



L'ERRORE GIUDIZIARIO

a cura di
Luca Lupária Donati



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

© Giuffrè Francis Lefebvre – Copia riservata all'autore

ISBN 9788828824695

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2021
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

© Giuffrè Francis Lefebvre – Copia riservata all'autore

INDICE SOMMARIO

Il curatore XXI

Gli autori XXI

Introduzione

Un viaggio al termine della giustizia. Alla ricerca di anticorpi per la condanna dell'innocente di Luca Lupária Donati XXIII

Convicting the innocent, worldwide di Brandon L. Garret

1. Introduction. 1
2. Eyewitness Memory. 2
3. Flawed Forensics.. . . . 6
4. False Confessions. 10

Parte Prima

SCENARI E QUESTIONI DI FONDO

Capitolo I

INNOCENTI IN CARCERE. L'ERRORE GIUDIZIARIO TRA OTTO E NOVECENTO

di Loredana Garlati

1. *Errare humanum est* 19
2. La revisione nel c.p.p. del 1865: legge e dottrina a confronto. 26
3. Focolai di errore. 41
4. Riparare, rimediare, risarcire. 47
5. Le riforme.. . . . 55

Capitolo II

L'ERRORE GIUDIZIARIO NELLE CARTE DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN EUROPA

di Maria Lucia Di Bitonto

1. Premessa. 63

2.	Errore giudiziario nel sistema C.e.d.u.: profili storici.	65
3.	Errore giudiziario e diritto UE.	69
4.	Presupposti convenzionali della riparazione in caso di condanna ingiusta..	74
5.	Presupposti convenzionali della riparazione dell'ingiusta detenzione. . . .	76

Capitolo III

ALLE RADICI DELL'ERRORE GIUDIZIARIO: "HEURISTICS AND BIASES"

di *Giovanni Canzio*

1.	La razionalità limitata del giudice.	81
2.	Le garanzie epistemologiche.	83
3.	La funzione cognitiva e aletica del processo penale.	84
4.	I percorsi di verità e il modello di motivazione in fatto.. . . .	85
5.	L'antidoto della nomofilachia.. . . .	88
6.	Un nuovo modello di formazione del giudice.	89

Capitolo IV

ERRORE GIUDIZIARIO E LOGICA DEL GIUDICE NEL PROCESSO PENALE

di *Gaetano Carlizzi*

1.	Premessa.	93
2.	Lineamenti concettuali dell'errore giudiziario.	94
2.1.	Genere prossimo.. . . .	94
2.2.	Differenza specifica.	98
2.2.1.	Disciplina costituzionale.	98
2.2.2.	Disciplina legislativa.	101
2.3.	Accezioni lessicali.	104
3.	Componenti dell'errore giudiziario.	107
3.1.	Errore qualificatorio.	108
3.1.1.	Variabili ideologiche.. . . .	108
3.1.1.1.	<i>Intellettualismo.</i>	108
3.1.1.2.	<i>Razionalismo.</i>	109
3.1.2.	Cause razionali.	110
3.1.2.1.	<i>Cause razionali ineluttabili.</i>	110
3.1.2.2.	<i>Cause razionali contrastabili.</i>	113
3.1.2.2.1.	<i>Errori della giustificazione esterna.</i>	115
3.1.2.2.2.	<i>Errori della giustificazione interna.</i>	118
3.2.	Errore probatorio.	122
3.2.1.	Variabili ideologiche.. . . .	122
3.2.1.1.	<i>Intellettualismo.</i>	123
3.2.1.2.	<i>Razionalismo.</i>	125
3.2.2.	Cause razionali.	130
3.2.2.1.	<i>Cause razionali ineluttabili.</i>	131
3.2.2.2.	<i>Cause razionali contrastabili.</i>	138
3.2.2.2.1.	<i>Fisiologia del ragionamento probatorio.</i>	139
3.2.2.2.1.1.	<i>Giustificazione interna.</i>	141
3.2.2.2.1.2.	<i>Giustificazione esterna.</i>	143

3.2.2.2.1.2.1. Giustificazione esterna che pone il criterio probatorio complessivo concreto.	143
3.2.2.2.1.2.2. Giustificazione esterna che pone l'applicazione del criterio probatorio complessivo concreto.. . . .	147
3.2.2.2.2. Patologia del ragionamento probatorio.. . . .	149
3.2.2.2.2.1. Errori della giustificazione esterna.	150
3.2.2.2.2.2. Errori della giustificazione interna.	152

Parte Seconda

CAUSE E RAGIONI DELL'ERRORE GIUDIZIARIO

Capitolo V

RICONOSCIMENTI DI PERSONA ED ERRORI GIUDIZIARI: LA "PARABOLA DEI CIECHI" NEL PROCESSO PENALE

di *Elisa Lorenzetto*

1. ...ambidue cadranno nella fossa?	157
1.1. Errori giudiziari.	163
1.2. Ingiuste detenzioni.. . . .	167
2. Prevenire gli errori da riconoscimenti di persona: una <i>road map</i>	170
3. Lo svolgimento dell'atto (e la sua documentazione)	172
3.1. Indagini preliminari.	174
3.2. Dibattimento.	179
4. Fisiologia e patologie nell'impiego dei dati probatori.	183
5. La valutazione del risultato.	186

Capitolo VI

LA FALSA CONFESSIONE COME CAUSA DI ERRORI GIUDIZIARI

di *Giulia Lasagni*

1. Introduzione.	189
2. Confessioni false e confessioni autentiche: un confine incerto.	193
3. False confessioni: cause e tipologie.	198
3.1. Falsa confessione volontaria.	199
3.2. Falsa confessione estorta.	201
3.3. Falsa confessione "estorta-interiorizzata".. . . .	210
4. Uno sguardo comparato: Stati Uniti.	212
4.1. (<i>Segue</i>) Regno Unito.. . . .	217
5. Falsa confessione e <i>tunnel vision</i>	219
6. Quale prevenzione e quali rimedi?	221

Capitolo VII

ERRORE GIUDIZIARIO E PROVA SCIENTIFICA

di *Giuseppe Gennari*

1. Definire il tema.. . . .	227
-----------------------------	-----

INDICE SOMMARIO

1.1.	La verità e le verità.	227
1.2.	Errore giudiziario in UK.	229
1.3.	Errore giudiziario negli USA.	231
1.4.	Numeri divergenti.	232
1.5.	I confini del tema.	234
2.	Errore giudiziario e prova scientifica: relazione privilegiata?	235
2.1.	Quali prove scientifiche provocano errore più di altre.	236
2.2.	Il valore speciale della prova scientifica.	238
2.3.	Conclusioni.	239
3.	Le tipologie di errore.	240
3.1.	Le bombe di Madrid.	240
3.2.	Il delitto di via Poma.	242
3.3.	L'omicidio di Meredith Kercher.	243
3.4.	Farah Jama.	244
3.5.	L'omicidio Taffi Pamio.	245
3.6.	Conclusioni.	248
4.	I rimedi.	250
4.1.	Cose da non fare.	250
4.2.	Cose da fare per migliorare la comprensione.	251
4.3.	Cose da fare per migliorare la qualità del dato scientifico.	254
4.4.	Conclusioni.	258

Capitolo VIII

LE DICHIARAZIONI DI “CHIAMATA IN CORREITÀ”

di *Benedetta Galgani e Gianluca Borgia*

1.	Introduzione.	259
2.	Tra questioni ormai “risolte”...	264
3.	... e <i>hot issues</i> . Chiamata intercettata <i>vs</i> chiamata in correità?	267
4.	(<i>segue</i>) Passi indietro in tema di attendibilità del collaboratore di giustizia.. . . .	271
5.	(<i>segue</i>) Preoccupanti prospettive di impiego della chiamata <i>de relato</i> non confermata dalla fonte diretta.	274
6.	(<i>segue</i>) Chiamata in correità e <i>novum probatorio</i> richiesto ai fini della revisione: tra ingiustificate resistenze, timide aperture e possibili ulteriori sviluppi.	279
7.	(<i>segue</i>) Il caso del teste (non solo non più) assistito (ma anche) maggiormente credibile.	283
8.	Note di chiusura.	289

Capitolo IX

L'ERRORE GIUDIZIARIO TRA NEGLIGENZA INESCUSABILE E COLPA GRAVE DEGLI INQUIRENTI

di *Clelia Iasevoli*

1.	Premessa.	293
2.	Il distinguo tra <i>errores in procedendo</i> ed <i>errores in iudicando</i> ai fini dell'individuazione della responsabilità degli inquirenti.	295
3.	'Cattive' prassi e abnormità deontologica e/o disciplinare.	298

4.	La colpa grave del magistrato e la cd. clausola di salvaguardia.	305
5.	La violazione manifesta della legge.	308
5.1.	... nonché del diritto dell'Unione europea.	312
6.	L'errore di percezione del pubblico ministero.	316

Parte Terza

L'ERRORE NELLE FASI DEL PROCESSO ITALIANO

Capitolo X

ERRORE GIUDIZIARIO E INDAGINI PRELIMINARI

di *Veronica Tondi*

1.	Premessa: le indagini preliminari quale possibile origine dell'errore giudiziario.	325
2.	<i>Bias</i> cognitivi e attività d'indagine: l'interazione tra le componenti soggettive e oggettive dell'errore investigativo.	328
3.	L'analisi della scena del crimine e le indagini tecnico-scientifiche.	336
4.	Errore giudiziario e intercettazioni.	358

Capitolo XI

L'ERRORE GIUDIZIARIO IN FASE CAUTELARE

di *Federica Centorame*

1.	La fisionomia cangiante dell'errore cautelare tra limiti fisiologici, ingiusta detenzione preventiva e giudizi finali inveritieri.	369
2.	Alle origini dell'errore <i>de libertate</i> : l'apprezzamento difettoso dei gravi indizi di colpevolezza.	375
3.	Vizi "occulti" e distorsioni applicative nella valutazione delle esigenze cautelari.	383
4.	La "formazione progressiva" dell'errore cautelare nel rapporto sinergico fra motivazione e riesame del provvedimento applicativo.	391
5.	Procedimento incidentale e contaminazioni del merito.	395

Capitolo XII

RITI CONSENSUALI ED ERRORE GIUDIZIARIO: UN BINOMIO RICCO DI CRITICITÀ

di *Jacopo Della Torre*

1.	Un problema di portata globale: la giustizia consensuale quale causa privilegiata di errori giudiziari.	401
2.	La Carta costituzionale come prima (parziale) barriera all' <i>innocence problem</i> della giustizia consensuale.	410
3.	Il patteggiamento: un "semilavorato" normativo in bilico tra criticità normative ed eccessi giurisprudenziali.	415
4.	Il complesso rapporto tra applicazione della pena su richiesta delle parti e revisione.	428

5.	<i>L'innocence problem</i> della messa alla prova per adulti.	434
6.	Strumenti di (parziale) profilassi: il diritto della grande e della piccola Europa.	449
6.1.	Grande Europa e istituti consensuali.	450
6.2.	Direttiva 2016/343/UE e riti consensuali.	454

Capitolo XIII

L'ERRORE GIUDIZIARIO NEL DIBATTIMENTO

di *Pierpaolo Rivello*

1.	Premessa.	463
2.	I riflessi negativi provocati dalla violazione delle disposizioni di cui all'art. 495 c.p.p.	465
3.	L'inosservanza dell'impegno di verità da parte del testimone, ai sensi dell'art. 497 c.p.p., e le sue conseguenze in tema di errore giudiziario. . .	468
4.	La possibile fallacia delle dichiarazioni testimoniali e l'inosservanza delle regole per l'esame del teste fissate dall'art. 499 c.p.p.	469
5.	Gli errori giudiziari favoriti dal sospetto di falsa testimonianza nel corso del dibattimento.	472
6.	Le violazioni nella prassi applicativa concernente l'attività di riconoscimento in sede dibattimentale e l'elusione del modello codicistico di riferimento.	474
7.	L'ammissione della perizia e gli effetti ricollegabili all'utilizzo scorretto della scienza nelle aule giudiziarie.	479
8.	L'escussione dei consulenti tecnici e del perito e le sue distorsioni. . . .	482
9.	Le problematiche ricollegabili ad un approccio non meditato nei confronti delle "nuove prove scientifiche".	484
10.	Gli errori giudiziari provocati dalle dichiarazioni autoconfessorie utilizzate ai fini del giudizio, a seguito delle letture, <i>ex art.</i> 513 c.p.p.	488

Capitolo XIV

L'ERRORE GIUDIZIARIO NEI PROCEDIMENTI DI COOPERAZIONE GIUDIZIARIA FINALIZZATI ALLA CONSEGNA DELL'INDIVIDUO A UNO STATO ESTERO

di *Marco Pittiruti*

1.	Errori giudiziari e meccanismi processuali di consegna dell'individuo. . .	491
2.	Il sindacato sulla serietà dell'accusa nei giudizi relativi alla consegna dell'individuo a fini esecutivi.	493
3.	Tutela dei diritti fondamentali nel procedimento domestico e <i>wrongful conviction</i>	499
4.	L'"ingiustizia" della sentenza che dichiara la sussistenza delle condizioni per la consegna dell'individuo verso l'estero. Quali rimedi?	504

