

## CRISI DEL DIRITTO SOSTANZIALE E VIS EXPANSIVA DEL PROCESSO

SOMMARIO: 1. Tra metafisici del diritto e cultori della realtà. 2. Impostazione dell'indagine. 3. Il potere *normativo* del processo. 3.1. Precursori delle riforme legislative: le "interpretazioni evolutive" di fonte processuale. 3.2. Il tentativo di correzione del diritto vivente e di ristabilimento della legalità: le riforme legislative. 3.3. La punizione del fatto *non ancora* previsto dalla legge come reato. 4. Il potere *punitivo* del procedimento. 4.1. "Punire processando". 5. Il primato delle istanze investigativo-probatorie: il carcere quale misura coattiva finalizzata alla collaborazione. 5.1. Il potere *performativo* del processo: l'esecuzione penitenziaria piegata alle istanze della "lotta giudiziaria" contro la criminalità organizzata. 6. Tra diritto e processo: il nesso di reciproca strumentalità sul piano delle garanzie. 6.1. Processualizzazione degli strumenti di garanzia? 6.2. Dalla fattispecie incriminatrice alla fattispecie *giudiziaria*: i riflessi sul profilo della determinatezza. 6.3. I rischi insiti nella declinazione processuale di garanzie di matrice sostanziale e i vantaggi sottesi all'operatività sinergica dei due ordini di cautele.

*Il passato non muore mai.  
Anzi, non è nemmeno passato.*  
W. FAULKNER

### 1. Tra metafisici del diritto e cultori della realtà

Secondo una ricorrente rappresentazione, si dovrebbe prendere atto della frattura, da tempo in atto, tra giuristi metafisici, dediti allo studio accademico del diritto, e giuristi pratici, attenti e sensibili alle dinamiche applicative. Mentre i primi, alla stregua di anatomopatologi, si limiterebbero a sezionare il reato, a prescindere dagli effetti performanti della prassi, i secondi coglierebbero i dati la "realtà" e la "fattualità" del diritto penale, quali si manifestano nelle forme e secondo le finalità del processo.

A contatto con le pragmatiche istanze dell'accertamento processuale, principi e nozioni che nella prospettiva - statica - dello studio teorico e manualistico del diritto sostanziale assumono rilievo cruciale (determinatezza, sussunzione del fatto, ecc.), rivelerebbero i segni inequivocabili della loro ineffettività.

Da qui all'esaltazione del processo, quale *realtà* e, dunque, *verità*, del diritto, il passo è breve.

La crescente *vis expansiva* del processo è alla base del mutamento ideologico e culturale che si registra nei confronti della "creatività" giurisprudenziale e che si manifesta nell'acritico recepimento del diritto vivente. Il progressivo trasferimento di funzioni dalla sfera sostanziale a quella processuale viene accettato e giustificato in nome della ragion pratica. Strumentalizzando le innegabili interazioni funzionali tra diritto sostanziale e dinamiche processuali, gli obbiettivi general-preventivi vengono perseguiti attraverso il processo, quale tecnica di controllo sociale, suscettibile, altresì, di attirare il consenso collettivo, attraverso mirate rappresentazioni mediatiche.

Nel contesto di quella che può essere definita una vera e propria "politica criminale giudiziaria", il rischio è rappresentato da arbitrari slittamenti, improprie ibridazioni, in grado di alterare profondamente il volto "costituzionale" del sistema punitivo e la fisionomia degli istituti ad esso sottesi. Il dato fenomenologico, l'urgenza di assicurare una risposta punitiva, prendono, infatti, il sopravvento sulla visione sistematica e assiologica, con il conseguente ridimensionamento o riposizionamento riduttivo delle garanzie.

Omologazioni distorsive, assimilazioni deformanti, riflettono la crescente insofferenza all'idea del *limite*, la mancata percezione delle *differenze*. Nell'ambito della "giustizia di scopo", non vi è tempo per delimitazioni funzionali tra diritto e processo: si mira all'obbiettivo, a prescindere dallo strumento impiegato e dalle conseguenze ("*basta che funzioni*").

Ne è prova la difficoltà del legislatore di individuare una soluzione equilibrata e ragionevole in materia di *prescrizione*: nell'ambito di quello che può definirsi il piano paradigmatico dell'osmosi tra diritto e processo, non si riesce a venire capo delle disfunzioni e delle contraddizioni insite nel fenomeno di reciproca interferenza che caratterizza l'attuale disciplina dell'istituto<sup>1</sup>.

## 2. Impostazione dell'indagine

La ricognizione della fungibilità di prestazioni e delle convergenze fun-

<sup>1</sup> *Ex multis*, v. F. GIUNTA, *Oltre l'avversione imperscrutabile per la prescrizione penale?*, in "Giust. Pen.", 2015, 186 ss.; T. PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, in Aa.Vv., *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di L. Foffani e R. Orlandi, Bologna 2016, 93 ss.; D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2005, 507 ss.; sulla gestione sostanziale del tempo processuale, v. F. GIUNTA, *Dal governo della legge al Governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche tra diritto e processo*, in Aa.Vv., *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di R. Danovi, Torino 2015, 151 s.

zionali tra diritto e processo deve, dunque, essere preceduta da alcune precisazioni di carattere metodologico, volte a sottolineare che se l'esperienza penale è indubbiamente unitaria e circolare, non si può, però, non tenere conto delle profonde differenze che intercorrono tra i due piani.

A Tullio Padovani va ascritto il merito di aver richiamato l'attenzione sul nesso di strumentalità reciproca e complessa tra diritto e processo, quali poli di un unico sistema, e di aver posto in evidenza l'esigenza di dilatazione dell'oggetto d'indagine oltre il sistema giuridico positivo del diritto penale verso il sistema penale nella sua totalità, nelle sue due parti inscindibili<sup>2</sup>. Senza processo, il diritto penale è, infatti, condannato alla staticità e all'insignificanza: solo passando alla sua valutazione in movimento, nell'arena processuale, è, dunque, possibile coglierne l'espressione concreta e reale<sup>3</sup>.

Sulla visione congiunta e integrata di diritto e processo poggia l'elaborazione di Giuliano Vassalli in ordine ai principi generali del diritto: com'è noto, egli individua "due principi ispiratori, informativi, dell'intera materia penale, sebbene non espressi ma evincibili dall'insieme di norme che lo compongono", rappresentati, da un lato, dalla difesa sociale (tutela di beni essenziali per la convivenza civile, mediante minaccia o irrogazione di pene) e, dall'altro, dal rispetto del singolo quale persona umana (garanzie sostanziali e processuali, di carattere personalistico)<sup>4</sup>. Tali canoni direttivi, tendenzialmente in contrasto, "ma perennemente in cerca di reciproca composizione", sono –secondo Vassalli– connessi a scelte politico-criminale, in relazioni alle quali "possono avvenire nella legislazione, nella giurisprudenza e nella pratica, determinate forzature, in un senso come nell'altro"<sup>5</sup>.

L'adozione di una chiave di lettura unitaria<sup>6</sup>, di una visione d'insieme dei problemi, presuppone, peraltro, una chiara visione delle differenze tra le componenti del sistema<sup>7</sup>. Nel valutare identità fenomeniche e convergenze

<sup>2</sup> V. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1992, 430 ss.; Id., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in "Ind. pen.", 1999, 528 ss.; da ultimo, v. *Il diritto sostanziale e il processo*, op. cit., 81 ss.

<sup>3</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in "Riv. dir. proc.", 1952, 167.

<sup>4</sup> V. G. VASSALLI, *Principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1991, 705 ss.

<sup>5</sup> G. VASSALLI, *Principi generali*, op. cit., 708.

<sup>6</sup> Sull'inscindibilità delle due componenti, v. M. NOBILI, *Il processo e il diritto*, in AA.VV., *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., 55 ss.

<sup>7</sup> Cfr. S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli 2007, 35 ss.; dello stesso Autore, in tema

funzionali, non si dovrebbe perdere di vista il rigido e coerente riparto di competenze presupposto dalla Carta fondamentale: se le scelte di tutela e le finalità della pena dovrebbero essere prerogativa del diritto sostanziale, al processo compete, invece, l'accertamento di singole responsabilità individuali<sup>8</sup>. Prima ancora che una regola di giudizio- osserva Domenico Pulitanò- la norma penale è una regola di condotta: nel considerare i condizionamenti, l'unità di contesto dei problemi, il comune vincolo della legalità, non si dovrebbe perdere di vista l'esigenza di differenziazione<sup>9</sup>.

Traendo spunto dalle indicazioni metodologiche di Carlo Enrico Paliero, secondo cui i termini dell'interazione funzionale mutano in dipendenza delle fasi processuali e del tipo di processo<sup>10</sup>, in questa sede l'attenzione sarà rivolta a tre peculiari forme d'interferenza, emblematiche della relazione dialettica tra diritto e processo.

