



PROCURA GENERALE
della Corte di Cassazione

Al Presidente del collegio della VI sezione penale della Corte di Cassazione
Udienza 14 aprile 2023

R.G. n. 39038/2022 (ricorsi proposti dalla Procura Generale presso la Corte di appello di Luogo1 e da [Imputato 1], [Imputato 2], [Imputato CC 2] e [Imputato CC 1], avverso la sentenza emessa dalla Corte di assise di appello di Luogo1 in data 23 settembre 2021, depositata il 5 agosto 2022)

Memoria integrativa

Al fine della miglior illustrazione delle conclusioni nel corso della trattazione orale, si ritiene opportuno svolgere ulteriori considerazioni preliminari relativamente a due punti rilevanti ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 338 c.p. e dell'individuazione della regola di giudizio utilizzabile per l'esame del compendio probatorio.

1. La violazione di legge in riferimento alla mancata proroga dei decreti ex art. 41-bis, comma 2, dell'ordinamento penitenziario

I. Con il **quarto motivo**, il ricorso proposto nell'interesse di [Imputato 2] pone, quale **violazione di legge**, la questione della riconducibilità al Corpo politico od al singolo componente dello stesso dell'attività oggetto di minaccia, deducendo che, se tale attività era solo quella relativa alla mancata proroga dei **decreti ex art. 41-bis, comma 2**, dell'ordinamento penitenziario, quest'ultima era di esclusiva competenza del Ministro e non del Governo (organo collegiale che solo può integrare la nozione di Corpo di cui all'art. 338 c.p.), con l'ulteriore conseguenza che la condotta avrebbe al più potuto integrare il reato di cui all'**art. 336 c.p.**, nel frattempo prescritto. Per altro verso, la difesa ha

eccepito che la sentenza ritiene questa l'unica richiesta fatta pervenire al Ministro, mentre le altre (che potevano turbare attività rientranti nelle competenze del Governo) secondo la stessa sentenza non furono mai recapitate al Governo, di tal che sarebbe stato configurabile, in riferimento a queste, solo il tentativo *ex artt. 56 e 338 c.p.*, pure prescritto.

II. In via preliminare deve osservarsi al riguardo che la questione non era stata proposta con i motivi di appello, con la conseguenza che deve in primo luogo stabilirsi se essa sia **inammissibile ai sensi dell'art. 606, comma 3, c.p.p.** Come noto la preclusione prevista dalla disposizione citata incontra un limite nelle previsioni di cui all'**art. 609, comma 2, c.p.p.**, secondo cui la Corte decide le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento e quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello. Nella specie il ricorrente propone una questione relativa alla **qualificazione giuridica dei fatti** che, in base ad un consolidato orientamento di legittimità (*ex multis* Cass., Sez. 2, n. 45583 del 15/11/2005, Rv. 232773; Cass. Sez. 5, n. 8432 del 10/01/2007, Gualtieri; Cass., Sez. 1, n. 13387 del 16/05/2013, dep. 2014, Rossi, Rv. 259730), rientra nel novero delle questioni delibabili d'ufficio *ex art. 609, comma 2, c.p.p.*, ancorché dedotte per la prima volta in sede di legittimità, quando alla pronuncia eventualmente conseguente il ricorrente abbia un **interesse concreto e determinato** (come si verifica nel caso di specie, nel quale alla diversa qualificazione giuridica dei fatti accertati conseguono gli effetti favorevoli indicati dal ricorrente in punto di prescrizione) e quando la sua soluzione **non necessiti di nuovi accertamenti in punto di fatto** (requisito pure ricorrente nella specie, atteso che la proposta riqualificazione viene fondata proprio sulla ricostruzione dei fatti quale operata in sentenza). Risulta integrato anche l'ulteriore requisito che **il ricorso non sia di per sé inammissibile** (considerata l'ammissibilità delle questioni precedenti di cui al ricorso) richiesto da talune pronunce (ad esempio Cass., Sez. 2, Sentenza n. 17235 del 17/01/2018 - dep. 18/04/2018, Rv. 272651). A ciò si aggiunga che la questione di cui sopra consegue sostanzialmente alla diversa ricostruzione dei fatti operata dalla sentenza di secondo grado rispetto a quella di primo grado, di tal che non poteva essere proposta se non alla luce di quanto affermato nella sentenza di appello, con la conseguenza che nella specie viene in rilievo anche la seconda parte del comma 2 dell'art. 609 c.p.p., in base al quale la Corte (di cassazione) decide altresì le questioni che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello.

Deve quindi preliminarmente concludersi per l'ammissibilità ex art. 609, comma 2, c.p.p. del motivo.

III. Ciò premesso devono in primo luogo svilupparsi le seguenti considerazioni in relazione alle richieste relative alla **mancata proroga dei decreti ex art. 41-bis, comma 2, O.P.**

In primo luogo, occorre ricordare che – come argomentato in relazione al terzo motivo del ricorso proposto nell’interesse di **[Imputato 2]** ed al quarto motivo del ricorso proposto nell’interesse di **[Imputato 1]** – integra il reato di cui all’art. 338 c.p. (e non quello dell’art. 289 c.p.) la violenza o minaccia “diretta” al Governo, anche non in presenza dell’organo riunito, **per condizionarlo nelle funzioni che sono di sua competenza.**

Perché tale condizione sia integrata con riferimento alla mancata proroga dei decreti *ex* art. 41, comma 2, dell’ordinamento penitenziario – cioè perché la minaccia possa ritenersi indirizzata al Governo come Corpo politico (così da integrare la fattispecie contestata di cui all’art. 338 c.p.) – occorre approfondire due punti essenziali: la **natura giuridica** dei provvedimenti *ex* art. 41, comma 2, cit., per verificare se essi siano qualificabili in termini di responsabilità **politica**; in secondo luogo se essi pertengano alla responsabilità politica dell’**organo collegiale-Governo**, che solo può essere qualificato in termini di “**Corpo**” come previsto dal citato art. 338 c.p..

