

L'OPINIONE

MARCELLO GALLO

Grammatica delle frasi che chiamiamo fattispecie

L'Autore, nel presente lavoro, tende a enucleare con chiarezza i vari significati penalistici del sintagma fattispecie, senza mai dimenticare riferimenti processuali e storici.

Grammar of the sentences we call case in point

In this work, the Author tends to clearly enumerate the various penal meanings of the word 'case', without ever forgetting procedural and historical references.

1. I miei due o tre attenti, severi lettori avranno subito colto che uso il termine “fattispecie” al plurale non, come di solito accade, al singolare. Il punto è che, se non mi attengo a nomenclatura solidamente affermata, tengo conto, anzi valorizzo, il processo che, nel quotidiano linguaggio del diritto, stempera, frazona l'apparente unitarietà concettuale.

All'origine del favore, della voga che il termine riscosse e riscuote nel discorso di chi, da noi, fa il mestiere delle leggi c'è il famoso “tatbestand”: non senza ironia, così qualificato da un Maestro che non nascondeva la sua diffidenza verso la parola e la dottrina tedesca che ne faceva gran conto accolte come fossero novità decisive da noi. Non era, però, soltanto questione di moda: la parola, la nozione si era rivelata davvero assai utile a sintetizzare, in tutta brevità, ma con la massima efficacia, quello che occorre che si realizzi, o che sia pensato come realizzato, perché un determinato effetto giuridico si produca. Per i penalisti, fattispecie per eccellenza la combinazione di parole il cui senso è la descrizione del comportamento produttivo dell'effetto penale per eccellenza: la pena. Dal mio punto di vista, riconoscimento dei vantaggi offerti dal termine tanto nel linguaggio dei tribunali quanto in quello delle aule universitarie con la conseguente distinzione, di prima, primissima approssimazione, ma davvero assai comoda, tra fattispecie oggettiva e soggettiva - l'una, concepita e ritenuta, comprensiva degli elementi fattuali necessari all'illecito penale; l'altra, sintesi degli elementi, processi mentali presentati come indispensabili.

2. Grande il successo del termine, tale da fargli superare gli originali confini. Di fattispecie si è parlato e si parla non solo per indicare l'insieme dei segni che descrivono la condotta umana a cagione della quale si determinano conseguenze stipulate come giuridico-penali: dottrina e prassi definiscono e considerano “fattispecie” anche la narrativa di un singolo elemento essenziale alla

struttura dell'illecito o, comunque, influente sui risultati dell'illecito. "Fattispecie" diventa così l'equivalente di "fatto giuridico": forse, rispetto a quest'ultimo, con una sfumatura che evidenzia l'immediata causazione di effetti giuridicamente rilevanti, laddove "fatto giuridico" è sintagma che si limita ad informarci sulla rilevanza dell'accadimento raccontato. Rilevanza che, ovviamente, va riconosciuta anche quando, dall'accadimento in sé e per sé considerato e descritto, non sorgono effetti giuridici, per il verificarsi dei quali occorre una pluralità di fatti - catena rispetto alla quale il fatto da cui si parte rappresenta un anello.

Tipica, a riguardo, l'espressione "fattispecie circostanziale", ad indicare fatti giuridici non necessari ma eventuali che cagionano la modifica degli effetti discendenti da una fattispecie realizzata al completo dei suoi elementi. Del tutto naturale, dunque, che al termine si faccia posto anche per descrivere ed analizzare quelle parti della norma reale che non ci dicono quali sono gli accadimenti da cui discendono certe conseguenze: sul presupposto di questi elementi, prescrivono come debba svolgersi l'accertamento fattuale, reale o pensato come reale, di accadimenti corrispondenti al racconto normativo. Tratto, questo, a conferma, se ce ne fosse bisogno, della unitarietà della proposizione che chiamiamo "norma penale" - complessa, ma fatta di elementi fusi in una dizione riconducibile ad uno schema quanto mai semplice e, come tale, avvertito: non "se si verifica *a* allora *b*", ma "se si accerta nel modo prescritto che *a* si è verificato, allora *b*". Dove *b* è un susseguirsi di obblighi e di oneri che fanno capo a soggetti deputati, in forza di altri obblighi ed oneri, a determinate attività. Come vedremo, è questo il senso della norma reale: enunciato di come e quando si verifichi la situazione fattuale in forza della quale una conseguenza sanzionatoria, a monte, concepita e qualificata penale, si applica ad un certo soggetto. Tutto si svolge configurando accadimenti ipoteticamente realizzati e accadimenti tutti ipotetici da realizzare: momento cosiddetto sostanziale della norma assieme al momento cosiddetto processuale.

3. Vedremo più appresso che cosa significhi il concatenarsi di obblighi ed oneri, adesso ritengo essenziale cercare di mettere a punto le modalità, le regole che, in forza di altre regole, debbono presiedere alla confezione di parole cui, nell'insieme, diamo carattere e scopo normativi. Incomincio, naturalmente, dal significato di cui carichiamo una proposizione linguistica quando la riconosciamo norma. Si parte dalla narrazione di una vicenda imperniata su una possibile condotta umana. Diversamente da quel che caratterizza la narrazione fine a se stessa - il piacere di raccontare - il narratore, singolo in-

dividuo o insieme di persone, quando intende produrre una serie di parole costitutive di una norma, non è libero di attribuire, a suo piacimento, all'ipotetico autore della condotta disegnata i pensieri, i sentimenti, le intenzioni che gli sembrano più acconce a descrivere un personaggio, una vicenda. Deve procedere o prescindendo nel modo più assoluto da tutto ciò che riguarda l'interiorità dell'agente o utilizzando categorie che schematizzano, irreggimentano volizioni e sentimenti: non intende narrare una storia, ma porre un comando, un imperativo – comunicazione che non si limita ad un appello alla buona volontà del destinatario, ma mette quest'ultimo al bivio della scelta fra seguire quanto è comandato o incorrere, se non si adegua all'imperativo, in una conseguenza normalmente lesiva o comunque sentita come lesiva del suo interesse.

