

VITO VELLUZZI

DUE (BREVI) NOTE SUL GIUDICE PENALE
E L'INTERPRETAZIONE

1. Nella teoria del diritto contemporanea il dibattito intorno all'interpretazione giuridica è sempre vivace. Sarebbe davvero riduttivo e inutilmente pretenzioso compendiarlo o voler dire una parola nuova in poche battute¹. La finalità di questo scritto è più modesta. Le pagine che seguono vertono su due aspetti dell'interpretazione giuridica visti dalla prospettiva del giudice penale e sono caratterizzate dall'intento di indicare rispetto ad essi degli spunti di riflessione, non delle soluzioni². L'ottica assunta è quella del teorico dell'interpretazione giuridica che guarda con marcato rispetto al diritto penale, ritenendolo un terreno fecondo per l'affinamento delle proprie elaborazioni.

Il primo aspetto riguarda la discrezionalità interpretativa del giudice penale e più in particolare se sia ancora ragionevole e sensato ritenere esistenti per l'interpretazione giudiziale dei limiti, dei criteri di controllo di natura semantica e sintattica. Si tratta cioè di capire se una certa lettura della legalità penale e delle disposizioni normative che ne costituiscono il presidio sul versante dell'interpretazione sia tutt'ora percorribile e in quali termini lo sia, oppure se costituisca una sorta di ingannevole e vanamente consolatoria illusione³. La trattazione di questo primo punto terrà in considerazione l'interpretazione giuridica intesa in senso stretto, come determinazione del significato delle disposizioni normative.

Il secondo aspetto concerne la costruzione di principi inespressi da parte del giudice, specie per l'ipotesi in cui la costruzione del principio sia finalizzata alla

¹ Due libri recenti e ricchi di informazioni sono quelli di R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011 e F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2012. Per una sintetica e curata esposizione delle problematiche connesse all'interpretazione giuridica v. G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. Dir., Annali*, V, 2012, *ad vocem*.

² La filosofia del diritto, infatti, al pari di quella generale, assolve al proprio compito soprattutto se sollecita e stimola ragionamenti. La base concettuale delle considerazioni che seguiranno è costituita principalmente dai saggi *Osservazioni sull'analogia giuridica* e *L'abuso del diritto in poche parole* entrambi in V. VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, Pisa, 2012. Nel corso di questo scritto disposizione normativa ed enunciato normativo saranno usati col medesimo significato di enunciato delle fonti del diritto (di natura legislativa in particolare). Determinazione e attribuzione di significato saranno usate in maniera equivalente sul piano semantico.

³ Si tratta di capire se le principali ragioni per le quali il diritto penale contemporaneo è stato concepito in un certo modo possano essere soddisfatte e a quali condizioni.

limitazione di diritti soggettivi dell'imputato. Anche qui entra in gioco la discrezionalità, tuttavia coinvolge profili differenti e ulteriori rispetto al punto segnalato per primo, forse ancora più problematici. Le questioni riguardanti questo secondo aspetto del rapporto tra giudice penale e interpretazione trovano un'eccellente esemplificazione nel cosiddetto abuso del processo, esempio dal quale si prenderanno le mosse per compiere considerazioni di ordine più generale⁴. La trattazione del secondo punto concerne l'interpretazione intesa in senso ampio, come attività compiuta dal giudice al fine di risolvere il caso a lui sottoposto⁵.

2. Iniziamo dal primo punto. Un giurista autorevole ha correttamente affermato che «ogni teoria dell'interpretazione “porta con sé” una immagine particolare del giudice, ed ogni definizione del ruolo del giudice “porta con sé” una specifica concezione dell'interpretazione. Di conseguenza, le variazioni nella teoria implicano variazioni nella definizione del ruolo istituzionale del giudice (e forse, in qualche misura, nel modo in cui i giudici interpretano il loro ruolo) e viceversa»⁶. È fisiologico che i giudici abbiano, in maniera più o meno consapevole, un modo di intendere il proprio ruolo e sposino, pur sempre con maggiore o minore consapevolezza, una concezione dell'interpretazione giuridica. Le due questioni subiscono, come riferito appena sopra, condizionamenti reciproci. Tuttavia, ciò appurato, bisogna interrogarsi sul fatto che per l'ambito penale esistono disposizioni normative di vario rango gerarchico le quali pongono divieti per l'interprete o forniscono indicazioni condizionanti l'attività giudiziale che si connettono alla legalità penale. Ne segue che il giudice penale non può proiettare sulla propria decisione (più puntualmente: sulla decisione e sulla motivazione adottata a sostegno di essa) la concezione dell'interpretazione a lui gradita o il modo di intendere il proprio ruolo di giudice senza rendere l'una e l'altro compatibili col quadro normativo complessivo, e per l'oggetto di questo breve scritto perlomeno con gli artt. 1 c.p., 14 preleggi e 25 comma 2 Cost.⁷. A seconda del modo in cui le disposizioni normative caratterizzanti la legalità penale sono intese, ossia vengono tradotte in norme, muta l'intensità del vincolo posto al giudice.

