

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Procedimenti speciali – Messa alla prova

La decisione

Procedimenti speciali – Sospensione del processo per messa alla prova – Disciplina transitoria – Assenza (c.p.p., art. 464-bis e ss.).

Va rimessa alle Sezioni unite, in assenza di disciplina transitoria ed in considerazione della delicatezza della materia e della possibilità di soluzioni interpretative in radicale contrasto, la questione inerente la facoltà per l'imputato di richiedere la sospensione del processo per messa alla prova anche nei processi che abbiano superato il termine previsto dal legislatore per la rituale istanza.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUARTA, 11 luglio 2014 (ud. 9 luglio 2014) – BRUSCO, *Presidente* – PICCIALLI, *Relatore* – GERACI, *P.M.* (diff.) – Dalvit, ricorrente.

Il commento

In nome della nomofilachia.

La Cassazione cerca di prevenire i fenomeni di *overruling*

1. Il 9 luglio (motivazione depositata il successivo 11 luglio) la quarta Sezione della Cassazione ha rimesso alle Sezioni unite la questione circa la sorte dei processi per i quali sia già spirato il termine per presentare validamente istanza di sospensione del processo per messa alla prova, istituto introdotto dalla l. 28 aprile 2014, n. 67¹ che difetta di una disciplina transitoria o intertemporale². Con provvedimento della settimana successiva il Primo Presidente ha cancellato la questione dal ruolo delle Sezioni unite³ poiché il termine di pre-

¹ Per i primi commenti, *inter alios*, BARTOLI, *Una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 661; MARANDOLA, *Ombre e luci di un nuovo rito per una diversa politica criminale*, *ibidem*, 674; nonché i vari commenti di FIORENTIN, in *Guida dir.*, 2014, 21, 63 ss.

² Sulla distinzione tra queste due tipologie di norme, per tutti, MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 91 ss.

³ Sui poteri del Primo Presidente della Cassazione di cancellare le cause dal ruolo delle Sezioni unite, sia consentito il richiamo a GIUNCHEDI, *I poteri "censori" del Primo Presidente della Corte di cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 497.

scrizione del reato (contravvenzionale) oggetto del ricorso si prescriverà nelle prossime settimane⁴.

Sul piano pratico l'ordinanza perde di rilevanza pratica, nonostante l'importanza della questione, in considerazione del coro di voci⁵ che, condivisibilmente, manifesta la necessità di disciplinare la sorte di quei processi per i quali alla data di entrata in vigore della legge n. 67 del 2014 (17 maggio 2014) non sia stato possibile presentare l'istanza per accedere al nuovo rito speciale. L'ordinanza, che quindi non avrà seguito, manifesta la sensibilità della Cassazione la quale in modo soprafino ha raccolto le predette problematiche in linea con altro provvedimento del Primo Presidente della Corte Suprema che ha rimesso alle Sezioni unite la questione in riferimento all'istituto – anch'esso introdotto con legge n. 67 del 2014 – della rescissione del giudicato *ex art. 625-ter c.p.p.*⁶.

La decisione, che analizzeremo per sommi capi in quanto si presume che prossimamente costituirà la base per altra analoga, si colloca in una prospettiva nuova – come detto già inaugurata con il provvedimento adottato dal Primo Presidente in riferimento all'art. 625-ter c.p.p. – tendente a restituire alla Suprema Corte quel ruolo nomofilattico e di indirizzo volto ad arginare – nonostante la non vincolatività tipica dei Paesi di *common law*⁷ – improvvise incursioni giurisprudenziali aventi lo scopo di sovvertire il precedente.