Si prenderanno le mosse dalla considerazione del potere *normativo* del processo, avuto riguardo ai criteri di selezione del penalmente rilevante applicati in fase cautelare e nel dibattimento; in secondo luogo, l'attenzione sarà rivolta al potere *punitivo* del processo, con riferimento all'anticipazione dell'esecuzione della pena alla fase delle indagini preliminari; infine, si darà conto delle anomale funzionalità preventive e processuali che l'esecuzione penitenziaria è venuta progressivamente assumendo, in funzione di contrasto di determinati fenomeni criminosi.

Nell'insieme, le situazioni evidenziate rispecchiano la tendenza del sistema punitivo a dislocare il perseguimento di finalità general-preventive lungo l'arco che dalle indagini preliminari giunge sino all'esecuzione della pena, a conferma dell'acuto stato di crisi in cui versa il diritto sostanziale.

### 3. *Il potere normativo del processo*

Molteplici e cangianti sono le forme di manifestazione del potere normativo del processo. E' noto come quest'ultimo tenda a plasmare le categorie

di "processualizzazione" della tipicità, v. *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in AA.VV., *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di L. Foffani e R. Orlandi, Bologna 2016, 145 ss.

<sup>8</sup> V. F. GIUNTA, *Dal governo della legge al Governo degli uomini?*, *op. cit.*, 149 ss.

<sup>9</sup> V. D. PULITANÒ, *Introduzione alla sessione pomeridiana del 23.11.2012*, in AA.VV., *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, *cit.*, 145.

<sup>10</sup> C. E. PALIERO, *Quale diritto per quale processo?*, in AA.VV., *Diritto e processo penale*, *cit.*, 191 ss., in ordine alla dialettica tra formante legislativo e formante giudiziario nelle varie fasi del processo.

e i coefficienti sostanziali secondo esigenze e priorità di carattere probatorio. Se il dibattito assurge a *locus* deputato al superamento di incertezze e “asperità” in punto di causalità (processo come fonte di *verità* della legge scientifica), in tema di scriminanti e d’imputabilità si tende, invece, a semplificare l’accertamento attraverso la previsione di oneri di allegazione a carico dell’imputato; sul versante della colpevolezza, la valorizzazione prasseologica dei c.d. indicatori del dolo irrigidisce la prova del coefficiente psichico, attraverso l’imposizione di valutazioni vincolate<sup>11</sup>.

Non vi è dubbio, peraltro, che il piano che si presta a subire gli effetti più penetranti della prevaricazione della prova<sup>12</sup> sia quello della *tipicità in concreto* (accertamento della corrispondenza dell’accadimento storico alla fattispecie astratta): è qui che la dimensione sostanziale e la dimensione probatoria convergono, secondo rifrazioni e interferenze di multiforme peso e significato, che si riverberano, infine, sul contenuto normativo.

La crisi della fattispecie si traduce nella progressiva perdita d’identità e specificità del diritto sostanziale, sempre più spesso ridotto a modello di tutela “a maglie larghe”, affine a quello civilistico, favorendo esiti repressivi “totalizzanti”, incentrati sul generico “*neminem laedere*”. Distacco dal canone “regolativo” di frammentarietà e relativizzazione dell’idea di tipicità fanno sì che la selezione del penalmente rilevante sia effettuata in funzione del processo, in vista di obiettivi che trascendono il piano dell’accertamento di responsabilità degli imputati e risentono dell’impatto e dell’attesa *sociale* della decisione.

In questo contesto, la ridefinizione dei confini della fattispecie in base alla praticabilità processuale o alla disponibilità probatoria rappresenta quasi una costante dell’esperienza applicativa: l’amputazione di elementi della fattispecie, l’introduzione di presunzioni, le inversioni dell’onere probatorio, la ricorrente confusione tra oggetto e mezzo della prova, rappresentano le modalità di manifestazione di quella tendenza alla *processualizzazione* delle fattispecie sostanziali dominante nella prassi<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Introduzione*, in Aa. Vv., *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, *Atti del convegno di Pisa* (26.2.2016), Torino, 2016, 6.

<sup>12</sup> Sulle evoluzioni genetiche indotte dalle esigenze probatorie, v. C. E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 2004, 1018 s.

<sup>13</sup> Sui processi di modificazione della fattispecie incriminatrice e, in particolare, sull’eliminazione di componenti tipiche che pongano difficoltà probatorie, v. S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo* cit., 103 s.

### 3.1. *Precursori delle riforme legislative: le “interpretazioni evolutive” di fonte processuale*

Tra i fattori che favoriscono lo spostamento del baricentro punitivo verso l'arena processuale, assume particolare importanza il ritardo o l'incapacità del legislatore di fronteggiare determinate emergenze empirico-criminologiche, in grado di generare un diffuso allarme sociale. In questa prospettiva, l'attenzione sarà rivolta, in particolare, al profilo del c.d. “fatto *non ancora* previsto dalla legge come reato”, emblematico della contrapposizione tra potere giudiziario e potere legislativo.

La mancanza o inadeguatezza delle norme incriminatrici induce a dislocare in ambito processuale la ricerca di correttivi e di integrazioni: il processo *produce* fattispecie penali, anticipando l'intervento legislativo. Negli ultimi tempi, il formante giurisprudenziale tende ad introdurre *nuovi* contenuti normativi, il più delle volte destinati ad essere, in seguito, recepiti e positivizzati dal legislatore in sede di riforma, a conferma dell'effettività delle istanze di tutela e della necessità di estendere i confini della punibilità.

L'ampliamento prasseologico della tipicità riguarda settori particolarmente “sensibili” dell'ordinamento penale e investe, soprattutto, le fattispecie che meglio si prestano strutturalmente ad assecondare nuove e fondate esigenze punitive, derivanti da “gravi” lacune di tutela. Il fenomeno della riforma “a due tempi” (anticipazione giurisprudenziale e ratifica legislativa) ha riguardato, in particolare, due settori nevralgici: quello dei delitti contro la pubblica amministrazione e quello della tutela penale dell'ambiente.

Dal primo punto di vista, assume, anzitutto, rilievo il profilo della corruzione *in incertis actis*. E' noto il fatto che molto prima della “ristrutturazione” legislativa dell'art.318 c.p. ad opera della l.190/2012, nella giurisprudenza di legittimità si tendesse –per esigenze di semplificazione probatoria- a prescindere dalla necessità dell'individuazione di uno specifico atto oggetto dell'accordo illecito, ai fini dell'applicazione degli artt. 318 e (soprattutto) 319 c.p.<sup>14</sup>.

Nella misura in cui prescinde dal riferimento a un atto dell'ufficio, collegandosi all'esercizio delle funzioni o dei poteri, la riformata fattispecie di cui all'art.318 c.p. si fa carico delle medesime esigenze punitive che avevano indotto la giurisprudenza ad “allargare” la sfera di operatività della fattispecie di corruzione propria.

<sup>14</sup> *Ex multis*, v. Cass., Sez. IV, 4.5.2006, n.33435, Battistella; Cass., sez. fer., 25.8.2009, n. 34834, Ferro; sull'imprescindibilità del riferimento normativo alla nozione di “atto di ufficio”, v. V. MANES, *L'atto di ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 2000, 924 ss.

Un secondo esempio è rappresentato dall'evoluzione in tema di millantato credito (art. 346 c.p.). Ancor prima che, con la legge da ultimo citata, il legislatore prevedesse la nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art.346-bis c.p. (*Traffico di influenze illecite*), la giurisprudenza aveva più volte affermato la necessità (condivisa, peraltro, da autorevole dottrina) di superare il tradizionale collegamento dell'art.346 c.p. allo schema della repressione della c.d. "*vendita di fumo*" (millantato credito come ipotesi speciale di truffa) e di estendere la predetta fattispecie anche alle ipotesi di traffico di indebite influenze<sup>15</sup>.

Tale interpretazione "estensiva" aveva consentito di far rientrare nella sfera di operatività dell'art. 346 c.p. anche i casi in cui la relazione con il pubblico agente fosse realmente esistente (e non solo *millantata* o "magnificata"). La postulata indifferenza della distinzione tra capacità d'influenza *reale* o *supposta*, tra credito *esistente* o *inesistente*, si rivelava (anche in questo caso) idoneo ad alleviare il carico probatorio (avuto riguardo al problematico elemento dell'inganno) e al "riposizionamento" dell'asse del disvalore (tradizionalmente ancorato al prestigio della pubblica amministrazione) intorno all'offesa all'imparzialità dello svolgimento delle pubbliche funzioni.

Passando ai delitti ambientali, un ulteriore esempio di "anticipazione" giurisprudenziale dei contenuti normativi di successive riforme legislative è rappresentato dalla riscoperta applicativa di alcune fattispecie di pericolo comune mediante violenza (artt. 434 e 439 c.p.), in chiave di repressione di c.d. disastri ambientali e sanitari<sup>16</sup>. Con la previsione -in seno al nuovo Titolo Vi-bis del Libro II codice penale- dei delitti contro l'ambiente (l. 68/2015), il legislatore ha inteso "riversare" nella formulazione dell'art.452-*quater* c.p. le alterne e precarie soluzioni punitive sperimentate nel corso di tale, tormentata, esperienza applicativa.