Orbene, la tesi che gli artt. 1 c.p., 14 preleggi, 25 comma 2 Cost. (assieme anche

⁴ Non v'è l'intento di trattare complesse questioni processuali senza possederne le competenze, ma di cogliere i profili di interesse del tema per il teorico del diritto.

⁵ Ossia di quelle attività (per esempio colmare le lacune e risolvere le antinomie) che sarebbe preferibile chiamare di integrazione e che presuppongono l'interpretazione intesa come determinazione e attribuzione di significato alle disposizioni normative (per questo e per altri aspetti salienti dell'interpretazione in campo giuridico v. E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999).

⁶ M. TARUFFO, *Il giudice e la «Rule of Law»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 943.

⁷ È superfluo rammentarne in questa sede la formulazione.

ad altre fonti) possano fondare nel sistema giuridico un argine semantico e sintattico per l'interprete rispetto all'attribuzione di significato alle disposizioni normative (incriminatrici) che lo stesso interprete compie è, si dice, in crisi. Il controllo della compatibilità tra decisione giudiziale e legalità penale non può più trovare il suo snodo principale ed efficace nella semantica e nella sintassi adottata (ovviamente all'interno dello schema costituzionale) dal legislatore. Ciò dipenderebbe dal fatto che gli enunciati normativi non veicolano un ambito di significati ben delineato, le regole semantiche e sintattiche di funzionamento della lingua in cui lo stesso enunciato normativo è formulato sono indeterminate e per questo non in grado di costituire un limite alla discrezionalità interpretativa. Se continuassimo a considerare il significato delle disposizioni normative sopra citate nel senso che "il legislatore emana testi portatori di significati" e "il giudice penale opera all'interno del perimetro semantico e sintattico tracciato dal legislatore" occulteremmo non solo un dato di fatto (ciò che taluni giudici fanno), bensì un profilo non eludibile di natura linguistica: il giudice non incontra vincoli particolari nel determinare il significato⁸. Bisognerebbe abbandonare, quindi, questa lettura, per così dire, ingenua e porsi in una differente prospettiva che sappia leggere con la dovuta e realistica malizia la relazione tra il legislatore e il giudice penale, proprio al fine di non occultare il peso del ruolo che quest'ultimo ineluttabilmente ha nel sistema giuridico e cercare di comprendere quali possano essere gli strumenti adeguati di valutazione e di controllo del suo operato⁹.

⁸ Per essere chiari. Non si discute che il giudice decida discrezionalmente, si tratta però di capire in che cosa consista la discrezionalità, se vi sia un perimetro all'interno del quale possa essere esercitata e da che cosa il perimetro sia costituito. Si tratta di capire se tra i criteri di controllo dell'operato del giudice penale la semantica e la sintassi delle disposizioni normative assolvano un compito necessario e importante (anche se talora non sufficiente). Si tratta di comprendere, quindi, se si possa sostenere che «Assume rilievo, pertanto, il modo in cui una decisione si forma (nonché il contenuto che essa ha), e non solo il fatto che sia presa. Emerge, a questo proposito, il principio di legalità, che rinvia alla conformità a modelli giuridici prestabiliti, ponendosi come criterio irrinunciabile dell'esercizio legittimo del potere e del suo controllo [...] Il principio di legalità, infatti [...] Pretende che l'attività dei poteri pubblici debba svolgersi entro una cornice di regole e di principi riconosciuti che ne restringano la discrezionalità, talché questi poteri risultano soggetti alla (e dunque vincolati alla) legge, sia riguardo alle forme sia riguardo ai contenuti del loro esercizio» (così B. PASTORE, *Decisioni e controlli tra potere e ragione*, Torino, 2013, p. VIII). Altrimenti bisognerebbe interrogarsi sull'opportunità di mutare radicalmente la rotta, oppure bisognerebbe interrogarsi sull'opportunità di soddisfare quelle medesime esigenze per altra via; per un interessante dibattito in proposito v. F. GIUNTA (a cura di), *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in questa rivista, annata 2011, p. 77-137, con saggi di G. FIANDACA - A. GARGANI - C. F. GROSSO.