Ciò, peraltro, si pone nel solco di un preteso atteggiamento uniformante dell'ermeneutica offerta dalla Cassazione ed in particolare dalle Sezioni unite, talvolta eluso con disinvoltura da un approccio “di ribellione”, soprattutto da parte dei giudici di merito, incurante della funzione nomofilattica del giudice di legittimità. Sono queste le ragioni alla base di interventi preventivi volti a fissare dei canoni interpretativi uniformi in virtù del «numero esorbitante dei ricorsi e dei conseguenti contrasti che inevitabilmente insorgono all'interno della Corte di cassazione» che «esaltano e rendono sempre più prezioso il ruolo delle Sezioni unite in vista di una sintesi dell'interpretazione giurisprudenziale che assicuri il valore del precedente attraverso l'autorevolezza della decisione»⁸.

⁴ Nell'ordinanza si legge che il reato (art. 186, co. 2, c.d.s.) è datato 22 agosto 2009.

⁵ BARTOLI, *Una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 672; MARANDOLA, *Ombre e luci di un nuovo rito per una diversa politica criminale*, cit., 684.

⁶ Cass., Sez. un., 17 luglio 2014, Burba, in *questa Rivista* online.

⁷ Si legge per l'appunto nel provvedimento presidenziale che «è opportuna l'assegnazione del procedimento alle Sezioni unite penali, anche al fine di prevenire possibili contrasti giurisprudenziali». In questo caso l'intervento è effettuato in via preventiva.

⁸ BERRUTI, FIDELBO, *Introduzione*, in *Gli orientamenti delle sezioni penali. Anno 2013*, in *Cass. pen.*, 2014, *Supplemento al n. 6*, 11, i quali riconoscono che «tuttavia non può negarsi che alla formazione del diritto vivente contribuiscano in maniera significativa le Sezioni semplici, che si trovano giornalmente

Ma prima di addentrarci nel tema portante, soffermiamoci sulle motivazioni dell'ordinanza di rimessione, le quali si riproporranno inevitabilmente a breve.

2. Gli snodi argomentativi muovono dalla fisionomia dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova e dalle finalità che con questo strumento il legislatore si prefigge⁹. Poste queste premesse sistematiche la quarta Sezione è giunta, sul piano interpretativo, al punto critico di stabilire «se la nuova disciplina possa trovare applicazione anche nel processo che abbia già superato la fase processuale indicata dal co. 2 del nuovo art. 464-bis c.p.p., entro la quale può essere formulata, a pena di decadenza, la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova»¹⁰.

La Cassazione, riconoscendo che nel novello procedimento sono individuabili sia profili sostanziali, in quanto si tratta di una nuova causa di estinzione del reato, sia processuali, poiché il legislatore ha individuato precise scansioni temporali in cui proporre la richiesta, ha ritenuto di effettuare una serie di considerazioni in quanto se gli aspetti sostanziali deporrebbero per l'applicazione del principio di cui all'art. 2, co. 4, c.p. e all'adesione a quel filone giurisprudenziale¹¹ che muove dal principio della *lex mitior*¹² – che ha pure mitigato il principio dell'intangibilità del giudicato¹³ –, vi sono altri profili che tendono a smorzare l'applicazione immediata a tutti i processi.

Questa prima parte della motivazione sembrerebbe aprire alla possibilità di applicare l'istituto della messa alla prova anche a coloro che alla data di entrata in vigore della legge n. 67 del 2014 avevano superato le paratie temporali fissate dal legislatore, ma la Cassazione non ha trascurato di ricordare come non sempre la *lex mitior* sia applicabile, potendo essere previste delle deroghe soprattutto quando gli aspetti sostanziali devono convivere – come nel caso che ci occupa – con profili processuali. Si legge, infatti, che «si prospetta, pertanto, una soluzione interpretativa diversa potendosi legittimamente sostenere la tesi che il *novum* normativo, riguardando anche l'ambito processuale

te a dover interpretare una realtà in continua e talvolta frenetica mutazione, assicurando un'evoluzione equilibrata del diritto volta a superare ora la fissità di soluzioni legislativamente predeterminate ora l'inattualità delle risposte giudiziarie».