IV. In ordine alla **natura giuridica** dei provvedimenti *ex* art. 41, comma 2, dell’ordinamento penitenziario, deve rilevarsi che l’art. 41-*bis* è stato inserito nel capo IV (regime penitenziario) del titolo II (disposizioni relative all’organizzazione penitenziaria) della legge sull’ordinamento penitenziario (n. 354 del 1975) dalla legge n. 663 del 1986. Il testo in allora introdotto si componeva di un solo comma e disciplinava le situazioni di emergenza negli istituti penitenziari, prevedendo che il Ministro di grazia e giustizia avesse facoltà di sospendere l’applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti in caso di rivolta o di altre gravi situazioni, motivata dalla stretta necessità di ripristinare l’ordine e la sicurezza.

Solo all’indomani delle stragi di Capaci e di Via d’Amelio, l’art. 19 del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, ha introdotto un secondo comma al citato art. 41-*bis*, a mente del quale “*quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell’interno, il Ministro di grazia e giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell’articolo 4-bis, l’applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza*”.

Questa la disposizione in vigore al momento dei fatti e che, come tale, sola poteva essere oggetto delle richieste di Cosa Nostra.

Va precisato che la disposizione fu inserita come norma ad efficacia temporalmente limitata a tre anni ai sensi dell’art. 29 del medesimo decreto-legge n. 306 del 1992. La norma a carattere temporaneo fu prorogata di tre anni in tre anni fino alla sua definitiva stabilizzazione nel 2002 ad opera della legge n. 279 del 2002, che ne ha anche rimodellato profondamente la disciplina alla luce degli argini

costituzionali individuati dalla Corte Costituzionale in una serie di sentenze interpretative di rigetto, rese nei primi 10 anni di applicazione dell'istituto. Nel 2009 un nuovo intervento legislativo (legge n. 94 del 2009) ha inasprito le prescrizioni allungando il termine di durata del decreto e modificando sotto diversi aspetti il sistema di tutela giurisdizionale avverso il provvedimento. A tale intervento sono seguite pronunce di illegittimità costituzionale parziale: segnatamente con le sentenze n. 143 del 2013 (in relazione al comma 2-*quater* lett. b, sulle limitazioni ai colloqui) e n. 186 del 2018 (in relazione al comma 2-*quater* lett. f sulla cottura dei cibi). A seguito di un nuovo intervento legislativo (decreto-legge n. 28 del 2020 convertito con modificazioni dalla legge n. 70 del 2020) si succedevano nuove dichiarazioni di illegittimità costituzionale parziale: con la sentenza n. 97 del 2020 (sempre in relazione al comma 2-*quater* lett. f sulle comunicazioni tra detenuti in diversi gruppi di socialità) e con la sentenza n. 18 del 2022 (in relazione al comma 2-*quater* lett. e sul visto di censura alla corrispondenza con il difensore).

La giurisprudenza di legittimità espressasi in relazione alla disposizione citata è inequivoca sull'attribuzione, ai decreti *ex art. 41-bis*, comma 2, dell'ordinamento penitenziario, della natura di **atti amministrativi**, sindacabili dal giudice ordinario solo per violazione di legge (cfr. Cass., Sez. 1, Sentenza n. 4717 del 29/09/1995 - dep. 24/10/1995, Rv. 202617; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 4197 del 07/07/1995 - dep. 03/08/1995, Rv. 202207). Tale orientamento è stato del resto ribadito anche successivamente alle modifiche intervenute (cfr. Cass., Sez. 1, Sentenza n. 2658 del 10/01/2005 - dep. 27/01/2005, Rv. 230548; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 1628 del 16/12/2014 - dep. 14/01/2015, Rv. 262201).

Più variegato è invece il **dibattito dottrinale**, dove (anche sulla scorta della tesi cd. istituzionale fatta propria dalle circolari del Ministero) si è discusso sulla possibilità di ascrivere il provvedimento in parola alle **misure di prevenzione** (concezione espressamente respinta da Cass., Sez. I, n. 19672 del 29 marzo 2017 – dep. 26 aprile 2017, non massimata), ovvero ritenerlo una mera **modalità esecutiva della pena detentiva** o una **modalità del trattamento penitenziario** rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria (tesi accolta dalla citata sentenza n. 19672 del 2017), o addirittura a una **sanzione autonoma** o ancora a una **speciale misura cautelare**.

Orbene – al di là del fatto che molte delle qualificazioni proposte sono formulate in relazione a rilievi di possibile illegittimità costituzionale della previsione legislativa sulla (invero incontestata) legittimazione ministeriale all'adozione dei provvedimenti *ex art. 41-bis*, comma 2, dell'ordinamento penitenziario (sino ad ora non accolti dalla giurisprudenza costituzionale già sopra richiamata) – nessuna delle diverse posizioni espresse attribuisce ai decreti in esame natura di atto politico.

