

STUDIO GAITO

† AVV. PROF. ENZO GAITO
LIBERO DOCENTE DI DIRITTO PENALE
UNIVERSITÀ DI ROMA

AVV. PROF. ALFREDO GAITO
ORDINARIO DI PROCEDURA PENALE
UNIVERSITÀ DI PERUGIA

GIULIANO DOMINICI
AVVOCATO

MAURIZIO GIANNONE
AVVOCATO

IOLE ROSA MIELE
AVVOCATO

ATTO DI RICORSO PER CASSAZIONE

proposto dall'avv. Alfredo Gaito, difensore di fiducia (nuova nomina) dei fratelli **LUIGI LUONGO** e **SALVATORE LUONGO**, avverso la sentenza emessa dalla **Terza Sezione della Corte d'assise d'appello di Napoli** in data **4 luglio 2006** (dep. in data 18 settembre 2006; proc. n. 59/2005 R.G. App.; n. 8297/03 r.g.n.r.) che ha confermato la sentenza emessa dalla Seconda Sezione della Corte d'assise di Napoli in data 2 febbraio 2005.

La constatata identità della maggior parte delle questioni prospettate nell'interesse dei fratelli coimputati LUIGI e SALVATORE LUONGO, ha consigliato al sottoscritto difensore la stesura di un atto d'impugnazione unitario, con la riserva di sottolineare talune diversità, pur significative, fra le posizioni dei due ricorrenti. La scelta, per certi versi, è imposta dall'apparato espositivo della stessa sentenza impugnata (ove è difficilmente enucleabile lo specifico contributo causale offerto da Luigi o, rispettivamente, da Salvatore Luongo), in quanto la Corte d'assise d'appello ha creduto bene di evitare di accertare le singole responsabilità, optando inopinatamente per considerare fungibile la condotta della coppia "fratelli Luongo".

L'impugnazione investe la pronuncia nella sua interezza, in ogni capo e punto riguardante la posizione processuale dei ricorrenti, per i motivi di seguito indicati.

I

Violazione dei criteri legali di valutazione della prova liberatoria

(artt. 111 Cost.; 192/1, 2 e 3, 546/1 lett. *e* c.p.p. in rif. all'art. 606/1 lett. *e*, c.p.p.)

1.- Luigi e Salvatore Luongo sono stati condannati dalla Corte d'assise d'appello di Napoli a ventott'anni di reclusione per il duplice omicidio aggravato di Gennaro Manfredi e Filippo Ciletti, e il tentato omicidio di Pasquale Quagliariello e Luigi Russarolo (capo *a* della rubrica). Esclusa l'aggravante della premeditazione, il grave fatto di sangue è stato posto in continuazione con i delitti di porto e detenzione illegale di arma, precisamente un revolver marca *Smith & Wesson* cal. 357 *magnum*, con matricola abrasa ed una pistola semiautomatica marca HS cal. 9 *parabellum* (capi *b* e *c* della rubrica); con la ricettazione della prima arma e del motociclo marca Gilera modello *Runner*, utilizzato per i delitti di cui al capo *a* (capi *d* ed *e* della rubrica). Da ultimo, e per tutti i capi di imputazione ad eccezione che per il duplice omicidio (capo *a*, prima parte), è stata riconosciuta l'aggravante dell'aver commesso il fatto avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p. ed al fine di agevolare le attività dell'organizzazione camorristica Rinaldi, operante in Napoli, nel quartiere di San Giovanni a Teduccio. Il giudizio di responsabilità formulato nei riguardi dei ricorrenti si è fondato prevalentemente, se non in via esclusiva, sulla "tormentata" identificazione effettuata dal Quagliariello, scampato all'agguato, presso gli Uffici della Questura di Napoli nella mattinata del 16 febbraio 2003 sulla cui legittimità si erano ampiamente spese le censure difensive e, di contro, le giustificazioni in chiave salvifica offerte dai Giudici del merito. Ma di tanto si dirà oltre.

Quel che più preme, in esordio al presente Atto di ricorso, è sottolineare il vizio di fondo che ha investito il convincimento giudiziale, frutto di una consapevole esclusione dai *materialia iudicii* di ogni elemento favorevole emerso nei riguardi dei ricorrenti. Il riferimento va, in primo luogo, alle dichiarazioni liberatorie del collaboratore di giustizia Fiani; secondariamente a quelle -di medesimo tenore- di altro collabo-

ratore di giustizia nonché coimputato nel grave fatto di sangue, Ciro Somma, sopravvenute al giudizio di primo grado. L'effetto è stato quello -inaccettabile- di una totale estromissione delle prove a discarico, in spregio ai fondamentali canoni di valutazione probatoria. Ma procediamo per gradi.

2.- Il primo elemento è costituito dalle dichiarazioni espressamente liberatorie del Fiani. Pur sciogliendo positivamente la riserva sulla generale credibilità soggettiva ed oggettiva del propalante, la Corte di secondo grado è giunta a destituire di ogni significato probatorio *“quella parte [delle dichiarazioni] riguardante la presunta estraneità del fratelli Luongo all'omicidio de quo, sfornita quest'ultima di riscontri e basata solo su deduzioni soggettive o interessate fonti de relato”* (pag. 24 sent. impugn).

Così operando, il contributo del Fiani è stato ritenuto pienamente attendibile quanto alla riconducibilità del delitto nell'odiosa logica di scontro fra *clan* rivali, valutazione utile al fine del riconoscimento della speciale aggravante; di contro, non ha avuto alcun pregio nella parte in cui, descrivendo la fase preparatoria al delitto ⁽¹⁾, aveva escluso ogni responsabilità dei fratelli Luongo attribuendo piuttosto e specificamen-

⁽¹⁾ Il Fiani aveva dichiarato di aver assistito alla fase deliberativa del delitto per il cui compimento era stato espressamente convocato da Gennaro Rinaldi. In seguito si era recato presso il Reale il quale, invece, aveva rifiutato il proprio avallo all'azione omicidiaria dal momento che si trattava di una faida di carattere familiare che non doveva coinvolgere i Reale. Aveva riferito, ancora, dell'insistenza con la quale il gruppo riferibile al Rinaldi per l'esecuzione dell'omicidio aveva sollecitato la disponibilità di Salvatore Luongo, da poco affiliato al *clan* Reale e dei suoi continui e netti rifiuti. Quanto alla fase immediatamente preparatoria il delitto nella notte del 16 febbraio 2003, da un punto di osservazione sicuramente privilegiato, di fronte alla casa dei fratelli Luongo, il collaboratore aveva riferito di aver registrato una certa concitazione e di avere scorto la presenza di alcuni noti componenti del *clan* Rinaldi: tali “Tattariello”, Sergio “Doberman”, “ò Popp” e “ò Barese” (cfr. pag. 55 sent. primo grado). Intorno alle ore 02,00 aveva notato che “ò barese” (Ciro Somma) si era allontanato in auto seguito da “Doberman” e “Sergio”, partiti poco dopo a bordo di un motorino Skipper e seguiti dopo circa dieci minuti da una Fiat Punto di colore celestino. Verso le 03,30 aveva fatto rientro “ò barese” comunicando al “Tattariello”, affacciato al balcone, che era “tutto a posto”: chiaro segnale del buon esito dell'operazione. Il giorno dopo aveva appreso dell'omicidio e, evidentemente ricondotti ruoli e responsabilità ai personaggi scorti la sera precedente, si era recato da Gennaro Rinaldi dal quale aveva avuto conferma che i Luongo erano rimasti estranei all'omicidio ed erano stati ingiustamente arrestati, come confermato altresì da una breve conversazione intrattenuta con gli stessi il mattino seguente (cfr. pag. 23 sent. impugn.).

te l'agguato ad altri soggetti pur individuati con precisione.

A parere della Corte territoriale le dichiarazioni del Fiani sono state solo in parte frutto di diretta percezione degli accadimenti (fino all'allontanamento dei mezzi dall'abitazione la notte dell'omicidio); mentre in parte sarebbero state frutto di una deduzione personale ovvero di un errato convincimento determinato da affermazioni a lui fatte da esponenti del *clan* Rinaldi o dagli stessi Luongo, gli uni e gli altri interessati a fornire una versione dei fatti liberatoria.

A tale versione i Giudici del merito hanno ritenuto di non poter dare alcun seguito, riscontrando alcune discrasie emergenti con la deposizione resa dai testi oculari: in particolare, la dinamica omicidiaria sarebbe stata differente da quella descritta dai testi Quagliarello ed Esposito e, sebbene vi fosse stata identità di mezzi limitatamente all'impiego dell'auto Fiat Punto di colore celeste, non v'era stata corrispondenza tra il modello ed il colore dello *scooter* visto e descritto dal Fiani e quello effettivamente utilizzato in occasione dell'omicidio.

