

LA FORMULAZIONE DEL PRINCIPIO DI DIRITTO E I RAPPORTI TRA SEZIONI SEMPLICI E SEZIONI UNITE PENALI DELLA CORTE DI CASSAZIONE (*)

di Gaetano De Amicis

SOMMARIO: 1. La formulazione del “principio di diritto”. – 2. Il ruolo del precedente. – 3. “Confronto” di nomofilachie o “nomofilachia integrata”? – 4. Il principio di diritto nella dinamica dei rapporti fra Sezioni unite e Sezioni semplici. – 5. La modifica dell’art. 618 c.p.p. e il rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione. – 6. L’enunciazione del principio di diritto nei casi di inammissibilità del ricorso. – 7. La “delimitazione” del principio di diritto. – 8. L’individuazione del contrasto con un principio affermato dalle Sezioni unite. – 9. Nomofilachia e prevedibilità delle decisioni giudiziarie. – 10. Tra “vincolo” e mera “persuasione”: l’incidenza sistematica di una “tendenziale stabilità” della giurisprudenza di legittimità. – 11. Conclusioni.

1. La formulazione del “principio di diritto”.

Il principio di diritto non costituisce fonte del diritto nel nostro sistema, né rappresenta la codificazione di una norma di dettaglio a corredo di quella interpretata, quanto invece la generalizzazione della interpretazione ed applicazione della norma ad una fattispecie concreta.

La sua formulazione è il risultato di un’operazione interpretativa attraverso cui la decisione individuale viene ricondotta sotto una norma generale destinata ad applicarsi non solo nei casi uguali ma anche in quelli simili o assimilabili.

Non si tratta ovviamente «di un principio astratto, ma di un principio che regge il caso, cioè del diritto applicato al caso»¹.

È la regola di giudizio in cui si condensa il criterio di decisione della fattispecie concreta, criterio estratto dalla norma e suscettibile di costituire l’anello cui si aggancia la soluzione di altre fattispecie analoghe o uguali e di farsi, dunque, principio di diritto costantemente enucleabile dalla catena delle susseguenti pronunzie.

Diversa la *ratio decidendi*, attraverso cui si delinea il fondamento della decisione, instaurando un percorso logico che, a differenza della legge, come pure dell’atto

(*) Il contributo costituisce una versione ampliata ed aggiornata della relazione svolta in occasione del Corso di introduzione all’esercizio delle funzioni di legittimità, organizzato dalla Struttura della formazione decentrata della Scuola Superiore della Magistratura presso la Corte di Cassazione, in Roma, il 30 novembre 2018.

¹ G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, 11.

negoziale, mira a persuadere dell'esattezza, sul piano della rispondenza al comando normativo, dell'opzione ermeneutica sintetizzata nella formulazione del principio di diritto.

Essa altro non è che «il rapporto fra la risoluzione (motivata) del caso e il “caso” stesso, cioè il “fatto” e le “questioni inerenti”»².

Il “principio di diritto”, dunque, ha la funzione di “universalizzare” la decisione individuale.

Questo è il cuore della “funzione uniformante” della Corte di cassazione. Le indicazioni che in tal senso provengono dalle sue decisioni, di conseguenza, costituiscono “principio di diritto” a tutti gli effetti, poiché la funzione della Corte di legittimità è proprio quella di individuare la portata applicativa della norma in via generale.

È normale, allora, che la Corte prenda le mosse dall'ipotesi specifica oggetto della decisione per scalare via via i gradini di una più generale enunciazione³. Se si rimanesse ancorati al solo caso di specie, formulando un principio astratto unicamente ad esso riferibile, di fatto le pronunce non sarebbero mai destinate ad essere applicate con certezza nel futuro: nella realtà, infatti, è difficile che un caso si presenti identico all'altro, ed ove l'attività di uniformazione fosse lasciata totalmente nella disponibilità dei singoli giudici, essa, attraverso la tecnica del cd. *distinguishing*, rischierebbe di essere vanificata in via di fatto.

Se il giudice è soggetto solo alla legge, il principio di certezza del diritto esige tuttavia che casi eguali vengano trattati in modo eguale: di qui il compito di curare la unità del diritto oggettivo nazionale storicamente assegnato alla Corte di cassazione dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12); compito cui tende in questi ultimi anni ad aggiungersi, con sempre maggiore incidenza rispetto al passato, quello di individuare una lettura delle norme interne al tempo stesso conforme ai principi costituzionali e coerente anche con il diritto euro-unitario e della CEDU, così come interpretata nella elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴.

Questioni dense di profili problematici si pongono, infatti, con riguardo alla vasta area dei rapporti fra la Corte di cassazione, da un lato, ed altre alte Corti, la cui giurisprudenza (avente ad oggetto normative diverse dalla legge statale) può al contempo condizionare o essere condizionata dalla giurisdizione di legittimità⁵.

L'ampia composizione dei collegi delle Sezioni semplici e l'ancor più ampia composizione delle Sezioni unite della Corte sono espressione di una generale esigenza di garanzia funzionale a permettere la emersione del principio ritenuto correttamente

² G. GORLA, *cit.*, 11.

³ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004, 131 ss.

⁴ Sul tema, da ultimo, v. A. DI STASI, *Corte di Cassazione e Corti europee*, in AA.VV., *I processi civili in cassazione*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Giuffrè, 2018, 289 s.

⁵ Al riguardo v. R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione “politica” delle Corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2017, 2608 ss.

espressivo del quadro dei valori di riferimento di una comunità sociale in un determinato momento storico.

Il principio, tuttavia, nasce e vive sempre su un terreno ove emerge un'incoltabile "eccedenza" rispetto al contenuto delle singole norme, la cui tradizionale gerarchia tende oggi a ridisegnarsi all'interno di una prospettiva allargata alle "dichiarazioni" di diritti di carattere internazionale che vincolano gli ordinamenti delle nazioni civili⁶.

Nella individuazione del principio lo sguardo è rivolto verso il passato ed è connotato da un senso di rispetto e valorizzazione di una realtà normativa preesistente, consentendo al giudice "di andare alla radice, di vedere cosa sta al fondo della disciplina e, quindi, di trarre ispirazione per applicare la legge in modo corretto", mentre la costruzione della regola guarda al futuro, posta come è dal legislatore per disciplinare ciò che dovrà accadere⁷.

La formulazione del principio di diritto si traduce in una direttiva ermeneutica per gli interpreti, in funzione della prevedibilità delle decisioni, della coerenza del sistema e di un auspicato effetto deflattivo rispetto all'insorgere di procedimenti inutili, in quanto destinato ad operare in un numero indefinito di processi, ed ancor prima nella realtà extra-processuale, perseguendo al tempo stesso scopi di eguaglianza delle tutele di fronte alla legge⁸.

È, più in particolare, il frutto di una trama di sequenze argomentative che si distendono nella motivazione di una decisione, trama la cui ampiezza e complessità, più o meno estese e variabili a seconda dei casi, producono la cristallizzazione di quelle sequenze in una o più affermazioni conclusive di sintesi, al fine di orientare stabilmente il successivo lavoro dell'interprete.

Ad una maggiore specificità di formulazione del principio di diritto si ricollega la possibilità di dar vita, per progressiva germinazione, ad una catena di susseguenti affermazioni che ad esso direttamente si richiamano, precisandone, se del caso, ovvero ampliandone la latitudine applicativa in relazione ad una serie indefinita di casi e situazioni; ad una maggiore ampiezza di formulazione del principio si accompagna, a sua volta, una più agevole riconducibilità del caso al suo nucleo concettuale primigenio, attraverso un giudizio sussuntivo tendenzialmente replicabile all'infinito, sempre che la cornice di riferimento entro cui si inserisce quell'affermazione sia così precisamente delineata nei suoi contorni di riferimento e solidamente strutturata sul piano argomentativo, da potervi ricomprendere una quantità indefinita di casi analoghi.

In ogni caso, quanto più solida e convincente si mostrerà la base argomentativa di una decisione, tanto più longeva potrà risultare la vita del principio di diritto in essa racchiuso.

⁶ P. RESCIGNO, *Sui principi generali del diritto*, in P. Rescigno e S. Patti, *La genesi della sentenza*, Il Mulino, 2016, 127 ss.

⁷ S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in P. Rescigno e S. Patti, *La genesi della sentenza*, cit., 178.

⁸ Cfr. L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2017, 10 ss.

2. Il ruolo del precedente.

Nel nostro ordinamento non esiste la codificazione del principio di vincolatività del precedente come tale (*stare decisis*), neppure se originato da una pronunzia delle Sezioni unite, ma tale regola costituisce innegabilmente un valore di tendenza all'interno dell'ordinamento, in forza del quale non ci si deve discostare da una consolidata interpretazione del giudice di legittimità, istituzionalmente investito della funzione di nomofilachia, senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative.

Il fondamento normativo di tale regola generale si rinviene comunemente negli artt. 360-bis, 384, commi 1 e 2, 388 c.p.c. e 143 disp. att. c.p.c., nonché negli artt. 610, 618, 627, comma 3, 628, comma 2, c.p.p. e 172-173 disp. att. c.p.p.

Una recente decisione della Corte di cassazione⁹ richiede la sussistenza di "buone ragioni" per mutare un indirizzo giurisprudenziale acquisito, e di "ottime ragioni" per giustificare l'*overruling* nel settore processuale, che incide sull'affidamento dei cittadini in ordine alla portata delle "regole del gioco". E in altra sentenza la stessa Corte¹⁰, pur convenendo sull'inesistenza della regola dello *stare decisis* nel nostro ordinamento, parla di una direttiva immanente per cui non ci si possa discostare da un precedente orientamento di legittimità senza forti e apprezzabili ragioni giustificatrici.

L'impiego dei precedenti, in linea generale previsto nel nostro sistema processuale (ex artt. 118 disp. att. c.p.c.; 348-ter c.p.c.), permette un calcolo di probabilità, un'aspettativa circa la futura decisione del giudice, ma implica una pura relazione logica, che mantiene le sentenze pur sempre nel rango di decisioni su singoli casi: ciò sta a significare, per un verso, che le sentenze, sia le precedenti che la susseguente, si pongono quali decisioni di casi tra le quali viene stabilito un rapporto di riconoscimento, e, per altro verso, che esse non si elevano a norme generali, di per sé applicabili ad altri casi. Il criterio di decisione, infatti, sta prima e fuori di esse: non nascono *ex nihilo*, ma presuppongono quel criterio, del quale fanno applicazione¹¹.

Dal precedente è dunque possibile discostarsi, ma in ossequio a rigorosi vincoli motivazionali e procedurali.

