

ATTUALITÀ

FRANCESCO SIRACUSANO

Brevi note su sistema penale e processualizzazione del fatto

Il “fatto” penalmente rilevante (e la sua qualificazione giuridica) rappresenta il collante, all'interno del sistema penale, tra la fattispecie sostanziale e le regole processuali. La sua necessaria “processualizzazione”, soprattutto in presenza di una norma affetta da carenza di tassatività, va condotta seguendo paradigmi di natura endoprocessuale, che trovano la loro *sedes materiae* nella chiarezza e nella precisione imposta per il capo di imputazione. Con i limiti e i vincoli previsti nel codice di procedura penale che delineano le uniche regole per rendere tassativa la fattispecie incriminatrice.

Brief notes on the penal system and the proceduralization of the fact.

The criminally relevant "fact" (and its legal classification) represents the glue, within the criminal justice system, between the substantive fact and the procedural rules. Its necessary "proceduralization" especially in the presence of a provision lacking specificity, must be conducted following internal procedural paradigms, which find their focus in the clarity and precision imposed on the charge. The limits and constraints set forth in the Code of Criminal Procedure outline the only rules for making the incriminating fact definitive.

SOMMARIO: 1. Sistema penale e tassatività della fattispecie sostanziale. - 2. “Legalità” e sistema penale. - 3. La necessaria processualizzazione del “fatto”. - 4. Limiti e vincoli alla processualizzazione del “fatto”. - 5. L’“incompiuta” processualizzazione del “fatto” nel contraddittorio per la prova e nella motivazione del giudice.

1. *Sistema penale e tassatività della fattispecie sostanziale.* Lungo la scia di una vera e propria «*nouvelle vague* politico-criminale di segno neo-populista»¹ è sempre più accentuata, in perfetta sintonia con le spinte provenienti da alcuni settori della società e della politica, la tendenza del legislatore penale verso scelte in grado di semplificare e rendere più celere il controllo giudiziale. Dilatando i campi di intervento, anticipando le soglie di punibilità, trasferendo la rilevanza penale dal “fatto” non ancora posto in essere all’autore presuntivamente pericoloso; utilizzando strumenti coercitivi spesso sproporzionati e giustificando l’uso «distorto e smisurato dell’arma penale»² con il sempre cre-

¹ In questi termini AMARELLI, *Scambio elettorale politico-mafioso: diagnosi di una legge sbagliata*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9, 1225. In argomento soprattutto FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 102.

² Così MONGILLO, *Ordine pubblico e sicurezza penale: per un’ecologia concettuale quale viatico di ra-*

scente bisogno di “sicurezza”³. Con la creazione di fattispecie incriminatrici indeterminate, carenti sotto il profilo della tassatività e inconsistenti sul terreno della materialità dell’offesa⁴. E con la previsione di misure prevalentemente repressive, “impoverite” per “mano” legislativa, che legittimano scelte normative funzionali a rendere pericolosamente “sommara” la verifica del “fatto” di reato⁵. Misure, queste, solo apparentemente dirette a raggiungere l’auspicato efficientismo processuale, a discapito delle garanzie connesse all’accertamento probatorio, nel solco di ricostruzioni presuntive condotte lungo percorsi intuizionistici, con le inevitabili e conseguenti contrazioni del *thema probandum*⁶.

L’evidente declino della tassatività nella struttura della fattispecie sostanziale appare, così, determinato da scelte legislative ispirate da esigenze politico-criminali e da logiche autoritaristico-securitarie (e da istanze eticizzanti) sempre più orientate verso un diritto penale in cui «il fatto si scolora ed assume un ruolo secondario»⁷. All’interno di un contesto socio-politico-mediatico e

zionalizzazione, in *Arch. pen. web*, 2025, 1, 3.

³ In argomento *ex plurimis*, soprattutto, DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3558 ss.; PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2, 547 ss. Sul punto FIANDACA, *Brevi spunti di riflessione su sistema penale e democrazia*, in *Sist. pen.*, 2 febbraio 2026, 6, che auspica la «costruzione di un nuovo diritto della sicurezza basato ... su un ragionevole bilanciamento tra sicurezza liberale e sicurezza securitaria».

⁴ Sulla tecnica di strutturazione delle fattispecie penali «impennate su elementi prevalentemente descrittivi, empiricamente verificabili, dotati di materialità, non sintomatici ma esponenti offensività percepibili e non evanescenti», BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989, 2, 319. Secondo PALAZZO, *Legalità, nomofiliachia, valore del precedente*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 10, 1125, nell’attuale sistema «persistono le tensioni create da una legislazione scomposta e tecnicamente assai imperfetta».

⁵ Sul punto MARINUCCI, *Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione. Uno schizzo*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di Grossi, Milano, 1997, 464, secondo il quale «le difficoltà probatorie spingono sempre più spesso il legislatore ... ad assegnare al processo penale una funzione plasmatrice del diritto penale sostanziale: la struttura oggettiva e soggettiva del reato viene così mutilata, per rendere più agevole all’accusa l’onere di provarne la commissione». Per FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, 27, saremmo in presenza di «scelte legislative deliberatamente orientate a fornire al processo un materiale di diritto sostanziale duttile, pronto ad essere piegato alle esigenze processuali, la cui soddisfazione sembra d’altra parte esaurire gli orizzonti prospettici della politica criminale di questi ultimi anni».

⁶ In argomento MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1146. Sul punto DINACCI, *I tortuosi percorsi della legalità mancata: dalla flessibilizzazione del “tipo” alle libertà delle forme probatorie e all’imprevedibilità della decisione*, in *Arch. pen. web*, 2022, 1, 13.

⁷ In questi termini BRICOLA, *ibid.*, 318. Anche perché, secondo DINACCI, *ibid.*, 1, ormai «il prodotto le-

normativo-giudiziario nel quale non possiamo, però, considerare il diritto sostanziale e il diritto processuale penale settori ordinamentali assolutamente autonomi l'uno dall'altro, due aree disciplinari intese come “comparti stagni” impermeabili ad ogni possibile forma di reciproca interazione. In un “sistema” nel quale «non esiste una norma penale sostanziale e una norma processual-penalistica ... c'è la norma penale reale composta da regole sostanziali e da regole processuali: le une e le altre si compongono in un tutt'uno»⁸. Con la fattispecie sostanziale che non può non avere un'applicazione di carattere esclusivamente e «necessariamente giudiziale»⁹ e la cui funzione regolativa «non preesiste al processo, ma assume consistenza all'esito della sua celebrazione»¹⁰.

La tassatività della fattispecie penale – la sua natura, la sua conformazione, la sua struttura, la sua precisione, la sua chiarezza, il suo oggetto, il suo contenuto – rappresenta, all'interno del “sistema”¹¹, il vero “banco di prova” per la tenuta del rapporto tra un modello punitivo astratto e la sua concreta configurazione in sede giudiziale, tra la tipizzazione legale e la tipizzazione processuale,

gislativo appare del tutto sganciato da opzioni di sistema e risulta caratterizzato da un'indeterminatezza descrittiva dei sintagmi normativi». Sul punto NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 191, per il quale «le varie fattispecie sostanziali vengono concepite e strutturate, sempre più spesso, in vista di quello che si vuole siano il procedimento, il suo svolgersi, la prova, le funzioni soggettive e ancor più ... l'opera, l'attività della pubblica accusa».

⁸ In questi termini GALLO, *Appunti di Diritto penale. La legge penale*, Torino, 1999, VOL. I, 19. Sul punto NUVOLONE, *Problemi di politica criminale e riforma dei codici*, in *Ind. pen.*, 1975, 1, 15, per il quale «la prospettiva sostanziale della politica criminale è legata inscindibilmente alla prospettiva processuale». Sul punto PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, vol I, 305/306, secondo il quale «diritto e processo non appartengono ad una sequenza, ma ad un insieme; sono, per così dire, due facce della stessa medaglia, rappresentata dal sistema punitivo, di cui costituiscono poli dialettici indistinguibili ... il diritto penale, fuori del processo, è ... invisibile».

⁹ Così, da ultimo, DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2024, vol. I, 22. Sul punto FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, cit., 15, secondo il quale «il diritto penale prende vita solo nel processo: esclusivamente mediante l'inserimento in una dimensione processuale effettiva è possibile procedere ad una collocazione degli accadimenti della realtà ... nelle categorie dommatiche di riferimento».

¹⁰ In argomento GIUNTA, *La forma dell'imputazione e la sostanza del processo*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, a cura di Catenacci-D'Ascola-Rampioni, Roma Tre Press, 2021, vol. I, 552.

