

INTERPRETAZIONE, LEGALITÀ PROCESSUALE E CONVINCIMENTO DEL GIUDICE

Testo rivisto della Relazione svolta nel Convegno “Il problema dell’interpretazione nella giustizia penale”, Università di Foggia, 15-16 maggio 2015

di Sergio Lorusso

1. Molto si è detto e si è scritto nel corso degli anni del rispetto del principio di legalità penale, molto meno del principio di legalità processuale. Eppure sempre più il ruolo delle regole probatorie e delle regole di giudizio si è fatto centrale nell’agire giurisdizionale, nell’accertamento del fatto e dunque nella formazione del convincimento del giudice prima ancora della sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, ponendo il problema dell’interpretazione da parte del giudice di tali regole.

La ragione della scarsità di contributi sul punto è stata generalmente desunta alla mancanza di un chiaro aggancio normativo – a livello di norme fondanti dell’ordinamento – come invece accade per il principio di legalità sostanziale, tradizionalmente cristallizzato e tratto dall’art. 25 comma 2 Cost. Le conseguenze dello scarso interesse sul versante processuale sono sotto gli occhi di tutti: la progressiva e inarrestabile erosione della legalità processuale in un tempo, peraltro, caratterizzato dalla processualizzazione del diritto penale, dall’affermarsi nell’ambito della giustizia penale del momento processuale su quello sostantivo.

Un fenomeno, quest’ultimo, efficacemente sintetizzato nella nota immagine di Tullio Padovani, secondo cui nel corso degli anni il diritto processuale penale si è via via trasformato da “socio muto” in “socio paritario” ed infine in “socio tiranno” del diritto penale¹. A tale mutazione genetica non è estranea, ritengo, l’approvazione e l’entrata in vigore del codice di rito 1988, e questo per varie ragioni. Ne è prova la progressiva processualizzazione di istituti di diritto sostanziale – penso alla previsione di diminuenti correlate all’attivazione di riti differenziati deflattivi del dibattimento come il giudizio abbreviato, l’applicazione della pena su richiesta delle parti o il procedimento per decreto – e addirittura la costruzione di fattispecie penali in chiave processuale, tese ad ottenere attraverso lo strumento della collaborazione elementi cognitivi spesso decisivi per l’accertamento della responsabilità: la legislazione sui c.d. “pentiti”, proprio di recente riportata in auge dal disegno di legge contenente disposizioni anticorruzione nel quale si prevede la riduzione della pena da un terzo a due terzi per chi «si sia efficacemente adoperato [...] per assicurare le prove dei reati e

¹ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 431 s.

per l'individuazione degli altri responsabili» (art. 323-*bis* comma 2 c.p., nella versione risultante dal testo del disegno di legge licenziato dal Senato della Repubblica il 1° aprile 2015 e definitivamente approvato dalla Camera dei Deputati il 21 maggio 2015).

Vero è, tuttavia, che pur mancando fino a qualche tempo fa una previsione costituzionale che potesse costituire il faro della legalità processuale, non si è prestata forse la dovuta attenzione ad una disposizione che viene comunemente letta solo quale espressione dell'indipendenza e dell'autonomia dei giudici. Mi riferisco all'art. 101 comma 2 Cost., in base al quale «I giudici sono soggetti soltanto alla legge». Se così è, infatti, tralasciando in questa sede il profilo innegabile dell'indipendenza degli organi giudicanti rispetto agli altri organi e poteri dello Stato, vuol dire anche che sono i giudici ad essere soggetti alla legge e non questa ad essere soggetta alle mutevoli opinioni dei primi. Una volta spostata, insomma, l'attenzione dall'avverbio “soltanto” alla valenza complessiva della disposizione costituzionale, se ne trae con ragionevole certezza quello che deve essere il limite all'attività di *ius dicere*: la legge, per l'appunto, della quale i giudici sono custodi e interpreti.

