

ORIENTAMENTI

FILIPPO RAFFAELE DINACCI*

Legalità processuale e nomofilachia tra limiti ermeneutici e diritto giurisprudenziale

Le opzioni legislative verso un'accentuata nomofilachia se da un lato garantiscono l'uguaglianza processuale e la prevedibilità dei giudizi, dall'altro lato espongono l'ordinamento al rischio di assoggettamento ad un diritto giurisprudenziale; rischio questo contrastabile solo con una fedele interpretazione del dato normativo senza cedere ad espansionismi interpretativi incompatibili con il principio di legalità.

Procedural equality and nomophylactic power between interpretative boundaries and jurisprudential right.

Regulatory options that lead to a stronger nomophylactic power, if on the one hand can guarantee procedural equality and predictability of the judgement, on the other hand can expose the legal system to the risk of being subject to a jurisprudential right; this risk can be prevented only with a faithful interpretation of the law, without allowing interpretative solutions that are incompatible with the principle of legality.

SOMMARIO: 1. Il difficile rapporto giudice-legge tra interpretazioni astratte ed applicazioni concrete; 2. Il principio di legalità quale limite agli "espansionismi" esegetici della giurisprudenza; 3. I prodromi e la ratio della nomofilachia: norma, prassi e obblighi europei; 4. Legge e interpretazione giudiziaria: la fisiologia normativa; 5. Le patologie applicative tra crisi della fattispecie, semantica della lingua legale e sistema multilivello; 6. Il rischio di un diritto giurisprudenziale; 7. Le esuberanze del formante giudiziario; 8. Gli inquietanti approdi operativi della regola nomofilattica nel settore processual-civilistico; 9. Le pericolose défaillances nel settore penalistico; 10. Conclusioni.

1. *Il difficile rapporto giudice-legge tra interpretazioni astratte ed applicazioni concrete.* Il tema del rapporto tra giudice e legge ha accompagnato nei tempi l'evolversi del pensiero giuridico ed è stato diversamente modulato e vissuto a seconda dei sistemi o forse, ancora di più, dello "spirito dei tempi" (!). L'argomento si innerva su tematiche appartenenti alla filosofia, alla teoria generale del diritto e involge interrogativi sul concetto di giustizia, sul ruolo dell'equità, sulla radice del diritto e degli stessi ordinamenti giuridici. Ma, quel che più interessa, è analizzare come diverse declinazioni dell'esercizio del potere legislativo e di quello giurisdizionale abbiano diretta ricaduta sulla tutela dei "modi" della giustizia. Non è un caso che, all'indebolirsi della funzione legislativa, corrisponda un'accentuazione della "creatività" giurisprudenziale. In questi casi il giudice assume, rispetto al dato di legge, una funzione tutt'altro che passiva. La situazione può trarre origine dal fatto che, in genere, l'operazione interpretativa di un testo è suscettibile sempre di molteplici

* Testo, approfondito ed integrato di note, della relazione tenuta nel convegno "Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)"

¹ Cfr. RODORF, *Ediutoriale*, in *Quest. giust.*, 2016, 4, 3.

varianti e ciò, ancor di più, quando si tratta di un testo che esprime in termini generali ed astratti una regola giuridica. In tali casi la molteplicità dei significati “contenuti” in quella regola emerge nel momento di applicazione della medesima al fatto concreto o, se si preferisce, all'accadimento della vita reale che è chiamata a disciplinare. Il rilievo non riguarda solo gli enunciati normativi che regolamentano il riconoscimento dei diritti o prescrivono divieti, ma attiene anche e soprattutto all'argomentazione probatoria con cui il giudice deve ricostruire il fatto che è stato ma che non è più² e, sulla base di tale ricostruzione, individua la norma atta a regolare la situazione concreta. Ed anzi, è proprio la consapevolezza del valore “portante”³ delle regole probatorie per il riconoscimento e/o disconoscimento di un diritto e, ancor di più, per un'affermazione di innocenza o colpevolezza “al di là di ogni ragionevole dubbio”⁴, ad imporre doverose attenzioni ogniqualvolta l'interpretazione giudiziale si tramuti in creazione e cioè quando il giudice, anziché “scoprire” il significato della norma, tende a “costruirlo”⁵. L'esondazione dell'*argomentum* giudiziario rispetto al dato di legge non segnala solo momenti di patologia ap-

