

EDITORIALE

FILIPPO RAFFAELE DINACCI

I tortuosi percorsi della legalità mancata: dalla flessibilizzazione del “tipo” alla libertà delle forme probatorie e all'imprevedibilità della decisione

Il continuo ricorso normativo ed operativo a fattispecie scolorite evidenzia una crisi del principio di “stretta legalità”. La situazione genera ulteriori criticità perché nella pratica si assiste a un'attrazione nel “tipo” penalistico del risultato probatorio affidandosi, così, l'elemento di disvalore ad un fatto giuridico valutato discrezionalmente. Tutto ciò conduce inevitabilmente anche a squilibri delle regole processuali, forieri di un'imprevedibilità delle decisioni.

The tortuous paths of failed legality: from the flexibilisation of the “type” to the freedom of evidentiary forms and the unpredictability of the decision

The continuous normative and operative utilization of faded provisions highlights a crisis of the principle of “strict legality”. The situation generates further criticalities because in practice we are witnessing an attraction of the evidentiary result into the criminal “type”, thus entrusting the element of disvalue to a legal fact discretionally evaluated. All this inevitably leads also to imbalances in the procedural rules, from which an unpredictability of decisions emerges.

SOMMARIO: 1. La crisi della fattispecie come viatico di un giudizio potestativo. 2. Inadeguatezze legislative ed esondazione del formante giurisprudenziale: tra potere e limite. 3. Il valore fondante del principio di legalità. 4. I doveri del legislatore alla luce dei rapporti tra diritto e processo. 5. La legalità quale parametro attributivo dei poteri di indagine, di azione e di giurisdizione. 6. Fattispecie scolorite e riflessi probatori. 7. La c.d. processualizzazione delle fattispecie: dal fatto tipico al fatto probatorio. 8. Una morfologia della pratica che genera imprevedibilità. 9. Conclusioni.

1. *La crisi della fattispecie come viatico di un giudizio potestativo.* L'operatore del diritto vive tempi in cui il prodotto legislativo appare del tutto sganciato da opzioni di sistema e risulta caratterizzato da un'indeterminatezza descrittiva dei sintagmi normativi. La situazione evidenzia una crisi della fattispecie¹. Il rilievo è percepibile in tutta la sua portata se si ha contezza di quanto la nozione di fattispecie “pesi” sulla garanzia di una certezza del diritto attraverso l'ancoraggio del momento interpretativo a uno specifico comando a cui tutti, giudice compreso, devono osservanza². Si tratta di un limite legale al potere dell'autorità che agisce nell'immanente conflitto processuale con l'individuo³;

¹ Per un'analisi di quanto la tassatività e determinatezza del sintagma normativo incida sul modo di decidibilità, si rinvia a FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, 172-175. Sul tema, cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1984, 36-45.

² Per un'analisi storico-filosofica degli obblighi nascenti e delle conseguenze derivanti dalle esperienze normative, v. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, 1967, 21.

³ Sul tema cfr. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 186;

si verte, in altri termini, nel delicato assetto che deve contemperare il diritto punitivo con i diritti dell'individuo.

La situazione è foriera di conseguenze di non poco momento.

L'indebolimento della funzione legislativa, infatti, determina inevitabilmente un'accentuazione della "creatività" giurisprudenziale, dove la molteplicità dei significati contenuti nella regola emerge proprio nel suo "farsi concreta"; l'operazione interpretativa⁴ è sempre suscettibile di molteplici varianti e ciò, ancor di più, quando afferisce ad un testo che esprime in termini generali e astratti una regola giuridica. In tali casi la molteplicità dei significati "contenuti" in quella regola emerge nel momento di applicazione della medesima al fatto concreto che è chiamata a disciplinare⁵; e quando ciò avviene con riferimento al riconoscimento di diritti o a prescrizione di doveri si rischia di disperdere il connotato di oggettività del dato normativo e, con esso, la sua accessibilità e prevedibilità⁶. Sulla base di tale consapevolezza è facilmente intuibile quanto la "crisi della fattispecie" possa incidere ampliando la portata dell'argomentazione giudiziaria⁷ che, in assenza di limiti normativi o in presenza di enunciati "diluuti", tende inevitabilmente ad occupare spazi non consentiti mediante decisioni che nulla hanno a che fare col momento interpretativo⁸. La denunciata patologia operativa, però, non dipende solo da atteggiamenti culturali in cui il giudice pone il suo provvedimento rispetto alla legge non condivisa in termini di "risposta giudiziaria"⁹, ma anche da una serie di fattori che consentono a quella cultura di approfittarne.

NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 650; e, volendo, DINACCI, *Inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 17.

⁴ Per una riflessione sull'importanza del rispetto delle regole d'interpretazione cfr. VALENTINI, *Norme processuali penali e interpretazione*, in *Cass. Pen.*, 2019, 3392.

⁵ Sull'argomento sia consentito il rinvio a DINACCI, *Legalità processuale e nomofilachia tra limiti ermeneutici e diritto giurisprudenziale*, in *questa Rivista*, 2019, 3, 2.

⁶ Tra le tante, cfr. Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia. Più di recente, v. Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia.

⁷ Sul punto cfr. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, VI ed., II, Milano, 58, 859, 862, laddove dopo aver condiviso la concezione della giurisprudenza quale «coscienza sociale del tempo» (58) sulla base della quale, pur affermandosi un nesso spirituale che in «ogni società organizzata intercede tra coscienza sociale e giurisprudenza» (859), comunque si ammoniva sul fatto che «le massime di decisione non sono norme giuridiche» (862).

⁸ Per approfondimenti sul tema cfr. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, 10; DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 14; EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1668.

⁹ In tempi non sospetti si poneva quale elemento imprescindibile di una corretta giurisdizione il fatto che il giudice dovesse in ogni caso e in ogni momento mantenersi fedele alla «coscienza giuridica», così U. DINACCI, *Il sistema penale tra garantismo e autoritarismo*, Napoli, 1984, 73.

Si pensi alla semantica della lingua legale; quanto è più ampia e indeterminata, proporzionalmente risulterà ampio e indeterminato il significato associabile ai termini della medesima.

Di qui l'accrescimento della dimensione potestativa del giudizio. In sostanza, il grado di decidibilità di una verità giuridica di una pronuncia è direttamente «proporzionale al grado di tassatività della norma da essa applicata e inversamente proporzionale allo spazio richiesto all'argomentazione interpretativa»¹⁰. Dove si è al cospetto di una indeterminatezza della lingua legale, lo spazio dell'argomentazione è amplissimo ed il potere giudiziario ha buon gioco nel convertirsi da potere di applicazione della legge tramite una corrispondenza ai fatti in potere dispositivo di creazione di nuovo diritto¹¹. Ed è questo il rischio proveniente dalla crisi della legge e del corrispondente indebolimento del ruolo di limitazione dell'arbitrio svolto dal principio di legalità. A tale realtà si affianca una produzione normativa generata per la soluzione di casi specifici e, quindi, necessariamente priva dei requisiti di generalità ed astrattezza¹².

Ne discende la crisi di capacità regolativa della legge, che snatura il ruolo cognitivo della giurisdizione. Emerge quindi come l'espansione del diritto giudiziario¹³ tragga origine anche dalle disfunzioni del diritto legislativo¹⁴. Rilievo, questo, che assume particolare valore ove si consideri che le deroghe alla intrinseca struttura di una corretta attività legislativa sono perseguite non solo tramite una norma, ma alle volte soprattutto ed in maniera preponderante anche in conseguenza di pericolose esondazioni del formante giurisprudenziale¹⁵. Si assiste così ad un concreto operare in cui si passa disinvoltamente

¹⁰ Così, FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, n. 4, 14.

¹¹ Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10^a ed., Bari, 2011, 36.

