

LA FUNZIONE NOMOFILATTICA FRA  
*DISSENTING OPINION* ED ESIGENZE DI  
TRASPARENZA \*



*Giovanni Canzio*

SOMMARIO 1. Legalità penale, giudice interprete e «diritto vivente». — 2. Il valore del «precedente» nel sistema giuridico italiano. — 3. Il recupero moderno della «nomofilachia». — 4. Il vincolo di coerenza al «precedente» nel sistema processuale italiano. — 5. Il nuovo art. 618 cod. proc. pen. «in funzione nomofilattica»: il fondamento etico e culturale del vincolo procedurale.

### 1. Legalità penale, giudice interprete e «diritto vivente»

Nel «labirinto»<sup>1</sup> delle fonti, nazionali e sovranazionali, legislative e giurisprudenziali, le moderne teorie dell'ermeneutica giuridica valorizzano la centralità della figura dell'interprete. Nella prospettiva di una tutela *multilevel* dei diritti fondamentali, la norma viene interpretata e resa «diritto vivente» ad opera del giudice nazionale, il quale è chiamato a sperimentare – dal testo al contesto applicativo e al significato attuale – il percorso della c.d. «interpretazione conforme» alla Costituzione, al diritto euro-unitario e a quello convenzionale, assumendo, al contempo, la veste di «giudice comune comunitario» e di «giudice comune della Convenzione europea dei diritti dell'uomo»<sup>2</sup>.

Il ruolo del diritto vivente nella costruzione della trama regolatrice della decisione nel caso concreto risulta delineato con chiarezza nella sentenza delle Sezioni unite, *Beschi*<sup>3</sup>. Il diritto vivente che, nella dimensione nazionale, è da riconoscersi, soprattutto, nella giurisprudenza di legittimità della Corte di cassazione in funzione

---

\* Il testo è destinato alla pubblicazione degli *Atti* del ciclo seminariale “*Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobile*”, svoltosi nella primavera del 2019 presso l'Università degli studi di Napoli Federico II, Dipartimento di Giurisprudenza (responsabile scientifico: Prof.ssa C. Iasevoli).

<sup>1</sup> V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike ed., 2012.

<sup>2</sup> C. cost., nn. 348 e 349 del 2007, *Foro it.*, 2008, I, 39.

<sup>3</sup> 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 e n. 25 del 2019.

nomofilattica, postula «*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*». Il sistema CEDU non assolutizza l'ambito valoriale del principio di legalità, rendendo complementari il dato formale e quello propriamente giurisprudenziale, «*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*».

Nella interazione dialogica tra attività ermeneutica del giudice nazionale e di quello europeo e nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali si pone il vincolo della interpretazione conforme, che comporta la ricognizione della giurisprudenza di Strasburgo. Quest'ultima – ad avviso delle Sezioni unite – ha il merito di aver saputo «*distillare il condensato dei più importanti principi espressivi della civiltà giuridica europea, conciliando aspetti peculiari di ordinamenti giuridici diversi*», e di avere predisposto lo strumentario concettuale per giungere alla virtuosa sintesi tra le diversità; cioè di avere riconosciuto il «formante» del diritto vivente<sup>4</sup>, vitalizzando, nell'opera di agnizione della norma, la relazione di tipo concorrenziale tra potere legislativo e potere giudiziario. Il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniuga tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa: sicché «*la struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività concretizzatrice della giurisprudenza*».

Orbene, nel difficile equilibrio fra il principio di legalità penale e la mediazione interpretativa del giudice nella concretizzazione della norma vengono in conflitto – e pretendono un'attenta composizione – diversi, talora opposti, valori ed esigenze. Per un verso, la pluralità e la incerta gerarchia delle fonti ne richiede innanzitutto la puntuale selezione per individuare il parametro di riferimento della regola da applicare nel caso concreto. Il principio di tipicità dell'illecito penale e di determinatezza della fattispecie incriminatrice costituisce, infatti, la più solida garanzia della funzione di prevenzione generale, dell'uguaglianza di trattamento, della

<sup>4</sup> Per la teoria dei «formanti giuridici», R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1991.