⁹ Si tratta di una tendenza che accomuna autori e correnti di pensiero di differente estrazione, per una panoramica con particolare attenzione agli aspetti filosofico linguistici v. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006. In queste parole introduttive si è accennato più volte alla dimensione decisionale e di controllo del diritto (penale e non), per una efficace chiarificazione delle nozioni di decisione e di controllo e delle reciproche cor-

Così ragionando, però, v'è probabilmente l'inconveniente di buttare il bambino assieme all'acqua sporca. Abbandonata a ragion veduta l'insostenibile tesi del giudice bocca della legge e privo di discrezionalità interpretativa non v'è l'inevitabile approdo dello scetticismo radicale rispetto alle norme (e quindi pure alle norme di legge)¹⁰. Occorre chiedersi: le regole semantiche e sintattiche di funzionamento della lingua sono davvero inservibili per distinguere ciò che è interpretazione (intesa come determinazione del significato delle disposizioni normative) da ciò che non lo è? Qualora la risposta all'interrogativo posto fosse negativa non si potrebbe indicare la lettura della legalità penale messa in discussione come ingenua o financo illusoria. I suoi critici non potrebbero più proporre la definitiva archiviazione perché impossibile da realizzare, bensì dovrebbero adoperarsi per sostenere (in maniera apertamente prescrittiva) le ragioni che militano a favore di un diverso atteggiarsi del rapporto tra legislatore e giudice. Un tentativo di fornire una risposta negativa all'interrogativo può essere fatto. Vediamo, seppure in estrema sintesi, come¹¹.

La discrezionalità giudiziale dipende, si sa, da molteplici fattori, tra i quali v'è, oltre alla vaghezza dei significati e all'ambiguità delle parole, la qualità e la quantità del materiale normativo col quale il giudice è tenuto a misurarsi¹². Qui non interessa passare i fattori in rassegna, interessa, invece, mettere in luce il carattere peculiare del linguaggio giuridico, ossia la presenza di un prestito linguistico (o semiotico)

relazioni v. ancora B. PASTORE, *Decisioni e controlli tra potere e ragione*, cit., cap. I-IV; si aggiungano le riflessioni significative di L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, 2008.

¹⁰ È celebre l'affermazione di H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, per cui lo scettico radicale è sovente un formalista deluso. Con nitore è stato detto che il modello dell'interprete bocca della legge «apparentemente espressivo della massima precisione e tassatività della legge, è contrario al principio di tassatività». Se per principio di tassatività si intende l'aspetto *giudiziale* della determinatezza della legge, ossia il dovere del giudice di non depotenziare o violare l'esigenza di precisione e determinatezza della formulazione legale della regola [...] Per applicare un sillogismo giudiziale [...] non è necessario, ma neppure possibile, rinunciare all'interpretazione che deve precedere quell'operazione di sussunzione», così M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, in B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012, p. 90. Sul rapporto tra interpretazione e sillogismo giudiziale v. D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, p. 316 ss.

¹¹ Per approfondimenti mi permetto di rinviare al mio *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in questa rivista, annata 2008, p. 493-507.