¹² Sul tema si rimanda a MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, I, 1975, 306, laddove evidenzia come gli attributi che devono qualificare una corretta produzione legislativa non costituiscano un'endiadi ma anzi si pongono l'uno come il completamento dell'altro. Infatti mentre "generalità" vuole significare il riferirsi della disposizione normativa ad una serie di persone non individualmente determinate, il requisito dell'astrattezza è caratterizzato dall'indeterminabilità dei soggetti che possono trovarsi nella situazione descritta dalla norma. In sostanza la norma, nella sua fisiologia, deve configurarsi come «volontà di volere, volontà preliminare diretta a far sorgere una volontà concreta allorché si verificano le condizioni dalla medesima previste, poiché ciò discende dall'esigenza di assicurare, oltre che la massima possibile certezza del diritto, l'eguaglianza di trattamento per tutti coloro che si trovano nella medesima situazione».

¹³ Cfr. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori*, Milano, 1984, 8.

¹⁴ In argomento, v. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2019, 14 ss.

¹⁵ Sul punto si rimanda a NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 652, nel punto in cui si precisa come si assista ad un passaggio «da un sistema concepito e giustificato sulla supremazia della legge, in uno sempre più direttamente imperniato sul potere del magistrato; un potere che viene postulato come "diverso", come immancabilmente affidabile e, perciò, come superiore».

dall'affermazione della supremazia della legge a quella del potere del magistrato; e, quando il potere non incontra limiti e/o responsabilità, si assumono «doti messianiche», funzioni di «bonificazione sociale» che producono un «uso alternativo del diritto»¹⁶.

La circostanza rimanda al difficile rapporto giudice-legge ed alla tendenza a generare un diritto giurisprudenziale del tutto incompatibile con il principio di legalità, presidiato non solo dall'art. 25, comma 2, Cost. ma anche dall'art. 111, comma 1, della medesima Carta dei valori.

2. Inadeguatezze legislative ed esondazione del formante giurisprudenziale: tra potere e limite. Non appare, quindi, controvertibile che un'inadeguata declinazione dell'esercizio del potere legislativo, che sfocia in prodotti normativi esangui e scoloriti, determina necessariamente un ampliamento dell'attività interpretativa che, inevitabilmente, tende a "supplire" all'indeterminatezza del comando giuridico. Ed è qui che il giudice assume, rispetto alla legge, un ruolo tutt'altro che passivo. Atteggiamento questo che origina dalla consapevolezza che un testo normativo, sul piano dell'esegesi, può dar luogo a molteplici varianti le quali possono condurre ad altrettante soluzioni.

Il rilievo non riguarda solo gli enunciati che regolamentano il riconoscimento dei diritti o prescrivono divieti, ma attiene anche e soprattutto all'argomentazione probatoria con cui il giudice deve ricostruire il fatto che è stato ma che non è più¹⁷ e, sulla base di tale ricostruzione, individuare la norma atta a regolare la situazione concreta. Ed anzi, è proprio la consapevolezza del valore "portante"¹⁸ delle regole probatorie per il riconoscimento e/o disconoscimento di un diritto e, ancor di più, per un'affermazione di innocenza o colpevolezza "al di là di ogni ragionevole dubbio"¹⁹, ad imporre doverose

¹⁶ Sull'assunto cfr. TARELLO, *Sullo stato dell'organizzazione giuridica: intervista a Giovanni Tarello*, Bologna, 1979, 62.

¹⁷ Il giudice e tutti gli altri soggetti del processo «si fermano a ripensare a quello che già è stato, a ritornare con l'intelligenza, col sentimento ad un momento della vita che è passata: a fermare ed a rivivere il già vissuto. Ma tutto questo rivivere, che il giudice fa attraverso il rivivere degli altri, non è mai un vedere direttamente, non è mai la presenza. La presenza è impossibile. È un rimpiazzare la presenza: qui è la magia. È un far essere presente quello che non è presente. E perciò è sempre un procedere traverso segni, che significano, ma non sono la cosa significata» (CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 59).

¹⁸ Sul tema dei rapporti tra diritto e processo penale cfr. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 431 laddove si evidenzia la diversità dei ruoli che ha caratterizzato il diritto processuale rispetto a quello sostanziale: prima "servo muto" poi "socio paritario" ed infine "socio tiranno".

¹⁹ Cfr. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 195. Sul tema cfr., volendo, DINACCI, *Il ragionevole dubbio tra l'obbligo di motivazione ed il*

attenzioni ogniqualvolta l'interpretazione giudiziale si tramuti in creazione e cioè quando il giudice, anziché “scoprire” il significato della norma, tende a “costruirlo”²⁰. L'esonazione dell'*argumentum* giudiziario rispetto al dato di legge non segnala solo momenti di patologia applicativa, ma intacca l'*ubi consistam* della giurisdizione e lo stesso ruolo del giudice in una dimensione rispettosa del comando costituzionale²¹. E ciò, come si è accennato, è particolarmente avvertibile nella misura in cui il parametro di giudizio non è la fattispecie astratta, bensì la “fattispecie giudiziale”²² dove la ricostruzione probatoria del fatto deve necessariamente ricorrere a circuiti inferenziali in cui l'argomentazione logica modella la ricostruzione storica del fatto oggetto di giudizio²³. In sostanza, l'interpretazione dei fatti e, in particolare, dei fatti giuridici non è un mero “accostamento avalutativo”, tanto più in un sistema in cui la semantica della lingua legale è plurivoca, porosa. Di qui il ricorso a criteri di discrezionalità la quale, seppur ammissibile nell'ordinamento giuridico, va comunque tenuta ben distinta dalla arbitrarietà in quanto perimetrata da

controllo di una giustificazione razionale, in Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici, a cura di Pucella e De Santis, 253.

²⁰ Per una simile impostazione di metodo, v. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 46 laddove si rileva «di quale notevole portata sia il pericolo costituito dal ricorso alla elaborazione concettuale, nel momento in cui l'interprete dovrebbe tendere alla ricostruzione del significato di una disposizione di legge. L'incapacità di liberarsi dalla tentazione di servirsi delle proprie convinzioni dogmatiche si sconta nel risultato di quello che avrebbe dovuto essere un lavoro d'interpretazione. Ci si accorge allora che la norma può essere allargata o ristretta indifferentemente, per abbracciare o per escludere questa o quella ipotesi, con ineccepibile coerenza formale del ragionamento impiegato per pervenire all'una o all'altra conclusione. Né si può dimenticare che la premessa dogmatica è fissata sulla base di una serie di astrazioni sempre più vaste che procedono da dati considerati naturalisticamente, sui quali si svolge un discorso che rispetta solo i canoni della logica formale e prescinde, in omaggio ad una strana concezione della “superiorità” della dogmatica, dal sostanziale contenuto profondamente significativo delle proposizioni normative». Nei medesimi termini, cfr. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it.*, 1950, 582.

²¹ Di qui l'esigenza di perimetrare l'ambito di azione della funzione nomofilattica, che deve scoprire i «principi e criteri direttivi dell'*ars interpretandi*». Così, RODORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro it.*, 2017, 123.

²² Sull'argomento, cfr. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 42. Sulla rilevanza della nozione di fattispecie giudiziale ai fini del paradigma di individuazione del fatto processuale cfr. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 33, dove si precisa che «il fatto in senso processuale deve essere concepito come il fatto che il giudice [è] in condizione di vagliare nei limiti dell'imputazione contestata».

²³ Viene qui in rilievo quel percorso intellettuale in forza del quale il giudice dall'elemento di prova perviene, attraverso un circuito inferenziale, al risultato di prova. In sostanza, ogni passaggio argomentativo che conduce dal fatto probatorio a quello da provare deve essere sostenuto da un apparato logico-argomentativo. In genere, sul tema, cfr. SCALFATI-SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, 62, a cura di Scalfati, *Le prove*, Torino, 22.

un predeterminato vincolo legale²⁴.