² Il giudice e tutti gli altri soggetti del processo «si fermano a ripensare a quello che già è stato, a ritornare con l'intelligenza, col sentimento ad un momento della vita che è passata: a fermare ed a rivivere il già vissuto. Ma tutto questo rivivere, che il giudice fa attraverso il rivivere degli altri, non è mai un vedere direttamente, non è mai la presenza. La presenza è impossibile. È un rimpiazzare la presenza: qui è la magia. È un far essere presente quello che non è presente. E perciò è sempre un procedere traverso segni, che significano, ma non sono la cosa significata» (CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 59).

³ Sul tema dei rapporti tra diritto e processo penale cfr. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 431 laddove si evidenzia la diversità dei ruoli che ha caratterizzato il diritto processuale rispetto a quello sostanziale: prima “servo muto” poi “socio paritario” ed infine “socio tiranno”.

⁴ Cfr. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 195. Sul tema cfr., volendo, DINACCI, *Il ragionevole dubbio tra l'obbligo di motivazione ed il controllo di una giustificazione razionale*, in *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, a cura di Pucella e De Santis, 253.

⁵ Per una simile impostazione di metodo, v. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 46 laddove si rileva «di quale notevole portata sia il pericolo costituito dal ricorso alla elaborazione concettuale, nel momento in cui l'interprete dovrebbe tendere alla ricostruzione del significato di una disposizione di legge. L'incapacità di liberarsi dalla tentazione di servirsi delle proprie convinzioni dommatiche si sconta nel risultato di quello che avrebbe dovuto essere un lavoro d'interpretazione. Ci si accorge allora che la norma può essere allargata o ristretta indifferentemente, per abbracciare o per escludere questa o quella ipotesi, con ineccepibile coerenza formale del ragionamento impiegato per pervenire all'una o all'altra conclusione. Né si può dimenticare che la premessa dommatica è fissata sulla base di una serie di astrazioni sempre più vaste che procedono da dati considerati naturalisticamente, sui quali si svolge un discorso che rispetta solo i canoni della logica formale e prescinde, in omaggio ad una strana concezione della “superiorità” della dommatica, dal sostanziale contenuto profondamente significativo delle proposizioni normative». Nei medesimi termini, cfr. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it.*, 1950, 582.

plicativa, ma intacca *l'ubi consistam* della giurisdizione e lo stesso ruolo del giudice in una dimensione rispettosa del comando costituzionale⁶. E ciò, come si è accennato, è particolarmente avvertibile nella misura in cui il parametro di giudizio non è la fattispecie astratta, bensì la “fattispecie giudiziale”⁷, dove la ricostruzione probatoria del fatto deve necessariamente ricorrere a circuiti inferenziali in cui l’argomentazione logica modella la ricostruzione storica del fatto oggetto di giudizio⁸. In sostanza, l’interpretazione dei fatti e, in particolare, dei fatti giuridici non è un mero “accostamento avalutativo” e ciò tanto più in un sistema in cui la semantica della lingua legale è plurivoca, porosa. Di qui il ricorso a criteri di discrezionalità la quale, seppur ammissibile nell’ordinamento giuridico, va comunque tenuta ben distinta dalla arbitrarietà in quanto perimetrata da un predeterminato vincolo legale⁹. E allora si tratta

⁶ Di qui l’esigenza di perimetrare l’ambito di azione della funzione nomofilattica, che deve scoprire i «principi e criteri direttivi dell’*ars interpretandi*». Così, RODORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro it.*, 2017, 123.

⁷ Sull’argomento, cfr. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 42. Sulla rilevanza della nozione di fattispecie giudiziale ai fini del paradigma di individuazione del fatto processuale cfr. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 33, dove si precisa che «il fatto in senso processuale deve essere concepito come il fatto che il giudice [è] in condizione di vagliare nei limiti dell’imputazione contestata».

