

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

12/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glaucio Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

LEGALITÀ PENALE, PROCESSI DECISIONALI E NOMOFILACHIA (*)

di Giovanni Canzio

Il legislatore assegna alla Cassazione e in particolare al suo massimo organo collegiale, le Sezioni unite, il compito di depotenziare il corto circuito fra la legalità formale della «legge» e la legalità effettuale del «diritto vivente», attraverso la formazione di autorevoli «precedenti», nell'esercizio della funzione coerenziatrice della giurisprudenza. L'analisi delle caratteristiche della moderna nomofilachia e della diversa forza del vincolo del precedente induce l'Autore a spostare l'indagine sul terreno della «legalità dell'interpretazione», in termini di fissazione e applicazione da parte della comunità dei giuristi di condivise regole metodologiche, deontologiche e procedurali cui l'ermeneutica giudiziale dovrebbe ispirarsi.

SOMMARIO: 1. *Rethinking* la «legalità penale». – 2. La funzione coerenziatrice della Cassazione. – 3. La «nomofilachia» e la forza del «precedente». – 4. Il vincolo procedurale. – 5. Il precedente «orizzontale» fra *prospective overruling* e analogia in materia penale. – 6. Dalla «legalità penale» alla «legalità dell'interpretazione».

1. *Rethinking* la «legalità penale».

La giurisdizione penale trova un duplice *anchorage* nella Costituzione: la «legge» (art. 101, comma 2) e la «ragione» (art. 111, comma 6). Il principio del primato della legge, insieme con quello di stretta legalità dei reati e delle pene, con il corollario della tipicità, precisione e determinatezza della fattispecie incriminatrice (Cost., art. 25, comma 2), costituisce la più solida garanzia della funzione di prevenzione generale, dell'uguaglianza di trattamento e della libertà di autodeterminazione della persona, sotto il profilo della previa conoscibilità della norma, della prevedibilità delle conseguenze penali della propria condotta e del diritto di difesa. Occorre tuttavia prendere atto che i caratteri della modernità – o della postmodernità – presentano ed esigono nuove e più larghe declinazioni del termine «legge» e dello stesso ambito valoriale del concetto di «legalità penale»¹.

(*) Testo coordinato degli interventi svolti il 20 maggio e il 10 giugno 2022 nei convegni organizzati, rispettivamente, dall'Università di Firenze, sul tema *“Tra legge e giudice, alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale”*, e dall'Università di Verona, sul tema *“Processi decisionali e fonti del diritto”*.

¹ Sull'argomento, da ultimo, E. LUPO, *Sistema delle fonti, diritto giurisprudenziale e legalità penale*, in *Cass. pen.*,

Nel «labirinto»² costruito attorno alla pluralità e alla incerta gerarchia delle fonti, nazionali e sovranazionali, legislative e giurisprudenziali, le teorie dell'ermeneutica giudiziaria valorizzano la centralità della figura dell'interprete, mettendo definitivamente da parte ogni pregiudizio di ascendenza illuministica o giuspositivista³. Il giudice ricerca, seleziona e interpreta la norma seguendo, fra fatto, prove e diritto, il percorso della «interpretazione conforme» alla Costituzione, al diritto euro-unitario e a quello convenzionale della CedU, che comporta altresì la ricognizione della giurisprudenza costituzionale e di quella di Lussemburgo e Strasburgo, nell'ottica di una tutela *multilevel* dei diritti fondamentali della persona. Nella costruzione della trama regolatrice della decisione nel caso concreto, il reale significato della norma, dal testo al contesto, non emerge dalla mera lettura del dato positivo, ma dalla relazione che si instaura fra tale dato e l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa, sicché *«la struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività concretizzatrice della giurisprudenza»*.

Ed è questo l'esito metodologico dei più recenti approdi ermeneutici cui è pervenuto nel secondo decennio del XXI secolo l'organo di vertice della nomofilachia. Si postula esplicitamente dalle Sezioni unite penali (sentenza «Beschi» del 2010⁴) la funzione della *«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»*. Il sistema convenzionale non assolutizza, invero, il principio di legalità ma, nella complementarità fra il dato formale e quello giurisprudenziale, riconosce il «formante» del diritto vivente, *«con la conseguenza che gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma vivente, risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici»*. Si avverte (in tema di responsabilità medica dopo le

2022, 404; F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, *ivi*, 2022, 941.

² V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike ed., 2012.

³ Per la «funzione inventiva» del giurista e sul ruolo del «giudice inventore» nella complessità postmoderna, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma 2018. Merita, viceversa, di essere riportato il pensiero tagliente di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino 2007), § 4, *Interpretazione delle Leggi*: «... Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione; dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso, e da tutte quelle minute forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo. Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiare spesso volte nel passaggio che fa a diversi tribunali e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocinii o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente...».

⁴ Cass. pen., Sez. un., n. 18288 del 2010, PG in proc. Beschi, Rv. 246651. Nel senso dell'irrelevanza del mutamento giurisprudenziale ai fini del superamento del giudicato vero e proprio e della sua estraneità all'area applicativa della revoca della sentenza per abolizione del reato ex art. 673 cod. proc. pen., v. tuttavia Corte cost., n. 230 del 2012 (in cui si pone peraltro adeguatamente in risalto il netto iato che separa l'istituto esaminato nel caso di specie dalle Sezioni unite «Beschi», riconducibile più correttamente all'ambito delle preclusioni, rispetto al giudicato vero e proprio) e n. 25 del 2019.