Ed è proprio quest'ultimo presidiato dal principio di legalità, cui si correla la nozione di fattispecie, che limita l'operare dell'argomentazione giudiziaria. In altri termini, il presidio costituzionale del principio di legalità operante tanto in sede sostanziale (art. 25, comma 2, Cost.) quanto nel settore processuale (art. 111, comma 1, Cost.) viene a rappresentare un limite al potere e, quindi, un limite all'argomentazione giudiziaria. Occorre dunque metabolizzare quella consapevolezza secondo cui «qualunque uomo che ha un potere è portato ad abusarne, (e) va avanti finché non trova dei limiti» e pertanto «perché non si possa abusare del potere bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere»²⁵. Ed è proprio questa la funzione del principio di legalità, il quale, nel campo processuale, impone un controllo normativo sul metodo di accertamento processuale proprio al fine di evitare degenerazioni decisorie. E, nonostante ciò, chi non sia in contatto quotidiano con la realtà operativa non può nemmeno immaginare fino a che punto sia possibile «falsare il significato di una norma, ottenere decisioni che facciano dire bianco alla legge

²⁴ L'esistenza di un predeterminato vincolo legale distingue l'atto discrezionale da quello facoltativo. Mentre il primo può essere adottato nei limiti in cui sussistano le condizioni richieste dalla legge, il secondo appare del tutto svincolato da presupposti legittimanti di natura normativa. Conseguentemente, l'atto facoltativo, caratterizzato dall'assenza di "condizioni" operative, risulta contiguo a scelte arbitrarie le quali, peraltro, proprio perché non "contenute" in uno schema legale, non risultano nemmeno controllabili. La situazione è differente dall'atto discrezionale in relazione al quale, pur essendovi margini di "manovra" valutativa, vi è una regolamentazione di una fonte normativa che consente un controllo effettivo sul corretto uso del potere discrezionale.

Sull'argomento, avuto riguardo all'arresto facoltativo, cfr. CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 2012, 494, dove si precisa che "Se le parole fossero meno vischiose o le pesassimo meglio, l'art. 381 non sarebbe intitolato «arresto facoltativo in flagranza», come l'art. 236 cod. Rocco, da cui discende, né esordirebbe con lo stesso movimento assertivo: ufficiali e agenti «hanno facoltà d'arrestare...». Proprie loquendo, appare facoltativo l'atto che N possa (nel senso corrispondente al verbo tedesco "*dürfen*" o all'inglese "*to be allowed*") compiere od omettere. Non è l'ipotesi qui considerata, e che non lo sia, era chiaro da un contorcimento verbale nel vecchio art. 254, sulla cattura «facoltativa»: quando stabilisce «se debba valersi della facoltà d'emettere il mandato», quel giudice «deve tener conto del pericolo...»; se lo omettesse, non avendo «tenuto conto del pericolo» *et caetera*, agirebbe male; dunque, doveva emetterlo. Ora, ha un predicato l'atto che N deve compiere, se gli constano situazioni ellitticamente definite dalla norma: "discrezionale"; ma i compilatori, talvolta inclini a discutibili purismi, ripetono quello sciatto gesto nomenclatorio. Che l'atto cosiddetto facoltativo sia dovuto, viene fuori anche all'ultimo comma: «si procede all'arresto [...] soltanto se la misura è giustificata dalla gravità del fatto ovvero dalla pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze». Formula imperfetta ma l'autentico significato traspare nitido: dev'essere arrestato chi abbia commesso un fatto "grave" o risulti "pericoloso"; tanto più se fosse l'autore pericoloso d'un fatto grave". L'argomento è anche adombrato da GREVI, *Introduzione*, in *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, Padova, 1985, 11, laddove denunciava sempre con riferimento all'arresto facoltativo «l'omessa indicazione finalistica di stampo cautelare».

²⁵ Così MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), parte seconda, Libro XI, Milano, 2009, 309-310.

laddove diceva nero» ovvero giungere a decisioni estranee alla lettera della legge²⁶.

3. *Il valore fondante del principio di legalità.* Occorre allora riscoprire il ruolo di garanzia del principio di legalità in grado di contenere il formante giurisprudenziale nel perimetro della prevedibilità²⁷.

Di fronte ad un testo normativo non condiviso non si può ragionare in termini di “reazione giudiziaria” per disapplicare il comando giuridico²⁸. E sia ben chiaro che il rispetto del principio di legalità non significa ridurre il giudice a mera bocca della legge²⁹. Si è perfettamente consapevoli, e soprattutto si è convinti, che il giudizio non costituisce un’equazione meccanicistica, né, tantomeno, può esserlo in un ordinamento processual-penalistico come il nostro, non solo svincolato da un sistema di prove legali ma che contempla am-

²⁶ Così NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, cit., 652, laddove si evidenzia il passaggio «da un sistema concepito e giustificato sulla supremazia della legge, in uno sempre più direttamente imperniato sul potere del magistrato; un potere che viene postulato come “diverso”, come immancabilmente affidabile e, perciò, come superiore».

²⁷ Sull’argomento cfr. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2016, il quale ha rilevato come la Corte di Strasburgo riconosca «nei fatti alla giurisprudenza penale nazionale un ruolo conformativo del precetto penale; attribuendole però - correlativamente - la responsabilità di orientare in tal modo la condotta dei consociati, i quali avranno un preciso diritto di fare affidamento sull’interpretazione del precetto medesimo fornita dalla giurisprudenza, e di regolare conseguentemente il proprio comportamento, senza rischiare di essere sorpresi *ex post* da un’interpretazione (e una conseguente applicazione) della norma non prevedibile a proprio danno. Così ricostruito, il *nullum crimen* convenzionale è diritto individuale al quale fa da pendant il correlativo dovere a carico di tutti gli organi e poteri dello Stato che esercitano lo *ius puniendi* di fissare in modo chiaro e agevolmente comprensibile dai loro destinatari i contenuti dei precetti penalmente sanzionati, ciascuno nell’ambito delle relative competenze: legislatore, dunque, e giudici, sui quali pure incombe la responsabilità di rendere agevolmente riconoscibili i contorni del precetto penale che il consociato è tenuto ad osservare, così come - in negativo - di evitare di disorientare il consociato medesimo attraverso interpretazioni gravemente discordanti».

²⁸ Su tali questioni si rimanda alla puntuale ricostruzione di PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell’ipotesi, il paradigma dell’interesse*, Padova, 2016, 200 e ss.

²⁹ V. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., 317. Per una puntuale ricostruzione delle critiche portate all’espressione di Montesquieu del giudice come “*la bouche de la loi*” si rimanda a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell’ipotesi, il paradigma dell’interesse*, cit., 203, dove si rileva che con quella frase in realtà Montesquieu non intendesse affrontare il problema dell’ermeneutica ma solo propugnare un sistema imperniato sulla legalità quale strumento per prevenire degenerazioni decisorie. Nella medesima direzione sembra collocarsi AINIS, *La legge oscura, Come e perché non funziona*, Bari, 2010, 3, secondo cui l’ostilità dell’illuminismo giuridico si rivolgeva «non tanto all’interpretazione in sé, quanto ai suoi eccessi, all’azione di giudici e giuristi ove lasciati liberi di formare e deformare i principi del sistema normativo». Non a caso, in quella sede si rammenta come il termine “interpretazione”, attualmente privo di connotazioni negative, all’epoca ne aveva. In tale prospettiva, il richiamo al giudice come «bocca che pronuncia le parole della legge» assume ben diverso significato da quello che gli è stato attribuito.

pi spazi di discrezionalità valutativa e l'utilizzo di prove innominate³⁰. Il dato conoscitivo, in altre parole, non è concepito come una mera tecnica di accertamento, ma è portatore di uno specifico valore.

Tale realtà implica, inevitabilmente, una discrezionalità interpretativa. Tuttavia la stessa non si pone in conflitto col principio di legalità nella misura in cui non determini una rottura del quadro legale. Non a caso si è fatto riferimento ad una tutela della prevedibilità delle decisioni³¹.