Peraltro, non risulta esaminato il profilo – essenziale invece nel caso di specie – della **possibile valenza politica** delle decisioni ministeriali sui decreti *ex art. 41-bis*, comma 2, cit. quando queste

riguardino un **numero elevatissimo di decreti**, così che il **dato quantitativo** o il **particolare contesto** (come avvenuto ad esempio nel noto e recente cd. “caso Cospito”) facciano sì che, per le ripercussioni sulla collettività, nell’opinione pubblica e nelle conseguenze sull’azione complessiva di contrasto a specifiche forme di criminalità, la decisione di applicare o prorogare il regime detentivo speciale assuma **valenza politica**, nel senso di esprimere una generale **scelta di politica criminale**. Nella specie, in particolare, la decisione di non prorogare **ben oltre 300 decreti** ex art. 41-*bis*, comma 2, dell’ordinamento penitenziario ad avviso di questo Ufficio ben poteva assumere **valenza politica**, così che l’attività condizionata potesse definirsi politica.

D’altro canto, l’attribuzione di una natura politica all’attività non è sufficiente ai fini dell’integrazione dell’art. 338 c.p., dovendosi altresì verificare se l’azione “politica” riguardi il **Governo**, inteso come **organo strutturato collegialmente**, come tale riportabile alla nozione di **Corpo** di cui alla citata norma incriminatrice, elemento questo essenziale anche laddove per ipotesi si volesse valutare la possibilità di integrazione dell’art. 338 c.p., considerando il Governo come Corpo amministrativo.

V. In ordine all’**attribuzione al Ministro o al Governo** – inteso come organo strutturato collegialmente in Corpo politico – delle decisioni sui decreti ex art. 41-*bis*, comma 2, dell’ordinamento penitenziario, deve rilevarsi quanto segue.

In primo luogo, deve osservarsi che la disposizione vigente all’epoca dei fatti è **inequivoca nell’attribuire la competenza al Ministro senza coinvolgere il Governo**: il testo si esprime letteralmente nel senso che “il Ministro di grazia e giustizia ha altresì la facoltà di sospendere [...] l’applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge”. Il Ministro dell’interno ai sensi della citata disposizione può solo chiedere al Ministro della giustizia l’adozione della decisione, ciò che conferma come si tratti di competenza del medesimo Ministro della giustizia come organo monocratico.

Anche le successive modificazioni non hanno del resto mutato l’assetto della competenza monocratica del Ministro della giustizia, prevedendo solo che debba essere sentito il pubblico ministero precedente e che il Ministro possa svolgere un’istruttoria. Infatti, l’attuale art. 41-*bis*, comma 2-*bis*, dell’ordinamento penitenziario, stabilisce che il provvedimento è “*adottato con decreto motivato del Ministro della giustizia, anche su richiesta del Ministro dell’interno, sentito l’ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice precedente e acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell’azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nell’ambito delle rispettive competenze*”. Anche la giurisprudenza di legittimità ha avuto del resto occasione di ribadire come si tratti di decisioni

attribuite alla competenza del Ministro della giustizia (cfr. Cass., Sez. 1, Sentenza n. 29143 del 22/06/2020 - dep. 21/10/2020, Rv. 279792) ulteriormente precisando che, alla luce della disciplina sopravvenuta, l'unica condizione indefettibile risulta l'acquisizione del parere del pubblico ministero (cfr. Cass., Sez. 1, Sentenza n. 20983 del 23/06/2020 - dep. 15/07/2020, Rv. 279218).

Anche quando – per il contesto o il dato quantitativo – debba ritenersi che le decisioni sull'art. 41-*bis*, comma 2, dell'ordinamento penitenziario assumano valenza politica, esse impegnano solo **la responsabilità politica del Ministro come singolo**, ciò in base alle previsioni della **legge n. 400 del 1988** di “[d]isciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri” che articola le attribuzioni dell'organo collegiale rispetto a quelle del Presidente del Consiglio dei ministri e dei Ministri.

I decreti in parola, infatti, **non rientrano nell'elencazione tassativa di cui all'art. 2** della legge citata che prevede quali siano gli atti rientranti nelle attribuzioni del Consiglio dei Ministri. **Né** risulta che, ai sensi dell'art. 2, **comma 3, lett. p)** della medesima legge, il Presidente del Consiglio abbia ritenuto opportuna la deliberazione consiliare. Ben avrebbe potuto, infatti, il Ministro informare il Presidente del Consiglio e richiedere al medesimo, per la rilevanza politica generale della decisione eventualmente ritenuto, di impegnare la responsabilità politica del Governo collegialmente inteso ai sensi della disposizione da ultimo citata, ma ciò la sentenza esclude nella ricostruzione del fatto, affermando anzi che il Ministro dell'epoca si guardò dall'avvisare il Presidente del Consiglio e i colleghi di governo sull'iniziativa che andava a intraprendere.

Certamente dal **punto di vista normativo, ma anche in via di mero fatto** nella concretezza dello specifico caso storico in esame, dunque, le sole decisioni sugli oltre 300 decreti *ex art. 41-bis*, comma 2, dell'ordinamento penitenziario non possono essere ricondotte alla competenza del Governo costituito in Corpo collegiale.

In **conclusione, su questo punto** deve pertanto ritenersi che l'attività di impedimento o turbamento delle sole decisioni relativi ai decreti *ex art. 41-bis*, comma 2, cit. non possa in alcun modo integrare la fattispecie di cui all'**art. 338 c.p.**, potendo al più integrare la più lieve fattispecie di cui all'**art. 336 c.p.**, quale violenza o minaccia diretta al Ministro, pubblico ufficiale, “per costringerlo a fare un atto contrario ai propri doveri, o ad omettere un atto dell'ufficio”, come recita quest'ultima norma incriminatrice.