¹¹ Caratterizzato per BRICOLA, *La riforma del processo penale e profili di diritto sostanziale*, cit., 316, da un vero e proprio «processo di osmosi e di reciproca influenzabilità che connota i rapporti tra norme penali e processuali».

tra il “fatto” e la sua prova¹². Con le regole processuali realmente funzionali a realizzare gli scopi del processo solo se configurate come canoni applicativi «di un sistema integrato con i compiti e le pretese del diritto penale»¹³. Con le dinamiche probatorie e i dispositivi di garanzia sempre più rivolti a correggere le patologie che affliggono il diritto sostanziale¹⁴. E con la legalità sostanziale considerata come il necessario punto di riferimento e l'indispensabile limite per prevenire derive punitive incontrollate¹⁵. Insomma: «diritto penale sostanziale e processo penale fanno parte di un'istituzione unitaria, nella quale il volto garantista e il volto repressivo sono compresenti, entrambi agganciati al principio di legalità»¹⁶.

2. *“Legalità” e sistema penale.* Inevitabile, allora, assegnare alla “legalità” i connotati della regola di validità dell'intero “sistema”¹⁷, rappresentandone i due momenti dell'impianto punitivo a livello costituzionale: da un lato, con

¹² Sul nesso di strumentalità reciproca e complessa tra diritto e processo, quali poli di un unico “sistema” v. PADOVANI, *ibid.*, 305 ss.; Id., *Il diritto sostanziale e il processo*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di Foffani-Orlandi, Bononia University Press, 2016, 81 ss.

¹³ In questi termini MAIELLO, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 2, 633.

¹⁴ In questo senso GIUNTA, *Dal governo della legge al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche fra diritto e processo*, in *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Danovi, Torino, 2015, 149.

¹⁵ Ancora GIUNTA, *ibid.*, 154.

¹⁶ In questi termini PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 3, 959/960. Sul punto NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., 181, secondo il quale «principio di legalità in senso lato significa, infatti, un assetto complessivo, un sistema penale - in senso ampio - governato eminentemente dalla legge».

¹⁷ «Diritto sostanziale e processo sono intrecciati in una pluralità di rapporti, che sono anche di servitù reciproca; non esclusiva, certo, ma non evitabile senza spezzare la razionalità del sistema» (PULITANÒ, *ibid.*, 970). Secondo PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 309, «le interazioni tra diritto penale e processo si sviluppano peraltro (o dovrebbero svilupparsi) in termini di necessaria legalità: legalità sul versante sostanziale e legalità su quello processuale. Sul primo, la legge domina la scena prospettandosi come fonte esclusiva della fattispecie incriminatrice e dei suoi criteri di imputazione, come regola e disciplina della responsabilità penale, delle sue conseguenze e delle sue vicende estintive; sul secondo versante, quello processuale, la legge si erge quale fondamento e limite ai poteri insiti nello svolgimento delle indagini e nell'esercizio dell'azione penale e come vincolo esclusivo della funzione giurisdizionale». Sulla relazione intercorrente tra il principio di legalità sostanziale e la regola dell'obbligatorietà dell'azione penale v., soprattutto, MARZADURI, voce *Azione (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur., aggior. IV*, Roma, 1996, 15.

l'art. 25, co. 2 Cost. e con la legalità “sostanziale”, “fonte” della fattispecie incriminatrice e “base” della responsabilità penale; dall'altro, con l'art. 112 Cost. e la legalità “processuale”, “barriera” ai poteri di indagine e “confine” all'esercizio della funzione giurisdizionale¹⁸. Con una sempre più stretta connessione tra il diritto e il procedimento in grado di favorire «i riflessi dell'inadeguatezza dell'uno sull'altro»¹⁹. Con un interscambio di carattere sistematico rivelatore della circostanza «che il diritto penale si sta conformando e plasmando, nelle sue stesse strutture, secondo moduli processuali»²⁰. Con l'indispensabile funzione di perimetrazione del fatto tipico nella fattispecie concreta: «la fattispecie astratta non rappresenta nulla più che un simbolo linguistico, costruito per induzione, attraverso la sintesi di una più o meno ampia serie di dati elementari ... una figura esangue, destinata a fungere da paradigma di un'indefinita varietà di situazioni particolari»²¹. E con gli inevitabili pericoli derivanti, però, dalla sempre possibile “confusione” tra i differenti momenti di verifica, con il piano sostanziale “mescolato” al piano processuale e con la condotta tipica “sostituita” dall'argomentazione probatoria, soprattutto in presenza di una descrizione del “tipo” criminoso inadeguata e non conforme al “fatto”²².

¹⁸ Per NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., 185, però, nonostante l'azione penale venga considerata “ipocritamente” l'«incarnazione vivente del principio di legalità-obbligatorietà», ha ormai smarrito tale funzione nel sistema.

¹⁹ In questi termini MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, cit., 167. Sul punto DINACCI, *I tortuosi percorsi della legalità mancata: dalla flessibilizzazione del “tipo” alle libertà delle forme probatorie e all'imprevedibilità della decisione*, cit., 11, che rileva «come il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale costituisca, rispetto al principio di stretta legalità, l'altro lato della stessa medaglia o, se si preferisce, il suo riflesso processuale».

²⁰ Così PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 323.

²¹ CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del “fatto”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 3, 939/940. In argomento PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, cit., 968, secondo il quale la sistematicità dei rapporti tra diritto sostanziale e processo «vede i due piani strettamente coordinati rispetto alle medesime funzioni di attuazione e garanzia della legalità»; infatti l'essenza stessa del diritto penale «esige l'esistenza del processo, e riverbera sul processo le medesime funzioni di garanzia di legalità e libertà». Così «nell'orizzonte del principio di legalità dei reati, si impone un processo secondo un paradigma rigorosamente cognitivo; nell'orizzonte di un ordinamento di libertà, si impone il giusto processo con tutte le sue connotazioni garantiste».

²² Per FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1991, vol. V, 160, «compito politico-criminale attribuibile al fatto consiste nell'assicurare la dimensione garantistica delle fattispecie criminose, potenziandone il livello di tassatività ... la categoria del fatto tipico deve tendere ad ancorare

Una legalità, in questo modo, non riferita solo ed esclusivamente al legislatore ma anche e soprattutto al giudice e al pubblico ministero. Nel solco di un modello integrativo-interpretativo tra i parametri punitivi astratti e la loro concreta applicazione in sede giudiziale, con la regola processuale che «rappresenta il vero elemento dinamico della norma reale, statica per quanto concerne il suo profilo sostanziale»²³. E con l'interprete che non assume il ruolo di «una meccanica cinghia di trasmissione dell'*imput* legale, il muscolo inanimato della volontà della legge», impersonandosi nel «signore dell'esperienza giuridica che trasforma con la sua decisione il generale ed astratto della disposizione nel concreto della norma dando voce a principi dalla forte connotazione argomentativa, quali l'offensività, la proporzionalità e l'aderenza al tipo criminoso»²⁴. Lungo i binari di un percorso realmente “integrato” all'interno del quale questi opera da intermediario, consentendo alla norma astratta di assumere concretezza e attuazione, in una «spirale ermeneutica» che arricchisce la fattispecie in termini di determinatezza e precisione²⁵.

L'interprete, in questo contesto, viene collocato al centro di un itinerario argomentativo di carattere circolare nel quale potrebbero, invero, assumere decisiva rilevanza anche fattori metagiuridici, come le sue preferenze personali, i suoi orientamenti culturali, i suoi pregiudizi, le valutazioni di carattere sociologico, l'orizzonte politico-ideologico di appartenenza, i condizionamenti di tipo ambientale ai quali è sottoposto²⁶. Operando in vicende giudiziarie con-

le forme di offesa a tipologie *empirico-criminologiche* il più possibile afferrabili e definite». Sul punto, diffusamente, MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 4, 1207 ss.

²³ Così GALLO, *Grammatica delle frasi che chiamano fattispecie*, in *Arch. pen. web*, 2021, 3, 5.

²⁴ MAIELLO, *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 127.

²⁵ Così AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 5, 410. Giustamente FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, cit., 101, sottolinea che «integrazione non significa confusione e la reciproca, naturale, permeabilità dei sottosistemi ordinamentali (sostanziale e processuale) non deve snaturare le peculiarità funzionali».