### 3.2. *Il tentativo di correzione del diritto vivente e di ristabilimento della legalità: le riforme legislative*

In tutti e tre i casi di recepimento legislativo di fattispecie di matrice giudiziaria ci si attendeva l'eliminazione o, almeno, la drastica riduzione dell'evidente "iato" che intercorreva tra diritto vivente e disciplina legislativa.

Sul versante della *corruzione*, la riformulazione dell'art. 318 c.p. e il conseguente rapporto inverso di frammentarietà rispetto alla disposizione

<sup>15</sup> V., ad es., Cass. VI 18.5.1989, n.11317, Canz., 181968; Cass. VI 4.2.1991, n. 5071, Manuguerra.

<sup>16</sup> V., ad es., Cass. I 23.2.2015, n.7941, Schmidheiny.

successiva, avrebbero dovuto -“per contrasto”- garantire un’interpretazione restrittiva del concetto di “atto”. Come osservato da Tullio Padovani, la riforma dovrebbe considerarsi “un punto di non ritorno”, tale da inibire e prevenire la tendenza ad intendere la nozione di “atto” in senso non formale, prescindendo dalla necessità di individuare uno specifico provvedimento oggetto di compravendita<sup>17</sup>. Il riferimento all’atto -tuttora presente all’art. 319 c.p.- dovrebbe d’ora in avanti tornare ad assumere un significato definito e puntuale, ben diverso da quello ad esso sinora attribuito dal diritto vivente.

Quanto al *millantato credito*, l’introduzione della nuova figura delittuosa di traffico d’influenze illecite (art.346-bis c.p.) -incentrata sull’effettivo sfruttamento di relazioni “esistenti” e assorbente le ipotesi alle quali la giurisprudenza aveva assicurato “copertura penale” attraverso l’estensione dell’art.346 c.p.- mirava a *restringere* l’interpretazione di quest’ultima previsione al proprio significato logico-letterale (*millantato credito*), secondo il rapporto di alternatività postulato dalla riforma.

Per effetto di quest’ultima, l’art.346 c.p. dovrebbe, dunque, tornare ad essere interpretato nel rispetto della cornice simulatoria intrinseca al *millantato credito*.

Quanto, infine, all’intervento di riforma in materia di delitti ambientali, la nuova fattispecie legislativa di disastro ambientale dovrebbe far sì che l’art.434 c.p. torni ad essere interpretato e applicato in modo conforme ai requisiti previsti per tutti i delitti nominati di pericolo comune mediante violenza.

### 3.3. *La punizione del fatto non ancora previsto dalla legge come reato*

L’aspetto più singolare è dato dal tendenziale rigetto –da parte della giurisprudenza di legittimità- degli effetti innovativi prodotti dalle riforme in esame, in nome del diritto vivente<sup>18</sup>. Il ridimensionamento dell’intervento correttivo del legislatore e l’anomala rivendicazione del persistente primato della prassi applicativa, indotta ora da considerazioni di presunta irragionevolezza nella dosimetria sanzionatoria (corruzione per l’esercizio della funzione e traffico d’influenze illecite sono, in effetti, puniti in modo meno severo della corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio e del *millantato credito*), ora dall’oscurità dei rapporti intercorrenti tra norma preesistente

<sup>17</sup> T. PADOVANI, *La messa ‘a libro paga’ del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in “G. dir.”, 2012 (48), IX s.

<sup>18</sup> V., ad es., Cass. VI, 28.2.2014, n. 9883, Terenghi.



e norma di nuova introduzione (come nel caso degli artt. 434 e 452-*quater* c.p.), hanno prodotto una situazione di grave incertezza.

Più che la neutralizzazione del *novum* legislativo e del “boicottaggio” delle riforme in sede applicativa (quasi che diritto vivente e legge penale possano cooperare alla funzione punitiva in ordine indifferenziato e in posizione di sostanziale parità), ad assumere rilievo in questa sede è un diverso e più specifico profilo del complessivo *vulnus* arrecato al principio di legalità.

Si fa riferimento, in particolare, a talune insidiose implicazioni della *successione* tra norma di produzione *giurisprudenziale* e norma di produzione *legislativa*.

Lungi dal poter essere ridotte a fisiologiche “interpretazioni estensive”, quelle adottate nella prassi applicative debbono considerarsi soluzioni *contra legem*, sulle quali sono state fondate e motivate plurime sentenze di condanna di imputati di fatti *non ancora* previsti dalla legge come reato. A ben vedere, infatti, l’esclusione –ad opera del legislatore– della riconducibilità della corruzione *in incertis actis* alla sfera di operatività art.319 c.p., assume il significato di “sconfessione” formale delle illegittime manipolazioni del tipo criminoso finora praticate senza remore in giurisprudenza: in rapporto ai fatti commessi in epoca antecedente alla riforma, l’intervento correttivo dovrebbe essere letto come l’attestazione –“ora per allora”– dell’illegittimità delle relative sentenze di condanna.

Quale consistenza assume in concreto il divieto di retroattività di “nuove” incriminazioni se quest’ultime sono sistematicamente “anticipate” dal diritto vivente? In chiave retrospettiva, le soluzioni adottate nella prassi si rivelano, infatti, applicazioni retroattive di una fattispecie incriminatrice di fonte legislativa, non ancora vigente al momento del fatto. Corruzione per l’esercizio delle funzioni e traffico d’influenze illecite erano *già previsti* dalla giurisprudenza come reati, con livelli edittali talora manifestamente superiori a quelli contemplati oggi dal legislatore in rapporto alle nuove figure criminosi.

Una particolare considerazione meritano gli effetti che la “nuova incriminazione” di fonte legislativa produce retrospettivamente sulle condanne inflitte sulla base del diritto di derivazione giurisprudenziale. In primo luogo, si tratta di garantire il cittadino da interpretazioni di norme incriminatrici il cui carattere analogico e, quindi, illegittimo sia, per così dire, disvelato dall’inequivoco tenore di leggi penali successive. Nei casi in esame, il mutamento peggiorativo “a sorpresa” del trattamento penale si cela sotto la dichiarata “interpretazione estensiva” di una fattispecie incriminatrice già prevista nell’ordinamento, al momento del fatto.

Quali rimedi avverso gli iniqui effetti di nuove incriminazioni di fonte

giurisprudenziale, *sconfessate o contraddette* (anche sotto il profilo meramente sanzionatorio) da successive e puntuali prese di posizione legislative, suscettibili di essere considerate “*nuove incriminazioni*”?

Sul piano interno, l'intangibilità del giudicato sembrerebbe confermare la pretesa totalizzante del diritto vivente, la sostanziale impossibilità di lacune di tutela. L'ipotetica estensione –da parte del legislatore o della Corte cost., tramite sentenza additiva- della revoca della sentenza di condanna (art. 673 c.p.p.) ai casi concernenti fatti non ancora previsti come reati, scontrerebbe, peraltro, non pochi limiti e debolezze. Come osservato da Francesco Palazzo, “dal punto di vista interno, contro la “creazione giurisprudenziale” non vi sono allo stato rimedi adeguati, essendo essa il risultato dell'opera proprio dell'organo deputato a sindacare le violazioni di legge”<sup>19</sup>.

In chiave di garanzia, sembra rivelarsi più proficuo il riferimento agli strumenti di tutela messi a punto dalla giurisprudenza europea. In questa direzione, l'elaborazione della Corte EDU in ordine alla ragionevole prevedibilità delle scelte operate in sede giudiziaria potrebbe, in effetti, ovviare alle criticità sottese, in punto di irretroattività, alla delicata successione tra *fattispecie giudiziaria* e *fattispecie* di fonte legislativa.

#### 4. *Il potere punitivo del procedimento*

Un secondo fattore di crisi del diritto sostanziale –l'incertezza e la “tardività” della risposta punitiva- è alla base di penetranti interferenze esercitate dal processo sul piano della penalità. Esigenze di natura processuale –legate, soprattutto, alla deflazione del carico giudiziario- determinano il sacrificio di funzioni proprie della pena: è noto come l'operatività dei procedimenti speciali si riverberi in termini problematici sui criteri di commisurazione di una sanzione applicata in difetto di giudizio o sulla base di prove acquisite senza contraddittorio<sup>20</sup>.

Emblematico della *vis expansiva* palesata dall'istituzione processuale sul piano sanzionatorio è, soprattutto, il fenomeno del c.d. “procedimento come pena”. Con tale espressione si intende fare riferimento all'inversione di ruoli tra diritto sostanziale e diritto processuale: il primo diviene strumentale all'anticipazione dell'esecuzione della sanzione nella fase delle indagini

<sup>19</sup> F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in “Dir. pen. proc.”, 2016, 1965.

<sup>20</sup> Da ultimo, v. E. MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in AA.VV., *Diritto e processo*, cit., 175 ss.

preliminari, mutuando funzioni e finalità che dovrebbero rimanere estranee al piano procedimentale.

