. 150/2022) ha sostituito al più vago criterio della *idoneità degli atti d'indagine a sostenere l'accusa in giudizio* (espressa nell'abrogato art. 125 disp. att.).

È corretto ricondurre la nuova regola di giudizio al canone BARD? Nessun problema vi sarebbe a dare risposta affermativa, se il riferimento all'oltre ogni ragionevole dubbio fosse inteso in senso meramente descrittivo, a significare che il giudice può prendere una decisione sfavorevole all'imputato solo a condizione di esserne intimamente convinto. Ma questo non è sufficiente ad affermare che la regola di giudizio oggi codificata nell'art. 533 comma 1 sia applicabile alla stessa maniera nel dibattimento e nella fase preliminare.

Diversamente dal giudice dibattimentale, che, nell'accingersi a emettere la sentenza di me-

²⁹ Si veda Cass. sez. 3, 20 febbraio 2017, CED Rv 269319, della quale conviene qui citare il seguente passo: « *La motivazione della sentenza di patteggiamento, quando resa all'esito del dibattimento, non può non risentire della conoscenza degli elementi di prova assunti nel corso del processo perché, al di là delle conseguenze processuali, essa presuppone un accertamento della responsabilità indubbiamente più approfondito di quello richiesto ai fini della delibazione del negozio processuale che si fonda sul consenso anche della parte che non ha formulato la richiesta* ».

³⁰ Il riferimento all'art. 129 che ritroviamo nella disciplina del patteggiamento (art. 444 comma 2), del decreto penale di condanna (art. 459 comma 3) e della sospensione del processo con messa alla prova (art. 464-ter.1 comma 4) va inteso nel senso che la causa di non punibilità deve risultare evidente dagli atti contenuti nel fascicolo a disposizione del giudice; all'evidente innocenza va equiparata la totale assenza di prove a carico, secondo la risalente (e tutt'ora valida) presa di posizione della nostra Corte costituzionale (sent. nr. 5 del 1975, relativa all'art. 152 del codice previgente); ma quest'ultimo è caso pressoché di scuola, perché il pubblico ministero non dovrebbe prestare il proprio consenso al patteggiamento, sapendo che la sua indagine non ha prodotto alcun valido elemento a carico dell'imputato.

³¹ Nella richiesta di patteggiamento così come nella mancata opposizione al decreto penale di condanna è insita una parziale rinuncia alla presunzione di innocenza (e alla regola di giudizio che ne costituisce il corollario). Nella richiesta di sospensione del processo con messa alla prova la rinuncia alla presunzione di innocenza è totale: viene messo fra parentesi il suo valore sia come regola di giudizio sia come regola di trattamento.

In questo senso (con riguardo alla procedura di patteggiamento) anche P. FERRUA, *Regole di giudizio*, cit., 739, il quale giustamente insiste sulla natura anti-cognitiva del rito speciale in questione.

³² Per chiarire il punto affrontato nel testo risulta istruttiva la lettura della sentenza con la quale la Corte costituzionale tedesca ha affermato che la speciale procedura negoziale delle *Absprachen* deve assicurare l'accertamento della verità secondo le stesse regole imposte per l'ordinaria sentenza dibattimentale di merito. Si tratta della decisione emessa dalla 2° sezione del *Bundesverfassungsgericht*, il 19 marzo 2013, consultabile (anche in lingua inglese sul sito web www.bundesverfassungsgericht.de).

Va detto che la speciale procedura detta delle *Absprachen* (o *Verständigungen*) regolata nel § 257c della *Strafprozessordnung*, ricorda solo alla lontana il nostro patteggiamento; ne differisce per le seguenti caratteristiche: implica sempre una confessione del richiedente; la trattativa deve coinvolgere anche il giudice e va esposta in un pubblico dibattimento; la richiesta dell'imputato non comporta diminuenti processuali, ma solo una comunicazione, da parte del giudice, del massimo di pena irrogabile (in maniera da ridurre la fornice editale astrattamente prevista dalla legge penale, mettendo così l'imputato in condizione di "fare i suoi calcoli"); il giudice è tenuto ad acquisire d'ufficio le prove necessarie a superare eventuali incertezze; acquisizione delle prove, loro valutazione e regole di giudizio sono le stesse previste per il giudizio ordinario. Si capisce, quindi, che l'ordinamento processuale penale tedesco, diversamente da quello italiano, non deroga al modello cognitivo con l'istituto delle *Absprachen*, che pur trova giustificazione in ragioni di efficienza processuale. La citata sentenza del *Bundesverfassungsgericht* ha inteso affermare l'ancoramento al concetto di verità materiale anche delle "trattative sulla pena", con conseguente uniformità delle regole di giudizio a disposizione del giudice. Cfr. RÖNNAU Th., (2018), pp. 167 ss.

Del resto, la normativa francese, ne disciplinare la *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, prevede esplicitamente che l'imputato riconosca la responsabilità dei fatti attribuitigli (art. 495-7 comma 1 e art. 495-11 comma 1) e impone al giudice una previa verifica sulla *réalité des faits* (art. 495-9 comma 2). Sul punto, in dottrina, DESPREZ (2006), p. 109 ss.

rito, opera sulla base di un compendio probatorio ormai definito e non più mutabile, i giudici dell'indagine e dell'udienza preliminare lavorano con materiale conoscitivo ancora plasmabile, suscettibile di evoluzioni e modifiche successive.