Le tecniche di distacco più frequenti dal precedente, come è noto, sono quelle del *distinguishing* (si amplia o si restringe il raggio d'azione della *ratio decidendi* di un caso, per adeguarsi ai diversi profili della fattispecie) e dell'*overruling* (superamento di un principio giurisprudenziale affermato in passato), con il correttivo, per quest'ultimo caso, del *prospective overruling* a tutela dell'affidamento incolpevole, ossia della limitazione, nei sistemi di *common law*, della retroattività del mutamento, che varrà solo per future fattispecie, ma non per quelle anteriori.

⁹ Sez. U, n. 23675 del 06/11/2014, Rv. 632844.

¹⁰ Sez. U, n. 13620 del 31/07/2012, Rv. 623343.

¹¹ N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1544.

Le riforme processuali intervenute in questi ultimi anni, ispirate come sono ad una moderata valorizzazione del principio dello *stare decisis*, in una misura compatibile con il canone costituzionale che vuole il giudice soggetto solo alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), danno il senso di un “rassicurante indizio di formazione del diritto vivente” attraverso la particolare forza assegnata al precedente delle Sezioni unite, civili e penali, della Corte di cassazione *ex artt.* 374 c.p.c. e 618 comma 1-*bis* c.p.p. (norme simili, del resto, sono da tempo previste per l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e le Sezioni riunite della Corte dei conti rispettivamente dall'art. 99 c.p.a. e dall'art. 117 cod. giust. cont.)¹².

Si ritiene, tuttavia, che anche in mancanza di questa giurisprudenza, per così dire di tipo apicale, una giurisprudenza stabile e consolidata ben possa definirsi “diritto vivente”: ciò non esclude, ovviamente, una successiva evoluzione della giurisprudenza, ma “nel momento in cui si raggiunge lo stadio del diritto vivente si ha, come conseguenza sul piano del giudizio costituzionale, che è priva di rilevanza la questione incidentale di costituzionalità di una disposizione che il giudice rimettente ritenga esprima un significato (norma) diverso dal diritto vivente”¹³.

3. “Confronto” di nomofilachie o “nomofilachia integrata”?

L'affermarsi della giurisdizione delle Corti europee (Corte di giustizia UE e Corte europea dei diritti dell'uomo), quale epifenomeno più agevolmente percettibile della interrelazione, in continuo divenire, tra gli ordinamenti sovranazionali e quello interno, ha ridisegnato l'ambito di esercizio del potere appartenente ai giudici nazionali¹⁴, determinando un mutamento di prospettiva della funzione nomofilattica tradizionalmente attribuita alla Corte di cassazione, obbligata a garantire, oggi, l'uniforme interpretazione della legge come reinterpretata alla luce di una dimensione reticolare complessa, caratterizzata come è dall'incrocio di plurime fonti esterne, talora non sovrapponibili nel loro significato, provenienti dal diritto euro-unitario, dal sistema della CEDU e dalle altre Carte dei diritti fondamentali.

Una Corte di legittimità chiamata, da un lato, a sviluppare un serrato dialogo interno fra le singole Sezioni e le Sezioni unite, dall'altro lato ad avviare un problematico confronto esterno con la Corte costituzionale e la Corte di giustizia – obbligata come è al rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE in assenza dell'atto chiaro – e presto legittimata a richiedere pareri consultivi non vincolanti alla Corte europea dei

¹² Così G. AMOROSO, *Massime e principi del diritto vivente*, in AA.VV., *I processi civili in cassazione*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Giuffrè, 2018, 159.

¹³ G. AMOROSO, *cit.*, 159, che al riguardo osserva come la stessa Corte costituzionale (C. cost., 5 novembre 2015, n. 220, in *Giur. cost.*, 2015, 2020) attribuisca alla ricostruzione interpretativa delle Sezioni unite della Corte di cassazione il rango di diritto vivente in considerazione del ruolo nomofilattico dell'organo da cui promana.

¹⁴ Cfr. G. DE AMICIS, E. VINCENTI e M. ACIERNO, [Il ruolo della Corte di Cassazione: tradizioni e mutamenti](#), in questa *Rivista*, 10 novembre 2011, 14 ss.

diritti dell'uomo, appena sarà reso esecutivo in Italia il Protocollo n.16 annesso alla CEDU, già operativo in dieci Paesi del Consiglio d'Europa.

Una Corte garante della complessiva uniformità di interpretazione dell'ordinamento, la cui attività è sempre più percepita, entro questa prospettiva, quale punto di snodo di un sistema "multilivello" in via di continua destrutturazione e progressiva ricomposizione, "gradino ultimo" oltrepassato il quale possono aprirsi le porte di una giurisdizione "altra", ma non "esterna", quella di Strasburgo, determinando, in caso di condanna dello Stato italiano per una violazione convenzionale, l'ulteriore compito di affrontare i complessi problemi della "fase di ritorno", ove il giudice di legittimità è tenuto a verificare quali effetti potrebbero o dovrebbero prodursi in esito alla condanna pronunciata dalla Corte EDU sul giudicato nazionale 'corrotto'¹⁵.

Il quadro di riferimento normativo di fronte al quale si staglia oggi l'opera dell'interprete è dunque assai più ampio rispetto al passato.

Basti solo pensare alle implicazioni sottese al termine "legge" nel sistema del diritto convenzionale europeo dei diritti e delle libertà fondamentali, che si estende anche alla norma di diritto vivente, inglobando il diritto di origine legislativa e giurisprudenziale, con la conseguente espansione del principio della irretroattività all'ipotesi di mutamento giurisprudenziale imprevedibile con effetti *in malam partem*.

Entro questa prospettiva, il ruolo del diritto vivente nella costruzione della trama normativa, regolatrice della decisione nel caso concreto, emerge con particolare incisività nella sentenza delle Sezioni unite penali n. 18288 del 2010, con riferimento al c.d. giudicato esecutivo *ex art. 666, comma 2, c.p.p.*, dove la Corte afferma il principio secondo cui *"il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata"*¹⁶.

Il "formante" del diritto vivente, che nella dimensione nazionale è da riconoscere soprattutto nella elaborazione giurisprudenziale della Corte di cassazione in funzione nomofilattica, postula in particolare *"la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente creativa della interpretazione, la quale, senza varcare la linea di rottura col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima"*.

Nella complessa dinamica dei rapporti inter-ordinamentali, dunque, il sistema interno tende a divenire "diritto vivente" ad opera del giudice nazionale, il quale, dal testo al contesto e al significato della norma nella prospettiva di tutela dei diritti fondamentali, sperimenta il vincolo della "interpretazione conforme" al diritto comunitario e a quello convenzionale ed assume, al contempo, la veste di "giudice

¹⁵ R. CONTI, *La Corte di cassazione e la sua funzione*, in www.giustiziainsieme.it, 17 novembre 2018, 5 ss.

¹⁶ Sez. U, n. 18288 del 21/01/2010, Beschi, Rv. 246651.

comune comunitario” e di “giudice comune della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”¹⁷.

È proprio con le istanze garantistiche sottese al principio di tipicità e di determinatezza della fattispecie incriminatrice, tuttavia, che la progressiva formazione del diritto vivente (anche mediante i mutamenti di giurisprudenza e sulla base del criterio della “sostanza dell’infrazione”) deve fare i conti, nel prisma della conoscibilità del precetto da parte dell’agente, della scusabilità dell’errore e della buona fede, con le inevitabili conseguenze sul piano della colpevolezza, secondo il canone stabilito dall’art. 7 CEDU nell’interpretazione offertane dalle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo¹⁸.

Sembra difficilmente percorribile, in effetti, a fronte del sistema costituzionale dell’illecito penale, qualsiasi tentativo di esplorazione interpretativa finalizzato ad oltrepassare il limite invalicabile rappresentato dai “cancelli delle parole”¹⁹, se è vero, come è vero, che il principio di soggezione alla legge (art. 101, comma 2, Cost.) – di cui l’art. 25, comma 2, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale²⁰ – costituisce il presupposto di legittimazione di ogni attività giurisdizionale.

Si avverte, dunque, come proprio il concetto di “fattispecie”, la cui “solidità” è sempre stata assunta come presidio garantistico di uguaglianza e certezza, rischi di apparire “minacciato e messo in crisi dalla volatilità della *judge-made law*, e dall’irrompere del sempre più marcato “valore” del “precedente” anche in materia penale”²¹, la cui singolarità, propria di un “diritto dei limiti”, impone di fare ricorso ad un peculiare approccio metodologico nel procedimento interpretativo²², volto a conferire alla decisione del giudice un “fondamento ermeneutico controllabile”, anche attraverso la previsione di un più stringente obbligo di motivazione (quale quello oggetto della novellata disposizione di cui all’art. 546, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., a seguito dell’interpolazione operata dall’art. 1, comma 52, della legge 23 giugno 2017, n. 103).

¹⁷ C. cost., nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 39.

¹⁸ G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, 305 ss.

¹⁹ Si leggano le dense pagine di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016, 63 ss., nonché 72 ss., secondo cui “la legge – in che oggi si risolvono le fonti di diritto (regionali, nazionali, europee, internazionali) – con i suoi contenuti e significati, traccia i confini invalicabili, entro cui si muove la decisione del giudicante. I principi vi stanno dentro, inclusi nel testo linguistico, e da esso o enunciati o ricavabili”.

²⁰ C. cost., n. 24 del 26 gennaio 2017.

²¹ Cfr. le riflessioni di V. MANES, [*Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*](#), in questa *Rivista*, 17 gennaio 2018, 5.

²² F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in AA.VV., a cura di A. Cadoppi, *Cassazione e legalità penale*, Dike, 2017, 68 ss.; M. Dorini, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, in *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, 2011, 63 ss.

4. Il principio di diritto nella dinamica dei rapporti fra Sezioni unite e Sezioni semplici.

Nel sistema processuale italiano i gradi di efficacia del precedente sono scanditi da un significativo reticolo di disposizioni normative, tutte orientate al rafforzamento della funzione nomofilattica²³.

Nell'ipotesi di cassazione con rinvio, le norme di riferimento (art. 384, comma 2, c.p.c.; art. 143 disp. att. c.p.c.; artt. 627, comma 3 e 628, comma 2, c.p.p.; art. 173, comma 2, disp. att. c.p.p.) fissano la natura diretta del vincolo per il giudice di rinvio, il quale "deve uniformarsi" al principio di diritto che la Corte ha enunciato nella soluzione delle questioni di diritto (precedente verticale) e dal quale la stessa Corte non potrà distaccarsi in caso d'impugnazione della decisione del giudice di rinvio, neppure se fosse intanto mutata la propria giurisprudenza (autoprecedente).