⁸ Viene qui in rilievo quel percorso intellettuale in forza del quale il giudice dall’elemento di prova perviene, attraverso un circuito inferenziale, al risultato di prova. In sostanza, ogni passaggio argomentativo che conduce dal fatto probatorio a quello da provare deve essere sostenuto da un apparato logico-argomentativo. In genere, sul tema, cfr. SCALFATI-SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, 62, a cura di Scalfati, *Le prove*, Torino, 22.

⁹ L’esistenza di un predeterminato vincolo legale distingue l’atto discrezionale da quello facoltativo. Mentre il primo può essere adottato nei limiti in cui sussistano le condizioni richieste dalla legge, il secondo appare del tutto svincolato da presupposti legittimanti di natura normativa. Conseguentemente, l’atto facoltativo, caratterizzato dall’assenza di “condizioni” operative, risulta contiguo a scelte arbitrarie le quali, peraltro, proprio perché non “contenute” in uno schema legale, non risultano nemmeno controllabili. La situazione è differente dall’atto discrezionale in relazione al quale, pur essendovi margini di “manovra” valutativa, vi è una regolamentazione di una fonte normativa che consente un controllo effettivo sul corretto uso del potere discrezionale.

Sull’argomento, avuto riguardo all’arresto facoltativo, cfr. CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 2012, 494, dove si precisa che “Se le parole fossero meno vischiose o le pesassimo meglio, l’art. 381 non sarebbe intitolato «arresto facoltativo in flagranza», come l’art. 236 cod. Rocco, da cui discende, né esordirebbe con lo stesso movimento assertivo: ufficiali e agenti «hanno facoltà d’arrestare...». Proprie loquendo, appare facoltativo l’atto che N possa (nel senso corrispondente al verbo tedesco “dürfen” o all’inglese “to be allowed”) compiere od omettere. Non è l’ipotesi qui considerata, e che non lo sia, era chiaro da un contorcimento verbale nel vecchio art. 254, sulla cattura «facoltativa»: quando stabilisce «se debba valersi della facoltà d’emettere il mandato», quel giudice «deve tener conto del pericolo...»; se lo omettesse, non avendo “tenuto conto del pericolo” et caetera, agirebbe male; dunque, doveva emetterlo. Ora, ha un predicato l’atto che N deve compiere, se gli constano situazioni ellitticamente definite dalla norma: “discrezionale”; ma i compilatori, talvolta inclini a discutibili purismi, ripetono quello sciatto gesto nomenclatorio. Che l’atto cosiddetto facoltativo sia dovuto, viene fuori anche all’ultimo comma: «si procede all’arresto [...] soltanto se la misura è giustificata dalla gravità del fatto ovvero dalla pericolo-

di valutare il rispetto di tale vincolo nella consapevolezza che lo stesso risulterà mutevole a seconda dei rami dell'ordinamento in cui è chiamato ad agire.

2. *Il principio di legalità quale limite agli "espansionismi" esegetici della giurisprudenza.* Nel settore penalistico e processual-penalistico bisogna prendere atto del presidio costituzionale al principio di legalità sancito dagli artt. 25, co. 2 e 111, co. 1, Cost., in forza del quale si introduce un limite all'argomentazione giudiziaria. La scelta operata appare consapevole del perenne conflitto tra individuo e autorità che si sviluppa nel processo penale¹⁰. E, non a caso, le norme dirette a regolamentare i "modi" dell'accertamento, ponendosi quale limite all'esercizio del potere¹¹, si caratterizzano come norme di garanzia. Queste risultano a presidio di quella consapevolezza secondo cui «qualunque uomo che ha un potere è portato ad abusarne, (e) va avanti finché non trova dei limiti» e pertanto «perché non si possa abusare del potere bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere»¹². Ed è proprio questa la funzione del principio di legalità, il quale, nel campo processuale, impone un controllo normativo sul metodo di accertamento processuale proprio al fine di evitare degenerazioni decisorie. E, nonostante ciò, chi non sia in contatto quotidiano con la realtà operativa non può nemmeno immaginare fino a che punto sia possibile «falsare il significato di una norma, ottenere decisioni che facciano dire bianco alla legge laddove diceva nero» ovvero giungere a decisioni estranee alla lettera della legge¹³. Si assiste così ad un concreto operare in cui si passa disinvoltamente dall'affermazione della supremazia della legge a quella del potere del magistrato; e, quando il potere non incontra limiti e/o responsabilità, si assumono "doti messianiche", funzioni di "bonificazione sociale" che producono un "uso alternativo del diritto

