

L'OPINIONE

FILIPPO RAFFAELE DINACCI

**I valori della Costituzione a presidio dell'esigenza di certezza e "prevedibilità"
(La difficoltà di una corretta esegesi tra *nova* fenomenici, ordinamento "liquido" e norme diluite)**

Ordinamento disomogeneo, norme "diluite" e *nova* fenomenici accentuano l'esigenza di una maggiore attenzione alla correttezza di un metodo interpretativo quale presidio volto ad evitare soggettivismi operativi e imprevedibilità delle decisioni; fenomeni, questi, contenibili solo orientando l'esegesi verso forme rispettose dei valori costituzionali.

Values of Constitution to protect need for certainty and "predictability" (Difficulty of a correct exegesis between phenomenal novelty, 'liquid' legal system and diluted laws)

Non-homogeneous legal system, "diluted" laws and phenomenal novelties accentuate the need for greater attention to the correctness of an interpretative method as a safeguard aimed at avoiding operational subjectivism and unpredictability of decisions; circumstances that can only be contained by orienting the interpretative activity towards forms that respect the constitutional values.

SOMMARIO: 1. L'interpretazione a fronte di linee ordinamentali equivoche. 2. La complessità esegetica tra astrazioni concettuali ed oggettività della norma giuridica. 3. Il corretto metodo ermeneutico quale strumento di tutela da soggettivismi giudiziari e imprevedibilità delle decisioni. 4. Il diritto di fronte al *novum* empirico: il cambio di prospettiva dell'interprete. 5. Le particolari ricadute nella sfera processual-penalistica: i modi dell'accertamento. 6. Il pericolo di anarchia valutativa. 7. Conclusioni: la Costituzione quale strumento di recupero di un'unitarietà dell'ordinamento giuridico.

1. *L'interpretazione a fronte di linee ordinamentali equivoche.* Non è controversabile che il giurista e l'operatore giuridico del terzo millennio sono chiamati ad una sfida fondamentale costituita dall'esigenza di pervenire ad un corretto metodo interpretativo. Il rilievo trae origine da più fattori, ognuno dei quali ha una forte capacità di impatto sulle linee del "sistema" giuridico. E quando le medesime non sono concretamente individuabili si genera un terreno di coltura ideale per "libertinaggi interpretativi" che di fatto eludono il valore cogente della prescrizione normativa. La situazione assume particolare rilevanza nel settore penalistico non solo perché in quella sede si disquisisce di diritti fondamentali dell'individuo ma anche perché, proprio per questo motivo, quel settore è assoggettato, per volere costituzionale, al principio di legalità. Questo impone il rispetto della fattispecie di riferimento a cui l'interprete, nell'esegesi della norma, risulta ancorato.

Tuttavia, se ciò è chiaro, o almeno così dovrebbe essere, occorre prendere atto che si delineano, nel panorama ordinamentale, fenomeni normativi o realtà da

regolamentare che pongono l'interprete in situazioni di vera difficoltà: tra questi il primo riferimento è alla tendenza a generare prodotti legislativi "diluuti" e "speciali". Avuto riguardo alla prima caratteristica non è refutabile che la creazione di fattispecie scolorite trasporti verso momenti esegetici a forma libera e ciò conduce a creazionismi operativi in cui il formante giurisprudenziale va a sostituirsi al dato di legge. Questo è il frutto della crisi della fattispecie che caratterizza la materia¹; crisi tanto più sorprendente ove si consideri il presidio nell'ambito penalistico, tanto sostanziale quanto processuale, del principio di legalità; ma, a parte tale non secondario problema, la situazione risulta aggravarsi a fronte di un'accentuazione delle caratteristiche di specialità del prodotto normativo. Sul tema è necessario essere chiari: se alcune situazioni impongono enunciati normativi speciali occorre che tali enunciati non si pongano in contrasto con la Carta dei valori a cui devono osservanza. Se così non fosse il ricorso alle regole speciali diventerebbe uno strumento per derogare principi fondamentali e soprattutto per ledere diritti individuali. Sul punto si deve rilevare come il quadro legislativo, negli ultimi anni, sia caratterizzato dal ricorso a regole differenziate che hanno originato una molteplicità di situazioni giuridiche riservate a specifiche tipologie di crimine. In tal modo, però, si genera un diritto per particolari categorie di soggetti qualificati ed individuati dalla pretesa commissione di quel crimine scivolando, così, in una sorta di paradigma criminologico del tipo di autore². Inoltre, quando il ricorso alla "specialità" si moltiplica a dismisura, la regola è chiamata a disciplinare non il "generale" ma,

¹ Con riferimento al tema dei confini tra argomentazione giudiziaria ed interpretazione cfr. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, VI, Milano, 1955, II, 58, 859, 862, laddove dopo aver condiviso la concezione della giurisprudenza quale «coscienza sociale del tempo» (58) sulla base della quale, pur affermandosi un nesso spirituale che in «ogni società organizzata intercede tra coscienza sociale e giurisprudenza» (859), comunque ammoniva sul fatto che «le massime di decisione non sono norme giuridiche» (862). Per ulteriori approfondimenti sul tema v. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, 10; Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 14; Eusebi, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1668.

² Nel momento in cui la regola giuridica viene derogata con riferimento a tipologie specifiche di crimine, indiscutibilmente si individuano altrettante tipologie specifiche di soggetti che avrebbero commesso quel crimine; ed allora la norma interviene su profili che attingono l'eguaglianza sostanziale che può risultare lesa con riferimento allo specifico campo d'incidenza della disciplina speciale. Se questa poi introduce presunzioni e differenti trattamenti processuali, ecco il rischio che la differenza di trattamento trovi origine nel modo di essere dell'imputato. Si pensi agli imputati di mafia, di terrorismo, ai recidivi, agli immigrati clandestini, agli autori di delitti a sfondo sessuale, agli automobilisti incoscienti, agli autori di violenze in famiglia e, in genere, a reati commessi in danno di soggetti deboli.

tuttalpiù, casi specifici. Di qui il rischio che il prodotto normativo perda i caratteri dell'astrattezza e generalità³. Si apre in tal modo la via ad un pericoloso "uso alternativo del diritto" modulabile a seconda delle esigenze del caso singolo⁴. Tutto ciò è ben lontano dal principio di eguaglianza sostanziale e, come se non bastasse, implica anche la dispersione di omogenei indici ermeneutici da cui inevitabilmente discendono momenti di espansionismo esegetico che conducono, anche in sede operativa, a coniare interpretazioni svincolate dal limite normativo⁵; quando ciò accade diventa concreto il pericolo di attentati ai diritti dell'individuo attraverso manipolazioni interpretative.

2. La complessità esegetica tra astrazioni concettuali ed oggettività della norma giuridica. Proprio in contesti ordinamentali come quello descritto assume particolare valore il rispetto di un corretto metodo ermeneutico⁶; spesso la sua elusione è dettata dall'esigenza di risolvere il caso singolo ovvero da quella di

³ Sul tema si rimanda a MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, I, 1975, 306, laddove evidenzia come gli attributi che devono qualificare una corretta produzione legislativa non costituiscano un'endiadi ma anzi si pongano l'uno come il completamento dell'altro. Infatti, mentre "generalità" vuole significare il riferirsi della disposizione normativa ad una serie di persone non individualmente determinate, il requisito dell'astrattezza è caratterizzato dall'indeterminabilità dei soggetti che possono trovarsi nella situazione descritta dalla norma. In sostanza la norma, nella sua fisiologia, deve configurarsi come «volontà di volere, volontà preliminare diretta a far sorgere una volontà concreta allorché si verifichino le condizioni dalla medesima previste, poiché ciò discende dall'esigenza di assicurare, oltre che la massima possibile certezza del diritto, l'eguaglianza di trattamento per tutti coloro che si trovano nella medesima situazione».

⁴ Sul tema cfr. VERDE, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, in *Dir. e giust.*, 1978, 248. Nel senso che le procedure differenziate contemplate nel codice di rito potrebbero fornire una copertura tecnica intesa a dissimulare la volontà di un uso differenziato del diritto, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Procedimenti speciali tra spinte all'omologazione ed esigenze di differenziazione*, in *La giustizia penale differenziata*, diretto da Gaito, Spangher, Torino, II, 2010, 722.