Riveste invece carattere indiretto, nei rapporti fra le Sezioni unite e le Sezioni semplici, il vincolo di coerenza con il precedente costituito dalla decisione che le Sezioni unite hanno pronunciato per dirimere i contrasti o per risolvere questioni di particolare importanza (precedente orizzontale): in tal senso appaiono orientate specifiche prescrizioni dei codici di rito, civile e penale (art. 374, commi 2 e 3, c.p.c.; artt. 610, comma 2 e 618, comma 1, c.p.p.; art. 172 disp. att. c.p.p.).

In linea generale si ritiene, all'interno del sistema processuale civile, che il "principio di diritto" espresso dalla Corte, quando si dirige verso l'esterno (dunque non verso i soggetti del processo, ma verso i soggetti dell'ordinamento, ivi compresi gli altri giudici), assume un'efficacia prevalentemente "persuasiva", mentre nelle ipotesi in cui il *dictum* delle Sezioni unite si rivolge alle Sezioni semplici si va oltre la persuasività, determinando comunque un obbligo, se i suoi componenti non intendono uniformarsi, di rimettere alle Sezioni unite stesse la decisione del ricorso, spiegando le ragioni della divergenza. In questo caso, è la legge a stabilire un margine al principio che vuole il giudice soggetto esclusivamente alla legge, ed "è un limite compatibile con il principio costituzionale perché non obbliga alcun giudice a decidere in difformità dal significato che egli attribuisce alla legge, ma gli consente di provocare un nuovo giudizio, sul punto, dell'organo che esprime al più alto livello l'esigenza di "uniforme interpretazione" della legge e di incidere su quel giudizio esprimendo, con l'esplicazione delle ragioni della divergenza, una sorta di *dissenting opinion* preventiva"²⁴.

Un ordinamento che consente alla pronuncia giurisprudenziale di sopravvivere al caso di specie, elevandone il *decisum* a paradigma di riferimento ovvero a modello per la risoluzione di casi futuri, imprime senza dubbio una forte spinta verso la stabilità e la prevedibilità del sistema attraverso la salvaguardia dei convergenti valori dell'uguaglianza e della certezza del diritto.

²³ G. CANZIO, *cit.*, 307.

²⁴ In tal senso v. L. ROVELLI, *Nomofilachia e diritto vivente*, in AA.VV., *I processi civili in cassazione*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Giuffrè, 2018, 37.

Sotto altro, ma connesso profilo, il giudice *a quo* (sia esso il giudice di merito ovvero quello di legittimità), come non è vincolato in ragione della "esclusiva" dipendenza dalla legge a non dissentire dall'interpretazione elevata a diritto vivente, così è libero di proporre una sua diversa esegesi del testo normativo e richiedere su di essa il controllo di compatibilità con il parametro costituzionale²⁵, ovvero quello oggetto de rinvio pregiudiziale d'anzì alla Corte di giustizia

Nel sistema processuale penale, volgendo lo sguardo sull'assetto normativo delineato dal legislatore prima della novella n. 103/2017, la disposizione di cui all'art. 173, comma 2, disp. att. c.p.p. ha previsto, con riferimento a tutte le sentenze di annullamento con rinvio pronunciate dalla Corte di cassazione, che debba essere enunciato "specificamente" il principio di diritto al quale il giudice deve uniformarsi. In questo caso, il principio di diritto è funzionale al giudizio di rinvio, in cui vi è un obbligo assoluto e inderogabile di uniformarsi ad esso e l'effetto vincolante è collegato esclusivamente al principio specificamente enunciato, non anche ad affermazioni esplicative della *ratio decidendi* oppure a singoli sviluppi argomentativi che si limitino a scandagliare i vizi del provvedimento annullato, ma non forniscano, in sé, le indicazioni riparatorie in punto di legittimità.

Diversamente, lo stesso art. 173 disp. att. c.p.p., al terzo comma, là dove impone che la sentenza delle Sezioni unite debba «sempre» enunciare il principio di diritto sul quale si basa la decisione, attribuisce una diversa valenza alla "costruzione" del principio, nel senso che, ferma l'efficacia vincolante che esso produce sul giudizio di rinvio in caso di annullamento, gli si riconosce la funzione di contribuire all'attività nomofilattica della Corte di cassazione.

Nel risolvere i contrasti di giurisprudenza le Sezioni unite, a prescindere dall'esito della decisione, se la stessa sia, dunque, di annullamento, di rigetto o anche di inammissibilità, sono proiettate a *jus dicere* in funzione della tutela dello *jus constitutionis*, sicché ad esse s'impone di enunciare, sempre e comunque, il principio di diritto.

Rimane, tuttavia, il problema di individuare qual è il "principio di diritto" cui fanno riferimento le nuove formulazioni lessicale dell'art. 618 comma 1-*bis* e comma 1-*ter*, c.p.p.²⁶

5. La modifica dell'art. 618 c.p.p. e il rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione.

La c.d. legge "Orlando" (art. 1, comma 66, della legge 23 giugno 2017, n. 103) ha inserito nel corpo dell'art. 618 c.p.p. due nuovi commi, volti ad incidere

²⁵ Cfr. L. ROVELLI, *cit.*, 38.

²⁶ V., *infra*, i parr. 7 e 8.

significativamente sul ruolo che le Sezioni unite della Corte di cassazione sono destinate a svolgere nel futuro.

Si tratta di disposizioni modellate dal legislatore sulla base di canoni di riferimento (rispettivamente, degli artt. 374, comma 3 e 363, comma 3, c.p.c.) già presenti nel sistema del processo civile a seguito della riforma operata con il d.lgs. 21 febbraio 2006 n. 40 e sostanzialmente riprodotti nell'ambito del processo penale attraverso un innesto finalizzato a potenziare l'uniformità e la stabilità nomofilattica dei principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite²⁷.

Il comma 1-bis, in particolare, stabilisce che *“se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso”*. Si ripristina, in tal modo, la previsione originariamente contemplata nel progetto definitivo del codice di rito, e successivamente modificata alla luce delle perplessità avanzate dalla Commissione parlamentare consultiva sulla problematica della incidenza tendenzialmente vincolante del precedente, sia pure circoscritta al rapporto tra la Sezione semplice e le Sezioni unite²⁸.

Siffatta disposizione si configura come norma “speciale” rispetto a quella “generale” contenuta nel comma precedente del medesimo art. 618, dove è prescritto che *«se una delle Sezioni della Corte rileva che una questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo o può dar luogo a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o d'ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite»*.

Secondo la norma generale, non si ritiene doverosa la rimessione quando l'indirizzo contrastante si manifesti tra Sezioni ovvero si registri, all'interno di una singola Sezione, una qualsiasi forma di dissenso inconsapevole che si presti ad essere agevolmente superata sulla base di un più meditato esame e di un semplice coordinamento di non equivoche disposizioni di legge²⁹, ovvero, ancora, quando il ricorso può trovare autonoma soluzione in ragione della presenza di un concorrente motivo di annullamento del provvedimento impugnato³⁰.

Le due disposizioni su richiamate (commi 1 e 1-bis dell'art. 618) vanno “lette” insieme poiché regolano la stessa materia, ossia le situazioni in cui matura un contrasto giurisprudenziale, ma la disposizione inserita dalla legge “Orlando” nel nuovo comma 1-bis c.p.p. si riferisce ad uno dei sotto-casi ricompresi fra tutte le sotto fattispecie del comma 1: ossia il contrasto giurisprudenziale futuro e potenziale che coinvolge una Sezione semplice e le Sezioni unite. Si tratta, in altre parole, del conflitto interpretativo

²⁷ M. BARGIS, *Impugnazioni*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis, Cedam, 2018, 966.

²⁸ Sul punto v. E. LUPO, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Dike, 2017, 44 ss.

²⁹ Sez. 6, n. 2801 del 12/10/1993, Santolla, Rv. 196029.

³⁰ Sez. 1, n. 17850 del 12/01/2017, Castriotta, Rv. 270298, che in motivazione ha richiamato il cosiddetto principio della *“ragione più liquida”* – già affermato dalla giurisprudenza di legittimità, anche a Sezioni Unite, nella giurisdizione civile – annullando il provvedimento impugnato con rinvio al giudice di merito a causa della sua nullità e ritenendo recessiva l'opzione della rimessione alle Sezioni unite.

che si verrebbe a configurare qualora la Sezione semplice si pronunciasse adottando una decisione difforme da quanto precedentemente affermato dalle Sezioni unite.

La disposizione di nuovo conio, inoltre, individua una modalità incompatibile con quella regolata dal primo comma: obbligatorietà della rimessione alle Sezioni unite, non già mera facoltatività. In tal senso, infatti, deve essere letto l'indicativo «rimette»: se invece si optasse per la facoltatività della rimessione, la nuova previsione non avrebbe alcun senso, o comunque si trasformerebbe in una mera duplicazione della precedente disposizione, perché verrebbe sostanzialmente ad esprimere quanto già previsto dal primo comma.

Va ricordato che il Primo Presidente, *ex art. 610, comma 2, c.p.p.*, può da subito assegnare un ricorso alle Sezioni unite, se le questioni proposte sono di particolare importanza, o nell'ipotesi in cui già esistano contrasti fra le decisioni adottate dalle singole Sezioni.

L'assegnazione è deliberata dal Primo Presidente d'ufficio o su richiesta formulata dal Procuratore generale o dai difensori.

Ove il Primo Presidente, invece, abbia assegnato ad una Sezione semplice il ricorso, questo può essere ancora rimesso alle Sezioni unite, ma in tale circostanza la titolarità dello spostamento è attribuita alla decisione della stessa Sezione assegnataria in due diverse ipotesi.

Nell'ipotesi in cui la Sezione investita del ricorso rilevi che già esiste un conflitto fra le Sezioni semplici (che evidentemente il Primo presidente ha ritenuto di non portare all'attenzione delle Sezioni unite), la decisione sulla rimessione – adottata su richiesta delle parti o d'ufficio – è facoltativa: il collegio, infatti, può decidere di alimentare ancora il conflitto, pronunciandosi sul ricorso, con l'evidente intenzione, magari attraverso l'esposizione di nuovi argomenti, di determinarne, o avviarne, il superamento; in alternativa, può trasmettere direttamente il procedimento alle Sezioni unite.

Qualora, invece, la Sezione semplice ritenga che essa stessa darà vita ad un conflitto, in quanto la questione di diritto che deve risolvere è già stata oggetto di una pronuncia – non condivisa – delle Sezioni unite, la rimessione costituisce un esito obbligatorio, poiché per la Sezione semplice, in questo caso, non vi è alcun margine di scelta.

Se, dunque, i meccanismi previsti dagli artt. 610 comma 2 e 618 comma 1 c.p.p. fanno capo alla discrezionalità, rispettivamente, del Primo presidente e delle singole Sezioni, la norma di nuovo conio pone in capo alla Sezione assegnataria del ricorso un vero e proprio vincolo, sempre che sulla questione si siano già pronunciate le Sezioni unite e la Sezione investita del ricorso venga a trovarsi in disaccordo con il principio di diritto dalle stesse affermato³¹.