Del resto, seppure non segnalata in ricorso, risulterebbe del tutto incongrua la ricostruzione dell'accusa, laddove si ritiene la minaccia iniziata con l'omicidio Lima come funzionale ad ottenere la mancata proroga di provvedimenti che non solo non erano stati adottati, ma neppure potevano esserlo, posto che la disposizione di cui all'**art. 41-bis, comma 2, dell'ordinamento penitenziario**

è stata introdotta successivamente all'omicidio Lima e invero anche alle stragi di Capaci e Via D'Amelio.

Resta però da verificare – **tema che sarà approfondito in sede di discussione orale** - se le restanti richieste, diverse da quelle riguardanti il citato art. 41-*bis*, comma 2, da sole od unitamente a queste ultime, siano state ricostruite in termini tali da integrare quella minaccia qualificata al Governo, inteso come atto unilaterale recettizio, che si è ricostruita nei suoi elementi costitutivi nella precedente memoria presentata da questo Ufficio.

Ed è in quest'ottica che vengono in rilievo, oltre le doglianze del presente motivo, anche quelle relative al rispetto dello **standard probatorio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”**.

2. La violazione della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio

I. Con il **quinto motivo** del ricorso proposto nell'interesse di **[Imputato 2]**, con il **primo motivo** del ricorso proposto nell'interesse di **[Imputato CC 1]** e con il **primo motivo** del ricorso proposto nell'interesse di **[Imputato CC 2]**, si è denunciata la **violazione** della regola dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” o **cd. regola BARD** (dall'acronimo della corrispondente formula anglo-americana del *Beyond Any Reasonable Doubt*).

Più precisamente, nel **quinto** motivo del **ricorso [Imputato 2]** si denuncia la violazione degli artt. 606, co. 1, lett. b) ed e), 533, 546 c.p.p., per avere la Corte d'Assise d'Appello affermato la responsabilità penale del ricorrente adottando uno standard probatorio incompatibile con la regola c.d. bard e, pur ammettendo l'esistenza di ricostruzioni alternative possibili, per aver fornito una giustificazione contraddittoria in punto di scelta di quella preferibile; si denuncia altresì la violazione degli artt. 606, co. 1, lett. b), c.p.p., 338 e 56 c.p., per avere la Corte sussunto entro la fattispecie penale di cui al capo A) una condotta inidonea ad integrarla, nella sua forma consumata.

In termini sostanzialmente sovrapponibili è impostato anche il **primo** motivo del **ricorso [Imputato CC 1]**, con il quale si denuncia la violazione dell'art. 606, comma 1, lettere b) ed e) c.p.p., in relazione alle disposizioni contenute negli artt. 338 c.p. e 533, comma 1, c.p.p., con riferimento alla ritenuta materiale consumazione del reato di minaccia a Corpo politico ad opera di **[Imputato CC 1]**, segnalando il ricorrente come gli stessi giudici territoriali abbiano evidenziato che non sussiste alcuna certezza – e tantomeno quella richiesta dal principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio – sulla circostanza che **[Vice Capo DAP]** sia stato informato da **[Imputato CC 1]**, e nemmeno che sia stato **[Vice Capo DAP]** a notiziare Conso: il ragionamento della sentenza sarebbe di tipo ipotetico, probabilistico, fondato su una serie di sillogismi ed ipotesi senza che vi sia alcuna prova certa e

nemmeno indizi seri, precisi e concordanti, posto che tutta la motivazione sul punto si basa su di una serie di congetture contrastanti con il principio dell'“al di là di ogni ragionevole dubbio”.

Analoghe anche le censure formulate nel **primo** motivo del **ricorso [Imputato CC 2]**, con le quali si denuncia la violazione dell'art. 606, comma 1, lettere b) ed e) c.p.p., in relazione alle disposizioni contenute negli artt. 338 c.p., 530 e 533, comma 1, c.p.p., con riferimento alla ritenuta materiale consumazione del reato di minaccia a Corpo politico ad opera del coimputato **[Imputato CC 1]**, dapprima portata al vicedirettore del D.A.P. dott. e poi da questi, al Ministro di Grazia e Giustizia Giovanni Conso. Le cadenze del motivo riproducono quelle del precedente ricorso **[Imputato CC 1]**, previa premessa che il **[Imputato CC 2]** non ha partecipato in alcun modo a quelle che la sentenza evoca come condotte di consumazione del reato, occupandosi di tutt'altro in quei frangenti temporali – come riconosciuto dalla medesima sentenza che ha tuttavia ritenuto l'inscindibile unità del reato di minaccia, con destinatari dapprima il Governo Amato e poi il Governo Ciampi, così che il contributo dato nella prima fase dei contatti con **[Imputato interm.]** ne farebbe scaturire il concorso con il coimputato **[Imputato CC 1]** nella realizzazione dell'elemento materiale del reato di minaccia al Governo: circostanza che il ricorrente contesta sul punto del perfezionamento della minaccia sotto il profilo materiale, invocando una più ampia formula assolutoria.

Le modalità di articolazione dei motivi impongono alcune **preliminari precisazioni di metodo**, riservando anche in questo caso alla discussione orale le conseguenti valutazioni conclusive.