¹² Un'ampia trattazione di queste e di altre ragioni alla base della discrezionalità interpretativa è svolta da C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999. Sulla qualità della redazione delle leggi sono preziose le parole di U. SCARPELLI, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. Di Lucia (a cura di), *Nomografia*, Milano, 1995, p. 5 ss.; una questione di sicuro interesse è quello dell'uso di cosiddette clausole generali (la nozione è tra le più oscure v. la recente ed esaustiva voce di E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. Dir., Annali*, V, 2012, *ad vocem*) nel diritto penale, su cui da ultimo D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, in rete il 14.11.2012.

tra lingua naturale e diritto¹³. Sostenere che il diritto adotta la tecnica del prestito linguistico significa asserire che il legame tra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario è importante, sia a livello sintattico, sia a livello semantico. Più in particolare, il prestito «è massimo a livello sintattico, la struttura sintattico-grammaticale delle disposizioni giuridiche è presa quasi interamente dalla sintassi della lingua naturale di riferimento [...] Tanto grande è il “prestito” che l’espressione è in qualche modo ingannevole»¹⁴. Va aggiunto poi che il prestito linguistico «è grande anche a livello lessicale o semantico»¹⁵.

L’operatività del prestito semiotico o linguistico a livello semantico e sintattico si riverbera sulla questione dei limiti dell’interpretazione, poiché mette bene in evidenza che laddove l’interprete sia chiamato ad attribuire significato alle disposizioni normative «al di fuori dei significati ad esso attribuibili per mezzo delle regole semantiche e sintattiche della lingua in cui esso è formulato, non vi sia spazio alcuno per gli organi competenti di invocarlo. La prevedibilità del non intervento degli organi decisionali ed esecutivi è possibile pure perché le regole di funzionamento della lingua non sono patrimonio esclusivo del ceto degli esperti del diritto, bensì anche di coloro che non operano professionalmente col diritto»¹⁶. Insomma, pur nella complessità riconosciuta al linguaggio giuridico l’interprete resta tale, compie, cioè, attribuzioni di significato e non qualcosa d’altro se si muove nelle «aree di significanza» e nella «preesistente trama di relazioni sintattiche» che il legislatore gli consegna¹⁷. Per cui, almeno fino a quando il linguaggio giuridico resterà ca-

¹³ Si segue qui M. JORI, *Linguaggio giuridico*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, cit., p. 257-288, specialmente 273-287.

¹⁴ *Ibidem*, p. 274, ove l’autore prosegue «in realtà si possono indicare solo le poche differenze [...] per esempio, la suddivisione dei testi di legge o anche di contratti in articoli, capitoli e commi».

¹⁵ *Ibidem*, p. 274, senza per questo trascurare la presenza di termini tecnici e tecnicizzati, riguardo ai quali va comunque ricordato che entrambi operano all’interno della struttura sintattica e i secondi arricchiscono il lessico ordinario muovendo però da questo.

¹⁶ Cito dal mio *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, cit., p. 501-502. Nella citazione v’è il riferimento alla certezza del diritto intesa come prevedibilità del non intervento dei pubblici poteri. Si tratta di una certezza del diritto ragionevolmente perseguibile sulla base delle caratteristiche del linguaggio giuridico e per quanto sia meno intensa della prevedibilità della decisione, non è da disprezzare (le varie distinzioni tra le specie di certezza del diritto interne al genere certezza come prevedibilità sono mutuate da L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., p. 82 ss.).

¹⁷ Le parole tra virgolette sono di U. SCARPELLI, *Semantica, morale, diritto*, Torino, 1969, p. 103-104. Le regole di funzionamento della lingua non indicano, quindi, il significato, bensì un insieme di significati. L’interprete gode di discrezionalità nel senso che opera scelte all’interno del lotto dei significati. Ciò non si pone in inevitabile urto con le concezioni cosiddette pragmaticamente orientate dell’interpretazione giuridica (si veda V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, Torino, 2012) che mettono al centro le teorie contestualiste del significato ritenendo il contesto (testuale e situazionale) decisivo per la determinazione del significato

ratterizzato dal prestito semiotico, all'interrogativo posto poco sopra potrà essere data risposta negativa. Quanto si è detto configura lo strumentario argomentativo tipico dell'interprete (costituito dagli argomenti sistematici, teleologici etc.)¹⁸ in questi termini: esso è destinato a essere usato all'interno di un ambito delineato che lascia più opzioni disponibili all'interprete e rende la sua decisione discrezionale, ma non arbitraria.