⁹ Su quest'aspetto sono concordi tutti i commentatori, e cioè: da un lato, porre un rimedio preventivo all'emergenza carceri nel *post* Torreggiani e, dall'altro, deflazionare i procedimenti penali. Per questo specifico profilo sia consentito il rinvio a GIUNCHEDI, Probation italian style: verso una giustizia riparativa, in *questa Rivista* online.

¹⁰ Così l'ordinanza in discorso a p. 4.

¹¹ Il richiamo corre immediatamente a Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

¹² Per tutti GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, *passim*.

¹³ Cass., Sez. un., 7 maggio 2014, Ercolano, in *Mass. Uff.*, n. 258649.

(v. gli artt. 464-*bis* e ss. c.p.p.), non determini di per sé l'applicazione dell'istituto della messa alla prova ai fatti pregressi e per i procedimenti pendenti, pregiudicando tale interpretazione il canone *tempus regit actum*, che corrisponde ad esigenze di certezza, razionalità e logicità, che sono alla radice della funzione regolatrice della norma giuridica»¹⁴. Soluzione questa discriminante per gli imputati che non possono fruire di questa nuova causa di estinzione del reato in ragione di una scelta del legislatore; ma allo stesso tempo optare per l'applicazione indiscriminata a tutti gli imputati implicherebbe la risoluzione di altri problemi ermeneutici tra cui l'«individuazione del giudice competente, dinanzi al quale può essere formulata richiesta di sospensione del processo con messa alla prova», posto che «gli effetti sostanziali del nuovo istituto non consistono in automatismi dei quali il giudice possa fare applicazione anche all'esito del dibattimento, in sede di impugnazione o in fase esecutiva, essendo richiesto un esperimento comportamentale, caratterizzato da valutazioni di carattere discrezionale. Analoghe questioni si pongono nel giudizio di legittimità – ove, all'evidenza, è preclusa l'applicazione di tale regime – in caso di annullamento con rinvio, al fine di individuare il giudice competente»¹⁵.

Ne consegue che proprio lo specifico aspetto relativo all'individuazione del giudice competente in riferimento all'attività che deve porre in essere al fine di valutare il programma e l'esito di questa nuova ed inedita forma di *probation* costituisce – nell'ipotesi di regime transitorio che rimetta in termini coloro il cui processo alla data di entrata in vigore della legge n. 67 del 2014 ha superato i termini preclusivi previsti dall'art. 464-*bis* c.p.p. – l'aspetto che ha suggerito, in forza della difficoltà interpretativa specifica, la rimessione della questione alle Sezioni unite.

Vi è un altro elemento che emerge in trasparenza nella motivazione dell'ordinanza di rimessione e cioè il riferimento al giudice dell'esecuzione quale autorità competente ad applicare la messa alla prova, quasi a voler estendere la possibile operatività dell'istanza anche a coloro la cui sentenza o decreto penale sia già divenuto irrevocabile. La soluzione, sicuramente di alto profilo garantistico, pare non percorribile anche per coerenza con la recente decisione riguardante il novello istituto della rescissione del giudicato che ne ha escluso l'applicabilità ai soggetti condannati in processi definiti con sentenza irrevocabile prima dell'entrata in vigore della predetta legge¹⁶.

¹⁴ Così l'ordinanza di rimessione a p. 6.

¹⁵ Ancora l'ordinanza di rimessione a p. 7.

¹⁶ Cass., Sez. un., 17 luglio 2014, Burba, cit.

3. Come anticipato in premessa, queste brevi considerazioni offrono l'occasione per riflettere sull'attuale valore del precedente che, come è stato spiegato nella Relazione dell'Ufficio Massimario per l'anno 2013, si propone «l'obiettivo della prevedibilità del *dictum*, dando luogo ad un diritto giurisprudenziale in cui la soluzione, anche quando fortemente innovativa, non travalica il principio di legalità penale»¹⁷, facendo emergere una certa attenzione per la «“giustizia” della soluzione del caso concreto, attraverso un'opera ermeneutica moderna, inserita in un continuo processo di adattamento del diritto alla realtà»¹⁸.