II. In **primo** luogo, deve precisarsi che la violazione della regola di giudizio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”, **non** può costituire uno strumento attraverso il quale ottenere una **valutazione di merito**.

Sul punto devono richiamarsi i principi precisati dalle **Sezioni Unite Filardo del 2020** (Cass., Sez. Un., Sentenza n. 29541 del 16/07/2020 - dep. 23/10/2020, Filardo, Rv. 280027) sui motivi con i quali si denunci il mancato rispetto dei criteri legali di valutazione della prova (in quel caso, *ex art.* 192 c.p.p.) e l'obbligo di motivazione (*ex artt.* 125 e 546, comma 1, lettera e), c.p.p.). In questa decisione, infatti, le Sezioni Unite hanno ritenuto non consentito il motivo di ricorso con cui si deduca la violazione dell'art. 192 cod. proc. pen., anche se in relazione agli artt. 125 e 546, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., per censurare l'omessa o erronea valutazione degli elementi di prova acquisiti, in quanto i limiti all'ammissibilità delle doglianze connesse alla motivazione, fissati specificamente dall'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., non possono essere superati ricorrendo al motivo di cui all'art. 606, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., ed in difetto di una espressa sanzione di inutilizzabilità, nullità, inammissibilità, decadenza.

La cd. regola BARD – introdotta nell’art. 533, comma 1, c.p.p. dall’art. 5 della l. 20 febbraio 2006, n. 46 – codifica, infatti, una regola di giudizio che, sotto il profilo della denuncia in cassazione della sua violazione, deve ritenersi appartenere alla medesima categoria delle regole di giudizio cui pertiene anche quella dell’art. 192 c.p.p., con la conseguenza che essa rappresenta una violazione di norma processuale che sottostà al medesimo regime di rilevabilità nel giudizio di legittimità.

Deve aggiungersi **tuttavia** che – come rilevato dalla **dottrina più avveduta** – la **violazione delle regole processuali di valutazione delle prove** può e deve avere una **sua specificità rispetto al vizio di motivazione**, non in quanto essa consenta alla Corte di cassazione di rivalutare il fatto alla luce di tali criteri – finendo così per sovrapporre inammissibilmente la propria valutazione di merito a quella del giudice di appello – ma in quanto impone al giudice di legittimità di verificare se il giudice del merito, nel ritenere accertato un determinato fatto, si sia accontentato di uno **standard probatorio incompatibile con la regola di giudizio codificata**.

Nella specie, dunque, le censure sopra ricordate devono ritenersi **ammissibili nella sola parte in cui** o denunciano lo standard probatorio utilizzato dal giudice di merito come incompatibile rispetto alla regola BARD, oppure specificamente individuano illogicità manifeste o contraddittorietà della motivazione (e non meri dissensi valutativi).

III. In **secondo** luogo, deve precisarsi che la violazione della regola BARD non può desumersi semplicemente dal **lessico** utilizzato dal giudice – che può costituire al più un indice significativo di tale violazione – occorrendo viceversa verificare se il giudice di merito abbia nella **sostanza** ritenuto accertato un determinato fatto, accontentandosi di uno standard probatorio incompatibile con la predetta regola, violandola così effettivamente.

Il punto, del resto, è stato rimarcato espressamente dalla giurisprudenza di legittimità che ha già avuto modo di precisare che *“non è certo una questione di lessico quella che si intende stigmatizzare, bensì un’attitudine di verifica probatoria incompleta, inidonea e carente rispetto allo standard richiesto dal legislatore e calibrato sull’art. 27 della Costituzione”* (cfr. § 2 della motivazione di Cass., Sez. 5, Sentenza n. 25272 del 19/04/2021 - dep. 01/07/2021, Rv. 281468). Uno standard probatorio – quello della cd. regola BARD – che deriva immediatamente dal principio della presunzione di innocenza e che esplica i suoi effetti conformativi imponendo protocolli logici del tutto diversi in tema di valutazione delle prove e delle contrapposte ipotesi ricostruttive in ordine alla fondatezza del tema d’accusa: la certezza della colpevolezza per la pronuncia di condanna, il dubbio originato dalla mera plausibilità processuale di una ricostruzione alternativa del fatto per l’assoluzione (così, in motivazione, Cass., **Sez. Un.**, Sentenza n. 14800 del 21/12/2017 - dep. 03/04/2018, **Troise** Rv. 272430).

Peraltro, deve anche rimarcarsi come l'utilizzo del lessico delle cd. **“elevata credibilità razionale”** o della cd. **“probabilità logica”** utilizzato dalle note **Sezioni Unite Franzese** (Cass. Sez. Un., Sentenza n. 30328 del 10/07/2002 - dep. 11/09/2002, Rv. 222138) **non** sia di per sé **in contrasto con la regola BARD** quale precisata dalle citate **Sezioni Unite Troise del 2018**.

Le Sezioni Unite Franzese, infatti, adottano pur sempre, nell'ambito della peculiarità dei reati colposi per omissione, il criterio fondamentale della **“certezza processuale”**, attraverso il quale passa l'elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica, raggiungibile quando la valutazione dei dati disponibili consente di escludere l'esistenza di percorsi causali alternativi rispetto a quello che – in base a generalizzate regole di esperienza o di leggi scientifiche, universali o statistiche – deve ritenersi *conditio sine qua non* dell'evento in concreto. La “probabilità logica”, quale intesa dalla Franzese, non è dunque quantitativa e misurabile (come la “probabilità statistica”), tanto meno può essere integrata dalla semplice “verosimiglianza”, ma è affermabile pur sempre e soltanto in termini di certezza processuale, cioè **certezza nei limiti dell'accertamento compiuto nel processo**.