Tuttavia, v'è da considerare l'ipotesi che il quadro semantico e sintattico abbia contorni sfumati e che quindi risulti indeterminato l'ambito dei significati di una disposizione normativa. Ciò parrebbe particolarmente importante per il diritto penale, poiché si potrebbe sostenere che se il criterio proposto per distinguere le attribuzioni di significato a un enunciato normativo dalle "altre attività" non è in talune occasioni fruibile esso non fornisce adeguate garanzie di riuscita. L'obiezione però è superabile richiamando la norma di chiusura del sistema penale per la quale nel dubbio si adotta l'interpretazione favorevole all'imputato (o sarebbe meglio dire che si esclude il significato rispetto al quale v'è il dubbio che possa essere uno dei significati di quella particolare disposizione normativa). Norma di chiusura che evoca, appunto, la stretta legalità penale e viene tratta dall'interpretazione di svariate disposizioni normative di rango costituzionale e legislativo, alcune delle quali sono già state menzionate. Ne segue che per il diritto penale «*Non c'è dunque una diversità della "natura" del diritto, ma nei doveri del giudice e dell'interprete, per ragioni di garanzia.* Nel declinare questa garanzia [...] i diritti dell'imputato sono costituzionalmente prevalenti rispetto a quelli della vittima, giacché questi ultimi sono già stati contemplati attraverso il principio di legalità»¹⁹. Ecco, dunque, che la trasformazione della discrezionalità interpretativa del giudice penale da capacità di opzione vincolata dalle scelte semantiche e sintattiche compiute dal legislatore a capacità di adottare la decisione andando anche oltre ciò che il legislatore ha detto

degli enunciati normativi. A meno che non si acceda a una visione radicale del contestualismo per la quale il solo contesto serve per determinare il significato degli enunciati normativi, la concezione pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica non nega, anzi afferma come necessario il ruolo svolto dalle regole di funzionamento della lingua, non lo ritiene però sufficiente: per avere un significato completo è indispensabile far ricorso al contesto. Il peso accordato al contesto (e quindi alle regole di funzionamento della lingua) può essere, però, diverso a seconda che si ritenga che: a) il contesto sia elemento necessario di arricchimento di ciascuno dei significati disponibili; b) il contesto serva a scegliere il significato più appropriato tra quelli disponibili.

¹⁸ Sui quali diffusamente P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007. Ovviamente laddove gli sia consentito dal sistema giuridico e secondo le modalità dallo stesso fissate nulla impedisce all'interprete di spingersi oltre la cornice dei significati (strumento paradigmatico è l'analogia).

¹⁹ M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, cit., p. 90. Per la messa alla prova della tesi qui difesa con alcuni casi giurisprudenziali rinvio a quanto ho scritto in F. GIUNTA (a cura di), *Tra analogia giuridica e interpretazione estensiva. Opinioni a confronto*, in questa rivista, annata 2010, p. 375-382.

(e di come lo ha detto), non è la conseguenza necessitata del tramonto di un certo modo di intendere la legalità penale, della non percorribilità, per così dire, della via semantico-sintattica della legalità penale stessa e della perseguibilità e garanzia dei valori a essa sottesi. Si tratta, invece, di un diverso modo di intendere i doveri del giudice e il suo compito nel sistema giuridico, differente modo che va però giustificato alla luce del quadro normativo vigente, oppure va proposto come un (legittimo) programma di cambiamento del sistema penale.

3. Ora bisogna affrontare il secondo punto che tocca il processo penale. L'intento è quello di mettere in luce, attraverso un esempio, i rischi per la legalità processuale derivanti da talune attività di costruzione e uso di principi inespressi da parte dell'interprete. Non v'è il proposito di discutere questioni squisitamente processuali.