La conclusione va ribadita a fronte di quelle opinioni secondo cui «dominato da una fiducia totale nel legislatore, il penalista moderno, candido erede di Beccaria, ha sempre ritenuto la “riserva di legge” come l’inabdicabile strumento garantistico e come l’altrettanto inabdicabile tratto di un diritto penale esprime una civiltà giuridica evoluta. La fiducia nel legislatore e nella legge si è però trasformata in una credenza»³². Il *background* culturale di una tale presa di posizione scaturisce da un eccessivo realismo che intravede nel ruolo creativo della giurisdizione un fatto descrittivo di una prassi priva di alternative. Tutto ciò presuppone una considerazione del diritto come una mera realtà naturale e non, viceversa, come un fenomeno artificiale interamente costruito dagli uomini; presuppone, ancora, che il principio di legalità, quello della certezza del diritto e quello della soggezione dei giudici alla legge costituiscano momenti descrittivi e non normativi. Ma la scienza giuridica, proprio perché «il suo oggetto è artificiale e largamente modellato dal suo stesso ruolo performativo non può non tenere conto e non assumersi la responsabilità degli effetti delle proprie teorizzazioni. Non può limitarsi alla contemplazione della crisi della legalità come se questa fosse un fatto naturale, legittimando ciò che accade solo perché accade»³³. Sul punto non deve sfuggire come con la democratizzazione degli organi preposti alla produzione legislativa il principio di legalità assuma un ruolo fondante della politica democratica. Inoltre, la previsione espressa dei diritti fondamentali realizzata dalla Costituzione conduce alla sottomissione della politica al diritto «e cioè ai limiti e ai vincoli di contenuto da essa stessa creati e stipulati nel momento costituente»³⁴. In

³⁰ Non potendosi attardare sul tema del c. d. principio del libero convincimento cfr. NOBILI, *Storia di un'illustre formula: il libero convincimento negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 83.

³¹ Sul punto si richiama FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 242, dove si distingue tra diritto giurisprudenziale «creativamente “legittimo” e prevedibile in termini di ragionevole certezza e diritto giurisprudenziale creativamente “abusivo” o capricciosamente anarchico».

³² Così GROSSI, *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini*, n. 38, 2009, 1901.

³³ Così, FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 22.

³⁴ Cfr., ancora FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 22.

altre parole, si pongono limiti al potere nella misura in cui anche quest'ultimo deve essere "osservante" delle regole dettate. Non appare refutabile che uscire da tale circuito in nome di una prassi di fatto significa assecondare una regressione dalla modernità³⁵. Occorre allora farsi capaci che il principio di legalità è riferito all'enunciato normativo che, quale norma generale e astratta, a fronte della realizzazione di alcuni presupposti descrittivi, ne disciplina gli effetti. In tal modo si garantisce la prevedibilità di questi ultimi, la governabilità consapevole delle azioni che li determinano e la prevedibilità delle decisioni. In sostanza, tale principio costituisce «la sintassi giuridica dello Stato di diritto indipendentemente dal livello e dal contenuto delle norme nella quale essa si articola»³⁶. Ciò sta a significare che qualsivoglia sia la legge, purchè sia una legge, che introduce il precetto, quel che rileva ai fini della funzione garantista del principio di legalità è la predeterminazione descrittiva della regola e, quindi, della decisione giudiziaria.

4. *I doveri del legislatore alla luce dei rapporti tra diritto e processo*

Ma per raggiungere tale risultato l'osservanza del principio di legalità deve essere effettiva. Non basta affermarla, occorre praticarla. E questo è dovere che attinge in primo luogo il legislatore, il quale deve fornire un prodotto normativo adeguatamente descrittivo.

Il tema va posto con fermezza perché la genesi di fattispecie scolorite crea un cortocircuito nell'intero sistema penalistico. Il problema non riguarda solo il diritto sostanziale, ma si riflette con conseguenze importanti anche nel diritto processuale. Del resto è noto come diritto penale e processo costituiscano un'entità indistinta³⁷. Il diritto penale, infatti, non ha vita al di fuori dal processo; al contrario, manifesta la sua rilevanza «nel processo e col processo»³⁸.

Basti pensare che, a differenza delle altre branche del diritto, nel diritto pena-

³⁵ Sul punto, v. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 22, laddove correttamente evidenzia che ove ciò accadesse si verificherebbe «in materia civile il primato dell'autonomia privata e dei poteri economici e finanziari globali quali veri poteri sovrani, per di più anonimi e invisibili, in grado di dettar legge alla politica; in materia costituzionale la sostituzione della legalità costituzionale con la *lex mercatoria* quale vera norma suprema dell'ordine globale; in materia penale l'indebolimento dell'intero sistema delle garanzie, tutte basate - dalla tassatività all'offensività, dal contraddittorio al diritto di difesa - sulla legalità quale garanzia di libertà oltre che di verità».

³⁶ Cfr., FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 23.

³⁷ Sul punto v. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 527 dove si afferma che «diritto penale e processo non appartengono ad una sequenza ma ad un insieme».

³⁸ Così, ancora, PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 527.

le i comportamenti rispettosi del precetto non assumono un significato giuridico³⁹. Chi si astiene dal realizzare condotte vietate agisce nell'ambito del lecito in ordine al quale nessun giudice ha potere di intervento.

Il diritto penale, tuttavia, si discosta dagli altri settori dell'ordinamento giuridico anche a fronte di un comportamento violativo del precetto. Qui, infatti, l'intervento giurisdizionale è caratterizzato dalla «pubblicizzazione della tutela»⁴⁰, dove il processo assume il ruolo di garanzia per un corretto accertamento dell'illecito contestato. Se è vero, pertanto, che la norma sostanziale trova applicazione tramite le regole del processo e se è vero che l'inosservanza preesiste fenomenicamente all'attivazione delle forme processuali, ad un'attenta analisi dei rapporti tra diritto penale e processo non può condividersi l'impostazione che assegna a quest'ultimo un ruolo di mero strumento di realizzazione del primo⁴¹. Il processo, infatti, si realizza nell'esplicazione di specifici valori le cui regole sono portatrici. Esso non è solo veicolo di trasmissione per l'esercizio del potere, ma costituisce un insieme di norme a cui il potere si assoggetta e si plasma alla stregua della legalità sostanziale⁴². Tale realtà ha consentito di razionalizzare il mutamento dei rapporti tra diritto penale e processo passandosi dal dogma della strumentalità che attribuisce al processo penale il ruolo di “servo muto” per arrivare al “servo loquace” capace di assumere funzioni selettive rispetto alle ipotesi di violazioni il cui accertamento è rimesso alle regole processuali, al “socio paritario” a cui è demandata la definizione della rilevanza penale e della responsabilità, per arrivare infine al “socio tiranno” che si fa forte delle ricadute sostanziali di strumenti processuali che palesano una sorta di strumentalità invertita tra diritto e processo, proponendosi quest'ultimo quale *sedes* naturale e momento conclusivo del controllo sociale⁴³.

5. *La legalità quale parametro attributivo dei poteri di indagine, di azione e di*

³⁹ Viceversa nel diritto civile, in quello sindacale e del lavoro anche i comportamenti “osservanti” producono conseguenze giuridiche extraprocessuali.

⁴⁰ Sul punto si rimanda ancora alle acute considerazioni di PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 528.

⁴¹ L'impostazione è teorizzata per la prima volta da KANTOROWICZ, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre* (1925), in *Rechtswissenschaft und Soziologie - Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, Karlsruhe, 1962, 44 ss.; sul tema, cfr. NOBILI, *La procedura penale tra “dommatica” e sociologia: significato politico di una vecchia polemica*, in *Quest. crim.*, 1977, 51.

⁴² Sull'argomento si rinvia alle considerazioni di NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 181.