Questi giudici, come si sa, sono chiamati a una valutazione prognostica, della quale c'è una evidentissima traccia verbale nel canone della "ragionevole *previsione* di condanna". La dimensione dinamica (evocata dal termine "previsione") accresce in misura sensibile la discrezionalità della decisione: che si tratti di richiesta di archiviazione, di provvedimento che decide su tale richiesta, di richiesta di rinvio a giudizio, di sentenza di non luogo a procedere o di decreto di rinvio a giudizio, il giudice non si limita a valutare il materiale conoscitivo presente nel fascicolo, ma aggiunge una sua personale congettura sulle futuribili sorti del dibattimento. Qui sta la notevole differenza di situazione processuale che, a mio avviso, impedisce di estendere l'art. 533 comma 1 alla fase preliminare.

C'è dell'altro. L'applicazione della nuova regola di giudizio (ragionevole *previsione* di condanna) è, di fatto, difficilmente controllabile, se non addirittura incontrollabile. Alcuni dei provvedimenti ai quali ci si riferisce (richiesta di archiviazione, provvedimento di archiviazione, richiesta di rinvio a giudizio, decreto che dispone il giudizio, prosecuzione del giudizio disposta all'esito dell'udienza di comparizione predibattimentale) sono al più sindacabili, ma non possono essere impugnati per motivi attinenti all'applicazione di codesta regola.

Limitiamoci a considerare qui la richiesta di rinvio a giudizio, che il pubblico ministero può presentare sul presupposto della già ricordata "ragionevole *previsione* di condanna". Essa è sì soggetta a un sindacato giurisdizionale, giacché in questo si risolve l'udienza preliminare (ovvero l'udienza di comparizione predibattimentale, ora prevista dal novellato art. 554-bis). Tuttavia, l'eventuale cattivo uso della regola non potrebbe essere oggetto di impugnazione davanti a un giudice superiore e, quel che più conta, non potrebbe essere portato all'attenzione del giudice di legittimità. Nemmeno il successivo, eventuale decreto di rinvio a giudizio sarebbe impugnabile: se ne impedisce persino la motivazione (come si arguisce facilmente leggendo l'art. 429), per evitare che il giudice del dibattimento sia, per così dire, "contaminato" da argomentazioni costruite sugli esiti della fase preliminare.

È invece motivata e impugnabile la sentenza di non luogo a procedere, il solo, fra i provvedimenti qui considerati, soggetto a un controllo da parte di giudici superiori e il solo a poter pertanto contare su una elaborazione giurisprudenziale che chiarisca i contorni della regola di giudizio.

Non si registrano ancora prese di posizione sulla regola della "ragionevole *previsione* di condanna" in questo tipo di sentenze. Ci si deve accontentare della vecchia giurisprudenza maturata quando vigeva il diverso criterio della "sostenibilità dell'accusa in giudizio", a proposito del quale si ribadiva il carattere "prognostico" della regola decisoria, con un'affermazione che mantiene ancora oggi la sua fondatezza³³.

Il passaggio dalla "sostenibilità dell'accusa in giudizio" alla "ragionevole *previsione* di condanna" doveva frenare eccessi di discrezionalità dei giudici dell'indagine e dell'udienza preliminare, rendendo meno arbitrario il filtro giudiziale sulla fondatezza delle accuse.

È ingenua la pretesa di affrontare un simile problema affidandosi a semplici espressioni verbali ("ragionevole *previsione* di condanna" anziché "sostenibilità dell'accusa in giudizio"). Ed è del tutto insufficiente la possibilità di controllare l'uso della nuova regola di giudizio attraverso l'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere, giacché gli eventuali abusi della regola stessa, attuati con il provvedimento di rinvio a giudizio, sarebbero comunque destinati a produrre il proprio effetto propulsivo (passaggio alla fase dibattimentale), senza che nessuno lo possa impedire³⁴. In altre parole, dell'abuso ci si renderebbe conto troppo tardi: quando il giudice dibattimentale, constatata la mancanza o insufficienza di prove a carico, assolvesse nel merito l'imputato. Intanto, quel rinvio a giudizio avrebbe prodotto proprio l'effetto che la nuova regola di giudizio intendeva evitare³⁵.

³³ «Solo una prognosi di inutilità del dibattimento relativa alla evoluzione, in senso favorevole all'accusa, del materiale probatorio raccolto ... può condurre ad una sentenza di non luogo a procedere»: così Cass. sez. 5, 03 giugno 2009, CED Rv 244202.

³⁴ Una recente sentenza di legittimità ha esclusa l'impugnabilità (come atto abnorme) del provvedimento di rinvio a giudizio emesso a norma dell'art. 554-ter e inopinatamente motivato, (Cass. Sez. 6, 17 giugno 2024, CED Rv 286630).

³⁵ Detto per inciso, la regola della "ragionevole *previsione* di condanna" rischia di sortire un effetto indesiderato da chi l'ha proposta. Elevando (quanto meno nominalmente) la soglia di verifica circa la fondatezza dell'accusa, al punto da avvicinarla alla fondatezza di una condanna, si introduce nel sistema un dettaglio che rischia di trasformare la fase preliminare in fase di accertamento della responsabilità penale (anziché di accertamento del presupposto per il rinvio a giudizio). Si è a lungo polemizzato – prima che entrasse in vigore la riforma processuale del 1988 – con la disposizione dell'art. 299 comma 1 del c.p.p. previgente, che imponeva al giudice istruttore di «*compiere prontamente tutti e soltanto*

7.

