

## DIBATTITI

---

**ALESSANDRO PASTA**

### **La consapevolezza del ruolo degli operatori giuridici nell'elaborazione delle regole del processo come primo passo verso la legalità. Uno spunto dall'art. 430 bis c.p.p.**

Il principio di legalità viene di solito osservato dal punto di vista dell'organo che prevede prescrizioni generali e astratte, il legislatore. Non sempre lo si guarda da una diversa prospettiva, quella di chi le disposizioni legislative è chiamato ad applicare. Traendo spunto dalla questione relativa alla possibilità di estendere il divieto posto alle parti dall'art. 430 bis c.p.p. di assumere informazioni dalla persona che verrà esaminata ai sensi dell'art. 507 o indicata nella richiesta di incidente probatorio o ai sensi dell'art. 422, ovvero nella lista prevista dall'art. 468 e presentata dalle altre parti a situazioni processuali analoghe, l'autore svolge alcune considerazioni sul rapporto tra legislazione e interpretazione

*The awareness of the role of legal operators in elaborating trial rules as a first step towards legality. A reflection from the article. 430 bis c.p.p.*

*The principle of legality is usually observed from the point of view of the legislator, who provides general and abstract prescriptions. The different perspective, that of those called upon to apply the legislative provisions, is less frequent. Starting from the issue concerning the possibility of extending the prohibition for the parties by art. 430 bis c.p.p. to obtain information from the person who will be examined pursuant to art. 507 or indicated in the request for the recording for special evidentiary hearing or pursuant to art. 422, or in the list at art. 468 and presented by the other parties to similar procedural situations, the author makes some considerations on the relationship between legislation and interpretation.*

**SOMMARIO:** 1. Dal punto di vista del giudice. - 2. L'art. 430 bis, l'argomento *a contrario* e l'argomento *a simili*. 3. *Ex nihilo nihil fit*.

1. *Dal punto di vista del giudice.* È affermazione comune che dal principio di legalità processuale «consequ[a] la necessità che il processo sia compiutamente regolato da disposizioni di legge e si svolga nel rigoroso rispetto delle prescrizioni normative»<sup>1</sup>. Lo stesso principio impone di bandire l'«interpretazione 'creativa'», designando con questa espressione «quell'attività che, nascondendosi formalmente sotto la veste di interpretazione della legge, si risolve in un'eversione del diritto vigente; fenomeno particolarmente insidioso e non facilmente documentabile, proprio perché nessun giudice è così sprovvisto da ammettere di prescindere dal testo della legge per applicarne una di sua invenzione»<sup>2</sup>.

Sarebbe davvero difficile porre in discussione queste affermazioni, le quali però non descrivono nella sua interezza - né, per la verità, vogliono descrive-

---

<sup>1</sup> MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Procedura penale*, Torino, 2021, 60

<sup>2</sup> FERRUA, *Indipendenza e imparzialità*, in *Leg. pen.*, 19 ottobre 2020, 66.

re - la problematicità del fenomeno processuale. È certamente vero che il principio di legalità non consente al giudice, «di fronte al testo normativo non gradito [di] disapplicare il comando giuridico»<sup>3</sup>. Può però capitare che il legislatore abbia ommesso di disciplinare una determinata situazione in cui gli operatori giuridici possono venire a trovarsi. Può accadere, per esempio, che venga richiesta al giudice l'ammissione di uno strumento di conoscenza nemmeno esistente al momento in cui la legislazione processuale era stata prevista. Si pensi ai tabulati telefonici prima che il legislatore ne disciplinasse il regime d'uso. Il giudice non può astenersi e non decidere, ma *deve* elaborare una norma<sup>4</sup>, magari formulandola in termini negativi, come divieto: «non è consentito l'uso dei tabulati» è una norma quanto lo è: «è consentito l'uso dei tabulati» (in fondo «comandare o prescrivere un'azione è la stessa cosa che proibire la sua omissione; e proibire un'azione è la stessa cosa che prescriverne l'omissione»<sup>5</sup>).