⁵ In questo caso il tema delle problematiche interpretative che sorgono a fronte di una legislazione che tende a fare della specialità e della deroga ai principi generali un criterio ordinario accomuna le problematiche interpretative sia per il giurista che per il giudice. In particolare, con riferimento a quest'ultimo, la dispersione di un corretto quadro regolatorio conduce all'accrescimento della dimensione potestativa del giudizio. Invero, il grado di decidibilità della verità giuridica di una pronuncia è «direttamente proporzionale al livello di tassatività della norma da essa applicata e inversamente proporzionale allo spazio richiesto all'argomentazione interpretativa». Dove si è al cospetto di una inadeguata formulazione della lingua legale, l'ambito dell'argomentazione è amplissimo e il potere giudiziario ha buon gioco nel convertirsi da potere di applicazione della legge tramite una corrispondenza ai fatti in potere dispositivo di creazione di nuovo diritto. Sul tema si rimanda alle considerazioni di FERRAJOLI, *Contro la giustizia creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, 4, 14; dello stesso cfr. pure *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10^a ed., Bari, 2011, 36.

⁶ Esigenza questa condivisa sia pure sotto un differente ambito di analisi da VALENTINI, *Norme processuali penali e interpretazione*, in *Cass. pen.*, 2019, 3392.

perseguire lo “scopo finalistico” di garantire l’esplicarsi della volontà legislativa. Ne discendono percorsi epistemologicamente non ortodossi dove frequentemente la pretesa *voluntas legis* prevale sul formante dell’enunciato normativo. Quest’ultimo, però, è connotato da una propria oggettività che non può essere capovolta da un preteso finalismo specifico di disciplina. Se anche la volontà del legislatore esprime un determinato obiettivo ma il medesimo non è recepito nel testo di legge, non si può flettere il contenuto dello stesso arrivando a fargli dire ciò che non dice o che, addirittura, vieta. Quel che vale e che vincola la collettività è l’enunciato normativo nei cui confronti la relativa *voluntas* non può agire come fosse un testamento. Deve in sostanza essere chiaro che l’attività dell’interprete si esaurisce nella conoscenza e nella descrizione delle norme giuridiche⁷; attività sottratta da condizionamenti derivanti dalla personale convinzione sulla corrispondenza della prescrizione a ciò che si ritiene giusto e condivisibile. In altre parole, una corretta opera esegetica deve caratterizzarsi per la sua “neutralità” che deve condurre a «conoscere la legge e descriverla così come essa è»⁸. Di qui l’esigenza di procedere ad una mera “ricognizione”; ed anche quando la stessa potrebbe tradursi in una pluralità di significati l’interprete non può abbandonarsi ad attività di “costruzione” del significante normativo, dovendosi limitare solo ad una sua “scoperta”.

La ricostruzione di una legge, al pari di quella di un qualsiasi fenomeno naturale, implica il ricorso ad elaborazioni concettuali. Ed è qui che si percepisce l’esistenza di rischi derivanti dal divario tra norma e “vita reale”; rischi tanto più cogenti ove si sia in presenza di un testo plurivoco. Situazione resa ancora più complessa a fronte di un sistema ordinamentale “disperso” tra enunciati normativi non “definiti” e regole speciali. Si smarrisce in tal modo l’omogeneità dell’ordinamento giuridico e, quel che più conta, si dissolve la possibilità di individuare con certezza i «principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato» che, secondo l’art. 12 delle disposizioni generali sulla legge⁹, costituisce

⁷ Sul tema si rimanda a BOBBIO, *Sul positivismo giuridico*, in *Riv. fil.*, 1961, 16.

⁸ Così MASSA, *Contributo all’analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, 200.

⁹ La formulazione normativa appare quanto mai opportuna ad oggettivizzarne la portata nella misura in cui collega i principi generali all’ordinamento giuridico dello Stato. Si è infatti rilevato come la disposizione in esame annoveri i suoi precedenti più diretti «nel Codice Albertino (art. 3) e nell’austriaco, con un originario riferimento al diritto naturale, e, secondo una opinione presente sotto aspetto nuovo anche in relazione al corrispondente art. 3 D. Prel. del cessato Codice del 1865, avrebbe dovuto pur sempre intendersi come contenente un richiamo ai principi generali del diritto naturale. Concetto come è noto quanto mai difficile a definirsi, ben altro essendo in ogni caso il diritto naturale nel senso delle fonti romane (dove è definito come quel diritto che natura apprese a tutti gli animali), ben altro il diritto

il criterio esegetico di chiusura laddove il senso della norma non emerga dal significato delle parole o dalle intenzioni del legislatore. Inoltre non deve sfuggire come la regola interpretativa di farsi guidare dai «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» costituisca il presidio all'arbitrio decisionale a fronte di quelle situazioni in cui "l'accadimento della vita" non risulti in tutto o in parte normato. È indiscutibile che in tali casi sempre l'art. 12 delle preleggi sembra soccorrere attraverso quella forma di auto-integrazione costituita dall'analogia¹⁰, ma è pur vero che per poter contenere quest'ultima in limiti sindacabili occorre muoversi nel rispetto del perimetro del sistema giuridico, fornendo "osservanza" ai principi dallo stesso riconosciuti. Ne discende l'importanza dell'omogeneità dell'ordinamento giuridico posto che tale requisito è il presupposto perché lo stesso sia idoneo ad individuare una norma per la disciplina di qualsiasi rapporto. In tale prospettiva trova soluzione anche la problematica connessa ad evenienze di anomia legislativa. La mancata regolazione di un evento di vita reale non può condurre ad un'omessa pronuncia di giustizia, bensì deve trovare corretta soluzione attraverso quel criterio ermeneutico fondato sull'individuazione dei principi del "sistema"¹¹. Ma quando lo stesso nella sua "intelaiatura" di base viene minato dal continuo ricorso a norme speciali, eccezionali, derogatorie in misura tale che si fatica a comprendere quale sia la regola e quale l'eccezione, risulta deprivato della sua capacità a fornire in sede operativa risposte verificabili; in sostanza viene meno un adeguato indice ermeneutico.

In tali contesti l'incapacità di liberarsi dalle proprie convinzioni, anche dogmatiche, può condurre, e spesso conduce, ad un'alterazione del lavoro interpretativo. Vizio di metodo che inevitabilmente si "sconta" sul risultato. Così facendo,

naturale di S. Tommaso, o quello di Grozio, o quello illustrato recentemente da alcune correnti filosofiche idealistiche. Per lo più coloro che identificavano i principi generali del diritto col diritto naturale, intendevano riferirsi a principi supremi di ragione e di giustizia, che di questi fondamentali principi conterrebbero pure una eco od un riflesso più o meno imperfetto». Così ROTONDI, voce *Interpretazione della legge*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 901.

¹⁰ Sul tema si rimanda ai non recenti ma sempre attuali lavori di BOBBIO, *Intorno al fondamento del procedimento per analogia*, in *Giur. it.*, 1951, I, 229; ID., *L'analogia nella logica del diritto*, in *Memorie dell'Istituto Giuridico di Torino*, XXXVI, Torino, 1938, 136.