Aspetto questo che riprende i chiari snodi argomentativi delle Sezioni unite¹⁹ per le quali il reale significato di una norma emerge dalla “fusione”²⁰ tra dato positivo e prassi applicativa secondo la distinzione che corre tra *law in the books* e *law in action* e che rifugge l'idea montesquieuiana del giudice «*bouche de la loi*»²¹ puntando ad un interprete creativo nel cercare di fondere la norma astratta con il caso concreto²². Il giudice nel cercare di contemperare questi due aspetti assume un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, la quale “vive” calandosi nella realtà, grazie all'interpretazione offerta dai giudici in relazione al caso concreto, attività che trova la sua massima espressione nel compito di nomofilachia assegnato dall'ordinamento giudiziario alla Corte di cassazione, le cui pronunce sono finalizzate «a garantire “quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini”»²³. Ne consegue che «il diritto vivente postula, quindi, 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

¹⁷ BERRUTI, FIDELBO, *Introduzione*, cit., 11.

¹⁸ BERRUTI, FIDELBO, *Introduzione*, cit., 12.

¹⁹ Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, 17.

²⁰ Secondo GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 1989, 358 ss. «il compito dell'interpretazione è la concretizzazione della legge nel caso particolare, cioè l'applicazione».

Certi concetti possono apparire chiari (ad esempio la distinzione tra costrizione e induzione quale elemento distintivo tra corruzione e concussione), ma può risultare complicato applicarli alla vicenda concreta.

²¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, *passim*.

²² In questa prospettiva la giurisprudenza sarebbe vera e propria fonte del diritto, al pari del *Richterrecht*, vale a dire il diritto giurisprudenziale.

²³ Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, Beschi, cit.

sostanzialmente una funzione integrativa della medesima»²⁴. Aspetto questo che riveste un ruolo primario soprattutto in un periodo storico di pluralismo normativo in ragione delle costanti sollecitazioni a cui è sottoposta la Cassazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Si tratta di due sistemi completamente diversi²⁵ che, comunque, non impediscono – anzi stimolano – un dialogo tra le Corti, finalizzato ad orientare il giudice nell'effettuare una ortodossa applicazione delle influenze del diritto sovranazionale, con l'avvertenza di rifuggire la tentazione di fascinazioni esegetiche troppo ardite²⁶.

4. Il vincolo del precedente, il c.d. *stare decisis*, è una di quelle questioni che hanno da sempre impegnato la dottrina.

Uno dei primi autori ad occuparsene, seppur in riferimento alla Cassazione civile, è stato Pietro Calamandrei²⁷, il quale spiegava come mediante la retta interpretazione dell'art. 65 ord. giud. la Cassazione costituisce l'organo deputato alla esatta interpretazione del diritto ergendosi a giudice che tutela lo *ius constitutionis*, anche se parlare di un'unica interpretazione oggi giorno può apparire anacronistico in quanto possono coesistere più di una, tutte egualmente plausibili con nessuna che possa ritenersi esatta²⁸. Ora, trascurando l'inevitabile trascorrere del tempo e le ripercussioni sul pensiero dell'illustre Maestro, va sottolineato come questi desse atto che l'autorità del precedente non trova ragione nel fondamento scientifico di una tesi rispetto ad un'altra, ma nella preferenza accordata dalla Cassazione (ed è forse questa la ragione che portò, prima che nella materia civile, ad una Cassazione Unica in campo penale²⁹).

La conclusione secondo cui, originariamente, la Corte Suprema aveva lo scopo esclusivo di vincolare il giudice al precedente, trova in concreto dei profili di diversificazione. Emerge, infatti, un formante giurisprudenziale in materia

²⁴ Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, Beschi, cit.

²⁵ In tema GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?*, in questa *Rivista*, 2013, 113; IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 794.

²⁶ MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 34, il quale in riferimento all'interpretazione conforme allerta l'operatore del diritto suggerendo l'utilizzo di limiti logici e assiologici e di non cadere nella tentazione di interpretazioni conformi *in malam partem* o di criptoanalogie (56).

