

QUESTIONI APERTE

Intercettazioni

La decisione

Intercettazioni - Divieto di utilizzazione - Altro procedimento - Ambito di applicazione (Cost., art. 15; C.p.p., artt. 12, 270).

Il divieto di cui all'art. 270 c.p.p. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni - salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza - non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge.

CASSAZIONE PENALE - SEZIONI UNITE - 2 gennaio 2020 (c.c. 28 novembre 2019), n. 51 - CARCANO, *Presidente* - CAPUTO, *Estensore* - VIOLA, *P.M.* (diff.) - C., *ricorrente*.

Esistono vincoli all'interpretazione delle norme processuali penali?

Brevi riflessioni sollecitate da una decisione delle Sezioni unite in tema di intercettazioni

Il lavoro prende spunto da una decisione delle Sezioni unite relativa all'art. 270 c.p.p. ed inerente l'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi rispetto a quello in cui le stesse sono state disposte. Nel definire la questione la Cassazione adotta un metodo di interpretazione che comporta un distacco significativo rispetto alla lettera della legge. Da tale considerazione, l'autore sviluppa una riflessione sui metodi di interpretazione delle leggi processuali penali, evidenziando da un lato come, in ragione dell'inevitabile vaghezza del linguaggio legislativo, sia inevitabile riconoscere al giudice una significativa discrezionalità nella loro interpretazione e successiva applicazione e dall'altro come ciò non comporti una libertà assoluta ed insindacabile in capo al giudicante, in quanto, nei casi dubbi, lo stesso, in omaggio al principio del BARD, deve interpretare la disciplina processual-penalistica sempre in senso favorevole all'imputato ovvero nel senso di rendere più difficile la dimostrazione della sua responsabilità.

Are there any restrictions on the interpretation of penal procedural rules? Brief reflections prompted by a decision of the United Sections on interception

The work is inspired by a decision of the United Sections relating to art. 270 c.p.p. and inherent in the usability of the interceptions in different procedures than the one in which they were arranged. In defining the matter, the Court of Cassation adopts a method of interpretation which involves a significant detachment from the letter of the law. From this consideration, the author develops a reflection on the methods of interpretation of the criminal procedural laws, highlighting on the one hand how, due to the inevitable vagueness of the legislative language, it is inevitable to recognize the judge a significant discretion in their interpretation and subsequent application and on the other hand, as this does not imply an absolute and unquestionable freedom for the judge, since, in doubtful cases, the same, in homage to the principle of the BARD, must interpret the procedural-penal discipline always in a sense favorable to the accused or in the sense of making it more difficult to demonstrate his responsibility.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'utilizzo delle risultanze delle intercettazioni telefoniche in "procedimenti diversi" da quelli in cui sono state autorizzate, - 3. La soluzione delle sezioni unite: "procedimenti diverso" significa "reato diverso". - 4. Ma l'art. 270 c.p.p. necessitava davvero di un intervento chiarificatore? La lettera della disposizione - 5. ... e la ricerca di un'interpretazione costituzionalmente orientata da parte delle Sezioni Unite. - 6. L'ermeneutica delle norme processuali penali. Le proposte della dottrina per un ritorno all'interpretazione letterale quale vincolo alla discrezionalità del giudice. L'ermeneutica delle norme processuali penali. Le proposte della dottrina per un ritorno all'interpretazione letterale quale vincolo alla discrezionalità del giudice. - 7. La sostanziale irrilevanza del criterio di interpretazione letterale. - 8. a) L'inevitabile "apertura di senso" di ogni formulazione linguistica. - 9. b) L'ineliminabile discrezionalità del giudice nella individuazione dei riferimenti delle formule linguistiche della legge. - 10. La tutela dell'accusato quale unico vincolo per l'interpretazione delle leggi processuali penali: il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio quale guida per l'istruttoria del processo penale

1. *Premessa.* La decisione in commento presenta due profili di interesse, uno, ovvio, attinente la massima in rubrica con cui le Sezioni Unite definiscono la questione attinente la nozione di "altro procedimento" richiamata dall'art. 270 c.p.p. per indicare le ipotesi nelle quali le risultanze delle intercettazioni sono utilizzabili oltre i confini posti dall'originario provvedimento del giudice delle indagini preliminari e nonostante la mancanza delle condizioni di cui al citato art. 270 c.p.p.; l'altro aspetto degno di nota può forse sfuggire ad una prima lettura ma è invece forse ancora più rilevante ed attiene all'individuazione delle ragioni che hanno condotto la Corte di legittimità alla formulazione della massima in epigrafe.

Nel lavoro ci soffermeremo proprio su tale secondo aspetto, anche se, per approfondire lo stesso, è necessario riassumere, sia pur brevemente, i termini della questione rimessa alle sezioni unite.

2. *L'utilizzo delle risultanze delle intercettazioni telefoniche in "procedimenti diversi" da quale in cui sono state autorizzate.* Il tema è noto. L'art. 270, 1 co., c.p.p. pone un divieto probatorio all'utilizzo dei risultati dell'intercettazione effettuata in altro procedimento salvo che gli stessi «risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza»; l'operatività di tale disposizione evidentemente dipende da quale significato si attribuisca all'espressione "diverso procedimento".

La sentenza delinea i tre orientamenti che si confrontavano sul punto. Una prima tesi, tendenzialmente maggioritaria, riteneva che la diversità del

procedimento dovesse essere intesa in senso sostanziale¹, per cui, ad esempio, i risultati delle intercettazioni telefoniche legittimamente acquisiti nell'ambito di un procedimento penale inizialmente unitario sarebbero stati utilizzabili anche nel caso in cui il procedimento venisse successivamente frazionato a causa della eterogeneità delle ipotesi di reato e dei soggetti indagati, atteso che l'articolo in commento che postulerebbe l'esistenza di procedimenti *ab origine* tra loro distinti. Secondo questa posizione, dunque, si doveva parlare di "diverso procedimento" quando quest'ultimo risultasse instaurato in relazione ad una notizia di reato che derivava da un fatto storicamente diverso da quello oggetto di indagine nell'ambito del procedimento nell'ambito del quale le intercettazioni erano state disposte; la conseguenza era che l'art. 270 c.p.p. non doveva operare in presenza del dato puramente formale dell'iscrizione della medesima notizia di reato presso due diversi uffici di Procura in conseguenza di una distinta competenza funzionale, come ad esempio nel caso in cui, in relazione ad una medesima vicenda di emissione ed utilizzazione di fatture relative ad operazioni inesistenti, una Procura proceda ai sensi dell'art. 2 d.lg. n. 74 del 2000 nei confronti dell'utilizzatore ed una altra proceda nei confronti dell'emittente *ex art. 8 d.lg. n. 74 del 2000*².

Un secondo orientamento, decisamente più permissivo, sosteneva che qualora l'intercettazione fosse stata legittimamente autorizzata all'interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all'art. 266 cod. proc. pen., i suoi esiti erano utilizzabili anche per gli altri reati la cui sussistenza fosse emersa per il tramite dell'attività di captazione, mentre, nel caso in cui si trattasse di reati oggetto di un procedimento diverso *ab origine*, l'utilizzazione era subordinata alla sussistenza dei parametri indicati espressamente dall'art. 270 cod. proc. pen., e, cioè, all'indispensabilità ed all'obbligatorietà dell'arresto in flagranza³. Secondo tale impostazione, dunque, il dato dell'unitarietà iniziale del procedimento segnava il limite dell'operatività del divieto di utilizzazione *ex art. 270, comma 1, cod. proc. pen.*, posto che quando tale diversità non

¹ Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Floris, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1048, con nota di INNOCENTI, *Le Sezioni Unite aprono all'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte in "diverso procedimento"*; Cass., Sez. I, 9 maggio 2006, Arena, in *Cass. pen.*, 2007, 2951.

² Per altra esemplificazione, con riferimento all'ipotesi in cui il pubblico ministero abbia proceduto ad una nuova iscrizione ai sensi degli artt. 414, 2° co., e 335, c.p.p., Cass., Sez. II, 19 gennaio 2004, Amato, in *Mass. Uff.*, n. 228384.

³ Da ultimo, Cass., Sez. II, 23 febbraio 2016, n. 9500, in *Mass. Uff.*, n. 267784; Id., Sez. V, 4 marzo 2016, Iodice, *ivi*, n. 267889.

sussisteva non vi era alcuna ragione per dubitare dell'utilizzo dei risultati delle intercettazioni: «ove le *notitiae criminis* riferite alle diverse figure di reato abbiano origine nell'ambito dello stesso procedimento, ancorché diano luogo a distinte iscrizioni nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. ed alla germinazione di altri procedimenti, il richiamo all'art. 270 cod. proc. pen. è del tutto fuorviante»⁴.