Alla base, la comunicazione: le regole che la concernono sono scritte e impartite non, come ci aspetteremmo, rivolgendosi a chi è in grado di confezionare una norma, ma a chi legge la norma. C'è insomma convinzione, purtroppo non sempre giustificata, che il soggetto legittimato a produrre, a scopo normativo, una proposizione linguistica si attenga a quanto è necessario a che il lettore della proposizione sia messo in grado di comprenderla e utilizzarla come criterio di scelta del proprio farsi nel mondo esteriore. Penso che scorre lungo la fluida dizione dell'art. 12 delle Disposizioni Preliminari alla legge in generale: "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore". Questo, il primo comma dell'articolo che ho richiamato. Se ci fermassimo ad esso, dovremmo concludere, con dottrina della maggiore autorevolezza¹ che il linguaggio delle regole, il linguaggio legislativo, è linguaggio chiuso – per sobrio, addirittura scarno che sia, dice tutto quello che il diritto insegna e comanda a proposito di una certa, eventuale, possibile condotta umana.

Insisto sulla inevitabilità che l'accadimento ipotetico considerato sia sempre un fare o non fare umano: anche quando l'oggetto della proposizione linguistica sembra esaurirsi in un accadimento naturale, morte, nascita di una persona, la regola è diretta a chi da questo accadimento naturale deve trarre certe conseguenze, comportarsi cioè in modo che gli effetti che la regola ricollega all'accadimento naturale possano inverarsi in eventi sensorialmente percepibili.

¹ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012.

4. Ciò posto, l'idea che quello normativo sia linguaggio autoreferenziale porta a concludere che anche un ordine fondato su un'unica, solitaria regola sia misura di ogni possibile comportamento: ordine, insomma, conclusivo e perfetto. Così, per esempio, l'ordine costituito unicamente dall'imperativo di non uccidere intenzionalmente un uomo - tutto il resto, non solo indifferente, ma addirittura lecito. Idee condivisibili in un ordinamento che ignori tecniche di ampliamento delle proposizioni che, scritte o orali, definiscono il comando, ma non rispecchia l'ordinamento che ad almeno una di queste tecniche ricorra. Che è invece caratteristica del nostro ordinamento: "Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (art. 12, comma II, Prel.). Specialmente interessante al nostro discorso la prima parte di quest'articolo: quella che dà ingresso esplicito alla estensione analogica. In un assai giovanile scritto, frutto della collaborazione con uno studioso appena uscito da adolescenza che sarebbe diventato uno dei più raffinati romanisti contemporanei, Alberto Burdese, c'è la pretesa di superare l'ostacolo osservando che il caso non contemplato da una precisa disposizione va deciso avendo riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe. Ma era un serpentello che si morde la coda. Dalla formulazione alla applicazione si apre uno spazio praticamente indefinibile. Ravvisare similitudine di caso o analogia di trattamento, e in base a queste, decidere è operazione tutta affidata a un soggettivismo denso di presupposti culturali, orientamenti cosiddetti tecnico-giuridici, sensibilità personali talmente forti e talmente sottratti a ragionevole prevedibilità da escludere, o perlomeno rendere tremendamente difficile, che quella che dovrebbe essere la regola formata in via analogica possa funzionare da orientamento, criterio di comportamento per quanti l'ordinamento elegge a suoi destinatari. Da qui il grande ritengo ad utilizzare lo strumento e addirittura il divieto di farvi ricorso nel "penale".

Possiamo fermarci a questo punto e concludere che l'asserto secondo il quale il linguaggio legislativo sarebbe sempre chiuso, autoreferenziale, non vale quando l'analogia sia consentita, pur tra le difficoltà di cui ho fatto cenno, dall'ordinamento: regge solo nell'ordinamento, o quei settori di ordinamento, come da noi quello penale, nei quali l'analogia non è consentita.

Sempre dall'art. 12 traiamo una regola fondamentale non solo entro l'orizzonte della "giuridicità", ma in quello di ogni sistema normativo.

La comunicazione esige, anzi presuppone necessariamente, la possibilità che il destinatario non solo possa intenderla, ma anche accoglierla o rifiutarla: intenderla e poi scegliere. La comprensione non basta: occorre che ci sia anche la possibilità che, nei fatti, il destinatario sia in grado di seguire l'imperativo o disattenderlo. E ciò dipende da quanto è oggetto del comando e da come sono confezionate le tecniche alla stregua delle quali si accerta l'osservanza o la violazione del comando stesso.