L'omessa regolamentazione però non è sempre connessa alla rapidità con la quale la realtà muta. Spesso è l'attività legislativa a gettare il giudice in situazioni in cui il magistrato si ritrova senza guida. Sovente è il legislatore - sembra quasi paradossale - *a imporre* la creazione di un «diritto giurisprudenziale», che molti ritengono essere «incompatibile con un sistema presidiato dal principio di legalità»<sup>6</sup>.

In effetti il principio enunciato nel primo comma dell'art. 111 Cost. è violato quando «l'intervento giurisprudenziale [...] rompe gli argini dell'ermeneutica per puntare alla sostituzione di una lineare disciplina codicistica [...] con una

---

<sup>3</sup> DINACCI, *Legalità processuale e nomofilachia tra limiti ermeneutici e diritto giurisprudenziale*, in *questa Rivista*, 2019, n. 3, 5.

<sup>4</sup> Spesso, nell'uso dei giuristi, «il vocabolo "norma" è riferito indistintamente sia alle formulazioni del discorso legislativo, sia al contenuto del loro significato (GUASTINI, *Rileggendo Tarello sull'interpretazione*, in *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, 2017, 2). Non viene così considerata la distinzione tra enunciati normativi (o disposizioni), e norme, che «sono da considerarsi piuttosto il risultato che il presupposto delle attività in senso lato interpretative» (TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 38). Un legislatore, dunque, prevede disposizioni, non norme, mentre gli operatori giuridici applicano norme, non disposizioni. È possibile che la norma elaborata sia pressoché identica alla disposizione dalla quale l'interprete ha iniziato la propria operazione esegetica; ma ciò non muta il fatto che nelle aule di giustizia non vengano applicate le disposizioni, ma le norme.

<sup>5</sup> CASTIGNONE, *La norma giuridica*, in Castignone, Guastini, Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, 1982, 45.

<sup>6</sup> DINACCI, *Legalità processuale*, cit., 14.

diversa ricostruzione che si presenta [...] eversiva della *littera legis*<sup>7</sup>; ma non è attuato nemmeno quando il legislatore, inconsapevolmente, crea delle situazioni processuali senza poi indicare il comportamento che l'operatore dovrà seguire.

Si pensi per esempio alla questione che si pone a un giudice d'appello che, ai sensi dell'art. 603 c.p.p., abbia ammesso una testimonianza, rinviando per l'esame a una successiva udienza; dopo l'emissione del provvedimento di ammissione il pubblico ministero in sede di indagini integrative (o il difensore ex art. 391 *bis* c.p.p.) assume informazioni dal testimone, redigendo un verbale, che viene depositato nel fascicolo del pubblico ministero. In questa eventualità si tratta di stabilire se si debba ritenere quel verbale inutilizzabile in quanto formato in violazione dell'art. 430 *bis* c.p.p., oppure consentirne l'uso nei limiti riservati agli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, per esempio, per le contestazioni (o, ricorrendone i presupposti, per le letture<sup>8</sup>).

2. *L'art. 430 bis, l'argomento a contrario e l'argomento a simili.* L'articolo 430 *bis* c.p.p. vieta al pubblico ministero, alla polizia giudiziaria e al difensore di assumere informazioni dalla persona «ammessa ai sensi dell'articolo 507 o indicata nella richiesta di incidente probatorio o ai sensi dell'articolo 422, comma 2, ovvero nella lista prevista dall'articolo 468 e presentata dalle altre parti processuali»; l'inosservanza della prescrizione è sanzionata con l'inutilizzabilità delle informazioni acquisite<sup>9</sup>.

Un interprete un po' avventato potrebbe sostenere che *il legislatore ha previsto* che non esiste alcun divieto di assunzione di informazioni in relazione alla persona ammessa ai sensi dell'art. 603 c.p.p. (o del quinto comma dell'art. 438 c.p.p., del quinto comma dell'art. 441 c.p.p., del secondo comma dell'art. 493 c.p.p.), e che quindi il pubblico ministero (o il difensore) che hanno assunto informazioni non hanno violato alcun divieto.