Minori adesioni, infine, riceveva un terzo orientamento che si caratterizzava per la sua severità giacché non riteneva legittima l'utilizzazione in un procedimento penale delle risultanze emerse da intercettazioni telefoniche disposte in altro procedimento, neppure quando i due procedimenti risultassero strettamente connessi sotto il profilo oggettivo e probatorio⁵. In questo senso si pronunciava anche la prevalente dottrina secondo cui vietando l'utilizzabilità dei risultati dell'intercettazione «in procedimenti diversi», l'art. 270 c.p.p. intendeva riferirsi all'impiego degli stessi per un fatto reato diverso da quello per il quale l'atto fu disposto, come poteva dedursi dall'art. 335 c.p.p. che impone una nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato ogniqualvolta emerga un nuovo fatto⁶.

3. *La soluzione delle Sezioni unite: “procedimento diverso” significa “reato diverso”*. Quale sia la posizione delle Sezioni unite sul tema emerge chiaramente dalla lettura della massima in epigrafe, la quale definisce in maniera esemplare e senza lasciare residui di dubbio il contrasto interpretativo per la cui risoluzione il massimo consesso era stato investito.

Sotto il profilo del merito della soluzione accolta la decisione pare decisamente condivisibile, perché da un lato tutela gli interessi sottesi alla disciplina in tema di intercettazioni ed in particolare alla previsione che ne limita l'utilizzo dei risultati di prova con riferimento a “vicende” non considerate nel provvedimento che originariamente ha consentito la captazione⁷ e dall'altro, come

⁴ Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2014, La Volla, in *Mass. Uff.*, n. 262496.

⁵ Cass., Sez. II, 11 dicembre 2012, n. 49930, in *Mass. Uff.*, n. 253916; Cass., sez. IV, 11 dicembre 2008, Mucciarone, Rv. 242836.

⁶ FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano 1997, 181. Nello stesso senso, CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. Pen.*, 2011, 3638; in senso contrario, invece, SANTALUCIA, *Stesso procedimento e pluralità di reati nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Giust. pen.*, 1996, III, 257.

⁷ Garantendo così che l'atto dell'autorità giudiziaria con cui vengono autorizzate le intercettazioni sia puntualmente motivato in relazione a fattispecie concrete puntualmente determinate nell'*an* e prevenendo il rischio di trasformare tale intervento del giudice in una sorta di autorizzazione in bianco per una

espressamente si legge nella pronuncia, individua un punto di equilibrio adeguato onde consentire comunque l'impiego di tali elementi probatori per l'accertamento di reati che, pur diversi da quello in relazione al quale l'autorizzazione all'intercettazione era stata emessa, siano comunque riconducibili a quest'ultimo ed allo stesso collegati da quello che la Corte di cassazione denomina come "legale sostanziale".

È proprio in relazione a quest'ultimo aspetto che la decisione si presenta decisamente apprezzabile perché rinviene il suddetto legame sostanziale solo quando fra i procedimenti ricorra una ipotesi di connessione di cui all'art. 12 c.p.p. escludendo invece ogni rilevanza ad ipotesi di collegamento investigativo sulla base dell'art. 371 c.p.p.. Con un sintetico ma esaustivo richiamo alla *ratio* ed alla disciplina in tema di connessione fra procedimenti le Sezioni unite evidenziano come nelle situazioni richiamate dal citato art. 12 vi sia "un legame oggettivo tra due o più reati ... indipendente dalla vicenda procedimentale [con la conseguenza che] il procedimento relativo al reato per il quale l'autorizzazione è stata espressamente concessa non può considerarsi "diverso" rispetto a quello relativo al reato accertato in forza dei risultati dell'intercettazione. La parziale coincidenza della regiudicanda oggetto dei procedimenti connessi e, dunque, il legame sostanziale - e non meramente processuale - tra i diversi fatti-reato consente di ricondurre ai fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede di cui al provvedimento autorizzatorio dell'intercettazione, anche quelli oggetto delle imputazioni connesse accertati attraverso i risultati della stessa intercettazione: il legame sostanziale tra essi, infatti, esclude che l'autorizzazione del giudice assuma la fisionomia di un'"autorizzazione in bianco".

Medesimo rilievo, invece, non è attribuito alla figura del collegamento investigativo di cui all'art. 371 c.p.p., la cui disciplina opera (anche) in assenza di <<quel necessario legame originario e sostanziale che, come si è visto, consente invece di ricondurre anche il reato oggetto del procedimento connesso *ex art.*

incontrollata intrusione nella sfera privata del cittadino; cfr. Corte costituzionale, nn. 336 del 1991 - secondo cui il rispetto dell'art. 15 Cost. esige l'ancoraggio del provvedimento autorizzatorio alla fattispecie concreta il che comporta che il decreto del giudice dia conto dei <<soggetti da sottoporre a controllo e dei fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede>> - e 63 del 1994. In dottrina, sul punto, BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 173; GAITO, *Le intercettazioni telefoniche tra norma e prassi*, in *Riv. giur. um.*, 1994, 544; LONGO, *L'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni telefoniche in altro procedimento*, in *Cass. pen.*, 2007, 859; MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova per sentenza e libero convincimento del giudice*, in GAITO (a cura di), *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, Padova, 1996, 246.

12 cod. proc. pen. all'originaria autorizzazione>>, richiamando la norma in discorso una mera "occasionalità" tra la commissione del reato (cui si riferisce il provvedimento autorizzatorio) ed altri illeciti che per il tramite dell'intercettazione vengono accertati, sicché va escluso che in tali ipotesi possa rinvenirsi quel <<legame oggettivo [cioè non meramente occasionale e determinato da ragioni contingente di carattere processuale] tra i reati necessario per assicurare la riconducibilità del "nuovo" reato all'autorizzazione giudiziale, così da non eludere la garanzia costituzionale della motivazione del provvedimento autorizzatorio>>.

4. *Ma l'art. 270 c.p.p. necessitava davvero di un intervento chiarificatore? La lettera della disposizione ...* La decisione della Cassazione è stata variamente accolta dai primi commentatori.

Alcuni ne hanno decisamente apprezzato il principio di diritto, adeguato compromesso fra contrapposte esigenze, poiché la Cassazione, misconoscendo ogni rilievo al dato formale dell'identità o diversità dei procedimenti, afferma che l'autorizzazione iniziale possa riguardare (oltre gli illeciti per cui già si procedeva al rilascio della stessa) solo quei fatti di reato che si trovino in un rapporto di connessione sostanziale con quello per il quale l'intercettazione era stata disposta, sicché "il legame sarebbe in tal caso originario e indipendente dallo specifico procedimento, in quanto di carattere oggettivo e predeterminato. La connessione ai sensi dell'art. 12 c.p.p. giustificerebbe pertanto l'utilizzazione dei risultati dell'intercettazione anche per i reati non espressamente contemplati nell'autorizzazione"⁸. Altri autori, invece, si sono espressi in senso fortemente critico, contestando in primo luogo la necessità dell'intervento del massimo consesso posto che alla base dell'interpretazione dell'art. 270 c.p.p. non sarebbe stato registrabile alcun contrasto significativo e soprattutto contestando quella che può definirsi la seconda parte della massima in commento ovvero l'affermazione secondo cui l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte nell'ambito di un "medesimo procedimento" (nell'accezione sopra menzionata ex art. 270 c.p.p.) presuppone che i reati diversi da quelli per i

⁸ ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in *Sistemapenale.it*. In senso favorevole anche PARZIALE - COVA, *Le Sezioni Unite sulla disciplina di utilizzazione delle intercettazioni in altro procedimento: il divieto ex art. 270, co. 1, c.p.p. non opera nel solo caso in cui fra i reati contestati nei due procedimenti sussista un rapporto di connessione ex art. 12 c.p.p.*, in www.giurisprudenzapenale.it.

quali il mezzo di ricerca della prova è stato autorizzato rientrano nei limiti di ammissibilità delle intercettazioni stabiliti dalla legge⁹.

A prescindere dal giudizio che si voglia dare della decisione (fermo rimanendo che la stessa ci pare meritevole di deciso apprezzamento) ed a prescindere dallo specifico principio di diritto affermato, tuttavia, a nostro parere la sentenza in commento offre l'occasione per riflettere su un tema assai raramente oggetto di studio nella dottrina processualpenalistica ed inerente l'attività interpretativa delle norme processuali penali o meglio la definizione e la scelta dei criteri sulla base dei quali sottoporre ad ermeneutica la disciplina degli istituti processuali penali¹⁰.