libertà di autodeterminazione della persona, sotto il profilo della previa conoscibilità della norma e della ragionevole calcolabilità/prevedibilità delle conseguenze penali della propria condotta e del diritto di difesa. Per altro verso, il significato del testo ad opera dell'interprete e la formazione del diritto vivente (anche mediante gli eventuali mutamenti di giurisprudenza nell'opera di concretizzazione della fattispecie astratta) debbono pur sempre fare i conti col principio di determinatezza della fattispecie, nel prisma della conoscibilità del precetto da parte dell'agente, della scusabilità dell'errore sul precetto e della buona fede. Con le ovvie conseguenze sul piano della colpevolezza dell'agente medesimo, secondo l'art. 7 CEDU, nell'interpretazione offertane dalle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo.

Il pluralismo delle fonti, insieme col pluralismo assiologico che ne consegue, rende dunque instabile/imprevedibile/incalcolabile l'agire dell'interprete<sup>5</sup>. Il sistema giurisdizionale non è tuttavia sprovvisto di antidoti, né può accettare supinamente che il postmodernismo comporti, insieme con la liquidità del sociale, anche la liquidità del diritto e la deriva nichilistica verso il caos nella sua applicazione.

## **2. Il valore del «precedente» nel sistema giuridico italiano**

L'incerta capacità ordinatoria della legge scritta, la complessità strutturale e la stratificazione delle fonti esigono una qualche definizione dei canoni ermeneutici e un controllo di razionalità e ragionevolezza dell'opera interpretativa del giudice, sembrando necessario assicurare il bilanciamento dei valori tra pluralismo interpretativo, dimensione creativa del diritto giurisprudenziale, prevedibilità e uniformità delle decisioni, nella proiezione costituzionale dei principi di legalità e di uguaglianza. L'esigenza di un controllo di ragionevolezza sull'attività ermeneutica del giudice va perseguita – anche – promuovendo le migliori prassi metodologiche, dirette ad esaltare la tendenziale uniformità e prevedibilità delle soluzioni applicative.

Per traversare il difficile passaggio dal protagonismo dispersivo e disgregato del frammento all'interazione responsabile degli spazi di discrezionalità giudiziale, soccorrono, dunque, la trasparenza nel corpo della motivazione delle ragioni giustificative della decisione, il rispetto dei metavalori, il dialogo fra le Corti e, infine,

---

<sup>5</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36; 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.

la rete della «*nomofilachia*». Alla ricerca, nell'ambito di un processo di coerenza della giurisprudenza multilivello e al fine di assicurare comuni ed elevati standard di tutela dei diritti fondamentali, di un nuovo e più ricco equilibrio nella formazione di un «*diritto vivente europeo*».

Il principio costituzionale del primato della legge (Cost., artt. 25, comma 2, e 101, comma 2) impone innanzitutto al Legislatore di esercitare l'*ars legiferandi* con sapienza, formulando norme chiare, precise, comprensibili, conoscibili, osservabili, precedute dall'analisi di sostenibilità qualitativa e quantitativa e di empirica verificabilità della fattispecie normata. Sarebbe anche auspicabile, pur nella mutevolezza degli assetti economico-sociali da cui è contraddistinta la modernità, che il Legislatore evitasse d'intervenire sul tessuto normativo con modifiche troppo frequenti, spesso ispirate a logiche emergenziali e poco attente ai profili sistematici dell'ordinamento, rendendo così difficile il formarsi di orientamenti giurisprudenziali di lungo periodo e, quindi, più stabili e affidabili<sup>6</sup>.