E, dunque, non ci allontaniamo di molto da quello che è il pensiero di Francesco Carrara, secondo cui la procedura altro non è che una regola superiore, un limite posto al potere del giudice² e, non, come parrebbe oggi nella prassi, semplicemente lo strumento, il luogo o addirittura la semplice occasione in cui il potere del giudice viene liberamente esercitato³.

E non è un caso che il codice di rito si apra con una disposizione, l'art. 1 c.p.p., in virtù della quale si attribuisce ai giudici – previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario – il potere di esercitare la giurisdizione «secondo le norme di questo codice». La norma richiama alla memoria quella previsione cardine del processo post-rivoluzionario transalpino secondo cui la giustizia è amministrata “*selon les formes déterminées par la loi*”, dettata dall'Assemblea costituente francese il 1° ottobre 1789. Rispettare le “forme” del processo diventa ineludibile, perché un processo penale “senza forme” non è un processo.

Se il giudice è soggetto alla legge – e si tratta della sua unica ma fondamentale soggezione nell'equilibrio costituzionale delle funzioni e dei poteri, in assenza della quale ci troveremmo di fronte ad un soggetto pericolosamente deresponsabilizzato – ciò vuol dire che egli è soggetto anche alla legge processuale, e non soltanto alla legge penale sostanziale. Da qui la possibilità di enunciare e di legittimare un principio di legalità processuale, inteso quale vincolo ai poteri dell'organo giudicante, in grado di arginare quell'onda che invece, ormai da tempo, caratterizza il sistema penale: «un massiccio spostamento da un sistema tutto concepito, giustificato, organizzato sulla supremazia della *legge*, ad uno più direttamente imperniato sul *potere* del magistrato e su una magistratura (su una parte della magistratura) postulata come diversa, immancabilmente affidabile e, perciò superiore»⁴, come sottolineava lucidamente già

² F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. II, 9ª ed., Firenze, 1902, p. 259.

³ Cfr. M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 182.

⁴ M. NOBILI, *Principio di legalità*, cit., p. 182 s.

vent'anni orsono Massimo Nobili ponendo in evidenza che la soggezione alla sola legge sostanziale, tramutata in investitura di potere punitivo, si traduce «in supremazia del magistrato, rispetto a un altro tipo di legge: quella sul procedimento, in tal modo ipotizzata di rango inferiore»⁵.

D'altronde dobbiamo oggi fare i conti con una nuova e ulteriore previsione della Carta fondamentale, l'art. 111 comma 1 Cost., in grado di sgombrare il campo da ogni dubbio residuo in punto di legalità processuale grazie all'affermazione che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Ciò significa infatti, alla luce di una semplice parafrasi del dettato costituzionale, che il potere di *ius dicere* si esplica esclusivamente nel “giusto processo”, ed è tale unicamente quello “regolato dalla legge” cui dunque il giudice non può non conformarsi. In linea con tale approccio è la lettura della disposizione *de qua* offerta dalla Consulta, secondo cui «un processo non ‘giusto’, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale», che dunque prevale anche sulle esigenze tipiche dell'accertamento giurisdizionale⁶.

Le regole prima del risultato, insomma.

E la conferma di tale visione – se ancora ce ne fosse bisogno – viene anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che nella sentenza 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio, ha riconosciuto il principio di legalità processuale quale principio generale del diritto e quale *pendant* del principio di legalità penale, sintetizzabile nel brocardo *nullum iudicium sine lege*.

2. Legalità processuale, allora, vuol dire conformità delle decisioni alle regole imposte dal legislatore e, com'è stato puntualmente sottolineato, significa conseguentemente prevedibilità – date certe condizioni – della pronuncia dell'organo giurisdizionale proprio alla luce della considerazione dell'esistenza di determinate regole⁷.