riforme Balduzzi e Gelli-Bianco: sentenza «Mariotti» del 2018⁵) l'esigenza di procedere a «una opportuna attività ermeneutica che tenga conto, da un lato, della lettera della legge e, dall'altro, di circostanze anche non esplicitate ma necessariamente ricomprese in una norma di cui può dirsi certa la ratio, anche alla luce del complesso percorso compiuto negli anni dal legislatore sul tema in discussione. Percorso al quale non risultano estranei il contributo della Corte costituzionale né gli approdi della giurisprudenza di legittimità, di cui, dunque, ci si gioverà». Si argomenta diffusamente che «il canone interpretativo posto dall'art. 12, comma primo, delle preleggi prevede la valorizzazione del significato immediato delle parole, di quello derivante dalla loro connessione nonché della "intenzione del legislatore". E da tale disposizione – che va completata con la verifica di compatibilità coi principi generali che regolano la ricostruzione degli elementi costitutivi dei precetti – si evince un solo vincolante divieto per l'interprete, che è quello riguardante l'andare "contro" il significato delle espressioni usate, con una modalità che sconfinerebbe nell'analogia, non consentita nella interpretazione del comando penale. Non gli è invece vietato andare "oltre" la letteralità del testo, quando l'opzione ermeneutica prescelta sia in linea con i canoni sopra indicati, a maggior ragione quando quella, pur a fronte di un testo che lascia aperte più soluzioni, sia l'unica plausibile e perciò compatibile col principio della prevedibilità del comando; sia, cioè, il frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere a un risultato costituzionalmente adeguato, candidandosi così a dare luogo, in presenza di una divisione netta nella giurisprudenza delle sezioni semplici, al "diritto vivente" nella materia in esame. Il tentativo di sperimentare una interpretazione costituzionalmente conforme è, d'altro canto, il passaggio necessario e, se come nella specie concluso con esito positivo, ostativo all'investitura della Corte costituzionale. Ed è, quella anticipata, l'elaborazione che le Sezioni Unite intendono rendere, essendo proprio compito, nell'esercizio della funzione nomofilattica, individuare il significato più coerente del dato precettivo, anche scegliendo tra più possibili significati e plasmando la regola di diritto, la quale deve mantenere il carattere generale ed astratto. Ciò, in altri termini, senza che sia riconducibile alla attività interpretativa che ci si accinge a compiere un'efficacia sanante di deficit di tassatività della norma, non condividendosi il sospetto che la scelta sulla portata della norma sia sospinta dalla esistenza di connotati di incertezza e di imprevedibilità delle conseguenze del precetto, le quali, se ravvisate, avrebbero condotto alla sola possibile soluzione di sollevare, nella sede propria, il dubbio di costituzionalità».

Per un verso, la formazione del diritto vivente (anche mediante gli eventuali mutamenti di giurisprudenza) deve fare i conti col principio di determinatezza della fattispecie, nel prisma della conoscibilità del precetto e quindi della colpevolezza dell'agente, secondo l'art. 7 CEDU (cons. anche l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), nell'interpretazione offertane dalle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo. Per altro verso, la progressiva stratificazione multilivello del sistema tradizionale delle fonti e l'accentuarsi nel linguaggio del legislatore di connotati polisemici o meramente descrittivi e aperti, talora mediante l'utilizzo di

⁵ Cass. pen., Sez. un., n. 8770 del 2018, Mariotti, Rv. 272174-175-176.

clausole generali⁶, spingono l'esegesi fino al confronto con i valori, gli obiettivi e gli interessi implicati dal caso concreto.

Ammonisce in proposito – fra gli altri – Natalino Irti che, nel complicato equilibrio fra il principio di legalità e l'opera di concretizzazione della regola da applicare, il pluralismo delle fonti e quello assiologico rischiano di rendere imprevedibile e incalcolabile l'agire del giudice⁷. Si aggiunge che, considerati i limiti computazionali di funzionamento della mente umana e le ulteriori variabili, attinenti alla sfera dei valori o a quella morale e affettiva o all'influenza dell'opinione pubblica e della comunicazione attraverso i *mass media* e i *social network*, anche il ragionamento inferenziale e il calcolo probabilistico, che nella pratica giudiziaria sono alla base dell'opera logica di valutazione delle prove e della scelta decisoria, non sono immuni dal rischio di distorsioni ed errori cognitivi, essendo noti gli schemi e gli effetti dei principali *Heuristics and Biases*, dettati dalla comune esigenza di semplificare la complessità del reale⁸.

Orbene, la descrizione della razionalità limitata e delle "illusioni cognitive" nelle operazioni giudiziarie interroga il giurista in merito ai rimedi che il disciplinamento legislativo appresta, al fine di eliminare o almeno ridurre al minimo l'impatto negativo sull'esercizio della giurisdizione penale dei *biases* cognitivi che, disseminati lungo l'intero percorso decisionale, possono indurre all'errore valutativo e talora anche all'arbitrio in merito al reale significato delle evidenze o della prescrizione normativa.

2. La funzione coerenziatrice della Cassazione.

Il sistema della giurisdizione penale non è sprovvisto di antidoti contro il paventato pericolo della liquidità del diritto e di una deriva nichilistica dei pur legittimi

⁶ Sulla crisi del normativismo e sulle moderne tecniche di legistica, quasi sempre non precedute dall'analisi di sostenibilità qualitativa e quantitativa e di empirica verificabilità della fattispecie normata, cons. AA.VV., *Giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 483. Sarebbe auspicabile, viceversa, che il legislatore, nonostante il continuo divenire degli assetti economico-sociali, evitasse d'intervenire sul tessuto delle disposizioni normative con modifiche troppo frequenti, talora ispirate solo a logiche emergenziali e disattente ai profili sistematici dell'ordinamento, rendendo così ancora più difficile il formarsi di un diritto giurisprudenziale stabile e affidabile.

⁷ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36. Cons. anche, volendo, G. CANZIO, *Calcolo giuridico e nomofilachia*, in AA.VV., *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, il Mulino, 2017; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2017, 21.

⁸ P. RUMIATI, *Saper decidere. Intuizioni, ragioni, impulsività*, il Mulino, 2020; P. RUMIATI – C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, il Mulino, 2019; A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, il Mulino, 2017; G. INSOLERA, *Legge, ragione ed emozione nella giustizia penale*, in *disCrimen*, 14 febbraio 2020; G. CEVOLANI – V. CRUPI, *Come ragionano i giudici: razionalità, euristiche e illusioni cognitive*, in *disCrimen*, 22 ottobre 2018; D. KANHEMAN – P. SLOVIC – A. TVERSKY, *Judgement under Uncertainty, Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, 1982; D. KANHEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, 2012; D. KANHEMAN – O. SIBONY – C.R. SUNSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Utet, 2021; G. GIGERENZER, *Decisioni intuitive: quando si sceglie senza pensarci troppo*, Cortina, 2009. Cons., volendo, G. CANZIO, *Alle radici dell'errore giudiziario: "Heuristics and Biases"*, in *L'errore giudiziario*, a cura di L. Luparia Donati, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, 81.

spazi di discrezionalità giudiziale verso il caos applicativo. E però, occorre dare una solida risposta agli inquietanti interrogativi che si pongono a fronte dell'ormai evidente, incerta capacità ordinatoria della «legge», essendo necessario assicurare il giusto equilibrio tra la dimensione parzialmente creativa e plurale del diritto vivente di matrice giurisprudenziale e l'interesse collettivo alla prevedibilità e uniformità delle soluzioni decisorie, nella proiezione costituzionale dei principi di legalità e di uguaglianza. Si avverte, seppure ancora indistintamente, l'esigenza di un più pregnante controllo di razionalità della insostituibile operazione applicativa del giudice, alla stregua di una più rigorosa e puntuale perimetrazione dei canoni ermeneutici secondo le migliori prassi metodologiche.