5. Un primo passo sul vasto territorio delle regole cosiddette processuali: elemento dinamico della norma reale, statica per quanto concerne il suo profilo cosiddetto sostanziale. Prima di accingerci all'analisi delle regole che regolano queste regole, mi si perdoni la rozza ripetizione ma la reputo indispensabile, è opportuno gettare un'occhiata a come dal racconto dell'ipotetica condotta generatrice di conseguenze giuridiche si imponga il passaggio al racconto del meccanismo, nel gergo: procedura, che descrive e comanda una serie di atti culminanti nella applicazione della sanzione - atto definitivo, ma solo fino ad un certo punto: purché non intervengano mezzi cosiddetti straordinari che rimettono in moto la logica dell'accertamento.

Una prima cosa, del tutto ovvia, ma della quale è facile dimenticarsi. Il meccanismo attivato dalla ragionevole possibilità che la condotta ipoteticamente disegnata dalla norma reale abbia trovato rispondenza fattuale in condotta fattualmente posta in essere richiede l'azione o l'omissione di persone preposte a maneggiare le leve di questo meccanismo: insomma, un sistema di successivi comandi o dichiarazioni che stipulano che gli atti realizzati in difformità da quanto disegnato non sono atti giuridicamente perfetti. Si apre il ventaglio dei possibili trattamenti: dalla sanzionabilità di questi atti alla inidoneità, assoluta o relativa, a produrre le conseguenze cui l'atto perfetto è diretto.

E qui una parentesi solo a prima vista incidentale, in realtà punto focale per la comprensione dei cammini che la fenomenologia del diritto deve percorrere se si riconosce che valenza ed efficacia della regola non sono, belli o brutti, pensieri astratti destinati al regno delle intenzioni: quello, ai tempi nostri, dei messaggi affidati alla rete più che quello della carta stampata. Indispensabile all'osservanza e alla trasgressione del comando la cooperazione del fattore umano, ma perché situazioni giuridiche divengano realtà fattuale, accadimenti sensorialmente percepibili, ci vuole la buona volontà dei soggetti incaricati dell'avvio e del funzionamento degli strumenti coattivo-sanzionatori. Guai a non tener conto di come la pensa sul comando chi non è destinatario del comando ma deve intervenire se il comando non è osservato - farlo rispetta-

re, come si dice. Non poche delle fragilità, dei vuoti che ravvisiamo nell'esperienza giuridica concreta sono dovuti proprio alla trascuranza, da parte dei fattori legislativi, del ruolo giocato dagli addetti ai meccanismi che inverano gli effetti disposti dalla norma. Fragilità e vuoti inaccettabili. Da sempre o quasi, c'è stata la denuncia del malessere e delle sue conseguenze: "le leggi son ma chi pon mano ad elle?"

Facciamo i debiti scongiuri e riprendiamo a ragionare, come quasi sempre fa chi professa il mestiere delle leggi, dando per scontato che l'ingranaggio coattivo-sanzionatorio si mette in moto quando la regola lo prescrive.

Ho già detto che entrano in gioco situazioni giuridico-soggettive: diritti, obblighi e oneri. Vedremo subito che i primi, i diritti, dipendono dagli obblighi e dagli oneri: che condizionano i diritti e, al tempo stesso, li proteggono. Che gli addetti ai lavori non si sottraggano al compito può essere assicurato da regole che, in caso di inadempienza, impongano obblighi, con conseguenti sanzioni, o pongano oneri: informino l'interessato che, se vuol confezionare un atto perfetto, produttivo degli effetti propri all'atto debitamente costruito, deve attenersi a modi e a termini - se non lo fa, l'atto non avrà conseguenze o le avrà in modo, per così dire, precario.

Poco seguita, la prima delle due strade indicate. A meno che la violazione dell'obbligo dia luogo ad illecito penale, amministrativo-disciplinare o soltanto civile, non c'è sanzione in caso di inosservanza di esigenza posta da una regola procedurale. Che non vuol dire che l'inosservanza passi inosservata, come si suol dire: in cavalleria. Scatta, a riguardo, la meccanica dell'onere: l'incentivo a dar vita ad atti conformi al prescritto e quali le conseguenze se ciò non avviene, si concretizzano nella mancata produzione degli effetti, secondo le regole, riconducili all'atto compiuto come è prescritto. L'assoluta inidoneità a produrre le conseguenze cui l'atto è destinato, o l'idoneità a cagionare effetti discrezionalmente rimovibili d'ufficio o per eccezione della parte interessata a rimuoverli, è indice e sigillo del come i fattori di produzione del diritto valutano la gravità di una determinata inosservanza.

Si potrebbe anche configurare un onere positivamente orientato: immaginiamo una sorta di premio per chi dà vita all'atto rispettando tutte le regole. Ad esempio, certi termini si allungano o si accorciano in modo da favorire chi ha compiuto un certo atto rispettando tutto quanto è in proposito previsto da una o più regole. Ma è strada che non mi risulta imboccata. Il legislatore, non fa eccezione: come quasi tutti quelli che dettano le regole del gioco, si muove convinto che il bastone sia più persuasivo della carota.