Parte Quarta
I RIMEDI IMPUGNATORI

Capitolo XV

**LE IMPUGNAZIONI ORDINARIE COME ANTICORPI CONTRO
L'ERRORE: PROSPETTIVE E LIMITI**

di *Hervé Belluta*

1. Osservando il processo dall'angolo prospettico dell'errore: il germe dell'ingiustizia. 511
2. Una bussola per l'attività processuale: la ricerca della verità?. 514
3. Il "sistema" delle impugnazioni ordinarie: funzioni e disfunzioni. 516
4. Gli anticorpi aiutano, ma talora non bastano: tra rimedi ordinari e impugnazioni straordinarie. 521

Capitolo XVI

**IL RICORSO STRAORDINARIO PER ERRORE GIUDIZIARIO "DI FATTO".
PORTATA, ESTENSIONE E LIMITI**

di *Giulia Fiorelli*

1. La matrice dogmatica dell'errore giudiziario "di fatto" nel giudizio di legittimità. 525
2. L'incerta fisionomia *dell'error facti*: vuoto normativo e supplenza giurisprudenziale. 532
3. Il giudizio di rilevanza dell'errore di fatto tra "ingiustizia processuale" ed "ingiustizia sostanziale". 539
4. Le aperture della giurisprudenza oltre i confini della condanna formale. Prospettive di tutela sostanziale del condannato. 545
5. Il ricorso straordinario per errore di fatto, quale rimedio all'iniuria del processo. 560

Capitolo XVII

IL GIUDIZIO DI REVISIONE

di *Mitja Gialuz*

1. Introduzione. 567
2. La revisione come principale forma di riparazione dell'errore giudiziario.. 569
3. La revisione come rimedio a favore del condannato: una regola generale, sempre meno assoluta. 574
4. I limiti teleologici della revisione.. . . . 578
5. I casi di revisione come indici di sussistenza di un errore giudiziario: il conflitto teorico di giudicati. 581
6. La revoca della sentenza civile o amministrativa. 589
7. Le nuove prove. 590
8. *Segue*. La nuova prova scientifica. 599
9. *Segue*. La nuova prova dichiarativa. 605
10. La condanna pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di

altro reato.	608
11. La revisione europea: un istituto ricco di criticità.	610
12. Profili procedurali: giudice competente, soggetti legittimati e vaglio preliminare di ammissibilità.	619
13. <i>Segue</i> . Il giudizio di revisione.. . . .	629
14. Conclusioni.	638

Parte Quinta

DISPOSITIVI DI PROFILASSI

Capitolo XVIII

CORPI DI REATO: QUALE DESTINO DOPO IL GIUDICATO?

di *Giampietro Lago*

1. Il perimetro dell'analisi.	645
2. La prassi vigente.	646
3. I reperti e le facoltà della difesa.	647
4. Il caso paradigma.	647
5. Strage di Erba: le fasi successive al giudicato.	648
6. Strage di Erba: l'istanza di incidente probatorio.. . . .	649
7. La mancanza dell'evidenza prova l'assenza sui luoghi? Una frequente fallacia del ragionamento.	650
8. I reperti dopo il giudicato: potenzialità.	651
9. La distruzione dei reperti in un caso irrisolto.	652
10. La possibilità di conservazione indefinita.	654
11. Strage di Erba: l'articolato <i>iter</i> della decisione di disporre perizia.. . . .	655
12. Strage di Erba: il pronunciamento della Cassazione sulla competenza. . .	656
13. Il problema dei reperti e la disposizione per la distruzione.	656
14. Conclusioni.	658

Capitolo XIX

IL SIGNIFICATO DELLE EVIDENZE: L'IMPORTANZA DELLO SCIENZIATO FORENSE NELLA PREVENZIONE DELL'ERRORE

di *Franco Taroni e Silvia Bozza*

1. Si ponga il problema.	662
2. Si definisca la qualità scientifica.	664
3. Si utilizzino le probabilità per la gestione dell'incertezza e come supporto nei processi decisionali.	669
4. Si legga e si analizzi alla luce del modello probabilistico quanto scritto dai periti per evitare incomprensioni.. . . .	678
5. Che gli scienziati forensi applichino l'approccio probabilistico per evitare errori giudiziari.. . . .	682
6. Che gli scienziati forensi valutino congiuntamente gli elementi di prova per evitare errori giudiziari.	696

7. Si concluda affermando il ruolo fondamentale del ragionamento probabilistico per evitare errori giudiziari	699
<i>Ringraziamenti</i>	702

Capitolo XX

**IL DNA COME PROVA DI INNOCENZA
E LA BANCA DATI NAZIONALE DEL DNA**

di *Renato Biondo*

1. Il perimetro dell'indagine: il test del DNA come strumento per prevenire gli errori giudiziari.	703
2. Il ruolo del DNA nell'ordinamento giudiziario.	705
3. Un caso emblematico: il delitto Molinari.	706
4. L'organizzazione ed il funzionamento della Banca Dati Nazionale del DNA	707
5. I margini di errore connessi all'inserimento di un profilo DNA in Banca Dati.	711

Parte Sesta

GLI STRUMENTI RIPARATORI

Capitolo XXI

LA RIPARAZIONE DELL'ERRORE GIUDIZIARIO

di *Marcello D'Aiuto*

1. I presupposti della riparazione.	717
2. L'errore "riparabile".. . . .	723
3. Errore e giudicato penale.	728
4. Le cause ostative: dolo e colpa grave.	732
5. La natura giuridica della riparazione.	737
6. Quantificazione del danno e risarcimento.. . . .	741
7. Il procedimento riparatorio.. . . .	745

Capitolo XXII

LA RIPARAZIONE PER L'INGIUSTA DETENZIONE CAUTELARE

di *Armando Macrillò*

1. La riparazione come "rimedio postumo" per l'ingiusta detenzione. Il quadro normativo.	751
2. Ingiustizia "sostanziale" o "ingiustizia formale" della detenzione cautelare.. . . .	756
3. Le tipologie restrittive della detenzione cautelare.	768
4. Le cause e le concause: il dolo o la colpa grave.	771
5. Le ulteriori cause di esclusione della riparazione.	778
6. La natura giuridica della riparazione: tra risarcimento e indennizzo.	782
7. Il procedimento di riparazione. Concetti generali.	785
7.1. (<i>Segue</i>) La legittimazione attiva ed il termine per la presentazione della domanda.	786

7.2. (<i>Segue</i>) L'udienza.	792
7.3. (<i>Segue</i>) Il provvedimento terminativo, la rifusione delle spese e l'impugnazione.	793
8. Il danno "riparabile" e i criteri per la quantificazione. La reintegrazione nel posto di lavoro perduto per l'ingiusta detenzione.	795
9. Gli ulteriori modelli riparatori.	802
9.1. Il diritto alla riparazione nelle procedure estradizionali.	804

Capitolo XXIII

LA RESPONSABILITÀ DEI MAGISTRATI

di *Gaspare Dalia*

1. La responsabilità civile del magistrato tra principi di indipendenza e di responsabilità.	811
2. La riforma attuata dalla legge 13 aprile 1988, n. 117.	816
3. La responsabilità civile dei magistrati nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: l'esigenza dell'intervento legislativo del 2015.	824
4. La responsabilità per dolo e per colpa grave.	829
5. L'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove quali cause di esclusione della responsabilità per colpa grave..	836
6. Il diniego di giustizia.	845
7. La responsabilità civile per fatti costituenti reato.	847
8. L'azione di responsabilità e l'azione di rivalsa.	850
9. Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale.. . . .	855
10. Il concorso con l'azione riparatoria prevista in caso di errore giudiziario o di ingiusta detenzione.	858
11. Considerazioni conclusive: il delicato rapporto tra responsabilità civile e disciplinare.	861

Capitolo XXIV

LA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE DELL'AVVOCATO CHE CONTRIBUISCA ALLA FORMAZIONE DELL'ERRORE GIUDIZIARIO

di *Vinicio Nardo*

1. Premessa.	865
2. Evoluzione dello statuto deontologico: il Codice Deontologico degli Avvocati europei e il Nuovo Codice Deontologico Forense.	867
3. Casi pratici ed evoluzione giurisprudenziale: il nuovo volto della responsabilità dell'avvocato.	872
3.1. La nuova struttura dell'obbligazione del professionista.	872
3.2. La giurisprudenza civile in tema di responsabilità professionale dell'avvocato.	876
3.3. La giurisprudenza disciplinare in tema di responsabilità professionale dell'avvocato.	878
4. La scelta del rito e l'errore giudiziario.	880
5. Il giudizio di primo grado: il rilievo delle "ipotesi antagoniste" e il ruolo della specializzazione.	884

6.	Il giudizio di appello: un diritto irrinunciabile.	885
----	--	-----

Capitolo XXV

I RIMEDI CIVILISTICI ALL'ERRORE GIUDIZIARIO

di *Angelo Alessandro Sammarco*

1.	Premessa.	889
2.	Una contraddizione in termini.	891
3.	Il superamento della contraddizione all'interno dell'ordinamento; la nozione sostanziale di "ingiustizia".	892
4.	La prospettiva "pratica" i rimedi esperibili: le azioni di danno.	895
5.	Conclusioni.	899

Parte Settima

CASISTICA NAZIONALE

*A cura dell'Osservatorio sull'errore giudiziario
dell'Unione delle Camere Penali Italiane
(in collaborazione con l'associazione Errorigiudiziari.com)*

<i>Prefazione</i>	903
-----------------------------	-----

Caso 1

IL CASO DI GIUSEPPE GULOTTA

a cura di *Valentino Maimone, Alessandra Palma, Serena Caputo, Paola Farinoni*

1.	Il fatto storico.	907
2.	La vicenda processuale.	910
3.	La genesi dell'errore.	914
4.	Il commento.	917

Caso 2

IL CASO DI SAVERIO DE SARIO

a cura di *Valentino Maimone, Alessandra Palma, Paolo Camporini, Valter Cara*

1.	Il fatto storico.	921
2.	La vicenda processuale.	922
3.	La genesi dell'errore.	925
4.	Il commento.	926

Caso 3

IL CASO DI PIETRO PAOLO MELIS

a cura di *Valentino Maimone, Alessandra Palma, Antonella Canino,
Susanna Denaro, Patrizia Esposito*

1.	Il fatto storico.	929
2.	La vicenda processuale.	930

3.	La genesi dell'errore.	935
4.	Il commento.	935

Caso 4

IL CASO DI GIUSEPPE MORRONE

a cura di *Valentino Maimone, Alessandra Palma, Carlo Scalpelli, Raffaella Scutieri*

1.	Il fatto storico.	940
2.	La vicenda processuale.	941
3.	La genesi dell'errore.	942
4.	Il commento.	943

Caso 5

IL CASO DI ANGELO MASSARO

a cura di *Valentino Maimone, Alessandra Palma, Carlo Scalpelli, Valter Cara, Antonella Canino*

1.	Il fatto storico.	951
2.	La vicenda processuale.	952
3.	La genesi dell'errore.	955
4.	Il commento.	956

INGIUSTA DETENZIONE IN ITALIA, UN'ANALISI

di *Benedetto Lattanzi e Valentino Maimone*
(associazione *Errorigiudiziari.com*)

1.	Le dimensioni del fenomeno	964
1.1.	La collocazione geografica.	964
1.2.	La spesa in indennizzi.	965
1.3.	Gli innocenti "invisibili".	965
1.4.	Il raffronto con l'estero.	966
2.	Considerazioni.	968
2.1.	Cosa si sta facendo arginare il fenomeno.	969
3.	La casistica.	970
3.1.	Intercettazioni.	970
3.2.	Dichiarazioni di collaboratori di giustizia.	971
3.3.	False accuse.	971
3.4.	Riconoscimento oculare.	972
3.5.	Riconoscimento fotografico.	973
3.6.	Scambio di persona.	973
3.7.	Prove scientifiche.	974

Parte Ottava
CASISTICA INTERNAZIONALE
a cura di *Martina Cagossi e Chiara Greco*
(Italy Innocent Project)

<i>Premessa metodologica</i>	977
--	-----

Caso 1

MARVIN ANDERSON

1. La vicenda fattuale.. . . .	981
2. <i>Iter processuale</i>	982
3. Genesi dell'errore.	984

Caso 2

EARL WASHINGTON JR

1. La vicenda fattuale.. . . .	986
2. <i>Iter processuale</i>	988
3. Genesi dell'errore.	990

Caso 3

PAULA GRAY E I “FORD HEIGHTS FOUR”

1. La vicenda fattuale.. . . .	993
2. <i>Iter processuale</i>	994
3. Genesi dell'errore.	997

Caso 4

CHRISTOPHER OCHOA

1. La vicenda fattuale.. . . .	999
2. <i>Iter processuale</i>	1000
3. Genesi dell'errore.	1001

Caso 5

RAY KRONE

1. La vicenda fattuale.. . . .	1004
2. <i>Iter processuale</i>	1006
3. Genesi dell'errore.	1008

IL CURATORE

LUCA LUPÁRIA DONATI *Professore Ordinario di Diritto processuale penale e Diritto penitenziario nell'Università degli Studi Roma Tre. Direttore di Italy Innocence Project e Presidente dell'European Innocence Network*