³¹ R. APRATI, *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)*, in AA.VV., *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L.103/2017)*, a cura di A. Marandola e T. Bene, Giuffrè, 2017, 276; A. CALIGARIS, *Le modifiche all'art. 618 c.p.p.: verso un effettivo ed auspicato potenziamento della funzione nomofilattica*, in www.lalegislazionepenale.eu, 16 luglio 2018, 13.

Evidente la *ratio* dell'intervento legislativo, che attraverso la previsione di un'ipotesi di rimessione obbligatoria mira a contenere la formazione dei contrasti giurisprudenziali, risolvendoli in via preventiva e scoraggiando, al tempo stesso, la presentazione di ricorsi che proprio sulla aleatorietà dell'esito facciano affidamento, a causa dello stato di incertezza interpretativa incombente sulla materia che ne costituisce l'oggetto³².

Al riguardo, una recente decisione delle Sezioni unite ha confermato tale linea interpretativa³³, affermando che la disposizione prevista dall'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. introduce, al fine di rafforzare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, un'ipotesi di rimessione "obbligatoria" alle Sezioni unite, che trova applicazione anche con riferimento alle decisioni intervenute precedentemente all'entrata in vigore della nuova disposizione.

Con un modello di regolazione dei contrasti in tal modo congegnato si favorisce, o comunque si consente, la possibilità di avviare un confronto interno alle singole Sezioni ovvero ai singoli collegi di una medesima Sezione: dialogo che può svilupparsi anche attraverso decisioni che producono o incrementano contrasti interpretativi.

Viene così confermata ed incentivata una prassi già da tempo consolidata: le Sezioni semplici, soprattutto di fronte al flusso continuo delle novità prodotte dal legislatore, sono chiamate a dialogare su come i testi normativi debbano essere interpretati ed inseriti nel sistema, sicché la stessa possibilità di decisioni difformi costituisce una eventualità naturalmente configurabile all'interno di tale dialogo³⁴.

Si stimola, in tal modo, l'emersione di tutte le problematiche potenzialmente ricollegabili all'introduzione di modifiche o novità normative ed il sistema confida nella possibilità di un componimento spontaneo del contrasto.

Tuttavia, una volta che le Sezioni unite si pronunciano, il sistema tende ad irrigidirsi. Una eventuale decisione successiva difforme da parte di una Sezione semplice è inibita, poiché in tale ipotesi il collegio è obbligato a rimettere alle Sezioni unite la definizione della questione controversa.

Ne discende che solo queste ultime sono tenute a valutare i motivi per cui le Sezioni semplici propongono di modificare o superare la precedente interpretazione, e sempre al supremo consesso è riservata la determinazione relativa alla conferma del precedente indirizzo interpretativo ovvero al suo mutamento.

Opportunamente, l'obbligatorietà della rimessione non viene esplicitamente presidiata dal legislatore con l'articolazione di un apposito quadro di sanzioni, né appare configurabile, del resto, fra le pieghe di meccanismi propri dell'attività interpretativa, la emersione di alcuna forma di invalidità processuale, sia essa tipica o atipica. Deve escludersi, in particolare, la nullità della pronuncia emessa dalla Sezione semplice in violazione dell'obbligo di intervento delle Sezioni unite: la deviazione

³² M. BARGIS, *cit.*, 966; A. BASSI, *Il giudizio per cassazione ad un anno dall'entrata in vigore della riforma Orlando*, in *Cass. pen.*, 2018, 4060.

³³ Sez. U, n. 36072 del 19/04/2018, Botticelli, Rv. 273549.

³⁴ R. APRATI, *cit.*, 301.

dall'ordo procedendi in tal guisa verificatasi non può riferirsi ad alcuna delle nullità generali previste dall'art. 178 c.p.p.

È proprio tale scelta legislativa, tuttavia, a disvelare, sotto altro profilo, la natura "debole" del vincolo posto in capo alle Sezioni unite, affidando alla sensibilità di ciascuna Sezione la decisione se dar luogo o meno alla rimessione, ancorché nelle ipotesi in cui questa si profilerebbe come obbligatoria³⁵.

Certamente il legislatore, sulla base del riferimento al modello dell'art. 374, comma 3, c.p.c., avrebbe potuto esplicitare l'obbligo di motivazione dell'ordinanza adottata dalla Sezione semplice, ma è pur vero che, trattandosi di un tipo di atto per il quale l'ordinamento processuale di per sé impone l'obbligo di motivazione (*ex* art. 125, comma 3, c.p.p.), l'ordinanza di rimessione dovrà congruamente illustrare, a fronte della specifica evenienza procedimentale venutasi in tal modo a determinare, quali siano le ragioni per le quali si ritenga emendabile o, addirittura, superato l'orientamento fissato con il principio di diritto a suo tempo statuito dalle Sezioni unite, dando così modo alla Sezione semplice di sviluppare sul piano argomentativo il suo contributo nomofilattico³⁶.

A sua volta, il mutamento di indirizzo da parte delle Sezioni unite dovrà costituire il frutto di una scelta attentamente ponderata, poiché volta a costruire un nuovo punto di equilibrio all'interno del sistema, e potrà dunque avvenire solo quando sia giustificato da solide ragioni «e in modo tale da assicurare la creazione di una "nuova uniformità"»³⁷.

6. L'enunciazione del principio di diritto nei casi di inammissibilità del ricorso.

La seconda modifica operata dal legislatore ha comportato l'introduzione del nuovo comma 1-ter dell'art. 618 c.p.p., ove si stabilisce che «*il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta*».

In tal caso la novella viene a disciplinare un'ipotesi del tutto peculiare, poichè le Sezioni unite, una volta investite, possono risolvere la questione di diritto prospettata con la ordinanza di rimessione anche se il ricorso è inammissibile per una causa sopravvenuta (ad es., nell'ipotesi della rinuncia al ricorso, ovvero nei casi di sopravvenuta rimessione in libertà quando venga impugnato un provvedimento *de libertate*).

La risoluzione del quesito di diritto, tuttavia, è solo enunciata, svolgendo per il futuro la sua generale funzione di orientamento, senza che la stessa possa incidere sull'esito processuale di specie, dal momento che il ricorso presentato deve comunque essere dichiarato inammissibile. L'istituto, dunque, rappresenta una espressione pura

³⁵ A. CALIGARIS, *cit.*, 18.

³⁶ Sul punto cfr. M. BARGIS, *cit.*, 966.

³⁷ M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, 1991, 165.

della funzione nomofilattica, muovendosi nell'esclusivo ambito di tutela dello *ius constitutionis*, senza incidere su alcun profilo attinente al versante del cd. *ius litigatoris*³⁸.

La pronuncia della Corte, quindi, avviene in funzione esclusiva dell'interesse dell'ordinamento e delle applicazioni future della norma che ne è l'oggetto³⁹.

Ne consegue che la pronuncia non produce alcun effetto sul provvedimento del giudice di merito, presentando la nuova norma una finalità di tipo semplificativo-acceleratorio, basata essenzialmente sulla valorizzazione di una presunzione: essendo prevedibile che il medesimo problema a breve termine si ripresenterà, tanto vale risolvere da subito il contrasto, senza attendere i tempi di una nuova rimessione alle Sezioni unite⁴⁰.

In relazione ad un caso presentatosi alcuni anni orsono in materia estradizionale, le Sezioni unite furono chiamate a risolvere un contrasto giurisprudenziale verificatosi in merito ad una rilevante questione di diritto, che non venne tuttavia affrontata perché nel corso del processo l'estradando venne consegnato allo Stato richiedente, con la conseguente perdita di interesse al ricorso, sicché l'esito decisorio fu quello di una dichiarazione di inammissibilità per carenza di interesse sopraggiunta⁴¹.

Presupposto della decisione cui la Corte pervenne in quel caso era, significativamente, da ravvisare nel fatto che nel sistema processuale penale non v'era una disposizione simile a quella di cui all'art. 363, comma 3, c.p.c. che, valorizzando la funzione nomofilattica del giudice di legittimità, consente alla Corte di cassazione, pur quando dichiara inammissibile il ricorso, di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge, anche se tale pronuncia non è destinata a spiegare alcun

³⁸ G. DI CHIARA, *Laboratori giurisprudenziali di legittimità, flussi nomofilattici e "isole nella corrente": il coagulo di una nuova sintassi nei rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni unite*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, a cura di A. PULVIRENTI, Giappichelli 2018, 286 ss.

³⁹ E. LUPO, voce *Cassazione penale*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Giuffrè, 2017, 177 ss., che segnala come, in una recente decisione (Sez. U, 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli, in *Cass. pen.*, 2016, 4334), le stesse Sezioni unite abbiano ritenuto di affermare, ancor prima dell'approvazione della nuova legge, il principio di diritto in un caso in cui il ricorso è stato dichiarato inammissibile (in applicazione di un orientamento da esse per la prima volta affermato), considerando prioritaria l'esigenza di nomofilachia in occasione della prima interpretazione del nuovo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (*ex art. 168-bis c.p.*).

⁴⁰ R. APRATI, *cit.*, 303; G. FIDELBO, [Verso un sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto](#), in questa *Rivista*, 29 gennaio 2018, 13, nonché in AA.VV., *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*, a cura di M. Bargis e H. Belluta, Giappichelli, 2018; L. LUDOVICI, *Il giudizio in cassazione dopo la cd. Riforma Orlando*, in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina e E.M. Mancuso, Cedam, 2017, 447 ss.

⁴¹ Cfr., in motivazione, Sez. U, n. 6624 del 27 ottobre 2011, Marinaj, Rv. 251692 che erano state chiamate a risolvere la questione «se la misura coercitiva a fini estradizionali perda efficacia nel caso in cui lo Stato richiedente non prenda in consegna l'estraddando nel termine di legge a causa della sospensione dell'efficacia, disposta dal giudice amministrativo, del provvedimento ministeriale di concessione dell'estraddazione».

effetto sul provvedimento del giudice di merito (comma quarto del citato articolo)⁴². Né le Sezioni unite ritengono concretamente percorribile, in quella peculiare evenienza procedimentale, la strada di un'estensione analogica di tale disciplina nell'ambito del sistema processuale penale, attraverso l'auto-attribuzione del corrispondente potere.

La su richiamata disposizione, pur trovando certamente la sua principale fonte di ispirazione nel modello disegnato dall'art. 363, comma 3, c.p.c., se ne distacca tuttavia per la presenza di differenze niente affatto trascurabili⁴³.