Come osservato da Massimo Nobili, si passa dal punire *dopo* al punire *con* il procedimento, a scapito dell'art. 27 co. 2 Cost.<sup>21</sup>. Attraverso l'attuazione di forme di controllo sociale atipiche e anticipate (in grado di estendersi anche alle misure ablatorie: è il caso, ad es., del sequestro per equivalente, quale sanzione patrimoniale preventiva), il procedimento assume funzioni e finalità proprie del diritto sostanziale<sup>22</sup>: l'usurpazione di prerogative e ruoli<sup>23</sup> si manifesta, com'è noto, nell'indebita utilizzazione della custodia cautelare quale pena anticipata<sup>24</sup>.

A rendere possibile tale forma –patologica– di applicazione preventiva della pena contribuiscono alcuni profili di omogeneità che, indubbiamente, intercorrono tra l'istituto cautelare e quello punitivo: il presupposto dato dalla commissione di un reato per il quale sia comminata una pena detentiva di una certa gravità, lo scomputo della misura cautelare sofferta dalla durata della pena, la previsione della riparazione nel caso in cui la detenzione cautelare si riveli ingiustamente inflitta, il comune concetto di giudicato, in riferimento alla stabilità della decisione<sup>25</sup>. Quel che più conta, dal punto di vista sostanziale, è che, in entrambi i casi, ci troviamo di fronte alla restrizione coercitiva di diritti fondamentali.

In un ordinamento che dovrebbe conformarsi al principio di cui all'art. 27 co.2 Cost, il problema cruciale diviene quello di evitare o limitare al massimo i pericoli insiti nell'assimilazione prasseologica tra pena e carcerazione preventiva. La tendenza alla sovrapposizione funzionale dei due istituti -fa-

<sup>21</sup> M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: Processo – Teoria dello Stato- Epistemologia*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano 2000, 485.

<sup>22</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale e processo*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova 2002, 70 ss.

<sup>23</sup> Cfr. F. GIUNTA, *Dal governo della legge al governo dei giudici?*, cit., 153.

<sup>24</sup> Sulle prassi devianti nel regime processuale “*de libertate*”, v. E. AMODIO, *Quale processo per quale diritto?*, in AA.VV., *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., 213 ss.; E. MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, cit., 175 ss.

<sup>25</sup> Cfr. S. FIORE, *Maneggiare con cautela. Per un uso consapevole dei limiti normativi all'uso della custodia in carcere (ancora a proposito dell'art. 275 co. 2 bis c.p.p.)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5, secondo il quale “le misure cautelari di tipo detentivo si manifestano (e sono percepite e ‘sofferte’) in forme materialmente identiche o largamente assimilabili a quelle che la pena detentiva assume in sede di esecuzione, tanto che il tempo della loro esecuzione viene scomputo dalla durata della pena da eseguire e se la detenzione cautelare si rivela ex post ‘ingiusta’, sorge il diritto per chi l’ha subita di ottenere la medesima *riparazione* prevista per la ingiusta esecuzione di una pena”.

vorita, in tempi recenti, dallo stesso legislatore attraverso la previsione di presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in carcere<sup>26</sup>- è, peraltro, assai risalente: come osservato da Giuliano Vassalli, si tratta di un” tema vecchio, i cui connotati difficilmente cambiano per effetto dei tempi e dell’evoluzione giuridica”<sup>27</sup>.

Il fenomeno del ricorso alla carcerazione preventiva per finalità *extra legem* è suscettibile di essere analizzato e valutato secondo plurime prospettive. Dal punto di vista processuale, esso si presta ad essere considerato, in relazione alla deformazione inquisitoria della misura cautelare (l’interesse ad accertare la verità fa sì che la carcerazione preventiva sia piegata ad esigenze investigative, finalizzate alla collaborazione dell’imputato, con esiti talora accostati alla tortura giudiziaria)<sup>28</sup>; dal punto di vista del diritto sostanziale, assume, invece, rilievo l’anomala produzione endo-procedimentale di “pene”, fondate su “gravi indizi di colpevolezza”.

#### 4.1. “Punire processando”

Alla base del “procedimento come pena” sembrano porsi essenzialmente due fattori interconnessi. Per un verso, si avverte il peso di pressanti istanze di tutela sociale, che penetrano nelle fasi prodromiche del processo, in funzione di riduzione dell’allarme sociale cagionato dal reato e di prevenzione di reati della stessa natura; peraltro, assume rilievo l’evidente crisi di certezza ed effettività della pena, che induce alla ricerca di equivalenti funzionali. Esigenze post-moderne di celerità dell’accertamento, bisogni collettivi di risposte punitive, pressioni mediatiche, contribuiscono alla “processualizzazione” della sanzione penale: volgendo lo sguardo al significato “reale” del sistema punitivo, la carcerazione preventiva si rivela spesso l’unica punizione realisticamente praticabile, in considerazione dell’abnorme dilatazione temporale dei giudizi penali e dell’incertezza della condanna.

La perversione della carcerazione preventiva quale strumento punitivo è il risultato della pragmatica presa d’atto dell’incapacità del processo penale di assicurare quella che un tempo veniva indicata come “funzione cautelare finale”: ossia la garanzia che, conclusosi il processo con la condanna

<sup>26</sup> *Ex multis*, v. E. MARZADURI, *L’applicazione della custodia in carcere alla luce della nuova disciplina delle presunzioni in materia cautelare*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu)

<sup>27</sup> G. VASSALLI, *Libertà personale dell’imputato e tutela della collettività*, in Giuliano Vassalli, a cura di F. Palazzo, Bari 2010, 118.

<sup>28</sup> V. E. AMODIO, *Segreti e bugie. la libertà dell’indagato nel cappio della cultura inquisitoria*, in [www.processopenaleegiustizia.it](http://www.processopenaleegiustizia.it), 1 ss.

dell'imputato, la pena sarà effettivamente espiata<sup>29</sup>. L'alea è così elevata che il diritto sostanziale è costretto a mutuare al procedimento la pena, con tutti i corollari teleologici: nella prassi, la "pena anticipata" è, perlopiù, orientata a finalità general-preventive e neo-retributive, assorbendo diffuse attese di esemplarità della reazione ordinamentale e istanze di riprovazione (infamia).

Attraverso il decisivo contributo dei *mass media* (soggetti non istituzionalizzati e, di fatto, irresponsabili), esigenze di "giustizia sociale" penetrano nelle inchieste preliminari. Gli stessi *media* certificano ed amplificano la fondatezza dei sospetti, attirando il consenso sociale. Un utilitarismo populistico che riversa nella carcerazione preventiva la tensione preventiva e repressiva tipica della pena: nel caso di specie, una pena principale "di fatto", accostata da Massimo Nobili ad una sorta di "condanna provvisoria"<sup>30</sup>, dotata di particolare immediatezza ed efficacia preventiva.

Alla carcerazione preventiva quale pena anticipata si affidano pregnanti funzioni generalpreventive: la certezza e la prontezza della risposta cautelare mirano ad assicurare il livello d'intimidazione che la minaccia della pena in sé non riesce più a conseguire. Alla luce della polarizzazione del sistema punitivo sul procedimento, non v'è da stupirsi, allora, che la pena comminata sia degradata al ruolo strumentale di condizione di applicabilità della misura custodiale (art. 280 c.p.p.) o di presupposto legittimante l'esperibilità di determinati mezzi di prova.

La tutela della libertà personale finisce per assumere un ruolo sussidiario. Alla produzione di tale esito contribuiscono non solo le presunzioni di esigenze cautelari (art. 275 co. 3 c.p.p.), ma, anche, la tradizionale difficoltà di determinazione della condizione generale di applicabilità delle misure cautelari personali. Rimane, infatti, tuttora problematico stabilire con ragionevole precisione quale sia lo standard probatorio richiesto dall'art. 273 c.p.p. ai fini dell'emissione dell'ordinanza di custodia cautelare: la limitata controllabilità e verificabilità razionale della discrezionalità giudiziaria accrescono sensibilmente il rischio di errori e di decisioni arbitrarie.

"Tutta la materia appare segnata da un alone di incertezza e di indeterminazione"<sup>31</sup>: le parole di Giuliano Vassalli evidenziano l'indefinitezza dei criteri normativi e il soggettivismo dei parametri di valutazione. Sono proprio tali caratteri ad agevolare l'elusione del principio di legalità: la strumentalizzazione politico-criminale può giovare della possibilità di irrogare

<sup>29</sup> Cfr. G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, cit., 121.

<sup>30</sup> V. M. NOBILI, *Scenari e trasformazione del processo penale*, cit., 199.

<sup>31</sup> G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, cit., 119.

una “pena anticipata” in difetto di prova piena e della sospensione del giudizio sulla responsabilità che caratterizza l’iter procedimentale.

Una *poena extraordinaria*, di matrice inquisitoria, in palese contraddizione con la presunzione di non colpevolezza<sup>32</sup>.