Provvedimenti che applicano misure cautelari personali: gravi indizi di colpevolezza.

L'attenzione si sposta ora sui provvedimenti che dispongono misure cautelari (personali) e sugli esiti delle relative impugnazioni.

Su quale sia la regola di giudizio atta ad orientare la decisione cautelare si sono espresse diverse opinioni.

In dottrina si è fatto ricorso alla nozione di *probatio minor*, intendendo in tal modo suffragare la tesi che – per stabilire se sussistano i gravi indizi di colpevolezza (art. 273) – il giudice cautelare si affida alla regola del più probabile che non³⁶.

Si è evocata anche la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, da applicare però non già in considerazione della “colpevolezza”, bensì della “probabile colpevolezza” del destinatario della misura³⁷.

La giurisprudenza, dal canto suo, sembra attestata sul criterio (da essa stessa escogitato) della “qualificata probabilità di colpevolezza”, che in sostanza riecheggia l'idea della *probatio minor*³⁸.

Tutte queste opinioni sottolineano il carattere probabilistico della decisione cautelare. Per sino chi si richiama al canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, si sente poi obbligato – come detto – a riferire tale regola di giudizio non al giudizio di responsabilità, ma alla “probabile” responsabilità dell'imputato, non foss'altro per evitare che la decisione cautelare finisca col sovrapporsi, sino a confondersi, con la decisione di condanna.

Esaminare quale spazio abbia la discrezionalità del giudice nell'incidente cautelare implica un (pur breve) esame della composizione e struttura dei relativi provvedimenti.

Ai fini che più direttamente qui interessano meritano di essere succintamente ricordati i seguenti dettagli:

- La decisione cautelare è provvedimento allo stato degli atti, adottato solitamente nella fase preliminare, nell'ambito di un procedimento in continua, progressiva evoluzione sotto il profilo dell'accertamento di fatto;
- Il giudice (sia della prima istanza, sia dell'impugnazione cautelare di merito) provvede sulla base di atti presentati dal pubblico ministero, eventualmente integrati dal difensore³⁹;
- In caso di incertezza, il giudice cautelare (di prima o seconda istanza) non può assumere iniziative d'ufficio per completare un quadro probatorio a suo avviso insufficiente: deve pertanto decidere, quanto meno di regola, senza poter attingere a fonti conoscitive diverse da quelle che gli sono state presentate⁴⁰;
- la decisione cautelare ha una componente prognostica (per la parte riguardante i *pericula libertatis*) che impegna la fantasia congetturale del giudice⁴¹;
- in certi casi, la legge prevede presunzioni relative di sussistenza delle esigenze cautelari

quegli atti che ... appaiono necessari all'accertamento della verità». Oggi non c'è più il giudice istruttore, che, da organo giurisdizionale qual era, poteva garantire (quanto meno formalmente) l'imparzialità dei suoi accertamenti. Se l'attuale investigazione del pubblico ministero punta a raccogliere elementi idonei a suffragare una “ragionevole previsione di condanna”, l'indagine preliminare rischia – di fatto – di trasformarsi nella fase votata a chiudere l'accertamento di colpevolezza prima della verifica dibattimentale, similmente a quel che accadeva con la vecchia istruzione formale. Con la non trascurabile differenza che il pubblico ministero è una parte del processo e vanta una “imparzialità” ben diversa da quella che caratterizza (o dovrebbe caratterizzare) la figura del giudice. Il paradosso qui denunciato è già stato oggetto di opportuni rilievi critici in dottrina, già prima che la riforma del 2022 introducesse questa nuova regola di giudizio: si veda in particolare DANIELE (2021), p. 3069 ss.

³⁶ CAPRIOLI (2008), p. 111.

³⁷ È la tesi di FERRUA (2017), p. 742.

³⁸ In tal senso, da ultimo, Cass. sez. 3, 02 agosto 2021, Rv. 282232. La figura (pre-illuministica) della *probatio minor* viene utilizzata anche da precedente giurisprudenza: ad es. Cass. sez. 5, 2 marzo 2007, Rv. 236258.

³⁹ Dall'art. 273 comma 1 *bis* si capisce che – sul piano della valutazione delle fonti conoscitive – il regime probatorio dell'incidente cautelare è affine a quello del giudizio abbreviato: prova ne sia che la distinzione fra inutilizzabilità fisiologica e patologica (che proprio nella norma appena citata ha il suo referente normativo) è usata indistintamente per codesti due riti.

⁴⁰ Soto questo specifico profilo affiora una significativa differenza con la situazione che si presenta nel giudizio abbreviato e che ammette integrazioni probatorie d'ufficio in casi di incertezza sul fatto (art. 441 comma 5)

Il timore di ricadere nella ripudiata figura del giudice istruttore ha indotto il legislatore del 1988 a privare pressoché del tutto il giudice della fase preliminare di poteri istruttori: rare le eccezioni; in ambito cautelare, le si trova nella procedura di sostituzione o revoca della misura, durante la quale il giudice delle indagini può assumere d'ufficio l'interrogatorio dell'indagato (art. 299 comma 3-*ter*), nonché disporre accertamenti sullo stato di salute o su altre condizioni personali dello stesso (art. 299 comma 4-*ter*).

⁴¹ Si vedano i rilievi svolti al riguardo nel paragrafo successivo.