sità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze». Formula imperfetta ma l'autentico significato traspare nitido: dev'essere arrestato chi abbia commesso un fatto "grave" o risulti "pericoloso"; tanto più se fosse l'autore pericoloso d'un fatto grave". L'argomento è anche adombrato da GREVI, *Introduzione*, in *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, Cedam, Padova, 1985, 11, laddove denunciava sempre con riferimento all'arresto facoltativo «l'omessa indicazione finalistica di stampo cautelare».

¹⁰ Cfr. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 186.

¹¹ Potere e limite costituiscono un'endiadi solo per la povertà del linguaggio. Così, NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 642.

¹² Così MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), parte seconda, Libro XI, Milano, 2009, 309-310.

¹³ Così NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 652, laddove si osserva il passaggio «da un sistema concepito e giustificato sulla supremazia della legge, in uno sempre più direttamente imperniato sul potere del magistrato; un potere che viene postulato come "diverso", come inimmancabilmente affidabile e, perciò, come superiore».

to”¹⁴. Di fronte al testo normativo non gradito si ragiona in termini di “risposta giudiziaria” tendente a disapplicare il comando giuridico¹⁵. Si è ben al di là di quella concezione della giurisprudenza quale «coscienza sociale del tempo»¹⁶, sulla base della quale, pur postulandosi un immanente nesso spirituale che «in ogni società organizzata intercede tra coscienza sociale e giurisprudenza»¹⁷, si ammoniva sul fatto che «le massime di decisione non sono norme giuridiche»¹⁸. Sia ben chiaro: il richiamo al rispetto della legalità non significa ridurre il giudice a funzioni avalutative quale mera bocca della legge¹⁹.

Il giudizio non è un’equazione meccanicistica nè, tantomeno, può esserlo in un ordinamento processual-penalistico come il nostro, non solo svincolato da un sistema di prove legali, ma che contempla ampi spazi di discrezionalità valutativa e l’utilizzo di prove innominate²⁰. Il dato conoscitivo non è concepito come una mera tecnica di accertamento, ma è portatore di uno specifico valore. E, non a caso, tale consapevolezza ha condotto il legislatore a tutelare il momento di conoscenza giudiziaria con l’immutabilità del giudice (²¹); solo

¹⁴ Sul tema cfr. TARELLO, *Sullo stato dell’organizzazione giuridica: intervista a Giovanni Tarello*, Bologna, 1979, 62.

¹⁵ Su tali questioni si rimanda alla puntuale ricostruzione di PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell’ipotesi, il paradigma dell’interesse*, Cedam, Padova, 2016, p. 200 e ss.

¹⁶ Così BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, VI ed., II, Milano, 1990, 58.

¹⁷ In tal senso BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, cit., 859.

¹⁸ Così ancora BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, cit., 862.

¹⁹ V. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., 317.

Per una puntuale ricostruzione delle critiche portate all’espressione di Montesquieu del giudice come “*la bouche de la loi*” si rimanda a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell’ipotesi, il paradigma dell’interesse*, cit., 203 dove si rileva che con quella frase in realtà Montesquieu non intendesse affrontare il problema dell’ermeneutica ma solo propugnare un sistema imperniato sulla legalità quale strumento per prevenire degenerazioni decisorie. Nella medesima direzione sembra collocarsi AINIS, *La legge oscura, Come e perché non funziona*, Bari, 2010, 3, secondo cui l’ostilità dell’illuminismo giuridico si rivolgeva «non tanto all’interpretazione in sé, quanto ai suoi eccessi, all’azione di giudici e giuristi ove lasciati liberi di formare e deformare i principi del sistema normativo». Non a caso, in quella sede si rammenta come il termine “interpretazione”, attualmente privo di connotazioni negative, all’epoca ne aveva. In tale prospettiva, il richiamo al giudice come «bocca che pronuncia le parole della legge» assume ben diverso significato da quello che gli è stato attribuito.