##### 5. *Il primato delle istanze investigativo-probatorie: il carcere quale misura coattiva finalizzata alla collaborazione*

Dal punto di vista funzionale, l’impiego della carcerazione preventiva quale tecnica di esecuzione anticipata della pena si collega strettamente ad ulteriori istanze, di natura investigativo-probatoria. L’applicazione –abusiva- della misura coattiva al fine di indurre l’indagato a collaborare con la giustizia, costituisce, in effetti, un dato fenomenologico di particolare frequenza, che attesta la profonda deformazione dell’istituto cautelare. Com’è stato osservato da Francesco Palazzo, il ricorso al paradigma della collaborazione processuale “rischia di indurre distorsioni sulle tecniche di accertamento processuale e su molti istituti del processo, *in primis* la stessa custodia cautelare”<sup>33</sup>.

Quella che autorevole dottrina ha definito “regressione inquisitoria del processo penale”<sup>34</sup> si inserisce, peraltro, all’interno di un più ampio e penetrante processo involutivo, incentrato sull’ “ideologia “cooperatoria”<sup>35</sup>, che ha alterato sotto molteplici profili il volto di fondamentali istituti di diritto sostanziale, di diritto processuale e di diritto penitenziario. Sperimentate nell’ambito della legislazione d’emergenza volta a fronteggiare il fenomeno terroristico e stabilizzatesi nel quadro dell’azione di contrasto della criminalità organizzata, le fattispecie imperniate sulla collaborazione processuale si

<sup>32</sup> Come osservato da E. MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in “Arch. pen.”, 2014, 11, “in effetti, anche se ci si ferma ad un apprezzamento della disposizione costituzionale che si attesta sul dato letterale, dove non compare, come è scontato, una presunzione di innocenza, ma non è neppure declinata una presunzione di non colpevolezza<sup>38</sup>, si dovrà riconoscere che l’eventuale applicazione di una misura restrittiva *in itinere iudicii*, anche se conseguente ad una sentenza di condanna, non potrà considerarsi esecuzione anticipata della pena”.

<sup>33</sup> F. PALAZZO, *La politica criminale nell’età repubblicana*, in *Storia d’Italia, Annali 12, La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, 1997, 1976.

<sup>34</sup> T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 1986, 421; sulle dinamiche premiali, v., altresì, F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale*, in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, t. II, Milano 1997, 1459 ss.

<sup>35</sup> M. NOBILI, *Scenari e trasformazione del processo penale*, Padova 1998, 194.

fondano sulla rigida alternativa tra premio e inasprimento del trattamento. Al modello cooperatorio è, infatti, sottesa un vincolo sinallagmatico (*do ut des*)<sup>36</sup>, che rende tale “paradigma normativo sostanzialmente obbligatorio”<sup>37</sup>.

Da un lato, la collaborazione/delazione è il presupposto di una variegata sequenza di misure premiali, di cangiante intensità, distribuite tra cognizione ed esecuzione: ad assumere rilievo sono soluzioni sostanziali (applicazione di circostanze attenuanti o cause di non punibilità), processuali (revoca o mitigazione del trattamento cautelare) o penitenziarie (possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione).

Dall’altro, la mancata collaborazione è sanzionata attraverso la strumentalizzazione della custodia cautelare, la negazione di circostanze attenuanti o la distorsione dei meccanismi commisurativi e, infine, soprattutto, la preclusione dell’accesso alle misure alternative alla detenzione.

Nel complesso, la logica premiale imprime al sistema una torsione inquisitoria che finisce per asservire il diritto sostanziale e il diritto penitenziario alle peculiari esigenze investigative e probatorie connesse all’azione di contrasto di gravi fenomeni criminali, suscettibili di generare un elevato allarme sociale (criminalità organizzata, terroristica, sessuale, ecc.).

### 5.1. *Il potere performativo del processo: l’esecuzione penitenziaria piegata alle istanze della “lotta giudiziaria” contro la criminalità organizzata*

Emblematica del primato assunto dalla “collaborazione con la giustizia” quale tecnica privilegiata d’indagine è l’evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia di restrizioni all’accesso alle misure alternative alla detenzione, che negli ultimi venticinque anni ha caratterizzato l’azione di contrasto della criminalità organizzata.

In estrema sintesi, dalla complessa stratificazione normativa conseguente ai ripetuti interventi del legislatore e della Corte costituzionale in materia di benefici penitenziari emerge la progressiva penetrazione della logica premiale, con la conseguente diversificazione del trattamento penitenziario in dipendenza della tipologia e della natura del reato posto in essere dal detenuto.

<sup>36</sup> M. NOBILI, *Scenari e trasformazione del processo penale*, cit., 193.

<sup>37</sup> T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 423; nel senso che, nella fase dell’esecuzione penale, si passa dalla regola processuale del *nemo tenetur se detegere* all’opposto, “incivile brocardo *carceratus tenetur alios detegere*”, v. L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario annotato con la giurisprudenza*, 2. ed., Milano 2007, 197.

Il perno della complessiva funzionalizzazione della disciplina penitenziaria a finalità di contrasto di fenomeni criminosi e ad esigenze probatorie è, com'è noto, costituito dall'art. 4 bis o.p. che, a seguito di molteplici modifiche e aggiustamenti, prevede attualmente distinti regimi penitenziari, caratterizzati da un diverso livello di accessibilità delle misure alternative alla detenzione. Un reticolo di preclusioni e premi volto ad incentivare la collaborazione con la giustizia<sup>38</sup>, previsto in riferimento a determinate categorie di reati ostativi, elaborate nel corso del tempo dal legislatore sulla base di sopravvenute esigenze politico-criminali: a seconda della fascia di pertinenza, mutano le condizioni e i requisiti necessari per accedere alle misure alternative alla detenzione (ad es., in riferimento all'entità della pena da scontarsi quale presupposto per l'adozione di date misure).

Limitando l'attenzione al regime previsto per i detenuti (e internati) per delitti riconducibili alla sfera della criminalità organizzata, terroristica ed eversiva (art. 4 bis, co. 1 e 1-bis, o.p.), è significativo il fatto che, ai fini dell'accesso alle misure alternative, il legislatore non ritenga sufficiente l'interruzione di rapporti con le rispettive organizzazioni criminali. E', infatti, necessaria la collaborazione con la giustizia, a norma dell'art.58-ter o.p., ovvero adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori o aiutare concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati.

I benefici penitenziari sono, dunque, subordinati *ex lege* a specifiche prestazioni collaborative, in difetto delle quali si deve presumere il difetto di rieducazione del reo. La regola secondo cui la presunzione di persistente appartenenza all'organizzazione criminale (e, di riflesso, di pericolosità sociale) può essere superata soltanto attraverso forme di cooperazione utili ed efficaci, trova sempre applicazione, fatte salve le ipotesi di collaborazione oggettivamente irrilevante o impossibile (ossia i casi di oggettiva inesigibilità, progressivamente enucleati dal legislatore e dalla Corte costituzionale, in deroga al rigido limite preclusivo).

Lungi dal mettere in discussione il primato delle istanze preventive sottese all'art. 4-bis o.p., gli interventi manipolativi della Corte costituzionale si limitano, invero, a riaffermare il ruolo della prevenzione speciale

<sup>38</sup> V. V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. Maiello, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, 2015, 242.



nei soli casi in cui la collaborazione non sia esigibile<sup>39</sup>. Il parziale riconoscimento della logica rieducativa e della progressività del trattamento è, peraltro, fortemente condizionato dalla tendenza giurisprudenziale a porre a carico del condannato l'onere di allegazione di elementi specifici in ordine all'impossibilità o irrilevanza della collaborazione, rendendo, in tal modo, meramente virtuale la relatività della presunzione di non meritevolezza dei benefici penitenziari.

Le maggiori criticità, sul piano costituzionale, si addensano, in particolare, intorno alla figura del condannato per delitti di criminalità organizzata che, pur potendo in astratto collaborare in modo utile od efficace, si astenga dal farlo per ragioni personali: l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata e l'esito positivo del percorso penitenziario (attestato da condotte sintomatiche di avvenuta o probabile risocializzazione) non sono in grado, allo stato attuale, di intaccare la presunzione assoluta di non idoneità alle misure alternative, poggiante sul tipo d'autore del condannato non cooperante<sup>40</sup>.

Il dibattito in corso sul delicato tema del c.d. ergastolo ostativo (pena perpetua di fatto gravante sul non cooperante condannato alla sanzione dell'ergastolo)<sup>41</sup>, ha permesso di evidenziare molteplici profili di incostituzionalità del regime penitenziario in esame<sup>42</sup>.

Tra le varie proposte di riforma avanzate in materia, quella elaborata dalla Commissione Palazzo mira alla revisione della preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari da parte dei soggetti autori di reati di cui all'art. 4-bis, co. 1, o.p. per il solo fatto della loro mancata "collaborazione": sul presupposto secondo cui le ragioni personali alla base del difetto di cooperazione non possono essere considerate indici univoci di *deficit* rieducativo, si propone di adeguare la disciplina ai principi costituzionali e sovra-

<sup>39</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano 2002, 349.

<sup>40</sup> C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., 364.

<sup>41</sup> *Ex multis*, v. L. EUSEBI, *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. Penit. E benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in "Cass. pen.", 2012, 1220 ss.; L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità* in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2015, 1238 ss.