(art. 275 comma 3, seconda e terza parte);

- la decisione cautelare dev'essere sempre dettagliatamente motivata (art. 292) ed è impugnabile sia nel merito (artt. 309 e 310), sia davanti al giudice di legittimità (art.311) anche per vizi attinenti al cattivo uso della regola di giudizio (vizio di motivazione).

Prendiamo per buona la tesi, da tempo condivisa in giurisprudenza, stando alla quale la regola di giudizio in ambito cautelare è sintetizzata nell'espressione "qualificata probabilità di condanna"⁴².

La formula dice poco finché non la si svolge in una definizione più articolata. A questo ha provveduto la giurisprudenza con un passaggio dedicato ai "gravi indizi di colpevolezza" che merita di essere riportato alla lettera: tali indizi sarebbero costituiti da «*elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, che - contenendo "in nuce" tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova - non valgono, di per sé, a provare oltre ogni dubbio la responsabilità dell'indagato e tuttavia, consentono, per la loro consistenza, di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei a dimostrare tale responsabilità, fondando nel frattempo, come già rilevato, una qualificata probabilità di colpevolezza*»⁴³.

Il tratto interessante di questa massima⁴⁴ sta nell'aver posto l'accento sugli elementi da valutare, anziché sull'atto (soggettivo) del compendiarli nel convincimento giudiziale. Ciò che impedisce l'adozione della formula BARD nell'incidente cautelare è la inadeguatezza del materiale conoscitivo a disposizione del giudice: prove solo "in nuce", non prove filtrate nel contraddittorio dibattimentale. Solo su queste ultime può esercitarsi la regola di giudizio oggi imposta esplicitamente dall'art. 533 comma 1. Gli elementi raccolti unilateralmente nella fase preliminare ammettono una conoscenza per definizione parziale e incompleta dei fatti⁴⁵.

Possiamo anche ammettere che il giudice – nel considerare il compendio investigativo allegato dal pubblico ministero alla richiesta cautelare – sciolga eventuali incertezze "al di là di ogni ragionevole dubbio", ma l'espressione sarebbe puramente descrittiva di un suo stato psicologico, vale a dire di persona che risolve l'incertezza in favore dell'imputato, pur consapevole del carattere provvisorio e incompleto degli elementi a sua disposizione. Non avrebbe alcuna pretesa di porsi come criterio oggettivo, tendente ad arginare la discrezionalità giudiziale. In altre parole, l'accento cade qui non su un supposto minor grado del convincimento giudiziale (rispetto a quello richiesto per la decisione dibattimentale di merito), ma su una minor solidità processuale del materiale conoscitivo a disposizione del giudice cautelare. Del resto, quest'ultimo, in caso di dubbio, non può che decidere in favore dell'imputato: ma altro è il dubbio (insuperabile e definitivo) maturato dal giudice dibattimentale in camera di consiglio (art. 533 comma 1), altro il dubbio (provvisorio e mutevole nella dinamica procedimentale) che deriva dal complesso degli elementi allegati alla richiesta cautelare. Cambia, nelle due situazioni, la maggior o minor solidità (o consistenza) del materiale conoscitivo sul quale la regola di giudizio – in caso di incertezza – va applicata. Nella tendenza giurisprudenziale a far valere qui la regola della "qualificata probabilità di colpevolezza" si riflette – credo – la difficoltà di invocare la più impegnativa formula BARD di fronte a un compendio indiziario incompleto e approssimativo.

8.

Segue: prognosi di pericolosità (*pericula libertatis*).

Quel che si è sin qui detto vale soprattutto (se non esclusivamente) per l'accertamento dei gravi indizi di colpevolezza. La discrezionalità giudiziale trova qui un limite nel controllo sull'ordinanza cautelare nei giudizi di impugnazione. La ricorribilità per cassazione è in grado di assicurare il formarsi di una giurisprudenza di legittimità capace di orientare le decisioni dei giudici di merito.

Fra le acquisizioni recenti di tale giurisprudenza merita, ad esempio, di essere segnalato

⁴² In tal senso già Cass. sez. un. 1° agosto 1995, CED Rv 202002.

Anche chi suggerisce di denominare diversamente la regola di giudizio da usare in ambito cautelare introducendo l'espressione "probabile colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio", ammette che le due formule finiscono con l'equivalersi nella pratica; la differenza sarebbe apprezzabile principalmente con riguardo alla verifica dei *pericula libertatis* (art. 274), che – per la loro intrinseca vaghezza – sconsigliano un accertamento fondato su "qualificate probabilità" (FERRUA (2017), pp. 742 e 743).

⁴³ Cass. sez. un. 1° agosto 1995, citata alla nota precedente.

⁴⁴ Pedissequamente ripetuta in successive decisioni della Suprema corte: cfr., da ultimo, Cass. sez. 3, 18 luglio 2023, CED Rv 284982.

⁴⁵ L'argomento è già affiorato in precedenza nel paragrafo 4, dedicato alla sentenza di giudizio abbreviato.

l'orientamento che esige una motivazione rafforzata da parte del giudice di appello cautelare che – a norma dell'art. 310 – accoglie la richiesta del pubblico ministero in precedenza rigettata dal giudice per le indagini preliminari. Benché non viga qui il principio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, si ritiene infatti che il rigetto della richiesta da parte del giudice di prima istanza cautelare metta il tribunale di appello in condizione di dover giustificare il ribaltamento della decisione: quella prima decisione negativa ha creato una situazione di dubbio che il giudice dell'impugnazione deve superare, adducendone le ragioni, pena l'annullamento del suo provvedimento per vizio di motivazione⁴⁶.