Se questo è vero, tuttavia, occorre interrogarsi sulle regole probatorie e sulle regole di giudizio dettate dal codice di rito per capire se e fino a che punto esse circoscrivono i poteri interpretativi del giudice o se, viceversa, ne incentivano la discrezionalità come le vicende processuali dell'ultimo quarto di secolo sembrerebbero suggerire. E, ancora, se l'insofferenza degli organi giudicanti nei confronti delle regole legislative, vissute come lacci al loro libero convincimento non sia frutto di un equivoco che porta a considerare le regole probatorie come lesive dell'indipendenza dei giudici, con la paradossale – ed errata – conseguenza di considerare quest'ultima come indipendenza *dalla* legge processuale. Un esempio eloquente viene dall'elaborazione giurisprudenziale in tema di prova atipica, terreno infido e luogo di costante elusione dei canoni legislativi della prova tipica.

⁵ M. NOBILI, *Un rimedio impossibile: l'istruttoria del difensore*, in ID., *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 100.

⁶ Corte cost., sentenza 4 dicembre 2009, n. 317, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4762.

⁷ M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un “nuovo” ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1165 s.

È indubbio che il codice 1988 si caratterizza per una pluralità di regole – del tutto ignote al codice 1930 – destinate ad incidere sul punto: dimostrazione ne è l'esistenza di un intero libro, il terzo, dedicato al tema delle prove, cioè a dire ai mattoni con cui si costruisce la conoscenza del giudice. Ciò significa che esiste un problema di legalità della prova, che sottintende quello dell'interpretazione delle disposizioni di legge che la regolano e che scandiscono i vari momenti del procedimento probatorio: dalla ricerca, all'ammissione, all'assunzione e – infine – alla valutazione della prova da parte dell'organo giudicante chiamato a decidere il caso concreto. Profilo, quest'ultimo, disciplinato solo a grandi linee dall'art. 192 c.p.p., ma che trova poi il suo sbocco consequenziale e, direi, naturale, nelle regole di giudizio che l'organo giudicante è chiamato ad osservare al momento della deliberazione.

Mi soffermerò sulla regola di giudizio principe del nostro processo penale, quella che legittima la sentenza di condanna. Ebbene, non si può fare a meno di notare che essa è legata a un parametro labile quale quello racchiuso nell'aggettivo "ragionevole" (art. 533 comma 1 c.p.p.), la cui concreta applicazione presenta, ai margini, «un alone di indeterminatezza, una zona grigia dalla quale possono scaturire opposte soluzioni, tutte legittime» perché frutto della discrezionalità del giudice⁸. La sua elasticità è frutto diretto dell'origine della previsione, mutuata forse senza piena consapevolezza delle sue implicazioni dai sistemi di *common law* e, in particolare, dall'ordinamento nordamericano in cui a decidere è chiamata una giuria di "pari", come tale sfornita di cognizioni giuridiche e in grado pertanto di pronunciare esclusivamente un verdetto immotivato.

Da qui il problema della sua interpretazione, che non può in definitiva essere che interpretazione del caso singolo, adeguamento della regola di giudizio alla fattispecie concreta. Perché, come ci ricorda Paolo Ferrua⁹, ci sono i c.d. "casi facili", contrassegnati da un quadro probatorio rispetto al quale ogni persona razionale sarebbe portata, a seconda delle circostanze, ad assolvere o a condannare. Ma ci sono anche i c.d. "casi difficili", nei quali il materiale probatorio a disposizione può giustificare sia la condanna che l'assoluzione, e dunque la scelta operata dal giudice è inevitabilmente contraddistinta da una spiccata discrezionalità, pur se presa dall'organo giudicante sulla base del presupposto che quella sia la migliore decisione possibile. Un altro giudice, nelle medesime condizioni, sarebbe potuto pervenire a conclusioni di opposto tenore, motivando adeguatamente la pronuncia nel pieno e completo rispetto del principio di legalità. In sostanza, ciò che appare "ragionevole" ad un giudice, sarebbe "irragionevole" per l'altro, ma entrambe le decisioni si configurano come legittime proprio perché la discrezionalità si connota quale possibilità di scelta tra più alternative, tutte egualmente consentite dall'ordinamento.

