

RENATO BRICCHETTI

LO STATO DELLA LEGALITÀ PENALE  
NELLA GIURISPRUDENZA

1. Vi è da parte della giurisprudenza di legittimità una (non so quanto consapevole, né se sempre consapevole) sottovalutazione del principio di legalità processuale, che fa da *pendant* alla tradizionale contrapposta, tendenzialmente corretta, valutazione ed osservanza del principio di legalità sostanziale (del reato, della pena e della misura di sicurezza).

La sottovalutazione tende a tradursi in inosservanza del principio, in nome dell'esigenza di abbandonare formalismi ritenuti "vuoti" in favore di modelli che privilegiano la ricerca, lasciata (o imposta?) al giudice, di modelli concretamente offensivi degli interessi coinvolti.

Si ragiona per principi, conati soprattutto dalla giurisprudenza "europea", talora malintesa, densa comunque di input antiformalistici, che spesso si cerca di travasare nel nostro processo; talora senza considerare che la Corte europea, rivolgendosi a 49 Stati dalle tradizioni giuridiche diverse e dagli ordinamenti disomogenei, incontra difficoltà a rifarsi ad un unico, comune, principio di stretta legalità, preferendo di riflessi informarsi al principio di offensività.

A questa offensiva sostanzialistica la Corte di cassazione non ha saputo resistere, benché da Strasburgo siano giunti anche messaggi di conferma dell'importanza del principio di legalità processuale.

2. Molto si può dire sui termini e sulle ragioni della crisi della legalità.

Sul versante "sostanziale" basterebbe qualche considerazione sull'attuale stato del diritto penale d'impresa per rendersi conto di quanto sia profonda questa crisi.

Si pensi al diritto penale societario, sostanzialmente scomparso, avendone la riforma del 2002 annientato le possibilità operative.

L'antica figura delle false comunicazioni sociali si è trasformata in un magazzino di incriminazioni farraginose.

Si è salvata dal naufragio soltanto la fattispecie di ostacolo alla vigilanza delle autorità pubbliche (art. 2638 c.c.), proprio perché figura imprecisa, come tale piegabile a servire interessi disparati.

Non è da meno il diritto penale fallimentare.

Il riferimento alle soluzioni concordate della crisi nelle sue varie declinazioni ha fat-

to assumere un ruolo centrale alla bancarotta preferenziale, una fattispecie indifendibile sul piano tecnico, la cui tipicità si risolve interamente nella illusoria capacità selettiva del dolo specifico; una fattispecie che già si è prestata ad interventi interpretativi di dubbia (eufemismo) legalità, che mostrano come i giudici siano particolarmente inclini a svolgere un ruolo attivo nell'ambito della loro attività interpretativa, sino a trasformarla non di rado in attività "creativa": si pensi all'interpretazione della condotta di "simulazione di titoli di prelazione" al cui paradigma si è soliti ricondurre anche le ipoteche, effettivamente costituite a favore del creditore, in tempi sospetti e in costanza dell'insolvenza, seppur al fine di "trasformare" un credito chirografario in privilegiato.

Le menzionate procedure solutorie di taglio privatistico pongono all'interprete penalista numerosi problemi.

L'intervento recente del legislatore con l'introduzione dell'art. 217-*bis* l.fall. ha creato più problemi di quanti ne abbia risolti.

Un po' meglio l'art. 236-*bis* l.fall., con cui si è scelto di presidiare la corretta formulazione ed esecuzione delle soluzioni privatistiche della crisi, pur destando ombre la genericità della qualificazione come "rilevanti" delle informazioni vere di cui è punita l'omissione e la mancata espressa replica di tale connotazione in riferimento alle informazioni false.

E che dire del diritto penale tributario, che si sta incamminando sui sentieri impervi della criminalizzazione dell'elusione fiscale?

### 3. Torniamo al principio di legalità processuale.

Ho fatto recentemente, per la nostra scuola di formazione, una ricerca sulle decisioni in materia di nullità degli atti.