²⁶ Infatti, «in ambito penalistico l'attività ermeneutica, lungi dall'essere neutrale, è profondamente influenzata da prese di posizione di valore e da precomprensioni (peraltro, assai spesso non esplicitate o occultate dietro apparenti argomentazioni tecnico-giuridiche) che rimandano alla cultura, all'ideologia e alla sensibilità di ciascun singolo interprete» (FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 5, 1722). All'interno di un percorso ermeneutico di carattere circolare tra fattispecie astratta e caso particolare, nel quale «la dimensione di giuridicità inerente al singolo fatto

dizionate (ma, in certe ipotesi, anche arricchite) dal patrimonio di conoscenze che fanno parte del suo “vissuto”, dalla “pre-comprensione” dei fatti oggetto del giudizio e, soprattutto, dalle “regole etiche” particolarmente avvertite e bisognose di essere rispettate per il «loro compito socialmente essenziale di contribuire all’ordine della coesistenza sociale e civile secondo uno spirito democratico»²⁷.

3. *La necessaria processualizzazione del “fatto”*. Nel “sistema” penale gli “interscambi” tra “fatto” e “prova”²⁸ caratterizzano le dinamiche giudiziarie fin dalla fase iniziale, richiamando un modello applicativo della fattispecie sicuramente in grado di colmare le eventuali carenze di carattere normativo-strutturale; che rischia però non solo di agevolare «processi espansivi delle funzioni normative della giurisprudenza»²⁹, ma anche di “determinare” lo stesso oggetto del fatto tipico, la sua struttura, il suo contenuto, i suoi presupposti, i suoi elementi costitutivi, con la sovrapposizione di regole di giudizio e di modelli probatori. Con un’interazione funzionale tra “fatto” e “prova” che non può risolversi, in modo automatico, in una sintesi rispettosa del principio di legalità sostanziale della fattispecie incriminatrice; specialmente per la fisio-

influenza l’interpretazione del tipo e quest’ultima a sua volta interferisce nella valutazione del fatto» (RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, vol. I, 709).

²⁷ In questi termini PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 3, 1274, secondo il quale «la comprensione della legge e dei fatti è tanto più ricca e completa quanto è più vasto il bagaglio culturale costitutivo della precomprensione». Rappresentando un vero e proprio «dovere etico e professionale del giurista quello di coltivare la sua cultura generale e, in particolare, la conoscenza dell’uomo e dei fenomeni sociali». Insomma, può essere considerato un buon giurista (e un buon giudice), «intellettualmente attrezzato per interpretare fatti e leggi ... quello dotato di cultura». Così operando l’operatore giuridico, in un’opera di complessa mediazione tra norma e fatto, verrebbe «inevitabilmente influenzato da tutta una serie di fattori, che vanno ben al di là del tenore letterale della fattispecie ... le vedute personali dell’interprete, la sua concezione politico-ideologica, la preoccupazione per il tipo di impatto che la decisione può provocare sul reo, le aspettative dell’ambiente cui la sentenza si rivolge» (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. P.te gen.*, Bologna, 2024, IX ed., 132).

²⁸ Secondo PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 323, «quando l’oggetto stesso della prova è incerto, la prova surroga l’oggetto, e si verifica un interscambio dei piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato all’esigenza probatoria), come in un gioco di specchi nel quale prova ed oggetto di essa prima si confondono, poi si alternano ed infine si sovvertono».

²⁹ In questi termini MAIELLO, *L’affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle sezioni unite*, in *Sist. pen.*, 2021, 5, 7.

logica tendenza e per l'inevitabile propensione del processo a perimetrare «l'area del penalmente rilevante in funzione sostitutiva o integrativa del diritto penale sostanziale»³⁰.

Ci troviamo, insomma, al cospetto di un sistema contrassegnato per gli “inter-scambi” tra fatto e prova nel quale i fattori extratestuali, non direttamente desumibili dalla norma, possono, però, assumere una portata decisiva sul modello interpretativo da seguire; rischiando di rappresentare il momento conclusivo della positivizzazione della fattispecie delittuosa, la fase finale del processo normativo, l'ultimo e decisivo passaggio del simbiotico rapporto tra le dinamiche legislative e quelle ermeneutico-applicative. Con le scelte giudiziali in grado di “incidere”, in questo modo, sulla carente tassatività della fattispecie penale attraverso la sua “processualizzazione”, senza limiti e vincoli, ridefinendo³¹, inevitabilmente, la struttura stessa del fatto tipico e «facendo sì che la funzione di tipizzazione sia impropriamente dislocata sul piano dell'accertamento processuale»³². E snaturando il ruolo cognitivo della giurisdizione e determinando l'espansione del diritto giudiziario³³. Con una “processualizzazione” senza limiti e vincoli arginata, così, solo dalla capacità di «autocontenimento interpretativo del giudice»³⁴.

³⁰ In questi termini GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., 104.

³¹ Una processualizzazione che secondo PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 323, non riguarderebbe solo «l'ovvia esigenza che il diritto penale si attui solo attraverso i meccanismi del processo, atteggiati a guisa di filtro». In queste ipotesi l'integrazione tra elementi sostanziali e elementi processuali si fonderebbe «sulla predeterminazione legislativa, contenuta nella fattispecie astratta, di che cosa è necessario accertare per potersi dire conseguita la prova della sussistenza, nel caso concreto, di un certo elemento tipico, che viene in questo modo definito per via processuale» (FIORE, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., 143).

³² In questi termini GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, cit., 115.

³³ Sul punto DINACCI, *I tortuosi percorsi della legalità mancata: dalla flessibilizzazione del “tipo” alle libertà delle forme probatorie e all'imprevedibilità della decisione*, cit., 3.

³⁴ Così FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 2, 357. Sul punto FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, cit., 99, per il quale «i singoli giudizi normativi e la loro ricomposizione finale ... non possono essere soddisfatti grazie agli slanci intuitivi del giudicante ... ma richiedono un ragionamento probatorio che fornisca alla decisione assunta una giustificazione esaustiva, innanzitutto

4. *Limiti e vincoli alla processualizzazione del “fatto”*. La processualizzazione della fattispecie sostanziale, soprattutto nelle ipotesi in cui non sia rispettato un adeguato livello di tassatività, rappresenta un’ineludibile esigenza del “sistema”, proprio per conferire offensività e materialità al “fatto”, per farlo diventare afferrabile e tipico³⁵; la necessaria “condizione” procedimentale, funzionale a garantire la legittimità della norma incriminatrice e la sua effettività³⁶. Ma una processualizzazione senza limiti e incontrollata rischia di ampliare il potere “normativo” del processo, fino al punto da permettere «di plasmare le categorie e i coefficienti sostanziali secondo esigenze e priorità di carattere probatorio»³⁷, deformando lo stesso tipo-criminoso, snaturando i connotati strutturali del “fatto”, consentendone la sostituzione con elementi sintomatico-indiziari. E assegnando non solo al giudice ma anche, e soprattutto, al pubblico ministero, se non addirittura alla polizia giudiziaria, compiti a lui estranei per «supplire al difetto di determinatezza della fattispecie»³⁸, attraverso la perimetrazione del campo di indagine e la selezione del fatto da investigare. Con il conseguente pericolo di una deriva verso scelte giudiziali ispirate da logiche moralizzatrici e giustizialiste e orientate esclusivamente ad assolve-

to rispetto al modello legale di riferimento, e razionale, per la sua capacità di resistere alle ragioni contrarie».

³⁵ Secondo ZACCARIA, *La “nuova” legalità penale tra testo e interpretazione*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 16/17, il necessario percorso di “processualizzazione” della norma, dall’astratto al concreto, darebbe luogo ad «una diversa fattispecie, meglio compresa, che ridefinisce il significato dell’enunciato sulla base delle irriducibili novità del fatto e ridefinisce il fatto – sempre nuovo – sulla base della norma». Per queste ragioni, «il procedimento di concretizzazione delle leggi penali implica non soltanto un passaggio dall’astratto al concreto, ma ancor più un’inesauribile ri-messa a fuoco e ri-specificazione dei contorni della fattispecie astratta sulla base della concretezza dei casi e dei reali fenomeni criminosi ... fatto e diritto sono elementi ermeneuticamente incompleti finché non sono posti in corrispondenza in relazione al fatto da giudicare».

³⁶ In questo senso CINGARI, *I delitti di corruzione e gli impervi itinerari del processo*, in *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, cit., 45. Sul punto FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, cit., 21, secondo il quale «la struttura dell’accertamento processuale, gli istituti che ne disciplinano i modi, le fasi, le cadenze ed i limiti, le regole che disciplinano la validità degli atti processuali ... finiscono inevitabilmente per modellare le categorie dommatiche con le quali viene rivestito il fatto storico quando viene calato nella sua (parallela) vita processuale».