V. anche, seppur con accenti diversi, SALCUNI, *Diritto penale europeo*, in *Dig. Pen.*, VI, Agg., Torino, 2011, 173 ss.

²⁷ CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, 1920, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, 1976, 102.

²⁸ TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, 67.

²⁹ Un'efficace ricostruzione in chiave storica è contenuta nel volume di CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007, 218 ss.

penale che assevera la preferenza da parte del giudice di legittimità verso la soluzione che ha maggiore rilevanza pratica, quale garanzia per le parti verso l'esito migliore della causa, il c.d. *ius litigatoris*. In particolare questa attività, che va a disancorarsi dal precedente, deve realizzarsi laddove tenda a favorire l'imputato³⁰. In altri termini lo sviamento dal precedente dovrebbe avere un effetto pratico *pro reo* in aderenza al canone della considerazione di non colpevolezza³¹. Ma fuori da questo caso la digressione interpretativa non è ammissibile in campo penale in quanto le esigenze di certezza rispetto ad altre discipline sono maggiormente marcate, poiché caratterizzano il principio di legalità³².

Dobbiamo domandarci, però, come si possa parlare di vincolatività del precedente in un sistema di *civil law*. Forse pare più opportuno che le decisioni della Cassazione, ed in particolare quelle a Sezioni unite, assicurino l'uniformità del diritto non tanto sulla base del valore del precedente – o meglio sulla base della loro autorevolezza in quanto promananti dall'organo legittimato a ciò dall'art. 65 ord. giud. –, ma piuttosto sulla scorta della loro persuasività, vale a dire sulla loro capacità di farsi spontaneamente accettare.

La necessità di ritornare a far prevalere la funzione del giudice di legittimità come giudice deputato ad affermare lo *ius constitutionis* piuttosto che lo *ius*

³⁰ Che è aspetto ben diverso rispetto a certi disorientamenti che trovano causa in altri precedenti dettati dalla molteplicità dei giudici che compongono la Corte di cassazione è che senza dubbio è foriera di indirizzi ermeneutici talvolta dissonanti all'interno della medesima sezione. Incisive, in tal senso, le parole di CHIARLONI, *In difesa della nomofilachia*, in *Il precedente giudiziario*, a cura di Bin, Padova, 1995, 86: «Quante volte mi sono trovato, come avvocato, a dover fare una ricerca su un problema interpretativo qualunque e constatare che con po' di pazienza finivo con il trovare il precedente desiderato, in mezzo agli altri in senso contrario. L'avvocato poco portato a riflettere sulla cornice entro cui si svolge il proprio lavoro e abituato a concepirlo solo dal punto di vista della sua idoneità a produrre reddito potrà anche essere soddisfatto di un simile stato delle cose. Una volta scovato il precedente che gli serve (risultato oggi ancor più facile da ottenere grazie alla banca dati del Ced), confezionerà il suo ricorso con qualche legittima speranza che venga accolto. Ma un avvocato teoricamente curioso e incline agli scrupoli verso gli interessi del cliente sarà inevitabilmente portato a chiedersi quale mai possa essere l'autorevolezza di un organo giurisdizionale composto tuttavia di parecchie centinaia di giudici, che offre sul mercato dei precedenti tutto e il contrario di tutto».

Da qui il dovere di sistematizzare la pronuncia e verificare se trattasi di monade isolata – se non addirittura di “scheggia impazzita” – od invece risponde al mutare interpretativo dettato o dal caso specifico o dall'evoluzione dell'*habitat* in cui la norma opera.

³¹ È quanto emerge in CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 234.

³² Non si può trascurare, però, come in taluni settori del diritto penale, soprattutto quelli in cui gli elementi normativi sono determinati dalla etero-integrazione mediante il rinvio ad una norma diversa da quella incriminatrice, le tecniche di legiferazione si fondano su una certa astrattezza tale da non determinare con chiarezza il contenuto precettivo della norma così da alzare la soglia dello *standard* comportamentale richiesto, come avviene, ad esempio, nei reati omissivi propri. A tal proposito v. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1197.