Va subito detto come e perché le perplessità mostrate dalla Corte territoriale sono condivisibili solo in una piccola parte.

Libera nel proprio convincimento, la Corte d'assise d'appello ha proceduto ad una rigorosa verifica di riscontri esterni alle dichiarazioni liberatorie del pentito. Peraltro, è evidente la plausibilità di talune discrasie quanto alla fase direttamente esecutiva dell'omicidio: vero è, del resto, che il Fiani non aveva preso parte al delitto, limitandosi ad osservare le fasi immediatamente precedenti e successive all'agguato. Oltre, però, ad apprendere direttamente le notizie rese da chi quel delitto aveva ordinato (il Rinaldi).

3.- A prescindere dalla condivisibilità o meno dell'impostazione accolta in sentenza, nel senso che le dichiarazioni del Fiani, isolatamente considerate, non fossero sufficienti a determinare -almeno- un quadro di incertezza probatoria utile *ex art.* 530, 2°

co., c.p.p., il punto è che quelle stesse dichiarazioni **non sono rimaste isolate**. Ad esse si aggiunge quanto riferito da chi alla fase esecutiva del delitto aveva preso direttamente parte: si tratta di **Ciro Somma, coimputato già condannato con sentenza passata in giudicato** (per non aver interposto appello avverso la pronuncia di primo grado), **reo confesso e collaboratore di giustizia**.

Le dichiarazioni di quest'ultimo in riferimento al duplice omicidio furono rese per la prima volta il 16 febbraio 2005, due settimane dopo la conclusione del giudizio di primo grado ⁽²⁾. Epperò, una volta disposta d'ufficio la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, trattandosi certamente di prova nuova e sopravvenuta *ex* art. 603, 2° co., c.p.p., il novello collaboratore di giustizia, esaminato ai sensi dell'art. 210 c.p.p., decise di avvalersi della facoltà di non rispondere. Delle cadenze processuali della vicenda ha dato atto la stessa Corte partenopea che, però, pur prendendo in esame il contenuto delle dichiarazioni rese dal Somma al fine di disporne l'escusione dibattimentale, ha poi ritenuto -evidentemente- di non poterne fare alcuna utilizzazione processuale. Di esse, invero, non v'è alcuna traccia nel testo motivazionale della sentenza impugnata. E ciò nonostante la duplice circostanza consistente:

a)- da un lato, nell'**allegazione del verbale di interrogatorio reso in data 16 febbraio 2005 dal Somma alla memoria difensiva depositata per l'udienza del 22 giugno 2006** (a firma avv.ti Cardillo e Senese);

b)- dall'altro lato, e soprattutto, nella pacifica utilizzabilità della prova a discarico, e segnatamente della **prova testimoniale liberatoria**, anche nella misura in cui il teste -in questo caso un collaboratore di giustizia- decida di avvalersi della facoltà

(2) Il Somma aveva giustificato la scelta collaborativa proprio in ragione dell'ingiusto epilogo del giudizio di primo grado (a suo avviso concluso "con la condanna ingiusta dei fratelli Luongo, al fine di evitare il perpetuarsi di tale ingiustizia"), ammettendo la propria responsabilità ed affermando che l'omicidio era stato commesso materialmente da "**Rinaldi** **Ciro** e **Marigliano** **Vincenzo**, **Olivieri** **Raffaele**, **Vigorito** **Vincenzo** e **Grassia** **Sergio** e **Rinaldi** **Gennaro**". Non solo: aveva indicato un preciso e prossimo movente (vendetta per l'omicidio del suocero dell'Oliviero, Ostrico Salatore, ucciso dai Mazzarella, per come appreso il 2 gennaio 2003, all'interno di un circolo) oltre naturalmente a descrivere l'intera fase esecutiva (cfr. verb. interr. 16 febbraio 2005, allegato alla memoria difensiva a firma avv. ti Cardillo e Senese per l'udienza del 22 giugno 2006).

di non rispondere.

Come un *boomerang*, le dichiarazioni liberatorie del collaboratore non hanno trovato ingresso nel giudizio di secondo grado, impedito dal suo ostinato silenzio dibattimentale.

4.- Con riferimento al primo profilo, l'inserimento nelle memoria difensiva di elementi sopravvenuti favorevoli non avrebbe potuto essere ignorato dalla Corte di merito che, quanto meno, avrebbe dovuto esplicitare le ragioni di un *non liquet*. Alla violazione di legge -per le ragioni che si diranno- si coniuga dunque la più mortificante lacuna motivazionale non avendo tenuto conto in minima parte delle argomentazioni difensive, pur introdotte in forma di memoria *ex art.* 121 c.p.p.

5.- Maggiore rilievo assume il secondo aspetto. L'utilizzabilità della prova dichiarativa favorevole si desume da una molteplicità di elementi testuali e da una esegesi ragionata delle norme, costituzionali e codicistiche. Proemiale a tutto il resto è chiarire in quale veste il Somma avrebbe dovuto essere escusso, con consequenziali obblighi e facoltà diversamente configurabili se connesse all'ufficio di testimone *ex artt.* 197, lett. *a*, 197 *bis*, 1° e 4° co., c.p.p., o alla qualità di persona imputata e/o indagata in procedimento connesso o collegato *ex art.* 210 c.p.p. Naturalmente, diversi sono anche gli effetti in termini di criteri legali di valutazione probatoria, a seconda che trovi o meno applicazione la regola di cui all'art. 192, 3° co., c.p.p.

Deve ritenersi che il collaboratore di giustizia avrebbe dovuto essere escusso non già ai sensi dell'art. 210 c.p.p. bensì come **testimone**, delineandosi l'ipotesi di cui all'art. 197, 1° co., lett. *a*, c.p.p. con tutto quel che ne consegue quanto ai limiti del diritto [non già arbitrio incontrollabile] di avvalersi della facoltà di non rispondere.

Si spiega: coimputato del medesimo delitto in processo soggettivamente ed oggettivamente cumulato, il Somma era stato condannato in primo grado a ventott'anni di

reclusione. Avverso la decisione non aveva proposto appello, evidentemente in linea con la scelta collaborativa da poco assunta: di qui l'irrevocabilità della pronuncia e conseguentemente il venir meno di ogni causa di incompatibilità a ricoprire l'ufficio di testimone. Tenendo a mente le novità normative introdotte dalla Legge n. 63 del 2001, l'art. 197, 1° co., lett. *a*, c.p.p. prevede delle eccezioni alla generale capacità a testimoniare spettante a ognuno *ex art.* 196 c.p.p. Non possono essere assunti come testimoni «**i coimputati del medesimo reato** o le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12, 1° co., lett. *a*, **salvo che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444**». In caso di coimputati nei cui confronti si proceda congiuntamente o separatamente -ma solo in ipotesi di connessione c.d. forte- la clausola di salvezza riportata implica il venir meno di qualsivoglia ostacolo rispetto al generalizzato obbligo di riferire il vero e, soprattutto, limita il diritto al silenzio ai soli fatti *diversi* rispetto a quelli già giudicati in via definitiva.

La *ratio* a fondamento della norma è a dir poco intuitiva: **la condizione dell'essere stato già giudicato** ⁽³⁾ **preserva il dichiarante da ogni ulteriore effetto processuale eventualmente lesivo della propria posizione**, garantita dalla intangibilità del giudicato, avvantaggiando il giudizio di un **contributo alla ricostruzione dei fatti di causa tendenzialmente fedele perché proveniente essenzialmente da un soggetto oramai disinteressato all'esito del procedimento** (o del grado di giudizio) nel quale rende il proprio contributo di conoscenza dei fatti. **In casi del genere non v'è alcuna giustificazione né per il silenzio né per la menzogna.**

Il mutamento di *status* -da imputato a condannato o assolto- impone dunque di limitare lo *ius tacendi* nei consueti confini del divieto di rendere dichiarazioni autoindizianti per fatti *diversi* rispetto a quelli per i quali già è intervenuta pronuncia irrevocabile. Ed infatti: l'eventuale proscioglimento irrevocabile giammai potrebbe essere posto in discussione non essendo previste forme di revisione *in peius*; l'eventuale

condanna irrevocabile non verrebbe in alcun modo incisa da una tardiva confessione o ammissione di responsabilità. Trovano applicazione, in questo caso, le disposizioni che disciplinano l'assunzione della testimonianza in generale: **«il coimputato già giudicato nel medesimo processo e successivamente divenuto testimone» ha quindi l'obbligo** di presentarsi al giudice e di attenersi alle prescrizioni date dal medesimo per le esigenze processuali e **di rispondere secondo verità** alle domande che gli sono rivolte, **con il solo limite di non essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua penale responsabilità** (art. 198 c.p.p.).