⁸ P. FERRUA, *Il controllo della Cassazione sulla motivazione*, in AA. VV., "L'operazione decisoria" da emanazione divina alla prova scientifica, a cura di L. DE CATALDO NEIBURGER, Padova, 2014, p. 100.

⁹ P. FERRUA, *Il controllo della Cassazione sulla motivazione*, cit., p. 100 s., che sottolinea l'errore di prospettiva di chi si attende dal parametro *de quo* «una risposta univoca alle ricorrenti polemiche sulla prova del nesso di causalità» in determinate materie.

Alcuni recenti, noti casi giudiziari – con i loro cinque gradi di giudizio di tenore contrastante – confermano nella realtà tale riflessione, imponendo tuttavia allo studioso l'onere di ricercare – se possibile – dei correttivi a tale paradosso. Un sistema di prove legali, in teoria, tarperebbe le ali al giudice impedendogli di sottoporre la vicenda giudiziaria all'esercizio di un potere discrezionale dagli incerti confini. Ma si tratta, ovviamente, poco più che di una provocazione, di una soluzione non praticabile se si guarda allo stato attuale di una plurisecolare evoluzione normativa.

Sono lontani i tempi in cui si riteneva il giudice semplice *bouche de la loi*, e soltanto una concezione «ingenua, e da tempo superata, della funzione giurisdizionale può indurre a concepire il giudice come mero esecutore di comandi che gli sarebbe proibito interpretare»,¹⁰ anche perché ogni singola disposizione di legge, una volta entrata nel circuito normativo, vive di vita propria, recidendo il cordone ombelicale che l'univa alle intenzioni del legislatore, proprio grazie all'interpretazione che ne dà il giudice applicandola al caso concreto.

Occorre, tuttavia, trovare un punto di equilibrio, per evitare lo strapotere del giudice, per far sì che il libero convincimento non si traduca in una negazione di principi e di garanzie fondamentali, dando vita ad un organo giudicante *legibus solutus* che ammanti con il rispetto formale delle regole processuali un arbitrio non altrimenti controllabile. Se il reticolo di regole probatorie e di giudizio genera insofferenza e ribellione nei giudici, questa insubordinazione deve pur essere in qualche modo arginata.

3. In questo quadro magmatico, appare inevitabile guardare al ruolo che può svolgere la Corte di cassazione, chiamata a garantire per espressa previsione ordinamentale «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» (art. 65 o.g.).

Ma di quale legge? La sola legge penale sostanziale od anche quella penale processuale?

Non esiste alcun valido argomento logico-giuridico che supporti la prima tesi.

E tuttavia occorre essere realisti, guardando al diritto vivente. Un diritto vivente che ci restituisce la fotografia di una giurisprudenza di legittimità incapace di svolgere il suo ruolo nomofilattico, il suo compito di fornire agli operatori un'interpretazione uniformante e costante delle regole sostanziali e processuali. Ne è prova il moltiplicarsi e il reiterarsi di interventi delle Sezioni unite sul medesimo tema, indice di un attivismo giudiziario foriero di interpretazioni mutevoli nel tempo delle stesse disposizioni.

Come ci ricorda ancora Paolo Ferrua, però, «il problema non sta nella Cassazione, bensì nel progressivo declino della legge, nella perdita della sua posizione centrale nel sistema delle fonti del diritto»¹¹: dall'idea, certamente ingenua e poco

¹⁰ U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 553.

¹¹ P. FERRU, *Il controllo della Cassazione sulla motivazione*, cit., p. 111.

realistica, del giudice come “codice animato” e della legge insuscettibile di interpretazioni da parte del giudice, “bocca della legge”¹², si sta infatti giungendo all’idea opposta, «ma non meno rischiosa, di un assoluto primato dell’interpretazione che segna il declino della stessa legge» o, per dirla in altri termini, «dal ‘c’è solo la legge, non ci sono interpretazioni’, si navig[a] a vele spiegate verso il «non c’è la legge, ci sono solo interpretazioni»¹³ che alimenta una deriva di matrice giurisprudenziale pressoché inarrestabile¹⁴.