Un discorso a parte va fatto invece con riguardo al lato prognostico dell'accertamento cautelare: vale a dire, la situazione di pericolosità da verificare al fine di dimostrare sussistenti le esigenze cautelari (art. 274). Qui la discrezionalità giudiziale si esercita entro margini più ampi e difficilmente controllabili da parte del giudice di legittimità.

È stato detto che pure l'accertamento dei *pericula libertatis* sottesi alle esigenze cautelari si basa su fatti del passato: lo dimostrerebbero le situazioni di “concretezza e attualità” evocate dalle lett. *a* (inquinamento delle prove) e *b* (pericolo di fuga) dell'art. 274, nonché i “comportamenti e atti concreti” esplicitamente richiamati dalla successiva lett. *c* (pericolo per la collettività)⁴⁷.

Osservazione corretta, ma bisogna aggiungere che quegli elementi “attuali e concreti” sono la base d'appoggio di una sorta di divinazione, tutta proiettata in un futuro incerto. In altre parole, la decisione sulla pericolosità è necessariamente indiziaria, congetturale: si muove da dati noti (per l'appunto le accennate situazioni di attualità e concretezza) per inferirne l'elemento ignoto (il *periculum*), attraverso un percorso critico-argomentativo da riportare in motivazione. Fornire al riguardo criteri di orientamento è pressoché impossibile, anche perché questo tipo di accertamento (di competenza esclusiva dei giudici di merito) sfugge al controllo di legittimità della Corte di cassazione⁴⁸, davanti alla quale si possono al più far valere errori logici di evidenza e gravità tali da viziare la motivazione del provvedimento impugnato.

La legge processuale fornisce, semmai, qualche indicazione che, connessa con il rispetto del principio di proporzionalità, permette di porre un argine a eccessi di discrezionalità di per sé liberticidi.

Posto che il ventaglio delle misure applicabili è ampio, il giudice è tenuto a giustificare la ragione che lo ha indotto a sceglierne una più affittiva di altre. Questa scelta (guidata dall'art. 275) ha sempre a che fare con l'accertamento delle esigenze cautelari e, precisamente con la verifica preliminare del loro grado di intensità⁴⁹. Stranamente (e incongruamente) la legge impone di giustificare la scelta solo quando è in gioco la custodia cautelare in carcere⁵⁰. Ma, a ben vedere, se si prende sul serio il principio di proporzionalità⁵¹, la giustificazione dovrebbe riguardare la scelta di ogni misura, quando ne esistesse altra dal contenuto meno affittivo, parimenti idonea a soddisfare l'esigenza cautelare invocata. Non si capisce, ad esempio, per qual motivo il giudice non sia tenuto a giustificare la scelta degli arresti domiciliari, quando potrebbe apparir sufficiente un divieto di dimora in un determinato comune (art. 283) o un

⁴⁶ Così Cass. sez. 1, 14 dicembre 2022, Rv 283784 dove si legge: «Senza affatto volere affermare la diretta applicabilità alla fase cautelare del principio stabilito dall'art. 533, comma 1, pare evidente che la qualificata probabilità di una sentenza di condanna richieda una sconfessione attenta e puntuale da parte del tribunale dei dubbi manifestati dal giudice per le indagini preliminari, con un'argomentazione che convinca della loro infondatezza, erroneità o illogicità».

Appare evidente l'influsso – anche in ambito cautelare – della giurisprudenza cresciuta intorno all'applicazione dell'art. 603 comma 3-bis con riguardo al procedimento principale. Ovviamente, in sede cautelare non si pretende (né sarebbe pensabile, considerata la diversa struttura del rito incidentale) che il ribaltamento della decisione di prima istanza da parte del tribunale di appello avvenga sulla base di prove dichiarative *noviter productae*. Quel che si chiede, tuttavia, è che il giudice dell'impugnazione offra argomenti convincenti per superare la situazione di dubbio, di fatto generata dall'ordinanza che ha rigettato la prima richiesta del pubblico ministero.

Anche la giurisprudenza più cauta nel riconoscere questo dovere del giudice di appello cautelare afferma la necessità di una “motivazione rafforzata” per superare tale oggettiva situazione di dubbio: cfr., ad es., Cas. sez. 5, 14 ottobre 2020, Rv 279593.

⁴⁷ In questo senso, FERRUA (2017), p. 742.

⁴⁸ Si veda, ad es., Cass. sez. 2, 25 novembre 2015, CED Rv 265288.

⁴⁹ I “gravi indizi di colpevolezza” debbono sussistere oltre una certa soglia (quella, appunto, della “gravità”): che siano più o meno intensi non rileva ai fini della legittima emissione dell'ordinanza ex art. 292. Diversamente, le esigenze cautelari possono sussistere in gradi diversi e, a seconda della loro intensità, si giustificherà la scelta di una misura più o meno affittiva nei confronti dell'incolpato: sarebbe sproporzionato l'uso della custodia in carcere, se, in ragione del suo minor grado di intensità, il pericolo di fuga potesse essere neutralizzato con il meno affittivo divieto di espatrio.

⁵⁰ Art. 275 comma 3, prima parte.

⁵¹ Qui considerato nella sua componente di “necessarietà” della misura a perseguire lo scopo posto dalla legge (nel caso di specie, la neutralizzazione del *periculum libertatis*).