---

<sup>7</sup> MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1372.

<sup>8</sup> Sul dibattito relativo alla possibilità di riservare alle indagini integrative il medesimo regime di utilizzabilità previsto per gli atti di indagine contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, ci si premette di rinviare a PASTA, *L'attività integrativa d'indagine tra diritto di difesa, separazione delle fasi e pseudo-principi*, in *Proc. pen. e giust.*, 2022, 597.

<sup>9</sup> Per la soluzione della questione, come si vedrà, verrà in rilievo la questione della possibilità di sanzionare con l'art. 191 c.p.p. anche i divieti di legge inespressi, sulla quale - in generale - si rinvia a DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 60.

Le cose non stanno in questi termini. Non è vero che *il legislatore ha previsto* che non esiste questo divieto. È invece vero che *il legislatore non ha previsto* che esiste il divieto: l'art. 430 *bis* c.p.p. pone il divieto per le ipotesi lì indicate, ma non ha stabilito che il divieto non opera per le persone ammesse ai sensi dell'art. 603 c.p.p.. Non esiste una disposizione che stabilisce: «il divieto non vale nel caso in cui la persona sia ammessa ai sensi dell'art. 603 c.p.p.». Né il legislatore ha precisato che il divieto valga *esclusivamente* per i casi indicati nell'art. 430 *bis* c.p.p., prevedendo – anziché l'art. 430 *bis* c.p.p. – una disposizione del seguente tenore: «è vietato [...] nelle *sole* ipotesi [...]».

Alla soluzione della questione il giudice non può giungere leggendo una disposizione legislativa, che non esiste. Il codice tace, ma il giudice deve decidere. Deve creare una norma (beninteso, la creerebbe anche se la disposizione fosse esistita<sup>10</sup>).

Il modo più immediato per risolvere la questione è probabilmente quello di servirsi dell'argomento *a contrario*. Così ha operato la giurisprudenza di legittimità quando ha stabilito che il divieto di assumere informazioni da persone già chiamate a testimoniare non è applicabile al giudizio d'appello nell'ipotesi di rinnovazione istruttoria per l'assunzione di nuove prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado poiché «un divieto di assumere informazioni non è reperibile nell'art. 430 *bis* c.p.p. con riferimento al grado di appello (anche se ragioni di ordine sistematico avrebbero consigliato di includerlo)»<sup>11</sup>. Non ci sarebbe dunque alcuna violazione di legge e il verbale redatto dal pubblico ministero o dal difensore sarebbe utilizzabile secondo il canonico regime riservato agli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero.

L'argomento *a contrario* però è più problematico di quanto di solito si tende a credere.

Esso, infatti, è certamente quello per cui, «essendo data una norma che predica una qualsiasi qualificazione normativa (ad esempio un potere, un obbligo, uno status) di un soggetto o di una classe di soggetti, in mancanza di altra

---

<sup>10</sup> Anche se la norma creata fosse il calco della disposizione, l'interprete – conoscendo codice, costituzione e ogni altra fonte del diritto potenzialmente rilevante – avrebbe deciso che nessuna operazione esegetica era necessaria, poiché la sola lettura della disposizione aveva condotto a una conclusione soddisfacente; in questo caso lo scarto tra disposizione e norma sarebbe stato inesistente. V. la nota 4.

<sup>11</sup> Cass., Sez. III, 8 luglio 2009, n. 36826, in *Cass. pen.* 2010, 4, 1550, con nota di BARGIS, *Attività investigativa del difensore per il giudizio di appello: inapplicabilità dell'art. 430 bis c.p.p.: ricadute in tema di rinnovazione e letture*.

norma espressa» porta a «escludere che valga (che esista, che sia valida) una diversa norma, la quale predichi quella stessa qualificazione normativa per qualsiasi altro soggetto o classe di soggetti»<sup>12</sup>. Espresso nel brocardo: *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*, esso si presenta come «una regola sulla produzione giuridica, e precisamente come una regola che esclude la produzione, mediante implicazione o analogia, di norme ulteriori rispetto a quelle già espresse»<sup>13</sup>. Ma può anche essere impiegato in modo differente.