Nell'ambito del processo di coerenza della giurisprudenza e al fine di assicurare comuni ed elevati standard di tutela dei diritti fondamentali della persona, può innanzitutto soccorrere, oltre il rispetto dei metavalori del giusto processo e la trasparente enunciazione in motivazione delle ragioni giustificative della decisione, conseguenti a una chiara, sintetica e fedele ricostruzione probatoria del fatto, la rete della «nomofilachia» nell'incessante dialogo fra le Corti.

Il reciproco esercizio dell'*ars legiferandi* e dell'*ars interpretandi* trova, invero, un solido punto di equilibrio nel ruolo e nella funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, al cui magistero è affidato dallo stesso legislatore il compito di depotenziare il corto circuito fra la legalità formale della legge e la legalità effettuale della giurisprudenza.

L'art. 65, comma 1, dell'ordinamento giudiziario, nell'ancora vigente formulazione di cui al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, attribuisce alla Cassazione la funzione di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» e «l'unità del diritto oggettivo nazionale» (solo di esattezza della interpretazione parlava invece l'art. 122 del r.d. n. 2626 del 1865, il primo ordinamento giudiziario dello Stato unitario). La dizione della norma tradisce i postulati razionalistico-formali e utopistici di quel legislatore, che reputava predicabile l'unità del diritto oggettivo, la geometrica esattezza della sua osservanza e l'uniformità della sua interpretazione. Più realisticamente si può tradurre che spetta al giudice di legittimità, supremo organo regolatore della giurisdizione, la definizione dei corretti criteri ermeneutici e il controllo di razionalità dell'opera di selezione della regola effettuata dal giudice di merito.

In stretta contiguità storico-sistemica con il riconoscimento della funzione coerenziatrice della Corte «del precedente», l'art. 68 dello stesso ord. giud. del 1941 istituisce presso la Cassazione l'Ufficio del Massimario, le cui attribuzioni sono stabilite dal primo Presidente e al quale è tradizionalmente affidato il compito di favorire la formazione, la documentazione e la diffusione della giurisprudenza di legittimità. In un ruolo, quindi, di supporto della giurisdizione della Corte, mediante le relazioni preliminari e di orientamento, il monitoraggio e la selezione delle decisioni da massimare e la massimazione dei principi di diritto da queste estratti, nei termini oggi fissati dall'art. 26 del Regol. esec. c.p.p. (d.m. 30 settembre 1989, n. 334): previsione che, come si osserva nella relazione di accompagnamento, è «tesa a rendere omogenei i criteri di formazione delle massime, in linea con la funzione nomofilattica della Corte». È rimasta immutata, nel tempo, l'opera del Massimario di razionalizzazione e analisi sistematica

dei più significativi approdi ermeneutici cui perviene la Corte Suprema, nella consapevolezza, peraltro, che una rete fittissima di precedenti, dato l'ipertrofico numero di decisioni della Cassazione penale (in media 50.000 ogni anno), avrebbe come effetto perverso quello di moltiplicare le incoerenze e i contrasti sincronici e diacronici della stessa giurisprudenza di legittimità, ledendone l'autorevolezza e la funzione di stabilizzazione del diritto applicato. Sicché, per consentire la costruzione di modelli coerenti di soluzione dei problemi applicativi in fattispecie paradigmatiche, l'obiettivo pratico del lavoro del Massimario, oltre la mera redazione della «*massima/precedente*», sembra oggi consistere nel processo di costruzione di un «*sistema di precedenti*» per singoli settori, temi o materie.

E così la Corte di Cassazione tende a posizionarsi, nella modernità, come l'ideale forma e il cruciale spazio dialettico in cui il diritto vivente viene elaborato e diffuso nella comunità dei giuristi, per guidarne l'interpretazione tendenzialmente uniforme nella prospettiva costituzionale del principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

3. La «nomofilachia» e la forza del «precedente».

Con riguardo alla definizione del ruolo e delle funzioni della Cassazione nel sistema ordinamentale-costituzionale e dei confini del controllo di legittimità (Cost., art. 111, commi 7 e 8), è nota la storica dicotomia tra i due modelli di riferimento⁹, quello della Corte *suprema* o *del precedente*, attenta alla prospettiva di nomofilachia e ad influenzare mediante la formazione del diritto vivente di fonte giurisprudenziale le uniformi decisioni di casi futuri, simili o analoghi, a garanzia oggettiva dello *jus constitutionis*, e quello della Corte di *revisione* o di *terza istanza* che, a garanzia dello *jus litigatoris* e dell'esigenza di giustizia sostanziale nel caso concreto, ne estende i poteri di cognizione anche al fatto e al merito. In realtà, i due valori della funzione coerenziatrice e della garanzia individuale sono destinati, soprattutto in materia penale, a una pur difficile coesistenza, in un rapporto dialettico dominato da una molteplicità di variabili. E però, nonostante le evidenti criticità ascrivibili al mostruoso numero di ricorsi che sopravvivono ogni anno e all'altrettanto altissimo numero di decisioni che ogni anno le tante sezioni e i tanti (troppi) giudici penali della Corte emettono (in media 50.000) con un mirabile sforzo organizzativo, sembra di assistere a un deciso recupero da parte del legislatore della funzione preminente della giurisdizione di legittimità, nell'ottica costituzionale del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Infatti, a partire dai primi anni del XXI secolo, la nomofilachia è stata profondamente ripensata e declinata dal legislatore in termini moderni. Alla funzione nomofilattica si è ispirata dichiaratamente, per prima, la riforma del processo civile di cassazione (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, recante, in attuazione della l. delega 14 maggio 2005, n. 80, modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione

⁹ M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, 1991; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Torino, 1920, in *Opere giuridiche* a cura di M. CAPPELLETTI, VI-VII, Napoli, 1976, 103.

in funzione nomofilattica). A sua volta, la più recente riforma del processo civile di cassazione (d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. dalla l. 25 ottobre 2016, n. 197) consente di trattare con il rito dell'udienza pubblica e definire con sentenza la sola, limitata, quota di ricorsi che hanno valenza nomofilattica e che hanno quindi un rilievo tale da poter assumere i connotati del precedente in senso stretto. Il legislatore riconosce che la nomofilachia, in quanto diretta a conferire coerenza e prevedibilità nell'interpretazione delle norme sostanziali e processuali, mediante la creazione di decisioni idealmente destinate a costituire «precedenti» per la uniforme e prevedibile soluzione di future controversie, in casi simili o analoghi, costituisce un obiettivo valore per la collettività e per l'interesse generale. E intende deliberatamente rilanciarne l'operatività dialogica come strumento essenziale per razionalizzare e guidare la mobilità del giuridico, in relazione all'inarrestabile progredire dell'economia e della società e alla fluidità del diritto, mettendo i giudici in rete¹⁰.