⁴³ In tal senso, brillantemente, PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., 431-436.

giurisdizione. Al di là della classificazione dei rapporti che sussistono tra diritto penale e processo, la consapevolezza che intercorrono tra le due discipline interazioni strutturali conduce ad analizzare le medesime alla luce della necessaria legalità. Da un lato la legalità sostanziale, dove la legge si pone come fonte esclusiva della fattispecie incriminatrice, dei suoi criteri di imputazione e, in senso ampio, come criterio di responsabilità penale; dall'altro lato, la legalità processuale dove la legge, nel dettare le regole del procedere e dell'accertamento, si pone quale limite ai poteri di indagine e di esercizio della funzione giurisdizionale. Ma le due legalità risultano avere una matrice ed uno scopo comune. Basti pensare all'art. 25, comma 2, Cost. laddove prevede che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Si tratta di una regola fondamentale che, nella misura in cui è destinata ad operare con riferimento ad una «punizione», si colloca nella fase terminale del processo, quando si deve decidere sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato. Del pari, l'art. 7 della Cedu sancisce che «nessuno può essere condannato per un'azione od omissione che, nel momento in cui è stata commessa, non costituisce reato secondo il diritto nazionale o internazionale». Anche qui il principio di legalità presidia l'epilogo del processo ma non per questo può affermarsi che tuteli solo il momento di giudizio. Il principio di legalità, infatti, autorizza l'investigazione, fa sorgere l'obbligo di azione; attività, queste, realizzabili solo in presenza di un fatto o di un'ipotesi di fatto corrispondente ad una fattispecie incriminatrice. Non si dimentichi che l'obbligo di esercizio dell'azione enunciato dall'art. 112 Cost. non è riferibile a qualsiasi azione ma solo all'azione penale e cioè a quell'azione che inquadra una condotta caratterizzata da disvalore penalistico. E qui si coglie come il principio dell'obbligatorietà dell'azione costituisca, rispetto al principio di stretta legalità, l'altro lato della stessa medaglia o, se si preferisce, il suo riflesso processuale⁴⁴. E, sul punto, occorre rimarcare come ambedue i principi siano diretti ad eliminare ogni forma di arbitrio; fenomeno, questo, che è alla base della volontà di non consentire ingiustificate disparità di trattamento⁴⁵.

I rilievi sin qui formulati non entrano in crisi nemmeno a fronte di quel segmento diretto alla ricerca della notizia di reato contemplato nell'art. 330 c.p.p. Al riguardo, se non si vuole introdurre una sorta di *inquisitio genera-*

⁴⁴ Per un'analisi sulla stretta correlazione esistente tra principio di legalità sostanziale ed obbligatorietà dell'azione penale, cfr. MARZADURI, *Azione*, in *Enc. giur.*, Agg. IV, Roma, 1996, 15.

⁴⁵ In tal senso sia consentito il rinvio a DINACCI, *Mandato d'arresto europeo, libertà personale e principio di uguaglianza*, in *Il mandato di arresto europeo*, Napoli, a cura di PANSINI - SCALFATI, 2005, 25.

*lis*⁴⁶, si deve valorizzare il momento finalistico che è quello della ricerca non di una qualsiasi notizia bensì di una notizia di reato.

In sostanza, con il dovere di osservanza di una “stretta legalità” delle fattispecie incriminatrici, si è inteso eliminare sul punto ogni spazio rispetto a possibili arbitri. Il carattere di stretta tipicità afferente alla fattispecie penale costituisce certamente una regola di salvaguardia del diritto di libertà ed è anzi l’espressione più cospicua del superamento dello strapotere statale in direzione dell’affermarsi dello Stato di diritto. Il che equivale al ripudio di ogni scelta arbitraria, intesa come travalicamento del diritto positivo, nella materia dei precetti e delle sanzioni penali. Tale ripudio, però, non va apprezzato soltanto con riferimento ai riflessi nei confronti dei destinatari della norma ma anche avuto riguardo al punto di vista dello Stato che la pone.

Non è infatti controvertibile che prescindere dalla stretta legalità, anche solo per effetto di disposizioni in grado di rendere elastica la formulazione del precetto, ne costituirebbe una negazione con inevitabili ricadute in termini di discrezionalità⁴⁷.

In questo senso la tipicità della fattispecie assolve anche alla funzione di segnalare la doverosità per lo Stato di provvedere alla repressione dei comportamenti antiggiuridici.

Ne deriva che se lo Stato disponesse di attivare “liberamente” il meccanismo accertativo dei fatti criminosi, si configurerebbe un sistema che, in concreto, consentirebbe la disapplicazione della legge penale.

Ora, senza potere in questa sede approfondire il particolare tema, quel che preme rilevare è come il principio di stretta legalità risulti attributivo di specifici poteri di indagine e decisione in sede processuale. In altre parole, senza l’ipotesi di un fatto costituente reato o la ricerca del medesimo non vi è potere investigativo, potere di azione e potere di provocare una decisione.

6. *Fattispecie scolorita e riflessi probatori.* Dai rilievi formulati emerge chiaramente come la stretta legalità imposta dall’art. 25, comma 2, Cost. influisca fortemente sui modi di esercizio delle indagini, dell’azione e della giurisdizione. Tali attività, infatti, laddove la fattispecie penalistica sia connotata da povertà descrittiva, entrano in crisi perché si devono confrontare con schemi

⁴⁶ Sul tema cfr. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell’inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 68.

⁴⁷ Il tema, derivante dalla consapevolezza delle implicazioni esistenti tra il principio di “legalità” e quello di obbligatorietà, è colto da VASSALLI - CAIANIELLO, *Parere sulla proposta di Decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, 462.

giuridici diluiti, che rischiano di far “saltare il banco” delle regole processuali. Situazione, questa, che conduce ad integrazioni interpretative della fattispecie penalistica da un lato e, dall’altro lato, alla libertà delle forme processuali che si manifestano, particolarmente, nella gestione del momento probatorio.

La questione non è di poco rilievo anche in ragione di una tecnica legislativa che fa ampio ricorso a norme caratterizzate da “tipicità aperta”⁴⁸, in ordine alle quali è percepibile la differenza tra la tipicità affermata e la tipicità raggiunta⁴⁹. E tale realtà fa emergere il pericolo che la prova, in presenza di fattispecie scarsamente denotative, si «fondi su meri dati presuntivi» a fronte dei quali lo stesso organo nomofilattico ha avvertito l’esigenza di ammonire sulla necessità di adottare soluzioni esegetiche idonee a «scongiurare mere presunzioni o inaffidabili automatismi» in punto di valutazione della fondatezza della ipotesi accusatoria⁵⁰. Del pari, proprio in tema di concorso di persone nel reato, a fronte dell’atipicità della condotta di realizzazione collettiva del fatto, si è precisato come la medesima non debba confondersi con l’indifferenza probatoria⁵¹.

La condivisibile presa di posizione giurisprudenziale è testimone di una difficoltà che si misura nella «distanza intercorrente tra la capacità selettiva di una fattispecie sul piano astratto e l’esito della sussunzione nel processo»⁵². E qui occorre prestare attenzione perché il problema è particolarmente subdolo. Se il fatto tipico arretra nella sua capacità descrittiva e lo si affida ad elementi indeterminati e a caratteristiche di «antigiuridicità sfumate e labili (le qualifiche di illiceità speciali: “ingiusto”, “indebitamente”, ecc.) o su meri contrassegni soggettivistici (il mero abuso della qualità) anche il tema probatorio si contrae pericolosamente»⁵³, aprendosi a ricostruzioni presuntive che sfociano in percorsi intuizionistici violativi di un corretto metodo di accertamento. Il rilievo attiene tanto al profilo della dimostrazione del fatto quanto a quello del dolo. Tuttavia, così facendo, la colpevolezza rischia di essere affermata non per la prova di un fatto storico corrispondente ad una fattispecie incriminatrice,

⁴⁸ Si pensi, esemplificativamente, agli artt. 40, comma 2 e 110 c., ai reati associativi, alle ipotesi di concorso esterno nei reati associativi, al reato di corruzione per la funzione, all’art. 433 c.

⁴⁹ In tal senso PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 535; sul tema v. anche GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di DE FRANCESCO - MARZADURI, Torino, 2016, 95.