Per una efficace sintesi sulla struttura del principio di proporzionalità e la sua articolazione nei tre sotto-criteri della “idoneità”, “necessarietà” e “proporzione in senso stretto” è consigliabile la lettura di HEINTZEN (2015), in particolare alle pag. 21-32.

divieto di espatrio (art. 281)⁵².

Criteri cogenti sono imposti dalla legge processuale con riguardo sia all'accertamento di esigenze cautelari riguardanti reati gravi o allarmanti, sia alla scelta delle corrispondenti misure.

Per i delitti di mafia e terrorismo vige una presunzione relativa, talché le esigenze cautelari (complessivamente intese) sono ritenute sussistenti, salvo che risulti diversamente dagli atti a disposizione del giudice cautelare; vige inoltre una presunzione assoluta (*iuris et de iure*) con riguardo alla scelta della misura, da individuare sempre nella custodia in carcere⁵³.

Per la lunga lista di delitti elencati nell'art. 275 comma 3 terza parte (fra i quali, manifestazioni di criminalità organizzata diverse da quelle di matrice mafiosa o terroristica, omicidio, sfruttamento sessuale di minori, violenza sessuale di gruppo⁵⁴) vige una duplice presunzione relativa con riguardo rispettivamente alla sussistenza delle esigenze cautelari e alla scelta della misura, dovendo essere comunque preferita la più afflittiva (custodia in carcere).

Nelle situazioni appena ricordate, la discrezionalità del giudice è molto limitata. Al suo posto decide il legislatore con una norma (necessariamente) generale ed astratta che appiattisce (o impone di trascurare) le eventuali differenze dei concreti casi della vita. Ne deriva un sacrificio assai pesante per la difesa, alla quale spetta praticamente l'onere di provare l'insussistenza delle esigenze cautelari⁵⁵, e, nei casi più gravi, vede addirittura preclusa la facoltà di chiedere una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere⁵⁶. Qui il principio di legalità processuale ha costi elevati sul fronte delle garanzie difensive. Codesti automatismi legislativi limitano in misura considerevole tanto la discrezionalità del giudice, quanto l'esercizio del diritto di difesa, che proprio su margini di discrezionalità controllata può trovare il proprio spazio.

9.

Provvedimenti che applicano misure di prevenzione *ante delictum*.

Pur formalmente estraneo alla “materia penale”, il sistema di prevenzione regolato dal d. lgs. n. 159 del 2011 (d'ora in poi, codice antimafia) rappresenta, in realtà, un completamento del controllo sociale sulla criminalità.

Si ripete spesso, specie in giurisprudenza, che il procedimento di prevenzione vive di vita autonoma ed è “impermeabile” al procedimento penale. A ben vedere si tratta di realtà non solo contigue, ma integrate, con commistioni e frequenti scambi di informazioni fra l'una e l'altra. Già la circostanza che l'iniziativa preventiva (nei casi più gravi e problematici di cosiddetta “pericolosità qualificata”⁵⁷) spetti principalmente al pubblico ministero fa capire quale sia (o possa essere) l'intreccio con l'attività di repressione penale. La prevenzione *ante delictum* è attività di polizia assegnata (in larga misura) all'autorità giudiziaria penale⁵⁸. Ciò ha implica-

⁵² A conferma e, si può dire, a completamento della regola espressa nel citato art. 275 comma 1, la legge impone al giudice di esporre nell'ordinanza cautelare i motivi per i quali l'esigenza cautelare non può essere soddisfatta con misura diversa dalla custodia in carcere (art. 292 comma 1, lett. c-bis), dimenticando del tutto altre scelte cautelari che potrebbero essere ingiustificate alla luce del ricordato principio di proporzionalità.

⁵³ Art. 275 comma 3, seconda parte.

⁵⁴ Alle quali ne va aggiunta una *extra codicem*, rintracciabile nell'art. 12, comma 4 bis, d. lgs. n. 286 del 1998.

⁵⁵ Non siamo precisamente in presenza di una inversione dell'onore della prova, potendo emergere le circostanze favorevoli alla difesa anche da elementi conoscitivi, comunque presenti nel fascicolo a disposizione del giudice cautelare. È peraltro difficile che quegli elementi siano forniti dal pubblico ministero, benché la legge lo costringa ad allegare alla richiesta cautelare anche «gli elementi a favore dell'imputato» (art. 291 comma 1).

⁵⁶ Su questo automatismo normativo aleggia un sospetto di illegittimità costituzionale. Secondo FERRUA (2017), p. 742, appare «evidente la tensione di una simile disciplina con il principio della presunzione di non colpevolezza». In realtà, il meccanismo presuntivo non tocca il punto concernente i gravi indizi di colpevolezza, bensì l'intensità delle esigenze cautelari, data praticamente per scontata per effetto della qualifica giuridica attribuita al reato ipotizzato. Certamente, il legislatore ha qui fatto una scelta ispirata al “tipo normativo d'autore” (es. il mafioso, il terrorista, rispecchiati nelle corrispondenti fattispecie incriminatrici): una scelta che la Corte cost. (v. sent. n. 265 del 2010) ha considerato ragionevole, in quanto fondata su “dati di esperienza generalizzati”, avvalorati dalle “connotazioni criminologiche della fattispecie”. La soluzione legislativa sembra legittima, se si ritiene che le presunzioni in parola si limitino a differenziare il trattamento tra diversi imputati in vista dell'applicazione di misure processuali. Appare invece in conflitto (o in tensione) con la presunzione di non colpevolezza, per chi ravvisa nella pratica applicazione delle misure cautelari personali una sorta di anticipazione del trattamento sanzionatorio: un dubbio, al riguardo, sorge se si pensa alla misura cautelare adottata per prevenire il rischio impropriamente definito di “reiterazione del reato” (art. 274 lett. c); qui l'esigenza cautelare è manifestamente volta ad anticipare uno dei fini assegnati alla pena (neutralizzazione della pericolosità).