¹¹ Sull'argomento v. le considerazioni di ROTONDI, voce *Interpretazione della legge*, cit., 902, laddove precisa che «nel nostro diritto positivo, il legislatore, imponendo al giudice di risolvere qualsiasi controversia, dandogli, come abbiamo visto, norme giuridiche vere e proprie per la soluzione dei casi dubbi (artt. 12 e 14 D. Gen.), minacciando sanzioni penali in caso di denegata giustizia, esclude che la soluzione del caso pratico e sottoposto al giudice possa essere rifiutata per una pretesa lacuna esistente nell'ordinamento. Non può dunque parlarsi di lacune nel senso che esistano campi in cui il diritto non penetra».

però, la norma, o meglio la sua interpretazione, appare in balia di un pericoloso soggettivismo; la medesima può essere estesa o ristretta nella sua portata applicativa al fine di escludere o consentire una determinata ipotesi. E, sul punto, non deve sfuggire come l'elaborazione concettuale consenta in ogni caso di rispettare un'ineccepibile coerenza formale del ragionamento impiegato. Lo sbocco naturale di tale metodo di indagine è l'estrema incertezza del risultato con ovvie conseguenze anche in tema di prevedibilità in ordine alla liceità o meno di certe condotte. Proprio tale rilievo deve indurre a prestare attenzione dovendosi prendere sempre e comunque le mosse dalla previsione normativa. Infatti, si può assicurare un corretto metodo interpretativo diretto a scoprire il significato della disposizione di legge solo se l'elaborazione concettuale resta aderente al contenuto della stessa. Quando, viceversa, attraverso progressive astrazioni generalizzate, ci si allontana dal contenuto delle proposizioni normative si "diluisc" sino ad eliminarlo, il comando precettivo della norma, ad esso si sostituisce il postulato dogmatico ed allora ogni conclusione diviene possibile purché si garantisca un rispetto dei canoni della logica formale¹². In tal modo, però, il momento interpretativo perde la sua neutralità e rischia di risultare inquinato dai "giudizi di valore legislativi" anche quando il prodotto normativo non li esprime. Tutto ciò provoca una violazione del principio di legalità. Questo, infatti, non comporta solo l'esigenza di una espressa previsione di legge ma impone metodi di "stretta interpretazione". In altre parole, il principio di legalità coinvolge non solo la legge ma anche l'interpretazione della stessa.

I prospettati rilievi di metodo, come si è accennato, acquiscono la loro attualità ogni qual volta si è in presenza di legislazioni emergenziali, speciali; e cioè di attività di produzione normativa dirette a regolare, diversamente dall'ordinario, specifiche situazioni giuridiche. L'esperienza insegna che, in questi frangenti, le vittime predilette di tali estemporaneità di disciplina risultano essere le garanzie degli individui. Le situazioni di urgenza, quelle di emergenza e quelle speciali impongono di estendere la tutela del bene collettivo a detrimento dei diritti individuali. Ed è in tale meccanismo di elasticizzazione del campo operativo dei diritti collettivi *versus* diritti individuali che, sia pure inconsapevolmente, si può cedere a momenti esegetici tendenti a farsi carico della volontà legislativa indipendentemente dal fatto che la medesima sia veicolata da una struttura normativa. Si deroga così al comando giuridico obiettivizzato nella

¹² Sull'argomento di metodo interpretativo v. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale*, in *Riv. it.*, 1950, 582; negli stessi termini MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 56.

disposizione di legge sulla base di non esteriorizzati momenti di valore legislativi che inquinano l'oggettiva "ricognizione" del messaggio normativo. E, allora, sul punto, occorre essere fermi nel rifiutare i "frutti" di una tale attività soprattutto allorquando riguarda valori e diritti tutelati dalla Costituzione.

3. *Il corretto metodo ermeneutico quale strumento di tutela da soggettivismi giudiziari e imprevedibilità delle decisioni.* Il quadro sintetizzato si apre al rischio che la dimensione operativa sia affidata a pericolosi intuizionismi. Al di là delle tematiche della violazione di un corretto metodo interpretativo si palesa il pericolo di violazioni dell'eguaglianza processuale che deve essere assicurata ai cittadini. Non si dimentichi che l'attività esegetica è la base dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali. Esse si realizzano laddove si valuta e quindi si interpreta tanto il fatto storico quanto il fatto giuridico. Il tema coinvolge, in modo particolare, il settore penalistico dove l'osservanza del principio di legalità la si può garantire se e nella misura in cui il consociato è posto nella condizione di "prevedere" le conseguenze della sua condotta¹³. Il tema però non riguarda solo il diritto sostanziale ma coinvolge, con conseguenze rilevanti, anche il diritto processuale. Del resto, è noto come diritto penale e processo costituiscano un'entità indistinta¹⁴. Il diritto penale, infatti, non ha vita al di fuori dal processo; al contrario, manifesta la sua rilevanza «nel processo e col processo»¹⁵.

¹³ Sulla nozione di prevedibilità tra le tante cfr. Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia; Corte EDU, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia; da ultimo cfr. Corte EDU, 28 maggio 2020, Georgouleas e Nestoras c. Grecia. Sull'argomento v. anche le argomentazioni di VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2016, il quale ha rilevato come la Corte di Strasburgo riconosca «nei fatti alla giurisprudenza penale nazionale un ruolo conformativo del precetto penale; attribuendole però - correlativamente - la responsabilità di orientare in tal modo la condotta dei consociati, i quali avranno un preciso diritto di fare affidamento sull'interpretazione del precetto medesimo fornita dalla giurisprudenza, e di regolare conseguentemente il proprio comportamento, senza rischiare di essere sorpresi *ex post* da un'interpretazione (e una conseguente applicazione) della norma non prevedibile a proprio danno. Così ricostruito, il *nullum crimen* convenzionale è diritto individuale al quale fa da *pendant* il correlativo dovere a carico di tutti gli organi e poteri dello Stato che esercitano lo *ius puniendi* di fissare in modo chiaro e agevolmente comprensibile dai loro destinatari i contenuti dei precetti penalmente sanzionati, ciascuno nell'ambito delle relative competenze: legislatore, dunque, e giudici, sui quali pure incombe la responsabilità di rendere agevolmente riconoscibili i contorni del precetto penale che il consociato è tenuto ad osservare, così come - in negativo - di evitare di disorientare il consociato medesimo attraverso interpretazioni gravemente discordanti».

¹⁴ Sul punto v. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 527, dove si afferma che «diritto penale e processo non appartengono ad una sequenza ma ad un insieme».

¹⁵ Così ancora PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle*

Basti pensare che, a differenza delle altre branche dell'ordinamento, nel diritto penale i comportamenti rispettosi del precetto non assumono un significato giuridico¹⁶. Chi si astiene dal realizzare condotte vietate agisce nell'ambito del lecito in ordine al quale nessun giudice ha potere di intervento.

Pertanto la consapevolezza degli effettivi rapporti tra diritto penale e processo, ispirati ad un'autopoiesi dell'ordinamento giuridico¹⁷, fa concludere che il criterio della prevedibilità delle proprie condotte debba tutelare il cittadino anche sul piano processuale. Basti pensare all'art. 25, comma 2, Cost. laddove prevede che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Si tratta di una regola fondamentale che, ove destinata ad operare con riferimento ad una “punizione”, si colloca nella

dimensioni processuali della legalità penale, cit., 527.

¹⁶ Viceversa nel diritto civile, in quello sindacale e del lavoro anche i comportamenti “osservanti” producono conseguenze giuridiche extraprocessuali.

¹⁷ STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 15 s., dove si precisa: «l'idea delle singole scienze giuridiche, come scienze elaborate in modo del tutto autonomo, è appunto l'espressione della autoreferenzialità propria dell'autopoiesi chiusa: essa dà luogo ad un “sistema di senso” che si autoriproduce, con una chiusura assoluta nei confronti dei punti archimedei esterni costituiti dalle altre scienze giuridiche. Ma l'autopoiesi non può essere intesa in questo modo: il “sistema di senso” deve essere, al tempo stesso, chiuso ed aperto nei confronti dell'ambiente esterno; se non fosse anche aperto [...] verrebbe meno la ragione stessa dell'autopoiesi come criterio di interpretazione dei sistemi sociali: l'apertura verso l'ambiente esterno è una condizione della conservazione evolutiva di ogni sistema».