³⁷ In questi termini GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e vis expansiva del processo*, in *Criminalia*, 2016, 306.

³⁸ Così ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell’inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 2/3, 570.

re funzioni di prevenzione generale³⁹. E con l'introduzione di sempre nuovi possibili canoni interpretativi ritenuti adeguati al comune sentire che non si ritiene trasfuso nella norma incriminatrice.

Quali i limiti, allora, a questa processualizzazione e i vincoli imposti all'interprete (al pubblico ministero e al giudice)? Limiti e vincoli indispensabili per arginare l'incontrollata "espansione" del tipo criminoso, delle categorie sostanziali e dei criteri di imputazione, per contenere il «consolidamento di processi di co-definizione del diritto ad opera del giudice»⁴⁰ e per evitare di creare un modello di legalità della fattispecie pericolosamente sganciato dal "fatto". E che devono trovare la loro fisiologica *sedes materiae* proprio all'interno dello stesso processo penale, attraverso il ricorso ad una più rigorosa adesione alla legalità processuale.

Questi limiti e questi vincoli, di natura prevalentemente "endoprocessuale"⁴¹, devono derivare da parametri di carattere normativo, tali da permettere al pubblico ministero e al giudice, non rinunciando al proprio patrimonio "culturale", di analizzare il "fatto" e la sua rilevanza penale senza dover essere troppo condizionati dal "contesto" in cui è stato realizzato e all'interno del quale si trovano a decidere. Una "processualizzazione" dei limiti e dei vincoli da considerare quale componente costitutiva ed essenziale della giurisdizione.

³⁹ Creando «per via giudiziale nuove figure di reato, sbilanciando a favore dell'accusa l'accertamento dei fatti e la dialettica del processo e mettendo in crisi il principio di proporzionalità tra fatto e pena» (ZACCARIA, *La "nuova" legalità penale tra testo e interpretazione*, cit., 24). Secondo G. FIANDACA, *Considerazioni del ruolo del giudice penale nella realtà contemporanea*, in *Diritto penale dell'Unione Europea e nell'Unione Europea, Studi in onore di Giovanni Grasso*, a cura di Maugeri-Sicurella-Siracusano-Vagliasindi-Scalia-Lucifora, Pisa University Press, 2023, vol. I, 524, è un dato acquisito, ormai, che gli interpreti giurisprudenziali «anche in campo penale, giudici e pubblici ministeri: concretizzano le fattispecie legali nel diritto vivente, le riempiono negli spazi lasciati vuoti (intenzionalmente o per sciattezza) dal legislatore, le adattano e orientano ai casi concreti, ne propongono interpretazioni restrittive, o – come più spesso accade – estensive, alla luce di considerazioni di scopo basate sulla *ratio legis* (peraltro, non di rado polivalente o poco chiara e perciò non univoca) o, ancora, alla stregua di punti di vista extralegali (di solito non espliciti) relativi ai possibili effetti positivi e negativi sul reo, sulla vittima o sull'intera società dell'una o dell'altra soluzione interpretativa potenzialmente prospettabile».

⁴⁰ Che favorirebbero «modelli di tipicità "caso per caso", in cui la norma si viene sviluppando in modo indeterminato e non predeterminabile, con una costante estensione dell'incriminazione in via interpretativa» (GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., 121).

⁴¹ Anche perché «se il canone della tipicità viene aggirato attraverso la processualizzazione del diritto sostanziale, appare opportuno estendere la ricerca di eventuali antidoti e anticorpi alla crisi della tipicità anche all'interno del diritto processuale» (GARGANI, *ibid.*, 123).

In grado di consentire una vera e propria «relazione di reciprocità corrispettiva tra le due anime complementari della giustizia penale»⁴². All'interno di un "sistema" inevitabilmente strutturato in modo da garantire l'«operare sinergico di regole sostanziali e processuali»⁴³.

Limiti e vincoli "endoprocessuali" che devono permettere all'interprete, in questo modo, di inserirsi lungo il percorso di produzione della *regola iuris*, apportando un contributo in termini di conoscenze, non solo legali, ma anche culturali, storiche ed ideali, «in un rapporto sinergico e di complementarietà tra i due poli del processo ermeneutico»⁴⁴.

In tale contesto sarebbe proprio il contributo conoscitivo apportato dal pubblico ministero e dal giudice a consentire alla norma di vivere «attraverso l'interpretazione che ne viene data». Utilizzando un approccio ermeneutico in grado di permettere alla fattispecie penale di venire «integrata e riempita di contenuti dall'attività concretizzatrice della giurisprudenza»⁴⁵. Con il riconoscimento di «un margine di discrezionalità», che comporta una componente limitativamente creativa della interpretazione⁴⁶.

Limiti e vincoli indispensabili per garantire, fin dall'inizio del processo, il necessario raccordo delle categorie sistematiche (e della loro elaborazione) con l'applicazione giudiziale. Limiti e vincoli previsti fin da quando il pubblico ministero, *ex art. 335 c.p.p.*, iscrive nell'apposito registro la *notitia criminis* che deve contenere "la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice"⁴⁷. Limiti e vinco-

⁴² In questi termini MAIELLO, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, cit., 632.

⁴³ GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e vis espansiva del processo*, cit., 327.

⁴⁴ Così PALAZZO, *Testo, conteso e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 537. Secondo FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 95, dovrebbe essere apprezzata questa nuova dimensione assunta dal giudice soprattutto quando si deve «scegliere tra più interpretazioni possibili sulla base di valutazioni teleologiche, di opzioni politico-criminali, di considerazioni orientate alle conseguenze o comunque di giudizi di valore ... valorizzare la mediazione ermeneutica tra norma generale e caso concreto ... elaborare casi tipologici per (tentare di) tassativizzare per via giudiziale istituti che a livello di previsione legislativa rimangono assai indeterminati».

⁴⁵ Così Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, 17.

⁴⁶ Sul punto Cass., Sez. un., 24 ottobre 2019, n. 8544, Genco, in *Cass. pen.*, 2020, 2259.

⁴⁷ Anche se, per PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 311, «non sempre il fatto storico di partenza risulta

li che impongono alla pubblica accusa un impegno di tipo valutativo e di carattere selettivo, mirato a definire nel modo più nitido e preciso i requisiti della notizia di reato e a perimetrare il “confine” tra il “fatto” rilevante penalmente e un fatto privo di rilevanza. Con l’introduzione, in questo modo, già nel percorso investigativo, di un “modello” fattuale collocato nel momento genetico del procedimento penale, frutto di un approfondimento tecnico-giuridico operato sul contenuto dell’informativa di p.g. Limiti e vincoli individuati nello stesso art. 335 c.p.p. attraverso la previsione di nozioni di carattere sostanziale del diritto penale, utilizzate come «forma espressiva della sua proiezione processuale»⁴⁸. Di un “fatto” specifico e penalmente rilevante, suscettibile di essere oggettivamente accertato e riconducibile ad un contesto storico-ambientale preciso⁴⁹. Saldando, così, il contenuto minimo di un “fatto” determinato agli “elementi essenziali” - previsti nell’art. 332 c.p.p. - della fattispecie incriminatrice.

Un “fatto” che, nel corso delle indagini preliminari, così come previsto dall’art. 369 c.p.p. per l’informazione di garanzia, viene descritto “sommariamente” con “indicazione delle norme di legge che si assumono violate”. Con cui non si richiede, ancora, la chiara e precisa enunciazione dell’imputazione né si accenna, espressamente, agli estremi del “fatto”, ma ne viene garantita la sicura individuazione. Un “fatto” integrato, in questa fase, anche dalla indispensabile attività investigativa funzionale ad individuare gli elementi di prova in grado di arricchire il contenuto descrittivo della notizia di

compiutamente qualificabile come reato: spesso (e per lo più) si tratta di un frammento suscettibile, a determinate condizioni, di dar corpo al tipo d’illecito ... non sempre la rappresentazione del fatto consente una qualificazione normativa sia pure in termini ipotetici». In argomento D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, 122, secondo il quale «alla nozione di *notitia criminis* può collegarsi un fatto da rappresentare, oggettivamente conoscibile in base a considerazioni che attengono al “contenuto” e al “modo”. Il contenuto della “notizia” deve coincidere con la descrizione di un determinato episodio, inquadrabile entro una fattispecie di illecito. Il modo è osservato se la “notizia” proviene da persona diversa da quella che deve controllare il fatto siccome esposto ... e se è diretta a determinate persone legittimate a riceverla».