L'attuale formulazione della norma processual-civilistica attribuisce sia alle Sezioni semplici della Cassazione, sia al massimo collegio, il potere di pronunciare, anche d'ufficio, il principio di diritto, quando l'impugnazione è dichiarata inammissibile (per qualsivoglia motivo), ove la Corte ritenga che la questione da decidere sia di particolare importanza.

Il nuovo comma 1-ter dell'art. 618 c.p.p., di contro, sembra dar vita ad un meccanismo assai più «angusto», poiché conferisce il potere di emanare il principio di diritto in capo unicamente alle Sezioni unite e presenta un ambito di applicazione limitato ad un solo caso specifico di inammissibilità, quella sopravvenuta, peraltro omettendo qualsivoglia riferimento al profilo della particolare importanza della questione decisa.

È risaltante, nella elaborazione giurisprudenziale della Corte, la formazione di una progressiva dicotomia, già di per sé problematica nella ricerca di una precisa linea di demarcazione, fra cause di inammissibilità "originarie" (per la mancanza dei motivi, la non specificità degli stessi, la loro manifesta infondatezza, ecc.) e "sopravvenute".

Su tali, circoscritte, basi testuali dovrebbe ritenersi che le Sezioni unite penali possano effettivamente giovare della nuova disposizione soltanto in quelle limitate ipotesi che ancora vengono intese come "inammissibilità sopravvenute", ossia nel caso di rinuncia all'impugnazione e di sopravvenuta carenza di interesse o di legittimazione ad impugnare.

Non sembra, tuttavia, sotto altro ma connesso profilo, che tale disposizione precluda alle Sezioni unite la possibilità di enunciare il principio di diritto nella sentenza con cui dichiarano l'inammissibilità per una delle altre cause previste dalla legge: i meccanismi di regolazione del sistema certamente non dovrebbero consentire la devoluzione di ricorsi affetti da inammissibilità c.d. formale (ad es., ex art. 591, comma 1, lett. c) c.p.p.), ma è altrettanto vero che a fronte di talune evenienze (ad es., contrasti interpretativi sull'impugnabilità dei provvedimenti e sui profili di legittimazione al ricorso, ovvero nelle ipotesi di manifesta infondatezza dei motivi) le Sezioni unite non possono che assumere una decisione di inammissibilità, ossia una pronuncia con la quale il ricorso viene comunque deciso, con la conseguente

⁴² Al riguardo cfr., in generale, M. BARGIS, *Ricorso per cassazione inammissibile e principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363, comma 3, c.p.c.: un istituto esportabile in sede penale a fini nomofilattici?*, in *Cass. pen.*, 2013, 119.

⁴³ M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, cit., 966 s.; R. APRATI, cit., 303 s.; A. CALIGARIS, cit., 20 s.; M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, *Alla ricerca di soluzioni per una crisi cronica: Sezioni unite e nomofilachia dopo la "riforma Orlando"*, in *Proc. pen. e giust.*, 2018, 989 s.

risoluzione della questione oggetto del contrasto e l'enunciazione del principio di diritto che spiega effetto sul rapporto processuale dedotto⁴⁴.

Una contraria soluzione produrrebbe il discutibile effetto di impedire l'attuazione della funzione nomofilattica in tutti quei casi in cui il ricorso, "seppure affetto da vizi originari, veicoli *quaestiones iuris* sulle quali penda un contrasto giurisprudenziale ovvero che siano idonee a generarlo"⁴⁵.

In tale direzione, del resto, si sono già orientate le Sezioni unite con una recente decisione⁴⁶, che nell'enunciare il principio di diritto secondo cui "*La Corte di cassazione pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio se ritiene superfluo il rinvio e se, anche all'esito di valutazioni discrezionali, può decidere la causa alla stregua degli elementi di fatto già accertati o sulla base delle statuizioni adottate dal giudice di merito, non risultando necessari ulteriori accertamenti*", ha dichiarato inammissibile il ricorso per la manifesta infondatezza dei motivi, escludendo l'eccepito vizio di travisamento della prova.

All'intervento delle Sezioni unite, investite a seguito di una rimessione del ricorso, la norma contenuta nell'art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p. ricollega "sempre", nella più ampia prospettiva della tutela dello *ius constitutionis*, la enunciazione del principio di diritto sul quale si basa la decisione.

Con la disposizione di cui al comma 1-ter dell'art. 618 c.p.p., si introduce, in definitiva, una nuova occasione di pronuncia legata all'attuazione del generale interesse ad una esatta ed uniforme interpretazione della legge da parte delle Sezioni unite, il cui epilogo decisorio si traduce comunque nella formulazione di un principio di diritto che, in forza della, strettamente collegata, previsione di cui al comma 1-bis della medesima disposizione, dovrà essere parimenti recepito dalle Sezioni semplici in tutte le successive decisioni vertenti sul medesimo tema, salva la facoltà, in caso di dissenso, di rimettere il ricorso alle stesse Sezioni unite al fine di sollecitarne un eventuale *revirement* ⁴⁷.

7. La "delimitazione" del principio di diritto.

Il piano dell'indagine deve ora volgersi verso le forme e le modalità di individuazione del principio di diritto. Tutti gli ingranaggi del meccanismo costruito dal legislatore, infatti, ruotano intorno a tale sintagma, di problematica ed incerta definizione già sul piano teorico anche per le inevitabili ricadute sugli ambiti di operatività delle successive pronunce delle Sezioni semplici ⁴⁸.

⁴⁴ G. FIDELBO, *cit.*, 13 s.

⁴⁵ Così L. LUDOVICI, *cit.*, 449; *contra* v. A. DE CARO, *Il ricorso per cassazione*, in AA.VV., *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. SCALFATI, Giappichelli, 2017, 248, che ritiene insuperabile il dato normativo.

⁴⁶ Sez. U, n. 3464 del 30/11/2017, dep. 2018, Matrone, Rv. 271831.

⁴⁷ Sul punto cfr. A. CALIGARIS, *cit.*, 25; L. LUDOVICI, *cit.*, 448.

⁴⁸ M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, *cit.*, 982.

In primo luogo, il “principio di diritto delle Sezioni Unite” cui si riferisce l’art. 618 c.p.p. è senza dubbio quello che viene pronunciato per risolvere la questione specifica oggetto della rimessione da parte della Sezione semplice: è la risposta al c.d. “quesito” delimitato nella relativa ordinanza.

Se è questo, dunque, il tema principalmente sottoposto alla cognizione delle Sezioni unite, è pur vero che le stesse Sezioni unite possono, in sede di decisione, riformularne il contenuto o modificarne il perimetro, ove ritengano che la *quaestio iuris* non sia stata posta in termini corretti o esattamente delimitata.

In secondo luogo, costituiscono principio di diritto ai sensi dell’art. 618 c.p.p. anche quelli strettamente connessi, ovvero logicamente “pregiudiziali”, purché autonomamente isolabili, rispetto al principio di diritto attorio al quale ruota l’asse principale della questione. Si tratta di principi “decisivi”, poiché in loro assenza quello principale non potrebbe essere formulato o, comunque, non assumerebbe alcun significato di rilievo; sono, più in particolare, “*conditio sine qua non*” rispetto alla risoluzione del quesito “devoluto”, traducendosi, però, in un nesso non materiale, ma di implicazione logica e giuridica, poiché afferiscono all’interpretazione delle norme necessarie per risolvere il quesito principale⁴⁹.

Non sono principio di diritto, invece, le sequenze argomentative attraverso cui si articola la *ratio decidendi*, ovvero gli *obiter dicta* eventualmente contenuti nella motivazione relativa alla questione principale, ossia le formulazioni di principi generali ed astratti che esulano del tutto dal tema a cui si riferisce la questione rimessa (come, ad es., quando si ricostruiscono istituti diversi per fare parallelismi, distinzioni, analogie)⁵⁰.

Occorre sottolineare, inoltre, che alle Sezioni unite non viene devoluta solo la specifica questione su cui è sorto il contrasto, poiché la rimessione ha ad oggetto l’intero ricorso e quest’ultimo, una volta assegnato, deve essere interamente definito, non essendo configurabile nel sistema una decisione parziale cui si accompagni una contestuale riserva di definizione delle residue questioni ad opera della Sezione semplice⁵¹. Nel processo penale, infatti, non è prevista la possibilità che il ricorso sia definito solo in parte dalle Sezioni unite, come è invece previsto nel diverso sistema del processo civile, in cui è possibile distinguere i motivi di ricorso di competenza delle Sezioni semplici e i motivi di ricorso di competenza delle Sezioni unite (*ex* art. 142 disp. att. c.p.c.). Del resto è la stessa giurisprudenza delle Sezioni unite penali a chiarire che ad esse compete la decisione dell’intero ricorso e non solo del motivo attinente alla questione che ha suscitato il contrasto giurisprudenziale, anche in considerazione del fatto che l’ordinanza di rimessione ha natura sostanzialmente amministrativa e non giurisdizionale⁵².

Ne consegue che nella motivazione della sentenza ben possono essere affermati principi del tutto estranei all’ambito della questione controversa, che non v’è alcuna

⁴⁹ Cfr, al riguardo, R. APRATI, *cit.*, 320.

⁵⁰ G. FIDELBO, *cit.*, 10; R. APRATI, *cit.*, 320.

⁵¹ M. BARGIS, *cit.*, 967.

⁵² G. FIDELBO, *cit.*, 9; Sez. U, n. 17 del 21/06/2000, Primavera, Rv. 216660.

ragione di escludere dalla sfera di applicazione della previsione dell'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p. L'art. 173 comma 3 disp. att. c.p.p., infatti, collega il principio di diritto alla decisione assunta dalle Sezioni unite, per cui tutti i principi sui quali si basa la decisione devono essere enunciati e in quanto collegati alla decisione devono ritenersi idonei ad obbligare le Sezioni semplici alla rimessione, qualora non li condividano⁵³.

Condivisibile, dunque, deve ritenersi, in questa prospettiva ed in linea con la valorizzazione del ruolo nomofilattico attribuito dal legislatore all'intervento delle Sezioni unite, l'auspicio che le relative decisioni indichino in maniera sempre puntuale e specifica la griglia dei principi di diritto ritenuti rilevanti ai sensi dell'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p., eventualmente facendo ricorso alla procedura di lettura e approvazione della motivazione prevista dall'art. 617 comma 3 c.p.p.⁵⁴.

8. L'individuazione del contrasto con un principio affermato dalle Sezioni unite.

Sulla base di una risalente linea interpretativa tracciata dalla stessa giurisprudenza di legittimità⁵⁵ i presupposti della rimessione obbligatoria sembrano potersi individuare ove sussista un palese e totale contrasto fra l'opzione esegetica sostenuta dal singolo collegio ed ogni interpretazione prospettabile di un principio di diritto delle Sezioni unite⁵⁶, ossia una situazione di assoluta inconciliabilità *ictu oculi* emergente fra le diverse affermazioni di principio.