Il sistema è retto dal principio di tassatività; ciò che dovrebbe rilevare, pertanto, è la statuizione legale e la natura del vizio dovrebbe entrare in gioco soltanto allorché si tratti di individuare il regime della nullità.

Per il verificarsi di una nullità dovrebbe, dunque, essere irrilevante che ricorra un concreto pregiudizio all'interesse protetto dalla disposizione non osservata.

Il che è come dire che, se si diagnostica l'inosservanza di una norma prevista a pena di nullità, se l'atto è inficiato a causa della difformità rispetto al suo modello legale, l'interprete deve trarne la conseguenze che la legge gli indica.

Non può cioè evitare di dichiarare la nullità sul presupposto che l'inosservanza non ha in concreto leso l'interesse processuale protetto (nella maggior parte dei casi, il diritto di difesa).

Il sistema non sembra offrire questa possibilità.

I temperamenti messi a disposizione sono altri e appartengono all'area delle indeducibilità (preclusioni) e delle sanatorie (oltre che, naturalmente, della carenza dell'interesse ad impugnare).

Ciò nondimeno, è ormai la regola imbattersi in decisioni che ricorrono, per riconoscere o escludere la sussistenza di nullità, al criterio di effettività della lesione dell'interesse sotteso alla norma violata (di regola, il diritto di difesa).

Al criterio logico-formale la giurisprudenza preferisce un criterio valoriale, che passa attraverso l'individuazione dell'interesse anzidetto e la verifica della sussistenza di un concreto pregiudizio del medesimo, che utilizza, in altre parole, un metodo diagnostico legato a "valutazioni" empiriche.

4. Valga come esempio quanto accade in tema di correlazione tra accusa e decisione.

L'art. 522, comma 1, c.p.p. stabilisce che l'inosservanza delle disposizioni previste negli artt. 516 ss. in tema di modificazioni dell'imputazione e di diritto di difesa dell'imputato è prevista a pena di nullità (e si tratta di nullità a regime intermedio).

La disciplina dei mutamenti del fatto enunciato e dei poteri del giudice di definizione giuridica del medesimo imporrebbe un approccio rigoroso, dato il coinvolgimento di valori costituzionali (potere-dovere del pubblico ministero di esercizio dell'azione penale e diritto di difesa).

Il giudice può soltanto dare al fatto una diversa definizione (nei limiti di cui all'art. 521, comma 1).

La diversa definizione giuridica del fatto presuppone che esso resti identico o che sia "ridotto"; in queste ipotesi, invero, al fatto contestato non si sostituisce e non si aggiunge nulla.

Soltanto in tali casi (fatto immutato o ristretto), dunque, il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella data dal pubblico ministero o da altro giudice.

Fuori da questi casi si dovrebbe entrare nel fenomeno della modificazione (mutamento) del fatto, nell'area del fatto diverso, interdetta al giudice.

Questi è tenuto, invero, a rispettare il principio dell'immutabilità della contestazione, in assenza di modificazioni ritualmente effettuate dal pubblico ministero.

Il giudice non può modificare il fatto oggetto dell'imputazione, ossia pronunciarsi, senza che vi sia stata rituale modificazione, su un fatto "diverso" da quello addebitato (oltre che, naturalmente, su un fatto nuovo o su una nuova circostanza aggravante mai contestata).

E si ha un fatto "diverso" quando, dato un addebito determinato, risulta che il fatto, pur nella persistente identità dei suoi profili essenziali e, quindi, della regiudicanda, consiste in un'ipotesi storica incompatibile con la precedente (in tal senso, vi è, ad esempio, diversità del fatto quando, contestata una fattispecie colposa, emerge che l'ipotesi è dolosa; quando, contestato un fatto come corruzione, emerge trattarsi di concussione e via dicendo).

L'inosservanza delle disposizioni dettate in tema di modificazioni dell'imputazione determina – come si è detto – la nullità della sentenza.

Qui si innesta, però, l'orientamento giurisprudenziale di cui si diceva, imperniato sul criterio della effettività della lesione dell'interesse sotteso alla norma violata.