6. La normatività, nozione ovviamente assai più estesa della giuridicità, non può fare a meno della fattispecie: narrativa, modello al quale si debbono rapportare gli accadimenti oggetto di disciplina. Dunque, anche la frazione della norma reale, costituita dalle regole che governano modi e tempi delle condotte volte ad accertare se si sia o no verificato l'accadimento descritto dalla norma nella sua parte condizionante, statica, e a trarne le conseguenze, anche questa funziona configurando più schemi che disegnano i comportamenti ritenuti necessari o, almeno, utili allo scopo. Ipotizza, insomma, più fattispecie frammenti di una serie: a partire dal momento che segna l'inizio del procedimento fino a quello che ne consuma la fine, comportamenti comprensibili solo a chi legga e consideri il prima e il dopo. Senza questo prima e questo dopo, non avrebbero senso: teatro dell'assurdo e basta.

È un procedimento davvero complesso quello che tento di raccontare, sul filo dell'idea che un racconto fedele passa attraverso la decostruzione delle cose che narra. Tolstoj, nell'incipit di *Anna Karenina*, ce l'hanno illustrato una volta per tutte. Certo, quando le cose sono piuttosto complicate, c'è bisogno di un filo d'Arianna. Al fine che mi propongo, mi sembra appropriato trovare il filo conduttore nell'idea, che diventa concetto informatore, senso di atti che ad esso debbono informarsi: la corrispondenza fra accusa e decisione finale – nel nostro gergo, la sentenza.

Come ogni concetto di ragion pratica, anche questo deve modellarsi secondo la realtà di cui vuole condensare in una frase, in pochissime parole, il significato. La realtà di cui parlo è quella del processo secondo le regole: il processo che si distingue nettamente da quello, per secoli purtroppo, invalso inquisitorio. Gli contrapponiamo oggi nelle parole, se va bene nelle intenzioni più che nei fatti, il processo giusto: assumiamo che la pratica del processo secondo le regole è quella che si avvicina di più al sentimento di giustizia condiviso da gran parte delle persone che si autodefiniscono occidentali.

La contrapposizione non potrebbe essere più netta. Così come netta è la diversità dello scopo cui ciascuno di essi tende. Non coglie appieno la natura del processo inquisitorio chi afferma che risulta tutto mirato alla ricerca della verità, costi quel che costi. La verità, certo: ma verità confessata, riconosciuta, frutto di volizione supposta autonoma, non ottenuta incastrando, l'una sull'altra, evidenze obiettive, esterne alla persona del dichiarante. Perché lo scopo ultimo, essenziale, è che questi salvi la propria anima: meta raggiungibile solo al prezzo della ammissione del peccato – qualcuno sottolinea: conoscerai il tuo peccato solo quando lo confesserai. Confessione estorta, si dirà: la tortura e la minaccia della tortura hanno un peso decisivo. E su questo non

c'è dubbio. Ma è constatazione che non diventa sconfitta del giudice: non è negata l'importanza della spontaneità, c'è posto anche per essa. I tratti di corda, ogni altro mezzo di pressione soggiacciono a certe regole, conoscono certi limiti. Come a dire: posso spingerti e pungolarti per tutto il percorso, ma il passo ultimo, decisivo, spetta a te.

All'ebbrezza metafisica del giudice, mosso più che dalla volontà di punire dalla speranza di mondare chi è oggetto delle sue cure di colpe che irrimediabilmente gli precluderebbero la salvezza, fa fronte il senso dell'effettivo che anima chi patrocina stile e metodi diversi non tanto sulla spinta di soccorrevole pietà, ma perché trae certe conseguenze dalla riflessione su come realmente stanno le cose. Il paradosso dell'innocente, debole e timoroso, che non resiste al dolore, mentre il colpevole, robusto e spavaldo, finisce col prendere in giro il giudice. Luigi Firpo raccontava la vicenda di Campanella. Non è posta in discussione la tensione metafisica. Ma non riguarda il secolo, per il quale sono i fatti che contano: va bene la preghiera, va bene il fatto – ma ciascuno al suo posto. La transizione è segnata dal piccolissimo mutamento lessicale della formula del Re taumaturgo la cui mano sfiorava il lebbroso. Nasce: “il Re ti tocca, Dio ti guarisce”; diventa: “il Re ti tocca, Dio ti guarisca”.

7. Il nostro è processo giusto – almeno, così è definito e così si vuole che venga considerato. Sappiamo che è disciplinato dalle regole in forza delle quali la frazione dinamica della norma-base si inverte nei fatti. Momento finale alla realizzazione del quale è necessaria l'adesione, la cooperazione di soggetti preposti all'apparato coattivo-sanzionatorio. Affare della politica del diritto, lo studio di come a ciò si addivenga. Mi fermo allo schema normativo: sarà disegno dai colori rosei, cari a chi tende ad illudere, prima di tutti se stesso, poi gli altri, ma è, pur nella sua astrazione, un fatto. Ed è impossibile non tenerne conto.

Mi rifaccio, a questo punto, ad un'intuizione di Franco Cordero. Intelligentissima, come quasi tutte le cose che ci ha lasciato questo mostro sacro della procedura, non è detto che vada seguita fino in fondo: serve a dare lo spunto, ad abbattere qualche muro di troppo. Mi riferisco alla utilizzazione della fattispecie al fine di capire e spiegare il susseguirsi degli atti, qualche volta dei fatti, che, uno dopo l'altro, fanno procedimento. Non credo di allargarmi troppo se scorgo in tutto ciò il rinverdire di un ordine di idee maturato nella letteratura tedesca negli ultimi anni mariani e nei primi anni nazisti: la situazione giuridica. Il ricupero, insomma, di una teorica che aveva fatto furore. Guai, però, a dividerne l'afflato polemico, presupposto politico bugiardo e bar-

baro, contro il concetto di rapporto giuridico processuale – ritenuto frutto di una modernità malata, intristita dalla “letteratura giudaicamente contagiata”. Sulla fattispecie, sulla situazione giuridica Cordero insiste in un disegno tutto asettico, volto solo a descrivere la realtà normativa. Di fattispecie processuali ne cita non poche ed altre ancora avrebbe potuto citare: il processo è una serialità che infila, uno dopo l’altro, una *a* condizionante ad un *b* condizionato. Esporre questa sequela, e l’ordine secondo cui si svolge, spetta ai manuali, ai trattati. Quanto a me, mi limito alle tre fattispecie che ritengo essenziali all’idea di processo giusto.