Si avverte peraltro che la nomofilachia «non è un valore assoluto ma metodologico» e, nell'inarrestabile evoluzione della giurisprudenza, confluisce dinamicamente nel «dovere funzionale di ragionevole mantenimento della soluzione ragionevolmente conseguita»¹¹. Sicché, accanto alla tradizionale nomofilachia «verticale», si fa strada una nuova e più larga nomofilachia «orizzontale», che, pur trovando il naturale punto di sintesi nella giurisprudenza di legittimità, chiama in un percorso «circolare» anche i giudici di merito, i primi a confrontarsi con la fluidità sociale, a promuovere la formazione del diritto vivente e a misurarne gli effetti pratici¹². Inoltre, accanto alla nomofilachia «magistratuale», limitata al dialogo tra i giudici, si concepisce una nomofilachia «cetuale», aperta al ruolo della dottrina e dell'intera comunità dei giuristi¹³. Soprattutto, si rinuncia una volta per tutte all'irrealistica visione di una nomofilachia «statica», diretta a registrare e trasmettere precedenti fissi ed immutabili, per accettare l'idea di una interpretazione giurisprudenziale «dinamica», pronta ad ascoltare e seguire il moto di una società in perenne evoluzione, che mette nel conto la sua fallibilità e potenziale obsolescenza.

Largamente condivisa è l'idea che la forza del precedente (*auctoritas rerum similiter iudicatarum*) sia inversamente proporzionale al numero e alla quantità dei

¹⁰ S. CASSESE, *I tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, 2009.

¹¹ G. BORRÉ, *L'evoluzione della Corte nel diritto commerciale e del lavoro, nel diritto pubblico e processuale civile*, in *La Corte di cassazione nell'ordinamento democratico*, Giuffrè, 1996, 252.

¹² Nella relazione illustrativa dello schema del d.lgs. n. 40 del 2006 si afferma, a commento dell'art. 14 sostitutivo dell'art. 388 c.p.c., che la trasmissione, anche per via telematica, della copia della sentenza – e non più soltanto del dispositivo della stessa – «è volta ad assicurare la conoscenza delle pronunce della Corte e, non solo, come è attualmente, dell'esito delle stesse, in funzione di orientamento dei giudici di merito e, dunque, di valorizzazione della funzione nomofilattica». La previsione di un percorso circolare delle informazioni va letta nella chiave dell'efficacia persuasiva del precedente, come adempimento finale che rammenta al giudice di merito di essere parte di quel circuito dell'interpretazione il cui vertice si radica nella Corte di cassazione, quale organo della nomofilachia, richiamandolo al dovere, d'ufficio, di prendere contezza di quale sia stato l'approdo interpretativo della vicenda già sottoposta alla sua cognizione e che hanno segnato l'annullamento o la conferma della decisione impugnata.

¹³ Per l'idea della comunità interpretativa, N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1153.

precedenti formati in ordine all'analogia questione e che, in linea di principio, il distacco critico dal precedente è in ogni caso consentito al giudice che dimostri, con motivazione consapevole e trasparente, di avere assolto lealmente il dovere di diligenza di conoscere l'indirizzo giurisprudenziale di legittimità e di indicare le buone ragioni alla base del dissenso. Sono ben note le tecniche del *distinguishing* (il precedente non è pertinente al caso di specie) e dell'*overruling* (il precedente si palesa inadeguato e va introdotto un diverso principio di diritto per la regolamentazione del tipo di fattispecie), pur facendosi talora uso, ove necessario, di dispositivi di sterilizzazione degli effetti negativi di un troppo accentuato dinamismo interpretativo (*prospective overruling*).

Si osserva inoltre che va assumendo un rilievo sempre più marcato il richiamo (quantomeno come fonte d'ispirazione o esempio), non solo delle decisioni di Corti sovranazionali quali la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo, ma anche di altre Corti internazionali e, più in generale, del diritto straniero, in virtù del superamento del principio di stretta territorialità del diritto¹⁴.

4. Il vincolo procedurale.

La nomofilachia, come «procedura» di formazione del precedente, diventa così un istituto della postmodernità, che mira a definire i criteri ermeneutici volti ad evitare la deriva della giurisdizione verso la liquidità e l'instabilità del diritto: un presidio essenziale della certezza e della calcolabilità giuridica, intesa in termini di tendenziale uniformità e prevedibilità delle decisioni e di uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge.

Per rispondere al rischio di frammentazione dell'ordinamento giuridico il legislatore del XXI secolo rilancia dunque l'istituto della nomofilachia come procedura di formazione di autorevoli precedenti della Corte Cassazione, secondo un modello originale e attenuato di *stare decisis* prossimo a quello di *common law*. Il fenomeno del «precedente»¹⁵ riveste un importante rilievo nei moderni sistemi giuridici, sia continentali che anglosassoni, essendosi notevolmente attenuata la tradizionale

¹⁴ Quanto ai riferimenti alla dottrina, l'art. 118, terzo comma, disp. att. cod. proc. civ. dispone che nella motivazione della sentenza «deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici»: norma, questa, pacificamente applicata anche al processo penale, per il quale non si riscontra una disposizione di contenuto analogo.

¹⁵ G. GORLA, *Precedente giudiziale*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXIII, 4; U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1996, XIV, 148; V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, voce dell'*Enc. dir.*, Milano, 2002, aggiornamento VI, 871; R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 279; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 709; volendo, G. CANZIO, *La funzione nomofilattica fra dissenting opinion ed esigenze di trasparenza*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobile*, a cura di C. Iasevoli, ESI, 2020, 125; G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, 305; S. EVANGELISTA – G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, 5; A. PROTO PISANI, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, 277; P. CURZIO, *Il giudice e il precedente*, in *Quest. giust.*, 4/2018, 578.

divaricazione della regola «*stare decisis [et quieta non movere]*» negli ordinamenti di *common law* (efficacia vincolante: *binding precedent*), rispetto a quelli di *civil law* (efficacia persuasiva). Il che finisce per assumere, nell'accezione comune e in quella tecnico-giuridica, il significato di una vera e propria direttiva ermeneutica che presiede, nella logica di sistema, al rafforzamento di detta dimensione.