Può infatti essere usato sia per colmare una lacuna, sia per crearla. Si pensi al primo comma dell'art. 18 Cost., il quale dispone che «I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente [...]». Ci si può chiedere «se la costituzione conferisca il diritto di riunione anche agli stranieri o agli apolidi. Argomentando *a contrario* dalla disposizione menzionata, si può rispondere in due modi alternativi. a) Prima risposta: la costituzione conferisce il diritto in questione solo ai cittadini; dunque gli stranieri e gli apolidi ne sono esclusi. Da questo punto di vista, la costituzione non è lacunosa: conferisce un diritto ad una certa classe di soggetti e, così facendo, implicitamente nega quel diritto ad ogni altro soggetto. b) Seconda risposta: la costituzione conferisce il diritto in questione solo ai cittadini; ma ciò non significa che gli apolidi e gli stranieri ne siano esclusi.

La costituzione, semplicemente, tace in proposito: dunque omette di disciplinare questa fattispecie; insomma, contiene una lacuna. Nell'un caso, l'argomento *a contrario* è usato come argomento produttivo di una norma implicita (di contenuto negativo), e sortisce l'effetto di colmare una lacuna. Nell'altro caso, lo stesso argomento è usato come argomento semplicemente interpretativo, e sortisce l'effetto non già di colmare una lacuna (mediante una norma implicita), ma anzi di metterla in luce, lasciando aperta la possibilità di colmarla in modi diversi»<sup>14</sup>.

Come si è visto, la Corte di cassazione s'è servita dell'argomento *a contrario* per produrre una norma implicita di contenuto negativo, giungendo a concludere che il legislatore, sia pure non espressamente, abbia escluso che il divieto di assunzione di informazioni valga in relazione alla persona ammessa ai sensi dell'art. 603 c.p.p. (o, se si preferisce, la Corte ha ritenuto che il legislatore abbia previsto che il divieto vale *solo* nei casi espressamente indicati).

<sup>12</sup> TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 346.

<sup>13</sup> TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 346.

<sup>14</sup> GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 365.

Non si tratta però di una conclusione necessitata. Che una disposizione del codice di procedura penale debba essere interpretata mediante l'argomento *a contrario* (come produttivo di una norma implicita negativa) non è una necessità logica, ma frutto di una scelta dell'interprete. Il comma 1 *bis* dell'art. 273 c.p.p. prevede che nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1». Se l'argomento *a contrario* fosse avvertito sempre come necessitato, si giungerebbe alla conclusione che nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza non si applicano tutte le disposizioni non espressamente richiamate, quale, per esempio l'art. 240 c.p.p.<sup>15</sup>.

Salvo si ritengano operanti peculiari principi (quali ad esempio il principio di legalità enunciato nel secondo comma dell'art. 25 Cost., nella declinazione di divieto di analogia), non è facile stabilire quando sia doveroso servirsi dell'argomento *a contrario* come produttivo di una norma implicita negativa, e quando una simile opzione sia da escludere. Per questa ragione Hans Kelsen segnalava «la totale mancanza di valore dell'*argumentum a contrario* e dell'analogia, normalmente utilizzati, [la quale] deriva a sufficienza dal fatto che entrambi conducono a risultati contrastanti e non c'è alcun criterio per stabilire quando debba essere applicato l'uno e quando l'altra»<sup>16</sup>.

Usando l'argomento *a contrario* non per colmare una lacuna, ma per porla in evidenza, si giunge alla conclusione che l'art. 430 *bis* c.p.p. pone il divieto di assumere informazioni dalla persona ammessa ai sensi dell'articolo 507 o indicata nella richiesta di incidente probatorio o ai sensi dell'articolo 422, comma 2, ovvero nella lista prevista dall'articolo 468 e presentata dalle altre parti processuali, ma nulla stabilisce in ordine ad altre situazioni: la disposizione pone in rilievo una lacuna, lasciando aperta la possibilità di colmarla.