Per quali ragioni la sentenza delle Sezioni unite offra l'occasione per una riflessione su questo tema ci sembra evidente. La questione concerneva l'esatta determinazione del significato dell'espressione che compare nell'art. 270 c.p.p. giusto il quale "i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza". Cosa avrebbe di oscuro, di equivoco questa disposizione da rendere necessario l'intervento dell'organo nomofilattico onde risolvere un (sorprendente ed apparentemente immotivato) contrasto di giurisprudenza? L'espressione "procedimenti diversi" non è così «a prima vista piana e lineare»¹¹? E se tale apparente chiarezza della formula della norma non risponde a verità come dimostra la richiesta di intervento delle Sezioni Unite, sulla base di quali argomentazioni (*scilicet*, facendo ricorso a quali criteri ermeneutici) la Cassazione è giunta ad una individuazione del significato della suddetta formula lessicale

⁹ MANNUCCI, *Prime osservazioni alla sentenza della Cassazione Sezioni Unite Penali n. 25 del 28.11.2019 depositata il 2.1.2020*, in www.giurisprudenzapenale.it.

¹⁰ Sull'argomento di recente può rinvenirsi solo un lavoro di VALENTINI, *Norme processuali penali ed interpretazione*, in *Cass. pen.*, 2019, 3392, la quale anch'essa concorda sul silenzio della dottrina e della giurisprudenza sul tema in parola. Della stessa VALENTINI, *Contro l'invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Pietro Calamandrei*, in *questa Rivista*. Sempre nel senso di sottolineare l'ingiustificato mancato approfondimento della materia, NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in *questa Rivista*, 2017, 421.

¹¹ CAMON, sub *Art. 270 c.p.p.*, in *Commentario al Codice di Procedura Penale*, a cura di CONSO, GREVI, Padova, 2005, 810) da escludere ogni dubbio circa il suo significato e l'individuazione del suo "riferimento" (inteso quale referente o denotazione dell'espressione linguistica ovvero la realtà extralinguistica che esso designa: per tale nozione FREGE, *Funzione e concetto. Scritti filosofici 1891-1897*, Bari Laterza 2007, 33. Per una valorizzazione del riferimento, oltre al senso, della formulazione lessicale di una disposizione normativa, VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino 2012

in termini certo non equivalenti al suo significato letterale?

5. ... e la ricerca di un'interpretazione costituzionalmente orientata da parte delle Sezioni unite. Iniziando dall'ultima domanda, ricostruire la *ratio* sottostante l'argomentazione della decisione in epigrafe è tutt'altro che complesso. Il ragionamento delle Sezioni unite, infatti, si fonda su un metodo che nell'ambito degli studi dedicati all'interpretazione giuridica¹² può essere qualificato in modi diversi – potrebbe infatti parlarsi di metodo sistematico nella misura in cui la disposizione è letta nell'ottica di rinvenire una coerenza con l'intero ordinamento di settore, o sostenere che nella decisione è presente un approccio ermeneutico teleologico se si intende valorizzare il rilievo che la Cassazione ha ritenuto di dover riconoscere agli obiettivi che, a suo parere, il legislatore si è posto al momento della redazione della previsione codicistica, o ancora potrebbe rinvenirsi una interpretazione adeguatrice, se si ritiene che la pronuncia sia stata guidata dalla necessità di rendere la norma ricavabile dal testo conforme e coerente a valori e principi gerarchicamente sovraordinati –, ma che comunque si caratterizza per il fatto che il principio di diritto elaborato dalla Suprema Corte si distacca, ed anche in modo significativo, dal significato che può trarsi dal lettera dell'art. 270 c.p.p., posto che l'espressione “procedimenti diversi” sta ad indicare, come non a caso sostenuto da alcune decisioni, che il discrimine in ordine all'utilizzabilità delle risultanze probatorie derivanti da intercettazione è segnato dal relativo “numero di iscrizione nei registri delle notizie di reato [con la] conseguenza che la diversità di procedimento ex art. 270 c.p.p. [va] ricollegata a dati meramente formali, quali la materiale distinzione degli incartamenti relativi a due procedimenti o il loro diverso numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato”¹³. Di contro, la Cassazione perviene alle sue conclusioni valorizzando un dato - quello dell'esistenza di una connessione fra i reati per i quali originariamente era stata disposta l'intercettazione e quelli, diversi ed ulteriori, successivamente emersi dagli accertamenti - che non compare minimamente nella disposizione codicistica.

In particolare, presumibilmente, è da ritenere che la motivazione della

¹² DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999; GUASTINI, *L'interpretazione dei testi normativi*, Milano 2004; ID., *Interpretare ed argomentare*, Milano 2011; MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2012; CHIASSONI, *Tecniche dell'interpretazione giuridica*, Bologna 2007, con l'avvertenza, ovvia diremmo dati i limiti di questo lavoro, che questa citazione e quelle seguenti non hanno alcuna pretesa di completezza

¹³ Cass., Sez. I, 17 dicembre 2002, (dep. 2003), n. 2930

pronuncia vada ricondotta a quella particolare tipologia di interpretazione che si descrive con la formula di interpretazione costituzionalmente orientata¹⁴ e che si caratterizza perché richiede al giudice un'ermeneutica della disposizione adeguata al contesto costituzionale tanto che per giungere a una soluzione ermeneutica conforme a Costituzione dall'enunciato si può ricavare un significato meno prossimo di altri alla lettera.

La decisione infatti si apre con un espresso richiamo al “quadro costituzionale di riferimento” e numerosissimi sono i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale ed alle relative pronunce dedicate per l'appunto alla ricostruzione di una disciplina in tema di intercettazioni di conversazioni rispondente ai dettami (principalmente) dell'art. 15 Cost., così come è in più parti esplicitato che la soluzione prescelta è quella che meglio si conforma ai principi costituzionali in tema di segretezza delle conversazioni (per cui, ad esempio, l'orientamento più largheggiante nella lettura dell'art. 270 c.p.p. è abbandonato per “l'incompatibilità con la portata dell'autorizzazione giudiziale delineata dall'art. 15 Cost. che ... investe l'utilizzazione probatoria dei risultati dell'intercettazione e, di regola, non solo l'impiego del mezzo di ricerca della prova”). Può dunque sostenersi che a fronte di una formulazione letterale della norma di particolare chiarezza e che avrebbe dovuto condurre alla valorizzazione della circostanza che le risultanze dell'intercettazione venissero utilizzate o meno all'interno del medesimo procedimento (identificato sulla base del numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato) per consentirne l'impiego al di là dei limiti fissati dall'art. 270 c.p.p., la Cassazione sceglie - in ragione del perseguimento di una necessaria conformità a Costituzione della norma - di far ricorso ad un criterio ermeneutico diverso da quello strettamente letterale di cui alla prima parte dell'art. 12 delle preleggi ricavando dalla formula linguistica un significato che va ben oltre da quello “fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse”.

¹⁴ Così PARZIALE - COVA, *Le Sezioni Unite sulla disciplina di utilizzazione*, cit., 9. Su tale metodo interpretativo, sempre limitando le citazioni in ragione dei confini lavoro, MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008; VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011; SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006. Più di recente, nel senso di negare autonomia concettuale a tale forma di interpretazione rispetto alla più generale categoria di interpretazione sistematica, LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, 2012, 24, 37; LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. Dir., Annali IX*, Milano 2016, 391.

6. *L'ermeneutica delle norme processuali penali. Le proposte della dottrina per un ritorno all'interpretazione letterale quale vincolo alla discrezionalità del giudice.* La sentenza delle Sezioni Unite, proprio per il metodo ermeneutico che ne è a fondamento, parrebbe essere destinata a significative censure.

E' noto infatti che specie in tempi recenti la dottrina, anche sul fronte processual-penalistico e non solo su quello sostanziale, ha assunto atteggiamenti di forte censura nei confronti di una giurisprudenza che nella ermeneusi delle disposizioni utilizza sempre più spesso – sia consentita la schematizzazione drastica – il metodo teleologico o quello sistematico o, da ultimo, la cd. interpretazione costituzionalmente conforme, il tutto a scapito dei metodi testuale e di quello che si rifà all'intenzione del legislatore storico. Le critiche¹⁵ derivano dalla circostanza che mentre gli ultimi due criteri interpretativi sono fondati “su dati fattuali, [quelli oggi maggiormente presenti nelle decisioni dell'autorità giudiziaria] viceversa paiono ampiamente affidati a scelte di valore, capaci di travestire di oggettività meri argomenti retorici volti a giustificare o a tradurre in termini di accettabilità una determinata opzione ermeneutica piuttosto che a rivelarne i criteri effettivi”¹⁶.