È semmai un **fraintendimento della “regola Franzese”** – derivante dalla sua applicazione fuori dall'ambito per il quale era stata ideata – a contrastare con la regola BARD, cioè il fraintendimento per il quale si ritiene che **la confutazione di spiegazioni alternative di un fatto possano supplire alla mancanza di prova positiva del fatto medesimo**.

Laddove manchi la prova diretta del fatto ignoto – e la sua esistenza debba desumersi dall'esistenza di fatti noti (come ad esempio, nella specie, la prova di cosa sia stato comunicato al Ministro Conso) – non è infatti sufficiente confutare spiegazioni alternative dei fatti noti, ma occorre condurre l'accertamento del fatto noto secondo i canoni della **prova indiziaria** quali codificati dall'art. 192, comma 2, c.p.p. – secondo cui l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi, a meno che questi siano **gravi, precisi e concordanti** – tenendo presente la ontologica differenza tra prova e indizio. Mentre la “prova”, infatti, si ricollega direttamente al fatto storico oggetto di accertamento – e come tale è idonea ad attribuire carattere di certezza allo stesso – “l'indizio”, isolatamente considerato, fornisce solo una traccia indicativa di un percorso logico argomentativo, suscettibile di avere diversi possibili scenari e, come tale, non può mai essere qualificato in termini di certezza con riferimento al fatto da provare, così che l'indizio isolatamente considerato contrasta per definizione con la regola BARD.

Il dubbio che connota intrinsecamente il singolo indizio deve dunque essere superato attraverso operazioni valutative – in realtà enucleate nella giurisprudenza di legittimità anche prima dell'introduzione della regola BARD nell'art. 533, comma 1, c.p.p. sin dalla pronuncia delle **Sezioni Unite Mannino del 2005** (Cass., Sez. Un., n. 33748 del 12/7/2005, Mannino, Rv. 231678) – condotte attraverso una lettura unitaria e complessiva dell'intero compendio probatorio, che non si esaurisce

in una mera sommatoria degli indizi e non può perciò prescindere dall'operazione propedeutica, costituita dal valutare ogni prova indiziaria singolarmente, ciascuna nella propria valenza qualitativa e nel grado di precisione e gravità, per poi valorizzarla, ove ne ricorrano i presupposti, in una prospettiva globale e unitaria, tendente a porre in luce i collegamenti e la convergenza verso un medesimo obiettivo dimostrativo, secondo la **natura bifasica** della verifica sulla valenza della prova indiziaria.

Il **vero punto della questione** è, dunque, stabilire in primo luogo la natura di indizi o di prove degli elementi utilizzati nella sentenza della Corte di assise di appello, la conseguente ricostruzione del criterio di valutazione che doveva essere adottato e quale debba essere il requisito della certezza implicato dalla regola BARD.

IV. Applicando le precisazioni metodologiche di cui sopra alla fattispecie – con riferimento ai profili attaccati nei ricorsi: il *quid*, il *quis* e il *quomodo* del messaggio veicolato al Ministro Conso – in assenza di una vera e propria fonte diretta (di natura testimoniale o documentale), l'accertamento si sviluppa sostanzialmente in una **dimostrazione di carattere logico-indiziario**, nel senso che la motivazione giunge alla ricostruzione del *chi disse* e del *che cosa fu detto* al Ministro sulla base di un'analisi congiunta di plurimi elementi, ciascuno dei quali idoneo a provare direttamente ed autonomamente la tesi accusatoria.

In proposito va ricordato che il **requisito della certezza** – che deve assistere tanto la prova cd. diretta quanto gli elementi indizianti – non può assumersi in termini di assolutezza e di verità in senso ontologico: lo impedisce la natura stessa del ragionamento probatorio che, poggiando in misura determinante su inferenze di tipo induttivo, genera conclusioni il cui contenuto informativo non è mai interamente incluso in quello delle premesse.

Si parla invece di **certezza processuale**, una certezza cioè che si forma nel processo attraverso il procedimento probatorio, per cui ad esempio un certo accadimento (fatto naturale o comportamento umano) descritto da uno o più testimoni potrà dirsi certo e, quindi, conforme a verità, una volta che, previo controllo dell'attendibilità dei dichiaranti ed attraverso il vaglio critico delle loro deposizioni, il giudice ritenga quel dato accadimento dimostrato e, dunque, processualmente acquisito. Allo stesso modo, un risultato di prova fondato sull'applicazione di leggi, metodi o tecniche di natura scientifica potrà dirsi certo una volta che il giudicante abbia verificato l'affidabilità di quella legge, tecnica o metodica ed abbia dato ragione della valenza ed attendibilità del risultato conseguito. E', inoltre, nozione acquisita che per passare dal fatto noto a quello ignoto, il giudice fa, più o meno consapevolmente, uso di particolari "regole – ponte", tale da consentirgli di mettere in relazione i due fatti e di risalire da quello noto a quello ignoto; tale mediazione può essere assicurata da una c.d.

“regola di esperienza”, legittimata dal patrimonio conoscitivo derivante dal senso comune e ricavata dall’osservazione ripetuta di casi simili, denotanti la costante ripetizione di un certo fenomeno in presenza di determinate condizioni, ovvero da una legge scientifica, di valenza universale o semplicemente statistica, od, ancora, da una legge appartenente alla logica, che presiede ed orienta i percorsi mentali della razionalità umana.