In sostanza, «il rifiuto di riflessioni giuridiche volte a mere classificazioni, che conducono di fatto ad un isolamento del diritto penale sostanziale, si pone in linea con un sistema autopoietico “aperto”, caratterizzato da un'interdisciplinarietà funzionale alla conservazione evolutiva del medesimo, nell'ottica di risolvere i “problemi” che la società in divenire presenta; problemi che, nel prisma del diritto penale e processual-penale, inevitabilmente si condensano, dovendo quindi trovare una “giusta” soluzione nella realtà delle aule di giustizia». Così, U. DINACCI, *Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte: determinatezza e offensività al cospetto del bene giuridico*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2021, 221, nota 66. In particolare, sulla base di tale consapevolezza, si è colto proprio come la dilagante incomprensione della nozione di verità nel processo penale e negli altri tipi di processo minacci «la rigidità della prassi giudiziaria sugli illeciti, legati allo sviluppo tecnologico-scientifico: da questa incomprensione nasce una confusione che diventa un'arma nelle mani di chi vuol far trionfare l'idea di una giustizia penale interamente “senza verità”, e perciò senza moralità, affidata ad un potere dispotico che sappia incarnare ben definiti convincimenti, interamente soggettivi e inconfutabili, del giudicante, alla luce del nefasto principio del “libero convincimento del giudice”. Alla massima “*veritas, non auctoritas facit iudicium*”, si vuole sostituire – facendo così rivivere dottrine e modelli teorici e politici di diritto penale di un passato mai dimenticato – la massima “*auctoritas, non veritas facit iudicium*”; nelle versioni meno rozze, questa tendenza vuol fare prevalere un modello penalistico nel quale, a fondare la rilevanza penale del fatto, non è più l'autorità della legge, ma una qualche pretesa verità sostanziale sulla dannosità sociale, sulla immoralità o sul carattere negligente di certi comportamenti». Così, ancora, STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., 17.

fase terminale del processo, quando si deve decidere sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato. Del pari, l'art. 7 della Cedu sancisce che «nessuno può essere condannato per un'azione od omissione che, nel momento in cui è stata commessa, non costituisce reato secondo il diritto nazionale o internazionale». Anche qui il principio di legalità presidia l'epilogo del processo nella consapevolezza che il medesimo costituisce lo strumento di verifica in ordine all'applicabilità o meno di una norma sostanziale; per tale motivo non può essere trattato con "minori" garanzie. Non a caso anche in quella sede l'articolo 111, comma 2, Cost. evoca un principio di legalità.

Non deve infatti trascurarsi come la nozione di prevedibilità sia connaturata alle regole del processo, dove "l'indagato" o "l'accusato" è chiamato ad effettuare scelte "consapevoli" che attengono non solo all'eventuale rilascio di dichiarazioni ma anche a più ampie opzioni di strategia processuale¹⁸. E qui necessariamente incidono le regole vigenti in forza delle quali si può essere indotti a chiedere anche forme alternative di accertamento. Se si coglie la rilevanza del tema, che attinge anche garanzie afferenti l'autodeterminazione delle scelte processuali, non si può pensare che le modifiche normative, soprattutto se in *peius*, siano ininfluenti in quanto "fissate" dalla regola del *tempus regit actum*. La necessaria prevedibilità delle conseguenze che un comportamento può implicare si riversa nell'inevitabile consapevolezza delle regole con cui il soggetto sarà "trattato" nel relativo procedimento. Ed è proprio la presa di coscienza di tale realtà che non consente di tollerare momenti interpretativi inosservanti della regola in genere, ed in specie dei comandi costituzionali. Qui, l'invocazione di emergenze unitamente all'esigenza di comprimere fenomeni eccezionali e circoscritti, possono agevolare forme di semplificazione interpretativa attraverso le quali, allontanandosi da un corretto metodo ermeneutico, si può pervenire a qualsiasi soluzione.

4. *Il diritto di fronte al novum empirico: il cambio di prospettiva dell'interprete.*

Il contesto delineato è destinato ad acuirsi a fronte dell'emergere, nell'ambito processuale, di *nova* fenomenici non regolati da una pregressa previsione

¹⁸ Non è un caso che il codice di rito sia disseminato di avvisi ed avvertimenti che hanno lo scopo non solo di informare sui diritti che il soggetto destinatario dell'informazione possiede ma, anche e soprattutto, quello di consentirgli scelte consapevoli pure sul piano delle conseguenze a cui potrebbe andare incontro. Esemplificativamente cfr. artt. 63, 64, 197 *bis*, 210, 369 *bis*, 429 comma 2 *bis*, 460 lett. e), 550 lett. f), c.p.p.

normativa. Si pensi esemplificativamente alle prove informatiche, a quelle digitali, ai problemi connessi al tema dell'intelligenza artificiale e, non da ultimo, al fenomeno dei *criptoassets*. Si verte in quelle situazioni in cui l'interprete è posto in una prospettiva nuova. Qui il diritto è chiamato ad "intervenire" quando il problema di regolamentazione del fatto concreto è già sorto¹⁹. Ne

¹⁹ Si precisa che in questa sede il ragionamento è condotto avuto riguardo al momento in cui non è ancora intervenuta una specifica disciplina. È noto infatti come gran parte dei fenomeni non normati nel tempo vengono regolamentati. Quindi il problema interpretativo più cogente si pone sino a quando ciò non avviene.

Tuttavia l'esperienza ha dimostrato come tale percorso di regolamentazione venga introdotto per stadi progressivi dando vita ad un "sistema" di regole disomogenee e spesso scoordinate se non contraddittorie. Ma anche quando l'attività legislativa è esercitata con maggiore impegno occorre rilevare come spesso e volentieri mantenga dei vuoti di disciplina. Per convincersene si pensi al tema dei sequestri e delle perquisizioni informatiche. Qui, su spinte europee, il legislatore è intervenuto introducendo specifiche previsioni di disciplina (v. artt. 247 comma 1 *bis*, 254 *bis*, 352 comma 1 *bis*, 354 comma 2 c.p.p.). Con riferimento alle stesse occorre però rilevare come lo sforzo descrittivo abbia interessato la fattispecie nella sua staticità. Non basta tuttavia prevedere i casi e i modi del *perquirere* o dell'*adprehensio*, occorre anche disciplinare le modalità acquisitive di quanto captato in ragione della specificità della prova informatica. Tutto ciò dimostra che, anche con riferimento a settori normati, si evidenziano vuoti di regolamentazione che mantengono "vivo" il problema interpretativo di come "attuare" il diritto con riferimento ad un episodio di vita reale non disciplinato o non completamente disciplinato. Si ha così la conferma dell'immanente esigenza di poter individuare sul piano esegetico i principi generali espressi dall'ordinamenti giuridico. E non è un caso che proprio in tema di prove informatiche la giurisprudenza sia dovuta intervenire con funzioni "costruttive" di una disciplina mancante. Sul punto cfr. le condivisibili sentenze della Corte di cassazione che, in via interpretativa, hanno normato i modi di apprensione dei dati ricavabili da un supporto informatico sottoposto a sequestro. In quella sede, facendosi leva anche sul principio di proporzionalità, si è evidenziata la necessità «di strumenti "compensativi" di garanzia per il soggetto che subisce la limitazione dei propri diritti. Strumenti di garanzia, cioè, che si collocano già al momento della adozione della mezzo di ricerca della prova e che attengono, come detto, alla portata del vincolo, alle ragioni, che devono essere puntualmente illustrate, per cui si decide di aggredire, ad esempio, la sfera giuridica di soggetti terzi estranei al reato, al motivo per cui il vincolo venga "modulato" - rispetto a terzi estranei -, in modo omnicomprensivo (cioè decidendo, ad esempio, di sequestrare tutta la corrispondenza o tutti i documenti - anche quelli più personali e riservati -), alla necessità di ancorare la durata del sequestro a criteri oggettivi di ragionevolezza temporale, alla esigenza insopprimibile di selezionare le cose davvero necessarie ai fini della prova. In tal senso, il tempo necessario alla selezione di ciò che è necessario ai fini probatori da ciò che deve essere restituito non può essere un fattore neutro destinato a pregiudicare chi, da terzo estraneo al reato, ha già subito la limitazione del diritto di sindacare sin da subito, con rigore, la esistenza del nesso di strumentalità tra *res* e reato. Strumenti di garanzia che non possono essere svuotati e che attengono ad inevitabili profili giustificativi e motivazionali di ordine quantitativo, qualitativo e temporale del sequestro (così efficacemente, Sez. 6, n. 13156 del 04/03/2020, Scagliarini, in motivazione) ed alla necessità di evitare che il sequestro probatorio assuma una valenza meramente esplorativa di notizie di reato diverse ed ulteriori rispetto a quella per cui si procede.[...]. Una volta creata la c.d. copia originale, essa non rileva in sé come cosa pertinente al reato in quanto essa contiene un insieme di dati indistinti e magmatici rispetto ai quali nessuna funzione selettiva è stata compiuta al fine di verificare il nesso di strumentalità tra *res*, reato ed esigenza probatoria. La c.d. copia integrale, cioè, contiene

deriva inevitabilmente un diverso atteggiarsi. Il metodo da seguire non è quello di individuare, a fronte di un episodio della vita, quale sia la norma capace a sussumerlo bensì, sempre in base ad un ragionamento *ex post*, individuare se e quali schemi giuridici appaiano idonei a regolare il nuovo fenomeno. Si valuta in sostanza la capacità dell'esistente a disciplinare il *novum*. La considerazione assume particolare rilevanza ove si consideri la forza di impatto delle innovazioni scientifiche nella società moderna. In tali casi più che mai l'interprete necessiterebbe di un robusto ed organico ordinamento giuridico che funga, per le norme da esso espresse e per i canoni fondamentali che ne guidano l'applicazione, da indice esegetico che, nella misura in cui si allinea ai principi del sistema, risulti affidabile.