8. Comincio da quella che possiamo chiamare fattispecie legale: il racconto di una vicenda umana alla cui realizzazione in accadimenti conformi alla narrazione normativa nel mondo sensorialmente percepibile fa seguito una sanzione definita penale. L’informazione che ci viene data dalla parte condizionante della norma reale.

Poi, la fattispecie processuale: l’assunzione che una condotta rispondente ai requisiti enunciati dalla fattispecie legale sia posta in essere da persona umana anche non identificata. È il momento che vede, in logica successione combinate, imputazione e contestazione. Su questo, lucidamente Oreste Dominioni. Nel suo scritto², l’essenziale – più esattamente: quel che ci permette di arrivare all’essenziale. Imputazione è la ricerca e l’esposizione in segni significanti di ciò che si ha giustificato motivo di ritenere possa essersi verificato. Tanto storicamente, sensorialmente accertabile, quanto virtualmente, pensato come storico e sorretto da evidenze pensate oggettive. Imputazione, insomma, sta a significare una certa attività finalizzata ad un certo scopo e il risultato di questa attività. La sequela presuppone che sia raggiunto lo scopo dell’imputazione: ricerca e stipulazione del racconto. Del racconto di un fare od omettere umani che riproducano, nella realtà o virtualmente, il comportamento disegnato dalla norma in tutti i tratti che lo caratterizzano.

A questo punto, la comunicazione: il soggetto che nel disegno abbozzato figura autore del comportamento considerato rispondente ad una fattispecie legale è in un insieme logicamente inscindibile a chi, ricevuta la notizia, è deputato a porre in essere quel che occorre perché la comunicazione ottenga il risultato in vista del quale è pensata e attuata. Disegno abbozzato: teniamo presente la specificazione. Ci troviamo di fronte a possibilità tanto prevedibili quanto

² DOMINIONI, *Imputazione* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, vol. IX, 1970, 818.

pericolose: è quasi inevitabile che nel corso delle attività volte ad accertare e a verificare il fatto, i contorni, quando come non di rado accade, l'essenziale del fatto stesso, cambino, si arricchiscano di particolari, perdano connotati o nuove note sostituiscano quelle scomparse. È cosa di cui bisogna prendere atto: ma, al tempo stesso, bisogna prendere atto della scivolosità del cammino intrapreso.

La persona nei cui confronti si svolgono le indagini può validamente difendersi solo se informata, a tempo debito, del contenuto dell'accusa e delle prove addotte a sostegno dell'accusa stessa. Limpido e perentorio, a riguardo, il comma III dell'art. 111 Cost.: "Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico...". Vediamo, allora, come la legge ordinaria faccia fronte alle aspettative che la Carta suscita nell'indagato. Prima di tutto che non si perda tempo. Una volta formulata, l'imputazione, e abbiamo sopra visto che cosa formulare un'imputazione significhi, va comunicata all'interessato: tenerla nel cassetto proseguendo nel frattempo le indagini significa, detto senza mezzi termini, indebito assoggettamento di persona assistita da garanzie costituzionali a controlli illeciti; significa violare quei diritti alla riservatezza che concorrono a fare di un uomo una persona, centro di imputazione di doveri giustificati dalla titolarità di diritti.

Insisto sul tema. La comunicazione deve essere tempestiva e deve, inoltre, dare all'imputato la possibilità di preparare la sua difesa. Che vuol dire, e la Carta espressamente lo esige, tempo e condizioni necessari. Niente colpi di scena, dunque, nel processo italiano: vanno bene in un dramma - commedia di Agatha Christie - ma sono estranei alla nostra scena processuale. Alla quale, purtroppo, risulta estranea un'altra cosa che invece dovrebbe essere sempre tenuta presente: la riservatezza della relativa comunicazione alla persona accusata di un reato. Ma andiamo avanti.

9. La Carta detta le regole generali, in teoria assolutamente inderogabili. Regole che vanno rese operative da leggi ordinarie. Decisiva, dunque, la rispondenza della legislazione ordinaria ai precetti della legge-base. Cardine l'art. 521 c.p.p.. Già la rubrica ci mette sull'avviso: "correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza". Il testo conferma l'intitolazione, tutto incentrato com'è sulla necessità che la sentenza rispecchi l'imputazione contestata. Quanto sta di mezzo tra quest'ultima e la decisione che definisce il processo o un grado del processo non viene in considerazione. Vedremo che anche sul

modo in cui viene pensata e realizzata la correlazione fra imputazione contestata e sentenza c'è parecchio da dire: adesso mi preme sottolineare come la regola non si faccia assolutamente carico di quanto avviene tra i due momenti evocati.