Trattasi sempre e comunque di ragionamento inferenziale, che nel caso della prova diretta ha ad oggetto un fatto che ricade sotto l’immediata percezione del giudice perché coincide con lo strumento probatorio impiegato nel processo, mentre nel caso della prova indiretta è lo stesso fatto a costituire oggetto di un preliminare accertamento di tipo induttivo: nel caso di prova diretta al giudice è dunque richiesta una sola inferenza probatoria, mentre quando la prova è indiretta l’inferenza è duplice.

La **duplicità di valutazione** – nel caso di **prova indiziaria** – trova sostanziale riscontro nel dettato codicistico: allorquando l’art. 192, comma 2, c.p.p. indica la necessità, ai fini della certezza processuale, della “precisione” e la “gravità” degli elementi indiziari, non sembra in definitiva affermare altro da quanto detto, e cioè che l’indizio può considerarsi “**preciso**” quando alla sua conoscenza può giungersi con un grado significativo di probabilità logica, e che può considerarsi “**grave**” quando, in base alla sua conoscenza, può giungersi con lo stesso grado significativo di probabilità logica alla conoscenza del fatto da provare.

Questo ragionamento probatorio – che consente di passare dall’**elemento di prova** al **risultato di prova** – è assegnato al compito del **giudice di merito**, che deve, ovviamente, fornirne congrua motivazione e che, in tema di prova indiziaria, deve procedere ad un duplice vaglio giustificativo: un primo vaglio riguarda la c.d. “**giustificazione esterna**”, attraverso la quale il giudice verifica la validità della regola d’esperienza ovvero della legge scientifica o logica utilizzata, mentre un secondo vaglio concerne la c.d. “**giustificazione interna**”, mediante la quale occorre dimostrare, in concreto, la validità del risultato conseguito mediante l’applicazione della “regola-ponte”.

Compito invece del **giudice di legittimità**, al quale non appartiene un autonomo potere di valutazione degli elementi di prova né il potere di sostituire i propri apprezzamenti in materia a quelli del giudice di merito o di adottare regole d’esperienza diverse da quelle adottate da detto giudice, è solo ed unicamente quello di controllare la logicità del ragionamento probatorio, verificando sia la correttezza della giustificazione esterna che di quella interna, essendo la ricostruzione della vicenda processuale e l’interpretazione dei dati acquisiti di esclusiva spettanza dei giudici delle precedenti istanze.

Ferme queste premesse, il punto nodale della questione risiede nello stabilire su quale grado di conferma probatoria debba riposare l’indizio, e quale grado di conferma probatoria occorra attribuire al fatto ignoto, perché quest’ultimo possa dirsi provato.

Si tratta di stabilire, per usare la terminologia adottata dalla Corte di cassazione, **quand'è che l'indizio è "certo" e "concludente"**, dovendosi domandare come incide, sul punto, l'esistenza del principio della colpevolezza «oltre ogni ragionevole dubbio».

Al riguardo, lo **scenario appare diverso a seconda del numero di dati a disposizione**.

Se un dato X deve essere provato oltre ogni ragionevole dubbio e se a tal fine si dispone di **un'unica prova indiretta** (dato Z), tanto il grado di conferma del dato intermedio Y, quanto il grado di conferma del dato X (una volta cioè provato come certo il dato Y) devono assurgere agli elevati livelli qualitativi imposti dalla c.d. BARD rule.

La prova di X avendo posto Z come dato di partenza non coincide, in altre parole, con la risultante delle due inferenze probatorie: se così fosse, un eventuale deficit di "certezza" dell'indizio potrebbe essere colmato da un grado elevatissimo di "concludenza" del medesimo; ma in questo modo, nel primo anello della catena inferenziale si insinuerebbe un dubbio ragionevole non sanato, in contrasto con la regola di valutazione probatoria contenuta nell'art.533, comma 1, c.p.p., ossia con la regola che richiede l'esistenza di un'elevatissima probabilità "logica" o "qualitativa" dell'ipotesi d'accusa, non coincidente con la sua semplice preponderanza probabilistica rispetto alle ipotesi antagoniste.

In breve, tanto la precisione quanto la gravità dell'indizio devono innalzarsi ai livelli di tale parametro: certezza e concludenza devono essere, per così dire, assolute, ovvero tali da escludere solo le ipotesi "al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana".

La prospettiva è diversa invece se la prova oltre ogni ragionevole dubbio di X viene desunta, come accade di regola – e come è accaduto in questo processo – da un **insieme di elementi indiziari** (Y, W, Z ...). In questi casi, l'opinione della Corte di cassazione è che il constatato difetto di concludenza assoluta del singolo indizio possa trovare adeguata compensazione logica nell'interagire dei dati indizianti, cioè nella loro accertata "concordanza" (art. 192, comma 2, c.p.p.).