E sul punto deve essere chiaro che i *novae* irrompenti nell'ordinamento devono porsi quali indici serventi ai principii e valori del medesimo. In altre parole non può invertirsi il metodo interpretativo e pervenire ad "un adeguamento" della struttura normativa esistente al nuovo fenomeno da disciplinare. Al contrario quest'ultimo va collocato nella struttura della "legalità" che permea il sistema penalistico. Se così non accadesse si andrebbe incontro a discutibili classificazioni giuridiche basate non sul testo di legge ma su realtà extranormative. In tal

l'insieme dei dati contenuti nel contenitore (pc., tablet, telefono) ma non soddisfa affatto l'esigenza indifferibile di porre sotto sequestro solo il materiale digitale che sia pertinente rispetto al reato per cui si procede e che svolga una necessaria funzione probatoria. Ne deriva, come è stato specificato dalla Corte di cassazione, che la c.d. copia integrale costituisce solo una copia - mezzo, cioè una copia che consente di restituire il contenitore, ma che non legittima affatto il trattenimento dell'insieme di dati appresi (Sez. 6, n. 13156 del 04/03/2020, Scagliarini). La copia integrale consente di fare, dopo il sequestro, ciò che naturalmente avrebbe dovuto essere fatto prima, cioè la verifica di quali, tra i dati contenuti nel contenitore, siano quelli pertinenti rispetto al reato. La c.d. copia integrale è una copia servente, una copia "mezzo" e non una copia "fine". Ne deriva che, restituito il contenitore, il Pubblico Ministero può trattenere la copia integrale solo per il tempo strettamente necessario per selezionare, tra la molteplicità delle informazioni in essa contenute, quelle che davvero assolvono alla funzione probatoria sottesa al sequestro. L'avvenuta selezione delle *res* pertinenti impone la restituzione della copia integrale il cui trattenimento realizzerebbe, diversamente, una elusione ed uno svuotamento della portata dell'art. 253 c.p.p., comma 1, che legittima il sequestro probatorio solo delle cose "necessarie" per l'accertamento dei fatti. Ne consegue che il Pubblico Ministero: a) non può trattenere la c.d. copia integrale dei dati appresi se non per il tempo strettamente necessario alla loro selezione; b) è tenuto a predisporre una adeguata organizzazione per compiere la selezione in questione nel tempo più breve possibile, soprattutto nel caso in cui i dati siano stati sequestrati a persone estranee al reato per cui si procede; c) compiute le operazioni di selezione, la c.d. copia - integrale deve essere restituita agli aventi diritto». Così, Cass., Sez. VI, 22 settembre 2020, n. 34265, in *Cass. pen.*, 2021, 1001. In una medesima prospettiva cfr. Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2015, n. 24617, in *Cass. pen.*, 2016, 286; Id., Sez. VI, 19 febbraio 2018, n. 9989, Rv. 272536; Id., Sez. VI, 4 marzo 2020, n. 13165, Rv. 279143.

modo si genererebbero ordinamenti giuridici paralleli²⁰ i quali peraltro trarrebbero origine non dall'insieme delle enunciazioni legislative bensì dalla realtà fenomenica da disciplinare. Si perverrebbe quindi all'assurdo di ricavare forme giuridiche dal fatto concreto della vita reale. La situazione va oltre quell'esempio di cattiva dommatica la quale, anziché rimanere fedele al testo di legge, da esso si allontana attraverso astrazioni generalizzate. Si è già visto come tale percorso possa giustificare, sul piano della coerenza logica, qualsiasi conclusione²¹. In tale evenienza la situazione risulterebbe peggiore del male; infatti non si parte da un enunciato normativo per sbiadirne o neutralizzarne il significato attraverso formali ed equivoci sillogismi, bensì si conia una regola giuridica sulla base dell'accadimento della vita reale da disciplinare. E non pare refutabile che tale circostanza non solo si discosti dall'esigenza di certezza che occorre offrire ai consociati ma elimina ogni prevedibilità delle decisioni, col concreto rischio di fornire la stura ad una giustizia speciale che si assocerebbe ad un altrettanto uso speciale del diritto.

5. Le particolari ricadute nella sfera processual-penalistica: i modi dell'accertamento. La problematica coinvolge tutti i settori dell'ordinamento ed in particolare della sfera penalistica che vive sotto l'ombrello costituzionale della legalità. Tuttavia va segnalato che mentre nel diritto penale il problema un legislatore

²⁰ Sull'argomento si rinvia a S. ROMANO, *Saggio sulla teoria sulle leggi di approvazione*, in *Scritti minori*, Milano, 1990, 84-85, 103-104 dove ha precisato che l'unica relazione necessariamente rilevante è quella che l'ordinamento ha con se stesso; il pensiero viene esplicitato nel lavoro fondamentale dell'Autore, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, 211, dove si precisa che «l'ordinamento considera certe esplicazioni di attività come rilevanti giuridicamente ma sino ad un certo punto; cioè circoscrivendo una sfera [...] da tale sfera non si può esorbitare senza abuso [...]»; conclusione questa che trae origine da quell'affermazione contenuta nel medesimo lavoro (p. 182) in cui si rileva come «l'ordinamento non const(i) soltanto di norme e quindi non si fa(ccia) valere soltanto con le sue norme [...] ma anche con la sua consistenza complessiva».

²¹ Sull'argomento si rimanda ancora a MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., 46, laddove si rileva «di quale notevole portata sia il pericolo costituito dal ricorso alla elaborazione concettuale, nel momento in cui l'interprete dovrebbe tendere alla ricostruzione del significato di una disposizione di legge. L'incapacità di liberarsi dalla tentazione di servirsi delle proprie convinzioni dommatiche si sconta nel risultato di quello che avrebbe dovuto essere un lavoro d'interpretazione. Ci si accorge allora che la norma può essere allargata o ristretta indifferentemente, per abbracciare o per escludere questa o quella ipotesi, con ineccepibile coerenza formale del ragionamento impiegato per pervenire all'una o all'altra conclusione. Né si può dimenticare che la premessa dommatica è fissata sulla base di una serie di astrazioni sempre più vaste che procedono da dati considerati naturalisticamente, sui quali si svolge un discorso che rispetta solo i canoni della logica formale e prescinde, in omaggio ad una strana concezione della "superiorità" della dommatica, dal sostanziale contenuto profondamente significativo delle proposizioni normative».

attento lo può risolvere nel delineare un “tipo” capace a disciplinare il fatto concreto che si realizza con riferimento al *novum* non normato, la situazione appare più complessa avuto riguardo alla conoscenza giudiziale. Il rilievo è riferibile tanto ai metodi di accertamento quanto al diverso momento della valutazione dei risultati conoscitivi.

Prendendo le mosse dai primi, l’esigenza di utilizzare un corretto metodo interpretativo deriva dal pericolo rappresentato da ricorsi non consentiti alla prova innominata. Sul punto occorre fare chiarezza: l’opzione di “sistema probatorio”, dal momento in cui disancora da forme prestabilite gli strumenti di conoscenza giudiziale, si presta ad “equivoci operativi” che attraverso il «viatico al principio del libero convincimento consentono l’impiego di materia formata *contra legem* o che le norme impongono di non valutare»²². Il rilievo induce a definire in maniera rigorosa la possibilità di ricorrere alla prova innominata. Essa è quella che il legislatore non ha contemplato e che affida la gnosi giudiziaria ad una “struttura” autonoma con capacità dimostrative “altre e ulteriori” rispetto a quelle in grado di garantire le prove disciplinate.