Alla nozione strutturale di fatto si tende a sovrapporre un pragmatico concetto funzionale, fondato sull'esigenza di reprimere soltanto le effettive lesioni del diritto di difesa.

In altre parole, i concetti di identità e diversità (oltre che di alterità) del fatto rivelerebbero il loro contenuto in funzione del principio di necessaria correlazione tra accusa (oggetto di potere del pubblico ministero) e decisione (oggetto del potere del giudice), posto essenzialmente a tutela del diritto di difesa.

In tal senso la giurisprudenza è solita affermare che per aversi “mutamento del fatto” occorre sì una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, ma essa deve essere tale da condurre ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione dalla quale scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa.

Si afferma comunemente, per fare un esempio, che, nei procedimenti per reati colposi, la sostituzione o l'aggiunta di un particolare profilo di colpa, sia pure specifica, al profilo di colpa originariamente contestato, non vale a realizzare diversità o immutazione del fatto ai fini dell'obbligo di contestazione suppletiva e dell'eventuale ravvisabilità, in carenza di valida contestazione, del difetto di correlazione tra imputazione e sentenza.

Si restringe in tal modo l'ambito della “diversità”, che esige l'attivazione da parte del pubblico ministero dei propri poteri “contestativi”, e l'osservanza di disposizioni previste a pena di nullità, in favore della “identità” che autorizza l'intervento del giudice.

5. E soprattutto valga come esempio l'arcinota Cass. S.U. 29 settembre 2011, Rossi, che ha affermato che il diniego di termini a difesa, ovvero la concessione di termini ridotti rispetto a quelli previsti dall'art. 108, comma 1, non può dar luogo ad alcuna nullità quando la relativa richiesta non risponda ad alcuna reale esigenza difensiva e l'effettivo esercizio del diritto alla difesa tecnica dell'imputato non abbia subito alcuna lesione o menomazione, e che, soprattutto ha teorizzato l'“abuso del processo” da parte dell'imputato: «L'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti».

Qualunque cosa si dica a commento di questo principio (e si è detto, ad esempio, che l'imputato non può abusare del processo, prerogativa del pubblico ministero o del

giudice, semmai può abusare del diritto) non può che passare dalla constatazione che la sua compatibilità con il principio di legalità processuale – come affermato da Padovani – è scarsa.

Dell'abuso del diritto deve occuparsi il legislatore. E può farlo, ad esempio, intervenendo sulla disciplina della prescrizione (in particolare della sua sospensione) o su quella delle impugnazioni.

6. Anche l'insidioso terreno delle inutilizzabilità soffre dei medesimi problemi.

La giurisprudenza si avvale con frequenza, nell'attività di individuazione dei casi di inutilizzabilità "generale", del criterio fondato sulla ricerca dell'interesse tutelato dalle regole in tema di prova.

E ciò al fine di conservare l'efficacia probatoria dell'atto, rifacendosi a valutazioni dell'interesse protetto, del rango del medesimo e dell'offesa concreta al medesimo procurata.

In dottrina si è per contro ritenuto che apprezzamenti siffatti non siano compatibili con il principio di tassatività.

La tenuta di detto principio sarebbe messa in crisi, in tema di inutilizzabilità generale, dall'esigenza di individuare in via interpretativa i divieti probatori.

Il divieto probatorio non è, dunque, di agevole individuazione e non a caso il legislatore che intenda eliminare alla radice ogni discussione imbocca la strada delle inutilizzabilità speciali.

Per l'indicata vocazione alla soluzione dei problemi, le inutilizzabilità speciali si sono moltiplicate.

Quasi ogni novella legislativa in materia di prova ha introdotto previsioni espresse, spesso con la funzione simbolica di rafforzare la tutela di determinati interessi a fronte di orientamenti difformi, tesi a considerare le violazioni come mere irrivalenze oppure a derubricarle all'interno delle nullità sanabili.

La via dell'intervento normativo diretto è stata prescelta anche in forza della presa di coscienza delle incertezze legate alla ricognizione dei divieti probatori attraverso l'arduo raccordo con l'inutilizzabilità generale ex art. 191 c.p.p.