Nei confronti del coimputato già “giudicato” in via definitiva, non trovano neppure applicazione le garanzie previste dall'art. 197 *bis* c.p.p. ove si ha riguardo alle sole persone **imputate o giudicate in un procedimento connesso o per reato collegato nei cui confronti si sia proceduto separatamente**. Lo si evince agevolmente dalla previsione contenuta nell'art. 197, 4° co., c.p.p. nella parte in cui, ammettendo che possa assumere l'ufficio di testimone c.d. assistito l'«imputato in un procedimento connesso ai sensi dell'art. 12» -complessivamente considerato- «o di un reato collegato a norma dell'art. 371, 2° co., lett. *b*... quando nei suoi confronti è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, di proscioglimento o di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444» (art. 197 *bis*, 1° co., c.p.p.), stabilisce che «il testimone non può essere obbligato a deporre sui fatti per i quali **è stata pronunciata in giudizio** sentenza di condanna nei suoi confronti, se **nel procedimento egli aveva negato la propria responsabilità ovvero non aveva reso alcuna dichiarazione**». Nel caso previsto dal 2° co., inoltre (imputato in un procedimento connesso *ex* art. 12, 1° co., lett. *c*, o di un reato collegato *ex* art. 371, 2° co., lett. *b*, che può essere sentito come testimone nel caso previsto dall'art. 64, 3° co., lett. *c*, c.p.p.), «il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti che concernono la propria responsabilità in ordine al reato per cui **si procede o si è proceduto** nei suoi confronti». Infine: «le dichiarazioni rese dai soggetti di cui al presente articolo

(³) Condannato o assolto: è ininfluenza.

non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese **nel procedimento a suo carico**, nel procedimento di revisione della sentenza di condanna ed in qualsiasi giudizio civile o amministrativo relativo al fatto oggetto dei procedimenti e delle sentenze suddette» (art. 197 *bis*, 4° e 5° co., c.p.p.).

Già il semplice (ma significativo) dato testuale induce a ritenere che la figura del c.d. teste assistito ricorre solo in caso di imputato e/o indagato in procedimento connesso o collegato nei cui confronti si sia proceduto o si stia procedendo separatamente.

Un primo vizio di procedura, dunque, è a registrarsi nelle concrete modalità di escussione del Somma: testimone, non già imputato o indagato in procedimento connesso o collegato.

6.- Ovvie le conseguenze in termini di efficacia neutralizzante del silenzio serbato, posto che il teste non può essere obbligato a rispondere *esclusivamente* su fatti dai quali possa emergere la propria responsabilità.

Nel caso che ci occupa vi era stata una confessione spontanea.

Certo, nulla impedisce che anche il reo confesso in seguito rifiuti di sottoporsi all'esame. Sta di fatto, però, che il rifiuto del teste di sottoporsi ad esame è disciplinato dall'art. 500, 3° co., c.p.p., nel testo modificato dalla Legge n. 63 del 2001, non trovando applicazione nel caso che ci occupa (e per le ragioni già dette) gli artt. 210 e 513, 2° co., c.p.p. **Se il teste rifiuta di sottoporsi all'esame o al controesame** di una delle parti «nei confronti di questa non possono essere utilizzate, senza il suo **consenso**, le dichiarazioni rese ad altra parte, salve restando le sanzioni penali eventualmente applicabili al dichiarante».

Le dichiarazioni predibattimentali, dunque, sono tendenzialmente inutilizzabili nei confronti della parte privata evidentemente, non potendo certo parlarsi di utilizzabilità *nei confronti* della parte pubblica, ma solo quando abbiano contenuto sfavorevole. Chiara è la *ratio* posta a fondamento della disciplina, tesa a dare attuazione al princi-

pio del contraddittorio in senso oggettivo -*per* la prova- e soggettivo -il diritto dell'imputato di interrogare o far interrogare chi muove accuse a suo carico- ben sancito dall'identica formula adottata a livello di enunciati normativi espressi (di rango sia costituzionale che ordinario) per cui **«la colpevolezza dell'imputato non può essere provata** sulla base di dichiarazioni rese da chi, **per libera scelta**, si è sempre volontariamente sottratto all'esame [nel testo costituzionale: interrogatorio, art. 111, 4° co., Cost.] da parte dell'imputato o del suo difensore» (art. 526, 1° co. *bis*, c.p.p.). In presenza di chi liberamente [*id est*: arbitrariamente] si sottrae all'esame dell'imputato, la duplice previsione normativa esclude che sulla base di dichiarazioni assunte in assenza di contraddittorio possa essere formulato un giudizio di colpevolezza, non già di innocenza. E del resto, **la rinuncia al metodo dialettico richiede sempre il consenso dell'imputato che deve ritenersi implicitamente manifestato in caso di dichiarazioni liberatorie.**

Nella vicenda processuale che ci occupa, invece, i verbali predibattimentali favorevoli di cui la Corte d'assise d'appello aveva preso visione sono rimasti sostanzialmente improduttivi d'effetti; non è dato conoscerne il perché, in quanto il silenzio è di per se equivoco; verosimilmente, però, a causa della mancanza di una esplicita manifestazione di consenso da parte dei fratelli Luongo e/o di un espresso accordo fra le parti *ex* art. 500, 7° co., c.p.p. Se così è, allora l'implicita conclusione della Corte territoriale deve essere stigmatizzata senza mezzi termini e va contrastata con fermezza, rimarcando che il riferimento all'*accordo* implica, ancora una volta, la volontà dell'imputato di far trasmigrare nel processo quanto acquisito in altra sede dal solo p.m. Il consenso del p.m. necessario, sul versante opposto, ai fini della acquisizione delle precedenti dichiarazioni è *in re ipsa*, e risiede nella circostanza che si tratta di dichiarazioni ricevute unilateralmente dallo stesso rappresentante della pubblica accusa, obbligata ad acquisire ogni elemento investigativo, anche e soprattutto se favorevole alla persona sottoposta alle indagini o imputata, non essendo portatore di

un interesse personale bensì pubblico all'accertamento della verità, con il solo limite -ad esempio- di dichiarazioni assunte in esito ad investigazioni difensive per le quali certamente sarebbe necessario il consenso del p.m.

7.- A sostegno della validità dell'approccio difensivo qui propugnato nei sensi dell'illegittima estromissione delle dichiarazioni liberatorie del Somma militano anche altre non secondarie ragioni.

In primo luogo, strettamente collegata alle precedenti argomentazioni, deve ritenersi questa osservazione: sebbene l'inutilizzabilità si concreti in una generale regola di esclusione probatoria volta ad estromettere dalla piattaforma decisoria prove acquisite in violazione della legge (artt. 191 c.p.p.), nulla esclude che essa possa diversamente atteggiarsi sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo. Seguendo la opzione sistematica avviata dalle Sezioni Unite, 21 giugno 2000, ric. Tammaro, ad una inutilizzabilità c.d. patologica -che colpisce prove acquisite *contra legem*- si affianca una inutilizzabilità c.d. fisiologica, collegata all'illegittimo inserimento nei *materialia indicii* di risultati probatori acquisiti *aliunde* ovvero in assenza di contraddittorio *ex* art. 526, 1° co., c.p.p. Quest'ultima tipologia di inutilizzabilità è funzionale ai peculiari connotati del processo accusatorio, in forza dei quali il giudice non può utilizzare, ai fini della deliberazione, prove, pure assunte *secundum legem*, ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'art. 526 c.p.p., con i correlativi divieti di lettura di cui all'art. 514 c.p.p. In tal caso, il vizio-sanzione dell'atto probatorio può essere neutralizzato dalla scelta negoziale delle parti, di tipo abdicativo, che fa assurgere a dignità di prova gli atti di indagine compiuti senza le forme del contraddittorio dibattimentale, così paralizzando l'operatività dell'ordinario regime di impermeabilità della fase dibattimentale agli elementi di prova raccolti nella fase procedimentale delle indagini preliminari. Inoltre, nulla esclude che l'effetto neutralizzante della sanzione possa essere soggettivamente orientato ovvero spendere i

propri effetti esclusivamente nei confronti di alcuni soggetti e non di altri. I casi di inutilizzabilità c.d. soggettivamente orientata sono disparati e si evincono agevolmente dal sistema, tutti risultando accomunati da una medesima ragione di fondo: il diritto al contraddittorio dibattimentale *in favore* di chi non abbia preso parte all'assunzione dell'atto, a garanzia del fondamentale diritto di difesa. L'inutilizzabilità che ne deriva, pertanto, è meccanismo certamente posto a presidio dell'imputato ogni qual volta si tratti di elementi acquisiti *inaudita altera parte*, con il solo più recente limite costituito dalle formali modalità di esecuzione e verbalizzazione delle dichiarazioni assunte in sede di indagini difensive *ex art. 391 bis*, 6° co., c.p.p. Difatti: mentre il mancato rispetto delle formalità ivi indicate è espressamente sanzionato con l'inutilizzabilità processuale dei rispettivi risultati, di contro nessun ostacolo può esservi alla valutazione di materiale acquisito dallo stesso rappresentante della pubblica accusa che abbia efficacia scagionante, ricorrendo in questo caso sia un implicito consenso fra le parti (quella pubblica che ha partecipato alla formazione dell'atto e quella privata, interessata alla sua valutazione) sia i poteri di iniziativa d'ufficio del Giudice, anche nei limiti dell'art. 507 c.p.p.