L'art. 430 *bis* c.p.p. è stato introdotto dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479 per evitare indagini o investigazioni che potrebbero negativamente influenzare la futura formazione della prova: «come traspare dal contenuto della norma e dalle concordi analisi compiute in dottrina, i divieti in questione sono volti a restringere l'ambito di operativo di quell'attività parallela all'istruzione probatoria esterna all'udienza ma in diretta corrispondenza degli sviluppi della me-

<sup>15</sup> Qualcuno potrebbe sostenere che questo articolo bandisce l'uso degli anonimi sempre e comunque. Si potrebbe replicare che anche il settimo comma dell'art. 195 c.p.p. ha analoga portata. Eppure, è stato richiamato dal comma 1 bis dell'art. 273 c.p.p.

<sup>16</sup> KELSEN, *Sulla teoria dell'interpretazione*, in Id, *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, 164.

desima e produttiva di possibili effetti perturbatori della genuinità della prova orale e del contraddittorio»<sup>17</sup>. Essendo questa la *ratio* della disposizione, non esiste interprete che, letto l'art. 430 *bis* c.p.p., non ritenga inadeguato il testo normativo: la ragione che rende opportuno il divieto in ordine al testimone ammesso ai sensi dell'art. 507 c.p.p. è la stessa che rende opportuno il divieto in relazione ad altre situazioni, quali della persona ammessa ai sensi dell'art. 603 c.p.p. o dell'art. 438 comma 5 c.p.p. E così frequentemente i giuristi concludono che il divieto opera anche nelle ipotesi non menzionate nell'art. 430 *bis* c.p.p.: «anche se l'art. 430 *bis* c.p.p. descrive la categoria in maniera non esaustiva, lasciando fuori, ad esempio, testimoni e imputati di reato connesso dei quali sia stato sollecitato l'esame a norma dell'art. 493 comma 3 c.p.p. (o nel corso del dibattimento) per la dimostrata impossibilità di formulare tempestivamente l'istanza. Si tratta di una lacuna agevolmente colmabile in via interpretativa»<sup>18</sup>.

L'interpretazione avanzata dalla Corte di cassazione diventa così un «formalistico orientamento giurisprudenziale, basato sul canone *ubi lex voluit dixit*, [che] si risolve in una lesione all'effettività del principio costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova. Se la *ratio* del divieto ex art. 430-*bis* c.p.p. risiede nell'esigenza di scongiurare il rischio di condizionamenti della fonte di prova, il divieto probatorio deve valere, implicitamente, anche quando venga in gioco l'art. 603 c.p.p.»<sup>19</sup>.

Con l'argomento *a contrario* non si produce una norma implicita di contenuto negativo, ma si pone in rilievo una lacuna, che viene colmata ricorrendo all'argomento *a simili*, o analogico. Espresso nel brocardo: *lex minus dixit quam voluit*, «è quell'argomento per cui, essendo data una norma che predica una qualsiasi qualificazione normativa (ad esempio un potere, un obbligo, uno status) di un soggetto o di una classe di soggetti, si deve concludere che valga (che esista, che sia valida) una diversa norma la quale predichi quella

<sup>17</sup> BLAIOTTA, sub art. 430 *bis*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, vol. V. *Indagini preliminari e udienza preliminare. Libro V. Artt. 326-437*, Milano, 2017, 1876; APRILE, *Giudice unico e processo penale*, Milano, 2000; CAPRIOLI, artt. 25 e 26 l. 12 dicembre 1999, n. 497, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 292; GARUTI, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma sul giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 424; VARRASO, *Le indagini «suppletive» ed «integrative» delle parti. Metamorfosi di un istituto*, Padova, 2004, 81.

<sup>18</sup> CAPRIOLI, artt. 25 e 26, cit., 292.