Il tema, come è ovvio, meriterebbe ben altro approfondimento di quanto possibile in questa sede, ma ci pare di poter sostenere che, sia pur detto con estrema sintesi, tutta la dottrina registri con deciso sfavore “l'egemonia del potere giudiziario sulla produzione del diritto”¹⁷. Da più parti, infatti, si evidenzia come la modernità giuridica¹⁸ si caratterizzi per una crisi della legge e del ruolo di limitazione del potere statale che, nel modello teorico dello stato di diritto, è svolto dal principio di legalità con conseguente “crescita patologica della discrezionalità giudiziaria, che rischia di sconfinare nell'arbitrio, e una conseguente espansione del potere dei giudici, oltre un certo limite lesiva della sua fonte di legittimazione e dell'equilibrio dei rapporti tra i poteri”¹⁹. Questa deriva

¹⁵ Nemmeno recenti, posto che già nel 1998 si affermava che “il principio di legalità del processo non pare a sufficienza individuato, scolpito unitariamente e coltivato dalla odierna riflessione”, NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, 203. Ancora più risalenti le riflessioni di CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano 1984.

¹⁶ VALENTINI, *Norme processuali penali*, cit., 3340.

¹⁷ NEGRI, *Splendori e miserie*, cit., 421.

¹⁸ Per usare un'espressione di AVITABILE, *Modernità e pensiero giuridico*, Torino 2013. Sul tema si veda anche a cura di VOGLIOTTI, *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino 2008.

¹⁹ FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in www.questionegiustizia.it. Nello stesso senso CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 87; FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo*

decisionista si riscontrerebbe, a detta dei più, anche nel processo penale come dimostrato dalla “ampia e documentata decadenza di innumerevoli disposizioni del codice di procedura penale, ignorate o piegate alle peculiarità del caso e, più in generale, dall’autentica deriva della capacità delle norme di determinare l’effettivo svolgimento del processo giurisdizionale [la cui origine si trova] in un sentire più vasto, secondo cui il testo della legge è un dato svalutabile per principio ed il giudice deve farsi inventore della legge”²⁰.

Rispetto a tale censurabile evoluzione della giurisprudenza e della teoria dell’interpretazione dalla stessa accolta, la proposta è di ritornare in qualche modo al (rispetto del)la lettera della legge, la quale, per quanto polisensa ed aperta possa essere la formulazione linguistica della singola disposizione presa in considerazione, consente comunque di riferire a quest’ultima un significato, non univoco ma comunque delimitato in maniera intellegibile e comunicabile dalle stesse “regole semantiche e sintattiche della lingua nella quale è formulato lo stesso enunciato oggetto di interpretazione”²¹. Quanti formulano queste considerazioni non intendono negare, con l’appello al vincolo della legalità, che l’attività di interpretazione e applicazione rechi margini inevitabili di discrezionalità nel determinare il significato degli enunciati o nella stessa scelta della norma da porre a premessa maggiore del ragionamento giudiziale, in virtù dell’interazione con il problema evidenziato dal caso concreto²², ma intendono porre una questione “di misura [poiché] la rivendicazione della priorità al dettato della legge vorrebbe impedire il superamento della «linea di rottura» col dato positivo, ossia l’evasione dai limiti contenitivi del medesimo”²³.

Per dirla in breve, la critica sempre più frequente alla magistratura è che la stessa – tanto nella fase, per così dire, *in action*, durante le indagini e nelle decisioni di merito, che in sede di legittimità – è troppo spesso dimentica del limite dei significati ammissibili delle singole parole, perché, se certamente è

della Cassazione, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini, Paliero, Milano, 2006, 239; ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto* (2007), in *Id.*, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 15.

²⁰ VALENTINI, *Norme processuali penali*, cit., 3392

²¹ VELLUZZI, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in *Criminalia*, 2008, 2, 41. Nello stesso senso DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Cass. Pen.*, 2016, 14.

²² Affermare ciò significherebbe di fatto negare l’evoluzione del pensiero giuridico quanto meno dell’ultimo ventennio, basti pensare agli studi di TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano 1980, 341; GUASTINI, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milano 1993, 379; BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino 1990, 306.

²³ NEGRI, *Splendori e miserie*, 422.

incancellabile la possibilità dell'interprete di scegliere fra i possibili significati di un testo, è altresì innegabile che le convenzioni del linguaggio confinano tali opzioni entro un determinato novero di eventualità sicche' "se si fuoriesce dalla cornice non si fa interpretazione (non si determina il significato delle parole) ma si compie attività integrativa"²⁴.

7. *La sostanziale irrilevanza del criterio di interpretazione letterale.* Che la decisione in commento non risponda minimamente ai canoni ermeneutici apprezzati dalla dottrina e si allontani - senza alcun rispetto "per la misura", volendo riprendere una suggestiva espressione utilizzata in proposito - dai suggerimenti della stessa in tema di interpretazione della legge penale si è già detto: mentre la norma vieta di utilizzare i risultati ricavabili dalle operazioni di intercettazione in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, la Corte tralascia di attribuire qualsiasi rilievo a profilo della unicità del procedimento riferendo la preclusione probatoria a reati (anche se oggetto del medesimo procedimento) diversi da quelli per i quali *ob origine* il mezzo di prova era stato autorizzato e salvo che fra i diversi illeciti, quelli originariamente ricompresi nel decreto del giudice e quelli emersi successivamente, non emergano particolari e specifici elementi di collegamento.

Ma allora se vi è un tale distacco fra l'approccio interpretativo adottato dalle Sezioni Unite e il richiamo della dottrina al vincolo rappresentato dalla lettera della legge, perché non si assiste ad aspre reazioni critiche nei confronti della decisione in commento? Perché in quest'occasione nessuno ha avuto da ridire sulla "distanza" corrente fra il contenuto del principio di diritto assunto dalla Corte di legittimità e la formulazione letterale di cui all'art. 270 c.p.p. che, per quanto aperta, indeterminata, elastica, certo non pare consentire di sostituire alla nozione di "procedimento" quella, ben diversa sul piano del significato letterale, di "reato per cui si investiga"? O meglio, come spiegare la circostanza che la decisione in parola sia stata apprezzata da alcuni commentatori e criticata da altri, senza però che in tali valutazioni nessuna parola sia stata spesa con riferimento al metodo ermeneutico utilizzato dalla Cassazione per arrivare alla sua decisione - la quale, come detto, si basa sulla valorizzazione di parametri assolutamente estranei al dato normativo, quali il rispetto della riservatezza, la presenza del giudice nelle indagini preliminari, il principio di non dispersione

²⁴ VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino 2002, 54.

degli elementi di prova, ecc.?).

8. a) *L'inevitabile "apertura di senso" di ogni formulazione linguistica.* La risposta a queste domande risiede a nostro parere nella circostanza che la possibilità di arginare la discrezionalità interpretativa del giudice mediante un forte ancoraggio al dato letterale della norma è assai sovrastimata, potendosi sempre rinvenire nelle formule lessicali e nelle parole delle diverse previsioni una tale molteplicità di significati da rendere implausibile anche la sola ipotizzabilità di incontestate «linea di rottura» col dato positivo, ossia l'evasione dai limiti contenitivi del medesimo²⁵.

Nessuna norma può dirsi così chiara da non aver bisogno di essere interpretata per cui anche quando si è innanzi ad enunciati formulati in modo *prima facie* dettagliato e preciso vi è comunque la necessità di scegliere fra una gamma di alternative di significato²⁶, così che la scelta della disposizione giuridica da applicare non può mai esaurirsi nella semplice indicazione di un enunciato normativo in sé considerato, ma presuppone inevitabilmente l'adozione di una fra le diverse possibili interpretazioni che sempre possono darsi della espressione linguistica contenuta nella previsione prescrittiva²⁷.

Lo sperato ridimensionamento del considerevole ambito di discrezionalità che caratterizza l'attività di attribuzione di significato ad una espressione lessicale a carattere normativo non può raggiungersi neanche facendo riferimento a quei strumenti ermeneutici - i cosiddetti criteri interpretativi - che la scienza giuridica

²⁵ NEGRI, *Splendori e miserie*, 422.

²⁶ TARUFFO, *Giudizio, (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, vol. XV, Roma 1990, 5, secondo cui "la struttura aperta del linguaggio comune e giuridico e l'ambiguità degli enunciati normativi escludono che qualunque enunciato possa avere un solo significato". Secondo CONTENUTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro It.*, 1988, V, 484, "l'interpretazione delle norme giuridiche è un'attività ... necessariamente creativa".