In una nota sentenza della Corte di Cassazione si legge: «Lo svolgimento e la definizione del processo di primo grado sono stati insomma ostacolati da un numero esagerato di iniziative difensive, ciascuna in astratto di per sé espressione di una facoltà legittima, ma che essendo in concreto del tutto prive di fondamento e di scopo conforme alle ragioni per cui dette facoltà sono riconosciute, hanno realizzato un abuso del processo [...] non può non ricordarsi che è oramai acquisita una nozione minima comune dell'abuso del processo che riposa sull'altrettanto consolidata e risalente nozione generale dell'abuso del diritto, riconducibile al paradigma dell'utilizzazione per finalità oggettivamente non già solo diverse ma collidenti (pregiudizievoli) rispetto all'interesse in funzione del quale il diritto è riconosciuto». Poco oltre, dopo aver citato giurisprudenza nazionale ed europea a proprio sostegno, nonché dopo aver indicato l'art. 35 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per il quale il ricorso non è ricevibile se «è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo», i giudici affermano che «Alla luce della giurisprudenza delle Sezioni Unite civili, della Corte di Strasburgo e della Corte di Lussemburgo, l'abuso del processo consiste, dunque, in un vizio per sviamento della funzione; ovvero secondo una più efficace definizione riferita in genere all'esercizio di diritti potestativi, in una frode alla funzione»²⁰.

²⁰ *Cass. pen., SS.UU.*, 10 gennaio 2012, n. 155, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2444 ss., con nota di F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*. I giudici affermano pure che «Il carattere generale del principio dipende dal fatto che, come osserva autorevole dottrina, ogni ordinamento che aspiri a un minimo di ordine e completezza tende a darsi misure, per così dire di autotutela, al fine di evitare che i diritti da esso garantiti siano esercitati o realizzati, pure a mezzo di un intervento giurisdizionale, in maniera abusiva, ovvero eccessiva e distorta [...] Sicché l'esigenza di individuare limiti agli abusi s'estende all'ordine processuale e trascende le connotazioni peculiari dei vari sistemi».

La sentenza riconduce l'abuso del processo al più generale abuso del diritto (soggettivo). Il tema è tra i più complessi e temibili. In questa sede si intende richiamare l'attenzione del lettore solo su due aspetti. Il principio dell'abuso del processo, quale specie dell'abuso del diritto, è un principio inespresso. Il modo in cui la Corte configura le condizioni operative dell'abuso (o per essere rigorosi: del divieto di abuso) comportano l'individuazione delle ragioni dell'attribuzione del diritto soggettivo di cui l'imputato avrebbe abusato con la sua condotta processuale frustrandone, appunto, gli scopi.

Esaminiamoli brevemente entrambi.

Che cos'è un principio inespresso? «Generalmente parlando, da una o più regole si desume – o per meglio dire, a partire da una o più regole si “costruisce” – un principio inespresso mediante una congettura intorno alla “ratio”, alla ragion d'essere, allo scopo della regola o delle regole in questione»²¹. Un principio inespresso è, quindi, una norma elaborata a partire da una o da più norme (denominate sovente regole per distinguerle proprio dalle norme che sono principi). Il principio è inespresso in quanto ragione giustificatrice latente di una o più norme. Facendo emergere questa ragione il principio prende forma. Il principio del divieto di abusare dei propri diritti soggettivi all'interno del processo penale viene desunto, per la sentenza in questione, da una norma della CEDU e da una serie di decisioni giurisprudenziali nazionali e sopranazionali. Il materiale di costruzione del principio è costituito in prevalenza da (autorevoli) precedenti giurisprudenziali in gran parte maturati in contesti differenti dal processo penale. Il contenuto del principio sarebbe questo non si possono usare i propri diritti nel processo in maniera manifestamente contraria alle ragioni per le quali i diritti medesimi sono stati attribuiti. Non per uno scopo semplicemente diverso, si badi, bensì contrario in via palese a quello sotteso all'attribuzione del diritto.

Qui emerge un primo problema: come può l'esercizio di un diritto soggettivo conforme ai significati attribuibili alla disposizione normativa che lo conferisce essere manifestamente contrario alla finalità per la quale il diritto è riconosciuto? L'interrogativo non è di poco conto, poiché se è più o meno agevole sostenere

Il lessico della sentenza non è estraneo alle riflessioni di teoria del diritto v. M. ATIENZA - J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento del potere*, Bologna, 2004; sul diritto soggettivo e sulle principali questioni a esso attinenti v. G. PINO, *Diritti soggettivi*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, cit., p. 220-253; sui profili storici, teorici e di diritto positivo italiano dell'abuso del diritto v. i saggi contenuti in V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012; sull'abuso del processo penale v. E. M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004 e più di recente P. CORSO, *Quale difesa dall'abuso nella difesa?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2013, p. 104 ss.