⁴⁸ In questi termini MAIELLO, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, cit., 627.

⁴⁹ Sul punto CURTOTTI, *L’iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, in *La Riforma Cartabia*, a cura di Spangher, Pisa, 2022, 203. Sui “nuovi” requisiti oggettivi della notizia di reato v. C. CONTI, *L’iscrizione della notizia di reato nel prisma dell’azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1, 143 ss.

reato. Un “fatto”, insomma, determinato e non inverosimile, e contrassegnato, sotto il profilo storico e naturalistico, come «un fatto conforme al tipo» a cui assegnare il valore di «vincolo selettivo dell’agire processuale»⁵⁰. E sottoposto, all’esito di un iniziale momento investigativo, ad un primo “controllo”, condotto dallo stesso pubblico ministero, nelle ipotesi di richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato *ex art.* 408 c.p.p., “quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna”. Con la previsione, già durante le indagini preliminari, di un criterio discretivo fondato sulla prognosi di (in)utilità dell’eventuale dibattimento, incentrato su valutazioni relative all’insufficienza o alla contraddittorietà degli elementi di prova acquisiti e volto a utilizzare la regola di giudizio *in dubio pro reo* attraverso un’applicazione di carattere prospettico⁵¹.

Limiti e vincoli che, successivamente, nell’art. 415 bis, co. 2 c.p.p., impongono al pubblico ministero una prima, anche se non definitiva, descrizione contenutistica del “capo d’accusa”, da considerare come un addebito di natura “preliminare”⁵². Un “capo d’accusa” ancora provvisorio e meno definito rispetto al capo di imputazione, che potrebbe, però, venire “inopinatamente” completato e arricchito dalle eventuali “nuove” indagini sollecitate dall’indagato, come previsto dall’art. 415 bis, co. 3 e 4 c.p.p.

Limiti e vincoli che trovano, alla fine, la loro *sedes materiae*⁵³ nell’“enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto” e “delle circostanze aggravanti” del capo di imputazione, così come previsto dall’art. 417, co. 1, lett. b) c.p.p.; completato, secondo i casi, dalle investigazioni suppletive *ex art.* 419, co. 3 c.p.p. e da quelle integrative *ex art.* 430 c.p.p.

In un “atto” che rappresenta, in questo modo, il momento “propulsivo” di in-

⁵⁰ Sempre MAIELLO, *ibid.*, 628.

⁵¹ Sul punto RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1, 161, secondo il quale «discernere se gli elementi acquisiti evidenzino o meno insufficienze o contraddittorietà tali da consentire una ragionevole previsione di condanna è operazione di rado “automatica” e qualche volta anche impossibile».

⁵² In questo senso BENE, *L’avviso di conclusione delle indagini*, Napoli, 2004, 202.

⁵³ «Il fatto che l’imputazione individuata costituisce il dato storico costante e ineliminabile di tutto il processo» (DOMINIONI, voce *Imputazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, vol. XX, 832).

veramento dell'azione penale in termini di concretezza, con la descrizione del “fatto” nella sua identificazione storica e nella sua qualificazione giuridica. E che interviene a conclusione di un percorso processuale in cui il “fatto”, inizialmente determinato e non inverosimile e riconducibile “solo” ipoteticamente ad una fattispecie incriminatrice, è divenuto chiaro e preciso. In un “atto” funzionalmente coordinato, ormai, alla “ragionevole previsione di condanna” e al quale potrebbe venire assegnata, inevitabilmente, una dimensione processuale sempre più significativa, quasi anticipatoria della decisione giudiziale; con l'inevitabile rischio, però, di svuotare di valore il contraddittorio per la prova e di attribuire al dibattimento l'inutile sembianza di un «rito dei colpevoli»⁵⁴.

Proprio l'imputazione, assolvendo al compito di ricostruire e interpretare «la ricerca e l'esposizione in segni significanti di ciò che si ha giustificato motivo di ritenere possa essersi verificato»⁵⁵, perimetra e circoscrive l'accertamento giudiziale alle sole circostanze in essa indicate, ergendosi anche «a limite assoluto di ogni possibilità di modificazione del *thema decidendum*»⁵⁶. Impedendo verifiche probatorie su un “fatto” non espressamente previsto al suo interno e vincolando l'attività cognitiva del giudice esclusivamente sul *thema probandum* in essa enunciato⁵⁷.

Limiti e vincoli collegati, in questo modo, alle regole del processo penale in grado di garantire alla “tipicità legale” di introdursi nelle dinamiche delle in-

⁵⁴ Efficacemente, in questi termini, Fa. SIRACUSANO, *Alcune riflessioni intrise di profonda preoccupazione*, in *Coordinate per riformare la riforma (Cartabia)*, in *Diritto di Difesa*, 2023, 28.

⁵⁵ Così GALLO, *Grammatica delle frasi che chiamano fattispecie*, cit., 9.

⁵⁶ In questi termini DOMINIONI, voce *Imputazione (diritto processuale penale)*, cit., 828. Proprio per queste ragioni, secondo MAIELLO, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, cit., 626/627, «una conferma significativa che solo un rigoroso *diritto penale del fatto* appare in grado di soddisfare le regole che disciplinano quella specie particolare di procedimento probatorio in cui con maggiore ampiezza si esplicano le pretese epistemiche della filosofia *adversary*, vale a dire l'escussione del testimone, si ricava dall'art. 499, comma 1 c.p.p.», che prevede la regola di un esame testimoniale svolto “mediante domande su fatti specifici”. E dagli artt. 194, co. 3 e 187, co. 1 c.p.p. che dispongono, rispettivamente, una testimonianza su “fatti determinati” e che limitano l'oggetto di prova ai soli “fatti che si riferiscono all'imputazione”.

⁵⁷ Per evitare, soprattutto, che la sorte della fattispecie finisca «in balia delle incontrollabili dinamiche dei singoli giudizi ed ancor prima, degli orientamenti assunti dagli organi investigativi ed inquirenti, naturalmente più inclini (anche per la natura della fase procedimentale in cui svolgono la loro peculiare funzione) ad operare in maniera più svincolata e obiettivamente meno contenibile, proprio per ragioni di tipo funzionale» (FIORE, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, cit., 142).

dagini preliminari, divenendone “criterio guida”, dall’inizio alla fine⁵⁸. Per garantire l’indispensabile legame tra *thema probandum* e *thema decidendum*⁵⁹. Con un “fatto” certamente non inverosimile, né in contrasto con la migliore scienza ed esperienza del momento storico; con un “fatto” non più meramente ipotizzato ma “rappresentato” e “conoscibile”; con un “fatto”, ormai, determinato, definito e preciso; con un “fatto” riconducibile ad una astratta fattispecie incriminatrice e in essa sussumibile, anche se con una prima e ancora incompleta prognosi. E con il momento iniziale del percorso di “processualizzazione” del “fatto” penalmente rilevante individuato nell’atto di imputazione, considerato come “fatto” processuale «riverbero del concetto di fattispecie concreta»⁶⁰ e paradigma fattuale rappresentativo «di un vero e proprio progetto di condanna costruito dalla pubblica accusa»⁶¹. Un “fatto” necessariamente vincolato alle garanzie derivanti dalla tassatività della fattispecie penale⁶², dalla sua determinatezza, dalla sua materialità e dal suo carattere offensivo. Un “fatto” «che rappresenta l’immancabile contenuto dell’atto di imputazione»⁶³, da cui prende avvio l’intera vicenda giudiziaria, collocato in una

⁵⁸ Sul punto ancora MAIELLO, *ibid.*

⁵⁹ Soprattutto per evitare il rischio che «il sistema della legalità sostanziale sia piegato verso un certo tipo di processo, di indagini preliminari, verso il ruolo e verso peculiari modi operativi del pubblico ministero» (NOBILI, *Principio di legalità e processo penale. In ricordo di Franco Bricola*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 3, 656/657).

⁶⁰ In questi termini CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1982, 3. Sul punto GIUNTA, *La forma dell'imputazione e la sostanza del processo*, cit., 551, per il quale «con la formulazione del capo di imputazione il procedimento penale evolve nel processo». Anche se «l'imputazione non può essere considerata semplicemente il riflesso processuale della categoria sostanziale» (FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, cit., 137).