*litigatoris*³³ appare dettato dalla necessità di offrire certezza alle decisioni che risultano disancorate da una certa prevedibilità non solo quando entrano in gioco scelte di carattere “ideale”, ma anche quando si tratta di definire con esattezza la portata operativa di una norma³⁴, tanto che non vi è chi non veda, in quest’ultima ipotesi, l’opportunità di rimettere il processo alle Sezioni unite fin dalla contestazione dell’accusa quando questa si riveli già densa di problematiche interpretative e manifesti un percorso ermeneutico antitetico a quello dominante³⁵. In questo caso la Cassazione a Sezioni unite recupererebbe quel controllo sulle mere questioni di diritto, impermeabilizzandosi rispetto al fatto³⁶ in un dimensione che potremmo definire “pregiudiziale”. Ed è quello che si è verificato sia nella recente decisione a Sezioni unite sulla rescissione del giudicato che in quella sulla messa alla prova.

5. Ora in attesa – se mai vi sarà – «di un intervento autoritativo che tagli i nodi delle incertezze interpretative»³⁷, un po’ di chiarezza sullo stato attuale della nostra giurisprudenza è opportuno farlo.

Sicuramente le cause del fenomeno sono variegate. Spesso è il legislatore che offre dei “prodotti” di scarsa fattura; altre volte trattando situazioni simili in modo irragionevolmente diverso, peraltro operative in *humus* culturali privi della necessaria robustezza sistematica che possa fungere da correttrice di rotta verso interpretazioni incoerenti³⁸.

Ma sicuramente la punta dell’*iceberg* è costituita da una generalizzazione delle massime, troppo spesso lette senza ipertestualizzarle alla fattispecie concreta³⁹, portando così ad una “mcdonaldizzazione” del precedente quando invece

³³ La crisi del valore del precedente, peraltro, sarebbe incrementata dal dilatare a dismisura il controllo della Cassazione. Per VERDE, *Sul ruolo della Cassazione: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 854, ad esempio, «con un singolare strabismo e per perseguire il nostro innato culto per le garanzie di tipo formale, abbiamo, così, distrutto un ponte prezioso per razionalizzare il nostro sistema di giustizia e per renderlo più adeguato alle esigenze di giustizia sostanziale, così che, oggi, ci dobbiamo rimettere alle decisioni inevitabilmente “octroyées” di una sezione apposita».

³⁴ FIANDACA, *Nota introduttiva*, in *La Cassazione penale: problemi di funzionamento e di ruolo*, in *Foro it.*, 1998, V, 441; ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1998, 1576 ss.

³⁵ Si pensi, tanto per richiamare un caso recente, al labile confine tra colpa cosciente e dolo eventuale affrontato dalle Sezioni unite nel caso Tyssenkrupp (Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn ed altri, in *questa Rivista* online).

³⁶ La suggestiva proposta, seppur con diverse sfumature, trova paternità nei contributi di CONTENUTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *La Cassazione penale: problemi di funzionamento e di ruolo*, cit., 489 s.; e MAZZACUVA, *Intervento*, in STORTONI, *Il diritto penale giurisprudenziale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, 2, 76 ss.

³⁷ DENTI, *A proposito di Corte di Cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986, V, 419.

³⁸ Così, esattamente, FUREARO, *Nomofilachia*, in *Dig. Pen.*, VI, Agg., cit., 340.

³⁹ Spiega IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 105 che questo

il principio emergente si presta ad essere accostato ad un limitato numero di vicende. E la cartina tornasole è rappresentata dal fatto che l'utilizzo della massima inappropriata si nota immediatamente a causa dell'antiteticità della soluzione con i principi generali dell'ordinamento⁴⁰.

La ragione di questo fenomeno?