Il precedente, nella struttura dell'argomentazione giustificatrice della decisione e in un perenne equilibrio tra astrattezza e concretezza (*abstrakte Tatbestand*), viene a svolgere un tendenziale ruolo di guida coerenziatrice nell'interpretazione del diritto e nella soluzione della *quaestio iuris*. Ma va rimarcato che esso, nel circolo ermeneutico, si rivela altrettanto prezioso con riguardo alla corretta messa a fuoco della *quaestio facti* e alla razionalizzazione degli orientamenti dei giudici di merito in ordine alla definizione, nel contesto del processo, sia del *thema probandum* che del *thema decidendum*.

Valgano alcuni esempi per intendere meglio il senso di questa affermazione.

Nel quadro delle risposte giudiziarie al crimine organizzato si è andato progressivamente sviluppando il percorso ermeneutico della giurisprudenza di legittimità, che ha contribuito alla solida, largamente condivisa costruzione di categorie giuridiche di straordinario rilievo in materia sia sostanziale, quanto alla delimitazione dell'area di tipicità delle fattispecie criminose, sia processuale. Si pensi agli approdi interpretativi nell'analisi delle forme di manifestazione del concorso di persone nel reato, della direzione, partecipazione interna o contiguità esterna all'associazione mafiosa (art. 416 *bis* c.p.) e, quindi, nella fissazione dei criteri discretivi fra le diverse figure del capo, dell'associato, del concorrente esterno (il politico, il rappresentante delle istituzioni, l'esponente delle forze dell'ordine, il professionista, l'imprenditore ecc.), o dello scambio elettorale politico-mafioso (art. 416 *ter* c.p.): fattispecie, quest'ultime, del concorso esterno e del voto di scambio certamente non di mera creazione giurisprudenziale. Come pure vanno richiamati i canoni giurisprudenziali affermati sul terreno più strettamente processuale (anche secondo la disciplina derogatoria propria del modello del "doppio binario") in tema di: applicazione delle massime di esperienza e dei criteri di inferenza e valutazione della prova indiziaria; governo delle presunzioni per le misure cautelari personali; verifica dei requisiti di consistenza e affidabilità della chiamata di correo, che dev'essere corroborata da idonei riscontri intrinseci ed esterni; legittimità e utilizzabilità dei risultati delle operazioni intercettative o di altri speciali e pervasivi strumenti d'indagine. Si pensi ancora, in tema di responsabilità medica, agli arresti giurisprudenziali in materia di rapporto di causalità pure omissiva, colpa da imperizia, posizioni di garanzia, consenso informato ecc., o all'area di difficile decifrazione del dolo eventuale e della colpa cosciente.

Un contributo nomofilattico, questo della Corte di cassazione, di cui va riconosciuta l'obiettivo utilità tanto ai fini della corretta direzione delle indagini e della chiara formulazione delle imputazioni da parte del pubblico ministero, prima, quanto della ricostruzione probatoria del fatto e della verifica dialettica dell'ipotesi accusatoria nel giudizio di merito, poi, secondo le regole del giusto processo e della giusta decisione.

Il ruolo e la funzione del precedente si collegano direttamente, inoltre, con lo «stile» delle decisioni, apparendo evidente la stretta interdipendenza e circolarità tra il fenomeno della tenuta nel tempo dei principi giurisprudenziali e della tendenziale

certezza del diritto, da un lato, e le più agili tecniche di motivazione in fatto e in diritto¹⁶, insieme con le regole di uniformazione della grammatica e di semplificazione del linguaggio, dall'altro. Un rilievo sempre maggiore va assumendo, infatti, l'impiego del precedente «conforme» nel tessuto argomentativo della motivazione dei giudici di merito e di legittimità, che si articola in una struttura per così dire topica, il precedente costituendo il «*topos*» che orienta l'applicazione della norma nel caso concreto. Rilievo che il sistema processuale riconosce ormai esplicitamente in talune disposizioni processuali, che prevedono da un lato il modello semplificato di motivazione del provvedimento e dall'altro meccanismi di «filtro» – in termini di specificità o di manifesta infondatezza dei motivi di ricorso – preclusivi dell'accesso ai giudizi d'impugnazione.

Oltremodo utile si rivela altresì la riflessione sui diversi gradi d'intensità e influenza del vincolo procedurale del precedente per le successive decisioni riguardanti casi simili o uguali, distinguendosi, in base alla direzione del vincolo, il precedente *verticale* da quello *orizzontale* e dall' *autoprecedente*. Nel sistema processuale i gradi di efficacia del precedente sono scanditi da un significativo reticolo di disposizioni normative attinenti precipuamente al giudizio civile e penale di cassazione. Nell'ipotesi di accoglimento del ricorso e di cassazione con rinvio, le norme di riferimento (c.p.c., art. 384, comma 2; disp. att. c.p.c., art. 143; c.p.p., artt. 627, comma 3 e 628, comma 2; disp. att. c.p.p., art. 173, comma 2) fissano la natura diretta e rigida del vincolo per il giudice di rinvio, il quale «*deve uniformarsi*» al principio di diritto che la Corte ha l'obbligo di enunciare nella soluzione delle questioni di diritto sottoposte al suo esame (*precedente verticale*) e dal quale la stessa Corte non potrà, a sua volta, distaccarsi in caso d'impugnazione della decisione del giudice di rinvio per inosservanza del principio, neppure se fosse intanto mutata la sua giurisprudenza (*autoprecedente*).

5. Il precedente «orizzontale» fra *prospective overruling* e analogia in materia penale.

Il rafforzamento della funzione nomofilattica della Cassazione è perseguito, da ultimo, dall'ampliamento della portata del vincolo di coerenza con il precedente costituito dalla decisione che le Sezioni unite penali hanno pronunciato per dirimere i contrasti interpretativi fra le sezioni semplici o per risolvere questioni giuridiche di particolare importanza (*precedente orizzontale*): vincolo che pure riveste carattere indiretto e mediato¹⁷. In tal senso orientano le specifiche prescrizioni del codice di rito

¹⁶ L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione*, Roma, 2017.

¹⁷ V., anche per ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della cassazione penale*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Canzio-Bricchetti, Milano 2019, 533; A. BASSI, *La gestione operativa della funzione nomofilattica della corte suprema di cassazione*, in *Sistema penale*, 3/2020, 69; G. DE AMICIS, [La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni unite penali della Corte di cassazione](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2019; volendo, G. CANZIO, *La funzione nomofilattica fra dissenting opinion ed esigenze di trasparenza*, cit. Per una lettura critica dell'istituto, nel quale s'intravede una sorta di irrigidimento gerarchico del sistema, cons. R. APRATI, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di

penale (c.p.p., artt. 610, comma 2, e 618, commi 1 e 1-bis; disp. att. c.p.p., art. 172), come novellate dalla riforma “Orlando” di cui alla legge 23 giugno 2017, n. 103.