⁵⁰ Così, Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2013, Maldera, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1532.

⁵¹ Cfr. Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2003, Andreotti, in *Giust. it.*, 2004, 1230.

⁵² In tal senso, GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, cit., 98.

⁵³ Così, esattamente, MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1146.

bensi per un combinato operare di induzioni e presunzioni ricavabili dal modo d'essere o dalla condotta di vita del soggetto agente. E tale realtà, nella misura in cui è chiamata ad integrare il fatto tipico, può condurre alla punibilità per un rimprovero morale o addirittura per colpa d'autore⁵⁴. Del resto, a fronte di una fattispecie impoverita, la sussunzione nella fattispecie giudiziale dei fatti storici in essa riconoscibili non è in grado di definire con sufficiente chiarezza l'oggetto di prova.

Tale situazione pone un primo problema di governo sull'ammissibilità dello strumento probatorio; difficile valutare la pertinenza e rilevanza di un mezzo di prova con riferimento ad una fattispecie legale indefinita, che provoca inevitabilmente una nebulosa sfociante in provvedimenti da *ius pretorio*, i quali provocano intuibili alterazioni dell'*ordo procedendi*. La fissazione di un tema di prova, infatti, segna un limite oltre il quale chi è chiamato ad elaborare l'elemento conoscitivo non può andare e, nel contempo, demarca il perimetro del giudizio contenendo anche i poteri del giudice. Non deve peraltro sfuggire come la fissazione di un tema di giudizio sia una scelta essenziale per l'attuazione di un sistema di conoscenza giudiziale di natura dialettica. Valori simili si «affievoliscono o addirittura scompaiono [...] quando ci si sposta verso forme di *inquisitio generalis* o di cc.dd. accertamenti alla “cieca” e, più in particolare, laddove resti indeterminato e oscuro ciò di cui si controverte o di cui si è accusati»⁵⁵.

Senza la delimitazione della “controversia” l'attività istruttoria risulterebbe “casuale e fortuita”, ma soprattutto potrebbe essere guidata da solo capriccio o da mera curiosità⁵⁶.

Il rilievo assume ulteriore valore ove si consideri che i meccanismi di conoscenza giudiziale implicano esercizio di potere con conseguenti effetti sui diritti della persona. In tale prospettiva, la delimitazione del *thema probandum* costituisce un limite di quel potere, circoscrivendo ciò che può e deve costituire oggetto di indagine e di giudizio. L'art. 187 c.p.p. assume, pertanto, connotati di natura ideologica finalizzati a bandire abusi di potere attraverso l'arbitrio della conoscenza giudiziale.

La medesima disposizione, peraltro, nell'individuare i temi oggetto di prova, ne evidenzia la sua struttura “polidirezionale”. La norma, infatti, è diretta al giudice in quanto perimetra i margini cognitivi che si riflettono non solo sul

⁵⁴ Sul tema, v. ancora MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., 1146.

⁵⁵ Così, NOBILI, *Art. 187*, in *Comm. Chiavario*, II, Torino, 1990, 390.

⁵⁶ Sul tema si rimanda alle sempre attuali considerazioni di FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, II, Milano, 1965, 19.

giudizio di merito ma anche su quelle valutazioni che presidiano l'ammissibilità delle prove richieste dalle parti; ed è diretta anche a queste ultime, fungendo da limite di ricerca e di richiesta del materiale probatorio.

Non è un caso che l'enunciato normativo utilizzi una forma linguistica diversa da quella di rilevanza o non superfluità indicata dall'art. 190 c.p.p. Nella sostanza cambia poco, ma il richiamo ai «fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza» comprende lo scibile cognitivo del giudizio ed ancora la valutazione di rilevanza a parametri determinati discendenti direttamente dalla «fattispecie giudiziale» enunciata nel capo d'imputazione⁵⁷.

Occorre, in sostanza, prendere contezza che la fissazione del tema di prova pertinente e rilevante circoscrive il perimetro di quanto può e deve essere oggetto di indagine. In altri termini, il richiamo alla pertinenza e rilevanza probatoria garantisce il diritto di difesa, il diritto alla prova ed il diritto al contraddittorio, anche attraverso una limitazione dell'accertamento.

Emerge quindi come la «fissazione» di un tema di indagine non adempia solo a burocratiche funzioni di «ordine processuale», ma al contrario costituisca espressione di valori fondamentali del processo penale.

Ad ogni modo, anche a prescindere da ciò, è indispensabile segnalare come l'insufficiente chiarezza del perimetro normativo del tema probatorio conduce all'effetto che la prova tende a surrogare il suo oggetto nel senso che «l'elemento in cui essa consta diventa ad un tempo significativo sul piano reale (come elemento della *notitia criminis*, come *corpus delicti*), e su quello sintomatico (come elemento che rimanda presuntivamente ad un contesto più ampio e significativo)», con un interscambio tale per cui «i fattori processuali attraverso la loro rilevanza sintomatico-probatoria sostituiscono i corrispondenti elementi oggettivi, che in realtà non sono oggetto di una vera e propria identificazione e determinazione, cosicché il profilo dell'accertamento si trasforma in un momento fondante l'effettività e la sostanza del concetto o della categoria penalistica, secondo una rifrazione progressiva che vede confondersi le acque del processo con le acque del diritto sostanziale»⁵⁸.

Tutto ciò induce ad una confusione dei piani di valutazione. Il piano sostanziale, presidiato da un criterio applicativo, si confonde con il piano processua-

⁵⁷ Sulla nozione di fattispecie giudiziale si rinvia ancora a cfr. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, cit., 44.

⁵⁸ Così, con la consueta chiarezza, PADOVANI, *Corso di lezioni di diritto penale. Il concorso di persone, Scuola superiore di Sant'Anna*, Pisa, 2010, 83 della trascrizione; il tema è stato poi ripreso dall'Autore in *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 539.

le, ispirato dall'esigenza probatoria.

7. *La c.d. processualizzazione delle fattispecie: dal fatto tipico al fatto probatorio.* Tale realtà è determinata da un difetto dello strumento normativo di selezione rappresentato da un'inadeguata descrizione del "tipo"⁵⁹. Di qui il segnalato interscambio dei piani di valutazione che provoca una trasformazione del dato probatorio e delle regole di giudizio in elementi costitutivi del reato⁶⁰. Accade così che il profilo dell'accertamento conoscitivo immuti in un elemento fondante il "topos" penalistico. Non bisogna essere acuti osservatori della produzione giudiziaria per accorgersi di quanto ciò accada con riferimento alle tematiche dei reati associativi e del concorso esterno agli stessi, al concorso di persone, all'individuazione di una posizione di garanzia, all'accertamento della causalità rimessa al canone probatorio del riscontro statistico ed infine alla nozione di condotte colpose affidate ad omesse cautele la cui doverosità viene ricavata non da precetti giuridici ma da dati esperienziali elevati a massime di esperienza, le quali fruiscono dell'ulteriore semplificazione probatoria anche in forza del richiamo operativo della clausola generale dell'art. 40, comma 2, c.p. Non è questa la sede per analizzare partitamente i "casi" prospettati in via esemplificativa; preme tuttavia rilevare come il contesto descritto evidenzi un forte progredire della processualizzazione della fattispecie che irrompe nelle categorie sostanziali «materiale di valutazioni ad andamento ascrittivo che si sostituiscono alle strutture obiettive e ne fanno, per così dire, le veci processuali»⁶¹.

In tal modo, però, la materialità di un fatto offensivo viene sostituita da un dato probatorio.

La situazione pone più ordini di problemi che non si esauriscono nell'effetto della flessibilizzazione del tipo. Non è controvertibile che già solo tale constatazione evidenzia un grave attentato ad un principio di garanzia. Basti pensare come, da tempo, la Corte costituzionale abbia ammonito sulla necessità che la norma incriminatrice debba configurare fattispecie «empiricamente verificabili»⁶². Ma forse è proprio sulla nozione di verificabilità che conviene soffermar-

⁵⁹ Sul tema v. GARGANI, *Fattispecie sostanziale e dinamiche probatorie*, cit., 96

⁶⁰ Da tempo il fenomeno era stato colto rilevandosi «l'offensiva probatoria nel diritto penale economico». Così VOLK, *Diritto penale economico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 487.