Al contempo, tuttavia, non si può non rilevare come il meccanismo dell'art. 618, comma 1-*bis* sia in grado di produrre già ora notevoli "effetti riflessi" sulla giurisprudenza di merito e sull'operato delle parti nelle fasi antecedenti a quella di legittimità. I giudici di merito e le parti, infatti, se, da un lato, possono giovare della accresciuta omogeneità degli orientamenti della Corte di cassazione, dall'altro lato sanno, fin dal principio, di correre il forte rischio di vedersi impugnato prima e cassato poi un provvedimento, nel caso in cui decidano di fondarlo su un'esegesi difforme rispetto ad un principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite.

Tutto ciò rischia di provocare un irrigidimento esegetico nella stessa elaborazione della giurisprudenza di merito, con il conseguente pericolo di travolgere sul nascere qualsiasi possibilità di sperimentazione di ipotesi ermeneutiche alternative: rischio, tuttavia, agevolmente superabile, ove si consideri che possono essere gli stessi giudici di merito, anche sollecitati dalle parti, ad aprire la strada per il possibile

⁵³ Così, in termini del tutto condivisibili, G. FIDELBO, *cit.*, 10; *contra*, v. R. APRATI, *cit.*, 296, che ha sostenuto un'esegesi restrittiva della nozione in esame, secondo cui nell'ambito di applicazione dell'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. rientrerebbero soltanto i principi di diritto emanati per risolvere la specifica questione devoluta alle Sezioni unite, a cui andrebbero ad aggiungersi solo quelli «strettamente pregiudiziali» ai primi. Al contrario, tutti gli altri principi di diritto contenuti nelle sentenze del massimo collegio non fungerebbero da "precedente" ai sensi della norma in esame. Condividono la seconda impostazione ricostruttiva della nozione, inoltre, M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, *cit.*, 982.

⁵⁴ G. FIDELBO, *cit.*, 10.

⁵⁵ Sez. 6, n. 865 del 24/03/1993, Morabito, Rv. 194193.

⁵⁶ M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, *cit.*, 983.

mutamento di una linea interpretativa tracciata dal massimo collegio e che la stessa Sezione semplice – quale unico organo giudiziario tenuto alla rimessione in caso di argomentato dissenso – ben “potrà attingere a piene mani dai suggerimenti del giudice di merito (oltretutto di quelli delle parti) per predisporre la sua opinione dissenziente, avendo così un valido aiuto per provare a superare il precedente del collegio esteso, considerato oramai non più attuale”⁵⁷.

Occorre dunque evitare che il rafforzamento della funzione nomofilattica del Supremo Collegio, assicurata attraverso la garanzia della prevedibilità delle decisioni e della stabilizzazione dei percorsi procedurali, si realizzi ponendo a rischio l’altrettanto necessaria garanzia di un’evoluzione giurisprudenziale in grado di tenere sempre conto delle dinamiche della società, delle norme di riferimento e del progressivo divenire della giurisprudenza costituzionale ed europea⁵⁸.

9. Nomofilachia e prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Nella logica della Convenzione europea dei diritti dell’uomo la “base legale” su cui poggiano le fondamenta di un ordinamento statale deve essere chiaramente definita nei suoi contorni e facilmente accessibile a chiunque: il requisito della “prevedibilità” riguarda anche i profili dell’applicazione in sede giudiziaria della norma⁵⁹, la cui funzione concorre ad assicurarne la “conoscibilità” ai consociati anche al fine di evitare possibili interferenze statali nel quadro di una generale garanzia della sostanza dei diritti e delle libertà riconosciuti sul piano convenzionale.

La prevedibilità delle decisioni giudiziarie è dunque strettamente collegata, anche nei sistemi di *civil law*, alla stabilità dei precedenti: l’esistenza di divergenze giurisprudenziali “profonde e persistenti” nell’ambito delle Corti nazionali di ultima istanza incide direttamente sui requisiti dell’equo processo, il cui rispetto la Corte EDU ritiene escluso se l’ordinamento interessato non preveda strumenti idonei a risolvere i contrasti ovvero se tali strumenti, pur formalmente contemplati, si rivelino in concreto inefficaci⁶⁰.

Non è, dunque, l’esistenza, ma la “persistenza” dei contrasti di giurisprudenza a confliggere con le esigenze della Convenzione europea sotto il profilo del rispetto dei complessivi requisiti di equità del processo, con la conseguente decisività, entro tale prospettiva, del ruolo unificante attribuito alle Corti supreme nazionali ai fini della valorizzazione di quelle ragioni di coerenza ed eguaglianza di trattamento sulle quali

⁵⁷ In tal senso v. M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, *cit.*, 988.

⁵⁸ Cfr. G. SPANGHER, *Nomofilachia “rinforzata”: serve trasparenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 986.

⁵⁹ In linea generale, sul tema, cfr. l’ampio studio di F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale](#), in questa *Rivista*, 19 dicembre 2016, 23 ss. Sulla prevedibilità della legge, prima ancora che delle decisioni, v. M. DONINI, [Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, 20 ss.

⁶⁰ Corte EDU, 2 luglio 2009, *Iordan Iordanov e altri c. Bulgaria*, §§ 49-50; Corte EDU, 2 novembre 2010, *Stefanica e altri c. Romania*, § 36.

si fonda la stabilità della risposta giurisprudenziale⁶¹. La presenza di eventuali divergenze giurisprudenziali costituisce, infatti, una evenienza di per sé non contraria alla Convenzione, poiché inerente alla evoluzione propria di ogni sistema giudiziario⁶², purché tale sviluppo rispetti la sostanza della disciplina portata dalla norma⁶³.

Anche di recente la Corte europea ha ribadito il suo indirizzo ermeneutico, affermando che il risultato del processo interpretativo deve essere coerente con la sostanza dell'illecito penale e allo stesso tempo prevedibile, laddove la divaricazione fra la norma penale scritta e l'interpretazione che di essa era stata data in sede giudiziale non poteva considerarsi tale da consentire neanche *a posteriori* una chiara delimitazione tra condotte lecite e condotte penalmente illecite, con a conseguente statuizione di assolutamente imprevedibilità della condanna pronunciata dalle autorità dello Stato parte. Più che in un mutamento giurisprudenziale *in malam partem*, nel caso di specie l'oggetto della censura è stato individuato nell'interpretazione irragionevolmente estensiva delle norme incriminatrici proposta dai tribunali nazionali, in quanto ritenuto non congruente rispetto alla sostanza dell'illecito e incapace di soddisfare i necessari *standards* di chiarezza, determinatezza e prevedibilità imposti dalla Convenzione⁶⁴.

Ora, il congegno normativo delineato attraverso la interpolazione dell'art. 618 c.p.p. sicuramente incide sul rafforzamento della "prevedibilità" della base legale del sistema⁶⁵, valorizzando quegli aspetti – connaturali ai canoni del *fair trial* e della legalità convenzionale *ex art. 7 CEDU* – di "certezza del diritto" e di "stabilità" del quadro giurisprudenziale che la Corte EDU considera da sempre centrali nel ruolo che le Corti supreme nazionali sono oggettivamente chiamate a svolgere al fine di garantire ed accrescere la fiducia dei consociati nel funzionamento del sistema giudiziario quale componente ineliminabile di una società democratica⁶⁶.

Entro tale prospettiva la Corte di Strasburgo ha più volte affermato che se la presenza di un profondo e persistente contrasto giurisprudenziale all'interno di una Corte suprema può condurre alla violazione dei principi di certezza del diritto e di

⁶¹ Cfr. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL e L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, 2016, 129.

⁶² Cfr. Corte EDU, 20 maggio 2008, *Santos Pinto c. Portogallo*, § 41.

⁶³ Corte EDU, 30 marzo 2004, *Radio France e altri c. Francia*, § 20.

⁶⁴ Corte EDU, 17 ottobre 2017, *Navalnyy c. Russia*, ric. n. 101/15, in questa *Rivista*, 16 gennaio 2018, con nota di S. BERNARDI, [Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale: il caso Navalnyy c. Russia](#), 3 ss., ove le autorità giudiziarie interne, nel pronunciare la sentenza di condanna contro i due ricorrenti, avevano adottato una interpretazione alternativa della norma del codice penale russo che prevede il reato di "frode commerciale", disancorando l'applicazione della norma incriminatrice in questione dai principi stabiliti dal codice civile in materia di libertà contrattuale e attività commerciali, e giungendo a riconoscere integrato il delitto di truffa contrattuale pur in assenza di un effettivo inadempimento contrattuale o di un'altra causa di nullità o invalidità del contratto.

⁶⁵ R. APRATI, *cit.*, 306 ss.; M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, *cit.*, 984 s.; O. MAZZA, *Conciliare l'inconciliabile, il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)*, in *Arch. pen.*, Speciale riforme, 14 maggio 2018, 10.

⁶⁶ Corte EDU, 15 maggio 2008, *Faltejsk c. Repubblica Ceca*, § 34.

equità processuale *ex art. 6, par. 1, CEDU*, allo stesso tempo la predisposizione, da parte degli ordinamenti nazionali, di meccanismi finalizzati a prevenire o a superare la formazione di tali – peraltro inevitabili – divergenze interpretative può portare ad escludere la violazione delle garanzie convenzionali⁶⁷.

Esigenze, queste, che la stessa Corte di legittimità ha più volte posto in rilievo nella sua elaborazione giurisprudenziale⁶⁸, affermando che l'uniforme interpretazione della legge significa uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla stessa, con l'ovvia conseguenza che la nomofilachia costituisce diretta espressione del principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 della Carta fondamentale.

Già nella Relazione al Progetto preliminare del vigente codice di rito si osservava con chiarezza: *"...è infatti ricorrente il rilievo che viene meno l'effettiva uguaglianza davanti alla legge se nella sede giudiziaria situazioni uguali ricevono trattamenti diversi. Il contrasto tra le decisioni della Corte – si è sottolineato – elude inoltre la richiesta di certezza, che in materia penale è ancor più pressante e si ricollega al principio di stretta legalità, con il suo corollario di tassatività, che non consente di ritenere di volta in volta penalmente lecito o illecito lo stesso fatto o di ravvisare in esso reati diversi di ineguale gravità"*.

L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, a sua volta, attribuisce la funzione nomofilattica alla istituzione che ne rappresenta storicamente la "naturale" detentrica⁶⁹: funzione, questa, che *"...appartiene ad ogni sezione della Corte medesima; ma quando, essendovi decisioni in contrasto, intervengono le Sezioni unite per mettere fine ad una incertezza interpretativa, la decisione delle Sezioni unite costituisce un annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per il cittadino in particolare: sicché, in tale ipotesi, la funzione nomofilattica ha un peso dominante su altri valori e le sezioni semplici devono prenderne atto, salvo la riproposizione della quaestio a norma dell'art. 172 disp. att. c.p.p., comma 2..."*⁷⁰.