<sup>42</sup> V. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, in C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli 2016, 65 ss.; dello stesso Autore, v., altresì, *Come e perché recepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Dalle pagine di un libro al Palazzo della Consulta*, in [www.penalecontemporeaneo.it](http://www.penalecontemporeaneo.it)

nazionali, ridimensionando la predetta presunzione di non rieducatività da assoluta a relativa<sup>43</sup>.

Nella prassi, la presunzione di non rieducabilità del non cooperante si presta a svolgere una molteplicità di funzioni, che lasciano in ombra e frustrano la finalità assegnata dalla Carta fondamentale all'esecuzione della pena. La peculiare tipologia dei reati induce il legislatore a privilegiare esigenze di sicurezza pubblica che danno luogo ad una vera e propria metamorfosi dei profili teleologici dell'esecuzione penitenziaria. Facendo leva sulla premialità e, correlativamente, sulla peculiare afflittività del trattamento riservato ai c.d. irriducibili (art. 41-bis o.p.)<sup>44</sup>, la disciplina dei presupposti per l'accesso ai benefici penitenziari viene strumentalizzata a fini investigativo-probatori e sostanziali (prevenzione di nuovi reati)<sup>45</sup>. La stessa prospettiva di dover eseguire, in caso di mancata collaborazione, una pena tendenzialmente perpetua, finisce per assumere una spiccata valenza general-preventiva, che raggiunge il culmine proprio nel trattamento "esemplare" di cui al già citato art. 41-bis o.p.<sup>46</sup>.

Il "doppio" binario penitenziario riflette la scelta del legislatore di fronteggiare determinate emergenze criminali utilizzando il regime di esecuzione penitenziaria quale mezzo di pressione inquisitoria<sup>47</sup>. Nell'incapacità di fronteggiare i fenomeni criminosi attraverso i meccanismi coercitivi istituzionali e di esercitare il controllo sociale attraverso modalità e apparati destinati a tale fine<sup>48</sup>, si trasforma l'esecuzione penitenziaria in uno strumento di indagine e di ricerca della prova (meccanismo attivo dell'investigazione),

<sup>43</sup> Ci si riferisce al documento interinale, denominato *Proposta di modifica dell'art. 4-bis, co. 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n.354 e dell'art.2, comma 1, del decreto legge 13 maggio 1991, n.152, conv. in legge 12 luglio 1991, n.203*, elaborato nell'ottobre 2013 dalla Commissione per elaborare proposte di intervento in tema di sistema sanzionatorio penale, istituita dal Ministro della Giustizia con d.m. 10.6.2013 e presieduta dal Prof. F. Palazzo, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (sul punto, v. F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali* e M. PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato*, entrambi in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)); in prospettiva di riforma, v., altresì, il *Documento finale degli Stati generali sull'esecuzione penale*, in riferimento alle proposte di revisione degli artt. 4-bis e 58-ter o.p., elaborate dal Tavolo XVI, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

<sup>44</sup> *Ex multis*, v. T. PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2014, 321 s.; 325 ss.

<sup>45</sup> V. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., 359.

<sup>46</sup> Sul punto, v. i contributi di F. GIUNTA, S. ARDITA e M. PAVARINI, sul tema "Il 'carcere duro' tra efficacia e legittimità", in "Criminalia", 2007, 249 ss.

<sup>47</sup> Su tale rischio, v. D. PULITANÒ, *Tecniche premiali tra diritto e processo*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1986, 1041.

<sup>48</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 420.

con gravi ripercussioni sull'identità di tale stadio della dinamica sanzionatoria (con un'evidente deriva retributiva)<sup>49</sup>.

Si fa leva sulla componente pragmatica e utilitaristica dell'ideologia premiale per innestare nell'esecuzione penitenziaria funzionalità preventive, investigative, e repressive che il sistema non è più in grado di svolgere in modo fisiologico.

Il prezzo da pagare -in termini di civiltà del sistema penale<sup>50</sup>- è decisamente elevato: la degradazione delle misure alternative a "merce di scambio", in nome della ragion pratica, comporta, infatti, lo svilimento dell'ideologia rieducativa.

Presunzioni e discriminazioni affette da profili di irragionevolezza che attendono di essere rimossi dalla giurisprudenza costituzionale<sup>51</sup>, finora colpevolmente remissiva di fronte alla primazia ideologica della collaborazione processuale.

#### 6. *Tra diritto e processo: il nesso di reciproca strumentalità sul piano delle garanzie*

Il crescente potere *normativo* e *punitivo* del processo, la mutazione teleologica dell'esecuzione penitenziaria, s'iscrivono in un quadro di cronica disfunzionalità preventiva del sistema punitivo e di speculare debolezza dei principi di garanzia. Le molteplici forme di manifestazione trasversale della "processualizzazione" del metodo punitivo richiamano, infatti, l'attenzione sul profilo, interdipendente, dei canoni e degli strumenti suscettibili di essere attivati al fine di contrastare il complessivo fenomeno di asservimento del sistema a istanze di natura probatorio-processuali.

In un simile contesto, il profilo dei principi di garanzia deve essere affrontato tenendo conto della costante relazione dialettica tra diritto e processo che emerge dall'osservazione storica: quest'ultima dimostra, infatti, l'interdipendenza tra sistema probatorio, da un lato, e tecniche di formula-

<sup>49</sup> Sulla mutazione dell'esecuzione penale quale strumento della più ampia strategia di contrasto di fenomeni criminali a più alto tasso di pericolosità per la tenuta della legalità e dell'ordinamento giuridico, v. C. E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in AA. VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006, 159.

<sup>50</sup> Sulle esigenze della ragione strumentale, v. T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1981, 545.

<sup>51</sup> Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, v. C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, cit., 147 ss.

zione e livello di determinatezza delle fattispecie incriminatrici, dall'altro<sup>52</sup>. In estrema sintesi, si può affermare che il sistema punitivo tenda a bilanciare le rispettive forze e competenze, distribuendo le garanzie sui due versanti, in dipendenza del peso assunto ora dalla libertà valutativa del giudice, ora dalla predisposizione di limiti al potere giudiziario di punire.

In un diritto penale a "dimensione processuale", come quello dell'*Ancien regime*, il diritto non esisteva a prescindere dalla sua prova: data la stretta compenetrazione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, la selezione dei fatti avveniva nel momento dell'accertamento e il baricentro delle garanzie si radicava decisamente sul terreno probatorio. Con l'avvento delle codificazioni e del principio di legalità, l'esigenza di certezza e di garanzia tende, invece, a polarizzarsi sulla *quaestio iuris*, proiettando i limiti al potere giudiziario verso istanze di determinatezza della fattispecie.

Non v'è dubbio, dunque, che -anche sul piano delle garanzie- diritto e processo siano legati da uno stringente nesso di reciproca strumentalità. In questo senso, il diritto penale si pone come vettore di limiti: se il processo, come regola di giudizio, incorpora in sé il diritto sostanziale, è quest'ultimo a fissare i limiti che dovrebbero essere osservati nel processo, al fine di contenere la tendenza all'arbitrio, ad esso connaturata.

Non si può, però, fare a meno di sottolineare che, per converso, anche talune regole processuali (presunzione di non colpevolezza, *in dubio pro reo*, *nemo tenetur se detegere*, ecc.) si prestino ad essere impiegate quali argini nei confronti di debordanti istanze di efficienza repressiva<sup>53</sup>: se correttamente applicati, tali principi sono, infatti, in grado di creare un deciso attrito, vanificando interpretazioni non rispettose di vincoli costituzionali (ad es., il diritto di difesa) o inammissibili semplificazioni applicative<sup>54</sup>.

Al fine di evidenziare meglio la polarità *virtuosa* del processo, è utile accennare, in chiave esemplificativa, all'effetto paralizzante che la corretta applicazione di norme processuali è in grado di produrre nei confronti di talune ricostruzioni post-moderne di fondamentali criteri di imputazione della responsabilità penale.

In tema di nesso eziologico, un esempio di funzionalità *garantistica* del

<sup>52</sup> V., ad es. M.N. MILETTI, *Diritto e processo: storia di una dialettica tra antico e nuovo regime*, in AA.VV., *Diritto e processo*, cit., 9 ss.

<sup>53</sup> *Amplius*, v. M. CHIAVARIO, *Garanzie individuali ed efficienze del processo*, in "Cass. pen.", 1998, 1515 ss.

<sup>54</sup> V. M. POSTIZZI, *Sei volti del diritto penale d'impresa*, in AA.VV., *La revisione della parte generale del codice penale (atti della giornata di studio del 28.5.2004)*, XVII, Lugano 2005, 112.

processo è quello relativo alle implicazioni probatorie della teoria dell'accertamento alternativo della causalità, applicata al settore della responsabilità per esposizione a sostanze tossiche. Nel tentativo di rendere compatibile il modello epidemiologico con la struttura dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale e di superare la difficoltà di determinare quali tra i singoli eventi individuali siano effettivamente dipendenti dall'esposizione a fattori di rischio, si è, com'è noto, sostenuto che rispetto a due o più eventi, non singolarmente riconducibili ad una causa determinata, il nesso eziologico possa essere riscontrato sulla base del mero eccesso di mortalità, espresso in termini percentuali<sup>55</sup>.