In questo senso è orientata la giurisprudenza di legittimità più recente, per cui «***l'istituto della inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p. è posto a garanzia delle posizioni difensive e colpisce le prove illegittimamente acquisite contro divieti di legge, quindi in danno del giudicabile, vale a dire come prove a carico. Tale istituto, pertanto, in tutte le sue articolazioni (una delle quali è rappresentata dall'ipotesi prevista dall'art. 195 co. 1 c.p.p.) non può essere applicato per ignorare un elemento di giudizio favorevole alla difesa che, invece, deve essere considerato e discusso secondo i canoni logico razionali propri alla funzione giurisdizionale***» ⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Sez. I, 26 novembre 1996, Usai, in *Cass. Pen.*, 1998, 2420; e, più recentemente, Sez. V, 25 giugno 2001, Graziano, in *Mass. Uff.*, n. 219.705.

8.- Una conclusiva argomentazione, essenzialmente logica, è costituita dalla efficacia della *prova nuova* ai fini di una eventuale revisione della pronuncia di condanna.

Se non è ammessa revisione in presenza di *prova nuova* assunta in violazione della legge (si pensi ad una testimonianza estorta con violenza o minaccia), l' inutilizzabilità fisiologica che, in diversa ipotesi, abbia impedito la valutazione della prova liberatoria nel processo poi concluso con sentenza irrevocabile di condanna, è certamente ininfluyente. Vuol dirsi: le dichiarazioni predibattimentali del Somma costituiscono *prova nuova* certamente spendibile a fondamento di una successiva richiesta di rimozione del giudicato di condanna cui il Luongo dovesse andare incontro.

Ragioni intuitive, anche di economia processuale, oltre che di razionalità e di garanzia nei confronti dell'imputato, inducono ad affermare che all'errore giudiziario possa, anzi debba, porsi riparo anche prima (in funzione di prevenzione del rischio) e non soltanto dopo (in funzione riparatoria dell'evento dannoso già verificato). In buona sostanza, la Corte d'assise d'appello dinanzi alla stasi processuale provocata dal silenzio dibattimentale del collaboratore di giustizia, ha semplicemente *tirato dritto*, disinteressandosi completamente di quello che è il fine ultimo del processo penale che, sebbene processo di parti, resta sempre volto all'accertamento della verità (processuale) più prossima al reale accadimento dei fatti. Si pensi, del resto, alla sensibilità già manifestata dalla Corte costituzionale, da un lato, verso rimedi all'errore giudiziario in cui fosse incorsa la stessa Corte di legittimità ⁽⁵⁾; dall'altro, alla giurisprudenza costituzionale e di legittimità maturata sulla portata precettiva dell'art. 507 c.p.p. In particolare, «*altro è assicurare la pienezza e lealtà del contraddittorio delle parti, altro è inferirne che un tale regime abbia anche un effetto preclusivo dell'introduzione ad iniziativa del giudice delle prove necessarie all'accertamento dei fatti, rispetto alle quali le parti siano rimaste inerti o dalle quali siano decadute. Che l'assunzione del metodo dialettico **non precluda** al giudice gli interventi necessari ad acclarare la vicenda ipotizzata nell'imputazione lo si desume, innanzitutto, dal principio che collega l'assunzione delle prove non disciplinate dalla legge alla loro idoneità "ad assicu-*

rare l'accertamento dei fatti" (art. 189) e dall'enunciazione generale sull'ammissione delle prove d'ufficio nei casi stabiliti dalla legge che, non a caso, segue immediatamente quella sul riconoscimento del diritto delle parti alla prova (art. 190, 2° co., c.p.p.); e, quanto alla fase dibattimentale, dal potere del giudice di disporre d'ufficio perizie senz'altro presupposto che non sia quello della loro rilevanza (art. 508, 1° co.); dalle ipotesi in cui alle acquisizioni dibattimentali tramite lettura di atti si può procedere ex officio (artt. 511, 511 bis); dal potere riconosciuto al giudice d'appello (art. 603, 3° co.) di procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale quando la ritenga "assolutamente necessaria", disponendo all'uopo anche le prove che, benché conosciute, non erano state assunte in primo grado»⁽⁶⁾.

Nel che ulteriore indice rivelatore dell'errore di metodo, davvero imperdonabile, che affetta negativamente la sentenza impugnata.

II

Inosservanza di norme procedurali prescritte a pena di inutilizzabilità e mancata assunzione di prova decisiva

(artt. 526/1 c.p.p. in riferimento all'art. 606/1 lett. b e d c.p.p.)

1.- Le prevalenti censure difensive si erano concentrate sulle modalità attraverso le quali il Quagliarello era pervenuto in fase d'indagini alla informale individuazione dei due fratelli Luongo quali esecutori materiali del duplice omicidio. Circostanza *trasmigrata* nel processo attraverso lo strumento della testimonianza resa dallo stesso Quagliarello.

Le affermazioni della Corte di merito volte a giustificare la legittimità sia della ordinanza dell'11 maggio 2004 di rigetto dell'eccezione di inutilizzabilità degli atti di individuazione di persona effettuata dal teste, sia di quella successiva del 14 gennaio 2005 di rigetto della richiesta di eseguire ricognizione personale degli imputati, previa riapertura dell'istruttoria di primo grado, non possono essere condivise.

⁽⁵⁾ Corte cost., sent. n. 395 del 2000.

⁽⁶⁾ Corte cost., sent. n. 111 del 1993; della medesima *ratio*, Sez. Un., 6 novembre 1992, Martin, in *Giur. it.*, 1994, II, 18.

Non può non tenersi conto che la responsabile difesa aveva bensì eccepito l' inutilizzabilità dell'atto investigativo permeato al dibattimento mediante il contributo testimoniale del Quagliariello; ma aveva anche sollecitato di procedersi a nuova ricognizione formale *ex art. 213 c.p.p.* posto che le circostanze che avevano condotto in fase di indagini alla identificazione di Luigi e Salvatore Luongo da parte del Quagliariello erano state quanto meno singolari. Ne ha dato atto, del resto, la stessa Corte partenopea impegnata in maniera parimenti singolare a ripercorrere “*in maniera analitica l'iter attraverso il quale ad esso si pervenne*” (pag. 10 sent. impugn.), ma al solo fine di valorizzarne l'attendibilità dinanzi alle ripetute doglianze difensive. Naturalmente, ove alla individuazione si fosse pervenuti regolarmente nelle forme indicate dall'art. 361 c.p.p., alcuna anomalia si sarebbe registrata e la difesa nulla avrebbe avuto da eccepire, posta la finalità investigativa dell'atto. Le inedite modalità acquisitive di esso avrebbero potuto essere superate dalla serena e rinnovata ricognizione dibattimentale degli imputati da parte dell'unico teste d'accusa, come la difesa aveva inutilmente invocato previa riapertura dell'istruttoria. Nella vicenda concreta, invece, è accaduto che -sebbene non siano stati acquisiti formalmente i verbali delle dichiarazioni rese dinanzi agli inquirenti- il teste (al pari di ogni soggetto di P.G. operante, in occasione della rispettiva escussione) si è limitato a rendere testimonianza *su quanto accaduto* in fase d'indagine. Vale a dire che il fatto storico oggetto di testimonianza non è consistito nella affermazione secondo cui gli esecutori materiali del duplice omicidio dovevano riconoscersi negli imputati presenti mediante un chiaro ed inequivocabile riconoscimento in aula, bensì nel **fatto storico investigativo dell' avvenuta e passata individuazione**. Contraddittorio *sulla* prova precostituita, dunque; non già elaborazione dibattimentale della prova in pienezza di contraddittorio. La profonda diversità intercorrente tra individuazione e ricognizione di persona disciplinata dall'art. 371 c.p.p. risulta palese. A differenza dell'atto investigativo, non garantito dalla presenza del difensore ovvero dal diritto ad essere previamente avvi-

sato del suo svolgimento, la ricognizione formale compiuta *ex art.* 213 c.p.p. attua i principi cardine del processo accusatorio: contraddittorio per la prova, oralità e immediatezza, nel senso che il Giudice dinanzi al quale la prova si forma è il medesimo Giudice persona fisica chiamato alla valutazione del suo valore dimostrativo, di cui coglie -partecipandovi direttamente- ogni sfumatura, ogni inflessione, ogni incertezza. Una cosa è procedere all'assunzione diretta della prova in modo asettico; tutt' altro è rimeditare su un atto già formato ignorandone la geneesi ed il contesto ambientale.