⁶¹ Così ancora PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 541; sul tema cfr. pure SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, 47.

⁶² V. Corte cost., n. 96 del 1981. Sull'argomento cfr. CINGARI, *I delitti di corruzione e gli impervi itinerari del processo*, in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, cit., 45

si. Infatti l'irruzione indebita del dato probatorio nella descrizione del "tipo" affida il giudizio sul disvalore delle condotte non ad una previsione preesistente alla medesima ma alla previsione scaturente da una ricostruzione del fatto storico e, per ciò stesso, successiva ai comportamenti incriminati.

Ma non è tutto. Tale tipo di attività attraverso la sovrapposizione del piano processuale su quello sostanziale di fatto sostituisce alla condotta tipica l'argomento probatorio. In altri termini si sostituisce la "stretta legalità" con un dato eminentemente discrezionale, verificabile e controllabile solo attraverso la valutazione sulla ragionevolezza della motivazione. E qui il problema non è costituito solo dalle tematiche di incertezza applicativa che hanno caratterizzato il libero convincimento⁶³, il ragionevole dubbio⁶⁴, le regole di giudizio⁶⁵; il punto è che nel momento in cui il fatto probatorio è invocato quale elemento costitutivo della fattispecie viene ad assumere se non un sapore di prova legale⁶⁶ quantomeno un gusto di prova privilegiata. In tal modo, però, di fatto si introduce una indebita scorciatoia probatoria; e la stessa non viene realizzata attraverso la violazione dei modi del procedere bensì approfittando di un accertamento da condurre su un'ipotesi di fattispecie sostanziale esangue. Così l'invocazione processuale di fattispecie "aperte" diviene strumento per semplificare l'onere dimostrativo che incombe all'accusa⁶⁷. Per convincersene si pensi a quanto accade in materia di responsabilità colposa, in particolare nell'ambito di fatti realizzatisi in strutture organizzative complesse. Materia, come noto, ormai prigioniera di quel diritto penale del rischio⁶⁸ che ha

⁶³ Sul tema, in genere, si rimanda per tutti a NOBILI, *Il principio del libero convincimento nel processo penale*, Milano, 1974, 17, dove evidenzia l'ambiguità della formula; Ibidem, *Storia di un'illustre formula: il libero convincimento negli ultimi trent'anni*, cit., 83.

⁶⁴ Sull'argomento cfr. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., 195. In sede giurisprudenziale il principio è stato più volte valorizzato dalla Cassazione anche nella sua massima composizione; cfr., tra le tante, Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 14800, in *Ced Cass.* 2018, rv. 272431; Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2017, n. 18620, in *Cass. pen.*, 2017, 2666; Cass., Sez. Un., 28 aprile 2014, n. 27620, Dasgupta, *ivi*, 2016, 3203.

⁶⁵ Sul punto, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Dig. pen.*, Agg., VIII, Torino, 2014, 646.

⁶⁶ In tal senso v. ancora PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 541.

⁶⁷ Sul tema, in genere, si rimanda a GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettiva di indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, 517, ove si precisa che «fra le regole del gioco vi è quella, preminente, ed essenziale, che la prova va offerta e prodotta da chi accusa. L'onere della prova incombente sull'organo statale persecutore si staglia in nitida sagoma, ineliminabile in ogni vicenda processuale, potendo solo in tal modo infirmarsi quella presunzione di innocenza che nel piano dei principi costituzionali costituisce il presupposto implicito e peculiare del processo». Da ultimo, per una ricostruzione dell'istituto cfr. TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Padova, 2020, 109.

⁶⁸ Sull'argomento cfr. DE VERO, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*,

condotto ad un'esagerata accentuazione del principio di precauzione⁶⁹ trasformando di fatto reati di evento in reati di pericolo. Già tale impostazione denota un arretramento del metodo probatorio che si deve confrontare non già sulla realizzazione di un evento ma sul non averlo prevenuto.

Ma non basta. È infatti sufficiente osservare la pratica giudiziaria per rendersi conto che in tali circostanze, soprattutto quando si disquisisce su omesse cautele, viene puntualmente contestata in via generale a tutti i cooperanti nel reato l'addebito di aver assunto una posizione di garanzia. Qui il richiamo all'art. 40, comma 2, c.p. è strumentale ad introdurre automatismi probatori svincolandosi così dall'onere di prova. Il tema non è di poco momento, posto che anche qui si vanno a ledere principi costituzionali. Basti pensare che l'onere di prova trae origine da quella presunzione di non colpevolezza prevista dall'art. 27, comma 2, Cost. che assegna alla medesima, nel momento valutativo, la funzione di regola epistemologica⁷⁰.

2016, 670 e ss.

⁶⁹ Sul punto, si rinvia a CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 755, il quale considera il principio di precauzione come un potenziale fattore di espansione del diritto penale, soprattutto con riferimento alla colpa; v. anche GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 331 e ss.

⁷⁰ Cfr. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 28, dove evidenzia che «qualificare come innocente l'imputato implica sia che la sanzione deve seguire la condanna, sia che la colpevolezza deve essere dimostrata nei modi di legge». Di qui il riconoscimento del principio secondo cui l'incertezza probatoria deve risolversi in senso favorevole all'imputato e ciò per la semplice ragione che l'oggetto dimostrativo del processo è la condanna e non l'assoluzione. Rilievo, questo, ribadito anche sulla base della considerazione in forza della quale «se per giungere ad una formale declaratoria di colpevolezza è necessario attendere l'esito dell'ultimo processo, l'oggetto dell'accertamento non può che essere costituito dalla colpevolezza dell'imputato con riflessi [...] sul piano dell'onere della prova»; così, esattamente, MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2, Cost: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 326. Nella medesima direzione cfr. pure DE CARO, *Presunzione d'innocenza, oneri probatori e regole di giudizio*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 412.

Anche in sede europea, con specifico riferimento all'accertamento processuale, si sottolinea come la presunzione d'innocenza sottenda una precisa regola probatoria e di giudizio: la colpevolezza dell'imputato va provata al di là di ogni ragionevole dubbio; e l'onere di fornire tale prova grava esclusivamente sull'accusa. In questa direzione cfr. Corte edu, 23 febbraio 2010, Mangano c. Italia. Inoltre, secondo i giudici europei, l'art. 6.2 Cedu non vieta, in linea di principio, l'uso di presunzioni *contra reum*, ma esige che le stesse restino circoscritte entro limiti ragionevoli (così, Corte edu, 20 ottobre 1988, Salabiaku c. Francia). Sempre in tema di regole di giudizio, la Corte edu ha precisato come la presunzione di innocenza esiga «tra l'altro, che nello svolgere le loro funzioni i membri dell'organo giudicante non partano dall'idea preconcepita che il prevenuto ha commesso il reato per cui lo si persegue; l'onere di prova pesa sull'accusa e il dubbio va a vantaggio dell'accusato; inoltre l'accusa ha il dovere di indicare all'interessato gli addebiti di cui si farà carico». In questi termini Corte edu, 6 dicembre 1988, Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna; nella medesima direzione, cfr. Corte edu, 23 luglio 2002, Janosevic c. Svezia; Corte edu, 30 marzo 2010, Poncelet c. Belgio).