E può accadere qualcosa di grosso: può accadere che la decisione non vada oltre il perimetro disegnato dalla contestazione, ma ci arrivi utilizzando evidenze probatorie cui non si era fatto ricorso, almeno palese, nelle fasi precedenti del processo. Certo, queste evidenze saranno raccontate e spiegate in motivazione - che vuol dire a cose fatte, senza che l'interessato potesse dire la sua prima che il giudice decidesse di avvalersene. Il legislatore, incautamente, ci dice tutto d'un fiato da che angolo visuale considera le questioni suscitate dall'imputazione contestata. In chiunque si voglia identificare questo convitato, tutt'altro che muto, presente anche nel più ispirato canto giusnaturalistico, persona singola, collegio o assemblea, dottrina, spirito del tempo e potremmo continuare, arriveremo sempre ad una conclusione: quest'entità, codifica ciò che prima che *mos* è *abitus* mentale di chi legge una regola per poi applicarla, sicuro di attuare il sacrosanto principio della divisione dei poteri.

Non stupisce, pertanto, la disinvoltura di enunciati enormi. Pensiamo all'incipit del 521: "Nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione...". Il fatto può essere qualificato alla stregua di una norma della quale, nel corso del processo, non si è mai parlato, rispetto alla quale l'imputato non ha mai avuto occasione di far valere le sue ragioni. Chi può dire che cosa sarebbe accaduto se gli fosse stata data questa possibilità prima che i giudici si ritirassero in camera di consiglio? All'art. 530 c.p.p., troviamo due formule che avrebbero potuto coronare la sentenza di assoluzione: il fatto non costituisce reato, il fatto non è previsto dalla legge come reato. Formule che indicano, con la massima chiarezza, come il fuoco del processo possa concentrarsi tutto sulla qualifica di un fatto sulla cui sussistenza non c'è dubbio alcuno.

Il processo è un affare lungo e complesso nel corso del quale non solo la qualifica, la cosiddetta natura giuridica, del fatto può presentarsi diversa da quella enunciata nella contestazione. Evenienze sopravvenute possono dare al fatto un'immagine diversa da quella tracciata nella contestazione, tanto iniziale, che effettuata a norma degli artt. 516, 517 e 518 comma II³. Il giudice dispone,

³ Art. 516 c.p.p.: "Se nel corso dell'istruzione dibattimentale il fatto risulta diverso da come è descritto nel decreto che dispone il giudizio, e non appartiene alla competenza di un giudice superiore, il pubblico ministero modifica l'imputazione e procede alla relativa contestazione.

1-bis. Se a seguito della modifica il reato risulta attribuito alla cognizione del tribunale in composizione

allora, la trasmissione degli atti al pubblico ministero: diventa necessaria che gli sia rivolta da quest'ultimo la domanda giudiziale sul fatto diverso che si è profilato al posto del fatto contestato. Soluzione impeccabile a leggerla - ma, come quasi sempre succede quando le cose appaiono immediatamente evidenti e semplici, basate su un dato suscettibile di più letture, veicolo quindi di soluzioni senza comune filo conduttore.

10. Cerco di mettermi al sicuro e mi appello a dottrina assai autorevole. Secondo Cordero: “dal confronto fra l'avvenimento emerso dalla istruzione probatoria e la figura costruita nell'accusa risulta che cosa dobbiamo intendere per diversità del fatto. Ad esempio, se vengano in considerazione sotto quest'aspetto le differenze che non influiscono sul profilo giuridico dell'addebito, è un problema mal posto: la risposta suona certo affermativa ogniqualvolta sia in gioco uno dei caratteri (tempo, luogo, strumento, oggetto materiale) in base ai quali l'asserito fatto è individuato nell'atto conclusivo del procedimento istruttorio; e poiché i caratteri appena enumerati bastano a garantire la tipicità storica dell'accusa, ogni ulteriore nota descrittiva che fosse contenuta nell'ordinanza di rinvio a giudizio o nella richiesta di citazione sarebbe sovrabbondante e perciò priva di interesse, ai fini dello stabilire se il fatto quale emerge dal dibattimento o è emerso dalla istruzione sia o meno quello contestato”.⁴

collegiale anziché monocratica, l'inosservanza delle disposizioni sulla composizione del giudice è rilevata o eccepita, a pena di decadenza, immediatamente dopo la nuova contestazione ovvero, nei casi indicati dagli articoli 519 comma 2 e 520 comma 2, prima del compimento di ogni altro atto nella nuova udienza fissata a norma dei medesimi articoli.

1-ter. Se a seguito della modifica risulta un reato per il quale è prevista l'udienza preliminare, e questa non si è tenuta, l'inosservanza delle relative disposizioni è eccepita, a pena di decadenza, entro il termine indicato dal comma 1-bis”;

Art. 517 c.p.p.: “Qualora nel corso dell'istruzione dibattimentale emerga un reato connesso a norma dell'articolo 12 comma 1 lettera b) ovvero una circostanza aggravante e non ve ne sia menzione nel decreto che dispone il giudizio, il pubblico ministero contesta all'imputato il reato o la circostanza, purché la cognizione non appartenga alla competenza di un giudice superiore.