²⁷ Che qualsiasi testo sia privo di significato - almeno di un significato determinato, suscettibile di dar luogo ad una sua applicazione pratica - prima di essere sottoposto ad una forma di interpretazione è acquisizione ormai pacifica, che si deve principalmente alle riflessioni della filosofia ermeneutica: cfr. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, a cura di MARINO, Milano 2003; GADAMER, *Verità e metodo* (1986 - 1993), trad. it. DOTTORI, Bompiani, Milano 1996; ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici di Hans Georg Gadamer*, Milano 1984. Nell'ambito degli studi giuridici, una importante riflessione dedicata al profilo dell'interpretazione dei testi normativi è stata sviluppata, in tempi ormai lontani, da CRISAFULLI, *Disposizione e norma*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano 1964, 195 ss.. Più di recente, ma senza alcuna pretesa di completezza, FIANDACA, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova 1997; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Padova 1999; BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, Padova 2013.

si è preoccupata di individuare onde rendere più agevole l'interpretazione delle disposizioni giuridiche e fra cui rientra appunto il cd. metodo letterale. Da un lato, l'estrema varietà dei criteri interpretativi - la cui applicazione non presenta peraltro carattere logico deduttivo, di modo che è sempre discutibile la modalità con cui ciascuno di detti criteri viene ad essere utilizzato nel singolo caso - fa sì che gli stessi assumano il carattere di meri "insiemi asistematici di frasi superficiali (spesso espresse in forme di proverbi) e di così impreciso significato che possono dar luogo a risultati contraddittori [e] poiché non esistono criteri oggettivi che indichino quando si deve applicare una massima piuttosto che un'altra, [si lascia comunque] al giudice un margine ampio per giungere al risultato da lui ritenuto desiderabile"²⁸. D'altro, la ritenuta prevalenza del criterio letterale sugli altri metodi individuati nel tempo da dottrina e giurisprudenza non pare tener conto come anche aderendo a questa impostazione non sia comunque possibile - lo si ripete - individuare un'interpretazione univoca e certa di una data formulazione normativa, e ciò in ragione dei problemi di carattere semantico e sintattico cui le disposizioni di legge inevitabilmente danno luogo e che impediscono di conferire carattere logico o necessitato ad una determinata attribuzione di significato al testo normativo²⁹.

Anche la cd. interpretazione letterale, dunque, per quanto pretenda di accreditarsi come aderente (meglio, come più aderente di altre) al significato proprio della formulazione linguistica che dà corpo alla disposizione sarà comunque sempre il risultato (anche) dell'adesione del singolo giudice ad una teoria generale o ad una ideologia del diritto, la quale condiziona "la scelta dei criteri [adottati] per attribuire significati agli enunciati normativi, e quindi, in ultima analisi determina la scelta del metodo interpretativo e l'interpretazione che nel caso concreto viene data di una norma"³⁰.

²⁸ Icastica ma difficilmente contestabile questa sintesi del ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), trad. it. GAVAZZI, Einaudi, Torino 1965, 145. Si veda anche HASSAMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in ARS Interpretandi, 1997, 88.

²⁹ Sul punto, ALCHOURRON - BULYGIN, *Limiti della logica cit.*, 151; LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano 1990; GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti giuridici*, Milano 2004; CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna 2007. Con specifico riferimento all'ambito penalistico, DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Cass. pen.*, 2016, 3, 14.

³⁰ TARUFFO, *Giudizio cit.*, 5, il quale sottolinea come il problema evidenziato nel testo non possa dirsi risolto nemmeno in presenza di una interpretazione prevalente o consolidata di una data previsione normativa. In tal caso, infatti, qualora il giudice recepisca tale interpretazione egli comunque fa propria una determinata opzione interpretativa, sia pur condivisa dalla maggioranza: "la scelta interpretativa è sempre

Non si può replicare a queste considerazioni sostenendo che, pur consapevoli della apertura di senso presente in qualsiasi formulazione linguistica, sarebbe comunque possibile pretendere il rispetto di “una misura” nel senso che vi sarebbe un limite nella facoltà di lettura del dato normativo (nella sua portata lessicale) oltre il quale non può più parlarsi di interpretazione del diritto ma deve ritenersi che il giudice dia egli stesso vita ad un nuovo diritto: non interpretazione, dunque, ma creazione dello *jus*. Questa obiezione da un lato serve davvero a poco – quante sono le ipotesi in cui la formulazione linguistica è espressa in termini tali da rendere incompatibili e senz’altro qualificabili come erronee certe attribuzioni di qualificato (in effetti non può condannarsi per omicidio chi uccide un cane perché un animale non è un uomo)? – e comunque sconta una certa ingenuità di approccio nella misura in cui pare ripercorre quella distinzione - ormai ritenuta insostenibile in sede di studi dell’interpretazione - fra cd. casi facili e casi difficili, i primi caratterizzati dalla circostanza che la previsione consente, appunto, una sola decisione interpretativa, disponibile, un solo significato appropriato da ricavare dalla disposizione, che dunque non lascerebbe al giudice alcuno spazio discrezionale nella definizione della portata normativa delle parole, i secondi presenterebbero invece seri e fondati problemi interpretativi con la conseguenza che il soggetto decisore si troverebbe necessariamente a dover operare una scelta fra diversi significati disponibili della disposizione, scelta che può (anzi, deve) essere difesa da argomenti ma che non potrebbe essere logicamente fondata³¹. In realtà, la stessa distinzione fra casi facili e casi difficili è essa stessa il risultato di una ermeneusi³², in cui è l’interprete a scegliere se problematicizzare o meno certi profili presenti nella formulazione della legge ed è - come lo stato “vivo/morto” del gatto di Heisenberg - che può dirsi se la norma era chiara o oscura nel suo significato: la lettura dell’art. 575 c.p. che punisce “chiunque cagiona la morte di un uomo”

alla base di qualsivoglia interpretazione, anche quando il giudice ritiene di non avere scelta”. Per una radicale critica all’effettiva utilità dei metodi di interpretazione, ed in particolar modo a quello letterale, FERRUA, *Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali*, in *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Atti del convegno dell’Associazione fra gli studiosi del processo penale, 6 - 8 dicembre 2002, Milano 2004, 65.

³¹ La distinzione in parola ha rappresentato per lungo tempo un *topos* tipico della teoria dell’interpretazione, MACCORMICK, *Il ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino 2001, 260; DWORKING, *L’impero del diritto* (1986), Milano 2010; ID., *I diritti presi sul serio*, Bologna 2010. Per una riproposizione, comunque in chiave problematica di tale distinzione, DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 159.

³² GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino 1992, 80.

è facile in alcuni casi - quando si tratta di valutare la posizione di una persona come chi scrive, cinquantenne maschio in (speriamo) buona salute -, può essere di meno immediata classificazione - nella intenzione del legislatore la parola uomo richiamava anche le persone di sesso femminile? E se sì, perché non sono state utilizzate le espressioni “persona umana” o “uomo e donna” o “taluno” come presente nell’art. 609 *bis* c.p. (a proposito della misura nel rispetto al dato letterale: sostenere, come è ovviamente pacifico, che la parola “uomo” si riferisce anche alla donna è o no rispettoso “della misura” della lettera della legge?) -, casi decisamente difficili - si pensi alle problematiche in tema di fine vita, in ordine all’individuazione del momento in cui “staccare la spina” non significa violare l’art. 575 c.p..

In particolare, la pretesa differenziazione fra casi facili e casi difficili non tiene adeguatamente conto della circostanza che nell’interpretazione di una formula linguistica (ma non solo, giacché la medesima riflessione vale anche per l’interpretazione di un comportamento materiale) il contesto svolge un ruolo fondamentale in duplice senso. Da un lato, il contesto rappresenta il “quadro di fondo”, il comune presupposto culturale che assicura, sino a prova contraria, “la rigidità del significato delle parole o locuzioni contenute nelle disposizioni o comunque la rigidità del loro significato tradizionalmente accettato e spesso considerato come l’unico possibile ...[e] questo significato è destinato a cambiare con l’eventuale mutare del contesto di sfondo (o meglio, delle assunzioni che ne fanno parte)”³³: è in considerazione di tale contesto in cui viene letta la parola “uomo” presente nell’art. 575 c.p. che nella cultura giuridica occidentale nessuno penserebbe che ad essere tutelate da condotte omicide arie non siano anche le donne (il che, appunto, non è purtroppo vero in altri ambiti culturali). Dall’altro, il contesto guida nell’interpretazione in ragione di quello che a un autore chiama “contesto prossimale” o “contesto situazionale concreto”³⁴ nel senso che nell’attribuzione di un significato ad un’espressione linguistica gioca un ruolo determinante il momento, l’occasione, il luogo, in cui l’espressione compare giacché è sulla base di tale contesto che può addivenirsi ad una precisazione del significato convenzionale (il *frame* che costituisce la base di partenza dell’interpretazione) dell’enunciato considerato: nel contesto giuridico penale, nelle democrazie occidentali, la parola “uomo” presente nell’articolo 575 c.p. è oggetto di un processo di arricchimento semantico che porta a

³³ VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., 40, che parla in questo caso di “contesto distale”.