Due massimalismi antitetici, entrambi deprecabili.

Sono molteplici i sintomi di questa patologia, primo fra tutti la messa al bando dell’interpretazione letterale – a dispetto dell’art. 12 comma 1 disp. prel. c.c. –, a tutto vantaggio delle interpretazioni sistematiche, adeguatrici o persino demolitrici che, inutile dirlo, costituiscono la quintessenza della discrezionalità per la loro dimensione “creatrice” di diritto, accomunate dalla “fuga” dal dato testuale.

L’interpretazione, molto spesso, è in grado di vanificare con forzature e abili ricostruzioni le innovazioni legislative, tanto che, «a leggere certe sentenze, si direbbe che il testo della legge sia studiato e analizzato per essere meglio tradito»¹⁵. Eppure, come ci ricorda più in generale Umberto Eco, non si può nell’attività interpretativa prescindere dal contenuto letterale del testo, rappresentando quest’ultimo il «punto focale della storia»¹⁶.

Ma cosa significa “interpretare”?

Se andiamo all’origine dell’*ars interpretandi* in materia giuridica, vediamo come nel diritto romano essa si traduce nella “ricerca di un significato”, del significato da attribuire alla *regula iuris*: la forma verbale *interpretari* non indicava «l’attribuzione di un senso ad un messaggio documentato, né i modi di tale attribuzione da parte di chicchessia», bensì «la specifica emissione di un messaggio di particolare qualità (ad. es., *jus*) da parte di chi poteva, era capace di, era legittimato a, emetterlo»¹⁷.

All’*interpretatio*, insomma, corrisponde un potere, legittimamente esercitato.

E l’attività dell’*interpretes* è un’attività di intermediazione, posta in essere da soggetti dotati di particolare qualità, gli *interpretes*, depositari di tale attività e ad essa legittimati in via esclusiva, «tra una particolare forza – il *jus* – e coloro che a tale forza [sono] assoggettati»¹⁸. È così che nasce, e si consolida, l’attività interpretativa e dunque quella di *ius dicere*, tanto che per Marco Tullio Cicerone *interpretari* vuol dire comprendere il senso reale di una disposizione normativa, interpretarla esattamente e,

¹² In questi termini P. FERRUA, *Il giudizio di diritto nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1827.

¹³ P. FERRUA, *Il controllo della Cassazione sulla motivazione*, cit., p. 111.

¹⁴ Sul punto si veda il volume di AA. VV., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. FIANDACA, Padova, 1997, *passim*.

¹⁵ P. FERRUA, *Il controllo della Cassazione sulla motivazione*, cit., p. 112.

¹⁶ U. ECO, *I limiti dell’interpretazione*, Milano, 1990, p. 32.

¹⁷ G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 4.

¹⁸ G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, cit., p. 4.

in chiave moderna, possiamo affermare voglia dire anche “ricercarne il valore” (*interpretium*)¹⁹.

Il declino inarrestabile della legge trae origine da molti fattori, non ultimo il conflitto tra norme di diritto interno e norme sovranazionali, la cui irruzione nel nostro ordinamento ha generato – com’è noto – forti smottamenti proprio in ambito processuale. Giocano un ruolo fondamentale, in definitiva, la sempre maggiore complessità delle fonti del diritto, l’intrecciarsi e il sovrapporsi di disposizioni sovente indecifrabili, che impongono l’intervento chiarificatore del giudice, l’unico in grado di “dettare la linea” sul punto.

E se a ciò si aggiunge l’eco dello scetticismo kelseniano, secondo cui *l’ars interpretandi* consiste in un «meditato arbitrio del giudice»²⁰ che, nel momento in cui pronuncia la sentenza, si limita a scegliere una tra le tante proposizioni normative desumibili dalla legge che è chiamato ad applicare, il quadro si fa davvero fosco e problematico.