1-bis. Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 516, commi 1-bis e 1-ter”;

Art. 518 c.p.p.: “1. Fuori dei casi previsti dall' articolo 517, il pubblico ministero procede nelle forme ordinarie se nel corso del dibattimento risulta a carico dell'imputato un fatto nuovo non enunciato nel decreto che dispone il giudizio e per il quale si debba procedere di ufficio.

2. Tuttavia il presidente, qualora il pubblico ministero ne faccia richiesta, può autorizzare la contestazione nella medesima udienza, se vi è consenso dell'imputato presente e non ne deriva pregiudizio per la speditezza dei procedimenti”.

⁴ CORDERO, *op. cit.*

Scrittura impeccabile e, nella prima parte della citazione, tesi del tutto condivisibile. Sul filo di questa convinzione, non riesco a spiegarmi Cass., sez. III, n. 1960/2018: “Non sussiste violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza nell’ipotesi in cui il luogo di consumazione del fatto-reato ritenuto sia diverso da quello contestato, non costituendo la modifica del ‘locus commissi delicti’ ‘fatto nuovo’, ma una mera variazione dell’originaria contestazione”. Trenta e lode a chi riuscirà a far capire all’imputato di fatto commesso a Messina che il suo alibi regge, ma è inefficace. Ha dimostrato, senza possibilità di dubbio, che nel giorno e nell’ora contestati non si trovava a Messina, ma non fa niente: il fatto deve ritenersi commesso a Trieste e il processo continua perché si tratta di variazione della contestazione che non incide sugli elementi, in forza dell’incriminazione, rilevanti.

Sono certo che a leggere la sentenza per intero, con tutte le motivazioni, a monte del dispositivo troveremmo un qualche cosa che, in un modo o nell’altro, rende comprensibile, ci chiarisce il dictum della Suprema Corte. Ma non è la pigrizia chi mi ha sottratto a questa lettura: i processi si costruiscono oggi non in base al codice e nemmeno sulla scorta di decisioni ripercorse dalla prima all’ultima riga. Contano le massime, spesso non rispondenti al testo di cui dovrebbero rappresentare un fedele compendio. Saltano, le massime, immediatamente all’occhio e sono facilmente spendibili in una cultura giuridica nella quale, come mi disse una volta Federico Stella, più che di diritto si parla, ci si infervora per questioni di politica del diritto, sovente addirittura di politica giudiziaria.

Chiedo scusa per questa digressione niente affatto moralistica – solo, mi pare, discreto realismo – e torno alla citazione di Cordero. Ad avviso del quale la tipicità storica dell’accusa sarebbe garantita dal rispetto dei caratteri già enumerati: tempo, luogo e via dicendo. La richiesta di citazione o l’ordinanza di rinvio a giudizio potrà anche enunciare “ulteriori note descrittive”, ma queste rappresenterebbero un di più, una sovrabbondanza “priva di interesse” ai fini del giudizio sulla medesimezza o diversità del fatto emerso nell’istruzione o nel dibattimento rispetto a quello contestato. È questo il punto sul quale non mi sento di aderire al pensiero dell’Autore.

In prima approssimazione, e con la maggiore cautela, osservo che questo giudizio va condotto sul raffronto tra il testo della contestazione e il racconto che emerge nel corso del procedimento. Richiesta o rinvio a giudizio: potrà essere più o meno analitica, ricca di particolari. A priori non si può dire se si tratti di particolari dotati o no di qualche rilevanza. Solo l’andamento del processo, il registro dei suoi toni ci possono informare a riguardo.

Facciamo il caso di un addebito che ipotizzi la causazione della morte di un uomo per avvelenamento e specifichi che si sia trattato di una unica somministrazione che ha sortito l'effetto letale. Accertamenti tecnici successivi portano a concludere che le cose non possono essere andate così: l'ora del decesso non è quella che avrebbe caratterizzato l'accaduto se ci fosse stata una somministrazione unica e non è compatibile con gli effetti del tossico che, in dosi letifere, agisce nello spazio di pochi minuti. La morte si è verificata, invece, dopo più di un'ora da quella che è originariamente contestata come prima ed unica somministrazione. La modalità di somministrazione sarebbe nota descrittiva irrilevante per chi ritiene necessario e sufficiente accertare se la condotta ascritta abbia causato l'evento. Mi pare sufficiente considerare quanto influisca sulle ragioni difensive dell'imputato una siffatta svolta nella ricostruzione del processo causale per costringerci ad ammettere che ci sono varianti descrittive del massimo interesse. Si può obiettare che alla contestazione basta affermare il rapporto di condizione a evento tra una condotta umana e l'evento stesso. Non c'è dubbio che si può, ma al prezzo di una accusa slabbrata, priva di connotati, quasi un pugno sul tavolo. Senza contare che, su tal via, contro l'imputato si profilerebbe l'eventualità di accuse dal contenuto così diverso e cangiante quanti sono i modi con cui si può cagionare la morte di un uomo. In questa situazione, che linea di difesa si dovrebbe adottare?