<sup>19</sup> CASSIBBA, *L'attività integrativa d'indagine*, in *Cass. pen.*, 2014, 3550.

stessa qualificazione normativa di altro soggetto o classe di soggetti, che abbia col primo soggetto o con la prima classe di soggetti una somiglianza o “analogia” assunta come rilevante in ordine all’identità di disciplina giuridica (almeno per quanto concerne la qualificazione in questione)»<sup>20</sup>.

Dunque il divieto di assumere informazioni, espressamente previsto dall’art. 430 bis c.p.p. per determinate situazioni processuali, viene ritenuto operante anche per altre non espressamente previste: esiste quindi per le parti il divieto di assumere informazioni dalle persone ammesse ai sensi dell’art. 603, 438, comma 5, 441, comma 5, 493 comma 2, c.p.p.; qualora tale divieto fosse violato, il verbale formato dal pubblico ministero o dal difensore sarebbe inutilizzabile.

Una simile norma sarebbe certamente opportuna. La stessa Corte di cassazione, pur negandone l’esistenza, aveva riconosciuto che «ragioni di ordine sistematico avrebbero consigliato di [prevederla]». Si tratta però, senza dubbio, di una norma priva di disposizione, di una norma inespressa (del resto, non esiste ordinamento normativo che non sia «affollato di norme inesprese (che si pretendono implicite) non formulate in alcuna fonte del diritto: norme, insomma, elaborate, “costruite”, dagli interpreti, ma prive di una disposizione corrispondente»<sup>21</sup>). Naturalmente coloro i quali elaborano norme implicite sono ben consapevoli del ruolo del legislatore e di quello dell’interprete, e «allorché formulano un[a] [norma] inespress[a], non si atteggiavano a legislatori, ma assumono che tale [norma] sia implicit[a], latente, nel discorso delle fonti»<sup>22</sup>. Creano norme, ma difficilmente lo riconoscono, poi-

<sup>20</sup> TARELLO, *L’interpretazione della legge*, cit., 351.

<sup>21</sup> GUASTINI, *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2013, 522. Secondo una tradizionale distinzione le norme esplicite «presentano uno scarto nullo o minimo rispetto al significato *prima facie* delle disposizioni corrispondenti» (PINO, *Norma giuridica, in Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Pino, Schiavello, Villa, Torino, 2013, 155): «sono il significato di disposizioni, individuato utilizzando le regole linguistiche (ed eventualmente le convenzioni dettate dal diritto positivo e quelle accettate nella cultura giuridica di riferimento) comunemente vigenti nella comunità di riferimento» (PINO, *Norma giuridica*, cit., 155). Le norme implicite, invece, sono quelle «ricavate per via argomentativa da altre norme esplicite o da altre norme a loro volta implicite: caso tipico di norma implicita è una norma ricavata con un procedimento analogico, oppure la costruzione di un principio inespresso; le norme implicite presentano dunque uno scarto massimo rispetto alle disposizioni di partenza (le quali ultime possono anche, in ipotesi, mancare del tutto)» (PINO, *Norma giuridica*, cit., 155).

<sup>22</sup> GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 208, il quale parlava di «principi».

ché quell'attività viene percepita come un'invasione nella riserva del legislatore.

Beninteso, anche gli interpreti che avanzano l'opposta lettura, anche coloro i quali nel silenzio dell'art. 430 *bis* c.p.p. non intravedono il divieto per le situazioni non espressamente contemplate elaborano una norma: «*non* è vietato al pubblico ministero, alla polizia giudiziaria e al difensore assumere informazioni dalla persona ammessa ai sensi dell'articolo 603 c.p.p.» non è scritto nel codice di procedura penale. È una norma elaborata dagli interpreti.

### 3. *Ex nihilo nihil fit*

In questo caso la creazione di una norma che non ricalca una disposizione è dovuta alla circostanza che il legislatore – pur potendo dettare una disciplina in relazione alle situazioni non menzionate nell'art. 430 *bis* c.p.p.<sup>23</sup> – nulla ha stabilito in ordine a una determinata situazione in cui un giudice viene a trovarsi.