GLI AUTORI

HERVÉ BELLUTA *Professore Associato di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Brescia*

RENATO BIONDO *Dirigente Superiore Tecnico della Polizia di Stato, Direttore del Servizio per i Sistemi Informativi Interforze presso il Ministero dell'Interno - Dipartimento della Pubblica Sicurezza - Direzione Centrale della Polizia Criminale*

GIANLUCA BORGIA *Dottore di Ricerca presso l'Università degli Studi di Ferrara. Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pisa*

SILVIA BOZZA *Professore Associato di Statistica nell'Università Ca' Foscari di Venezia*

MARTINA CAGOSSI *Avvocato e Program Manager di Italy Innocence Project e Director of Operations dell'European Innocence Network*

GIAN DOMENICO CAIAZZA *Avvocato e Presidente dell'Unione delle Camere Penali Italiane*

PAOLO CAMPORINI *Avvocato e Membro dell'Osservatorio sull'errore giudiziario dell'Unione delle Camere Penali Italiane*

ANTONELLA CANINO *Avvocato e Membro dell'Osservatorio sull'errore giudiziario dell'Unione delle Camere Penali*

GIOVANNI CANZIO *Primo Presidente Emerito della Suprema Corte di Cassazione*

SERENA CAPUTO *Avvocato e Membro dell'Osservatorio sull'errore giudiziario dell'Unione delle Camere Penali*

VALTER CARA *Avvocato e Membro dell'Osservatorio sull'errore giudiziario dell'Unione delle Camere Penali*

GAETANO CARLIZZI *Giudice del Tribunale Militare di Roma e Professore a contratto di Ermeneutica Giuridica nell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli*

FEDERICA CENTORAME *Ricercatrice di Diritto processuale penale e Professore aggregato di Procedura penale delle società nell'Università degli Studi Roma Tre*

GASPARÉ DALIA *Ricercatore di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Salerno*

MARCELLO D'AIUTO *Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto processuale penale*

JACOPO DELLA TORRE *Assegnista di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Trieste. Abilitato al ruolo di Professore di seconda fascia*

SUSANNA DENARO *Avvocato e Membro dell'Osservatorio sull'errore giudiziario dell'Unione delle Camere Penali*

MARIA LUCIA DI BITONTO *Professore Associato di Diritto processuale penale nell'Univer-*

- sità degli Studi di Camerino e Professore a contratto di Diritto dell'esecuzione penale nell'Università LUISS Guido Carli di Roma*
- PATRIZIA ESPOSITO** *Avvocato e Membro dell'Osservatorio sull'errore giudiziario dell'Unione delle Camere Penali*
- PAOLA FARINONI** *Avvocato e Membro dell'Osservatorio sull'errore giudiziario dell'Unione delle Camere Penali*
- GIULIA FIORELLI** *Ricercatrice di Diritto processuale penale e Professore aggregato di Diritto penitenziario nell'Università degli Studi Roma Tre*
- BENEDETTA GALGANI** *Professore Associato di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Pisa*
- LOREDANA GARLATI** *Professore Ordinario di Storia del Diritto e Direttore di Dipartimento nell'Università degli Studi Milano Bicocca*
- BRANDON L. GARRETT** *L. Neil Williams Professor of Law, Duke University School of Law*
- GIUSEPPE GENNARI** *Giudice del Tribunale di Milano*
- MITJA GIALUZ** *Professore Ordinario di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Genova e Adjunt Professor nell'Università LUISS Guido Carli di Roma*
- CHIARA GRECO** *Dottoranda di ricerca in "Law and social change: the challenges of transnational regulation" nell'Università degli Studi Roma Tre*
- CLELIA IASEVOLI** *Professore Associato di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Napoli Federico II*
- GIAMPIETRO LAGO** *Colonnello dell'Arma dei Carabinieri. Comandante dei RIS di Parma*
- GIULIA LASAGNI** *Assegnista di ricerca e Professore a contratto di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Bologna*
- BENEDETTO LATTANZI** *Giornalista. Fondatore di errorigiudiziari.com*
- ELISA LORENZETTO** *Ricercatrice di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Verona*
- ARMANDO MACRILLÒ** *Avvocato e Docente nell'Università LUISS Guido Carli di Roma*
- VALENTINO MAIMONE** *Giornalista. Fondatore di errorigiudiziari.com. Responsabile dell'Osservatorio sull'errore giudiziario dell'Unione delle Camere Penali Italiane*
- VINICIO NARDO** *Avvocato e Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Milano*
- ALESSANDRA PALMA** *Avvocato e Responsabile dell'Osservatorio sull'errore giudiziario dell'Unione delle Camere Penali Italiane*
- MARCO PITTIRUTI** *Ricercatore di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi Roma Tre*
- PIERPAOLO RIVELLO** *Avvocato. Già Procuratore Generale Militare presso la Corte di Cassazione*
- ANGELO ALESSANDRO SAMMARCO** *Professore Associato di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Salerno*
- CARLO SCALPELLI** *Avvocato e Membro dell'Osservatorio sull'errore giudiziario dell'Unione delle Camere Penali*
- RAFFAELLA SCUTIERI** *Avvocato e Membro dell'Osservatorio sull'errore giudiziario dell'Unione delle Camere Penali*
- FRANCO TARONI** *Professore Ordinario di Statistica Forense nell'Università di Losanna, Svizzera*
- VERONICA TONDI** *Dottoranda di ricerca nell'Università LUISS Guido Carli di Roma*

CAPITOLO IX

**L'ERRORE GIUDIZIARIO TRA NEGLIGENZA
INESCUSABILE E COLPA GRAVE DEGLI INQUIRENTI**

di *Clelia Iasevoli*

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il distinguo tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando* ai fini dell'individuazione della responsabilità degli inquirenti. — 3. 'Cattive' prassi e abnormità deontologica e/o disciplinare. — 4. La colpa grave del magistrato e la cd. clausola di salvaguardia. — 5. La violazione manifesta della legge. — 5.1. ... nonché del diritto dell'Unione europea. — 6. L'errore di percezione del pubblico ministero.

1. Premessa.

Nella temperie dell'esperienza giuridica postmoderna il contesto processuale è divenuto il luogo in cui si celebrano le prassi, che applicano e/o disapplicano regole, mediante torsioni sostanzialistiche in nome dell'efficientismo, con l'affievolimento di un fondamentale principio etico-sociale, oltre che normativo in democrazia: l'osservanza delle regole in un sistema multilivello dei diritti.

Si assiste così alla perdita di valore di quelle idee-guida di libertà, di dignità dell'uomo e di presunzione di non colpevolezza; con il prevalere di logiche — miopi — di immediatezza, che mal si adattano alla 'forza' dell'*inviolabilità* dei diritti fondamentali. Tra gli effetti: l'aumento del rischio dell'errore; già componente intrinseca del percorso ricostruttivo che parte dal complesso delle note descrittive necessarie a cogliere un avvenimento nella sua identità fattuale, all'interno di un progressivo avvicinamento tra storicità e tipicità, fino alla sussunzione dell'accadimento naturalistico nella qualificazione normativa. Ed essendo la tipicità soltanto un indizio di reato è evidente la netta separazione tra gli elementi descrittivi della fattispecie ed i momenti valutativi della stessa, i cui riverberi — sul piano processuale —, si manifestano nella disomogeneità fasica e nella diversità degli oggetti di ogni singola fase.

Il pubblico ministero dispone direttamente della polizia giudiziaria (art. 109 Cost.) per verificare, attraverso l'attività di indagine, se da un'ipotesi embrionale possa nascere un'imputazione, laddove, spetta al giudice stabilire se la condotta appartenga all'area del penalmente rilevante e, quindi, se essa possa costituire oggetto di accertamento nel processo. *Procedere* è trasformazione dell'azione passata — ormai esaurita nel suo divenire — in *presente*, e della legge generale e astratta in *concreta*. Questa metamorfosi avviene attraverso regole procedurali, forme, predeterminazione di ordine, organizzazione di funzioni, scansioni per gradi. Utilizzando le parole di Capograssi, *procedere* è trasformazione che « non si opera alla fine con la sentenza, ma si opera in tutti i momenti in cui si risolve quel procedere, e si opera alla fine » ⁽¹⁾ con la sentenza, proprio perché si opera in tutti i momenti della successione teleologica degli atti.

Sicché il processo diviene atto del conoscere nella continuità finalistica con il giudizio. Il giudice elabora ragionamenti razionali in un contesto di forme: la legalità probatoria, la presunzione di non colpevolezza, l'onere della prova, le regole di esclusione e di valutazione. Tale interdipendenza condiziona i tratti caratterizzanti la verità processuale, che si può tradurre in un risultato diverso a seconda del metodo utilizzato. Ciò significa che il rapporto fra risultato e metodo cognitivo è sensibile ad alterazioni diffuse ⁽²⁾. A ciò si aggiunga che la prova non si risolve in qualcosa di automatico; dipende dal contesto, dai modi; l'indagine « non consiste nel passivo riconoscere una [...] realtà esterna, oggettiva, ma nell'attivo operare assiologicamente » ⁽³⁾; la verità giudiziale è una verità costruita, che, peraltro, risente dell'uso mediatico del processo e dell'inefficienza del suo funzionamento.

Ne consegue che è elevatissimo il tasso di fallibilità: il rischio dell'errore è intrinseco all'attività umana, che implica la formulazione di un giudizio al termine di un itinerario conoscitivo, che ha il suo epilogo in un atto di imperio: la decisione.

L'errore giudiziario è, quindi, immanente alla stessa natura del processo, per questa ragione, fuoriesce dagli angusti confini definitivi, che ne tipizzano i tratti normativi con riferimento all'ipotesi di pro-

⁽¹⁾ G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 7.

⁽²⁾ Su prova, giudizio, verità, G. RICCIO, *La Procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 225.

⁽³⁾ G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, 37.

scioglimento dell'imputato in sede di revisione (artt. 630, 643 c.p.p.) o con riferimento ai casi di ingiusta detenzione (artt. 314, 315 c.p.p.), situazioni, entrambe, presupposto di adeguate tutele riparatorie.

La locuzione è di accezione molto più ampia; essa non è suscettibile di essere circoscritta alla viziata statuizione del giudice, sia essa di condanna di un innocente o di assoluzione di un colpevole, potendo riguardare anche provvedimenti interlocutori non definitivi. La categoria comprende tutti gli errori di fatto o di diritto, che abbiano avuto ricadute sull'oggetto dell'accertamento, determinando un esito diverso, da quello che si sarebbe avuto senza la sua incidenza.

2. Il distinguo tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando* ai fini dell'individuazione della responsabilità degli inquirenti.

Ebbene, l'errore giudiziario può essere determinato tanto da un *error in iudicando* quanto da un *error in procedendo*. Occorre chiedersi quali siano gli indici differenziali, dal punto di vista della teoria generale del processo.

Il dato da cui partire è quello secondo cui le norme di diritto processuale sono proposizioni ipotetiche, che regolano in astratto un'indeterminata serie di casi; esse pongono come condizione il prodursi di un certo schema legale e, come conseguenza, l'effetto giuridico ad esso connesso. Sicché la volontà astratta, contenuta nella norma, muta in una volontà concreta tutte le volte che nella realtà venga a verificarsi quello stato di fatto che la stessa descrive. L'ordinamento ha predisposto regole comportamentali per i soggetti processuali in funzione sia delle attività che connotano la disomogeneità fasica (indagini-giudizio), sia di quelle che caratterizzano i diversi gradi della progressione processuale.

Il che significa che qualora il pubblico ministero, la polizia giudiziaria, il difensore o il giudice agiscano in modo diverso da quanto previsto dalla volontà della legge, si configura una violazione, riconducibile all'*error in procedendo*.

Quanto all'*error in iudicando*, invece, esso può essere commesso soltanto dal giudice, in virtù di quella speciale autorità che lo stato riconosce alle sue pronunce, questo dato comporta un *quid pluris* rispetto alla mera non coincidenza della condotta con quella prevista dallo schema legale, vale a dire, il contrasto tra la volontà concreta della legge e la volontà espressa dal giudice nella sentenza.

«L'effetto dell'*error in iudicando* è duplice, in quanto è, da una parte, “inesecuzione” della volontà di legge processuale e, dall'altra, “erronea dichiarazione” della volontà di legge sostanziale; ed è continuativo, in quanto lascia nella sentenza dichiarato con forza di cosa giudicata come volontà di legge quello che in realtà la legge non ha voluto» ⁽⁴⁾. In quest'ultimo caso il giudice abusa del potere di comando che l'ordinamento gli affida.

L'*error in iudicando* si origina, quindi, da un comportamento illegale, che contiene nel provvedimento la viziata dichiarazione, ufficiale, della sua legalità.

Sul piano strutturale della motivazione, il giudice deve indicare la *concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie* (art. 546, lett. e, c.p.p.). Siffatto articolato argomentare, attraverso cui si perviene all'affermazione della concreta volontà della legge dichiarata in sentenza, è reso complesso da interpretazioni generali della norma e da massime di esperienza, che, sebbene indicate nella motivazione della sentenza, non assumono quel carattere di obbligatorietà per tutte le vicende future consimili. Viceversa, anche se l'*error in procedendo* può derivare dall'errata interpretazione in astratto di una norma destinata a regolare la condotta del soggetto nel processo, essa non porta mai con sé la rilevazione del vizio da cui deriva, in quanto non vi è l'espressa motivazione che dia conto della sua genesi.