D'altra parte, l'insostituibile opera del giudice pretende rigore metodologico, rispetto dei canoni di gradualità, proporzionalità, adeguatezza nella conformazione del dato normativo alla concretezza dei casi: cioè, saggezza pratica e buon senso nell'esercizio dell'*ars interpretandi*<sup>7</sup>. Al giudice di legittimità spetta infine la definizione dei corretti criteri ermeneutici e il controllo di razionalità dell'opera di selezione della regola effettuata dal giudice di merito, al fine di evitare la deriva della giurisdizione verso l'instabilità del diritto liquido, in un giusto equilibrio tra la dimensione creativa e plurale del diritto giurisprudenziale e le esigenze di uniformità e prevedibilità delle decisioni, nella proiezione costituzionale dei principi di legalità e di uguaglianza. Il reciproco e virtuoso esercizio dell'*ars legiferandi* e dell'*ars interpretandi* trova così un solido punto di equilibrio nel ruolo e nella funzione nomofilattica della Corte di cassazione, al cui magistero è affidato il compito di depotenziare il corto circuito fra la legalità formale della legge e la legalità effettuale della giurisprudenza.

Alla Corte di Cassazione, supremo organo regolatore della giurisdizione, resta invero affidato dall'art. 65, comma 1, dell'ordinamento giudiziario, nell'ancora vigente formulazione di cui al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, il compito di assicurare «*l'esatta*

<sup>6</sup> Sulla crisi del normativismo e sulle moderne tecniche di legistica, cons. AA.VV., *Giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 483.

<sup>7</sup> Per la «funzione inventiva» del giurista e sul ruolo del «giudice inventore» nella complessità postmoderna, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2018.

*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 di quel legislatore, animato dall'utopia moderna che reputa predicabile l'unità del diritto oggettivo, la geometrica esattezza della sua osservanza e l'uniformità della sua interpretazione.*

In stretta contiguità storico-sistematica con il riconoscimento della funzione coerenziatrice della Corte *«del precedente»*, l'art. 68 dell'ordinamento giudiziario del 1941 istituisce presso la Corte di cassazione l'Ufficio del Massimario e del Ruolo, le cui attribuzioni sono stabilite dal primo Presidente ed al quale è stato tradizionalmente affidato il compito di favorire la formazione della giurisprudenza di legittimità (mediante le relazioni preliminari e di orientamento, il monitoraggio e la selezione delle decisioni da massimare) e la sua documentazione e diffusione nella comunità dei giuristi (mediante la massimazione dei principi di diritto estratti dalle decisioni selezionate): in un ruolo, quindi, di servizio e supporto dell'attività giurisdizionale e della funzione di nomofilachia. Secondo l'art. 26 del Regol. esec. cod. proc. pen., i criteri per la individuazione delle sentenze dalle quali devono essere tratte le massime e per la redazione delle stesse sono stabiliti con decreto del Presidente della Corte di cassazione, e nella Relazione di accompagnamento si osserva che la previsione è *«tesa a rendere omogenei i criteri di formazione delle massime, in linea con la funzione nomofilattica della Corte»*.

È rimasta, nel tempo, immutata l'opera del Massimario di razionalizzazione e di analisi sistematica dei più significativi approdi ermeneutici cui perviene la Corte di cassazione. E però, una rete fittissima e pervasiva di precedenti, dato l'alto numero di decisioni della Corte di cassazione (in media 30.000 decisioni civili e 50.000 decisioni penali l'anno), avrebbe come sicuro effetto quello di moltiplicare le incoerenze e i contrasti sia sincronici che diacronici nella giurisprudenza di legittimità, ledendone l'autorevolezza. Sicché l'obiettivo pratico appare oggi quello di selezionare con estremo rigore le decisioni meritevoli di massimazione, onde consentire la costruzione di modelli coerenti di soluzione dei problemi applicativi in fattispecie paradigmatiche, in vista di una tendenziale razionalizzazione dell'ipertrofica produzione giurisprudenziale. In tal modo, dalla redazione della *«massima/precedente»* alla fissazione del diritto applicato mediante la costruzione di un *«sistema di precedenti»* per singoli settori, temi o materie, la Corte di cassazione tende a porsi come l'ideale spazio dialettico in cui il diritto vivente viene elaborato e diffuso nella comunità dei giuristi.

Il precedente, nella struttura dell'argomentazione giuridica giustificatrice della decisione e in un perenne e difficile equilibrio tra astrattezza e concretezza (*abstrakte Tatbestand*), viene così a svolgere un effettivo ruolo di guida nell'interpretazione uniforme del diritto e di tendenziale sintesi coerenziatrice nella formazione del diritto vivente.