⁶¹ Così sempre GIUNTA, *ibid.*

⁶² Sul punto ancora GIUNTA, *ibid.*, 556.

⁶³ In questi termini DOMINIONI, voce *Imputazione (diritto processuale penale)*, cit., 832/834/835. Sul punto FIORE, *ibid.*, secondo il quale «all'imputazione risulta invero affidato un essenziale compito di conformazione dinamica del processo e del suo oggetto, vale a dire l'accertamento della ricorrenza o meno nel caso concreto, di cui rappresenta il vettore processuale, dei presupposti applicativi del diritto sostanziale». Cfr. in argomento MAIELLO, *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato*, in *Crit. dir.*, 1998, 294, che fa riferimento ad un procedimento probatorio con cui si «affida alle parti l'articolazione elaborativa della conoscenza giudiziale», sul presupposto «che l'oggetto dell'accertamento processuale sia sufficientemente determinato ... solo a questa condizione l'accusa potrà adempiere l'onere probatorio della verifica delle proposizioni fattuali dedotte con la contestazione e la difesa sarà posta in grado di neutralizzarla, attraverso una speculare attività di falsificazione di quegli enunciati».

posizione centrale nelle dinamiche probatorie e decisionali. Un “fatto” che inserito nell’atto di imputazione e coordinato ad esso conferisce una dimensione relazionale alle categorie sostanziali e processuali, legando tra loro gli artt. 25, co. 2 e 112 Cost., all’esito di una vera e propria “transumanza” nel processo. Con la determinatezza del contenuto e dell’oggetto dell’atto di imputazione, «punto di equilibrio cruciale tra funzioni penalistiche sostanziali e processuali»⁶⁴ e, conseguentemente, la chiarezza e la precisione⁶⁵ del “fatto” penalmente rilevante in grado di “cristallizzare” il tipo criminoso e lo specifico contenuto di disvalore penale previsto nella fattispecie delittuosa, comprensiva dell’ineliminabile interazione tra enunciati socio-fattuali, proposizioni normative e criteri legali di accertamento probatorio⁶⁶.

All’interno di un procedimento che, in questo modo, riesce ad indirizzare anche l’attività interpretativa del giudice dell’udienza preliminare e, in altre ipotesi, del giudice dell’udienza di comparizione predibattimentale, con un “controllo” sul grado di determinatezza del “fatto” previsto nell’atto di imputazione e sulla sua descrizione chiara e precisa⁶⁷; con una iniziale verifica sul rispetto delle regole processuali indicate nell’art. 421 c.p.p. (e nell’art. 554 bis, co. 5 c.p.p.), nei casi in cui l’enunciazione del fatto non sia chiara e precisa e invitando “il pubblico ministero a riformulare l’imputazione”⁶⁸. E, successivamente

⁶⁴ Così GIUNTA, *ibid.*

⁶⁵ Sul principio di precisione come espressione della riserva di legge (e del più generale principio di legalità) in materia penale v., soprattutto, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, III ed., 119, secondo i quali, obbligando il legislatore a «disciplinare con precisione il reato», verrebbero limitati «gli spazi di discrezionalità dell’autorità giudiziaria ... norme imprecise consentono, e anzi impongono, al giudice di assumere un ruolo creativo».

⁶⁶ Anche se, secondo DINACCI, *I tortuosi percorsi della legalità mancata: dalla flessibilizzazione del “tipo” alle libertà delle forme probatorie e all’imprevedibilità della decisione*, cit., 21, «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».

⁶⁷ Sul punto NEGRI, *La costruzione della fattispecie giudiziaria. Oltre i vincoli della legalità processuale: strategie, prassi, conseguenze del rifiuto di un paradigma*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., 161, secondo il quale l’imputazione rappresenta «la faccia complementare dell’imperativo che pretende dalla legge penale chiarezza e precisione» ed assolve all’«esigenza processuale di tradurre quei medesimi connotati descrittivi delle fattispecie astratte in altrettanti criteri per la formulazione dell’accusa».

⁶⁸ Anche se assegnare al giudice la “nuova” dimensione di «coautore dell’imputazione - tanto sul versante dell’invito rivolto al p.m. di ricondurre il fatto contestato entro i binari di maggiore chiarezza e precisione, quanto su quello di emendarlo rendendolo aderente alle risultanze investigative e processuali -

te, nell'art. 425, co. 3 c.p.p. (e nell'art. 554 ter c.p.p.), pronunciando una sentenza di non luogo a procedere, “quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna”⁶⁹. Così utilizzando lo stesso “schema” già previsto nell'art. 408 c.p.p., accumulando all'interno della medesima “formula” il criterio che presiede all'archiviazione e quello che governa il controllo sull'azione penale nell'udienza preliminare o nella “nuova” udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta. E conferendo all'intera fase delle indagini preliminari maggiore coerenza sistematica⁷⁰.

Limiti e vincoli che si esauriscono, per questa fase, con il “controllo” imposto al giudice dell'udienza preliminare sul rispetto dei parametri previsti per il decreto che dispone il giudizio, indicati nell'art. 429, co. 1, lett. c) c.p.p. (e nell'art. 552, co. 1, lett. c) c.p.p.) e relativi all’“enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge”.

Con un “fatto”, allora, rappresentato, dapprima, nella sua determinatezza, nella sua verosimiglianza e riconducibile, solo ipoteticamente, ad una fattispecie incriminatrice; poi, pur descritto sommariamente, indicando le norme di legge che si assumono violate; infine, enunciato in forma chiara e precisa, con l'eventuale indicazione, anche dei relativi articoli di legge, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza.

Insomma, solo l'indispensabile processualizzazione del “fatto” volta a conferire all'accadimento storico una descrizione più precisa e conforme ai canoni di tassatività e determinatezza, posta in essere rispettando le scadenze delle inve-

rischia di contraddire l'immagine di un Giudice terzo rispetto all'azione» (Fa. SIRACUSANO, *Alcune riflessioni intrise di profonda preoccupazione*, cit., 29).

⁶⁹ In argomento GARUTI, *La valutazione di non procedere*, in *Dalle indagini all'udienza preliminare*, a cura di Felicioni, Torino, 2024, 206 ss. Secondo CONTI, *La ragionevole previsione di condanna: verso un sistema accusatorio contemporaneo*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 12, 1544, «l'introduzione della nuova regola di giudizio ha un forte valore simbolico ed è idonea a segnare una svolta epocale nella nostra cultura giuridica», con la previsione di un modello in cui «l'udienza preliminare attua un vaglio penetrante con criteri omogenei a quelli destinati ad operare nel futuro dibattimento».

⁷⁰ In questi termini RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., 162.

stigazioni e delle indagini preliminari, può evitare che non venga rispettato lo stesso principio di obbligatorietà dell'azione penale e i parametri della sua reale osservanza. Con il procedimento penale che, in questo modo, sembra tornato ad essere il «socio paritario»⁷¹ del diritto penale nella definizione dell'effettiva e concreta rilevanza del “fatto”, contribuendo a riconoscere e a garantire la legalità sostanziale come «proprio limite»⁷².

5. *L'“incompiuta” processualizzazione del “fatto” nel contraddittorio per la prova e nella motivazione del giudice.* Le auspicabili e necessarie connessioni funzionali tra il “fatto” e la sua processualizzazione nel capo di imputazione, assai di frequente, non riescono a “sanare” la congenita carenza di tassatività delle fattispecie criminose.

Il rapporto tra il “fatto”, l'esigenza della sua “tassativizzazione” e i meccanismi processuali che disciplinano la sua prova potrebbe trovare, però, un successivo e ulteriore spazio all'interno delle dinamiche procedurali collocate tra l'imputazione, con cui si pone il *thema probandum*, e la sentenza (e la sua motivazione), con cui si definisce il *thema decidendum*. Con l'individuazione di nuovi limiti e vincoli in grado di evitare che la «crisi della fattispecie»⁷³ possa travolgere l'intero giudizio.

Nel contraddittorio emerge, invero, il ruolo del giudice e del suo contributo conoscitivo, con una fattispecie penale che comincia a prendere forma e che viene riempita di contenuti. Alla fine di un percorso argomentativo che ha inizio, nella fase preliminare, con un “fatto” determinato e non inverosimile, che si sviluppa con un'imputazione “chiara” e “precisa” e che prosegue e si consolida - attraverso il contraddittorio per la prova - con la sua conformazione nel tipo criminoso. E si conclude con la processualizzazione del fatto, funzionale a sanare il *deficit* di determinatezza della fattispecie di reato, del

⁷¹ Sul punto PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 308. In argomento CHIAVARIO, voce *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, vol. XXVIII, 442, secondo il quale «negli ordinamenti ... dominati dal principio *nulla poena sine iudicio*, tra il settore sostanziale ed il settore processuale è dato piuttosto scorgere ... un'interrelazione di reciproca, necessaria complementarità».