Al fine di assicurare la tendenziale stabilità e uniformità dei principi di diritto espressi dall’organo di vertice della legittimità, sono infatti disciplinate sia l’enunciazione del principio di diritto «nell’interesse della legge» (art. 618, comma 1-ter: «Il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d’ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta»), sia la regola di raccordo fra sezioni semplici e Sezioni unite (comma 1-bis: «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»). In coerenza, peraltro, con quanto analogamente previsto sia per il giudizio civile di cassazione (artt. 363, comma 3, e 374, comma 3, c.p.c., sost. dagli artt. 4 e 8 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), sia per il giudizio amministrativo (art. 99, comma 3, d.lgs. n. 104 del 2010: codice del processo amministrativo) che per quello contabile (artt. 42, comma 2, legge n. 69 del 2009 e 117 d.lgs. n. 174 del 2016: codice del processo contabile), con riguardo alle decisioni dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e, rispettivamente, delle Sezioni riunite della Corte dei conti¹⁸.

Già in sede di lavori preparatori del codice di rito penale del 1988 l’art. 610-bis del progetto definitivo prevedeva che le sezioni semplici dovessero rimettere con ordinanza il ricorso alle Sezioni unite, qualora non intendessero uniformarsi ai principi di diritto da quelle enunciati per dirimere un contrasto giurisprudenziale. La norma fu stralciata sull’opposizione della Commissione parlamentare, che rilevò un dubbio di costituzionalità del vincolo rispetto al principio di legalità di cui agli artt. 25, comma 2, e 101, comma 2, Cost. La regola, peraltro recepita in alcune circolari presidenziali e di fatto rispettata nella dialettica interna della Cassazione penale in forza di una prassi già da tempo consolidata, venne riproposta ancora nei primi anni ‘90 dalla Commissione “Conso”, nel 2002 in un testo approvato dalla Camera dei deputati, nel 2009 dalla Commissione “Riccio” e, infine, nel 2013 dalla Commissione “Canzio”.

Le Sezioni unite *Botticelli* del 2018¹⁹ hanno sottolineato che la norma dell’art. 618, comma 1-bis ha introdotto un’ipotesi di rimessione che, a differenza di quella facoltativa di cui al comma 1, attesa la obiettiva differenza di locuzioni impiegate in questo comma («può con ordinanza rimettere il ricorso») rispetto al comma 1-bis («rimette [...] la decisione del ricorso»), si caratterizza per essere obbligatoria, nel segno della volontà di rafforzare la funzione nomofilattica della Cassazione attraverso il consolidamento del ruolo delle Sezioni unite. E ha precisato, inoltre, che il disposto dell’art. 618, comma 1-bis, trova applicazione anche con riferimento alle decisioni intervenute precedentemente

Marandola-Bene, Milano 2017, 278; C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l’autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, 2300.

¹⁸ Per il positivo scrutinio di legittimità costituzionale delle norme che attribuiscono la funzione nomofilattica, nel processo contabile, alle Sezioni riunite della Corte dei conti (come, nel processo amministrativo, all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato), v. Corte cost. n. 30 del 2011, *Foro it.*, 2011, I, 644.

¹⁹ Cass. pen., Sez. un., n. 36072 del 2018, PM in proc. *Botticelli*, Rv. 273549.

all'entrata in vigore della nuova disposizione, posto che il valore di «precedente», tale da imporre obbligatoriamente alla sezione semplice la rimessione del ricorso alle Sezioni unite, è identificabile con la peculiare fonte di provenienza della decisione, indipendentemente dalla collocazione temporale di quest'ultima, *ante* o *post*-riforma. Se, dunque, i meccanismi previsti dagli artt. 610, comma 2, e 618, comma 1, cod. proc. pen. fanno capo alla discrezionalità, rispettivamente del primo Presidente e delle singole sezioni, la novella pone in capo alla sezione assegnataria del ricorso un vero e proprio vincolo procedurale (seppure «debole» o di natura relativa), 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 affermato. D'altra parte, l'onere per la sezione semplice di rimessione alle Sezioni unite, allorché non intenda condividere il principio di diritto dalle medesime enunciato, non è affatto preclusivo della facoltà, per la medesima sezione, di promuovere direttamente questione di legittimità costituzionale in ordine alle disposizioni come interpretate appunto dalle Sezioni unite²⁰.

Il fenomeno, attesa la portata e l'estensione degli effetti, richiede perciò la puntuale e trasparente definizione sia della *quaestio iuris* controversa che della effettiva *ratio decidendi* e del «principio di diritto sul quale si basa la decisione» delle Sezioni unite (art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p.). Secondo una trasparente tecnica di formulazione delle informazioni necessarie dev'essere rigoroso il riferimento, in motivazione, alle statuizioni che riguardano l'interpretazione delle norme mirate alla risoluzione della *quaestio iuris* posta nell'ordinanza di rimessione, ovvero a quelle – anche di tipo fattuale – strettamente connesse, pregiudiziali o consequenziali, perciò decisive per la formulazione del principio di diritto. Sicché non sono tali le riflessioni meramente argomentative ed esplicative del ragionamento, nonché, ovviamente, gli inconferenti e incidentali *obiter dicta*.

Come pure, in caso di mutamento non prevedibile di un indirizzo giurisprudenziale consolidato da parte delle Sezioni unite, si pretende, in ossequio alla teoria del *prospective overruling*²¹, la puntuale perimetrazione dell'ambito spazio-

²⁰ In tal senso, v. Corte cost., n. 13 del 2022 e n. 33 del 2021, con riferimento all'art. 374, terzo comma c.p.c., e n. 111 del 2022, con riferimento all'art. 618, comma 1-bis, c.p.p.