²¹ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 186. Per il vero le modalità grazie alle quali vengono costruiti i principi inespressi sono molteplici v. G. B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008, p. 319 ss.

che talune modalità di esercizio del diritto soggettivo, pur essendo in linea con lo spettro semantico della disposizione normativa, non raggiungono, non realizzano al meglio la finalità per la quale è stato attribuito o ne realizzano pure altre assieme a quella, pare più arduo comprendere in quale guisa, stante una certa disposizione normativa, uno o più dei significati per essa determinabili e alcune delle azioni a questi significati riconducibili, siano manifestamente contrari al risultato cui mira il diritto soggettivo che la stessa disposizione normativa attribuisce. Inoltre le categorie della legittimità in astratto e dell'abuso in concreto sono fuorvianti: se l'azione realizzata è legittima in astratto vuol dire che essa è una istanza della classe regolata dalla norma attributiva del diritto soggettivo, per cui in quanto tale o è legittima pure in concreto, oppure ad essere illegittima è l'intera classe di comportamenti prevista e non solo la singola azione o la serie di azioni di esercizio del diritto soggettivo. Pur tralasciando queste aporie, il punto cruciale è che dietro l'uso di strumenti concettuali non sempre cristallini v'è un esito riassumibile in termini chiari: individuata la finalità dell'attribuzione del diritto soggettivo per mezzo di essa si escludono tutti i significati della disposizione normativa attributiva del diritto soggettivo che si ritiene non realizzino la finalità medesima o producano uno o più effetti ulteriori sgraditi.

Ciò detto, va ricordato, allora, che il soggetto deputato a individuare la finalità dell'attribuzione diritto soggettivo è il giudice, per cui a seconda della ragione attributiva di volta in volta individuata egli è in grado di restringere i diritti soggettivi dell'imputato rispetto ai significati attribuibili gli enunciati normativi che li conferiscono. Si sa, infatti, che l'individuazione della *ratio* dell'attribuzione è attività caratterizzata da forte discrezionalità²². V'è inoltre da chiedersi: vista l'assenza di un espresso divieto di abusare del processo penale (sarebbe meglio dire dei diritti soggettivi riconosciuti all'imputato nel processo) e visto che il contenuto del principio inespresso consiste esclusivamente nel vietare l'abuso, chi stabilisce la conseguenza giuridica dell'uso abusivo del diritto soggettivo? La risposta è semplice: il giudice.

Riassumendo. Per la sentenza di cui si discute l'abuso del processo penale è riconducibile alla più ampia figura dell'abuso del diritto; che non si possa abusare del processo penale è stabilito da un principio inespresso ricavato soprattutto da precedenti giurisprudenziali di varia provenienza; il contenuto del principio consiste nel vietare usi del diritto soggettivo contrari alla finalità per la quale il diritto stesso è stato attribuito; la determinazione della finalità per la quale il diritto soggettivo è stato attribuito è rimessa al giudice, il quale individua così le condizioni di esercizio legittimo del diritto e la conseguenza giuridica che deriva dall'assenza di tali condizioni.

²² Al pari della determinazione della *ratio legis* (sull'argomento mi sia consentito il rinvio a V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, p. 125 ss.).

Considerando che ci si muove nell'ambito del processo penale, però, assecondare questa linea interpretativa comporta il rischio di abusare dell'abuso. V'è da riflettere, infatti si limitano i diritti soggettivi per mezzo di un supposto principio generale (tanto generale da apparire rarefatto) che consente al giudice di determinare le condizioni del legittimo esercizio del diritto soggettivo e ciò che consegue dalla loro carenza: che si usi una formula di sicuro impatto retorico (l'abuso appunto) non muta la situazione, poiché «*What's in a name? That which we call a rose By any other name would smell as sweet*»²³. Laddove siano in discussione garanzie processuali bisogna tenere in seria considerazione il pericolo che per riscattare il diritto (oggettivo) dalla propria miseria²⁴ per il tramite dell'abuso del processo (in quanto specie del genere abuso del diritto) si paghi un prezzo assai, forse troppo, alto.

²³ W. SHAKESPEARE, *Romeo and Juliet*, Atto II, scena II.

²⁴ Sono le autorevoli e conosciute parole di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, p. 205 ss.