Ma ogni deviazione dal rispetto dei diritti individuali comporta un ritrarsi della stessa democrazia ⁽⁵⁾, sia con riferimento alle singole prescrizioni legislative, sia con riferimento al singolo giudizio.

E se la tendenza è modellare il fatto al diritto, ottenendo un risultato “pratico” ⁽⁶⁾, nell'ottica della speditezza processuale, che non sia necessariamente coincidente con la migliore tutela possibile dei

⁽⁴⁾ P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, Padova, I, 1930, 215.

⁽⁵⁾ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, *passim*.

⁽⁶⁾ Così, Corte EDU, 8.01.2013, *Torreggiani c. Italia*, nella quale si è osservato che «il solo ricorso, indicato dal Governo nei presenti casi, che era in grado di migliorare le condizioni di detenzione denunciate, cioè il reclamo davanti al magistrato di sorveglianza a norma degli articoli 35 e 69 della legge sull'amministrazione penitenziaria, è un ricorso che, sebbene accessibile, non è effettivo nella pratica, nella misura in cui esso non permette di porre rapidamente fine all'incarcerazione in condizioni

diritti (7), non va trascurata la rilevanza di quei comportamenti del pubblico ministero o del giudice, riconducibili a colpa grave o a negligenza inescusabile.

Il rischio dell'errore – lo si è detto — è in certo qual modo fisiologico, interno alla successione teleologica degli atti; il sistema cerca di arginarne l'impatto con le impugnazioni ordinarie e straordinarie. Ciò nonostante la parte, che ritenga di essere stata pregiudicata da esso, potrà agire contro lo Stato facendo valere la responsabilità civile del magistrato, purché si rientri nelle situazioni predeterminate dal legislatore.

Più specificamente, è legittimato all'azione risarcitoria, per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e/o non patrimoniali, colui che abbia subito « un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia » art. 2 legge n. 18 del 2015. L'azione è esperibile dal momento in cui si è consumato il pregiudizio, coincidente con il passaggio in giudicato della sentenza che rigetta la domanda o il ricorso di chi assume essere stato danneggiato.

Si tratta di un procedimento che non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del processo, il cui epilogo è stato una decisione passata in giudicato. In caso di successo, il ricorrente ottiene la condanna dello stato a risarcire il danno subito, ma non necessariamente che sia rimesso in discussione il giudicato.

Si tende a garantire la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, nonché la buona amministrazione della giustizia, attraverso la conservazione delle sentenze divenute definitive, dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini. Tale proiezione finalistica si rintraccia negli orientamenti della Corte di giustizia (8).

contrarie all'articolo 3 della Convenzione ». Richiama quel precedente, Corte cost., 7.06.2013, n. 135, www.giurcost.org.

(7) In tal senso, già R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in AA.VV., *Studi in memoria di Gian Domenico Pisapia*, Milano, 2000, 558 ss.; P. FERRUA, *Il « giusto » processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 401 ss.

(8) Corte giust. com. eu., 3.09.2009, Fallimento Olimpiclub, in C-2/08. Esse non escludono pertanto la possibilità di procedere al riesame della questione che ha costituito oggetto del precedente giudizio ai soli fini della pronuncia in ordine alla domanda di risarcimento dei danni, ferma restando la decisione già adottata in ordine alla domanda proposta in quel giudizio, che costituisce d'altronde il presupposto della

In buona sostanza, il giudizio di responsabilità civile costituisce l'*extrema ratio* nell'ipotesi in cui il sistema non sia riuscito a correggere gli errori, anche dolosi o colposi, con gli strumenti impugnatori. D'altra parte, « soltanto quando il provvedimento è divenuto definitivo può essere determinato, nell'*an* e nel *quantum*, il danno del quale lo Stato deve rispondere in relazione alla attività giurisdizionale di uno o più magistrati, resa nell'ambito di uno o più gradi del giudizio » ⁽⁹⁾.

Difatti, l'art. 4, comma 2, legge n. 18 del 2015 dispone che l'azione di risarcimento del danno « può essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento ovvero, se tali rimedi non sono previsti, quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno ». Inoltre, l'istanza va proposta, a pena di decadenza, entro tre anni, termine che decorre dal momento in cui l'azione è esperibile, fatta salva l'ipotesi eccezionale in cui non si sia concluso il grado del procedimento nell'ambito del quale il fatto stesso si sia verificato (comma 3).

3. 'Cattive' prassi e abnormità deontologica e/o disciplinare.

Su questo versante si acuisce la tensione tra politica e magistratura, soprattutto a fronte di usi strumentali del procedimento, nonché di sbandamenti applicativi di talune norme, previste per la fase delle indagini preliminari. Da qui il bisogno di indagare alcune ipotesi casistiche, individuate come paradigmi, per verificarne la riconducibilità a colpa grave o negligenza inescusabile degli inquirenti, nell'ottica di metterne a fuoco l'incidenza sull'errore giudiziario.

pretesa risarcitoria. Il giudicato è stato ritenuto non necessariamente preclusivo di un successivo rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato, in virtù dell'osservazione che, « qualora le norme procedurali interne applicabili prevedano la possibilità, a determinate condizioni, per il giudice nazionale di ritornare su una decisione munita di autorità di giudicato, per rendere la situazione compatibile con il diritto nazionale, tale possibilità deve essere esercitata, conformemente ai principi di equivalenza e di effettività, e sempre che dette condizioni siano soddisfatte, per ripristinare la conformità della situazione oggetto del procedimento principale alla normativa dell'Unione ». In tal senso, Corte giust. com. eu., 10.07.2014, Impresa Pizzarotti & C. S.p.a., in C-213/13.

⁽⁹⁾ Cass. civ., sez. un., 7.6.2018, n. 14842, in *www.giustizia.it*.

Va subito posto in debito risalto che, in virtù delle modifiche apportate dalla legge n. 18 del 2015 all'art. 2 della legge n. 117 del 2018, la negligenza inescusabile del magistrato è esclusivamente presupposto dell'azione di rivalsa, laddove, costituiscono fattispecie tipiche di colpa grave: *la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento.*

Da qui la necessità di individuare a quali categorie, tra queste, siano riconducibili le 'cattive prassi' del pubblico ministero.

Il punto di partenza non può non essere la constatazione lapalissiana che non soltanto il giudice è soggetto alla legge (art. 101 comma 2 Cost.), ma lo è anche il pubblico ministero: l'obbligo di osservanza delle norme processuali è regola di comportamento in tutta l'ampiezza dei suoi contenuti e della tutela, che appresta alle situazioni soggettive protette. Non è un caso che l'ambito di attività dell'art. 124 c.p.p. si estenda ai magistrati, ai cancellieri, agli altri ausiliari del giudice, agli ufficiali giudiziari, agli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, tutti soggetti che sono tenuti a rispettare le norme del codice di rito, « anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale ».

Si tratta di un'opzione legislativa, che manifesta la sua forza proprio con riferimento ai punti di frizione tra le esigenze delle indagini e i diritti inviolabili. Si è precisato, ad esempio, che al diritto del difensore di accedere alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni e di ottenerne copia corrisponde l'obbligo del pubblico ministero di assicurarli, avendo il giudice delle leggi configurato tale diritto come "incondizionato". Da qui il cedimento delle esigenze di segretezza per il proseguimento delle indagini e le eventuali ragioni di riservatezza a fronte delle necessarie comunicazioni poste a base del provvedimento restrittivo. La Corte costituzionale ⁽¹⁰⁾, dichiarando la parziale illegit-

⁽¹⁰⁾ Il diritto incondizionato del difensore di accedere alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni e di ottenerne copia allo scopo di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali è stato riconosciuto da Corte cost., 10.09.2008, n. 336, in *www.giurcost.org*. In dottrina, A. GAITO, *Intercettazioni telefoniche e tutela sostanziale della difesa*, in *Oss. proc. pen.*, 2010, 2-3, 3; G. PIERRO, *Ancora incertezze giurisprudenziali sull'accesso difensivo alle intercettazioni telefoniche utilizzate in sede cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 472.

timità costituzionale dell'art. 268 c.p.p., ha stabilito il diritto della parte ad accedere alle registrazioni effettuate, utilizzate ai fini cautelari, anche prima del loro deposito ai sensi del comma 4 stessa norma. Da qui l'obbligo per il pubblico ministero, a richiesta di parte, di completa *discovery* del mezzo di prova con l'effetto di configurare, sia pure limitatamente alla sola materia delle intercettazioni, il diritto previsto dall'art. 293 comma 3 c.p.p., non più solo come strumento di conoscenza degli elementi su cui è fondata l'ordinanza cautelare, ma come diritto alla piena conoscenza degli elementi che il giudice ha utilizzato nell'emettere la misura.

L'inottemperanza dell'obbligo è causa di responsabilità disciplinari, stante il dovere di osservanza delle norme processuali, di cui all'art. 124 c.p.p., e ove ne sussistano le condizioni di legge, anche penali ⁽¹¹⁾.

Mutando la prospettiva, l'eventuale violazione non ha ricadute esclusivamente all'interno dell'ambito di operatività delle impugnazioni, ma è attratta in un indiscutibile spazio di controllo dell'operato del magistrato, costituito dalla verifica circa il rispetto dei fondamentali principi di correttezza, di diligenza e di equilibrio ai quali in ogni momento egli deve ispirarsi, tenendo presente l'obbligo di mantenere dignità e compostezza, così come l'obbligo della sollecitudine e dell'impegno professionale richiesto dalla peculiare vicenda.

Si segnala che il d.lgs. n. 109 del 2006, art. 1 e art. 2, comma 1, *lett. g)*, tipizza l'illecito disciplinare, richiedendo che mediante la violazione, nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali dei doveri di diligenza,

⁽¹¹⁾ Da ultimo, Cass. pen., 14.4.2020, n. 12042, in *www.giustizia.it*. Più specificamente, l'inadempimento dell'obbligo da parte del pubblico ministero determina un vizio nel procedimento di acquisizione della prova per l'illegittima compressione del diritto di difesa e non inficia l'attività di ricerca della stessa ed il risultato probatorio, in sé considerati. Esso comporta, quindi, una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178 c.p.p., *lett. c)*, soggetta al regime, alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt. 180, 182 e 183 c.p.p. Secondo il *dictum* delle Sezioni Unite (Cass. pen., sez. un., 22.4.2010, n. 20300, Rv. 246907), in tema di riesame, l'illegittima compressione del diritto di difesa determina un vizio nel procedimento di acquisizione della prova, che non inficia l'attività di ricerca della stessa ed il risultato probatorio, in sé considerati. Ne consegue che, qualora tale vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame ed il tribunale non abbia potuto acquisire il relativo supporto fonico entro il termine perentorio di cui all'art. 309 c.p.p., comma 9, le trascrizioni non possono essere utilizzate come prova nel giudizio *de libertate*.

laboriosità e correttezza, si cagioni ad una delle parti un danno ingiusto: esso configura un elemento costitutivo della fattispecie ⁽¹²⁾.

Non a caso, ai sensi dell'art. 9, comma 1, legge n. 18 del 2015, « il procuratore generale presso la Corte di Cassazione per i magistrati ordinari o del titolare dell'azione disciplinare negli altri casi devono esercitare l'azione disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento, salvo che non sia stata già proposta. Resta ferma la facoltà del Ministro della giustizia di cui al secondo comma dell'art. 107 della Costituzione ».

Ad esempio è stato ritenuto responsabile dell'illecito disciplinare, per negligenza grave ed inescusabile, di cui al combinato disposto degli artt. 1 e 2, comma 1, lett. *m*), d.lgs. n. 109 del 2006, un sostituto procuratore della DDA, coassegnatario di un procedimento penale per i reati di tentato omicidio e associazione di tipo mafioso, ma unico sottoscrittore delle deleghe di indagine con le quali aveva autorizzato la prosecuzione, da parte della polizia giudiziaria, di attività di videoripresa, disponendo un provvedimento relativo ad investigazioni svolte dopo l'archiviazione del procedimento ed in assenza di riapertura delle indagini (art. 414 c.p.p.). Ne conseguiva, da un lato, la compromissione del diritto alla protezione dei dati personali delle persone ritratte dalle telecamere, le cui immagini formavano oggetto di illecita raccolta e trattamento, e dall'altro, l'esposizione dell'amministrazione al pagamento per prestazioni riguardanti atti d'indagine inutilizzabili.

Si tratta di un caso, chiaramente riconducibile alla fattispecie tipica dei provvedimenti « adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave ed inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali », caratterizzandosi, per colpa grave (d.lgs. n. 109 del 2006, art. 1, e art. 2, comma 1, lett. *m*) ⁽¹³⁾.