La differenza sostanziale fra ricognizione formale ed individuazione di persona è nota: da un lato, pesa la diversa collocazione sistematica dei due istituti -prova la prima e mezzo di ricerca della prova la seconda; dall'altro lato, e non a caso, diverse sono le finalità dei due atti chiaramente poste in luce dalla Corte costituzionale con sentenza n. 265 del 1991. Nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 364 c.p.p. nella parte in cui non prevede che la disciplina ivi prevista si applichi anche alla individuazione cui debba partecipare la persona sottoposta alle indagini, la Consulta ha affermato a chiare lettere di rinnovata attualità che *«in un sistema nel quale la prova si forma in dibattimento... gli atti compiuti dal pubblico ministero hanno una funzione esclusivamente endoprocedurale»*; ciò posto *«neanche la presenza della difesa incide sul valore degli atti compiuti dal pubblico ministero, rendendoli in qualche modo equivalenti, sotto il profilo probatorio, a quelli compiuti dal giudice, proprio perché la legge-delega ha chiaramente fissato il principio secondo cui **la prova si forma in dibattimento**... Se quindi l'individuazione è in sostanza un puro atto d'indagine finalizzato ad orientare l'investigazione, ma non ad ottenere la "prova", non può dirsi violato né il diritto di difesa dell'indagato, né il principio di parità delle parti, ben potendo il legislatore graduare l'assistenza difensiva in funzione del rilievo conferito all'atto che, si ripete, esaurisce i suoi effetti all'interno della fase in cui viene compiuto»*.

2.- L'atto di individuazione, privo di garanzie difensive, non può essere finalizzato

ad ottenere la prova né ad assicurare la fonte di prova da utilizzare, eventualmente, nell'istruttoria dibattimentale o in sede di incidente probatorio attraverso il corrispondente meccanismo della ricognizione. Secondo autorevole dottrina, «l'avvenuta individuazione davanti al p.m. verrebbe sicuramente a compromettere l'attendibilità di un possibile riconoscimento davanti al giudice» ⁽⁷⁾. Ed è per tali ragioni, come lo stesso codice tende a precisare, che l'individuazione è esperibile solo nei casi in cui si rilevi necessaria per l'immediata prosecuzione delle indagini (art. 361, 1° co., c.p.p.). Le finalità investigative, invero, dovrebbero sorreggere in maniera esclusiva il compimento dell'atto che non dovrebbe essere mai direttamente proiettato nel processo se non mediante il regime delle contestazioni *ex art. 500 c.p.p.*

La delicatezza che avvolge il particolare rapporto tra l'individuazione ed il mezzo di prova denominato ricognizione, esige per la prima una destinazione limitata alle strette necessità investigative, al fine di evitare che il compimento delle attività di individuazione stesse venisse ad incidere negativamente su un risultato di una successiva ricognizione. Peraltro, se gli atti di individuazione, *«consumato l'effetto psicologico, possono svuotare l'eventuale messinscena allestita poi»* ⁽⁸⁾ sarebbe opportuno che il p.m. procedente non consumasse, per ottenere una rapida indicazione dell'identità di una persona, la possibilità di acquisire ciò che solo può costituire il mezzo di prova poi valutabile dal giudice: e cioè, il risultato dell'atto ricognitivo *ex art. 213 c.p.p.*

Detto altrimenti: l'individuazione produce normalmente l'effetto di indebolire l'attendibilità una successiva ricognizione, essendo più facile che il ricognitore attinga ai dati mnemonici risalenti al momento dell'individuazione. In altre parole, si ha la preminenza e l'effetto di un ricordo congelato per il quale il soggetto può non riuscire a distinguere i messaggi corrispondenti alla realtà percepita al momento del fatto da quelli riferiti alle autorità investigative: le percezioni in corso possono sovrappor-

⁽⁷⁾ CORDERO, *Procedura penale*, 5° ed., Milano, 2000, pag. 718 segg.

⁽⁸⁾ CORDERO, *loc. cit.*

si alle percezioni originarie, provocando errori nel riconoscimento. Ecco la ragione per cui si suole ripetere che l'anticipazione di una informale individuazione potrebbe essere strumentale alla vanificazione di una attendibile ricognizione formale.

La reiterazione del riconoscimento, sebbene non incida sulla perfezione dell'atto, "investe il piano dell'attendibilità probatoria". L'atto reiterato, infatti, pur essendo valido ed utilizzabile, potrebbe offrire un risultato conoscitivo la cui persuasività, sotto il profilo valutativo, potrebbe essere più affievolita di quanto potrebbe esserlo, invece, un riconoscimento effettuato per la prima volta. Il giudice, in questi casi, è sempre tenuto a valutare con rigore il grado di idoneità probatoria dell'atto, così come espressamente previsto dall'art. 189 c.p.p. in relazione all'attendibilità delle prove atipiche: la *ratio* di tale norma è proprio quella di un superamento della tassatività dei mezzi di prova attraverso la predisposizione di limiti di chiusura idonei a consentire l'adattamento automatico dei mezzi di prova a determinate situazioni concrete.

Sulla scorta di una simile consapevolezza, l'evoluzione giurisprudenziale è arrivata ad imporre un orientamento secondo il quale «*l'avvenuta individuazione di persona, operata in sede di indagini, non preclude, anzi, rende di norma necessaria una successiva ricognizione nella sede dibattimentale*» ⁽⁹⁾ finalizzata a convalidare, con tutte le formalità e le garanzie di una valenza probatoria, i dati acquisiti nel precedente atto. E del resto, «*tra gli atti di individuazione e la ricognizione di cui all'art. 213 c.p.p., non sussiste alcun rapporto di alternatività, sicché l'individuazione è sempre ripetibile attraverso la ricognizione, quale mezzo di prova legislativamente disciplinato*» ⁽¹⁰⁾.

3.- Nel caso che ci occupa, non soltanto non si è provveduto ad una nuova ricognizione formale, ma -nonostante la mancata acquisizione del verbale predibattimentale di individuazione- l'episodio (con tutti i dubbi che su di esso si annidano) è trasmi-

⁽⁹⁾ Sez. I, 18 febbraio 1994, Goddi, in *Giust. Pen.*, 1995, III, 144.

⁽¹⁰⁾ Sez. II, 11 marzo 2003, Pezzurro, in *Mass. Uff.*, n. 224.644.

grato in dibattimento mediante la testimonianza del Quagliariello.

In definitiva, è stata resa una testimonianza -in parte- sul fatto investigativo, ovvero sulla sua progressiva formazione, ripercorrendone analiticamente l'*iter*. A ben vedere: se il verbale della individuazione personale non è acquisibile, avendo esclusivamente finalità endoprocessuale, regola generale di inutilizzabilità che investe tutti gli atti svolti nel corso delle indagini preliminari fatta eccezione per quelli irripetibili, correlativamente è (e deve essere dichiarata) inutilizzabile anche la testimonianza avente a oggetto l'atto, volta ad introdurne surrettiziamente il contenuto. L'ovvia conclusione risponde alla medesima *ratio* posta a fondamento del divieto di testimonianza indiretta di ufficiali ed agenti di P.G. nella nuova formulazione dell'art. 195 c.p.p. come modificato dalla Legge n. 63 del 2001. Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, 2° co., lett. *a* e *b*, c.p.p. Si tratta, com'è noto, di dichiarazioni ricevute relativamente alle quali sussiste obbligo di formale verbalizzazione. È intuitivo che la violazione a monte dell'obbligo di verbalizzare non può produrre effetto neutralizzante del divieto di testimoniare sul contenuto del corrispondente ed imperfetto atto investigativo.

Ne deriva, evidentemente, che il divieto di testimonianza indiretta rileva sia in caso di dichiarazioni ricevute e regolarmente verbalizzate sia in caso di omessa verbalizzazione. Allo stesso modo, in dibattimento il teste non è (e non deve essere) chiamato a deporre su quanto riferito al p.m. o al p.g. (cioè: sul contenuto del verbale di s.i.t. o, in ipotesi, di individuazione), posto che di tanto il Giudice può aver notizia solo ed esclusivamente nella misura in cui occorra procedere a contestazioni *ex art.* 500 c.p.p. Ma si pensi, in una più ampia prospettiva di sistema, anche al contenuto di intercettazioni telefoniche ed ambientali. Il cui ingresso in dibattimento è lecito per esclusivo tramite dei verbali di trascrizione. Potenzialmente, non vi sarebbe atto delle indagini che non possa giungere al dibattimento mediante la prova testimoniale. Il

che, tuttavia, sarebbe inaccettabile.