Si è detto come alla giurisprudenza sia assegnato il compito di plasmare il dato positivo con la realtà. Quest'attività, però, dovrebbe avvenire sempre entro i confini delle garanzie fondamentali e del sistema in cui opera la norma e mai in nome di interpretazioni (*recte* acrobazie) evolutive di scopo che assecondano le esigenze più disparate in nome della tanto agognata efficienza della giustizia⁴¹. Finalità lodevole, certo, ma in deciso contrasto con i valori in campo⁴².

Giurisprudenza creativa? Forse sì! E la ragione è dettata dal fatto che manca una vera e propria cultura del precedente in sede operativa in quanto molto, troppo, spesso si tende ad operare omettendo di considerare posizioni granitiche assunte dalla giurisprudenza senza una ragione effettiva per discostarsene. Qualcuno suggerisce di utilizzare la motivazione *per relationem* «quando si volesse semplicemente confermare una giurisprudenza consolidata, senza bisogno di ripetere motivazioni già emerse in sentenze precedenti»⁴³. La soluzione appare apprezzabile in quanto il proliferare di decisioni anche solo con varianti lessicali talvolta è foriera di diversificazioni che non trovano causa nella fattispecie sottostante.

E questo è un primo aspetto. Ve n'è un altro poi.

La valorizzazione del *distinguishing*, utilizzando i casi e quindi il precedente si radicherebbe non tanto il principio di diritto, ma piuttosto la situazione con-

rischio si ritrova nei sistemi di *common law* ove «la *ratio decidendi* può avere vari livelli di generalità. Più si aggiungono aspetti rilevanti del caso, più la generalità decresce. Cioè quanto più specifico diventa il caso, tanto meno estesa diventa la *ratio decidendi*».

⁴⁰ La casistica a conforto di quanto appena affermato è smisurata e non può certamente essere illustrata in questa sede. La mente corre subito al delicato istituto delle intercettazioni. Per un'ipotesi singolare ove le massime tendono a fuorviare da un ortodosso approccio sistematico, sia consentito il rinvio all'ipotesi approfondita in GIUNCHEDI, *Captazioni "anomale" di comunicazioni: prova incostituzionale o mera attività di indagine?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 5, in corso di stampa.

⁴¹ Per considerazioni più ampie, non possibili in questa sede, si rinvia a GIUNCHEDI, *Moduli differenziati di accertamento, incremento delle garanzie e "ragionevole durata" del processo penale*, in *La giustizia penale differenziata*, III, *Gli accertamenti complementari*, coord. da Montagna, Torino, 2011, spec. 103 ss.

⁴² Una di queste necessità da assecondare a tutti i costi è sicuramente quella di arginare la pesante e pressante richiesta di giustizia. Su tali tentativi v., *inter alios*, i contributi contenuti nel volume curato da IANNIRUBERTO, MORCAVALLO, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, Milano, 2007.

⁴³ CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 251.

creta che la massima ha regolato. Ciò all'evidente scopo di evitare assimilazioni inopportune per ipotesi apparentemente identiche, in quanto generalizzate dalla massima, ma di fatto radicalmente differenti.

Questi spunti potrebbero costituire uno strumento per riaffidare alla Cassazione il ruolo di custode dell'uniformità della giurisprudenza⁴⁴ anche se di fronte a questo (spesso ingiustificato) pluralismo interpretativo è necessario recuperare i meccanismi di controllo al fine di verificare se questa iperermeneutica avvenga nel rispetto delle garanzie.

In conclusione la certezza del diritto che passa attraverso la retta interpretazione della norma sul caso pare proprio una chimera che rimarrà tale fintanto che vi sarà «una costante discrasia tra diritto e uditorio, tra decisioni e attese»⁴⁵. E, allora, scarsa incidenza avranno le lodevoli prospettive di riforma del giudizio di legittimità⁴⁶.