A ben vedere, la “conversione” dell'omicidio nella causazione di un eccesso di esiti mortali pone il rischio che la rilevanza “numerico-percentuale” attribuita agli eventi individuali ne moltiplichi esponenzialmente l'imputazione, facendo sì che più soggetti siano chiamati a rispondere degli *stessi* fatti, pur avendo agito od omesso in tempi diversi. L'omicidio imputato secondo la tecnica dell'accertamento alternativo risente, insomma, della connotazione astratta e impersonale della valutazione percentuale, eludendo il carattere *individuale* della tutela e i postulati garantistici ad essa connaturati: individualità e determinatezza delle vittime sono, infatti, funzionali alla descrizione dell'evento e alla collocazione spazio-temporale (*hic et nunc*) del fatto.

Una volta calato nel processo, per l'indeterminazione dei presupposti, tale modello ermeneutico è destinato a lasciare insoluti alcuni interrogativi imprescindibili: *quando, dove e come* è stato commesso il singolo omicidio?

Nell'evidenziare il *vulnus* al diritto di difesa insito nella prospettazione di una fattispecie avulsa da coordinate spazio-temporali, le norme processuali (e, in particolare, quelle concernenti l'imputazione del fatto) contribuiscono –indirettamente, ma efficacemente– a ristabilire il carattere *personale* della responsabilità penale.

### 6.1. Processualizzazione degli strumenti di garanzia?

A fronte dello schema “aperto” e fluido che sembra caratterizzare il sistema penale post-moderno, in funzione di adattamento alle multiformi istanze politico-criminali che trovano espressione nella c.d. giustizia di sco-

<sup>55</sup> V. L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano 2007, 311 ss.; 397 ss.; Id., *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale. Alla ricerca di una qualificazione penalistica di una nuova categoria epistemologica*, in “Diritto penale contemporaneo”, 2014, 343 ss.

po, si pone la necessità di una riconsiderazione degli strumenti di garanzia idonei a temperare gli effetti distorsivi prodotti dalla preminenza delle istanze probatorio-processuali.

Sul versante delle garanzie, alla già ricordata crisi in cui versa la fattispecie incriminatrice corrisponde, specularmente, la traslazione di canoni delimitativi sul piano processuale, in accordo all'idea – squisitamente preilluministica – secondo la quale la garanzia avrebbe origine e si svilupperebbe nella dinamica processuale, quale espressione della dialettica argomentativa. Da qui la tendenza a ritenere che gli strumenti di garanzia di matrice processuale possano essere utilizzati quali “equivalenti funzionali” dei tradizionali argini e vincoli di ordine sostanziale, nel contesto di quella che è stata definita la *relativizzazione* dell'allocazione sistematica delle garanzie<sup>56</sup>.

La crescente “processualizzazione” delle garanzie si manifesta, ad es., nell'idea secondo cui 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. La ricerca di sostituti funzionali di “decadenti” garanzie sostanziali risente, peraltro, da tempo degli effetti determinati dalla svalutazione – in atto soprattutto nella giurisprudenza della Corte EDU – della dimensione individuale (reo-centrismo), in direzione di un neo-garantismo collettivo, incentrato su obblighi di intervento e di tutela delle vittime, suscettibili di erodere e riconvertire le stesse garanzie processuali (*in primis*, la presunzione di innocenza).

A fronte della complessità del fenomeno sommariamente evocato, la dottrina più sensibile all'esigenza di una ricostruzione sistematica e costituzionalmente coordinata dei diversi poli di “garanzia”, ha sostenuto la tesi della necessaria complementarità garantistica tra diritto e processo, criticando la supposta equivalenza funzionale tra criteri (sostanziali) di delimitazione dei fatti punibili e regole probatorie<sup>57</sup>.

In questa direzione, sul piano metodologico, diviene essenziale la considerazione dell'interazione dinamica delle garanzie, secondo una chiave di lettura assiologica, volta ad evidenziare i nessi di interdipendenza funzionale tra regole di trattamento e di giudizio e principio di legalità<sup>58</sup>. Individuata nel “giusto processo” la proiezione processuale di garanzie sostanziali, Domeni-

<sup>56</sup> V. F. GIUNTA, *Dal governo della legge al Governo degli uomini?*, cit., 153.

<sup>57</sup> F. GIUNTA, *Dal governo della legge al Governo degli uomini?*, cit., 150.

<sup>58</sup> D. PULITANO, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in “Riv.it. dir. proc. pen.”, 2006, 707.

co Pulitanò identifica nel garantismo penale il modello cognitivo del giusto processo, “di cui sono elementi imprescindibili e inscindibili, sul piano del diritto sostanziale il principio di legalità, e sul piano processuale il cognitivismo”<sup>59</sup>.

Una visione equilibrata e razionale della necessaria ambivalenza della garanzia di *certezza* (della legge e dell'accertamento di verità fattuali), finalizzata a limitare la potestà punitiva e a proteggere il cittadino dagli arbitrii della pubblica autorità.

### 6.2. *Dalla fattispecie incriminatrice alla fattispecie giudiziaria: i riflessi sul profilo della determinatezza*

L'inadeguatezza delle regole processuali a sostituire sul piano funzionale i tradizionali canoni di garanzia sostanziali assume particolare evidenza in riferimento al canone di determinatezza e di tassatività. Un principio (in attesa di essere consacrato esplicitamente a livello costituzionale), affetto da una perenne crisi di effettività, che riversa i propri effetti su entrambi i versanti del sistema punitivo, in termini di reciproca disfunzionalità.

In occasione dell'approvazione del vigente codice di rito, autorevole dottrina aveva sottolineato l'esigenza che l'oggetto dell'accertamento processuale fosse sufficientemente delineato e tassativamente determinato (offese reali costruite intorno a un nucleo materiale capace di disvelare e identificare il disvalore), al fine di rendere possibile l'operatività del principio del contraddittorio<sup>60</sup>. Nella stessa direzione, era stato evidenziato il fatto che fattispecie vaghe e indeterminate si rivelano disfunzionali sia rispetto all'adempimento dell'onere probatorio da parte del p.m., sia rispetto alla falsificabilità dell'accusa da parte della difesa<sup>61</sup>.

Gli sviluppi successivi hanno confermato la bontà delle prognosi di Tullio Padovani e di Franco Bricola. Alla tendenza della Consulta a rimettere l'istanza di determinatezza e la definizione del tipo nella disponibilità dell'interpretazione giudiziaria, attraverso l'argomento del diritto vivente<sup>62</sup>, hanno fatto da contraltare l'introduzione o la rivalutazione applicativa di

<sup>59</sup> D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., 708.

<sup>60</sup> V. T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 1989, 921 ss.

<sup>61</sup> V. F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili del diritto penale sostanziale*, in “Ind. pen.”, 1989, 313 ss.

<sup>62</sup> Cfr. F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in “Giur. cost.”, 2014, 2738 ss.

fattispecie incriminatrici assolutamente indeterminate (basti pensare ai c.d. eco-delitti, da un lato, e al c.d. disastro ambientale-sanitario di cui all'art. 434 c.p., dall'altro), la cui nota comune è, per l'appunto, rappresentata dalla cronica inattitudine alla prova in giudizio<sup>63</sup>.

*Rebus sic stantibus*, è interessante verificare quali possano essere le implicazioni e le conseguenze della complessiva "processualizzazione" del profilo della determinatezza, prodotta dall'azione congiunta dei due fattori appena evidenziati.

Il fenomeno di declinazione processuale si risolve nello spostamento dell'istanza di chiarezza e di precisione dall'enunciato normativo al piano dell'imputazione, quale elemento di raccordo tra diritto e processo, che "media" tra fattispecie astratta e fatto storico. In quest'ambito, ad assumere rilievo sono le imputazioni generiche, oscure, criptiche, fondate in modo alternativo o narrativo, destinate ad essere modificate e a non essere mai del tutto afferrabili<sup>64</sup>. Tali patologie dovrebbero essere fronteggiate e neutralizzate attraverso le specifiche disposizioni a tal fine predisposte dal codice di rito: sia la richiesta di rinvio a giudizio, sia il decreto che dispone il giudizio, dovrebbero, infatti, contenere l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza (artt. 417 co. 1 lett. b e 429 co.1 lett. c)<sup>65</sup>. Quest'ultima disposizione stabilisce, altresì, la nullità del decreto, se manca o è insufficiente l'indicazione di uno di tali requisiti (art.429 co.2).

Sul piano applicativo, il rimedio all'indeterminatezza del capo d'imputazione patisce, peraltro, un'evidente debolezza e ineffettività. Un primo elemento problematico è rappresentato dal fatto che, trattandosi di c.d. nullità a previsione speciale (distinta da quelle disciplinate all'art. 178 c.p.p.), non è agevole determinare il corrispondente regime normativo. Gestendo in chiave "pragmatica" tale profilo di incertezza<sup>66</sup>, la S.C. ha considerato rela-

<sup>63</sup> Analoghe considerazioni potrebbero essere svolte in riferimento al c.d. concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso o al delitto di atti persecutori.