In tale contesto, interrogarsi su quale possa essere il ruolo della Corte di cassazione significa anche chiedersi se possano essere condivise proposte come quella di rendere inammissibili i ricorsi che contestano l’indirizzo interpretativo espresso dalla Sezioni unite. A parte la difficoltà concreta di individuare i casi di contestazione dei principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite, ciò comporterebbe, senza dubbio, una sorta di gerarchizzazione della magistratura, a scapito dei giudici di merito che si vedrebbero costretti a recepire passivamente i *dicta* della suprema Corte. Non è questo l’intento dell’art. 65 o.g., in quanto ogni singolo giudice, nell’interpretare la legge, non fa altro che applicarla al caso concreto, *id est* formulare egli stesso un precetto destinato ad operare ed a costituire diritto nel caso specifico che è chiamato a decidere.

Non c’è, insomma, nessuna norma che attribuisce alla Corte di cassazione una sorta di “monopolio interpretativo”, in quanto «le sentenze vincolano [soltanto] in rapporto a ciò che accertano»²¹. E, al contempo, è la legge che segna i confini interpretativi del giudice, di qualsiasi giudice, ivi compresa la Corte di cassazione: altrimenti un’interpretazione in ipotesi *contra legem* dei giudici di legittimità, per il solo fatto di promanare da tale autorevole consesso, finirebbe paradossalmente per essere intangibile, impedendo al giudice di grado inferiore di praticare vie alternative (e conformi alla legge interpretata in maniera non corretta dal giudice di grado superiore).

Ritorniamo così al punto dal quale eravamo partiti, a quell’art. 101 comma 2 Cost. secondo il quale il giudice, qualunque giudice a prescindere dalla sua collocazione nell’assetto ordinamentale, è soggetto alla legge, cui si deve attenere interpretandola “esattamente”.

Ma quando il giudice assolve al suo compito?

¹⁹ In questa direzione L. BIGLIAZZI GERI, *L’interpretazione*, Milano, 1994, p. 4.

²⁰ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, ed. it., Torino, 1991, p. 384.

²¹ P. FERRUA, *Il controllo della Cassazione sulla motivazione*, cit., p. 113.

Il *discrimen* – in teoria – è dato dal raggio d'azione dell'attività interpretativa, legittima quando mira a chiarire disposizioni oscure o a colmare lacune legislative, un po' meno quando si pone come "adeguatrice" o "demolitrice" del dettato normativo²². Naturalmente, però, siamo di fronte a criteri discretivi astratti non linearmente traducibili in prassi applicative

D'altronde la stessa Corte di cassazione dà prova di una costante "liquidità interpretativa", poco compatibile con l'art. 65 o.g., se guardiamo al suo concreto operare caratterizzato da pronunce spesso contrastanti sulla medesima questione, provenienti persino dalla stessa Sezione e a breve tempo l'una dall'altra.

Né può invocarsi, impropriamente, un adeguamento del nostro sistema a quello tipico del *common law*, al precedente vincolante (*stare decisis*) che, a guardar bene, non vincola il giudice alla precedente interpretazione data della legge, ma alla soluzione del caso concreto offerta nella singola fattispecie. Di tal che il giudice del caso singolo ben potrà discostarsi dal precedente invocato dalle parti, qualora dimostri che il caso in esame non è uguale a quello deciso da altro giudice.

E solo in questo senso può affermarsi la rilevanza del precedente giurisprudenziale anche nel nostro ordinamento: quale fattore di "orientamento" per il giudice del caso singolo che, pur non essendovi vincolato, è chiamato – specie quando il precedente risulti "cristallizzato" in una pronuncia "forte" come quella delle Sezioni unite – ad argomentare spiegando le ragioni per cui non ritiene condivisibile, nel caso di specie, il *dictum* del Supremo collegio. Un simile approccio si rivela particolarmente fruttuoso in termini di prevedibilità (relativa) della decisione – e dunque di legalità processuale della stessa – per le parti, che potranno stimolare il giudice a deliberare in una piuttosto che in un'altra direzione allegando alle proprie arringhe e requisitorie i precedenti giurisprudenziali ritenuti pertinenti al caso e invocando nella fattispecie in esame la medesima *ratio decidendi*²³.