³⁴ VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., 40.

ritenere che la stessa denoti anche la donna, ma in un locale pubblico la medesima parola “uomo” sulla porta della toilette indica che lì l’ingresso è consentito ai soli maschi).

In conclusione, al pari di quanto può dirsi con riferimento al linguaggio ordinario, anche per le proposizioni normative il significato linguistico convenzionale delle stesse è *context sensitive*³⁵, nel senso che tale significato è invariabilmente sottodeterminato rispetto ai vari contesti d’uso in cui tali enunciati sono impiegati e perciò distinguere, pregiudizialmente alla attività interpretativa, fra casi facili e casi difficili è - salvo rarissimi casi - implausibile (anche, ma non solo, come vedremo subito dopo) perché la presunta chiarezza di una disposizione (o meglio, la facilità di definizione del significato della formula letterale che ivi compare) dipende dalla rilevanza che l’interprete intende fornire al contesto culturale e situazionale in cui la disposizione compare è utilizzata. In questo senso, la vicenda oggetto della decisione in esame è esemplare: a fronte di una espressione di per sé univoca se riguardata nel suo significato letterale, la Cassazione nella definizione del significato sceglie di attribuire un peso determinante, a scapito del dato lessicale, al contesto in cui la stessa compare, per cui, posto che il problema era rappresentato dalla latitudine permissiva del provvedimento del giudice di autorizzazione allo svolgimento di operazioni di intercettazioni, in questo ambito la frase “procedimenti diversi” assume il significato di “reati diversi”³⁶.

Per quali ragioni ed in presenza di quali condizioni il giudice debba attribuire un tale rilievo al contesto - di sfondo e, per così dire, di prossimità - in cui compare la frase da utilizzare, tanto da “marginalizzare” la rilevanza del dato lessicale, lo diremo in seguito (per l’istante si può accennare al fatto che nel caso deciso nella sentenza in commento la Cassazione sceglie di attribuire particolare importanza alla circostanza che la frase “procedimenti diversi” compariva nella disciplina in tema di intercettazione in quanto questa opzione ermeneutica le consentiva di pervenire ad una interpretazione che meglio tutelava alcuni valori di primario rilievo quale quello della riservatezza: infatti, specie nel diritto penale e nel diritto processuale penale, l’interpretazione è

³⁵ CAPPELEN - LEPORÉ, *Insensitive Semantics*, Blackwell, Oxford, 2005, 7; CARSTON, *Thoughts and Utterances. The Pragmatics of Explicit Communication*, Blackwell, Oxford, 1982.

³⁶ Nel senso che la dipendenza contestuale degli enunciati giuridici non è un elemento accidentale degli stessi, ma essenziale, WROBLEWSKI - DASCAL, *Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law*, in *Law and Philosophy*, Vol. 7, No. 2 (Aug., 1988), 203-224.

necessariamente una interpretazione per ed in ragione di valori ... ma di ciò, appunto, diremo più avanti). Adesso è il caso di evidenziare altre ragioni che evidenziano l'erroneità della distinzione fra casi facili e casi difficili e la sostanziale insostenibilità di un particolare importanza e rilevanza, rispetto agli altri criteri, del metodo di interpretazione letterale.

9. b) *L'ineliminabile discrezionalità del giudice nella individuazione dei riferimenti delle formule linguistiche della legge.* In secondo luogo, la supposta presenza di casi facili e casi difficili nell'ambito dell'attività di interpretazione non tiene conto di una caratteristica specifica ed immancabile dell'ermeneutica giuridica, la quale ha una finalità ed una direzione prettamente operativa e pragmatica: le disposizioni di legge non si interpretano (solo) per comprenderne il significato ma per applicarle in presenza delle circostanze da loro richiamate ed in tale irrinunciabile momento dell'attività interpretativa della previsione normativa³⁷ il giudice esercita nuovamente un potere discrezionale difficile te arginabile.

Nell'individuare il "significato di una disposizione normativa", proprio per il fatto che si tratta di un'attività diretta a verificare se applicare o meno la norma in determinate situazioni, occorre distinguere due profili del significato delle parole ovvero il loro senso ed il loro riferimento (come è noto, la distinzione tra senso e significato di un'espressione si inquadra nella semantica di Frege, che utilizza l'efficace esempio della doppia denominazione di Venere come Vespero, la stella della sera, ed Aspero, la stella del mattino). Il senso è l'oggetto della domanda "cosa vuol dire la parola X" e segna il radicamento della espressione lessicale all'interno del sistema linguistico complessivo; un tale livello di definizione del significato è tuttavia sostanzialmente irrilevante o comunque certo non esaustiva per il mondo giuridico (o quanto meno per quello giudiziario) in quanto ciò che conta per coloro che sono chiamati ad interpretare le norme per poi applicarle non è la risposta alla questione - che potremmo definire di tipo essenzialistico, rinvianti ad una visione statica del significato - "qual è il senso generale della parola X" bensì a cosa ci riferisce, cosa si indica, cosa si vuole dire quando si usa, in un determinato contesto fra parlanti aventi determinate caratteristiche comuni, la parola X: per richiamare la mirabile

³⁷ Nel senso che non vi sia una soluzione di continuità fra interpretazione ed applicazione del diritto potendo la fase terminale dell'applicazione del diritto al caso concreto essere ricostruita come la fase terminale dell'attribuzione del riferimento, VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., 164.

ricostruzione teorica di FERRAIOLI, si devono distinguere due accezioni diverse di significato di un segno, l'estensione (o denotazione), che consiste nell'insieme degli oggetti cui il segno si applica o si riferisce e l'intensione (o connotazione), che consiste nell'insieme delle proprietà evocate dal segno e possedute dai singoli oggetti che rientrano nella sua estensione³⁸.

Per il giurista ed in particolare per il giudice e per le parti del rapporto processuale, ciò che interessa è essenzialmente il riferimento della formula linguistica, giacché³⁹ mentre il senso esprime la dimensione intralinguistica del significato, il riferimento riguarda il rapporto linguaggio-mondo ed allora per il diritto, che con il suo linguaggio parla al e del mondo, il significato delle formule linguistiche è dato dal loro riferimento perché è solo il riferimento che può rispondere alla domanda (davvero rilevante per chi opera nella aule di giustizia) cosa del mondo indica e prende in considerazione la singola previsione della cui possibile rilevanza nel processo si discute. Tuttavia, se nella fase dell'interpretazione intesa a definire il senso di una norma il significato convenzionale delle parole che compaiono nella disposizione può condizionare in maniera più o meno vincolante (ma, come detto, mai in maniera assoluta) il giudice, posto che delle locuzioni contenute nella previsione questi deve in prima battuta fornire una definizione che ne rispetti il significato linguistico da esse posseduto sulla scorta delle regole d'uso a momento in vigore nella comunità linguistica di riferimento, tali vincoli scompaiono in maniera pressoché assoluta quando si tratta di dare corpo al riferimento di quelle medesime espressioni, quando cioè si vuol rispondere alle domande "cosa vuol dire quella parola?", "quali sono gli oggetti che rientrano all'interno di quella nozione di senso che si è in precedenza ricostruito?": una volta introdotta questa ulteriore fase dell'ermeneutica, infatti, il giudice non si interessa più alla disposizione giuridica come enunciato ma come enunciazione ed il relativo significato linguistico è necessariamente ricavato a mezzo di "operazioni di riformulazione contestuale..., riformulazioni che contengono gli opportuni arricchimenti semantici [e che] equivalgono a specifiche enunciazioni, in contesti prossimali di volta in volta diversi, delle

³⁸ FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, XI ed., Roma - Bari, 1999, 104, secondo cui l'intensione, che abbiamo denominato come senso, di un predicato è costituita dal concetto da esso connotato ossia dalla somma delle sue note costituite e delle sue caratteristiche essenziali, mentre l'estensione, che abbiamo denominato riferimento, è la classe di oggetti da esso denotati in proposizioni accettate come vere.

³⁹ Come dice PUTMAN, *Meaning and moral sciences*, London: Routledge and Kegan Paul, 1978, 137.

disposizioni di partenza”⁴⁰.