Dagli elementi caratterizzanti tale soluzione normativa, la giurisprudenza ha tratto il concetto di abnormità deontologica e/o disciplinare, con riferimento proprio alla grave inosservanza di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile, a monte dell'emanazione di un provvedimento fuori dai casi consentiti ⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Cass. civ., sez. un., 24.01.2020, n.1606, in *www.giustizia.it*.

⁽¹³⁾ Cass. civ., sez. un., 9. 11. 2009, n. 23668, in *www.giustizia.it*.

⁽¹⁴⁾ L'abnormità, ai fini deontologici, di un provvedimento giurisdizionale, non è ravvisabile soltanto allorché il provvedimento adottato non sia inquadrabile in alcun modello legale, ma anche tutte le volte che il provvedimento sia stato adottato sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza. Così, Cass. civ.,

Un'altra esemplificazione pregnante è rappresentata da atti di perquisizione e sequestro, compiuti in misura esorbitante rispetto alle finalità da raggiungere, con un danno ingiusto alla persona sottoposta alle indagini. Eppure, l'ordinamento struttura queste attività come tipiche, ricorrendo a locuzioni dal carattere limitativo come il « fondato motivo di ritenere » la sussistenza di un certo fatto: « che taluno occulti sulla persona il corpo del reato o cose pertinenti al reato » ovvero che « tali cose si trovino in un determinato luogo », ai fini della perquisizione (art. 247 c.p.p.); o richiedendo l'emanazione di un decreto motivato per poter procedere al « sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti » (art. 253 c.p.p.).

La predeterminazione dei casi, delle forme, dei presupposti vincolano l'ambito di attività a modalità tassativamente indicate, che costituiscono i confini normativi della motivazione: da essi non può allontanarsi l'*iter* logico giuridico seguito dal pubblico ministero.

È evidente che il controllo dell'effettiva osservanza di tali prescrizioni costituisce attività endoprocessuale di sindacato di legittimità del provvedimento, ma tale verifica non esclude che la forma, il numero delle pagine, il contenuto degli atti e/o la tecnica redazionale del provvedimento possano rivelare l'esistenza, pure di un comportamento del pubblico ministero, valutabile disciplinarmente per il riscontro dell'inosservanza di uno o più dei doveri a cui egli è tenuto.

Sicuramente l'inesattezza tecnico-giuridica non è sufficiente di per sé a configurare l'illecito disciplinare, ma è idonea, sul piano del comportamento, ad evidenziare scarsa ponderazione, approssimazione, fretteolosità o limitata diligenza: tutti indizi sintomatici di negligenza o di imperizia ⁽¹⁵⁾, che vanno considerati, però, alla luce della motivazione del provvedimento.

Si è detto che l'abnormità, ai fini deontologici, si ha quando il

sez. un., 23.7. 1999, n. 504, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., sez. un., 19.08. 2009 n. 18373, in *www.giustizia.it*. Volendo, sul concetto di abnormità, C. IASEVOLI, voce *Abnormità*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Agg., Roma, 2005.

⁽¹⁵⁾ In particolare, Cass. civ., sez. un., 24.7.1986, n. 4754, in *www.giustizia.it*. In senso conforme: Cass. civ., sez. un., 22.3.1999, n. 170, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 14.6.1999, n. 338, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 4.8.2000, n. 538, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 9.07.2001, n. 9323, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 9.7.2001, n. 9774, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 19.7.2001, n. 9775, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 18.10.2005, n. 20119, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 27.7.2007, n. 16626, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 28.11.2007, n. 2466, in *www.giustizia.it*.

provvedimento sia stato emanato sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza ⁽¹⁶⁾; essa non è, solo o tanto, un elemento costitutivo proprio della fattispecie considerata, ma esprime il grado di inescusabilità della negligenza dimostrata da e/o insita in un comportamento.

Altra situazione, che evidenzia, le caratteristiche della grave violazione di legge è la condotta dell'autorità giudiziaria, qualora si traduca nell'inosservanza degli artt. 61, 63 e 64 c.p.p. Si pensi ad una persona informata dei fatti che, però, subisce intercettazioni, contestazioni, sostanziali perquisizioni con repertazione e sequestro, il tutto mediante sollecitazioni investigative nelle due fasi dell'esame e di tali attività fortemente invasive. Negare l'esistenza di astratti indizi di reità a suo carico è, evidentemente, un fuor d'opera; da tale sussistenza, invece, deriva l'obbligo per l'autorità procedente d'interromperne immediatamente l'esame, con l'avvertimento che possono essere svolte indagini nei suoi confronti e con l'obbligatorio invito a nominare un difensore (art. 63 c.p.p.), oltre all'iscrizione della persona nell'apposito registro (artt. 335, 61, 64 c.p.p.).

Tutto ruota intorno allo schema legale descritto dall'art. 63 c.p.p., secondo cui qualora davanti all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria una persona non imputata ovvero una persona non sottoposta alle indagini renda dichiarazioni dalle quali emergano indizi di reità a suo carico, è necessario interrompere l'esame, fornire l'avvertimento che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti e invitare la persona a nominare un difensore ⁽¹⁷⁾. Il mancato rispetto di questa sequenza travolge le garanzie difensive minime, che l'ordinamento predispone a tutela dei diritti dell'indagato e, in particolare, del diritto al *giusto processo regolato dalla legge*.

Ma non solo. Estendendo la prospettiva d'indagine al contesto europeo, si ricorda che la Direttiva 2012/13/UE sancisce che alle persone indagate o imputate sia tempestivamente fornita l'informazione circa il diritto ad avvalersi di un avvocato ed il diritto a restare in silenzio (art. 3); laddove, nella giurisprudenza della Corte EDU si richiama l'attenzione sul bisogno di assicurare l'assenza di coercizione

⁽¹⁶⁾ Cass. civ., 10.1.1997, n. 188, in *www.giustizia.it*.

⁽¹⁷⁾ F.M. GRIFANTINI, *La nozione di indizio nel codice di procedura penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 12 e ss.; M. BONTEMPELLI, *Dichiarazioni dell'indiziato e divieti di testimonianza*, in *Dir. pen. cont. on line*, 20.12.2013.

durante l'esame, tutela resa effettiva dalla presenza del difensore e dall'avviso cautelativo ⁽¹⁸⁾.

L'equità del processo sta proprio nella prerogativa di potersi avvalere dell'assistenza difensiva prima che abbia inizio l'esame; diversamente, ad essere compromessa sarebbe la scelta o meno di esercitare il diritto al silenzio ⁽¹⁹⁾.

Dal canto suo, già in una risalente pronuncia, la Corte costituzionale ⁽²⁰⁾ aveva definito il ruolo del difensore e la difesa tecnica come elementi indefettibili — vere e proprie 'condizioni di pensabilità' — del diritto di difesa.

L'inosservanza di tali principi manifesta le fattezze di assoluta inescusabilità dell'agire giudiziario non conforme al modello legale, delineato dall'art. 63 comma 1 c.p.p.

Quanto all'iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., va osservato che il pubblico ministero — non appena riscontrata la corrispondenza di un fatto, di cui abbia avuto notizia, ad una fattispecie di reato — è tenuto, nell'immediatezza, a provvedere all'iscrizione, senza che possa configurarsi un suo potere discrezionale; parimenti, una volta riscontrati elementi obiettivi d'identificazione del soggetto cui il reato è attribuito, egli è tenuto a iscriverne il nome con altrettanta tempestività ⁽²¹⁾. E, se eventuali ritardi non incidono sui termini per le indagini preliminari, restano fermi gli eventuali profili di responsabilità disciplinare, oltre alle conseguenze negative per l'esercizio del diritto di difesa (artt. 61, 63, 64 c.p.p.) ⁽²²⁾.

La negligenza, grave ed inescusabile, ritorna tra gli elementi costi-

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, 27.10.2011, Stoycovic c. Francia e Belgio, in *www.giustizia.it*.

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, 06.06.2000, Averill c. Regno Unito, in *www.giustizia.it*.

Sul diritto al silenzio, L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, *passim*; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, *passim*; E.M. CATALANO, *Diritto al silenzio, right not to be questioned e tutela dalla autoincriminazione. Note storico-comparative*, in *Cass. pen.*, 2011, 4030.

⁽²⁰⁾ Corte cost., 3.05.1963, n. 59, in *www.giurcost.org*; Corte cost., 16.12.1970, n. 190, in *www.giurcost.org*.

⁽²¹⁾ Cass. pen., sez. un., 24.9.2009, n. 40538, in *www.giustizia.it*.

⁽²²⁾ Il tema è stato approfondito da A. MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001, *passim*; R. APRATI, *Notizia di reato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. III, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Torino, 2009, 7 e ss.; EAD., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, *passim*; A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Torino, 2012.

tutivi della fattispecie di cui all'art. 2 lett. gg), d.lgs. n. 109 del 2006, cioè, come elemento soggettivo dell'emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale, fuori dai casi consentiti dalla legge; ad esempio, un fermo di indiziato di delitto disposto dal pubblico ministero in assenza del fondato pericolo di fuga e per un delitto non rispondente ai limiti edittali indicati dall'art. 384 c.p.p.

4. La colpa grave del magistrato e la cd. clausola di salvaguardia.

La prassi evidenzia uno spettro ampio delle ipotesi casistiche, che possono connotare il 'fare' dell'organo dell'accusa non conforme alle proposizioni ipotetiche, contenute nelle norme processuali; da qui l'esigenza di stabilire in che misura questi *errores in procedendo* siano riconducibili alle innovate tipologie di colpa grave, descritte dell'art. 2, comma 3, legge n. 18 del 2015, e rilevanti ai fini della responsabilità risarcitoria dello Stato.

Diciamo subito che, trattandosi di *errores in procedendo*, le situazioni normative coinvolte sono quelle della *violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea*, appartenendo le altre, più propriamente, alla sfera dell'attività accertativa e valutativa del giudice, che non è oggetto della nostra analisi, essendo essa circoscritta alla posizione dell'organo inquirente.

Tuttavia, non può essere ignorata l'interazione tra la colpa grave e la clausola di salvaguardia secondo cui « nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove », dal momento che all'interno dell'art. 2, comma 2, legge n. 18 del 2015, è stato posto l'*incipit* « fatti salvi i commi 3 e 3-bis ed i casi di dolo », che comprende anche il riferimento alla *violazione manifesta della legge, nonché del diritto dell'Unione europea*. La *ratio* è quella di estendere la responsabilità civile a tutti i casi di colpa grave, espressamente predeterminati, oltre che ai casi di dolo, pure quando essi si risolvano nell'attività di interpretazione della legge o in quella di accertamento e valutazione del fatto e/o delle prove.

Si è, dunque, aperto il varco al controllo sul provvedimento giurisdizionale e sull'attività di giudizio, di fatto e di diritto.

Viceversa, la disciplina previgente si connotava per la massima espansione della clausola di salvaguardia, che finiva con il sottrarre al giudizio di responsabilità contro lo Stato ogni attività di interpretazione

di norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove, collocando, peraltro, la negligenza inescusabile accanto alla colpa grave, come dimensione soggettiva della responsabilità ⁽²³⁾.

Le ricadute applicative sono state messe a fuoco dalla giurisprudenza di legittimità ⁽²⁴⁾, secondo cui l'opzione legislativa originaria non si risolveva in un mero rinvio alla nozione generale della colpa grave, di cui all'art. 2236 c.c., con riguardo alla prestazione del libero professionista intellettuale, implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, ma si caratterizzava per la presenza della clausola limitativa, di cui al comma 2 dell'art. 2: essa si spiegava col carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria, 'presidiato' dall'opzione normativa secondo cui la colpa grave doveva essere anche inescusabile.

La qualificazione di inescusabilità della negligenza aveva, chiaramente, il fine di restringere l'area di responsabilità, mediante un'esplicazione del concetto di gravità della colpa, che, in tal modo, implicava la sussistenza di un *quid pluris*, dovendosi connotare come non spiegabile, cioè, senza nessi con la peculiarità della vicenda, idonei a rendere comprensibile l'errore del giudice ⁽²⁵⁾.

Da qui il ricorso, per via giurisprudenziale, a termini non consueti, per definire le ipotesi di responsabilità civile. Il magistrato rispondeva non per aver commesso un grave errore nell'esercizio della funzione, provocando ad altri un pregiudizio, non riparabile con gli ordinari mezzi di tutela processuale; bensì perché la sua decisione oltre ad essere errata, si poneva al di fuori della consapevole scelta interpretativa, risultando assurda, illogica, inesplicabile, abnorme, cioè, ai limiti del diritto libero, essendo disancorata non dal rispetto della legge, ma da un qualsiasi ordine di categorie, logiche e linguistiche, prima ancora che giuridiche.

Tutte espressioni molto suggestive, a cui ricorreva una giurisprudenza, evidentemente, difensiva, circoscrivendo, ulteriormente, la responsabilità a quelle situazioni in cui fossero disattese soluzioni nor-

⁽²³⁾ C.M. BARONE, *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati e la sua (pressoché) inesistente applicazione*, in *Foro it.*, 2015, V, 291 ss., spec. 294 ss.

⁽²⁴⁾ Cass. civ., 6.11.1999, n. 12357, in *www.giustizia.it*.