La modifica normativa che ha investito il quadro dei meccanismi regolati dall'art. 618 c.p.p. rafforza, dunque, una linea di tendenza chiaramente presente e già fortemente avvertita nell'ordinamento⁷¹, favorendo l'adeguamento del sistema a quanto auspicato dalla stessa Corte costituzionale, che con ancor maggiore incisività della Corte di Strasburgo pretende che i precetti penali siano prevedibili, sottolineando il fatto che «un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari» comporta imprevedibilità del diritto e dunque scusabilità dell'errore di diritto⁷².

⁶⁷ Da ultimo v. Corte EDU, 9 febbraio 2016, *Çelebi e altri c. Turchia*, § 67; Corte EDU, 30 luglio 2015, *Ferreira Santos Pardo v. Portogallo*, § 51; Corte EDU, 28 giugno 2007, *Perez Arias c. Spagna*, § 25.

⁶⁸ Cfr., ad es., nella motivazione, Sez. 2, n. 19716 del 06/05/2010, Merlo, Rv. 247113.

⁶⁹ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 2014, II ed., 256 ss.

⁷⁰ Così, testualmente, Sez. 2, n. 19716 del 06/05/2010, Merlo, *cit.*, che nella motivazione richiama, in senso conforme, quanto già affermato da Sez. 3, n. 7455 del 23 febbraio 1994, Di Chiara, Rv. 198355.

⁷¹ R. APRATI, *cit.*, 309.

⁷² Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364.

10. Tra “vincolo” e mera “persuasione”: l’incidenza sistematica di una “tendenziale stabilità” della giurisprudenza di legittimità.

Nel modulare la dinamica della risoluzione dei conflitti interpretativi fra Sezioni semplici e Sezioni unite, il legislatore non ha di certo inteso conformare sul piano dei contenuti sostanziali le linee di indirizzo potenzialmente emergenti dalla naturale evoluzione dell’attività giurisprudenziale di legittimità, ma si è limitato ad introdurre nel nostro ordinamento, con la novellata disposizione dell’art. 618 c.p.p., una forma di precedente con effetti solo tendenzialmente vincolanti sul piano processuale, senza immutare la connotazione di “persuasività” connaturale al ruolo del precedente nei sistemi di *cd. civil law*.

La diversità delle famiglie di *civil law* e di *common law*, pur con tutti i limiti che siffatte linee di demarcazione inevitabilmente presentano, viene tradizionalmente individuata sulla base del ruolo attribuito al giudice, che nel diritto continentale si limita ad applicare la legge, mentre nei sistemi di diritto angloamericano produce il diritto attraverso la regola dello *stare decisis et quia non movere*⁷³. Al centro del primo sistema si colloca il precedente “persuasivo”, poiché i giudici si adeguano alle decisioni anteriori in quanto convinti della loro plausibilità, mentre il dato sistemologico tipico degli ordinamenti di *common law*⁷⁴ è rappresentato dal precedente vincolante, anche se l’obbligo giuridico di conformarsi alle decisioni delle corti superiori non riveste un carattere assoluto, ma è derogabile attraverso il ricorso alle tecniche interpretative del *distinguishing* o dell’*overruling*.

Occorre inoltre considerare che nell’ordinamento italiano l’art. 101 comma 2 Cost. proclama la soggezione soltanto alla legge dei giudici: in maniera esplicita, dunque, è vietato che il diritto possa essere generato dalla giurisprudenza. Nella materia penale, inoltre, un eventuale vincolo del precedente violerebbe anche il principio costituzionale della riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.): il precedente giurisprudenziale dovrebbe essere equiparato, in sostanza, ad una fattispecie incriminatrice creata dai giudici penali e non dal legislatore⁷⁵.

Al riguardo, il Giudice delle leggi ha con nettezza affermato che l’orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite ha «una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente “persuasivo”. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell’organo di nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in

⁷³ V., al riguardo, l’ampia ricostruzione di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale ecc.*, cit., 171 ss.

⁷⁴ Sul tema cfr., in linea generale, A. GUARNIERI, *Lineamenti di diritto comparato*, Cedam, 2016, 347 ss.

⁷⁵ M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 538 ss. Sui pericoli storicamente riconnessi alle “utopie di una giustizia penale oltre la legge”, v. le riflessioni critiche sviluppate da G. INSOLERA, *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, in *Arch. pen.*, Speciale riforme, 2018, 5 ss.

qualunque tempo e da qualunque giudice delle Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle Sezioni singole, come in più occasioni è accaduto»⁷⁶.

Entro tale prospettiva deve correttamente inquadrarsi la valutazione del “peso” specifico della innovazione tradottasi nella costruzione del nuovo canone di riferimento delineato dall'art. 618 c.p.p., la cui “lettura” deve combinarsi con quella che dottrina e giurisprudenza hanno offerto dell'analogo modello introdotto nel sistema processuale civile dalla richiamata disposizione di cui all'art. 374 comma 3 c.p.c.

Un'opzione esegetica incentrata sulla valorizzazione del carattere *tout court* vincolante del principio affermato dalle Sezioni unite dovrebbe essere decisamente esclusa non solo perché non autorizzata dalla oggettività del dato normativo, ma perché si porrebbe in palese contrasto con le implicazioni sottese alla valenza storicamente assegnata al principio costituzionale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.)⁷⁷: si è già osservato come l'intenzione del legislatore sia stata quella di rafforzare e promuovere un valore, sotto più profili, ritenuto di decisivo rilievo in una moderna società democratica, quello della stabilità degli indirizzi giurisprudenziali, attraverso la introduzione anche nel processo penale di un vincolo tendenziale, relativo e di natura essenzialmente processuale.

Non si tratta, dunque, di un “impianto incardinato su cinghie di trasmissione a rime obbligate”, poiché alle Sezioni semplici è sempre consentito di attivare e promuovere meccanismi di progressione e sviluppo degli orientamenti interpretativi di legittimità: la norma si limita, piuttosto, ad introdurre una “sintassi virtuosa” sulla base di un protocollo operativo che converge verso il potenziamento dell'autorevolezza e del ruolo nomofilattico delle Sezioni unite, senza creare una situazione di necessaria “obbedienza” al quadro dei principi da esse enunciati⁷⁸.

Sulla base di tale meccanismo non può negarsi che le Sezioni semplici continuano a non essere obbligate ad adottare una decisione di contenuto conforme a quella delle Sezioni unite, dal momento che l'obbligo origina solo dalla necessità di rimettere il ricorso alle Sezioni unite nel caso in cui esse non siano persuase dal precedente e intendano discostarsi da esso⁷⁹. In definitiva, se alle pronunce delle Corti supreme anglosassoni può attribuirsi la qualità di “autorità” perché vincolano tutti i giudici, nel sistema italiano le decisioni delle Sezioni unite penali mirano ad orientare il flusso delle future decisioni, sono dunque “autorevoli” ma non posseggono l'autorità di cosa giudicata oltre i limiti del caso deciso e non possono, quindi, esercitare un'efficacia vincolante in altri casi analoghi.

Coordinando l'analisi dell'art. 618 c.p.p. con le altre norme che regolano i casi di rimessione delle questioni controverse dinanzi alle Sezioni unite, emerge con chiarezza come il legislatore abbia inteso delineare un “protocollo procedurale”, volto a garantire

⁷⁶ C. cost., 12 ottobre 2012, n. 230.

⁷⁷ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011, 77 ss.

⁷⁸ G. DI CHIARA, *cit.*, 277 ss.

⁷⁹ R. APRATI, *cit.*, 314.

che i contrasti e i mutamenti giurisprudenziali si realizzino nel rispetto di quella “prevedibilità” che la giurisprudenza convenzionale considera di centrale rilevanza per assicurare stabilità e certezza ad un intero ordinamento: il sistema così novellato, in altri termini, ha codificato “una sorta di griglia procedimentale che regola il modo in cui si formano e poi si compongono i contrasti interpretativi e il modo in cui si generano o si evitano i mutamenti giurisprudenziali”⁸⁰.

Non si è posto in capo alla singola Sezione un “vincolo positivo” ad accogliere necessariamente l'esegesi offerta dalle Sezioni unite, pur se non condivisa, ma soltanto un “vincolo negativo o processuale” a non pronunciare in senso consapevolmente difforme rispetto ad un precedente del massimo collegio, dovendo necessariamente incanalare le ragioni dell'eventuale dissenso in una motivata ordinanza di rimessione⁸¹.

Del tutto diversa, invece, deve ritenersi l'ipotesi in cui la Sezione semplice, pur collocandosi nel solco tracciato dalle Sezioni unite, ritenga meritevole di un apporto integrativo l'enunciazione del principio di diritto e ne operi un adeguamento o un'estensione della base giustificativa: attività, questa, di certo non inibita alla Sezione semplice, che potrà offrire al riguardo il suo contributo argomentativo arricchendo ulteriormente l'efficacia della funzione nomofilattica⁸².

Solo una lettura parziale e riduttiva della riforma in esame – che non coinvolge il ruolo dei giudici di merito – potrebbe consentire di scorgere fra le pieghe di tale modulazione della interna dinamica dei rapporti fra le Sezioni semplici e le Sezioni unite un ruolo attenuato o, addirittura, secondario assegnato alle prime: esse, in realtà, vengono fortemente responsabilizzate nella prospettiva di garanzia di una fisiologica evoluzione del sistema, sino ad assumere funzioni di snodo e di impulso fondamentali nella gestione dei tempi, delle forme, dei contenuti e della stessa “direzione” finalistica dei contrasti giurisprudenziali, essendo solo vincolate ad ostentare con chiarezza quali siano le solide ragioni argomentative in grado di mettere in discussione l'autorevolezza di un precedente delle Sezioni unite e di imporre la ricerca di un nuovo, e maggiormente “persuasivo”, punto di equilibrio.

Al riguardo, basti solo pensare al fascio di implicazioni legate alla valutazione circa la possibilità – di certo non preclusa alla Sezione semplice dalla novella n. 103/2017 – di sollevare una questione di legittimità costituzionale⁸³ o di rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE o, ancora, di formulare (sempre che ne ricorrano i presupposti e non appena il relativo strumento sarà recepito nel nostro Paese con apposita legge di ratifica) una richiesta di parere consultivo alla Corte di Strasburgo ai sensi del Protocollo n.16 annesso alla CEDU, con riferimento a materie che hanno costituito oggetto di un precedente intervento nomofilattico da parte delle Sezioni unite.