Ne deriva che quella parte del racconto reso dal Quagliarello circa il tormentato riconoscimento investigativo e le modalità attraverso le quali il riconoscimento era avvenuto non avrebbe potuto (e non doveva) essere utilizzato. Diversamente operando, non vi sarebbe più distinzione alcuna fra individuazione di persone e ricognizione formale. Allo stesso modo, gli atti delle indagini preliminari rischierebbero di migrare surrettiziamente verso il dibattimento con lo strumento assai comodo -ma studiato a tutt'altri fini- della testimonianza autoreferenziale di chi all'atto abbia preso parte. Soluzione evidentemente non consentita, proprio perché non in linea con lo spirito del processo accusatorio in generale e disarmonica rispetto alle opzioni di fondo del *giusto processo* penale in particolare.

Sia chiaro: che il contenuto della deposizione abbia avuto come parziale oggetto quanto accaduto negli uffici della Questura è affermazione che non teme smentita. Il riferimento va non soltanto alla dichiarazione resa dal Quagliarello bensì anche a quelle uniformi rese dai testi Procacci ed Agricola (cfr. pagg. 11 segg. sent. impugn.) escussi nella loro veste di operanti di P.G. ⁽¹¹⁾ Il Quagliarello, condotto presso gli Uffici della Questura, inizialmente si era limitato ad offrire una descrizione dei *killers* senza fornire agli inquirenti alcun nominativo. Peraltro, nel corso della sua prima permanenza presso gli Uffici amministrativi si era imbattuto «casualmente» nei due fratelli Luongo e nel Somma. Ciò nonostante nulla aveva riferito, dichiarando solo più tardi, nel pomeriggio, che gli individui incontrati nella mattinata erano gli autori del duplice omicidio. Alla tardiva dichiarazione seguiva poi una formale individuazione di persone la cui genuinità era stata evidentemente contaminata dal precedente ancorché casuale incontro. Non può negarsi, invero, la suggestione determinata dalla

⁽¹¹⁾ Il dott. Agricola “*ha precisato che **inizialmente** il Quagliarello riferiva la dinamica dell’ accaduto ma nulla diceva quanto agli autori dello stesso e che solo **successivamente, dopo essersi allontanato, telefonava in Questura e, ritornato, riferiva che sarebbe stato in grado di riconoscere i killer***” (pag. 9 sent. assise).

circostanza che nella stessa mattinata dell'omicidio la scampata vittima aveva certamente riconosciuto Ciro Somma in compagnia dei due fratelli Luongo; e la partecipazione all'omicidio di Ciro Somma è incontroversa. Nulla esclude, allora, che il tardivo riconoscimento potesse essere dettato dall'aver accomunato i due al terzo, più anziano e certamente riconosciuto nell'immediatezza.

4.- Alla inutilizzabilità delle dichiarazioni accusatorie del Quagliarello *in parte qua* si sovrappone la violazione del diritto degli imputati ad una rinnovazione dell'atto ricognitivo, da eseguirsi nelle forme garantite di cui all'art. 213 c.p.p. Al fine, altresì, di cercare di risolvere le molteplici discrasie emergenti fra la deposizione dibattimentale e quella resa in fase preliminare. Emblematico è quanto riferito a proposito di Salvatore Luongo: “**mi sembra** che ritragga un ragazzo che aveva accompagnato la persona ritratta nella foto n. 4 [Somma] la prima volta che questi è venuto in pescheria” per poi aggiungere: “**anzi riflettendoci sopra**, la foto **mi sembra** che ritragga l'altro killer che ha compiuto il raid... Rappresento che **per essere sicuro del riconoscimento preferirei vedere di persona costui**” (pag. 16 sent. impugn.).

III

Illogicità della ricostruzione in fatto e

mancata elaborazione e valutazione della prova tecnica

(art. 192/1 e 2, 546/1 lett. e c.p.p. in rif. all'art. 606/1 lett. e, c.p.p.)

1.- Intrinsecamente, la versione resa dal Quagliarello -persona offesa ed unico teste d'accusa- non può andare esente da critiche anche sotto altro profilo, strettamente attinente alle modalità attraverso le quali il teste aveva riferito di aver visto in faccia i suoi aggressori.

La drammatica e rapida successione della dinamica omicidiaria aveva spinto il Quagliarello a rifugiarsi presso il piano sopraelevato della pescheria, da una posizione in cui evidentemente l'individuazione del *killer* rimasto al piano inferiore (secondo l'

accusa: Salvatore Luongo) non poteva considerarsi possibile.

Dalla documentazione fotografica acquisita in atti nonché dai rilievi video-fono-segnalatori degli operanti della Polizia scientifica intervenuti sul luogo, nell'immediatezza del fatto, la pescheria che fu teatro del delitto è strutturata su due piani. Il piano superiore, adibito ad ufficio, è soppalcato a circa 2 metri d'altezza, e collegato al pian terreno da una scalinata posta sulla destra del vano composta di ben 14 gradini ⁽¹²⁾. Il soppalco è di piccole dimensioni ed è protetto da una porta di alluminio anodizzato con pannello di vetro blindato. A differenza delle due vittime, che rimasero al piano inferiore, appena comprese le intenzioni dei due uomini che, armati, avevano fatto ingresso nel locale commerciale, il Quagliariello ebbe la prontezza di rifugiarsi correndo presso il piano superiore chiudendo la porta alle sue spalle. Inseguito esclusivamente da uno dei due *killer*, che esplodeva nella sua direzione più colpi invano, grazie alla protezione del vetro blindato.

Come da quella posizione la vittima designata abbia potuto riconoscere l'aggressore rimasto al piano inferiore è ben difficile da comprendere; ed è tema che avrebbe dovuto essere approfondito ben altrimenti. Di contro, le accorate affermazioni difensive, pur documentate nella consulenza, sono rimaste disattese, non solo senza la confutazione attraverso la prova scientifica peritale ma addirittura senza spendere una parola in motivazione.

Perplessità ben maggiori rispetto all'individuazione ai danni di Luigi Luongo -che secondo il teste l'avrebbe seguito al piano superiore- si annidano pertanto su quella ai danni di Salvatore Luongo. Non a caso il riconoscimento di quest'ultimo era stato sempre espresso in formula dubitativa. E tanto anche in sede di ricognizione foto-

⁽¹²⁾ Dati ricostruttivi tempestivamente e ritualmente portati a conoscenza dei giudicanti in quanto puntualmente evidenziati nella consulenza tecnica di parte a firma arch. Margiotta, ma totalmente obliterati in sentenza *tamquam non essent*. Eppure si tratta di una prova scientifica rilevante e pertinente, non foss'altro che nella liberatoria prospettiva secondo cui –stante il ben noto principio della impenetrabilità dei corpi– appare impossibile per chi sta sopra un solaio avere percezione diretta di quanto accade al di sotto.

grafica (cfr. pag. 16 sent. impugn.).

Anche il particolare fisionomico del volto -un neo sullo zigomo- di cui il Giudice del merito avrebbe constatato l'esistenza, avrebbe già dovuto risultare privo di pregio se fossero stati valutati con maggiore attenzione alcuni dati, tipicamente in fatto. In primo luogo, la circostanza incontrovertibile che i *killers* indossavano un copricapo; secondariamente, è dato incontrovertibile che il Quagliariello aveva avuto modo di vedere Salvatore Luongo sicuramente già almeno due volte, e cioè in compagnia del Somma in una prima occasione, intorno al 9 gennaio 2003, allorquando i due si erano recati presso la pescheria e poi, soprattutto, nel corso del casuale incontro avvenuto presso gli Uffici della Questura. Non di meno, il riconoscimento del più giovane dei due fratelli, Salvatore, era stato collegato dal teste con certezza non già all'episodio omicidiario bensì ad un precedente episodio, coincidente con la venuta presso la pescheria accompagnando il Somma. Una palese trasposizione per induzione logica, verrebbe da dire.

2.- Ancora, in chiave liberatoria, altra valenza avrebbe dovuto assumere la circostanza che sul giubbino del ricorrente Salvatore Luongo erano state rinvenute particelle contenenti bario, calcio e silicio ed altre indicative ma non esclusive dello sparo (così a pag. 26 sent. impugn.). Circostanza di poco conto a parere della Corte territoriale, posto che *aliunde* era risultato che Salvatore Luongo “*si trovava in compagnia del fratello Luigi al momento del fatto*” (pag. 27 sent. impugn.). Appare palese l'autoreferenzialità del ragionamento, ed il pregiudizio accusatorio da cui trae origine, ponendosi a presupposto in fatto proprio ciò che avrebbe dovuto essere oggetto d'accertamento.