⁽²⁵⁾ Cass. civ., 6.10.2000, n. 13339, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 29.11.2002, n. 16935, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 7.11.2003, n. 16696, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 27.11.2006, n. 25133, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 5.7.2007, n. 15227, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 26.5.2011, n. 11593, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 7.4.2016, n. 6791, in *www.giustizia.it*.

mative chiare, certe ed indiscutibili, o fossero violati principi elementari di diritto, che il magistrato non potesse, ragionevolmente, ignorare ⁽²⁶⁾.

Al centro vi era, dunque, una negligenza inescusabile, vale a dire, non spiegabile, tale da determinare una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma, ovvero una lettura di essa in contrasto con ogni criterio logico, oppure l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà legislativa, o, ancora, la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o, infine, lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero ⁽²⁷⁾.

All'interno di questo argomentare emerge il vizio dommatico della confusione dei piani della tipicità e della valutazione del grado di responsabilità della colpa.

Eppure, per questa via, si perseguiva l'equilibrio tra il principio della responsabilità e quello della libertà di interpretazione della disposizione, privilegiando un'ampia affermazione di operatività della clausola di salvaguardia, a fronte della quale le ipotesi di responsabilità per colpa grave, espressamente previste, operavano soltanto in relazione all'area sottratta alla clausola, e qualora, in positivo, fosse stata accertata l'esistenza di una grave violazione di legge, causata — appunto — da negligenza inescusabile.

Viceversa, nell'impianto normativo, modificato dalla legge n. 18 del 2015, si è mantenuta la struttura formale dell'art. 2 con un nuovo contenuto, da cui si evincono il cambiamento degli equilibri e la modifica dei confini introdotti con la locuzione: « fatti salvi i commi 3 e 3 bis ed i casi di dolo ».

Il *punctum dolens* è costituito dal bisogno di contemperare il ruolo propulsivo delle decisioni giudiziarie con il diritto del cittadino a non essere danneggiato dallo Stato-giudice, nella consapevolezza che un ampliamento eccessivo delle ipotesi di responsabilità civile finirebbe con il depauperare l'essenza stessa della giurisdizione: l'attività interpretativa paralizzando o, comunque, frenando la funzione dinamico-evolutiva della giurisprudenza, cioè, la sua idoneità a cogliere i mutamenti in corso nella società, a riempire di contenuto le norme, adeguandole alla tutela dei diritti. Questo sarebbe un prezzo troppo alto!

⁽²⁶⁾ Cass. civ., 14.2. 2012, n. 2107, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 5.2.2013., n. 2637, in *www.giustizia.it*.

⁽²⁷⁾ Cass. civ., 7.4. 2016, n. 6791, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 26.5.2011, n. 11593, in *www.giustizia.it*; Cass. civ., 18.3.2008, n. 7272 in *www.giustizia.it*.

A ciò si aggiunga la contraddizione logica tra il permanere della definitività di una decisione e l'accertamento della ingiustizia di essa in altro giudizio.

Vi è, però, un'area residua di assoggettabilità a responsabilità civile, che va meglio delineata, proprio perché l'ordinamento non può tollerare che l'esercizio gravemente carente della funzione comporti, senza le necessarie contromisure, un ingiusto danno per altri.

L'area è quella del pubblico ministero che non è responsabile per l'esercizio delle funzioni giudiziarie e, dunque, per l'accertamento o la valutazione tipicamente giurisdizionale, ma per una condotta che trascende, o meglio precede le stesse ed è occasionata dall'esercizio delle funzioni.

5. La violazione manifesta della legge.

La percezione è logicamente antecedente al momento della valutazione; essa coinvolge il piano della recezione del dato. Il pubblico ministero può porre in essere un comportamento che presenti i tratti connotativi della *violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea* quando l'errore cade sulla individuazione della disposizione, ovvero sulla individuazione del significante; sull'applicazione della disposizione; o ancora sul significato della disposizione, ossia sull'attribuzione alla disposizione di un significante non compatibile con il significato, un non-significato.

Tuttavia, il confine è molto labile, soprattutto in un sistema multilivello dei diritti, dovendosi conciliare l'incerta capacità ordinatoria della legge con il pluralismo delle fonti e dovendosi muovere il pubblico ministero all'interno del divario tra *legge* e *processo*.

Basti pensare all'operazione esegetica di tipo 'politico', compiuta in tema di nullità processuale, che ha comportato la sostituzione della scelta legislativa di tassatività della disciplina (art. 177 c.p.p.) con il 'principio' di offensività processuale. Più precisamente, mediante una torsione sostanzialistica si riconduce la nullità alla presenza di un effettivo danno per la parte processuale, svuotando di contenuto il giudizio *ex ante* di disvalore dell'atto, per essere stato compiuto in violazione della forma e, quindi, della legalità processuale.

In questa direzione e con la sinergia dell'efficacia vincolante del precedente, che introduce discutibili effetti nell'ambito della progres-

sione processuale degli atti ⁽²⁸⁾, a mutare sono proprio le categorie e le procedure.

In tal modo, si perviene alla riforma delle disposizioni, mediante trasformazioni di natura funzionalistica, come risposta all'emergenza tempo/processo ⁽²⁹⁾; siffatte trasformazioni si originano dal gioco di forze interno al rapporto efficienza/garanzie ⁽³⁰⁾. E se l'efficientismo è il *trend* del momento, le forme a tutela delle situazioni soggettive protette appaiono come ostacoli ⁽³¹⁾; laddove, i formalismi diventano costruzioni per rafforzare le maglie dei filtri, in un'ottica deflattiva, per l'accesso alle giurisdizioni interne di controllo dell'errore, ci riferiamo all'appello e al ricorso in cassazione.

In questa prospettiva, la procedura a presidio dei diritti, che soffre delle interferenze di carattere funzionalistico, diviene soltanto una barriera da superare ⁽³²⁾.

Qui si pone la questione se possa configurarsi la *manifesta violazione della legge* e, quindi, essere fonte di responsabilità per lo Stato, il discostarsi del pubblico ministero dal precedente giurisprudenziale, tutte le volte che venga in discussione il contenuto di una norma nel suo significato oggettivo.

La problematica è stata affrontata dalle Sezioni unite civili ⁽³³⁾ con riferimento al giudice, nell'intento di delineare il discrimine tra attività interpretativa insindacabile e attività sussumibile nella fattispecie illecita, qualora ad essere violato fosse il significato delle norme processuali, come ricostruito da orientamenti giurisprudenziali consolidati.

Partendo dalla premessa che il 'precedente', pur se è diretta

⁽²⁸⁾ D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 509; G. ILLUMINATI *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1137-1139.

⁽²⁹⁾ E. AMODIO, *Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale*, in *Tempi irragionevoli della giustizia penale. Alla ricerca di una effettiva speditezza processuale*, Atti del convegno dell'ASPP, Bergamo 24-26 settembre 2010, Milano 2013, 2-6.

⁽³⁰⁾ In quest'ottica, P. FERRUA, *Dalla procedura al processo*, in *Giust. pen.*, III, 2013, 9.

⁽³¹⁾ M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale, in ricordo di Franco Bricola*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 648 ss.; IDEM, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna 2009, 272 ss.

⁽³²⁾ D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, thos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, 421ss; O. MAZZA, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, *passim*.

⁽³³⁾ Cass. civ., 3.5.2019, n. 11747, in *www.giustizia.it*.

espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto e, come tale, non è direttamente vincolante per il giudice — salvo che, naturalmente, per il giudice di rinvio —, si è pervenuti all'affermazione che allontanarsi da esso, nel momento applicativo, non possa essere di per sé fonte di responsabilità civile per il giudice, dunque, nemmeno per il pubblico ministero.

L'assunto è in linea con i principi affermati in tema di c.d. *overruling* processuale, ovvero di mutamento di interpretazione da parte del giudice della nomofilachia ⁽³⁴⁾. Nell'occasione, la Corte ha richiamato l'attenzione sul principio fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.), che impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, « sicché essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la *lex temporis acti*, ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con l'affermarsi dell'esegesi del giudice ».

E se il giudice non è obbligato a decidere conformemente all'orientamento consolidato, non lo è nemmeno il pubblico ministero, a condizione che abbia delle buone ragioni.

Non bisogna confondere l'autorevolezza del precedente, che ne segna la persuasività, influenzando positivamente sulla prevedibilità delle successive decisioni con la vincolatività dello stesso. Il 'principio di diritto' costituisce soltanto la generalizzazione dell'interpretazione ed applicazione della disposizione ad una fattispecie concreta. Esso ha una valenza persuasiva in ragione dell'impianto argomentativo che lo sorregge, ma ciò non significa stare al riparo dalla 'fuga' dal dato testuale, giacché il problema della vaghezza o dell'ambiguità della legge è suscettibile di diverse soluzioni, tutte astrattamente possibili, segnando il punto di crisi della teoria dichiarativa dell'attività giurisdizionale.

Vero è che l'affidabilità, la prevedibilità e l'uniformità dell'interpretazione delle norme e, in particolare, di quelle processuali, hanno riverberi essenziali in rapporto al principio di uguaglianza, che viene messo in pericolo dal continuo ripensamento degli orientamenti giurisprudenziali ⁽³⁵⁾; ma la soluzione non può essere la vincolatività del

⁽³⁴⁾ Cass. civ., sez. un., 11.7.2011, n. 15144, in *www.giustizia.it*.

⁽³⁵⁾ Sul rilievo che va attribuito al precedente giudiziario: G. FIANDACA, *Il diritto penale fra legge e giudice*, Padova, 2002, *passim*; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, *passim*; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili dell'intersezione tra diritto penale e fonti sovranazionali*,

precedente di legittimità ⁽³⁶⁾: soluzione in contrasto con altri principi costituzionali.

Stando così le cose, non seguire il precedente, anche se di legittimità, e anche se di una pronuncia a Sezioni unite, non può costituire — di per sé — *manifesta violazione di legge*, in virtù del rilievo che esso, pur autorevole, non va a configurare il precetto normativo.

Il discorso non muta, se si tratta del formante giurisprudenziale, perché il diritto vivente è esso stesso norma, che ‘vive’ nell’interpretazione e con essa può cambiare, sebbene abbia raggiunto un grado di stabilità ⁽³⁷⁾.

La decisione non può risolversi in una mera affermazione di dissenso, in quanto per poter essere persuasiva deve avere un contenuto esplicativo, cioè, deve rendere riconoscibile il ragionamento decisivo, da cui discendono conseguenze sul piano dell’applicazione; essa si ‘autotutela’ con la motivazione o, addirittura, con il contraddittorio, se la diversità concerne anche quanto sostenuto dalle parti.

Una motivazione non meramente formale o assertiva, in presenza di una soluzione divergente rispetto ai precedenti, è il mezzo mediante il quale un percorso mai seguito in precedenza, o minoritario, trova la sua logica, cioè, garantisce che la soluzione adottata si sottragga alla sindacabilità, in quanto frutto di una consapevole scelta interpretativa.

Non tutti i casi di omessa motivazione sono fonte di responsabilità civile, da essi va esclusa la motivazione meramente assertiva, essendo l’opzione interpretativa ugualmente riconoscibile.

Tuttavia, essa non è sufficiente ad assicurare né la resistenza della decisione, né la sottrazione ad una eventuale azione di responsabilità qualora si riveli meramente apparente e appaia frutto di un’opzione apparentemente esegetica, in realtà aberrante perché va oltre e contro il significante delle disposizioni richiamate ⁽³⁸⁾.

Certo se a discostarsi dal precedente giurisprudenziale è il pubblico ministero il discorso si complica, in quanto il più delle volte a

2012, *passim*. Ancora, V. MANES, “Common Law-isation del diritto penale? Trasformazioni del *nullum crimen* e sfide prossime future”, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino, 2017, 151.

⁽³⁶⁾ Cass. civ., sez. un., 6.11.2014, n. 23675, in *www.giustizia.it*.

⁽³⁷⁾ Secondo il giudice delle leggi la “vivenza” di una norma è vicenda per definizione aperta. Corte cost., 26.05.2017, n. 122, in *www.giurcost.org*. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, VI, Torino, 1991, 415.

⁽³⁸⁾ In tal senso, Cass. civ., 7.4.2016, n. 6791, in *www.giustizia.it*.

mancare è proprio la motivazione: l'ausilio alla comprensibilità della scelta.

Nella nostra esperienza ordinamentale, dai principi di legalità e di separazione dei poteri deriva la convinzione che gli orientamenti giurisprudenziali debbano essere sempre giustificati in ragione della loro conformità ad un sistema, di valori e, quindi, di principi normativi, precostituito dal legislatore, essendo i giudici sforniti di una legittimazione in tal senso creatrice ⁽³⁹⁾.

Il precedente dovrebbe operare secondo un meccanismo spontaneo, come interpretazione della legge che, per la sua *logicità interna*, per la sua *coerenza con le finalità del legislatore ed il tessuto assiologico della Costituzione*, per la sua conformità al diritto dell'Unione europea, nonchè alla giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo; in tal modo sarebbe applicabile alle ipotesi simili, in virtù della ragionevolezza insita nell'argomentazione giuridica, con il suo naturale effetto della inclinazione alla conservazione e reiterazione futura. Questa è la vera sfida!