⁸⁰ Così, in termini del tutto condivisibili, R. APRATI, *cit.*, 315; v, inoltre, L. LUDOVICI, *cit.*, 445; A. CALIGARIS, *cit.*, 8.

⁸¹ Cfr., sul punto, M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, *cit.*, 988.

⁸² G. DI CHIARA, *cit.* 279; A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Giappichelli, 2011, 64.

⁸³ Sul punto v. le considerazioni di G. DI CHIARA, *cit.*, 284.

11. Conclusioni.

La funzione nomofilattica è dall'ordinamento conferita all'intera Corte di cassazione, affinché vigili in modo che tutti i giudici interpretino correttamente ed «applicino in modo coerente» la legge.

È indubbio che, per effetto della novellata disposizione dell'art. 618 c.p.p., il legislatore sia intervenuto sulla funzione nomofilattica, concentrando assai più di prima in capo alle Sezioni unite la sua declinazione come controllo di legalità astratta, ossia di correttezza interpretativa, consegnando alle esigenze di tutela dello *ius constitutionis* una valenza più incisiva sul piano funzionale e sistematico⁸⁴.

Entro questa prospettiva si è altresì osservato che, in tal modo, la tutela dello *ius constitutionis* viene per lo più assegnata alle Sezioni unite: «competerà ad esse verificare "l'esatta applicazione della legge" dal punto di vista della "esatta interpretazione della legge"; competerà invece alle Sezioni semplici per lo più la tutela dello *ius litigatoris*, ossia degli aspetti più propriamente attinenti alla sfera della "corretta applicazione della legge"»⁸⁵.

Occorre peraltro considerare che nel nostro sistema processuale, tanto in quello disciplinato dal codice abrogato che in quello vigente, non è riconosciuta alle Sezioni unite "alcuna autonomia istituzionale esterna rispetto alle singole Sezioni, fatta eccezione per i casi tassativamente previsti dalla legge"⁸⁶.

Non v'è, dunque, alcuna sovraordinazione rispetto alle Sezioni semplici, né alcuna connotazione in senso gerarchico dei rapporti fra queste ultime e le Sezioni unite affiora dall'analisi del testo normativo: la funzione di nomofilachia continua tuttora ad essere attribuita alla Corte nell'insieme delle sue interne articolazioni e a prescindere dalla sua composizione nel caso di specie, anche se può essere esercitata in via esclusiva dalle Sezioni semplici nel solo caso in cui la questione non abbia ancora formato oggetto di pronuncia da parte delle Sezioni unite, rendendosi altrimenti necessaria – in caso di argomentato dissenso da un orientamento già stabilmente definito –, l'attrazione della cognizione sulla questione di diritto (ritornata) controversa alla sfera d'intervento che l'ordinamento stesso da sempre riserva alla medesima Corte nella sua più autorevole composizione: ad una delle due voci liberamente dialoganti deve pur spettare la decisione – peraltro sempre modificabile nel tempo – se mantenere la stabile direzione della già tracciata linea interpretativa, confermando così il precedente orientamento, ovvero modificarne la portata o, addirittura, mutarne la sostanza, alla luce del nuovo quadro di riflessioni criticamente prospettate dalla Sezione semplice nella sua ordinanza di rimessione.

⁸⁴ Cfr. R. APRATI, *cit.*, 316; G. FIDELBO, *cit.*, 15.

⁸⁵ R. APRATI, *cit.*, 316.

⁸⁶ Sez. 2, n. 2927 del 10/06/1994, Favia, Rv. 198691.

Particolare rilievo assumerà, dunque, la motivazione dell'ordinanza di rimessione, quale atto di impulso che nel nuovo sistema delineato dal legislatore dovrà necessariamente atteggiarsi non "come mera sollecitazione di intervento del *plenum* ma come vera e propria proposta di rinnovamento e ricambio giurisprudenziale"⁸⁷.

Nella prospettiva di una autentica ed efficace custodia del *nomos*, fino a decidere di rimetterne in dubbio il patrimonio di stabilità già acquisito nel nome di una sua migliore ermeneutica e non certo di una sua "creazione" sul piano giudiziario, è ancora e sempre il vincolo del giudice alla legge "il punto di forza che consente di argomentare sulla protezione del diritto, anche di fronte a indirizzi giudiziari autorevoli, ma *ragionevolmente* discutibili": sulla scelta liberamente orientata a disattendere un indirizzo già affermato incombe un "onere di adeguata motivazione", cui fa da equilibrato punto di bilanciamento il diritto ad una adeguata risposta, "non appiattita sulla autoritaria riaffermazione di un indirizzo sottoposto a critica con argomenti nuovi"⁸⁸.

La riforma "Orlando", nel riprendere il progetto inizialmente scartato dalla Commissione ministeriale di studio istituita presso il Ministero della giustizia, sembrerebbe aver introdotto un meccanismo tale da conferire alla struttura della Corte di legittimità una "fisionomia maggiormente gerarchica e piramidale", attribuendo, alla stregua di quanto già avvenuto nel processo civile, solo alle Sezioni unite "il potere di smentire sé stesse"⁸⁹.

Poste al vertice della giurisdizione anche rispetto alle Sezioni semplici, dotate di competenza esclusiva sulle questioni su cui si sono già pronunziate, chiamate ad interpretare le disposizioni in via generale e astratta, le Sezioni unite "in un attimo" potrebbero trasformarsi in legislatore, con il rischio che l'uniforme interpretazione del diritto "in un baleno può diventare l'uniforme creazione del diritto"⁹⁰.

Occorre certamente evitare, dunque, il rischio di una concentrazione del monopolio interpretativo in una sede verticistica, per giunta slegata da qualsiasi rappresentatività, con l'ulteriore pericolo di ridurre lo spazio del contraddittorio sulle questioni di diritto, preservando comunque il bene rappresentato da quella "preziosa dialettica" con i giudici di merito che può indurre la Cassazione a rivedere e perfezionare i propri indirizzi ermeneutici⁹¹.

⁸⁷ L. LUDOVICI, *cit.*, 445.

⁸⁸ Così, in termini del tutto condivisibili, D. PULITANÒ, *Quale giudice supremo in materia penale?*, in *Quest. giust.*, 2017, n. 3, 40. Al riguardo una lettura più "forte" viene invece proposta, nella prospettiva di un "dovere", sia pure meramente "tendenziale", di attenersi ai precedenti di legittimità consolidati, da F. VIGANÒ, *cit.*, 34 ss., che ne ritiene necessario il riconoscimento "in chiave strumentale rispetto agli interessi di rango costituzionale sottesi alla prevedibilità delle decisioni giudiziarie, a meno che non sussistano ragioni cogenti in senso opposto (delle quali dovrà, ovviamente, darsi analiticamente conto nella motivazione della decisione)".

⁸⁹ L. LUDOVICI, *cit.*, 444; C. COLUCCI, *Nomofilachia "espressa" e nomofilachia "occulta": meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza nella recente evoluzione del diritto penale italiano*, in *Criminalia*, 2017, 216.

⁹⁰ In tal senso v., in termini assai incisivi, le preoccupazioni espresse da R. APRATI, *cit.*, 317.

⁹¹ Rischio paventato da P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1273.

Per altro verso, tuttavia, la Sezione semplice mantiene sempre la possibilità di distinguere il caso da decidere rispetto al precedente stabilito dalle Sezioni unite, con la conseguenza che laddove l'oggetto della cognizione sia diversamente delineato la stessa potrà non conformarsi al precedente. La disciplina introdotta con la novella dell'art. 618 c.p.p. sembra delineare, infatti, un "sistema basato su un modello *soft* di precedente a vincolatività relativa", che se da un lato pone al centro il ruolo delle Sezioni unite, dall'altro lato continua a riconoscere all'intera Corte di cassazione la vocazione naturale all'esercizio della nomofilachia, sia pure "sul presupposto, tutto da verificare, che i giudici di cassazione sappiano nutrirsi della cultura del precedente"⁹².

Se realizzato con efficacia, il nuovo modello di regolazione dei rapporti fra Sezioni unite e Sezioni semplici può riuscire, proprio perché strutturato in forma dialogica, ad arginare e ridurre la formazione dei contrasti giurisprudenziali all'interno della Corte di cassazione, attribuendo una maggiore stabilità alle decisioni delle Sezioni Unite e, al tempo stesso, facendo partecipare le Sezioni semplici allo sviluppo della giurisprudenza, nell'ambito di una procedura, tutta interna alla Corte, che, attraverso il dialogo tra le varie Sezioni, conduca all'emersione dialettica del punto di equilibrio interpretativo maggiormente adeguato e condiviso ai fini di una più ampia e sicura tutela dello *jus constitutionis*.

La sostanziale identità dei tratti del nuovo quadro normativo con la corrispondente disposizione di matrice processual-civilistica restituisce il senso profondo dell'esigenza di tendenziale "certezza" che il legislatore ha inteso preservare nella delineazione di un sistema ritenuto «il solo idoneo per un verso a conservare integra la libertà di giudizio dei giudici delle sezioni semplici, per altro verso ad evitare quel grosso discredito e quelle grosse disuguaglianze nel caso singolo che seguono ogni qualvolta una sezione semplice si ribella ad una precedente decisione delle Sezioni unite»⁹³.

"*Isole nella corrente*": a questa felice metafora⁹⁴ può ricondursi l'aspirazione a quel bisogno, generalmente percepito, di "uniformità" e, in senso più ampio, di "isonomia" da ricostruire nelle maglie profonde di un sistema che oscilla per l'effetto di plurime sollecitazioni, interne ed esterne, e continua a svilupparsi "*nell'ambito di un diritto che fluisce in crescente disordine lungo la freccia del tempo*": alle nuove sfide che queste esigenze di fondo pongono, la Suprema Corte deve, unita in tutte le sue interne articolazioni, saper efficacemente rispondere, pur nella consapevolezza della necessità di ulteriori interventi da parte del legislatore, per evitare il pericolo, sempre in agguato, di un deleterio slittamento verso il più modesto, e del tutto inutile, ruolo di una Corte

⁹² Cfr., sul punto, in termini problematici, le riflessioni di G. FIDELBO, *cit.*, 18, che individua ulteriori, condivisibili, forme di intervento normativo per rendere maggiormente efficace la funzione di nomofilachia della Corte.

⁹³ A. PROTO PISANI, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di Cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, in *Foro it.*, 1988, V, 29.

⁹⁴ L'espressione è di M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, 57.

«di revisione o di terza istanza, non funzionale all'interesse generale della collettività nell'ottica del principio di uguaglianza»⁹⁵.

⁹⁵ G. CANZIO, *Crisi della nomofilachia e prospettive di riforma della Cassazione*, in AA.VV., *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Dike, 2017, 333 ss.