Alle medesime conclusioni era altresì pervenuta la Corte d'assise di Napoli nella prima sentenza sottolineando come dagli esiti dell'esame *stub* potesse desumersi che solo la presenza di una particella contenente piombo-antimonio e bario sul giubbotto di Luigi Luongo poteva ritenersi esclusiva di arma da fuoco (cfr. pagg. 13 e 15

sent. primo grado).

Anche sotto quest'aspetto, deve censurarsi ulteriormente il *modus operandi* dei Giudici del merito, i quali non si sono curati minimamente degli esiti ragionati cui conduceva, *in parte qua*, la consulenza tecnica di parte a firma prof. arch. Marco Margiotta. Richiesto di valutare gli esiti dell'esame *stub* effettuato sui giubbotti di Luigi e Salvatore Luongo e sulla riconducibilità in termini inequivoci delle particelle complessivamente rinvenute e previa disamina dei risultati dei più attuali studi di settore, l'esperto aveva formulato conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle sulle quali si è poi attestata la Corte territoriale partenopea di secondo grado. Aveva spiegato il consulente, in modo convincente e persuasivo, come e perché *“il rinvenimento di una sola particella tri-componente contenente Pb-Sb-Ba «sulla parte destra del giubbotto sequestrato a Luongo Luigi»... lascia presumere che la sua presenza sia imputabile ad un inquinamento fortuito estraneo ai fatti di cui si discute”* (pag. 39 Consulenza a firma arch. Margiotta), giungendo a tale affermazione dopo aver preso in considerazione e valutato attentamente sia la conformazione dei luoghi, sia la traiettoria della maggior parte dei colpi esplosi (dall'alto della scala verso il basso) ed il limitato spazio compreso fra il rampante e l'area immediatamente contigua.

In particolare: *“è evidente che la rapidissima successione di un così rilevante numero di spari abbia determinato una densa nube di residui tale da saturare il limitato volume in cui essa è avvenuta... Tenuto conto, inoltre, che la deposizione dei predetti GRS è sensibilmente influenzata da campi elettrostatici attivi e che la maggior parte dei tessuti sintetici...[di cui erano costituiti gli indumenti dei due imputati sottoposti ad esame] risulta estremamente improbabile che un tessuto di tale natura non si impregni di residui qualora esso si trovi in uno spazio in cui vi sia elevata densità di residui da sparo... Avvalora quanto esposto il fatto che il campo elettrostatico indotto da un tessuto elettrizzato tende ad attrarre i GSR presenti al suo intorno e mantenere aderenti ad esso quelli che vi si sono depositati. Per i motivi testè esposti, quindi, chi scrive ritiene che la presenza dell'unico GRS significativo debba essere attribuita ad altra causale accidentale”* (pag. 40 Consulenza a firma

arch. Margiotta).

L'analicità dell'esame e delle conclusioni certamente rapportate alle specificità del caso sottoposto non giustificano allora il diverso convincimento espresso dai Giudici del merito, deliberato direttamente senza previa confutazione tecnico-scientifica. E così, mentre la sentenza di primo grado aveva addirittura appellato in modo dispregiativo il consulente di parte come meno esperto rispetto al giudicante, in virtù della lunga esperienza maturata negli anni (cfr. pag. 16 sent. primo grado) così la Corte d'assise d'appello ha ritenuto che le argomentazioni svolte nella relazione del consulente circa un'ipotesi di inquinamento ambientale erano *“state sviluppate solamente sul piano teorico ed astratto senza alcun riferimento a fatti e circostanze che autorizzassero la formulazione di tale ipotesi”* (pag. 27 sent. impugn.). A fronte di una tale presa di distanza dalle conclusioni di parte (sul crinale del travisamento della prova), invero, la Corte d'assise d'appello partenopea avrebbe dovuto al limite optare verso il conferimento di un incarico peritale che giungesse a confutare le precedenti conclusioni, essendo precluso al giudicante di disattendere arbitrariamente il contributo scientifico di parte, postulando valutazioni personali in materie in cui è invece richiesta una specifica competenza e conoscenza. Ed invero, sebbene il giudice possa ritenere superflua la perizia quando pensi di poter giungere alle medesime conclusioni di certezza sulla base di altre e diverse prove, viceversa, non gli è consentito di rinunciare all'apporto del perito per avvalersi direttamente di proprie, personali, specifiche competenze scientifiche, tecniche ed artistiche ⁽¹³⁾: in presenza di pareri tecnici discordanti al giudice non è consentito arbitrariamente optare per l'una o l'altra conclusione se non dando esplicitazione delle ragioni a fondamento della scelta, dimostrative dell'essersi soffermato -anche- sulla tesi che ha creduto di non dover seguire ⁽¹⁴⁾. Più in generale, la plausibilità di una rinuncia ad un contributo tecnico d'ufficio o di parte sconta la congruità e profondità del ragionamento che sottende la decisione. In particolare, se è vero che in riferimento all' ap-

⁽¹³⁾ Per tutte, esemplarmente, Sez. V, 15 giugno 1999, Larini ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 214.295.

⁽¹⁴⁾ Sez. IV, 27 ottobre 2004, Botto, in *Guida Dir.*, 2005, n. 6, 92.

prezzamento tecnico il *index peritus peritorum* è libero nella sua discrezionalità di recepirne o meno le conclusioni, è pur sempre necessario nell'uno come nell'altro caso che egli «fornisca adeguata motivazione; e analoga libertà di apprezzamento sussiste nel caso che il giudicante debba decidere avendo a disposizione elaborati tecnici di segno diverso: in altri termini, il giudice di merito, in sede di valutazione delle risultanze offertegli da elaborati tecnici, può fare propria l'una piuttosto che l'altra delle tesi propostegli, purché dia congrua ragione della scelta e dimostri di essersi soffermato sulla tesi che ha creduto di non dover seguire» ⁽¹⁵⁾. Obbligo di motivazione, dunque, al quale non pare abbiano adempiuto né la Corte d'appello né la Corte d'assise, con ovvie conseguenze a trarne.

Anche in tal senso, peraltro, non può non convenirsi che ad essere pregiudicato dall'assenza di un contributo tecnico specifico è il fine ultimo cui tende il processo penale, l'accertamento della verità, fine che sconta la genuinità del metodo attraverso il quale è condotto.

IV

Violazione di legge e vizio di motivazione quanto all'aggravante speciale ed al trattamento sanzionatorio

(artt. 62 *bis* e 133 c.p. e 7 Legge n. 203 del 1991 in rif. all'art. 606/1 lett. *b* ed *e* c.p.p.)

1.- Il riconoscimento della aggravante speciale di cui all'art. 7 Legge n. 203 del 1991 è stato desunto essenzialmente dal contenuto di intercettazioni telefoniche che, valutate nella loro oggettività, per ammissione stessa della Corte d'assise d'appello, nulla avevano a che vedere con il grave fatto di sangue (cfr. pag. 29 sent. impugn.). Posto che gli esiti dell'attività di captazione erano stati temporalmente circoscritti al periodo precedente il delitto, segnatamente si erano concluse all'incirca un mese prima del verificarsi dei fatti, il 14 gennaio 2003, il notevole lasso di tempo trascorso oltre che il contenuto e l'identità degli interlocutori (che in ogni caso non avevano mai visto direttamente coinvolto Salvatore Luongo), avrebbe dovuto condurre la Corte territoriale a respingere la tentazione di qualsivoglia semplificazione probato-

⁽¹⁵⁾ Sez. IV, 9 dicembre 2003, Velletri, in *Guida Dir.*, 2004, n. 26, 77.

ria e automatismo.

Peraltro, proprio con riferimento a Salvatore Luongo, avevano pesato le dichiarazioni del Fiani secondo il quale il Reale -cui Gennaro Rinaldi si era rivolto per averne disponibilità- aveva rifiutato l'appoggio proprio e quello del proprio *entourage* per il compimento del delitto. Di qui, inoltre, la successiva affermazione per cui la circostanza che i Luongo fossero stati tratti in arresto “*era colpa loro*”, sicché il *clan* di riferimento si sottraeva ad ogni responsabilità ed aggravio, ivi compreso quello concernente l'opportunità di provvedere alle spese legali che i due avrebbero dovuto sostenere. Non solo. Occorre considerare altresì che non emerge nemmeno dal tenore del capo di imputazione la riconducibilità del mandato omicidiario al Reale ovvero al Rinaldi stesso né tantomeno è stata accertato l'inserimento dei Luongo nell'una o l'altra congrega.