L'interpretazione analogica viene dai più avanzata (e l'uso dell'argomento *a contrario* come produttivo di una norma implicita di contenuto negativo viene rigettato) poiché coloro i quali leggono la disposizione si rendono conto<sup>24</sup> che l'elenco delle situazioni processuali indicate nell'art. 430 *bis* c.p.p. è incompleto. Fossero stati indicati tutti i casi che, ragionevolmente, si sarebbero dovuti prevedere, tra disposizione e norma non ci sarebbe stato alcuno scarto e della questione nessuno mai avrebbe parlato.

Casi analoghi a quello dell'art. 430 *bis* c.p.p. sono molto più frequenti di quanto si pensi. Spesso il giudice non segue una regola di condotta prescritta dal legislatore non perché incline all'eversione, ma per l'ovvio motivo che il legislatore nulla ha disposto. In queste eventualità si presenta un problema che richiede una soluzione immediata<sup>25</sup>. Non è possibile immaginare che il giudice debba attendere l'intervento legislativo per decidere. Deve procedere alla *creazione di una norma*. *In dubio abstine* non vale nelle aule di giustizia:

---

<sup>23</sup> «È vietato [...] alle persone ammesse ai sensi dell'art. 603 c.p.p.»/«Non è vietato [...] alle persone ammesse ai sensi dell'art. 603 c.p.p.».

<sup>24</sup> Sull'importanza dell'ideologia degli interpreti nell'elaborazione delle norme ci si permette di rinviare a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse*, Padova, 2016, LXII.

<sup>25</sup> Si riprendono alcune considerazioni svolte in PASTA, *Tra disposizioni e norme (a proposito delle modalità di presentazione delle impugnazioni: un esercizio d'interpretazione)*, in *Arch. pen.*, 2019, 789 ss.

«Come può un giudice, ancorché animato dal più puro sentimento di fedeltà alla legge, assolvere il dovere di decidere ogni controversia sottoposta alla sua cognizione secondo le norme del diritto, se, identificato il diritto con il diritto statale (e, in particolare, con la legislazione), quest'ultimo non offre alcuna regola preconstituita applicabile?». Quando «il diritto legislativo è lacunoso, e il giudice ha il dovere di decidere qualsiasi controversia gli sia sottoposta, allora il giudice non potrà fare a meno di creare egli stesso la norma da applicare al caso non disciplinato dalla legge, facendo opera di legislatore»<sup>26</sup>.

L'interprete ha - e non può non avere - un ruolo fondamentale nell'elaborazione delle regole processuali. Il legislatore può e deve prevedere le *disposizioni* che regolano il processo penale, ma i singoli processi penali che si svolgono quotidianamente nelle aule di giustizia sono regolati dalle *norme* elaborate dagli interpreti. Solo se si prende atto di questo vincolo della realtà è possibile immaginare alcuni accorgimenti per limitare lo spazio di discrezionalità dei giudici<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Entrambe le citazioni sono tratte da CHIASSONI, *Lacune nel diritto. Progetto di voce per un "vademe-cum" giuridico*, in *Mat. st. cult. giur.*, f. 2, dicembre 1997, rispettivamente 329 e 330 (il quale riporta alcune considerazioni di DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Società Editrice Libreria, 1919).

<sup>27</sup> Come osservato da GUASTINI, *Rileggendo Tarello*, cit., 9-11: «la tesi antiformalistica (nelle sue molte varianti) è sembrata a molti come una dottrina rivolta a liberare giuristi e giudici da ogni vincolo di "fedeltà alla legge" e, insomma, a favorire la "libera creazione" di diritto da parte degli interpreti. Il realismo di Tarello sembra però diretto ad esiti differenti, e anzi opposti, a quelli solitamente attribuiti alle tesi antiformalistiche.

Anzitutto, occorre riflettere, qualora non fosse ovvio, che la discrezionalità, pure inerente a qualunque decisione interpretativa, può essere più o meno estesa, più o meno circoscritta. Il grado di discrezionalità concesso agli interpreti dipende da molte variabili.