Si può rinvenire un generale accordo sul fatto che il senso della parola “tavolo” sia quello di “mobile costituito da un piano orizzontale, sostenuto da gambe o piedi o supporti, di forma e materiali vari”, ma una tale concordia di opinioni scompare quando si discute se possa parlarsi di “tavolo” anche con riferimento a quella che alcuni chiamerebbero “sedia” ovvero un manufatto che presenta comunque un piano orizzontale con supporti che elevano il piano dal terreno anzidetto anche se, nel significato convenzionale delle espressioni sedia e tavolo, la prima si differenzia per essere più bassa e con un paio orizzontale con superficie decisamente minore. In base a quali parametri sostenere che la parola “tavola” ben può riferirsi anche a quella che per molti è una sedia?; certo tale denotazione, per dirla *a là* FERRAIOLI, sarebbe erronea nella prospettiva di un adulto che sul tavolo volesse cenare o studiare, mentre potrebbe essere corretta nell’ottica di un bambino che cercasse una mera superficie orizzontale leggermente rialzata da terra per poter fare qualche disegno, così come in un riunione fra amici nessuno presterebbe attenzione a chi utilizzasse un tavolo per sedersi, diversamente da quanto accadrebbe in un luogo in cui comparissero dei cartelli con scritto “attenzione si prega di non utilizzare per sedersi i tavoli perché non stabili”.

Volendo rinvenire un esempio di quanto detto nell’ambito del diritto penale, tanto sostanziale che processuale, si pensi all’espressione “prossimi congiunti” presente in diverse previsioni del codice penale e del codice di rito. Il “senso linguistico” di questa formula lessicale è illustrato, con sostanziale inequivocità, dall’art. 307, comma 4[^], del codice penale in base al quale rientrano in tale novero “gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un’unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti” e però la giurisprudenza ha più volte sostenuto che nel novero di tali soggetti rientrano anche soggetti conviventi *more uxorio* (Cass., sez. II, 27 settembre 2019, n. 50399, interessante perché evidenzia come a tale conclusione la giurisprudenza sia giunta ancor prima dell’entrata in vigore della legge sull’unione civili e quindi quando la convivenza *more uxorio* non aveva alcun

⁴⁰ VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., 143. Parla di approccio pragmatico, in cui l’accento è messo sull’enunciazione e sull’atto linguistico, contrapposto all’approccio semantico, secondo cui è possibile determinare il significato di un enunciato facendo riferimento al sistema linguistico di appartenenza, indipendentemente dal contesto di enunciazione, COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica*, Torino 1992, 19.

riconoscimento legale e quindi i soggetti che versavano in tale situazione in alcun modo potevano essere qualificato come congiunti ai sensi della citata disposizione del codice penale). La scelta di riferire l'espressione "prossimi congiunti" anche a quanti non sono in alcun modo ricompresi nella definizione letterale che di tale espressione fornisce il legislatore si spiega in ragione della circostanza che le note costitutive e le caratteristiche che rappresentano l'intensione o il senso dell'espressione "prossimi congiunti" (e cioè il forte legame emotivo fra i soggetti presi in considerazione) denotano anche i soggetti che convivono *more uxorio*: si badi, però, che tale equivalenza fra "prossimi congiunti" e "conviventi *more uxorio*" ovvero la conclusione secondo cui la prima espressione fa riferimento anche alla seconda categoria non è vale sempre e comunque, ma è valida solo nel contesto del processo penale perché solo in quell'ambito che assumere rilevanza la vicinanza emotiva fra i due soggetti, uno dei quali potrebbe essere chiamato a supportare accuse penali nei confronti dell'altro e nell'adempimento di tale compito potrebbe essere condizionato negativamente dall'intento rapporto con l'imputato), mentre in altri contesti, in cui tale considerazione non assume rilevanza, la medesima espressione "prossimi congiunti" ben potrebbe denotare solo soggetti legati da vincoli formali riconosciuti e consacrati come tale dall'ordinamento giuridico.

Come si vede, dunque, nell'attività di interpretazione il dato linguistico, le parole utilizzate dal legislatore per dare corpo ad una norma, non rappresentano nulla più che una (spesso solo iniziale) guida per l'interprete, il quale può⁴¹ ricostruirne il significato - *sub specie* di riferimento ovvero come determinazione della porzione di realtà cui riferire la previsione - sulla base di elementi ulteriori rispetto a quello letterale. L'attribuzione del senso e del riferimento delle parole e delle locuzioni contenute negli enunciati giuridici muove dunque da una base semantica, per la definizione del cui significato l'interprete in effetti - sia pur con i limiti anzidetti e sempre ciò sia effettivamente possibile sulla base delle espressioni lessicali utilizzate dal legislatore - può far richiamo alla accezione convenzionalmente accettata, per giungere poi come risultato finale, sotto la spinta del contesto (nel duplice senso da noi richiamato in precedenza), alla determinazione di un riferimento della norma che può discostarsi anche in modo rilevante dal senso inizialmente attribuito alla norma sulla base del mero dato della sua formulazione letterale. All'interno di una tale concezione

⁴¹ E spesso deve, data l'indeterminatezza del linguaggio giuridico: LUZZATTI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano 1990

dell'ermeneutica giuridica, parlare di aderenza alla lettera della legge (o di una misura minimale di allontanamento dalla stessa da parte del giudicante) quale criterio essenziale per verificare la correttezza dell'esito dell'interpretazione che il giudice fa della disposizione è fuorviante perché misconosce l'importanza del contesto nella determinazione dei riferimenti al mondo che la norma intendeva richiamare e porta ad obliterare gli altri fattori che vanno tenuti conto per pervenire ad una corretta lettura della previsione.

10. *La tutela dell'accusato quale unico vincolo per l'interpretazione delle leggi processuali penali: il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio quale guida per l'istruttoria del processo penale.* Non bisogna equivocare sulla portata delle nostre considerazioni.

Ridimensionare la rilevanza del dato testuale delle previsioni normative nell'attività di interpretazione giudiziale delle stesse non significa riconoscere in capo al giudice una discrezionalità assoluta come sostenuto dalla scuola del diritto libero⁴² e più in generale dai sostenitori dell'antiformalismo interpretativo⁴³, né è nostra intenzione affermare che non possa distinguersi fra “buona” o “cattiva”, corretta o censurabile interpretazione di una determinata norma: quello che invece riteniamo è che una tale valutazione non passi per un giudizio circa la distanza fra l'esito finale dell'operazione ermeneutica ed il significato letterale delle parole che compaiono nella disposizione, dovendo invece assumere rilevanza altri parametri e criteri: in particolare, a nostro pare, nell'ambito dell'interpretazione delle norme processuali penali il profilo da considerare in maniera preminente è quello della salvaguardia (o della massima protezione possibile) dell'accusato rispetto alla validazione probatoria dell'ipotesi accusatoria. La nostra riflessione parte da una considerazione che, per le ragioni esposte, ci pare incontestabile: il metodo interpretativo letterale quale strumento per la ricostruzione del significato delle disposizioni giuridiche presenta alcune criticità e comunque il suo utilizzo è di scarsa utilità per pervenire a conclusioni

⁴² MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001) o dalla giurisprudenza degli interessi o dagli indirizzi teleologici francesi o dal realismo giuridico (TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, 1962; ID., *Realismo giuridico*, in *NN.Dig.It.*, XII, Torino 1966; OLIVECRONA, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, trad. a cura di PATTARO, Milano 1972; CASTIGNONE, *Diritto, linguaggio, realtà*, Torino 1995.

⁴³ In proposito, senza pretesa di completezza, CHIASSONI, *Tecniche dell'interpretazione*, cit., 144; CARRIÒ, *Sull'interpretazione giuridica*, in COMANDUCCI - GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. I, Torino 1987, 127; ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano 1998.

significativamente vincolanti nell'interpretazione delle norme. Per tale ragione, negli studi giuridici si è proposto il ricorso ad altri criteri ermeneutici, come quello sistematico, quello funzionale, l'interpretazione costituzionalmente conforme, l'interpretazione costituzionalmente orientata ecc., perché si affiancassero o addirittura prendessero il posto di un'ermeneutica che vedeva nella lettera della legge l'unico referente del giurista; la replica a tali proposte è nota: mentre il criterio dell'interpretazione letterale, per quanto "ingenuo" e modesto nei risultati cui consente di pervenire, è comunque fondato "su dati fattuali, [gli altri criteri ipotizzabili] viceversa paiono ampiamente affidati a scelte di valore, capaci di travestire di oggettività meri argomenti retorici volti a giustificare o a tradurre in termini di accettabilità una determinata opzione ermeneutica piuttosto che a rivelarne i criteri effettivi"⁴⁴.