2.- Le richieste in tema di dosimetria della pena e diniego delle attenuanti generiche sono state disattese dal giudice di secondo grado sul presupposto della “*particolare gravità del fatto, l'efferatezza delle modalità di esecuzione, l'intensità del dolo desumibile dalla fredda e preordinata determinazione dimostrata dagli imputati nel portare a termine l'azione delittuosa, l'elevata pericolosità sociale degli imputati resa evidente dai loro allarmanti procedimenti penali*” (pag. 29 sent. impugn.).

Solo per estremo scrupolo difensivo: le giustificazioni addotte al rigido trattamento sanzionatorio ed alla mancata concessione delle circostanze generiche non possono essere condivise.

L'applicazione delle cosiddette circostanze attenuanti generiche riposa sul prudente apprezzamento del giudice, il quale dovrà logicamente motivarne la concessione o il rifiuto. Allora la valutazione del complessivo trattamento sanzionatorio deve passare attraverso quell'ampio potere discrezionale nell'ambito del quale il giudice deve fare riferimento sia ai criteri generali previsti dall'art. 133 c.p., concernenti le possibili si-

tuazioni influenti sulla pena da applicare in concreto, «*sia ad altri elementi e situazioni di fatto, diversi da quelli legislativamente prefigurati, aventi valore significativo ai fini dell' **adeguamento della pena** alla natura e all'entità del reato nonché **alla personalità del reo***» ⁽¹⁶⁾.

Pertanto, le circostanze attenuanti generiche vanno intese come il riconoscimento di situazioni che non sono enunciate nell'art. 133 c.p. e che incidono sulla valutazione del reato e sul **carattere soggettivo dell'imputato**.

I Giudici dell'appello hanno ritenuto di non dover riconoscere all'imputato le circostanze attenuanti generiche sulla base dell'obiettiva gravità del fatto, determinando in tal modo una palese contraddittorietà logica.

I criteri di massima nell'applicazione delle circostanze attenuanti generiche, cui il giudice deve attenersi, sono quelli indicati dall'art. 133 c.p., che detta appunto le regole generali per l'uso del potere discrezionale del giudice nella determinazione concreta della pena. E poiché l'art. 133 c.p. si riferisce non solo alla gravità del reato, ma anche alla capacità a delinquere, l'art. 62 *bis* c.p. è giustamente definibile come un vasto strumento con cui il giudice può ulteriormente adeguare la pena al caso concreto, anche con particolare riguardo alla personalità del soggetto.

È chiaro che la Corte di merito non ha tenuto conto che la giurisprudenza di legittimità tende a confermare, tramite l'obbligo di motivazione, il dato che in tema di circostanze attenuanti generiche «*il giudice deve dare conto delle precise ragioni e dei criteri utilizzati per concedere o per negare le attenuanti generiche, con l'indicare gli elementi reputati decisivi nella scelta compiuta, pur senza la necessità di dover valutare analiticamente tutte le circostanze rilevanti, in positivo e in negativo*» ⁽¹⁷⁾.

Vero è che il legislatore ha concesso al giudice di applicare la pena discrezionalmente, ma è altrettanto vero che ha imposto allo stesso il dovere di «*indicare i motivi che giustifichino l'uso di tale potere discrezionale*» (art. 132 c.p.), il che significa che la motivazione deve

⁽¹⁶⁾ Sez. I, 30 maggio 2002, Mamone, in *Guida Dir.*, 2002, n. 9, 61.

⁽¹⁷⁾ Sez. I, 13 giugno 2001, Ciofalo ed altri, in *Guida Dir.*, 2001, n. 9, 75; Sez. I, 21 settembre 1999, Guglielmi e altri, in *Mass. Uff.*, n. 214.570.

dare contezza delle ragioni per le quali la sanzione prescelta sia capace di soddisfare le esigenze di commisurazione della pena a fronte anche di emergenze processuali che dimostrino la possibile attenuazione del trattamento sanzionatorio.

Più correttamente, la discrezionalità del giudice è vincolata come ogni forma di discrezionalità che non equivalga all'arbitrio o alla licenza del giudice. Anzitutto, valgono i limiti esterni segnati dai minimi e dai massimi di pena, speciali e generali (artt. 132, 1° co., parte prima, e 132, 2° co., c.p.). In pratica, essendo impossibilitato a fissare in linea generale ed astratta il *quantum* di pena prescritto a tutte le sfumature di valore o di svalore del singolo episodio criminoso, il legislatore ha delegato al giudice il compito di valutare tutti gli aspetti del fatto rilevanti ai fini di un trattamento penale sufficientemente individualizzato. Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena non è però libero ma vincolato ai limiti legislativamente predeterminati. Tali vincoli sono individuati: nel quadro edittale della pena, nella previsione esplicita degli indici di commisurazione della pena di cui all' art. 133 c.p. e soprattutto nell'obbligo di motivazione contemplato dall'art. 132 c.p., l'adempimento del quale serve a garantire un controllo giurisdizionale sull'esercizio dei poteri discrezionali medesimi.

In altre parole, sussistono limiti interni, ricavabili dagli indici di cui all'art. 133 c.p., che debbono ritrovare riscontro nella motivazione *ex art. 132, 1° co., parte seconda, c.p.*, costituzionalmente imposta dall'art. 111, 6° co., Cost. La Corte costituzionale ha sottolineato al riguardo che il potere discrezionale, volto all' individualizzazione della sanzione, «*deve trovare nella legge i suoi limiti e i suoi criteri direttivi*» ⁽¹⁸⁾. L'art. 133 c.p., specificando i profili oggettivi e soggettivi cui il giudice deve far riferimento per determinare la pena nel caso concreto, sostiene ed orienta la discrezionalità giudiziale, fornendo «*un criterio guida senza il quale il potere così riconosciuto al giudice non sarebbe riconducibile al principio di legalità*» ⁽¹⁹⁾. Pertanto la motivazione del giudice non si può arrestare ad una postulazione del tutto generica e pleonastica.

⁽¹⁸⁾ Corte cost. n. 299 del 1992.

⁽¹⁹⁾ Corte cost. n. 299 del 1992.

In particolare, l'art. 133 c.p. solo apparentemente indica criteri di commisurazione della pena capaci di vincolare il potere discrezionale del giudice, in quanto non fornisce indicazioni univoche, poiché fa riferimento a fattori quali la «gravità del reato» e la «capacità a delinquere», che assumono un significato e una rilevanza diversi, a seconda della finalità prevalente che l'interprete assegni alla pena in sede commisurativa. Pertanto la mera indicazione degli indici contenuti nell'art. 133 c.p., non è sufficiente a dare spiegazione dell'esercizio del potere discrezionale del giudice nella determinazione della pena, ma è necessario che, tramite lo strumento della motivazione si articolino, in modo puntuale, le ragioni per le quali si scelga un trattamento sanzionatorio rispetto ad un altro.

3.- Codesta Corte di cassazione a Sezioni Unite ha scolpito bene la natura e la portata dell'obbligo di motivazione e dell'uso del potere discrezionale nella commisurazione della pena: *«è nulla non consentendo il controllo sul corretto uso del potere discrezionale, la sentenza con cui il giudice di merito, nel pronunciarsi... non dia conto degli elementi oggetto della sua valutazione e dei criteri adottati onde prevenire alla conclusione sanzionatoria. Il primo passo ha carattere prevalentemente ricognitivo, in quanto inteso a rilevare gli aspetti significativi emersi nel processo. Il secondo ha carattere essenzialmente comparativo e valutativo perché il giudice deve pervenire alla valutazione unitaria dei dati rilevanti, compiendo la sintesi che esprime il miglior modo possibile **la giustizia del caso concreto**»* ⁽²⁰⁾.

Né può essere trascurato che *«le attenuanti generiche sono previste dal legislatore con riferimento a non preventivabili situazioni che incidono sull'apprezzamento della "quantità" del reato e della capacità di delinquere dell'imputato e sono finalizzate al più congruo adeguamento della pena in concreto. Possono infatti verificarsi casi in cui la fattispecie reale integra il delitto..., per cui va applicata la sanzione prevista dal legislatore, ma la concretezza della vicenda... richiede un intervento correttivo del giudice che renda, di fatto, la pena rispettosa del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e della finalità costituzionalizzata sub art. 27 comma terzo Cost. di cui la "congruità" costituisce elemento*

essenziale» ⁽²¹⁾. Alla luce di ciò il giudice di secondo grado non poteva limitarsi alla enunciazione pura e semplice dei connotati esteriori del fatto, indiscutibilmente premeditato e brutale.

Per questi motivi si chiede l'annullamento della sentenza impugnata.

avv. prof. Alfredo Gaito

⁽²⁰⁾ Sez. Un., 21 aprile 1995, P.M. in proc. Zouine, in *Mass. Uff.*, n. 201.549.

⁽²¹⁾ Sez. VI, 10 aprile 1995, Faletto ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 202.165.