5.1. ... nonché del diritto dell'Unione europea.

Sicuramente sul versante della *manifesta violazione del diritto dell'Unione europea*, le cose si complicano ancora di più.

Procediamo per ordine.

Partiamo dal *leading case*, rappresentato dalla pronuncia della Corte di giustizia nel caso Kobler ⁽⁴⁰⁾, secondo cui gli Stati membri sono obbligati a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili, anche quando esse derivino dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, a condizione che: la norma giuridica interessata sia preordinata a conferire diritti ai singoli; si tratti di violazione grave e manifesta; vi sia un nesso causale diretto tra l'inadempimento dell'obbligo dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi. Tuttavia, «la responsabilità sussiste solo nel caso eccezionale in cui il giudice — ma non solo — abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente e per la domanda di risarcimento dei danni si deve tenere conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al sindacato del giudice nazionale, tra cui: il grado di

⁽³⁹⁾ Sul tema, volendo C. IASEVOLI, *La Cassazione penale giudice dei diritti. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, 2018, 251 e ss.

⁽⁴⁰⁾ Corte giust. com. eu., 30.9.2003, Kobler, in C- 224/01.

chiarezza e di precisione della norma violata; il carattere intenzionale della violazione; la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto; la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria; la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 c.c., comma 3 del Trattato». Inoltre, si è precisato che una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata «allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia».

Da qui l'ampio raggio del principio di responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli con riferimento a qualunque organo — non escluso il pubblico ministero — la cui azione od omissione abbia dato origine alla controversia ⁽⁴¹⁾.

Siffatta linea esegetica trova conferma in altra significativa pronuncia ⁽⁴²⁾, che ha esteso tale responsabilità anche all'ipotesi in cui la violazione derivi dall'applicazione di norme relative all'onere della prova, al valore di tali prove o all'ammissibilità dei mezzi di prova, precisando inoltre che «il diritto comunitario osta altresì ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente, quale precisata ai punti 53-56 della sentenza Kobler».

All'itinerario esegetico tracciato dalla giurisprudenza europea ha fatto seguito l'intervento riformatore della legge n. 117 del 1988, ad opera della legge 2015, n. 18, che ha introdotto anche *la violazione manifesta del diritto dell'Unione Europea* come fattispecie tipica di colpa grave. L'art. 2 comma 3-*bis* ribadisce che, ai fini del suo accertamento, si deve tenere conto del grado di chiarezza e di precisione delle norme violate, dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza, nonché dell'inadempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, terzo paragrafo, del Trattato UE e del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia UE (art. 2, comma 3-*bis*).

⁽⁴¹⁾ Corte giust. com. eu., 5.3.1996, *Brasserie du Pecheur e Factor-tame*, in C-46/93 e 48/93; Corte giust. com. eu 19.11.1991, *Francovich* in C-6/90 e 9/90.

⁽⁴²⁾ Corte giust. com. eu, 13.6.2006, *Traghetti del Mediterraneo*, in C-173/03.

La fattispecie si configura se il magistrato dà a una norma di diritto sostanziale o procedurale comunitario una portata manifestamente erronea, in particolare alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte, o se interpreta il diritto nazionale in modo da condurre, in sostanza, alla violazione del diritto comunitario vigente.

Ora, prendiamo come paradigma l'art. 132 codice della privacy (d.lgs. n. 196 del 2003) e proviamo a verificare lo stato delle cose.

La disposizione consente al pubblico ministero di acquisire presso il fornitore dei servizi telefonici, con decreto motivato, i dati relativi al traffico telefonico, dal medesimo conservati, per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati. Non vi è dubbio che questo sia un mezzo particolarmente efficace nella prevenzione, nell'indagine, nell'accertamento e nel perseguimento dei reati, ma si tratta pure di un mezzo altamente invasivo del diritto alla riservatezza.

La materia della protezione dei dati personali è stata in parte ridefinita dalla Corte di Giustizia, che, per un verso, ha dichiarato l'invalidità della Direttiva 2006/24/CE, inerente alla conservazione dei dati trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica, per contrarietà con il principio di proporzionalità, ricavabile dalla Carta di Nizza; e, per altro verso, ha ritenuto la Direttiva 2002/58/CE ostativa a quelle discipline nazionali che, sia pure per legittime finalità di contrasto alla criminalità, consentano la conservazione generalizzata ed indifferenziata dei dati relativi al traffico di tutti i mezzi di comunicazione elettronica.

Il versante, però, è alquanto insidioso; a ciò si aggiunga il dato che l'art. 132 c.pr., non contiene uno specifico elenco di reati, ritenuti sufficientemente gravi da giustificare la *data retention*.

Eppure l'ingerenza del pubblico ministero nel diritto alla riservatezza non può non rispondere a criteri di necessità e proporzionalità; essa deve perseguire scopi specifici, legittimi e va esercitata in modo adeguata, pertinente, e non eccessiva rispetto agli scopi ⁽⁴³⁾. E proprio in questa prospettiva è stata censurata la validità della direttiva 2006/24/CE, vale a dire, nella convinzione che « il legislatore del-

⁽⁴³⁾ La disciplina prevista dal d.lgs. n. 196 del 2003, art. 132 è stata ritenuta compatibile con il diritto sovranazionale in tema di tutela della privacy (direttive 2002/58/CE e 2006/24/CE), come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. In merito cfr. Cass. pen., 24.4.2018, n. 33851, Rv. 273892; Cass. pen., 19.4.2019, n. 36380, in *www.giustizia.it*.

l'Unione abbia ecceduto i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità alla luce degli artt. 7, 8 e 52, paragrafo 1, della Carta », oltre a non aver indicato le condizioni sostanziali e procedurali ad esso relative (punto 61) ⁽⁴⁴⁾. In buona sostanza, la direttiva 2006/24 non prevedeva norme chiare e precise che regolassero la portata dell'ingerenza nei diritti fondamentali (artt. 7 e 8 della Carta), nè prescriveva garanzie sufficienti, come richieste dall'art. 8 della Carta, tali da assicurare la protezione efficace dei dati conservati contro i rischi di abuso e contro eventuali accessi, nonché usi illeciti degli stessi ⁽⁴⁵⁾.

La normativa interna continua a lasciare nelle mani del pubblico ministero il giudizio di proporzionalità tra il grado di ingerenza nel diritto fondamentale alla vita privata e la gravità del reato oggetto di indagine ⁽⁴⁶⁾. L'eccessiva discrezionalità di cui egli dispone, in un contesto in cui si muovono situazioni soggettive protette, rinviene il suo argine nell'*interpretazione espressa dalla Corte di giustizia* (art. 3-bis legge n. 18 del 2015). E, con riguardo alle condizioni che possono giustificare il *diritto* all'accesso ai dati conservati, si segnala quanto osservato nella sentenza Tele2, secondo cui « l'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, paragrafo 1, della Carta, va interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale disciplini la protezione e la sicurezza dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione e, segnatamente l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati, senza limitare, nell'ambito della lotta contro la criminalità, tale accesso alle sole finalità di lotta contro la criminalità grave, senza sottoporre detto accesso ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, e senza esigere che i dati di cui trattasi siano conservati nel territorio dell'Unione ».

⁽⁴⁴⁾ Corte giust. com. eu, 8.6. 2014, Digital Rights, in C-293/12 e C-594/12.

⁽⁴⁵⁾ Corte giust. com. eu, 21.12. 2016, Tele 2, in C-203/15 e C-698/15.

⁽⁴⁶⁾ Si veda anche, Corte giust. com. eu, 2.10. 2018, in C-207/16, concernente una domanda di pronuncia pregiudiziale promossa dall'autorità giudiziaria spagnola nel procedimento avviato dal Ministerio Fiscal — vale a dire dal pubblico ministero del Regno di Spagna — contro la decisione del giudice istruttore che aveva rifiutato l'accesso ai dati personali conservati da fornitori di servizi di comunicazione elettronica (si trattava, nella specie, dei soggetti che, in un lasso di tempo di 12 giorni, avessero attivato carte SIM abbinata al codice IMEI di un telefono cellulare sottratto nel corso di una rapina), sul rilievo che la legge spagnola limitava la comunicazione dei dati alle esigenze di indagini avviate su "reati gravi", tali essendo, per la normativa interna, quelli punibili con pene detentive superiori a cinque anni, e che il reato per cui si procedeva non rientrava in questa categoria.

La sensazione è che siano troppe le incertezze applicative. E se, da un lato, ci sono i margini per una responsabilità dello stato per il comportamento del pubblico ministero, che si allontani dalle linee interpretative indicate dal giudice europeo, dall'altro, non sfugge la mancanza di chiarezza e di precisione delle norme, che potrebbe far venir meno la stessa responsabilità.

6. L'errore di percezione del pubblico ministero.

Ciò si evince chiaramente dal comma 3-*bis* dell'art. 2, secondo cui « ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate, nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza ». Non sfugge qui il richiamo all'inescusabilità come criterio valutativo, e non più come elemento costitutivo della fattispecie di colpa grave, esso però mette in campo situazioni eterogenee, che si prestano a scusare concretamente la negligenza in forza di un apprezzamento rimesso alla discrezionalità del giudice e che ben possono riguardare sia aspetti direttamente inerenti al provvedimento da adottare, (ad es. la peculiarità o difficoltà del caso), sia aspetti che toccano la sfera personale o di ufficio del magistrato, come la mole di lavoro.

Secondo parte della dottrina ⁽⁴⁷⁾, tutto il comma 3 dell'art. 2 sembra essere strutturato su un errore percettivo. La tesi si radica in quella giurisprudenza di legittimità, inerente al sindacato sui vizi della motivazione (art. 606 lett. e c.p.p.), che ricostruisce il travisamento della prova come errore revocatorio: cioè, come errore sul significante e non sul significato della prova. In buona sostanza, si tratterebbe dell'utilizzo di una prova inesistente per effetto di una errata percezione di quanto riportato nell'atto istruttorio ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁷⁾ E. SCODITTI, *La responsabilità civile del pubblico ministero per omessa perquisizione: la sottile linea fra percezione e valutazione*, in *Quest. e giust.*, on line, 26.06.2017.

⁽⁴⁸⁾ Cass. pen., 21.1.2011, n. 18542, in *www.giustizia.it*; Cass. pen., 3.10.2013, n. 47035, in *www.giustizia.it*. F.M. IACOVIELLO, *La motivazione del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, 305; C. SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio in Cassazione*, in *La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma*, a cura di A. Gaito, Torino 2007, 61. G. RICCIO, "Travisamento della prova" e giudizio di legittimità, in *Giust. pen.*, 2011, 520.

L'orientamento mostra il nervo scoperto nell'appiattimento del travisamento del fatto sull'affermazione o negazione dello stesso contrastata dagli atti del procedimento, dal momento che la Cassazione riconduce anche il primo all'errore all'art. 395 n. 4 c.p.c.

Eppure, nella previgente disciplina non vi era traccia del travisamento del fatto o delle prove, oggi richiamate in accezioni autonome, accanto all'assenza dell'attività valutativa ovvero alla totale mancanza di analisi degli atti del procedimento, dai quali risulti l'incontestabile sussistenza o insussistenza del fatto rispettivamente negato o affermato. Inoltre, nell'innovato contesto, l'errore di tipo revocatorio non deve essere necessariamente imputabile a negligenza inescusabile del magistrato ⁽⁴⁹⁾.

Dunque, non mi pare che si possa escludere – tra le ipotesi casistiche – l'eventualità che la colpa grave per travisamento del fatto o della prova possa interferire con l'ambito dell'attività accertativa sulla base del materiale probatorio acquisito ⁽⁵⁰⁾.

È inutile nascondere che la reale difficoltà è quella di separare il fatto dalla prova, considerata la loro costante interrelazione, che rende altrettanto difficoltosa la differenziazione tra l'errore di percezione e l'errore di valutazione ⁽⁵¹⁾.

Sono molteplici, però le situazioni in cui si può cadere in errore nell'apprezzamento delle risultanze processuali. Qualora il vizio sia tale da sconfinare in vero e proprio travisamento, cioè, in una valutazione dei fatti che alteri la verità processuale, si configura la colpa grave del giudice, che nel valutare le risultanze processuali, sia pervenuto ad una ricostruzione dei fatti manifestamente carente, erronea o distorta, cioè,

⁽⁴⁹⁾ F. AULETTA-G. VERDE, *La nuova responsabilità del giudice e l'attuale sistema delle impugnazioni*, in *Corr. giur.*, 2015, 898,

⁽⁵⁰⁾ In senso critico, E. SCODITTI, *Le nuove fattispecie di « colpa grave »*, in *Foro it.*, 2015, V, 317 ss., spec. 322. cit., 324; G.F. RICCI, *Il « travisamento » del fatto e della prova nella responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1155 ss., spec. 1164 ss., 1169 ss.