Il problema della formazione del precedente si collega direttamente con quello dello «*stile*» delle decisioni. Si riconosce la stretta interdipendenza e circolarità di effetti tra il fenomeno della tenuta nel tempo dei principi giurisprudenziali e della certezza del diritto, da un lato, e le più agili tecniche di motivazione<sup>8</sup>, insieme con le regole di uniformazione della grammatica e di semplificazione del linguaggio, dall'altro.

Un rilievo sempre maggiore va infatti assumendo l'impiego del precedente «conforme» della Cassazione 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'interpretazione e l'applicazione della norma nel caso concreto. Rilievo che il sistema processuale riconosce ormai esplicitamente in talune disposizioni normative, che prevedono da un lato il modello semplificato di motivazione del provvedimento e dall'altro meccanismi di «filtro» preclusivo all'accesso ai giudizi d'impugnazione.

### 3. Il recupero moderno della «nomofilachia»

A partire dai primi anni del XXI secolo, la nomofilachia è stata profondamente ripensata e declinata in termini moderni. Per un verso, la definizione dei confini del controllo di legittimità della Corte di cassazione, illuminato dalla costituzionalizzazione dell'obbligo di motivazione e dalla previsione di generale ricorribilità per violazione di legge delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale (Cost., art. 111, commi 6 e 7), vanta un cospicuo retroterra, incrociando temi di primo piano nel dibattito culturale circa il ruolo e le funzioni della Corte nel sistema ordinamentale-costituzionale. È nota la storica dicotomia tra i due modelli di riferimento<sup>9</sup>, quello della Corte *suprema* o *del precedente*, attenta alla prospettiva di

<sup>8</sup> L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione*, Roma, 2017.

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

nomofilachia e ad influenzare mediante la creazione del diritto giurisprudenziale la decisione di casi futuri, con preminente funzione pubblica di garanzia oggettiva dello *jus constitutionis*, e quello della Corte *di revisione* ad opera di un giudice di terza istanza che, con preminente funzione di garanzia dello *jus litigatoris* e di giustizia sostanziale della decisione nel caso concreto, estende i poteri di cognizione anche al fatto e al merito della causa. Si ammette che i due valori della funzione unificatrice del diritto e della garanzia individuale sono destinati a una pur difficile e instabile coesistenza, in un rapporto dialettico dominato da una molteplicità di variabili. E però sembra di assistere a un deciso recupero della funzione primaria della giurisprudenza di legittimità, nell'ottica costituzionale del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Al ruolo nomofilattico della Cassazione 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 *in funzione nomofilattica*). Anche la 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 quindi definire con sentenza, la sola quota di ricorsi che hanno valenza nomofilattica e che hanno quindi un rilievo tale da poter assumere i connotati del precedente in senso stretto. Espressione, quest'ultima, che finisce per assumere, nell'accezione comune e in quella tecnico-giuridica, il significato di una vera e propria direttiva ermeneutica che deve presiedere, nella logica di sistema, al rafforzamento di detta dimensione.

Per altro verso, si 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 soluzione di future controversie, in casi simili o analoghi, costituisce un obiettivo valore per la collettività e per l'interesse generale. I cittadini pretendono giustizia, legalità, efficienza e efficacia della giurisdizione e, nel chiedere che la legge venga applicata in modo uniforme e rapido e che tutti abbiano un uguale trattamento in casi simili o analoghi, esprimono anche, a ben vedere, il bisogno di una buona «*nomofilachia*».

La nomofilachia è uno strumento essenziale che nella formazione del diritto giurisprudenziale asseconda la mobilità del giuridico in relazione all'inarrestabile fluire dell'economia e della società, attraverso la costante mediazione tra la legge, il principio, l'astrattezza del precetto e la carica valoriale del fatto. Il legislatore ha deciso

di rilanciare questo concetto operativo in funzione di governo dell'impetuosa fluidità del diritto contemporaneo poiché la natura dialogica del circuito nomofilattico sventa il pericolo dei «*tribunali di Babele*»<sup>10</sup>, mettendo i giudici in rete nell'elaborazione del precedente e nella verifica della sua congruità.