Del pari, il ricorso all’art. 189 c.p.p. è da ritenersi ammissibile anche per quelle evenienze in cui non è in discussione la mancata previsione del tipo, ma le diverse modalità acquisitive senza le quali, in ragione di nuove necessità, il mezzo tipico non potrebbe essere assunto perché strutturalmente inadeguato²³. Al riguardo, però, occorre precisare che il ricorso alla prova innominata, relativamente alle modalità acquisitive, può consentirsi solo in presenza di condizioni che precludono l’uso della prova catalogata per «lacune di disciplina o scarsa flessibilità del mezzo» per come regolato dal legislatore²⁴.

In sostanza si è impedito il ricorso alla prova atipica quando la deviazione dal modello non è imposta dall’insufficienza a perseguire il risultato voluto. Deve essere chiaro, infatti, che la prova atipica ha, ontologicamente, la funzione di integrare e non destrutturare il modello tipico²⁵. Di qui, a fronte di un’esperienza conoscitiva non regolata dalla legge può e deve soccorrere il ricorso all’analogia quale fonte di auto-integrazione dell’ordinamento avuto riguardo

²² Così, SCALFATI-SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in *Trattato Spangher*, II, 1, a cura di Scalfati, *Le Prove*, Torino, 2009, 26.

²³ Si pensi all’audizione dell’imputato a distanza prima della prima modifica legislativa sulla videoconferenza. Sul tema v. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2003, 93.

²⁴ Così, ancora, SCALFATI-SERVI, *Premesse sulla prova penale*, cit., 26.

²⁵ In tal senso RAFARACI, *Ricognizione informale dell’imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, 1754.

alla disciplina prevista per la prova tipica con essa in rapporto di *similia et similibus*. E sul punto occorre rimarcare come il ricorso alla lettura analogica debba comunque essere orientato al rispetto dei principi ricavabili dall'ordinamento, il quale, lo si ricorda, rappresenta un indice esegetico di chiusura cui attingere ogniqualvolta il "senso" dell'enunciato normativo non aiuti con sufficiente certezza l'elaborazione dell'interprete. Certo tutto ciò, a fronte di un ordinamento "liquido" ed incoerente, espone al pericolo di soluzioni non adeguate ovvero speciali e dirette a disciplinare non il generale ma solo il caso concreto. Il rilievo assume particolare attualità proprio con riferimento all'evolversi delle nuove conoscenze. Queste non necessariamente impongono una prova atipica posto che possono essere veicolate nel processo mediante gli strumenti catalogati²⁶; ad ogni modo, anche quando ciò non dovesse rendersi possibile occorre comunque, sia pure nell'ambito della maggiore libertà di forme consentita dall'art. 189 c.p.p., fare riferimento al caso simile regolamentato. In tal modo si riduce il rischio che attraverso il *passepertout* della prova atipica si contrabbandino prove illegittimamente acquisite. Non a caso in tale direzione si muove quell'orientamento giurisprudenziale che, proprio in forza del richiamo all'art. 189 c.p.p., autorizza l'uso di elementi acquisiti in difformità dai modelli contemplati, rimettendo al momento della valutazione la giusta composizione dell'affidabilità del risultato probatorio²⁷. Tali impostazioni aggirano il comando di legalità probatoria attribuendo al libero convincimento del giudice poteri di sanatoria di risultati conoscitivi assunti in violazione delle regole²⁸. E ciò è tanto più rilevante ove si consideri che la sanatoria costituita dal "saggio apprezzamento" del giudice ricade su un vizio, quello dell'inutilizzabilità, insanabile.

Il rilievo è sintomatico delle conseguenze cui conducono disinvoltare interpretative laddove utilizzano strumenti giuridici i quali, seppur generati per una

²⁶ Tale prospettiva ha ricevuto l'avallo della Corte di cassazione che, con riferimento alla nuova tecnica di investigazione del *Bloodstain Pattern Analysis* (B.P.A.), ha ritenuto che la stessa non costituisca una prova atipica, bensì una tecnica d'indagine riconducibile al *genus* della perizia; con la conseguenza che non è invocabile l'applicazione dell'art. 189 c.p.p. Cfr. Cass., Sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, in *Cass. pen.*, 2009, 1840.

²⁷ Cfr. Cass., Sez. VI, 23 settembre 2020, n. 27911, in *Cass. pen.*, 2021, 1348; Id., Sez. fer., 8 agosto 2019, n. 43285, in *Cass. pen.*, 2020, 2073; Id., Sez. II, 19 dicembre 2008, D.L., Rv. 242805. Negli stessi termini, v. Cass., Sez. II, 22 maggio 2007, n. 22184, Rv. 237017; Id., Sez. II, 10 giugno 2004, n. 40405, in *Cass. pen.*, 2006, 2230.

²⁸ Sul tema del difficile rapporto tra regole probatorie e libero convincimento cfr. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 270.

certa funzione di ordine processuale²⁹, vengono proiettati verso «obiettivi eterodossi rispetto al tipo»³⁰.

6. *Il pericolo di anarchia valutativa*. Il discorso non muta se dal momento acquisitivo si passa a quello valutativo. Qui il problema di una corretta metodologia esegetica è ancor più avvertito; spesso, infatti, i *nova* sono accompagnati da una presunta certezza dimostrativa che induce a profili di semplificazione dimostrativi che, di fatto, introducono una sorta di prova privilegiata che potrebbe sfociare, sul piano operativo, nella surrettizia introduzione di prove legali. La prospettazione è foriera di conseguenze di non poco momento: si pensi alla resipiscenza di logiche confutazioniste unitamente alla violazione degli oneri probatori che caratterizzano l'accertamento penalistico³¹.

Il tutto viene amplificato nella misura in cui la funzione di giudizio è affidata ad una buona dose di discrezionalità, ancorata a parametri fluttuanti: il libero convincimento³² ed il ragionevole dubbio³³. Ora, a prescindere dai momenti di controllo postumo che si esercita sulla adeguatezza della motivazione³⁴, un

²⁹ Con la previsione delle «prove non disciplinate dalla legge» si è inteso introdurre una sorta di adattatore automatico alle evoluzioni del progresso tecnologico. Così *Relazione al progetto preliminare al nuovo c.p.p.*, Roma, 1988, 60.

³⁰ Così, SCALFATI-SERVI, *Premesse sulla prova penale*, cit., 28.

³¹ Sul tema in genere cfr. GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettiva di indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, 517, ove si precisa che «fra le regole del gioco vi è quella, preminente, ed essenziale, che la prova va offerta e prodotta da chi accusa. L'onere della prova incombente sull'organo statale persecutore si staglia in nitida sagoma, ineliminabile in ogni vicenda processuale, potendo solo in tal modo infirmarsi quella presunzione di innocenza che nel piano dei principi costituzionali costituisce il presupposto implicito e peculiare del processo». Da ultimo, per una ricostruzione dell'istituto, cfr. TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Padova, 2020, 109.

³² Non potendosi soffermare adeguatamente sul tema si rinvia alla pregevole analisi storico-giuridica di NOBILI, *Storia di un'illustre formula: il libero convincimento negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 71; v. anche FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, 355.

³³ Sull'argomento v. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., 195. Sul tema cfr., volendo, DINACCI, *Il ragionevole dubbio tra l'obbligo di motivazione ed il controllo di una giustificazione razionale*, in *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, a cura di Pucella e De Santis, Padova, 2003, 253.

³⁴ Sul tema si rimanda ad AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 185. Per una visione dell'obbligo di motivazione quale strumento diretto a garantire anche l'autonomia e l'indipendenza di una giurisdizione che solo così può essere terza e imparziale, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Il valore costituzionale dell'obbligo di motivazione quale limite ad espansionismi operativi in tema di inammissibilità dell'impugnazione tra diritto interno e sensibilità europea*, in *questa Rivista*, 2020, 16.

ortodosso metodo interpretativo deve cogliere i limiti e il diverso campo di azione dei menzionati parametri valutativi. Non potendosi in questa sede approfondire il tema occorre evidenziare come il libero convincimento possa agire sui singoli esperimenti probatori ma non sul “contesto” dimostrativo emergente dal processo. Il momento di valutazione complessiva dei risultati probatori è, infatti, affidato a precise regole di giudizio che qui “spodestano” il libero convincimento³⁵. Ciò non toglie che anche le regole di giudizio siano caratterizzate da un’ampia discrezionalità valutativa che ancor più impone all’interprete rigorose scelte di metodo esegetico.