Secondo un consolidato indirizzo esegetico (Sez. U, Sentenza n. 33748 del 12/07/2005, Rv. 231678-01; Sez.1, Sentenza n. 44324 del 18.4.2013, Rv. 258321-01; Sez. 1, Sentenza n. 8863 del 18/11/2020, Rv. 280605 – 02), in particolare, ciascuno degli indizi la cui valenza indicativa (o concludenza), singolarmente apprezzata, appaia «non univoca», ovvero soltanto «parziale» o «potenziale», potrebbe, all'esito di un «esame globale e unitario» del quadro probatorio, vedere dissolversi la sua «ambiguità indicativa»: ciò «perché nella valutazione complessiva ciascun indizio si somma e si integra con gli altri, di tal che l'insieme può assumere quel pregnante e univoco significato dimostrativo che consente di ritenere conseguita la prova logica del fatto». Si tratta di posizione del tutto convincente e condivisibile allorquando il quadro probatorio è composto da un insieme di dati indiziari non univoci, perché la loro convergente compatibilità con una comune ipotesi ricostruttiva

rende tale ipotesi più probabile – perché logicamente più parsimoniosa – delle altre che siano di volta in volta compatibili con il singolo indizio.

Meno scontata è la conclusione in caso di deficit di certezza dei singoli indizi, di quegli indizi cioè che non appaiono assistiti da un grado di conferma concettualmente identico a quello richiesto per la formulazione del giudizio di colpevolezza.

In alcune pronunce la Corte sembra negare che la concordanza degli indizi possa compensare tale deficit, laddove per esempio si afferma che <<La certezza da attribuire al fatto indiziante non è, quindi, concettualmente diversa da quella richiesta per la formulazione del giudizio di colpevolezza, posto che l'una e l'altra debbono necessariamente appoggiarsi ad elementi probatori da valutarsi secondo la regola generale *dettata dall'art.192, comma 1, c.p.p., con l'unica differenza che, nel primo caso, essi hanno per oggetto non un fatto direttamente dimostrativo della colpevolezza ma un fatto suscettibile soltanto di essere assunto come indicativo della medesima*>> (Sez. 1, Sentenza n. 9151 del 28/06/1999, Rv. 213922 – 01; vedi, in termini, più di recente, Sez. 1, Sentenza n. 37348 del 06/05/2014, Rv. 260278 – 01).

In altre occasioni (Sez. I, n. 42993 del 25.9.2008 (dep. il 18 novembre 2008), n.m.; Sez. I, n. 238 del 4 dicembre 2007 (dep. il 7.1.2008), n. m.; Sez. II, n. 21998 del 3 maggio 2005 (dep. il 10.6.2005), n.m. sul punto specifico), tuttavia, la Corte di legittimità, pur riaffermando in linea principio l'esigenza della “certezza” dell'indizio, sembra consentire una consistenza anche solo non “ipotetica” o “congetturale” del dato cognitivo, escludendo cioè dal ragionamento indiziario soltanto le premesse fattuali indimostrate, meramente verosimili; il che equivarrebbe in sostanza a dire che i singoli elementi di prova (indiziaria) immessi nel circuito valutativo sono da ritenersi convalidati quando possa registrarsene, sul piano della frequenza statistica, un maggior grado di corrispondenza al reale.

Ad avviso di questo Ufficio, occorre ribadire che la valutazione complessiva del quadro probatorio di tipo indiziario deve essere condotta con l'estremo rigore che il criterio di cui all'art. 533 c.p.p. impone: come ricordato in un efficace passaggio motivazionale dalle citate Sezioni Unite *Troise* del 2018 di questa Corte di legittimità, “*la disposizione che ha introdotto nel sistema codicistico il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio è stata, non a caso, riferita dal legislatore all'esclusivo ambito di applicazione dell'art. 533 cod. proc. pen., che attiene alla pronuncia di una sentenza di condanna, mentre dall'art. 530 cod. proc. pen., che disciplina il diverso esito assolutorio, non soltanto non emerge un criterio di giudizio analogo, ma ne affiora, nella sostanza, uno opposto. Nel comma 2 di tale articolo, infatti, si prevede che il giudice debba pronunciare assoluzione in tutti i casi in cui un dubbio sussiste e non può essere superato, ciò che equivale a descrivere - dalla prospettiva dell'assoluzione - il mancato soddisfacimento della regola del ragionevole dubbio*”.

Ne consegue che ancora più prudente dovrà farsi il giudizio di concordanza degli elementi indiziari laddove i singoli indizi manifestino carenze di certezza ma anche di valore dimostrativo: tanto più la convergenza sia stata impiegata come fattore di correzione dei deficit di portata dimostrativa dei singoli indizi, tanto meno vi si potrà fare ricorso per rimediare alla loro incertezza.

Infine, un'ulteriore premessa – necessaria perché trattasi di argomento utilizzato in sentenza – riguarda la prova logica della ascrivibilità di una condotta ad un soggetto ottenuta mediante l'esclusione, al di là di ogni ragionevole dubbio, della possibilità che la stessa condotta sia stata effettuato da un terzo (la tesi, cioè, del “non può essere stato nessun altro”).

Deve ritenersi, infatti, che – come precisato al precedente punto III della presente memoria – la confutazione di spiegazioni alternative di un fatto **non possano supplire** alla mancanza di prova positiva del fatto medesimo; fermo restando che – potendo l'accertamento positivo del fatto desumersi anche in via indiziaria, secondo i canoni sopra precisati della gravità, precisione e concordanza - l'individuazione delle ipotesi antagoniste e la loro confutazione ben può formare parte integrante della complessiva valutazione della ricorrenza dei canoni suddetti.

Roma, 30 marzo 2023

Il sostituto Procuratore generale

Pietro Molino

Il sostituto Procuratore generale

Tomaso Epidendio

L'Avvocato generale

Pasquale Fimiani

Copia conforme all'originale sottoscritto dai predetti magistrati a seguito di oscuramento dei dati.

Roma 19 aprile 2023

Dott.ssa Alessandra Castaldo