⁵⁷ Art. 4 cod. antimafia.

⁵⁸ Per ulteriori rilievi critici in ordine a questa singolare scelta del legislatore italiano, si rinvia ad alcuni precedenti studi: in particolare ORLANDI (2016), p. 5 ss. nonché ID. (2019), pp. 358 ss.

zioni relevantissime ai fini del nostro tema.

Non trattandosi di accertare responsabilità penali (ma situazioni di pericolosità), resta inoperante il principio della presunzione di non colpevolezza. Lo stesso diritto di difesa viene attuato in misura ridotta, proprio perché non è in gioco (quanto meno sul piano formale) l'applicazione di una pena. Per contro, il fatto che l'accertamento di pericolosità sia, di regola, guidato dal pubblico ministero, rende le relative indagini simili a vere e proprie inchieste penali, condotte con stile genuinamente inquisitorio. Il ruolo di garanzia del giudice ne esce ridimensionato. La sua discrezionalità, nel decidere sulla proposta del pubblico ministero, difficilmente controllabile.

Basti dare un'occhiata alla disciplina delle impugnazioni. I decreti del tribunale penale che applicano misure di prevenzione sono appellabili anche nel merito, recita l'art. 10 comma 1 cod. antimafia. Sono inoltre ricorribili per cassazione, ma solo per "violazione di legge"⁵⁹.

Ciò significa che il vizio di motivazione (proprio quello che potrebbe svelare l'abuso di discrezionalità nei casi che ci interessano) non può essere portato all'attenzione del giudice di legittimità⁶⁰. Si incoraggiano così motivazioni apodittiche sul tipo di quelle che affermano la pericolosità di un soggetto per la sua asserita appartenenza a un clan mafioso, tratta da un procedimento penale ancora in corso, magari destinato a chiudersi con una assoluzione: una sorta di libera e discrezionalissima applicazione in ambito preventivo della regola che l'art. 238-bis detta per il procedimento penale⁶¹.

La questione concernente l'uso discrezionale di regole di giudizio nel procedimento di prevenzione *ante delictum* esigerebbe ben altri approfondimenti. Qui si è voluto solo denunciare un problema (serio quanto sottovalutato, ad avviso di chi scrive), offrendo qualche spunto di riflessione.

Certo è che l'impossibilità di rilevare in cassazione i vizi di illogicità e contraddittorietà delle motivazioni che corredano i provvedimenti di prevenzione ostacola il formarsi di orientamenti giurisprudenziali tendenzialmente uniformi per i giudici di merito, e rende altresì difficoltoso, per la dottrina, il compito di coltivare una dialettica (costruttiva) con la giurisprudenza: questo, in un settore dell'esperienza giuridica, dove il legislatore, per la inevitabile vaghezza dei parametri posti all'applicazione di misure preventive, lascia ampio spazio a una (difficilmente controllabile) discrezionalità giudiziale. L'assenza di fattispecie determinate impone un lavoro giurisprudenziale volto a individuare le singole condotte sintomatiche di pericolosità, suscettibili di figurare quali premesse (sostanziali) per l'applicazione di misure preventive. In quest'ambito, profili sostanziali e profili probatori sono destinati a sovrapporsi e compenetrarsi⁶².

Tuttavia, anche le doglianze per "violazione di legge" hanno in qualche caso offerto alla Corte di cassazione lo spunto per criticare le argomentazioni dei giudici di merito, non come vizi logicità della motivazione, bensì come *errores in iudicando* (art. 606 comma 1 lett b) o come *errores in procedendo* riscontrabili nella mancanza o apparenza di motivazione (art. 606 comma 1 lett. c).. Ciò è accaduto quando si è percepito il rischio di una discrezionalità incontrollata al punto da sconfinare in arbitrio.

Bisogna infatti ammettere che la giurisprudenza di legittimità in tema di misure preventive ha fatto registrare qualche apertura garantista. Ad esempio, nella verifica della "persistente attualità" della situazione di pericolosità sociale, si è fatto un apprezzabile sforzo per circoscrivere e precisare – in senso favorevole alla libertà individuale – la vaghezza della norma (art. 6

⁵⁹ Art. 10, comma 3 cod. antimafia.

⁶⁰ Che la "violazione di legge" escluda la ricorribilità in cassazione contro la decisione viziata da contraddittorietà o illogicità è ormai giurisprudenza consolidata: si veda, da ultimo, Cass. sez. 5, sent. 17 gennaio 2022, CED Rv 282539. L'orientamento ha ricevuto inoltre due importanti avalli dalla nostra Corte costituzionale (sent. n. 321 del 2004 e sent. n. 106 del 2015), la quale ha riscontrato in questa limitazione una ragionevole disparità di trattamento dell'interessato al procedimento di prevenzione (rispetto all'imputato del procedimento penale).