E però si avverte 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»<sup>11</sup>.

Sicché, accanto alla tradizionale nomofilachia «verticale», che poneva la Cassazione in posizione sovraordinata rispetto ai giudici di merito, si fa strada una nomofilachia «orizzontale» e «circolare», che chiama anche questi ultimi a partecipare alla formazione del diritto vivente. Essa trova il naturale punto di sintesi nella Cassazione, ma è promossa dai giudici di merito, i primi a confrontarsi con la fluidità sociale, e torna ai giudici di merito, che misurano gli effetti pratici della giurisprudenza di legittimità. Nella Relazione illustrativa dello schema del citato d.lgs. n. 40 del 2006 si afferma, a commento dell'art. 14 sostitutivo dell'art. 388 cod. proc. civ., 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.

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 giuristi<sup>12</sup>. Soprattutto, si è rinunciato all'irrealistica visione di

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

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

<sup>12</sup> Per l'idea della comunità interpretativa, N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1153.



una nomofilachia «statica», diretta a registrare precedenti fissi ed immutabili, per accettare l'idea di una nomofilachia «dinamica», pronta a seguire il moto sociale, che mette nel conto la fallibilità e l'obsolescenza dell'interpretazione giurisprudenziale, ponendo ascolto alle voci che si levano da una società in continua evoluzione.

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 l'instabilità del diritto: dunque, un presidio essenziale della certezza e calcolabilità giuridica, intesa in termini di tendenziale uniformità e prevedibilità delle decisioni e di uguaglianza di trattamento.

Questa concezione procedurale si ispira alla teoria discorsiva elaborata da Jürgen Habermas<sup>13</sup>, 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.

#### 4. Il vincolo di coerenza al «precedente» nel sistema processuale italiano

Il fenomeno del «precedente»<sup>14</sup> nella struttura dell'argomentazione giustificativa della decisione riveste un importante rilievo nei moderni sistemi giuridici, sia continentali che anglosassoni, essendosi notevolmente attenuata la tradizionale divaricazione della regola «*stare decisis (et quiescit non movere)*» negli ordinamenti di *common law* (efficacia vincolante: *binding precedent*) rispetto a quelli di *civil law*

---

<sup>13</sup> J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a.M., 1981, ed. it. a cura di G.E. Rusconi, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1986; J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M., 1992, ed. it. a cura di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996.

<sup>14</sup> 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. del 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; 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. contemp.*, 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.

(efficacia persuasiva).

Largamente condivisa è l'idea che la forza del precedente (*auctoritas rerum similiter iudicatarum*) sia inversamente proporzionale al numero e alla quantità dei 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 buone ragioni per dissentire. Sono ben note le tecniche del *distinguishing* (il precedente non è pertinente al caso di specie) o 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 come precedente (quantomeno come fonte d'ispirazione o esempio) delle decisioni di Corti internazionali, come la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo o, più in generale, del diritto straniero, in virtù del superamento del principio di stretta territorialità del diritto<sup>15</sup>.

Oltremodo utile si rivela la riflessione sui diversi gradi d'intensità e influenza del vincolo 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 italiano i gradi di efficacia del precedente sono scanditi da un significativo reticolo di disposizioni normative attinenti precipuamente al giudizio civile e penale di cassazione<sup>16</sup>.

Nell'ipotesi di accoglimento del ricorso e di cassazione con rinvio, le norme di riferimento (cod. proc. civ., art. 384, comma 2; disp. att. cod. proc. civ., art. 143; cod. proc. pen., artt. 627, comma 3 e 628, comma 2; disp. att. cod. proc. pen., 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

---

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> In qualche misura è stato accolto l'invito di F. GALGANO (*Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contr. e impr.*, 2004, 1) a «codificare la nomofilachia», in funzione di un avvicinamento allo *stare decisis* anglosassone e alla *doctrina legal* spagnola.

decisione del giudice di rinvio per inosservanza del principio, neppure se fosse intanto mutata la sua giurisprudenza (*autoprecedente*).