⁽⁵¹⁾ G. LOZZI, *Sulle condizioni per sindacare il travisamento del fatto*, in *Giur. it.*, 1993, p. 521; P. RENON, *Spunti per una riconsiderazione del travisamento del fatto come motivo di ricorso per cassazione*, in *Cass. pen.*, 1996, 552; F. M. IACOVIELLO, *Il controllo della Cassazione sulle prove: prove invalide, prove travisate, prove ignorate*, in *Cass. pen.*, 1994, 1244. In particolare, P. FERRUA, *Il controllo della Cassazione sulla motivazione*, in *L'operazione decisoria da emanazione divina alla prova scientifica*, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Padova, 2014, 113. L'Autore sottolinea che il problema è nella legge e nella sua interpretazione: « a leggere certe sentenze, si direbbe che il testo della legge sia studiato e analizzato per essere meglio tradito ».

priva di una plausibile giustificazione sul piano logico, con l'effetto di un epilogo diverso da quello che si sarebbe verificato in mancanza del vizio ⁽⁵²⁾. Ma questo è l'*error in iudicando*, che può essere attribuito esclusivamente al giudice.

Sul piano dell'*error in procedendo*, invece, ritorna la rilevanza della percezione/ricezione del dato. Essa si rinviene anche alla base della condanna dell'Italia da parte della Corte EDU nel caso Talpis, per aver violato il diritto alla vita, il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di discriminazione (art. 2, 3 e 14 della Cedu), stigmatizzando negativamente il fatto che le autorità nazionali non siano state in grado di riconoscere la situazione di pericolo reale e imminente per le vittime di violenza domestica.

L'errore di percezione, sovente, è a monte di comportamenti omissivi o non tempestivi degli inquirenti ⁽⁵³⁾.

L'esemplificazione è offerta, pure da una recente pronuncia della Cassazione ⁽⁵⁴⁾, che prende l'avvio dall'omissione di atti di perquisizione e di sequestro a seguito di denunce, essendosi limitato il pubblico ministero all'iscrizione dell'indagato nel registro per i reati di cui agli artt. 612 e 388 c.p. Un'omissione, però, ritenuta dalla corte di appello eziologicamente inefficiente, in base al rilievo che la perquisizione e l'eventuale sequestro del coltello non avrebbero impedito la morte della giovane donna, non trattandosi di un omicidio d'impeto e potendo l'autore facilmente procurarsi un'altra arma con le stesse caratteristiche. L'assunto conduceva alla smisurata dilatazione dell'incidenza dell'omissione dell'autorità giudiziaria, ponendo la stessa ai limiti del caso fortuito e della forza maggiore. Il vizio, identificato dai giudici di legittimità, stava nell'eccessiva frammentazione dei fatti, che finiva con il privare di rilevanza l'antecedente logico: la condotta omessa.

La questione evidenzia il nodo centrale nel giudizio inerente al nesso causale e alle regole che ne governano l'accertamento ⁽⁵⁵⁾; un giudizio di fatto, anche quando siano in gioco cause di responsabilità civile, ai sensi della legge n. 18 del 2015.

⁽⁵²⁾ Ancora, F. AULETTA-G. VERDE, *La nuova responsabilità*, cit., 901.

⁽⁵³⁾ Corte EDU, 2.3.2017, *Talpis c. Italia*, in www.giustizia.it.

⁽⁵⁴⁾ Cass. civ., 8.4.2020, n. 7760, in www.giustizia.it.

⁽⁵⁵⁾ A. PALMIERI, *Responsabilità dello Stato per omissioni nell'attività di indagine da parte del pubblico ministero: il ruolo chiave dell'indagine sul nesso causale*, in *Quest. e giust.*, on line, 15.5.2019. Sul tema, *amplius*, per tutti, C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011, *passim*.

Per la verità l'esclusione della rilevanza causale di qualsiasi possibile antecedente logico, non è conforme alle linee esegetiche tracciate dalla Corte di cassazione ⁽⁵⁶⁾ secondo cui « in tema di responsabilità civile, la verifica del nesso causale tra condotta omissiva e fatto dannoso si sostanzia nell'accertamento della probabilità positiva o negativa del conseguimento del risultato idoneo ad evitare il rischio specifico di danno, riconosciuta alla condotta omessa, da compiersi mediante un giudizio contro fattuale, che pone al posto dell'omissione il comportamento dovuto. Tale giudizio deve essere effettuato sulla scorta del criterio del 'più probabile che non', conformandosi ad uno standard di certezza probabilistica, che, in materia civile, non può essere ancorato alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (cd. probabilità quantitativa o pascaliana), la quale potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e, nel contempo, di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica o baconiana) ».

A ciò si aggiunga, che in materia di illecito aquiliano, l'accertamento del nesso di causalità materiale, in relazione all'operare di più concause ed all'individuazione di quella cd. 'prossima di rilievo' nella verifica dell'evento dannoso, forma oggetto di una valutazione di fatto del giudice di merito che è sindacabile in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), sotto il profilo della violazione delle regole di cui agli artt. 40 e 41 c.p. e art. 1227 c.c., comma 1 ⁽⁵⁷⁾.

Stando così le cose, stabilire se il non aver disposto la perquisizione e il sequestro del coltello abbia costituito concausa dell'evento dannoso, significa spostare l'attenzione nell'ambito della causalità civile, avendo riguardo alla natura dell'evento e accertando se esso configuri la realizzazione del rischio, per il quale l'azione è vietata o prescritta, ove venga in rilievo un'omissione. Duplice è l'ordine delle conseguenze: se il danno è realizzazione del rischio vietato, la causa remota si risolve in una concausa; viceversa, se il danno è realizzazione non del rischio vietato, ma di un rischio diverso, concomitante con il primo, la causa remota costituisce una mera occasione.

Seguendo quest'impostazione la disposizione sulla perquisizione assume rilevanza in quanto regola di condotta, che mira a prevenire un

⁽⁵⁶⁾ Cass. civ., 27.9.2018, n. 23197, in *www.giustizia.it*.

⁽⁵⁷⁾ Cass. civ., 24.5.2017, n. 13096, in *www.giustizia.it*.

determinato rischio, qualora il rischio si concretizzi, l'omissione diventa concausa, e non mera occasione ⁽⁵⁸⁾.

Sicché il destinatario della norma risponde di tutti gli eventi dannosi che siano realizzazione del rischio per il quale la regola è stata posta.

Qui, però, un distinguo si impone: la prospettiva dell'omessa perquisizione e del sequestro del coltello, come concausa sul piano naturalistico dell'evento dannoso, è diversa da quella della responsabilità civile del magistrato, che implica un *quid pluris*, cioè, la colpa grave come elemento soggettivo del tipo. La differenziazione va mantenuta con riferimento all'omissione, in quanto se anche il *non facere* è idoneo a produrre efficacia causale sul versante fenomenologico, si può essere chiamati a rispondere dell'evento lesivo nella misura in cui si aveva l'obbligo giuridico di intervenire per impedire l'evento (art. 40, comma 2, c.p.): quest'aspetto è utile ai fini della configurazione della colpa grave, quale elemento costitutivo — oggi — della *violazione manifesta di legge*.

Con la riforma, lo Stato risponde del mero errore percettivo del magistrato, che sia stato causa o concausa del danno, salvo rivalersi su di lui se quell'errore percettivo sia stato determinato da negligenza inescusabile (o da dolo). Il meccanismo è in linea con la giurisprudenza della Corte EDU ⁽⁵⁹⁾, che nel ritenere responsabile lo Stato guarda al dato obiettivo dell'inerzia dell'autorità giudiziaria.

In definitiva, l'errore percettivo non va limitato al travisamento dell'enunciato linguistico corrispondente alla disposizione, ma si estende anche alla mancata percezione dei presupposti applicativi di fatto della norma processuale, che è cosa ben diversa dalla valutazione.

Il contesto è reso complesso per le interferenze con l'autonomia e la discrezionalità dell'organo dell'accusa nelle scelte investigative. Egli, in quanto *dominus* delle indagini, può preferire una tecnica di indagine ad un'altra, disponendo della polizia giudiziaria, impiegando i mezzi di cui l'ufficio dispone per il compimento delle proprie attività, assumendo elementi di prova in prima persona o mediante delega.

Come è noto, la polizia giudiziaria si inquadra in organismi gerarchicamente organizzati, che rispondono al potere esecutivo e rispetto a

⁽⁵⁸⁾ Così, E. SCODITTI, *La responsabilità civile del pubblico ministero per omessa perquisizione: la sottile linea fra percezione e valutazione*, in *Quest. e giust.*, on line, 26.6.2017.

⁽⁵⁹⁾ Corte edu, 2.3.2017, *Talpis c. Italia*, in *www.giustizia.it*.

questo dato strutturale l'indipendenza dell'organo dell'accusa manifesta i suoi fondamentali contenuti di garanzia.

Ora, la sovrapposizione delle posizioni tra delegante e delegato, finchè sussistente, esclude l'ipotizzabilità di un'autonoma responsabilità civile dell'agente o dell'ufficiale, fatta eccezione dell'ipotesi in cui quest'ultimo non solo ometta, ma dolosamente rifiuti l'atto proprio del suo ufficio, consistente nel dare seguito all'impulso del titolare dell'azione penale, che abbia indicato espressamente l'attività da compiere.

Di conseguenza, le condotte in cui il dolo risulti imputabile in via esclusiva all'agente o all'ufficiale, impediscono la riferibilità al pubblico ministero perché l'elemento soggettivo, strutturalmente individuale, assorbe ogni altro criterio d'imputazione di quella condotta.

Nel caso di omissione colposa, invece, la condotta dell'agente o dell'ufficiale non risulta distinguibile dall'attività pubblicistica del magistrato, al quale vanno attribuite le scelte investigative, senza che su di esse possano differenziarsi interferenze di sorta.

Pertanto, si esclude la configurabilità di un nesso causale con il danno eventualmente subito da chi si afferma leso dall'omissione, fermo restando il regime di responsabilità inerente al titolare del suddetto organo ⁽⁶⁰⁾.

Si richiama qui la perentorietà della disposizione di cui all'art. 327 c.p.p., secondo cui « il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria ». Si tratta di un'opzione legislativa, che attribuisce ad un soggetto, che gode delle garanzie stabilite dall'ordinamento giudiziario (art. 107 comma 4 Cost.) e, quindi, inserito appieno nella giurisdizione, l'esclusiva direzione delle indagini nella proiezione finalistica individuata dall'art. 326 c.p.p. e che, in combinato disposto con l'art. 358 c.p.p., gli impone l'obbligo di non trascurare gli accertamenti su « fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini ».

L'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) si nutre della legalità processuale e, quindi, dell'osservanza delle regole nell'espletamento delle indagini, nell'intento di non pregiudicare le situazioni di libertà oltre i confini tracciati dalla Costituzione.

E se nella procedura si rinvencono le modalità di tutela dei diritti inviolabili, la loro violazione non può trovare rifugio nell'autonomia e nell'indipendenza del pubblico ministero.

⁽⁶⁰⁾ Cass. pen., 13.3.2018, n. 6036, in *www.giustizia.it*.

L'Opera si propone quale testo di riferimento sul tema dell'errore giudiziario in Italia. Dopo i primi capitoli dedicati alle questioni di fondo e all'inquadramento teorico (Parte I), vengono indagati i principali fattori (dalle false confessioni alla *junk science*, dalla inesatta identificazione dell'autore alla *malpractice* investigativa o difensiva, ecc.) che possono condurre all'errore giudiziale (Parte II). Le dinamiche di *wrongful conviction* sono poi declinate lungo le singole fasi del rito penale (Parte III). L'analisi si sposta in seguito sui vari rimedi impugnatori previsti dall'ordinamento (Parte IV) e sugli strumenti riparatori per le vittime (Parte VI). Un significativo spazio viene riservato alla profilassi e alle *best practices* a disposizione di giuristi e scienziati per mitigare il rischio di incorrere in errori (Parte V). Le Parti finali sono infine dedicate alla descrizione di alcuni casi reali – italiani e statunitensi – in qualche modo paradigmatici del cortocircuito processuale e del dramma umano sottesi alla condanna dell'innocente.

Hanno preso parte all'Opera, unica nel suo genere, i maggiori esperti della materia (professori universitari, avvocati, magistrati, scienziati, operatori del settore), tanto italiani quanto stranieri. Il volume risulta altresì impreziosito dalla collaborazione dell'Unione delle Camere penali e di altri enti impegnati nello studio dei fenomeni di *miscarriage of justice*.

LUCA LUPÁRIA DONATI

È Professore Ordinario di Diritto processuale penale e Diritto penitenziario nell'Università degli Studi Roma Tre.

Visiting Professor in Facoltà europee e americane, è autore di opere monografiche e di oltre centocinquanta pubblicazioni scientifiche in Italia e all'estero. Ha curato numerosi volumi collettanei, anche a carattere internazionale, e coordinato ricerche finanziate dalla UE.

Condirettore di tre collane editoriali, è componente di comitati esecutivi di riviste nazionali e straniere, nonché vice-direttore di "Sistema penale". È Direttore scientifico del Festival della Giustizia penale. Presidente dell'*European Innocence Network*, è fondatore dell'*Italy Innocence Project* e responsabile della omonima clinica legale.

FOTO DI COPERTINA

Sanja Milenkovic, *La Corte*, 2017, Collezione privata

€ 115,00

024206785

ISBN 978-88-28-82469-5



9 788828 824695