⁷² Così MAIELLO, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, cit., 628.

⁷³ Espressione utilizzata, efficacemente, da DINACCI, *I tortuosi percorsi della legalità mancata: dalla flessibilizzazione del “tipo” alle libertà delle forme probatorie e all'imprevedibilità della decisione*, cit., 2.

tipo criminoso e dell'imputazione. All'interno di una realtà *in fieri* che attraversa «l'intera figura dialettica "processo"»⁷⁴.

Proprio il contraddittorio, quale metodo nella formazione della prova, impone, però, una più marcata predeterminazione legislativa e una dettagliata consistenza descrittiva della fattispecie di reato. E in assenza di elementi fattuali suscettibili di accertamento probatorio, al cospetto di un "fatto" «ad offesa evanescente, neutrale e tutto proiettato verso una sua utilizzazione in chiave sintomatica» e di una fattispecie contrassegnata dalla presenza di componenti di carattere valutativo⁷⁵, lo stesso contraddittorio potrebbe articolarsi e svolgersi nel solco di mere presunzioni; riducendosi al semplice (e inutile) "confronto" tra le diverse visioni personali dell'accusa, della difesa e del giudice⁷⁶, con il conseguente "insabbiamento" degli stessi meccanismi processuali di elaborazione e formazione della prova.

Il contraddittorio rappresenta, infatti, esclusivamente un modello processuale di accertamento della responsabilità penale, strutturato lungo percorsi dialettici e connotato per la natura "avversariale" del confronto tra le parti e non può «costituire una garanzia compensativa della crisi della legalità sostanziale»⁷⁷. E proprio per consentire la sua piena "attuazione" ha l'ineludibile bisogno di una fattispecie penale non affetta da carente tassatività e caratterizzata

⁷⁴ Così CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981, p. 433. Secondo NAPPI, *Il problema della prova dei reati associativi*, in *I reati associativi*, a cura del CNPDS, Milano, 1998, 212, solo il contraddittorio «favorisce il processo circolare di adeguamento delle ipotesi interpretative alla realtà ... solo il contraddittorio tra le parti può offrire al giudice un inventario di ipotesi sufficiente a garantire l'attendibilità della sua decisione». Sul punto D. SIRACUSANO, *Reati associativi e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 4, 1086, che rileva come il contraddittorio non debba essere «destinato ... ad esaurirsi in un dibattito di opinioni su un giudizio di valore o su asserzioni di significato indeterminato». Deve tendere «all'opposto, a verificare fatti e circostanze con le variabili insite nello specifico procedimento probatorio ... prima di misurare l'adeguatezza del modello processuale (... appunto il contraddittorio) all'accertamento di questa o di quella ipotesi di reato bisogna considerare il tema di prova da sottoporre al controllo delle parti».

⁷⁵ Così BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, cit., 317/318. Nello stesso senso PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 3, 921, secondo il quale «il diritto penale attuale, farcito di fattispecie grondanti elementi valutativi elastici o addirittura vaghi» impongono al giudice «un apprezzamento valutativo a maglie larghe, rispetto al quale le garanzie del procedimento di acquisizione probatoria perdono ogni effettiva consistenza».

⁷⁶ In argomento MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., 1147.

⁷⁷ In questi termini GIUNTA, *Dal governo della legge al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche fra diritto e processo*, cit., 159.

da «un solido impianto lesivo»⁷⁸.

Sotto questo profilo il contraddittorio, prima ancora di rappresentare un metodo processuale, è la garanzia sostanziale dell'esistenza di un "fatto" determinato, chiaro e preciso; il vero banco di prova per la tenuta della fattispecie incriminatrice, da misurare nel corso della contrapposizione dialettica di due soggetti su basi paritarie, in vista della persuasione di un terzo⁷⁹ e funzionale ad assegnare (o riassegnare) al "fatto" la sua matrice offensiva e materiale, oltre che tipica⁸⁰. E solo un processo in grado di consentire l'effettiva applicazione del principio del contraddittorio costituisce «lo strumento più adeguato per attuare le disposizioni costituzionali dettate al fine di garantire il "giusto processo"»⁸¹. Ancorando, rigorosamente, l'oggetto da provare "ai fatti che si

⁷⁸ Così PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, cit., 921/922, secondo il quale «soltanto offese reali costruite intorno ad un nucleo materiale capace di identificare il disvalore, rappresentano il contrappunto armonico del contraddittorio per la prova, che su di esse potrà davvero esercitarsi con pienezza di significato pratico». In argomento CAPRIOLI, *Spunto introduttivo*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., 102, secondo il quale proprio «le imputazioni generiche ... trasformano il contraddittorio in una macchina cognitiva a rendimento ridotto o nullo». Sul punto FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, cit., 75, il quale ritiene che le regole processuali previste per il contraddittorio rischiano di venire «destinate ad un'applicazione del tutto virtuale quando le imputazioni sono tratte da fattispecie incriminatrici caratterizzate da elementi vaghi o che si riferiscono a profili soggettivi-sintomatici o che più in generale richiedono un approccio di tipo valutativo, più che conoscitivo».

⁷⁹ Sul punto GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1988, vol. VIII, 2. Per FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 4, 403, il contraddittorio per la prova rappresenterebbe una vera e propria «regola epistemica che connota l'essenza della giurisdizione». Anche se, come rileva FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, cit., 75, «un accertamento basato sul contraddittorio non si svolge affatto, non ha ragione di svolgersi, se il legislatore propone come oggetto dell'attività probatoria fattispecie incriminatrici dalla tipicità rarefatta, dove non si è in grado di distinguere i contorni di una condotta materiale e pregnante».

⁸⁰ «L'effettiva e concreta valorizzazione del canone di tipicità, quale esigenza di predeterminazione del fatto punibile e di rigorosa verifica di conformità al modello legale, passa attraverso una maggiore aderenza all'esperienza applicativa, alla dimensione probatoria del fatto» (GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., 131). Secondo MAIELLO, *Il contraddittorio nella Costituzione: una riforma tra politica, diritto penale e processo*, in *Crit. dir.*, 1999, 205, il «diritto penale si pone ... come funzione del contraddittorio per la prova, sicché entrambi sembrano implicarsi reciprocamente nel contesto di una visione politico-criminale che concepisce il sistema delle fattispecie incriminatrici ed il relativo procedimento probatorio quali poli di un rapporto di corrispondenza biunivoca, sia di natura strutturale che teologica».

⁸¹ In questi termini DOMINIONI, voce *Parte (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981, vol. XXXI, 949. Cfr. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) Diritto processuale penale*, cit., 3, secondo il quale «dal tessuto normativo costituzionale emerge l'inequivocabile profilo di un processo pe-

riferiscono all'imputazione" come previsto dall'art. 187 c.p.p. la cui "pertinenza" rappresenta l'iniziale limite dell'elaborazione probatoria e il vincolo che delimita l'ambito della "conoscenza" giudiziale delle parti in riferimento al "fatto" oggetto del giudizio, ai "confini" della fattispecie e al *thema probandum*.

Insomma: la "centralità" assegnata nel processo penale al contraddittorio per la prova, nella "gestione" degli strumenti repressivi, non può surrogare la legalità sostanziale. Evidenti sarebbero, infatti, gli ostacoli derivanti dal recupero della tassatività del "fatto" attraverso, esclusivamente, l'utilizzo di «meccanismi di selezione processuale dei fatti perseguiti»⁸². L'ineludibile contributo fornito dalle regole processuali nella definizione dei requisiti tipici del "fatto" e i limiti e i vincoli alla processualizzazione dello stesso può solo rappresentare la "soluzione" giudiziale per rendere maggiormente afferrabile e determinata una fattispecie carente di tassatività e di precisione. Anche perché «il fatto in senso processuale deve essere concepito come il fatto che il giudice (è) in condizione di vagliare nei limiti dell'imputazione contestata»⁸³ e la "formazione" della fattispecie giudiziale non può essere solo il frutto di un'elaborazione probatoria «acquisita *coram partibus*»⁸⁴. Le categorie sostanziali, gli elementi costitutivi della fattispecie e la compiuta descrizione del "fatto" punibile, sin dal momento genetico, devono essere formulate in vista della loro futura "vita" all'interno del processo e della loro applicazione giurisprudenziale e le regole processuali non possono «surrogare o addirittura surrettiziamente»⁸⁵ sostituirsi ad esse⁸⁶.

nale a parti dialetticamente contrapposte, dinanzi ad un giudice indipendente e imparziale». Sul punto MAIELLO, *ibid.*, 214, per il quale «l'inserimento nell'art. 111, anziché nell'art. 24, sta, per l'appunto, a suggellare il riconoscimento delle generali proprietà gnoseologiche del contraddittorio, la sua configurazione di strumento di attendibile ricostruzione dei fatti, di antidoto, cioè, contro il disordine, la superficialità e l'approssimazione delle procedure di acquisizione del sapere giudiziale». In argomento IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritti e motivazione*, Milano, 2023, II ed., 826, che rileva come «non ci può essere giusto processo senza giusta imputazione ... e per essere giusta, l'imputazione deve essere controllata dal giudice e passare attraverso il contraddittorio».