La materia è resa ancor più complessa dal fatto che l’attuale modello processuale è improntato al razionalismo critico poco incline a modulare meccanismi di conoscenza sottratti ad una verifica logico-razionale. Questa, quindi, diviene l’esclusivo criterio di controllo del *decisum*. Il processo penale, del resto, ruota intorno ai concetti di «ipotesi e fatti, indizi e prove, verità e dubbio, conferma e falsificazione dell’ipotesi, giustificazione razionale della decisione, controllo impugnatorio della motivazione. Di qui, l’ormai acquisita consapevolezza della valenza soltanto probabilistica del giudizio di conferma dell’enunciato di partenza, in funzione dell’accertamento dell’ottimale corrispondenza, verosimiglianza, plausibilità dell’ipotesi rispetto al fatto realmente accaduto nel passato (*lost facts*). Il paradigma indiziario postula, cioè, non la certezza o verità materiale e assoluta, ma l’alta credibilità razionale della soluzione decisoria di conferma dell’enunciato di accusa, in termini di alta e qualificata probabilità»³⁶. In tale contesto risulta evidente il rischio che la decisione possa essere inficiata da errori cognitivi e valutativi. E, non a caso, proprio per limitare tale pericolo il “sistema” si è attrezzato con regole dirette a garantire la legalità della conoscenza giudiziale e del ragionamento probatorio. Si pensi alle implicazioni che generano sul tema la presunzione di innocenza dell’imputato³⁷, l’onere di prova

³⁵ In tal senso MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, 362; sul tema cfr., volendo, DINACCI, voce *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Dig. Pen.*, VIII, agg. 2014, Torino, 644.

³⁶ Così CANZIO, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in AA.VV., *Giurisprudenza penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano, 2021, 127.

³⁷ È noto come la presunzione costituzionale assolva anche ad una funzione epistemica. Sul punto Cfr. ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna, 1979, 28, dove evidenzia che «qualificare come innocente l’imputato implica sia che la sanzione deve seguire la condanna, sia che la colpevolezza deve essere dimostrata nei modi di legge». Di qui il riconoscimento del principio secondo cui l’incertezza probatoria deve risolversi in senso favorevole all’imputato e ciò per la semplice ragione che l’oggetto dimostrativo del processo è la condanna e non l’assoluzione. Rilievo, questo, ribadito anche

a carico dell'accusa, il principio del contraddittorio, il giudizio vincolato al criterio dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" ed infine la possibilità di un controllo attraverso il rimedio dell'impugnazione sulla legalità e la razionalità della decisione. In altri termini l'attività di giudizio deve riflettere un criterio di razionalità presidiato dalla legge, a cui per volere costituzionale i giudici sono assoggettati, e dalla ragione che deve trovare il suo momento applicativo nella motivazione.

Se tutto ciò è chiaro non può sfuggire la fondamentale esigenza di certezza che presidia proprio la fase processuale di applicazione della legge. Di qui l'evidenza di quanto l'attività cognitiva e valutativa che si esercita all'interno del procedimento e del processo penale non solo debba fruire di regole chiare ma necessiti di momenti interpretativi inequivoci in linea con il principio di legalità imposto dall'art. 111, comma 2, Cost.

Tale scelta programmatica risulta di più difficile attuazione quando si è al cospetto di un *novum* sconosciuto. La situazione genera uno "squilibrio" operativo che inevitabilmente si traduce in approssimazioni le quali conducono a comode scorciatoie dogmatiche che, laddove non sostenute da dati ordinamentali, vengono a costituire uno pseudo momento interpretativo; una fittizia regola esegetica con tutta la provvisorietà ed incertezza che ne deriva.

Del resto quando ci si approccia ad un fenomeno ignoto si è dimostrato come

sulla base della considerazione in forza della quale «se per giungere ad una formale declaratoria di colpevolezza è necessario attendere l'esito dell'ultimo processo, l'oggetto dell'accertamento non può che essere costituito dalla colpevolezza dell'imputato con riflessi [...] sul piano dell'onere della prova»; così, esattamente, MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2, Cost: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 326. Nella medesima direzione cfr. pure DE CARO, *Presunzione d'innocenza, oneri probatori e regole di giudizio*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 412. Anche in sede europea, con specifico riferimento all'accertamento processuale, si sottolinea come la presunzione d'innocenza sottenda una precisa regola probatoria e di giudizio: la colpevolezza dell'imputato va provata al di là di ogni ragionevole dubbio; e l'onere di fornire tale prova grava esclusivamente sull'accusa. In questa direzione cfr. Corte EDU, 23 febbraio 2010, Mangano c. Italia. Inoltre, secondo i giudici europei, l'art. 6.2 Cedu non vieta, in linea di principio, l'uso di presunzioni *contra reum*, ma esige che le stesse restino circoscritte entro limiti ragionevoli (così, Corte EDU, 20 ottobre 1988, Salabiaku c. Francia). Sempre in tema di regole di giudizio, la Corte EDU ha precisato come la presunzione di innocenza esiga «tra l'altro, che nello svolgere le loro funzioni i membri dell'organo giudicante non partano dall'idea preconcepita che il prevenuto ha commesso il reato per cui lo si persegue; l'onere di prova pesa sull'accusa e il dubbio va a vantaggio dell'accusato; inoltre l'accusa ha il dovere di indicare all'interessato gli addebiti di cui si farà carico». In questi termini Corte EDU, 6 dicembre 1988, Barberà, Messeguè e Jabardo c. Spagna; nella medesima direzione, cfr. Corte EDU, 23 luglio 2002, Janosevic c. Svezia; Id., 30 marzo 2010, Poncelet c. Belgio.

la natura umana agisca per approssimazione cercando quel «ritaglio contenuto già presente nella nostra enciclopedia che bene o male sembra rendere ragione del fatto nuovo»³⁸. In tali ipotesi, quindi, il ragionamento si affida all'inferenza: «se io nell'oscurità scorgo una forma animale imprecisa, al successo della percezione (al giudizio quello è un cane) presiede uno schema cognitivo, qualcosa che già conosco del cane, e che può essere legittimamente considerato come parte del contenuto che assegno di solito alla parola cane. In tal caso io avrei fatto un'inferenza: avrei ipotizzato che la forma imprecisa che scorgevo nell'oscurità era un'occorrenza del tipo cane»³⁹.

Trasportando tale inferenza sul piano della valutazione processuale è necessario cogliere come «superare il giudizio percettivo basato su enunciati osservativi» risulti estremamente difficile anche perché connaturato all'ordinario criterio di costruzione mentale⁴⁰. Ne deriva che l'approccio interpretativo a fenomeni sconosciuti o altamente indefiniti necessariamente si adagia su bias cognitivi che si discostano da un corretto metodo probatorio ed approdano ad approssimazioni valutative attraverso l'ampliamento dell'induzione giudiziaria che produce inevitabilmente fallaci scorciatoie conoscitive. Così, però, si traghettano le forme cognitive al di fuori delle regole giuridiche e ad esse si sostituisce un ordinamento fittizio in quanto non traente origine da specifici enunciati normativi bensì dai dati percettivi, esperenziali e di convincimento del singolo giudicante.

Ed è proprio in tali situazioni che emerge l'importanza di un metodo interpretativo rispettoso del principio di legalità a cui è assoggettato il sistema penalistico. Il fenomeno sconosciuto, indefinito o non ancora normato va regolato attraverso quell'indice esegetico di chiusura costituito dai «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» che poi costituiscono quei principi utili anche ad orientare le compatibilità dell'interpretazione analogica.

Tale considerazione evidenzia quanto sia fondamentale poter fruire di un ordinamento giuridico che esprima in modo coerente ed organico le linee di sistema. Si è già visto come purtroppo così non sia e, in particolare, la situazione sembra precipitare ulteriormente ove si consideri la tendenza legislativa a regolare gradualmente i fenomeni sconosciuti all'ordinamento creando

³⁸ Così ECO, *Kant e l'ornitorinco*, Milano, 1997, 41.