Riveste viceversa carattere indiretto e mediato, nei rapporti fra le Sezioni unite e le Sezioni semplici della Corte di cassazione, il vincolo di coerenza con il precedente costituito dalla decisione che le Sezioni unite ha pronunciato per dirimere i contrasti interpretativi fra le Sezioni semplici o per risolvere questioni giuridiche di particolare importanza (*precedente orizzontale*). In tal senso orientano le specifiche prescrizioni dei codici di rito, civile e penale (cod. proc. civ., art. 374, commi 2 e 3; cod. proc. pen., artt. 610, comma 2, e 618, commi 1 e 1-*bis*; disp. att. cod. proc. pen., art. 172).

## **5. Il nuovo art. 618 cod. proc. pen. «in funzione nomofilattica»: il fondamento etico e culturale del vincolo procedurale**

Il rafforzamento della funzione nomofilattica è dunque perseguito anche dall'ampliamento della portata del vincolo costituito dalla decisione delle Sezioni unite per le Sezioni semplici<sup>17</sup>.

In tema di decisioni delle Sezioni unite (art. 618 cod. proc. pen.), al fine di rafforzare l'uniformità e la stabilità nomofilattica dei principi di diritto espressi dal giudice di legittimità, sia l'enunciazione del principio di diritto «nell'interesse della legge» (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 il 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»), sono disciplinati dalla riforma Orlando (l. 23 giugno 2017, n. 103) in coerenza con le analoghe previsioni per il giudizio civile di cassazione di cui, rispettivamente, al terzo comma dell'art. 363 e al terzo comma dell'art. 374 cod. proc. civ., sost. dagli artt. 4 e 8 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, nonché a quanto stabilito per il giudizio

---

<sup>17</sup> V., anche per gli 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. contemp.*, 4 febbraio 2019.

amministrativo e per quello contabile<sup>18</sup> dinanzi all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e, rispettivamente, alle Sezioni riunite della Corte dei conti.

Già in sede di lavori preparatori del codice Vassalli 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, recepita in alcune circolari presidenziali, venne peraltro di fatto rispettata nella dialettica all'interno della Corte di cassazione in forza di una prassi già da tempo consolidata, per essere 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.

Quindi, si riconosce la fluidità e la fallibilità del precedente, seppure formatosi al massimo livello dell'organo collegiale di vertice della giurisdizione ordinaria, e tuttavia si avverte l'esigenza di costruire una regola di metodo che conferisca ordine discorsivo al dinamismo nomofilattico.

La sentenza delle Sezioni unite, *Botticelli*<sup>19</sup>, ha sottolineato in proposito che la norma ha introdotto un'ipotesi di rimessione che, a differenza di quella facoltativa di cui al comma 1, attesa la obiettiva differenza di locuzioni impiegate nel comma 1 («può con ordinanza rimettere il ricorso») e nel comma 1-*bis* («rimette [...] la decisione del ricorso»), si caratterizza per essere obbligatoria, nel segno della volontà di rafforzare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione attraverso il consolidamento del ruolo delle Sezioni unite. Ed ha precisato, inoltre, che il disposto dell'art. 618, comma 1-*bis* trova applicazione anche con riferimento alle decisioni intervenute precedentemente 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, se

<sup>18</sup> Art. 99, comma 3, d.lgs. n. 104 del 2010 (codice del processo amministrativo); artt. 42, comma 2, legge n. 69 del 2009 e 117 d.lgs. n. 174 del 2016 (codice del processo contabile). Per lo scrutinio di costituzionalità 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.

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 36072 del 2018, PM in proc. Botticelli, Rv. 273549.

cioè *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 (seppure di natura relativa o «debole»), 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.

Il descritto congegno normativo 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 ed accrescere la fiducia dei consociati nel funzionamento del sistema giudiziario quale componente ineliminabile di una società democratica.

Molto eloquente appare la base etica e culturale del protocollo procedurale sui rapporti discorsivi tra le Sezioni semplici della Cassazione e le Sezioni unite, 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<sup>20</sup>, 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.