11. C'è una nota che risuona in non pochi arresti giurisdizionali. L'importante è che non siano rese impossibili o messe in crisi le ragioni della difesa, che non le venga precluso o reso più difficile l'esercizio delle facoltà efficacemente sintetizzate da Cost., art. 111, comma III. Come a dire: rinuncia ad una formula generale dai criteri facilmente enunciabili ma, alla prova dei fatti, inidonei a fornire risposte che soddisfino il senso di giustizia, più o meno presente dalle nostre parti, confortato oggi da regola costituzionale. All'osso, la questione: a che ci appigliamo quando ci tocca decidere se dati giuridici o fattuali emersi nell'istruttoria probatoria siano compresi esplicitamente o implicitamente nel disegno tracciato dalla contestazione. Più esattamente, senza alcuna concessione a rigorismi formali, siano compatibili con quanto risulta dall'imputazione contestata che deve presiedere non soltanto alla confezione della sentenza, ma ad ogni scelta, ad ogni atto processuale. La decisione che corona il giudizio o una fase di questo deve riguardare solo il comportamento contestato e deve essere ottenuta lungo percorsi che ubbidiscano allo stesso criterio: non deve, insomma, basarsi su elementi qualificanti

o fattizzi nuovi rispetto a quanto addebitato e debitamente fatto sapere all'interessato.

Non voglio tingere di eticità istituti giuridici positivi: mi sembra augurabile, però, che lo Stato, in funzione giurisdizionale, dimostri serietà e ponderazione nel valutare se va o no dato inizio ad un processo penale. Portarlo avanti secondo qualificazioni o accertamenti fattuali estranei, magari contraddittori a quelli della imputazione contestata, non sfugge al sospetto che ci si è mossi con eccessiva fretteolosità, in definitiva: con leggerezza. Non appesantisce il processo, e ribadisce anzi che è affare assolutamente serio, se impegna l'imputato, e, assieme a lui, soprattutto intellettualmente, anche pubblici ministeri e giudici.

Naturalmente, non si possono trascurare fatti accertati o possibili la cui rilevanza si sia fatta palese durante l'istruzione probatoria. Ne va preso atto senza che ciò voglia dire tenerne conto nel procedimento in corso: se, in un modo o nell'altro, non possono ritenersi compresi nell'imputazione contestata, la procedura in atto va chiusa e definita con decisione che affermi che l'imputato non va ritenuto responsabile del fatto contestato, e quindi ne deve essere formalmente assolto. Sulle novità venute a galla ma non riconducibili alla contestazione effettuata deciderà chi è preposto all'esercizio dell'azione penale. Il processo iniziato non può risolversi, come oggi è disposto, in un puro e semplice: ricominciamo da capo.

Sconto l'obiezione cui ho già fatto cenno: così si appesantisce, si dilata fuor di misura la dimensione processuale. Riflettiamo, però, su ciò che ci dice una sentenza, Cass., sez. III, 22296/2017, che, assolutamente ortodossa, si ispira ad orientamenti, largamente diffusi, in tema di interpretazione dell'art. 521 c.p.p. e, prim'ancora, dell'art. 516. Rifacciamoci, brevemente, a quest'ultimo: "se nel corso dell'istruzione dibattimentale il fatto risulta diverso da come è descritto nel decreto che dispone il giudizio... il pubblico ministero modifica l'imputazione e procede alla relativa contestazione...". Insomma, il treno processuale va avanti sul nuovo binario come se nulla fosse. Già questo mi sembra assai poco conciliabile con regole come quelle tanto di Cost., art. 111 quanto di CEDU, art. 6: le due norme stabiliscono che l'imputato deve essere informato "nel più breve tempo possibile", "in un tempo ragionevole" della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico. "Nel più breve tempo possibile" e "in un tempo ragionevole" non significano "in qualunque tappa del percorso processuale". Non ritengo garantismo esasperato chiedere che se le modifiche al contestato mettono in crisi la linea di difesa, non ci si limiti ad integrare o a modellare diversamente la contestazione, ma se ne effettui

una nuova, si formuli una narrativa comprensiva di tutti i dati ritenuti significativi ai fini dell'accusa e del giudizio. Come si vede, siamo nel problematico anche quando le cose si svolgono in formale correttezza. Ma non è detto tutto. La vicenda si fa più intricata, anzi, più che intricata, tale da condurre a soluzioni di freddo cinismo: così accade, quando i detentori di potere riconoscono uno sbaglio a danno di soggetti che dovrebbero invece essere garantiti e se ne lavano le mani perché cosa fatta, capo a. Questo, infatti, il senso della pronuncia in questione: "Qualora il fatto venga dal giudice di appello diversamente qualificato, attraverso la modifica della posizione soggettiva rilevante per la colpa, senza che l'imputato abbia preventivamente avuto modo di interloquire sul punto, la garanzia del contraddittorio - prevista dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 CEDU così come interpretato dalla Corte EDU - resta comunque assicurata dalla possibilità di contestare la diversa definizione mediante il ricorso per cassazione e, qualora la nuova qualificazione dell'addebito, sotto il profilo della posizione soggettiva, abbia inciso in concreto sulle strategie difensive, l'imputato deve essere restituito nella facoltà di esercitare pienamente il diritto di difesa, anche attraverso la proposizione di richieste di prova rilevanti in relazione al diverso contenuto dell'accusa". Discorso che, in tutta semplicità, sembra fare il paio con le parole che si spendono per assicurarci che la prevenzione può fallire il suo scopo, ma niente paura: l'ammalato sarà convenientemente curato. Esigenze morali e schietto pragmatismo reclamano intervento immediato tutte le volte che sia constatata una falla, una mancanza cui è possibile porre rimedio. Sarà inevitabile qualche passo all'indietro: sempre, però, risparmiando tempo rispetto a quello divorato da controversie incidentali.