8. *Una morfologia della pratica che genera imprevedibilità.* Le osservazioni formulate evidenziano una situazione di grave imprevedibilità sulle conseguenze di una condotta; imprevedibilità che, oltre a trovare origine nell'indeterminatezza descrittiva di una fattispecie di reato, trasmigra anche sul contenuto della decisione. Questo, del resto, è l'inevitabile risultato quando si introducono tra i "tipi" del reato momenti di valutazione discrezionale del fatto storico, per di più filtrati da atteggiamenti elusivi dell'*onus probandi* e in genere di un ortodosso metodo probatorio. Si è quindi al cospetto di un'imprevedibilità non limitata alla carenza descrittiva della fattispecie incriminatoria ma estesa al "trattamento" che tale situazione viene a rilevare sul piano processuale. E sul punto occorre ricordare che l'Europa non sta più a guardare; il che imporrebbe atteggiamenti operativi maggiormente virtuosi. Al riguardo non c'è da essere ottimisti un po' perché in quella sede certe consapevolezza probabilmente non sono state ancora percepite e poi in quanto non va sottovalutato come l'indeterminatezza linguistica dell'enunciato normativo consenta espansionismi giudiziari.

Del resto, a fronte di possibili forme di abuso del potere, l'ordinamento deve essere in condizione di apprestare le adeguate "terapie" affinché si pongano limiti ad uso indiscriminato dello stesso. In questa prospettiva occorrerebbe un intervento legislativo tendente ad una riqualificazione del sistema penale attraverso gli occhiali della "stretta legalità". In attesa che tutto ciò possa accadere è necessario tuttavia trovare soluzioni: il programma di lavoro diventa un imperativo categorico⁷¹ per prevenire condanne europee con conseguente attivazione di revisioni processuali⁷² che aprirebbero la via ad ulteriori forme di incertezze dello stesso *decisum*. Ma non è tutto, l'espansionismo del formante giudiziale rileva anche ai fini dell'osservanza costituzionale dell'art. 101, comma 1, della Carta dei valori nonché in quanto generatore di una giustizia del caso singolo che conduce ad un uso alternativo del diritto. Il pericolo paventato riguarda sia la produzione del *decisum* sia anche i "modi" attraverso cui si perviene al medesimo.

Si è già accennato come l'indeterminatezza della fattispecie di reato abbia una forte forza di impatto sulle regole e principi processual-penalistici, producendo conseguenze sulle indagini, sull'azione e sulla giurisdizione. Basti pensare

⁷¹ La categoria filosofica come noto fu teorizzata da KANT, *Critica della ragion pratica*, Riga, 1792, che la descrive come un comando a cui non si può sfuggire.

⁷² V. Corte cost., n. 113 del 2011. Sul tema, cfr. CANZIO, *Passato, presente (e futuro?) dei rapporti tra giudicato "europeo" e giudicato penale italiano*, in *Leg. pen.*, 2011, 465; DIDI, *La "revisione del giudizio": nuovo mezzo straordinario di impugnazione delle sentenze emesse in violazione della CEDU*, in *Giust. pen.*, 2011, I, col. 151.

che «quando la norma difetta di determinatezza [...] l'organo dell'accusa deve affrontare un compito che – stando all'ordinamento – gli sarebbe estraneo [...]; deve delimitare il campo della propria futura attività, selezionando preliminarmente i fatti da investigare. In altre parole, egli deve supplire al difetto di determinatezza della fattispecie»⁷³. Ora, pur volendosi concentrare sugli effetti che può provocare in sede processuale una fattispecie impoverita, occorre evidenziare come la stessa non consenta un legittimo governo dell'attività probatoria. Risulta difficile definire il perimetro della pertinenza e rilevanza dell'esperimento probatorio con pericolo di declaratoria di inammissibilità e conseguente possibile violazione del diritto alla prova⁷⁴. Ancora più difficile operare una simile valutazione con riferimento alle domande formulate in dibattimento al dichiarante in sede di esame e controesame. Tutto ciò rischia di produrre una contrazione del contraddittorio che, come noto, costituisce il metodo elettivo di conoscenza giudiziale⁷⁵. Senza l'effettiva realizzazione dello stesso viene meno la verificabilità del dato conoscitivo che, in tal modo, viene sottratto alla prova di resistenza confutativa⁷⁶. Si è così costretti a lavorare su esperimenti probatori sottratti a verifiche epistemologiche che necessariamente producono una gnosi giudiziaria fallibile. Di qui la prospettiva di una logica di giudizio affidata non a regole conoscitive ma a convinzioni, o meglio, a intuizioni personali.

9. *Conclusioni.* A questo punto occorre prendere atto che il problema della processualizzazione delle fattispecie impoverite conduce a violazioni di principi costituzionali costituenti il “nocciolo duro” della Carta dei valori⁷⁷. Ed allora, in attesa di riforme legislative, è necessario correre ai ripari nella consa-

⁷³ Così ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, cit., 570.

⁷⁴ Per una pregevole ricostruzione in chiave costituzionale del diritto alla prova qualificata come proiezione del principio di non colpevolezza cfr. PASTA, *Dall'episteme alla critica: il diritto alla prova dell'accusato*, in *Processo penale e Costituzione*, cit., 389.

⁷⁵ In questa direzione v. Corte cost., n. 32 del 2002, n. 32; Id., ord., n. 36 del 2002; v. anche Id., ord. n. 473 del 2002; Id., ord. n. 453 del 2002; Id., ord. n. 396 del 2002; Id., ord. n. 365 del 2002.

⁷⁶ Sul tema sia consentito il rinvio a DINACCI, *Il contraddittorio per la prova: anabasi e catabasi*, in *Cass. pen.*, 2019, 1714.

⁷⁷ Sul tema cfr. Corte cost., n. 1146 del 1988, la quale ha precisato che «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

pevolezza che il principio di stretta legalità ed i modi di produzione della verità processuale non consentono letture riduttive. Ne deriva un'inevitabile dovere di supplenza esegetica volta a valorizzare, nell'interpretazione dell'enunciato normativo, letture razionalizzanti che allineino il precetto ad esigenze di tipicità, ovvero a sollevare questioni di legittimità costituzionale.

Come noto, però, l'accesso alla Consulta è un accesso mediato che presuppone una condivisione del giudice che procede. In assenza di tutto ciò si dovrebbe pretendere una maggiore qualità descrittiva dei capi di imputazione. Una più dettagliata enunciazione del fatto storico riconducibile alla fattispecie giuridica aiuterebbe sul piano del governo probatorio ma non sarebbe in grado di eliminare il problema d'origine costituito dall'indeterminatezza della fattispecie.

L'ipotesi prospettata, peraltro, potrebbe servire avuto riguardo ad alcuni reati dove il vuoto di determinatezza può essere in parte scongiurato da una maggiore descrizione del fatto storico, ma non quando si è in presenza di fattispecie incriminatrici costituenti un indistinto normativo⁷⁸. Si pensi alla difficoltà di descrivere compiutamente i vari episodi della vita reale diretti a comprovare un reato associativo o, ancor peggio, un concorso esterno nel medesimo.

La realtà è che occorre lavorare su base ermeneutica consapevoli del fatto che una carenza di tassatività protrattasi nel tempo si candida «alla sanzione dell'imprevedibilità, e un giudice che applichi un diritto imprevedibile commette un illecito interpretativo sanzionabile a Strasburgo»⁷⁹.

Ne discende il recupero di un ruolo sociale dell'interprete in forza del quale il giurista deve segnalare la presenza di eventuali poteri extragiuridici, assolvendo ad un compito di «garanzia sociale» che, come noto, è definita dall'art. 23 della Costituzione francese del 1793 come «l'azione di tutti per assicurare a ciascuno il godimento e la conservazione dei suoi diritti».

Si tratta di un'esplicazione normativa di quella «lotta per il diritto» intesa come dovere della persona verso se stessa e, al tempo stesso, verso la comunità⁸⁰.

⁷⁸ Sul tema cfr. GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, cit., 97.

⁷⁹ Così, correttamente MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., 1148; in sede europea, in tal senso, cfr. tra le tante Corte edu, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, cit; Corte edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, cit.

⁸⁰ Sull'argomento si rimanda a JHERING, *La lotta per il diritto*, 1872, Traduzione italiana di R. Mariano, Bari, 1960, III, 70.