<sup>64</sup> *Amplius*, v. D. NEGRI, *La costruzione della fattispecie giudiziaria. Oltre i vincoli della legalità processuale: strategie, prassi, conseguenze del rifiuto di un paradigma*, in AA.VV., *Diritto e processo penale*, cit., 153 ss.

<sup>65</sup> La medesima disciplina è replicata all'art. 552 c.p.p., nel caso di citazione diretta a giudizio.

<sup>66</sup> Sulle "cadute di attenzione" nella giurisprudenza di legittimità, v. R. BRICCHETTI, *Nullità degli atti: il principio di tassatività all'esame dell'interpretazione giurisprudenziale*, in "Criminalia", 2010, 439 ss.



tiva la nullità derivante dalla mancata o insufficiente enunciazione del fatto, sul presupposto secondo cui la predetta omissione non atterrebbe né all'intervento dell'imputato, né alla sua assistenza o rappresentanza<sup>67</sup>; le stesse Sezioni Unite hanno ritenuto che siano relative (e non di ordine generale) tutte le nullità concernenti il decreto che dispone il giudizio<sup>68</sup>.

Il *vulnus* in tal modo arrecato all'istanza di determinatezza dell'imputazione è stato censurato dalla dottrina, la quale tende, invece, a ricondurre la nullità in esame al novero di quelle di ordine generale, come tali rilevabili anche d'ufficio, ma non più deducibili dopo la sentenza di primo grado (ex art. 178 c.p.p.).

L'aspetto della traduzione processuale dell'istanza di determinatezza che, in questa sede, preme rilevare è, soprattutto, quello inerente al criterio utilizzato nella prassi in sede di valutazione della nullità.

Si tende, infatti, a far dipendere l'integrazione della nullità dal pregiudizio effettivo arrecato alla parte dall'inosservanza della disposizione di legge. Facendo leva sulla previsione secondo cui la nullità si sana se la parte si è comunque avvalsa della facoltà al cui esercizio l'atto omesso o nullo è preordinato (art. 183 co.1 lett.b) c.p.p.), la rilevazione della nullità viene subordinata all'effettiva e reale lesione dell'interesse sotteso alla norma violata (ad es., il diritto di difesa).

Il principio di "offensività", declinato in chiave processuale, si presta, dunque, a fungere da criterio di valutazione empirica del raggiungimento o meno dello scopo (con rilevanti e delicate conseguenze in materia di modificazione dell'imputazione).

Com'è stato osservato in chiave critica, in tal modo le sorti della nullità dipendono dall'incerto esito del bilanciamento giudiziario tra garanzie della persona ed istanze di economia processuale: nella misura in cui cumula in sé le qualità di accertatore del fatto e di garante della procedura, il giudice italiano non dovrebbe, invece, potersi intromettere nella sfera delle parti e poter soppesare l'entità della lesione patita dalla parte, il cui diritto la disposizione violata tende a proteggere<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> V. Cass. V, 25.3.2010, n. 20739, Di Bella.

<sup>68</sup> Cass. Sez. Un. 20.12.2007, n.5307, Battistella, che ha ritenuto abnorme la declaratoria della nullità della richiesta di rinvio a giudizio per genericità dell'imputazione pronunciata dal G.U.P.

<sup>69</sup> Così R. ORLANDI, *I diritti processuali e il loro abuso nella recente esperienza italiana*, in *www.penalecontemporaneo*, it, 3.

6.3. *I rischi insiti nella declinazione processuale di garanzie di matrice sostanziale e i vantaggi sottesi all'operatività sinergica dei due ordini di cautele*

I limiti e i difetti insiti nella “riduzione” processuale delle istanze di garanzia possono essere così riassunti: l'ineffettività del sistema delle sanzioni processuali (e, in particolare, di quelle c.d. demolitorie), correlata al criterio empirico-valutativo del raggiungimento dello scopo per altra via, il carattere meramente “metodologico” e “formale” delle cautele processuali (incapaci di incidere sui confini della fattispecie), rivelano l'incapacità delle garanzie processuali di assumere il ruolo di equivalenti funzionali dei presidi della legalità sostanziale.

Gli obbiettivi di efficienza processuale (corrispondenza allo scopo) tendono a porre in secondo piano i giudizi di valore sottesi alle norme sostanziali, alimentando occulte selezioni endo-processuali, dagli esiti discriminatori: una politica criminale “particolaristica”, che subisce il condizionamento di contingenti aspettative sociali.

Senza i limiti e le indicazioni di valore immanenti al diritto sostanziale, il processo si trasformerebbe in una forma di controllo sociale diffuso e flessibile, pressoché incontrollabile.

Se legalità sostanziale e legalità processuale rispondono, dunque, a esigenze diverse, che devono operare sinergicamente, si tratta, conclusivamente, di verificare se, nell'ottica dell'interazione dinamica, determinate regole di giudizio e di trattamento di natura processuale siano suscettibili di essere implementate in chiave di garanzia, con fecondi risultati sul piano sostanziale.

Non è escluso, in altri termini, che obbiettivi di contenimento della ridefinizione giudiziaria dei contenuti della fattispecie legislativa possano essere conseguiti anche attraverso la valorizzazione di regole processuali, le cui potenzialità garantistiche non siano state ancora del tutto messe a frutto.

L'interdipendenza tra atteggiarsi del sistema probatorio, da un lato, e tecniche di formulazione delle fattispecie incriminatrici e il loro livello di determinatezza, dall'altro, induce a ritenere che le esigenze di predeterminazione e di determinatezza sottese al criterio di tipicità non possano più essere interamente circoscritte al piano sostanziale<sup>70</sup>. La primazia delle istanze processuali e, in particolare, delle esigenze probatorie, comporta la necessità di verificare e di valorizzare gli effetti “correttivi”, gli esiti virtuosi, che la corretta applicazione di determinate regole di giudizio (*in dubio pro reo*; prova ogni oltre ogni ragionevole dubbio) è suscettibile di produrre sulla

<sup>70</sup> Sul profilo della complementarietà garantistica tra diritto e processo, v. F. GIUNTA, *Dal governo della legge, op. cit.*, 150 ss.

definizione della *quaestio iuris*. In questa direzione, a dover essere messa in discussione è la rigidità della tradizionale contrapposizione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*: appare, infatti, riduttivo ritenere che l'oggetto della prova debba essere circoscritto al profilo naturalistico del fatto, descritto nella contestazione<sup>71</sup>. Come dimostra l'evoluzione della giurisprudenza EDU (si pensi, ad es., alla sentenza Drassich in ordine al *vulnus* arrecato al principio del contraddittorio sulla qualificazione giuridica dei fatti)<sup>72</sup>, l'oggetto di prova comprende anche il delicato profilo della sussumibilità dell'accadimento sotto una determinata fattispecie incriminatrice.

Richiamare l'attenzione sull'estensibilità delle regole di giudizio alla prova della conformità del fatto storico allo schema legale significa, in definitiva, porre in evidenza un profilo –quello della verificabilità/falsificabilità della tipicità in concreto del fatto– suscettibile di assumere un inedito valore euristico, in funzione di contrasto delle plurime e vischiose “sottrazioni garantistiche” che il diritto sostanziale subisce quotidianamente.

Se la manipolazione giurisprudenziale delle fattispecie incriminatrici si realizza attraverso il ricorso a peculiari tecniche di accertamento, sotto l'effetto prevaricatore della prova, è proprio su questo piano che le regole di giudizio potrebbero contribuire al controllo razionale del potere interpretativo del giudice o, quanto meno, a portare alla luce i processi di creazione del diritto, i meccanismi occulti di selezione endo-processuale<sup>73</sup>. La visione “integrata” dei parametri di garanzia di natura sostanziale e processuale metterebbe in condizione l'interprete di misurare il peso esercitato dalla dimensione probatoria del fatto e di governarne le conseguenze, secondo una prospettiva assiologica, costituzionalmente orientata e, al contempo, aderente all'esperienza applicativa, da sempre particolarmente sensibile alle complesse relazioni dinamiche tra fatto e norma.

In definitiva, le prestazioni garantistiche dipendono dall'operare sinergico di regole sostanziali e processuali: il problema dei *limiti* alla potestà punitiva non può che essere affrontato unitariamente<sup>74</sup>, valorizzando le proiezioni processuali di garanzie sostanziali e i presupposti sostanziali delle cautele processuali.

ALBERTO GARGANI

<sup>71</sup> Cfr. C. SANTORIELLO, *Il «Caso Drassich» ancora in cerca di soluzione: la S.C. sorda alle censure di Strasburgo*, in “Arch. pen.”, 2013, 7 s.

<sup>72</sup> *Drassich c. Italia*, II sez., sent. 11.12.2007, ric. n.25575\04.

<sup>73</sup> Cfr. V. M. DONINI, *La selezione processuale dell'autore*, in *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 231 ss.

<sup>74</sup> Nel senso che “certezza della legge e certezza dell'accertamento sono tutt'uno”, v. D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., 708.