⁸² In questi termini FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, cit., 147.

⁸³ Così DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 33.

⁸⁴ In questi termini CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 170.

⁸⁵ Ancora FIORE, *ibid.*, 101.

⁸⁶ «L'effettivo rispetto dei principi di materialità e tassatività presuppone ... che il "fatto tipico" ritagli

Limiti e vincoli alla processualizzazione del “fatto” che potrebbero trovare, successivamente e infine, la loro “naturale” conclusione nella sua giurisdizionalizzazione⁸⁷, con la sentenza che assume i connotati di una vera e propria «norma del caso concreto»⁸⁸. Attraverso, soprattutto, la sua esposizione argomentativa, la sua completezza e la sua pubblicità, che assolvendo alla fondamentale esigenza di garantire le parti sulla correttezza del giudizio e sul rispetto del *thema decidendum*, permettono alla motivazione di esteriorizzarsi nella “riserva di giurisdizione”; consentendo di ricondurre il concetto di tassatività sostanziale e il *thema probandum*, e quello di “cosiddetta” tassatività processuale e il *quomodo* della prova, nell’alveo del tipo criminoso. Lungo un itinerario argomentativo contrassegnato dalla «crescente processualizzazione delle garanzie»⁸⁹ e ricorrendo agli obblighi motivazionali dell’interprete che rappresentano l’insostituibile parametro per «controllare la fedeltà del giudice alla legge in quell’opera di attuazione delle prescrizioni normative in cui si esprime la *iurisdictio*»⁹⁰. Con la creazione di una vera e propria fattispecie

condotte criminose ben profilate nella realtà sociale, come tali suscettive anche di agevole accertamento empirico in sede processuale, con conseguente maggiore garanzia degli stessi diritti di difesa» (FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, cit., 160).

⁸⁷ «L’accusa sulla quale il giudice è chiamato a decidere è l’ipotesi storica ... il fatto storico tracciato dall’accusa originaria ... deve coincidere con quello delineato in sentenza» (GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari-Roma, 2020, 137). Rispetto alla sentenza ed alla sua motivazione GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, cit., 130, ritiene opportuno fare riferimento, soprattutto, al canone probatorio dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”, «in funzione di contenimento della crisi di verificabilità e falsificabilità delle fattispecie di reato ... in sede di controllo della conformità al tipo».

⁸⁸ In questi termini CAPRIOLI, *Res giudicata penale e diritto del condannato a una punizione non sproporzionata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2025, 3, 1039. In argomento soprattutto CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1983, VII ed., 1039, che considera la sentenza «una norma di origine giudiziaria».

⁸⁹ Infatti secondo GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e vis espansiva del processo*, cit., 322, «obbligo di motivazione, principio del contraddittorio, terzietà del giudice, sarebbero in grado di compensare la tipicità debole delle fattispecie e, dunque, di sopperire all’indeterminatezza della formulazione normativa». Sul punto PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 307, per il quale «la mediazione giurisdizionale procede di pari passo con la pubblicizzazione della tutela. Accertamento e repressione dell’illecito penale postulano il processo come garanzia necessaria ed ineludibile».

⁹⁰ «C’è un legame indissolubile tra motivazione e giurisdizione: indipendentemente dalla sede processuale ... dal contenuto della pronuncia ... dalla composizione dell’organo ... il provvedimento che fa applicazione della legge deve essere accompagnato dalla enunciazione della *ratio decidendi*» (AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, vol. XXVII, 189). Sul punto GIUNTA, *Dal governo della legge al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche fra diritto e processo*, cit., 155, secondo il quale «la garanzia contro il rischio che il giudice faccia un impiego

giudiziale, sintesi di una verifica probatoria arricchita (e completata) dall'argomentazione logica del giudice sulla ricostruzione storica e sulla qualificazione giuridica del fatto oggetto del giudizio.

Il livello di "decidibilità" della verità giudiziale e il valore da assegnare all'*iter* argomentativo della decisione, sulla ricostruzione processuale di un "fatto" e sulla sua qualificazione giuridica, non può, però, non essere direttamente «proporzionale al grado di tassatività della norma»⁹¹. E il ricorso alla motivazione, e ai suoi obblighi imposti dagli artt. 111, VI comma Cost. e 125, III comma c.p.p. – pur rappresentando «i principi naturali connessi al processo come garanzia»⁹² e gli indispensabili parametri individuati dal legislatore democratico per limitare e vincolare l'interprete – non sembra poter costituire l'ultimo e residuale – ma decisivo e risolutivo – approdo procedimentale verso il quale dirigersi per limitare le aree di indeterminatezza delle fattispecie delittuose innalzandone il livello di tassatività, vincolando il giudice al rispetto della "qualità" descrittiva dell'imputazione e ricomprendendo il "fatto" nell'ipotesi tipizzata.

La decisione finale del giudice rappresenta, infatti, solo il vincolo che grava sull'interprete, obbligato a convertire in *res iudicata* esclusivamente la *res iudicanda* individuata nell'imputazione, così come previsto dall'art. 521 c.p.p. E assegnare alla sentenza (e alla sua motivazione) anche il compito di assolvere a tale funzione tassativizzante potrebbe unicamente favorire il consolidamento di una concezione meramente "giurisprudenziale" della legalità, attribuendo al giudice, all'interno del sistema penale, una posizione «del tutto autoreferenziale»⁹³. Con un "fatto" che potrà divenire, in questo caso, determinato,

arbitrario della libertà valutativa delle risultanze probatorie ... (è rappresentato dal) generale obbligo di motivazione, espressione di una ferma fiducia nel razionalismo decisionale del giudice e nella sua onestà intellettuale».

⁹¹ Così FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, 4, 14.

⁹² In questi termini MASSA, voce *Motivazione (motivazione della sentenza-dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1990, vol. XX, 2, secondo il quale «principio naturale vuol dire ... che la decisione non esiste, se non come atto di arbitrio e di sopraffazione, se non è compiutamente motivata», individuando un ambito di estensione del dovere di motivare «il più ampio possibile, tale che non resti immotivato neppure il più infinitesimale frammento della decisione del giudice». Sul punto v., però, CORDERO, *Procedura penale*, cit., 954, che considera la motivazione come «un'autoapologia del giudice, che non garantisce l'esposizione fedele delle ragioni del decidere e anzi può servire a nasconderle».

⁹³ Così GIUNTA, *Dal governo della legge al governo degli uomini? A proposito delle influenze recipro-*

chiaro e preciso solo grazie ad una verifica eminentemente discrezionale, condotta utilizzando giudizi valoriali; esercitando una vera e propria «supplemento esegetica» necessaria ad allineare «il precetto ad esigenze di tipicità» attraverso i percorsi razionalizzanti dell'argomentazione⁹⁴.

E con un “processo” che potrà, allora, tornare a garantire il recupero di efficienza dell'intero sistema, anche attraverso la processualizzazione del “fatto”, «solo quando la legislazione penale avrà riconquistato un adeguato livello di determinatezza sul piano sostanziale»⁹⁵.

che fra diritto e processo, cit., 156, con il giudice “incoraggiato” dalla stessa Corte costituzionale «a sanare in via interpretativa le fattispecie incriminatrici imprecise».

⁹⁴ In questi termini DINACCI, *I tortuosi percorsi della legalità mancata: dalla flessibilizzazione del “tipo” alle libertà delle forme probatorie e all'imprevedibilità della decisione*, cit., 21.

⁹⁵ FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, cit., 147.