A questo punto, le riflessioni paiono arrestarsi ed il contrasto fra le posizioni cognitivistiche o formalistiche, secondo le quali la singola disposizione ha, in virtù della sua formulazione semantica, un univoco significato che il giudice deve rinvenire, e quelle scettiche ed antiformalistiche, che sostengono il significato letterale-convenzionale di partenza di un enunciato non è in alcun modo disponibile o comunque non rappresenta un vincolo per l'interprete per cui non vi sarebbe alcuna sostanziale differenza fra interpretazione ed integrazione del diritto⁴⁵ pare irrisolvibile.

Così non è, a nostro parere, quantomeno nell'ambito del diritto processuale penale, essendo possibile superare questa contrapposizione per un duplice aspetto. Da un lato, fra i diversi metodi ermeneutici individuati nel tempo dalla dottrina chi dirige il giudizio penale deve interpretarne la relativa disciplina alla luce di un criterio affatto particolare o comunque deve adattare uno dei criteri interpretativi richiamati dalla dottrina a quelle che sono le finalità proprie del processo penale: infatti, il giudice penale, lungi dall'essere libero di scegliere in base a quale metodo procedere all'ermeneusi normativa, deve seguire il principio secondo cui fra le diverse alternative di significato che la norma processuale pone all'interprete va prescelta quella meglio tutela la posizione dell'accusato, rendendo più complessa e difficile (ma per questo motivo, come vedremo, anche maggiormente solida in caso di esito di condanna) la conferma

⁴⁴ VALENTINI, *Norme processuali penali*, cit., 3340, già citata in precedenza.

⁴⁵ È il contrasto intorno alla ricostruzione del "diritto come integrità" qualificato come incubo, da ROSS, e come nobile sogno, seguendo DWORKIN: SCHIAVELLO, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno?* *Saggio su Ronald Dworkin*, Torino 1998.

dell'ipotesi accusatoria. Dall'altro, proprio la chiarezza (quanto meno concettuale) di tale conclusione consente di replicare alle obiezioni di quanti contestano l'abbandono (o comunque il ridimensionamento dell'importanza) del criterio letterale nella definizione della portata della disposizione normativa sostenendo l'eccessiva discrezionalità che in questo modo verrebbe a riconoscersi in capo alla giurisprudenza: infatti, a prescindere dalle considerazioni già sopra formulate circa l'opinabilità che caratterizza anche la cd. interpretazione letterale e la (accettabile o meno) distanza fra le relative conclusioni e quelli che (sulla base di quali parametri?) si ha ragione di ritenere il "significato fatto palese dalle parole", pare evidente che asserire che l'ermeneutica accettabile di una disposizione processuale penale è quella che fra le diverse possibili letture alternative della stessa facilita la posizione della difesa, agevola (potremmo dire che ne individua un parametro di valutazione oggettivo) il giudizio circa la correttezza della soluzione interpretativa scelta dal giudice, la cui posizione va apprezzata se rende più complessa la prova circa la responsabilità dell'imputato e va invece criticata (o quanto meno va più attentamente sottoposta ad esame) nel caso contrario.

Il presupposto della nostra tesi è che, stante l'apertura di senso presente in ogni formulazione linguistica, nel diritto penale – sia in ambito sostanziale che in ambito processuale – l'interpretazione non può che essere una interpretazione per valori cioè una interpretazione che conferisce alla norma il significato maggiormente aderente al valore che si vuole perseguire. Nell'ambito del diritto penale sostanziale l'opzione di valore è segnata dal divieto di analogia *in malam partem* che esprime l'intenzione dell'ordinamento nel suo complesso di preservare quanto più possibile lo spazio di libertà per ciascuno di noi precisando con nettezza i contorni di quanto vietato⁴⁶; nel processo penale, invece, il valore di riferimento è rappresentato (non, come la vulgata spesso pretende, dal raggiungimento di una presunta ed inattuabile verità, ma) dalla tutela dell'accusato giusta la concezione – da noi sostenuta in altre occasioni – del "processo quale modalità di sottoposizione dell'inquisito ad una forma di giustizia mite, ad una procedura idonea a sottrarlo alle pressioni punitive, spesso isteriche, della collettività, collettività pronta a confondere fra accusato e responsabile, fra pena congrua e pena esemplare e spinta dalla visione palinogenetica della

⁴⁶ BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano 1949; BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938; ID., *Intorno al fondamento del procedimento per analogia*, in *Giur. it.*, 1951, 229.

punizione a richiedere l'individuazione di un responsabile del fatto, quale che sia"¹⁷. È certo che nel processo penale bisogna accertare l'accaduto, ma tale accertamento non è obiettivo da perseguire con ogni mezzo ed al cui raggiungimento subordinare ogni altro valore e principio: la ricostruzione del passato nel giudizio criminale è il presupposto per l'applicazione al reo di una pena giusta, commisurata all'effettivo disvalore di quanto dal medesimo realizzato, ma se il reo è il protagonista del giudizio criminale allora questo giudizio deve per l'appunto essere strutturato in maniera tale da privilegiare – prima ancora dell'accertamento della verità – la posizione dell'accusato ed in omaggio a tale obiettivo si deve ritenere che, in presenza di possibili alternative "letture" di una disposizione codicistica (anche di carattere processuale e non solo, come si ritiene da sempre, di quelle incriminatrici), va privilegiata quella che conduce ad una ricostruzione dell'accaduto maggiormente favorevole per l'imputato. Questa conclusione è anche sancita a livello normativo, con una disposizione presente nel codice di procedura (oltre ovviamente a quanto ricavabile dalle previsioni della Carta costituzionale di cui agli artt. 24 ss.). Il riferimento è all'art. 533, comma 1, ed al principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio ivi richiamato: di regola, questa disposizione, anche in ragione del *topos* codicistico in cui è collocata, è letta – si potrebbe dire, sulla scorta di quanto osservato in precedenza, il suo "riferimento" è individuato - in relazione alla fase del giudizio, quando il giudice deve valutare se le prove raccolte siano sufficienti a suffragare l'ipotesi di accusa, imponendo l'adozione di una logica decisionale strutturata in maniera tale da favorire l'assoluzione dell'imputato quando, pur in presenza di una molteplicità di spunti accusatori, residui un margine di dubbio sulla sua responsabilità. In realtà, però, il criterio del *BARD* va oltre l'affermazione di tale *standard* probatorio proprio del processo penale giacché, proprio perché, imponendo di considerare fondata l'accusa quando (non solo siano stati raccolti elementi a supporto della stessa, ma questa) abbia resistito ai tentativi di falsificazione, pretende che il giudice governi lo svolgimento del processo (e quindi interpreti la relativa disciplina) in termini tali da precludere al pubblico ministero l'utilizzo di mezzi di prova o di dati epistemologici ogni qualvolta la relativa disciplina sia interpretabile nel senso di sancire l'inutilizzabilità degli stessi: la logica dell'oltre ogni ragionevole dubbio dunque non è solo guida per la decisione ma anche direttiva per l'istruttoria e ciò in quanto il

¹⁷ GAITO - SANTORIELLO, *Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?*, in *questa Rivista*, 2013, 397; SANTORIELLO, *L'abuso del processo*, Pisa 2018, 169 ss..

giudice deve verificare se il dubbio sulla liceità del ricorso ad uno strumento probatorio non determini anche un'incertezza sulla fondatezza della accusa. Detto altrimenti, l'art. 533, comma 1, c.p.p. impone al giudice di ragionare nei seguenti termini: "l'istruttoria mi ha fornito un quadro probatorio che conferma oltre ogni ragionevole dubbio la responsabilità dell'imputato, ma fra gli elementi dell'accusa rientra anche una intercettazione della cui utilizzabilità, alla luce dell'equivoco dato normativo, si dubita; se io sancissi l'inutilizzabilità della captazione l'accusa avrebbe la medesima forza o dovrei riconoscere l'affacciarsi di un dubbio circa l'accaduto?"; posto che quando la risposta è nel secondo senso il dubbio sulla corretta interpretazione della norma si traduce in un dubbio sulla fondatezza dell'ipotesi accusatoria, il giudice è tenuto, in omaggio al principio del *beyond any reasonable doubt*, ad assumere l'interpretazione della disciplina che sancisce l'estromissione dal processo dei dati contestati o che comunque, come detto sopra, rende più difficoltosa la prova della colpevolezza dell'accusato: solo in questo modo, infatti, si potrà dire che l'imputazione ha resistito ad ogni tentativo di falsificazione, ivi compresi quelli che passano per una lettura della normativa processuale attenta al valore della tutela dell'accusato.

CIRO SANTORIELLO