D'altro canto non va sottaciuto – se si vuole spendere qualche considerazione sui pregi dell'attuale assetto codicistico – che il potere delle parti di incidere sulla decisione finale, influenzando sulla formazione del convincimento del giudice grazie a quell'attività retorica e argomentativa in cui si sostanzia una delle dimensioni del contraddittorio, è direttamente proporzionale ai poteri discrezionali conferiti al giudice in materia di interpretazione: discrezionalità che deve, a sua volta, trovare il suo limite nella soggezione del giudice – di qualunque giudice – alla legge, nei limiti fin qui evidenziati.

Una diversa soluzione della problematica concernente i rapporti tra giudice di merito e giudice di legittimità sortirebbe l'effetto di mortificare ulteriormente il già "debole" ruolo della legge nella dialettica "giudice-norma", schiacciando i giudici di

²² Cfr., in proposito, la distinzione tra interpretazione fisiologica e interpretazione patologica prospettata da N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1990 s.; nonché le considerazioni di O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Dir. pen. contemp.*, 2013, fasc. 3, p. 5.

²³ Per un differente approccio C. PAPAGNO, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano, 2009, p. 59 s.

merito sulle posizioni della Corte di cassazione ed estinguendo quel ruolo propulsivo che non di rado proprio i primi hanno nell'evoluzione giurisprudenziale della seconda grazie al continuo e quotidiano "confronto-scontro" di posizioni.

4. Resta il compito, sempre difficile e talora destinato a divenire una vera e propria "missione impossibile", del giudice del fatto di valutare la prova dando conto, come impone l'art. 192 comma 1 c.p.p., «nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati».

È nella motivazione il vero fattore discriminante del nostro ordinamento rispetto a quelli di *common law*, nella necessità di pronunciare una decisione motivata a fronte del verdetto (immotivato) tipico di quegli ordinamenti. Ed è in quell'obbligo di indicare i criteri adottati, che significa non soltanto dar conto delle regole logiche, delle leggi scientifiche e delle massime d'esperienza adoperate ma anche far emergere, implicitamente, le regole probatorie e di giudizio di cui ci si è serviti, che si gioca a tutto tondo l'attività interpretativa del giudice, e la correlata possibilità di operare un controllo sulla stessa nei gradi successivi del giudizio.

Vediamo dunque come il giudizio di fatto, lungi dall'essere "neutro" rispetto alle regole dell'interpretazione, viene fortemente condizionato da queste tanto da far assurgere al giudice un ruolo antitetico rispetto a quello di derivazione illuministica: un giudice che deve interpretare correttamente le norme processuali per poter "leggere" correttamente le prove e formare così il proprio convincimento.

E ciò, si badi bene, avviene anche nei giudizi incidentali ed endoprocedimentali, al pari delle decisioni che pongono fine anticipatamente all'*iter* procedimentale, non meno importanti nell'economia complessiva del processo penale: dal delicato *sub*-procedimento cautelare, con la valutazione dei "gravi indizi di colpevolezza" (art. 273 comma 1 c.p.p.), a quello di proroga ulteriore delle indagini preliminari, che richiede la "particolare complessità delle indagini" o l'"oggettiva impossibilità di concluderle entro il termine prorogato" (art. 406 comma 2 c.p.p.), dalla regola di giudizio dell'archiviazione – "inidoneità degli elementi probatori raccolti a sostenere l'accusa in giudizio" (art. 125 comma 1 disp. att. c.p.p.) – a quelle del non luogo a procedere – "il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio" (art. 425 comma 3 c.p.p.) –, o ancora ai parametri che legittimano il giudizio immediato – "quando la prova appare evidente" e sempre che ciò non "pregiudichi gravemente le indagini" (art. 453 comma 1 c.p.p.) o l'integrazione investigativa e probatoria nell'udienza preliminare – rispettivamente, "se le indagini preliminari sono incomplete" (art. 421-*bis* comma 1 c.p.p.) e se si tratta di "prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere" (art. 422 comma 1 c.p.p.) – e nel giudizio abbreviato – quando la richiesta è subordinata a un'integrazione probatoria che risulti "necessaria ai fini della decisione" (art. 438 comma 5 c.p.p.).