²¹ La teoria del *prospective overruling* è stata ripetutamente investigata dalla Cassazione civile. Cass. civ., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, Rv. 617905 (conf. Sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675, Rv. 632844), ha affermato che per il *prospective overruling* devono ricorrere i seguenti presupposti: a) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; b) che tale mutamento sia imprevedibile in ragione del carattere consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale cioè da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; c) che l'*overruling* comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte. Cass. civ., Sez. un., n. 4135 del 12/02/2019, Rv. 652852-01/02, ha precisato a sua volta: – che l'affidamento qualificato in un consolidato indirizzo interpretativo di norme processuali, come tale meritevole di tutela con il *prospective overruling*, è riconoscibile solo in presenza di stabili approdi interpretativi della S.C., eventualmente a Sezioni unite, i quali soltanto assumono il valore di *communis opinio* tra gli operatori del diritto, se connotati dai caratteri di costanza e ripetizione, mentre la giurisprudenza di merito non può valere a giustificare il detto affidamento qualificato, atteso che alcune pronunce adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un "diritto vivente"; – che il *prospective overruling* è finalizzato a porre la parte al riparo dagli effetti processuali pregiudizievoli (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) di mutamenti imprevedibili della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del

temporale di efficacia della soluzione quanto alla tenuta dei provvedimenti precedentemente adottati sulla base di opposti indirizzi giurisprudenziali, onde evitare ogni ipotesi di retroattività sfavorevole, cioè di ampliamento occulto dell'area di rilevanza penale del fatto come effetto diretto del mutamento di giurisprudenza²².

La Corte costituzionale, con le citate sentenze n. 230 del 2012 e n. 25 del 2019, ha rimarcato, in proposito, l'irrilevanza del mutamento giurisprudenziale (ancorché favorevole e conseguente a decisioni delle Sezioni unite), ai fini del superamento del principio di intangibilità della *res iudicata*, così valorizzando l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti. Nelle stesse sentenze si rinviene altresì un chiaro messaggio nel senso della irretroattività del *revirement* giurisprudenziale sfavorevole. Sicché, al fine di evitare condanne retroattive di soggetti che, quanto alla liceità penale della loro condotta, hanno fatto affidamento su un consolidato assetto applicativo del diritto vivente, due sono le soluzioni alternative finora avanzate in dottrina: – la previsione che la sentenza con cui le Sezioni unite mutano la precedente giurisprudenza debba contenere una clausola che limiti solo per il futuro gli effetti del mutamento *in malam partem*, estendendo di fatto l'operatività dell'art. 2 cod. pen.; – il ricorso sussidiario alla formula di proscioglimento dettata dall'art. 5 c.p., come interpretato dalla sentenza costituzionale n. 364 del 1988, con riferimento non alla consistenza del fatto tipico bensì alla scusante della *ignorantia legis* inevitabile.

La stessa Corte costituzionale, sempre nell'intento di offrire preziose indicazioni di tecnica interpretativa nel perimetro della legalità penale, con sentenza n. 98 del 2021 ha ribadito con forza che il divieto di applicazione analogica della legge penale a sfavore del reo costituisce un limite insuperabile rispetto alle opzioni a disposizione del giudice di fronte al testo della legge, giusta "il canone ermeneutico rappresentato, in materia di diritto penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo: canone affermato a livello di fonti primarie dall'art. 14 delle Preleggi nonché – implicitamente – dall'art. 1 cod. pen., e fondato a livello costituzionale sul principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)". Avverte il Giudice delle leggi che "Il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice costituisce il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e in particolare della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale: corollari posti a tutela sia del principio "ordinamentale" della separazione dei poteri, e della conseguente attribuzione

processo sterilizzandoli, così consentendosi all'atto compiuto con modalità ed in forme ossequiose dell'orientamento giurisprudenziale successivamente ripudiato, ma dominante al momento del compimento dell'atto, di produrre ugualmente i suoi effetti, mentre non è invocabile nell'ipotesi in cui il nuovo indirizzo giurisprudenziale di legittimità sia ampliativo di facoltà e poteri processuali che la parte non abbia esercitato per un'erronea interpretazione delle norme processuali in senso autolimitativo, non indotta dalla giurisprudenza di legittimità, derivando l'effetto pregiudizievole direttamente ed esclusivamente dall'errore interpretativo della parte.

²² Per alcuni cenni di rilievo al fenomeno, v. Cass. pen., Sez. un., 31 maggio 2018 n. 51815, M., che richiama la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani che, a sua volta, ha censurato l'*overruling* interpretativo *in malam partem* per violazione dell'art. 7 CEDU (Corte EDU, Sez. 3, 17 ottobre 2017, Navalnyye c. Russia, e Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna).

al solo legislatore del compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e irrilevanti, nonché – evidentemente – tra le diverse figure di reato; sia della garanzia “soggettiva”, riconosciuta ad ogni consociato, della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, a tutela delle sue libere scelte d’azione”.

D’altra parte, ferma la proibizione dell’analogia *in malam partem*, non sembrano, viceversa, porsi seri ostacoli alla possibilità di applicazione analogica *in bonam partem* delle norme penali di favore, laddove si restringono i confini di ciò che è penalmente rilevante, atteso che il divieto di analogia in materia penale, ricondotto nella sua dimensione garantistica all’art. 25 Cost., non si riferisce all’intera materia, ma – come ancora di recente ha sostenuto la Cassazione²³ – alle sole disposizioni sfavorevoli di natura incriminatrice.

A proposito dei meccanismi diretti di virtuosa cooperazione fra le giurisdizioni interne e quelle sovranazionali, esemplare è stata l’attivazione da parte della Corte costituzionale, in luogo della opposizione dei “controlimiti”, dello schema del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’UE nel noto caso “*Taricco*”, riguardante la pretesa disapplicazione delle norme penali sulla proroga della prescrizione “*in malam partem*”²⁴. Come pure un’ipotesi di rinvio pregiudiziale, facoltativo, alla Corte Edu è prevista, conformemente al principio di sussidiarietà, per le alte giurisdizioni nazionali – Corte di cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei conti – dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (già operante, a partire dal 1° agosto 2018, nei numerosi Stati che lo hanno ratificato, ma ancora in attesa di recepimento da parte dell’Italia). Nell’ambito di una causa pendente presso di essi, gli alti plessi giurisdizionali possono, nella loro autonomia decisionale e in chiave non conflittuale, chiedere alla Grande Camera un parere, non vincolante, su «questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli» (art. 1). La Corte europea viene così chiamata a confrontarsi col giudice nazionale, in via diretta e preventiva – *ex ante*, nella fase ascendente prima del giudicato, non *ex post* nella fase discendente dopo il giudicato –, nell’esercizio di una funzione consultiva mirata alla costruzione di una più avanzata nomofilachia in dimensione europea.