³⁹ Così, ancora, ECO, *Kant e l'ornitorinco*, cit., 106.

⁴⁰ In tal senso v. CAPACCIOLI, *Introduzione. Paradigma interpretativo delle cripto attività*, in AA.VV., *Cripto attività, cripto valuta e bitcoin*, Milano, 2021, 19.

disorganiche discipline caratterizzate da un'eterogeneità del quadro normativo di riferimento che si connota per innesti progressivi che generano un "condominio" regolatorio che risulta di difficile perimetrazione¹¹. Di qui l'inevitabile incertezza interpretativa che si concreta in incertezza applicativa e quindi in violazione del basilare principio di prevedibilità.

7. Conclusioni: la Costituzione quale strumento di recupero di un'unitarietà dell'ordinamento giuridico. I rilievi formulati evidenziano la necessità di riservare una maggiore "attenzione" alle regole che presidiano il momento interpretativo; attenzione ancor più richiesta nel settore penalistico assoggettato per volere costituzionale al principio di legalità.

Il proposito è oggettivamente reso complesso da una legislazione incapace di esprimere con chiarezza il contenuto del comando giuridico; da un quadro di sistema del tutto disomogeneo e che in particolare tende a disciplinare materie attraverso plurimi interventi spesso non coordinati tra loro. Tutto ciò pone l'interprete e l'operatore del diritto di fronte ad un ordinamento "liquido", incapace di esprimere i suoi valori portanti. La circostanza neutralizza l'effettiva operatività del criterio interpretativo finale stabilito dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale laddove invoca «i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Accade così che a fronte di un testo normativo polisenso, inserito in un "sistema" che ha disperso oggettivi criteri individuatori del canone esegetico in discorso, l'interprete si affidi a soluzioni soggettivistiche¹². Ma tutto ciò conduce ad esondazioni del formante giurisprudenziale ed

¹¹ Confronta rilievi contenuti *sub* nota 19.

¹² Rischio questo che potrebbe risultare ancora più accentuato a fronte di quelle visioni che riducono le interpretazioni a mere ideologie o a un meditato arbitrio del giudice. Si è infatti rilevato, con riferimento all'aspetto arbitrario del giudicato, che l'interpretazione di una norma da parte del giudice è sempre interpretazione autentica e cioè una "nuova norma". Pertanto, «il fatto che una sentenza giudiziaria si fondi su una legge significa, in verità, soltanto che essa si mantiene nei limiti dello schema rappresentato dalla legge, e non che essa è la norma individuale, bensì una fra le norme individuali che possono essere prodotte all'interno dello schema della norma generale». Così KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di Losano, Torino, 1966, 384.

Per un'impostazione critica della tendenza a ridurre l'interpretazione a momento ideologico cfr. PARESCHE, voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 180, dove in nota 104 si rileva che «si è parlato di un'ideologia dell'interpretazione così come si è parlato di ideologia delle fonti e così come si potrebbe, a buon diritto, parlare di ideologia di qualsiasi prodotto spirituale (diritto, letteratura, drammaturgia, e anche musica e pittura) tutti riattaccabili al loro tempo ed alle idee in esso dominanti. Sostanzialmente però, con questa dizione, staccata da un contesto storico e collegata a "schemi formali" non si dice altro, che nella loro essenza, fonti ed interpretazione non danno alle forme schematizzate sufficienti

a “soluzioni” che possono variare da persona a persona. Si apre in tal modo la strada ad un diritto del caso singolo che costituisce l’archetipo della violazione dell’uguaglianza processuale. Ne deriva il necessario sforzo del giurista ed in particolare del penalista di rimanere fedele al testo di legge senza lasciarsi andare a forme di astrazione generalizzate che dallo stesso lo allontanano. Tali percorsi, però, occorre dirlo, non sono causati solo da inadeguatezza dello strumento normativo. In molte di quelle “libere interpretazioni” a cui si assiste traspare anche una forte matrice culturale costituita dall’incapacità, di fronte ad un testo non gradito, di liberarsi delle proprie convinzioni. Così, però, si capovolge il rapporto tra norma ed interprete affidando a quest’ultimo l’individuazione del comando giuridico. Tutto ciò non è consentito in assoluto e, comunque, in una materia presidiata dal principio di legalità è indubbio come “l’episodio della vita” debba essere regolamentato dall’oggettività della norma giuridica e non dalla volontà dell’interprete o dell’operatore del diritto. E sul punto non sono ammessi compromessi in quanto ai fini propri del fenomeno giuridico esiste solo il diritto interpretato. Alla luce di tale realtà si coglie quanto sia fondamentale poter contare su una esegesi sistematica in grado di “orientare” le incertezze applicative. Questa, infatti, costituisce il «punto centrale dell’autentica ricostruzione del fenomeno giuridico»⁴³.

Rilievo questo ancor più centrale se si tiene conto dell’esigenza del diritto di fornire risposte anche avuto riguardo a fenomeni sconosciuti che irrompono nell’ordinamento. Qui occorre distinguere una duplice fase. La prima caratterizzata da anomia legislativa, la seconda connotata da una progressiva regolamentazione del fenomeno. In ambedue le evenienze il diritto non può sottrarsi dal fornire delle risposte. E qui più che mai è fondamentale il supporto del quadro di sistema. E lo è anche quando il *novum* comincia ad essere disciplinato nella misura in cui, ricorrendosi a regolamentazioni “progressive”, non sempre (*recte*, quasi mai) è dato cogliere una linea unitaria in grado di normare senza lacune la materia.

Di qui la grande sfida del giurista e dell’operatore del terzo millennio che ha l’obbligo di riscoprire l’importanza del metodo interpretativo e pervenire ad esegesi compatibili. In tale prospettiva, occorre abbandonare logiche di “potere” ed abbracciare quelle di “limite”, ricordandosi che la norma giuridica ed in particolare quella *latu sensu* penalistica ha la funzione di costituire una regola

garanzia di non essere in tutto liberate dei loro “contenuti”.

⁴³ Così PARESCHE, voce *Interpretazione (filosofia)*, cit., 181.

limitativa del potere di chi è chiamato ad applicarla⁴⁴.

Ed allora, se anche si opera in una situazione di dispersione dell'indice ermeneutico di sistema costituito dalla non individuazione sul piano positivo dei principi generali dell'ordinamento, una risposta va data.

Sul punto, in un sistema normativo rigido, soccorre la Carta dei valori. Questa, infatti, oltre ad esprimere in via autonoma e con prevalenza sulla legge positiva, principi generali dell'ordinamento ha una portata precettiva⁴⁵. Tale situazione non obbliga solo il legislatore ad operare scelte compatibili ma costituisce un preciso indice ermeneutico per l'interprete che, a sua volta, è obbligato ad orientare in senso costituzionale il prodotto esegetico. Emerge quindi come la Costituzione costituisca un argine contenutistico delle leggi in relazione alle quali agisce quale sentinella di legalità del loro effettivo contenuto. Ne deriva che anche in un sistema giuridico "smarrito" ed incapace a fungere da guida esegetica, il dato costituzionale dotato di cogenza anche con riferimento al momento ermeneutico viene a costituire il necessario punto di riferimento dell'interprete. In tal modo si perviene ad una "ricostruzione" per via costituzionale dell'ordinamento e dei principi ad esso sottesi. Si tratta, all'evidenza, di un rimedio ad una situazione patologica posto che in un ordinamento rigido non è pensabile che il "sistema" di norme e la loro interpretazione esprima frizioni con i principi della Carta dei valori; questi infatti costituiscono dei punti fermi che non possono essere superati da motivazioni ideologiche o di ragion pratica. Solo con questa consapevolezza si può recuperare quell'unitarietà del sistema capace a guidare un corretto metodo interpretativo osservante di quel costituzionalismo dei valori che impone la riscoperta della funzione di legalità della Costituzione.

⁴⁴ Sull'argomento sia consentito il rinvio a DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, 3.

⁴⁵ Sul tema cfr. CELOTTO, *La Costituzione: Carta dei valori o norma precettiva?*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 1.