Tra le variabili più importanti stanno, ad esempio, il grado di conflittualità politico-ideologica presente nella dottrina e nel ceto giudiziario e la tecnica di formulazione dei documenti normativi. Orbene, l'idea di Tarello è che lo spazio del diritto giurisprudenziale, ancorché ineliminabile, debba almeno essere circoscritto: da un lato, combattendo la politicizzazione dei giudici; dall'altro, evitando formulazioni legislative vaghe, ambigue, indeterminate.

Inoltre, Tarello ritiene che la creazione giurisprudenziale di diritto, proprio perché inevitabile, debba però essere: (a) esplicita, (b) consapevole.

È bene che la creazione giudiziale (e dottrinale) di diritto sia esplicita, perché solo a questa condizione è possibile esercitare su di essa un controllo critico: non tanto da parte della pubblica opinione, quanto piuttosto ad opera della "cultura giuridica interna".

È bene che la creazione giudiziale (e dottrinale) di diritto sia consapevole, poiché è preferibile che gli operatori compiano scelte politiche in vista di risultati pratici previsti e desiderati, piuttosto che decidere ciecamente - per esempio, in ossequio ad una costruzione dogmatica elegante - senza rappresentarsi con chiarezza i possibili esiti delle decisioni».

Una riduzione del problema potrebbe venire da una monumentale abrogazione delle leggi processuali, che generano una infinta serie di questioni interpretative, la cui soluzione - inevitabilmente - è affidata alla giurisprudenza<sup>28</sup>: il problema della modifica dell'imputazione nel giudizio abbreviato o quello dei poteri del giudice al quale è presentata l'opposizione al decreto penale di condanna esistono perché sono stati previsti questi due procedimenti speciali. Che sia abnorme, e quindi ricorribile per cassazione, il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di emissione di decreto penale di condanna, restituisce gli atti al pubblico ministero perché valuti la possibilità di chiedere l'archiviazione del procedimento per particolare tenuità del fatto, è una questione che è stata risolta - in modo condivisibile o meno, poco importa - dalle Sezioni unite qualche anno fa<sup>29</sup>. Questa porzione di realtà processuale non è regolata dalle disposizioni legislative ma dal «diritto giurisprudenziale» non per volontà dei giudici, ma perché sono stati previsti gli artt. 459 c.p.p. ss e dell'art. 131 *bis* c.p. Se questi mancassero, questo «diritto giurisprudenziale» svanirebbe.

Per attuare il principio di legalità processuale, per ridurre il potere della magistratura, si dovrebbe percorrere la via opposta rispetto a quella in cui i velleitari legislatori degli ultimi decenni si sono incamminati: l'unica legge davvero necessaria è quella che abroga le disposizioni vigenti, non quella che aggiunge altri nodi all'intricato groviglio<sup>30</sup>. Un processo penale non regolato dalla legge è il regno dell'arbitrio del giudice. Un processo penale regolato da troppe leggi conduce nella stessa destinazione.

---

<sup>28</sup> Come osservato da PECORELLA, *Law in action: per una nuova legalità*, in *Dir. dif.*, 17 novembre 2020, 3, «la prima responsabilità per la crisi del principio di legalità non è, come si potrebbe pensare, della magistratura, della sua invasività. La responsabilità è prima di tutto della politica, perché se le leggi sono, come sono oggi, confuse, contraddittorie, vaghe, se la legge è instabile, allora subentra il ruolo del giudice, e ancor prima l'imperio di chi esercita il potere in una società complessa e multifattoriale. Chi fa le leggi dovrebbe sapere cosa sta facendo, il che non da oggi non è più».

<sup>29</sup> Cass., sez. un., 18, gennaio 2018, n. 20569, in *Cass. pen.*, 2019, 104.

<sup>30</sup> Per alcune proposte, ci si permette di rinviare a PASTA, *Costi e benefici della proliferazione dei riti alternativi. Il procedimento per decreto*, in *Cass. pen.* 2021, 2616.