Si va allargando, all’evidenza, la gamma degli strumenti procedurali che, creati per mettere in collegamento orizzontale i giudici nazionali e le Corti sovranazionali, s’iscrivono tutti nella cornice di un più generale *principium cooperationis* mirato

²³ Da ultimo, facendo applicazione di tale principio, Cass. pen., Sez. un., n. 10381 del 26/11/2020 (dep. 17/03/2021), Fialova, Rv. 280574, ha affermato che l’art. 384, comma primo, c.p., qualificato come causa di esclusione della colpevolezza o scusante soggettiva e non come causa di non punibilità in senso stretto, è applicabile analogicamente anche a chi abbia commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente *more uxorio* da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell’onore.

²⁴ La vicenda “*Taricco*”, sulla doppia natura del regime di prescrizione del reato nel sistema italiano, prende nome dalla sentenza della Corte di giustizia 8 settembre 2015, nella causa C-105/14, e dal rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale cui la Corte europea ha risposto con la sentenza 5 dicembre 2017, in causa M.A.S. e M.B. (“*Taricco 2*” o “*Taricco-bis*”), cui ha fatto infine seguito la sentenza della Corte cost., n. 115 del 2018.

all'armonica formazione di un comune formante giurisprudenziale, di matrice europea, sul terreno delle effettive garanzie per i diritti e le libertà della persona.

6. Dalla «legalità penale» alla «legalità dell'interpretazione».

Il modulo procedurale del precedente sicuramente incide sul rafforzamento della prevedibilità della base legale del sistema giuridico, 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 centrali nel ruolo che le Corti supreme nazionali sono oggettivamente chiamate a svolgere, al fine di garantire e accrescere la fiducia dei consociati nel funzionamento del sistema giudiziario quale componente ineliminabile di una società democratica. Come si è detto, per un verso si riconosce la fluidità e la fallibilità del precedente, seppure formatosi al massimo livello dell'organo collegiale di vertice della giurisdizione ordinaria, ma per altro verso si sottolinea l'esigenza di costruire una regola di metodo che conferisca ordine discorsivo al dinamismo interpretativo.

D'altra parte, va rimarcato che, mediante l'ordinato dialogo nella formazione di precedenti autorevoli, il recupero e il rafforzamento della funzione nomofilattica della Cassazione penale è destinato a riflettersi sia sul linguaggio e sul tessuto argomentativo della motivazione dei provvedimenti di merito (autorizzandone, ove opportuna, la forma semplificata o quella implicita e *per relationem*), sia sull'area dei filtri di accesso al giudizio di impugnazione, per i profili di manifesta infondatezza, aspecificità e inammissibilità dei motivi di ricorso, di cui si predica una più sicura e obiettiva praticabilità.

A ben vedere, lo scenario che viene emergendo dal moto circolare dei “nuovi” approdi, normativi e giurisprudenziali, che, a partire dalla fine del primo decennio di questo secolo, hanno investito contemporaneamente sia il legislatore, sia i giudici di Strasburgo e di Lussemburgo, che i Giudici nazionali – delle leggi e di legittimità –, può autorizzare una qualche conclusione provvisoria.

Particolarmente eloquente appare, innanzitutto, il fondamento etico e culturale del protocollo procedurale sui rapporti discorsivi fra Corti e giudici, nel delicato compito di bilanciamento fra l'interesse all'affidamento dei cittadini nella prevedibilità del diritto applicato e all'uguaglianza di trattamento, da un lato, e il contrapposto interesse alla dinamica evoluzione dell'interpretazione, dall'altro. Lungi dal postulare una sorta di immobilismo giuridico gerarchicamente e inammissibilmente dettato da un'istanza superiore, esso – com'è reso palese dalla mancata previsione di sanzioni di qualsiasi natura, processuale o disciplinare, in caso d'inosservanza – si limita a vincolare l'istanza inferiore a conformarsi all'autorevole precedente (che non ha dunque la veste di «*binding precedent*») laddove difettino valide argomentazioni a sostegno del dissenso, oppure a riaprire il discorso intorno ad esso con migliori e nuovi argomenti, nell'ottica della costruzione condivisa di un opposto e più autorevole precedente.

Questa concezione procedurale s'ispira alla teoria discorsiva elaborata da J. Habermas²⁵, per cui, come ogni attore pubblico, anche il giudice esercita con la decisione un «agire comunicativo orientato all'intesa»: la sentenza non parla soltanto alle parti, ma anche agli altri giudici, alla dottrina e alla pubblica opinione. Per il filosofo tedesco, il definitivo tramonto della certezza giuridica in senso materiale suggerisce di ridefinirla in senso procedurale, nell'orizzonte della *Diskursethik*, basata sulla forza degli argomenti e non sugli argomenti della forza.

S'intravede con chiarezza, nella dinamica delle relazioni fra le Corti e del dialogo fra queste e con la comunità dei giuristi, che l'asse dell'indagine relativa al controllo di razionalità dei processi decisionali si stia significativamente spostando dall'area tradizionale della «legalità penale» a quella – tuttora non adeguatamente esplorata – della «legalità dell'interpretazione», in termini condivisi e flessibili di disciplinamento e applicazione di regole metodologiche, deontologiche e procedurali cui la tecnica dell'ermeneutica giudiziale dovrebbe ispirarsi.

In qualche misura sembra riecheggiare, all'incirca dopo un ventennio, l'appello di F. Galgano a «codificare la nomofilachia»²⁶, nella prospettiva di un progressivo avvicinamento allo *stare decisis* anglosassone e alla *doctrina legal* spagnola e con l'obiettivo, in generale, di restituire al funzionamento della giustizia penale una più adeguata immagine di efficacia, qualità e autorevolezza.

²⁵ J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1986; J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996. Meriterebbe pure di essere esplorata, al fine di escludere che la nomofilachia possa essere considerata una sorta di statica, verticale e immutabile «gabbia della ragione», la prospettiva di aprire gli spazi dell'ermeneutica esercitata dal supremo Collegio della giurisdizione ordinaria all'eventuale *dissenting opinion* di taluno dei componenti. Pur dandosi atto delle perplessità manifestate in dottrina (per una serie di argomenti a favore e contro l'introduzione dell'istituto, cons. S. CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quad. dir. cost.*, n. 4/2009), risulterebbero esplicitate le ragioni contrarie alla deliberazione adottata ed esternate – non nel segreto della camera di consiglio ma nel dialogo diretto con gli altri giudici e con la comunità dei giuristi – le soluzioni alternative della *quaestio iuris*, offrendosi in tal modo un più compiuto contributo alla democratica competizione delle idee, in vista di un futuro e auspicato ripensamento dell'orientamento giurisprudenziale fino ad allora dominante, senza che ne resti vulnerato il valore della certezza del diritto.

²⁶ F. GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contr. e impr.*, 2004, 1. V. anche F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 1249; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, cit.