Analoghe considerazioni valgono per le regole, speculari a quelle prescritte per la sentenza di condanna, dettate per la pronuncia di assoluzione che è dovuta "anche

quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile" (art. 530 comma 1 c.p.p.), o quando sussiste il dubbio sull'esistenza di una causa di giustificazione, di una causa personale di non punibilità (art. 530 comma 3 c.p.p.) o sull'esistenza di una causa di estinzione del reato (art. 531 comma 2 c.p.p.), situazione quest'ultima che impone invece una sentenza di non doversi procedere.

Nel dibattito, poi, è emblematica una norma come l'art. 507 comma 1 c.p.p., che attribuisce al giudice il potere di disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova "se risulta assolutamente necessario", la cui interpretazione più o meno elastica da parte delle Sezioni unite prima e della Corte costituzionale poi ha segnato in maniera netta, a partire dal 1992, le sorti del codice di rito e dell'auspicato "processo di parti"²⁴. Persino nel giudizio abbreviato, contraddistinto da una scelta strategica dell'imputato, peraltro, il giudice può esercitare il potere di assumere, anche d'ufficio, "gli elementi necessari ai fini della decisione" (art. 441 comma 5 c.p.p.) qualora ritenga di non poter decidere allo stato degli atti.

L'ambito di discrezionalità del giudice si allarga quindi potenzialmente a dismisura, complici espressioni verbali semanticamente ambigue quando non vuote, a scapito della certezza del diritto e, dunque, della legalità processuale. E qualche riflessione articolata sul linguaggio del legislatore, sempre più spesso sciatto è comunque congeniale a un sistema incentrato sulla *law in action* che non sulla *law in books*, andrebbe prima poi svolta in maniera organica dalla dottrina.

5. È giunto il momento di tirare le somme.

L'articolato sistema di regole probatorie e di giudizio dettato dal codice 1988 è stato scritto in funzione di garanzia per i protagonisti del processo, e *in primis* dell'imputato, ma ha generato – forse inconsapevolmente – un progressivo rafforzamento dei poteri del giudice, chiamato ad interpretare quelle norme anche sulla scorta delle opposte tesi dell'accusa e della difesa, a scapito della legge apparentemente intangibile scolpita dai *conditores*. Una legge destinata inevitabilmente ad essere interpretata con le incertezze e le elasticità che accompagnano tale attività, ma pur sempre entro i paletti che dovrebbero delimitare un'*ars interpretandi* equamente intesa, se non si vuole trasformare il giudice in un soggetto deresponsabilizzato che esercita senza vincoli il proprio potere di *ius dicere* all'interno del processo.

E tuttavia è proprio sul terreno delle disposizioni processuali, intese quali precetti di garanzia in grado di limitare la discrezionalità del giudice chiamato ad applicare la norma penale sostanziale, che può rinvenirsi una soluzione sufficientemente appagante a tali contraddizioni.

²⁴ Sul punto si veda, per tutti, la puntuale ricostruzione effettuata da P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2^a ed., Milano, 2014, p. 141 s.

Se è giurisdizione, secondo la Carta costituzionale soltanto quella attuata “mediante il giusto processo regolato dalla legge” (art. 111 comma 1 Cost.) e se “alla legge” sono soggetti i giudici nell’esercitarla (art. 101 comma 2 Cost.), sono le disposizioni processuali a costituire la linfa e al contempo la demarcazione del potere di amministrare la giustizia nel pieno rispetto dei diritti delle parti, in una società complessa nella quale il diritto penale è strumento di controllo sociale ma anche di orientamento della condotta dei consociati: compiti, questi, non delegabili al processo penale se non a costo di rinnegarne esplicitamente i fondamenti e i valori condivisi.