Va pure rimarcato che, mediante l'ordinato dialogo fra Sezioni semplici e Sezioni unite nella formazione di «precedenti» autorevoli, il recupero e il rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione è destinato a riflettersi sia sul

---

<sup>20</sup> 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 Marandola-Bene, Milano, 2017, 278; C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, 2300.

linguaggio e sul tessuto argomentativo della motivazione dei provvedimenti di merito (autorizzandone, ove opportuna, la forma implicita o *per relationem*), sia sull'area dei «filtri» di accesso all'impugnazione, per i profili di manifesta infondatezza e inammissibilità dei motivi di gravame, di cui si predica così l'allargamento.

Il fenomeno, attesa la portata e l'estensione degli effetti, richiede perciò la puntuale e trasparente definizione sia della *quaestio iuris* controversa, sia della effettiva *ratio decidendi*, che del «principio di diritto sul quale si basa la decisione» delle Sezioni unite (art. 173, comma 3, disp. att. cod. proc. pen.). Dev'essere rigoroso – secondo una trasparente tecnica di formulazione rinvenibile all'interno della stessa sentenza – il riferimento solo a quelle statuizioni che riguardano l'interpretazione delle norme necessarie per la risoluzione della *quaestio iuris* formulata nell'ordinanza di rimessione, ovvero a quelle strettamente connesse, pregiudiziali e consequenziali, perciò decisive per la formulazione del principio di diritto principale. Sicché non sono tali le mere riflessioni esplicative del ragionamento e le argomentazioni strumentali ad esso, nonché ovviamente gli inconferenti e incidentali *obiter dicta*.

Come pure si pretende, in ossequio alla teoria del *prospective overruling*<sup>21</sup>, la puntuale perimetrazione dell'ambito spazio-temporale di efficacia della soluzione quanto alla tenuta dei provvedimenti precedentemente adottati sulla base di opposti

---

<sup>21</sup> Sez. Un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, Rv. 617905 (conf. Sez. Un. civ., 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. Sez. Un. civ., 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 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. Per alcuni cenni di rilievo al fenomeno, cons. anche Sez. Un. pen., 31 maggio 2018 n. 51815, M.

indirizzi giurisprudenziali, onde evitare ogni ipotesi di retroattività occulta *in malam partem* come effetto diretto del mutamento di giurisprudenza.

La Corte costituzionale<sup>22</sup> 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. Ma nelle stesse sentenze sembra potersi rinvenire una qualche apertura a favore della irretroattività del *revirement* giurisprudenziale sfavorevole. Sicché, al fine di evitare condanne retroattive di cittadini 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: - la previsione che la sentenza con cui le Sezioni unite muta la precedente giurisprudenza debba contenere una clausola che limiti solo per il futuro gli effetti del mutamento giurisprudenziale *in malam partem*, estendendo di fatto l'operatività dell'art. 2 cod. pen.; - il ricorso all'art. 5 cod. pen., come interpretato dalla sentenza costituzionale n. 364 del 1988, con riferimento alla scusante della *ignorantia legis* inevitabile.

Merita pure di essere esplorata, al fine di escludere che la nomofilachia possa essere considerata una sorta di statica, verticale e immutabile «gabbia della ragione» per l'interprete, la prospettiva di aprire gli spazi dell'ermeneutica esercitata dal supremo Collegio della giurisdizione ordinaria all'eventuale *dissenting opinion* di taluno dei componenti. Senza che ne resti vulnerato il valore della certezza del diritto, risulterebbero apertamente esplicitate le ragioni (di minoranza) contrarie alla deliberazione adottata dalle Sezioni unite ed esternate – non più 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* sollevata dalla Sezione remittente, offrendosi in tal modo un valido contributo metodologico alla democratica competizione delle idee, in vista di un futuro ed auspicato ripensamento dell'orientamento giurisprudenziale fino ad allora dominante<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Corte cost., sentt. n. 230 del 2012 e n. 25 del 2019.

<sup>23</sup> In tal senso si esprime G. SPANGHER, *Nomofilachia "rinforzata": serve trasparenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 985. Per una serie di argomenti a favore e contro l'introduzione dell'istituto, cons. S. CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quaderni di diritto costituzionale*, n. 4/2009.