⁶¹ Ecco una massima che ben esemplifica quanto riferito nel testo: «*Ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di appartenenti alle "mafie storiche" (mafia, camorra, 'ndrangheta e sacra corona unita), non è necessaria una particolare motivazione del giudice in punto di attuale pericolosità sociale, non essendo la presunzione di sussistenza di siffatta pericolosità scalfita né dal tempo intercorso tra l'emersione degli indizi relativi all'affiliazione ed il momento di applicazione della misura, né dall'inattività criminale del preposto, atteso il carattere permanente dell'affiliazione, che può venir meno solo a seguito di un esplicito recesso o di un atto di chiara dissociazione, di cui tuttavia deve constare specifica prova*» (Cass. sez. 2, 12 maggio 2017, CED Rv 270319. In termini analoghi si era espressa Cass. sez. 5, 22 luglio 2014, CED Rv 260483).

⁶² Ad esempio, la "appartenenza" (termine più ampio di "partecipazione") ad associazioni mafiose o terroristiche può essere ricavata da una molteplicità di comportamenti che – in assenza di dettagliate indicazioni legislative – spetta al giudice individuare: e tale individuazione non può avvenire che attraverso elementi probatori sintomatici di pericolosità (come l'abituale frequentazione di ambienti sospetti) che assurgono al rango di occasionali fattispecie di prevenzione.

Per ulteriori svolgimenti sul punto si rinvia al precedente studio ORLANDI (2017), p. 470.

cod. antimafia) che parla di “pericolosità” senza ulteriori specificazioni⁶³.

Anche nella applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale, il fattore temporale gioca un ruolo importante: quanto maggiore è il lasso che separa la misura ablatoria dalla cessazione della pericolosità, tanto maggiori e univoci devono essere gli indici fattuali che quella misura giustificano⁶⁴. L'intervento giurisprudenziale punta anche qui ad arginare derive di discrezionalità incontrollata.

Nonostante queste ragionevoli aperture, il procedimento di prevenzione resta un ambito altamente problematico, anche quando lo si esamina nella prospettiva del tema qui affrontato. Appare scontata la vaghezza del dettato normativo riguardante principalmente le “fattispecie di pericolosità”. Non c'è da sorprendersi, trattandosi – come già accennato – di “diritto di polizia” che comprensibilmente lavora con clausole generali (prevenire i pericoli per la sicurezza pubblica). In un simile contesto, la discrezionalità giudiziale sull'uso delle regole di giudizio in casi di incertezza non può che trovare i propri limiti nei parametri elaborati da una giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) sensibile ai diritti individuali.

Bibliografia

- BENVENUTI, Luigi (2023): *Discrezionalità amministrativa* (Pisa)
- CAPRIOLI, Francesco (2009): “L'accertamento della responsabilità penale ‘oltre ogni ragionevole dubbio’”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 78 ss.
- CAPRIOLI, Francesco (2008): “Condanna”, *Enciclopedia del diritto*, II-1, pp. 111 ss.
- CORDERO, Franco (1956): *Le situazioni soggettive nel processo penale* (Torino)
- DANIELE, MARCELLO (2021): “La riforma della giustizia penale e il modello perduto”, *Cassazione Penale*, pp. 3069 ss.
- DELLA TORRE, Jacopo (2023): “Gli standard di prova per la condanna penale tra storia e attualità”, *La legislazione penale web*
- DELLA TORRE, Jacopo (2024): “La ragionevole previsione di condanna alla prova della realtà giudiziaria”, *La legislazione penale web*
- DESPREZ, François (2006) : “La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité”, *Archives de politique criminelle*, pp. 109 ss.
- FERRUA, Paolo (2017): “Regole di giudizio”, *Enciclopedia del diritto, Annali*, X, p. 725 ss.
- FERRUA, Paolo (2023): “Regole di giudizio e udienza preliminare”, *Processo penale e giustizia*, pp. 960 ss.
- GIANNINI, Massimo Severo (1939): *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione* (Milano)
- GOLDSCHMIDT, James (1925): *Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens* (Aalen)
- HEINTZEN, Markus (2015): *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale* (Modena)
- HETTINGER, Michael (2011): “Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem”, *Juristenzeitung*, pp. 292 ss.

⁶³ Cass. sez. un, 4 gennaio 2018, CED Rv 271512, raccomanda cautela nell'uso di indici presuntivi di situazioni di pericolosità. In questo preceduto da prese di posizione della Corte costituzionale, fra le quale va ricordata almeno la sent. n. 291 del 2013, che dichiara illegittimo l'art. 15 cod. antimafia «nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura».

⁶⁴ Così, da ultimo, Cass. sez. 6, 07 ottobre 2021, CED Rv 281990.

MANZINI, Vincenzo (1931): *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, vol. I (Torino, UTET)

ORLANDI, Renzo (2016): “Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali”, *Associazione tra gli studiosi del processo penale* (a cura di), *La giustizia penale preventiva* (Milano, Giuffrè), pp. 5 ss.

ORLANDI, Renzo (2017): “La ‘fattispecie di pericolosità’. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 470 ss.

ORLANDI, Renzo (2019): “Procedimento di prevenzione e presunzione di innocenza”, *Casazione Penale*, pp. 358 ss.

PIRAS, Aldo (1964): “Discrezionalità amministrativa”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, pp. 65 ss.

RÖNNAU, Thomas (2018): “Das deutsche Absprachemodell auf dem Prüfstand – zwischen Pest und Cholera”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 167 ss.

ROSENAU, Henning (2010): “Die absprachen in Deutschland”, *Law&Justice Review*, pp. 35 ss.

TARUFFO, Michele (2007): “Prova giuridica”, *Enciclopedia del diritto, Annali*, pp. 1036 ss.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>