D'altronde non possiamo disconoscere che l'uniformità a cui si aspira per il nobile scopo di offrire certezza, si scontra continuamente con l'evoluzione dettata dall'applicazione ai casi in concreto che, come spiegato, costituisce *law in action* tanto da giungere all'apparente paradosso che «quando un'uniformità si sta formando, già una nuova difformità si delinea all'orizzonte»⁴⁷. È lo stato delle cose. Ma ciò non è contrasto, è mutamento giurisprudenziale. Non siamo nell'ipotesi dell'*overruling* che, come è stato icasticamente sostenuto⁴⁸, costituisce «uno strappo nel tessuto del sistema» poiché va a disciplinare diversamente casi simili, ma siamo di fronte ad un'evoluzione della giurisprudenza, legata ad una serie di fattori non necessariamente di diritto, ma al mutamento della realtà⁴⁹, legato al tempo, ai costumi, alle istituzioni, alle pulsioni sociali e anche alle innovazioni scientifiche⁵⁰.

⁴⁴ V., in merito, gli spunti di CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 253 che in riferimento alla materia penale sottolinea come talvolta l'uniformità della giurisprudenza sia venuta meno «senza che neppure risultasse chiaro il motivo delle divergenze di certi orientamenti».

⁴⁵ PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006, 11.

⁴⁶ Come la c.d. Carta di Napoli redatta dall'Associazione tra gli studiosi del processo penale G.D. Pisapia, in merito alla quale v. le vibranti osservazioni di DOMINICI, *...per colpa di qualcuno non si fa credito a nessuno (a proposito della c.d. Carta di Napoli)*, in questa Rivista online.

⁴⁷ IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., 108.

⁴⁸ IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., 107.

⁴⁹ Si pensi alle nuove frontiere dei delitti contro l'onore, nei quali oggi giorno non risultano più illecite espressioni che un tempo lo erano.

⁵⁰ In questi termini GIRONI, *Le Sezioni unite*, in *Il giudizio di cassazione nel processo penale*, a cura di Zilletti, Rosso, Milano, 2011, 137, il quale successivamente (142) sottolinea come in relazione alle decisioni delle Sezioni unite si tratti «pur sempre di precedenti giurisprudenziali, ancorché particolarmente autorevoli, che non incrinano il principio della soggezione dei giudici solo alla legge e da cui gli interpreti ben possono argomentatamente discostarsi, anche se è corretto osservare che questo discorso, pienamente valido ed inoppugnabile sul piano pratico, posto che nella prassi si tende sempre più a

Il compito delle Sezioni unite - istituzionalizzato dagli artt. 610, co. 2, e 618 c.p.p. - è quello di regolarizzare i contrasti, superandoli, scongiurando i fenomeni di *overruling*, come nella meditata ordinanza in commento, che apre nuovi scenari per una Cassazione garante, in chiave moderna, dello *ius constitutionis* ed al contempo della naturale evoluzione dell'interpretazione delle norme, alla quale si potrà pervenire anche irrobustendo le garanzie dei giudizi di merito onde consentire al giudice di legittimità di recuperare efficienza e qualità delle decisioni, unitamente ai tanti auspicati connotati di uniformità e necessaria prevedibilità⁵¹.

FILIPPO GIUNCHEDI

considerare le statuizioni delle Sezioni unite come dei punti fermi sulle questioni da esse decise, alle quali i giudici di merito solitamente si conformano e che le difese normalmente invocano come pietre miliari, almeno sino a quando (come non infrequentemente avviene) un nuovo intervento delle Sezioni unite non giunga ad una revisione e ad una modifica del precedente *dictum*».

⁵¹ A. GAITO, *Il controllo sulla prova e sulla motivazione. Prospettive per una riforma delle impugnazioni penali*, in *L'argomentazione giudiziale e il suo controllo in Cassazione (Atti del Convegno, Lipari 10 settembre 2011)*, a cura di Comi, Dominici, Roma, 2012, 162; ID., *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità in epoca di giusto processo (tra essere e dover essere)*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 519; ID., *Il giudizio di diritto nel processo penale*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Napoli, 2001, 412.