²⁰ Non potendosi attendere sul tema del c. d. principio del libero convincimento cfr. NOBILI, *Storia di un’illustre formula: il libero convincimento negli ultimi trent’anni*, in *Dir. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 83.

²¹ Per un’impostazione tendente a riconoscere valenza costituzionale al principio di immutabilità del giudice, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Cedam, Padova, 2002, 169, laddove si rileva che «il richiamo “al giudice” come soggetto davanti al quale si esercita il diritto alla prova lascia intendere che, almeno di regola, debba trattarsi non di un qualsiasi giudice, ma del giudice incaricato di pronunciare la decisione finale, dunque del giudice dibattimentale». Tale impostazione sembra sia stata recepita dalla Corte costituzionale nel punto in cui ha rilevato che «il diritto “all’assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere” - diritto che, in base alla ricordata giurisprudenza di questa Corte, la parte esercita nel chiedere la rimozione dell’esame del dichiarante - si raccorda, almeno per quanto attiene all’imputato, anche alla garanzia prevista dall’art.

l'assenza di mediazione istruttoria tra il giudice e la prova che il medesimo deve valutare consente di cogliere, al di là dell'espreso risultato conoscitivo, "valori" che la prova è in grado di veicolare²². Tutto ciò conduce inevitabilmente ad un'accentuazione della discrezionalità interpretativa la quale però, è bene chiarirlo, non è in contrasto con il rispetto del principio di legalità solo nella misura in cui non si estenda fino al punto da determinare una rottura del quadro legale.

3. I prodromi e la ratio della nomofilachia: norma, prassi e obblighi europei
 Il prospettato ordine di sistema è in grado di tutelare non solo da arbitri decisori ma anche da forme di disegualianza processuale. Viene qui in rilievo il

111, terzo comma, Cost., nella parte in cui riconosce alla "persona accusata di un reato [...] la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico" e di ottenere "la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa"» (così, Corte cost., n. 205 del 2010).

²² Il rilievo deriva dalla consapevolezza che il dato sul quale si deve esprimere il giudizio attinge sia la sfera conoscitiva che quella emozionale del soggetto, senza alcuna possibilità di poter distinguere i due momenti. Non esiste, infatti, una sfera conoscitiva separata da una sfera emozionale. Pertanto, una presa di coscienza rispetto al dato implica «l'inferenza in misura maggiore a volte del momento conoscitivo a volte di quello emozionale, senza che nessuno dei due possa mai venire isolato dall'altro in un'operazione densa di rapporti scambievoli il cui rispettivo peso dà l'impressione di potere essere colto soltanto rispetto a quei casi in cui l'usualità ricorrente dell'atteggiarsi in un senso determinato della coscienza emozionale della percezione del dato, sembra annullare il momento valutativo e lasciare in rilievo quello meramente conoscitivo» (così MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1966, 259). Ne deriva l'impossibilità di distinguere i giudizi di fatto da quelli di valore. Se il dato è portatore di valore, nel senso che impone al soggetto decidente il giudizio sulla base della rilevazione delle proprie strutture di valore, è facile comprendere come il giudizio deve poter essere espresso sulla base di un rapporto percettivo diretto ed immediato tra il soggetto ed il dato. In tale prospettiva, è ovvio che ogni forma di intermediazione tra la prova e chi la deve valutare per definizione finisce per alterare il giudizio.

Tale consapevolezza, però, non è acquisita nel c.d. diritto vivente, dove si continuano a registrare pericolosi atteggiamenti di ostilità interpretativa che poggiano su florilegi esegetici di natura extra normativa. Accade così che il massimo organo nomofilattico, per giustificare elusioni operative al principio di immutabilità, si avventuri in vere e proprie codificazioni di sistema dove il dato di partenza non è la legge bensì alcuni precedenti nomofilattici (cfr. Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, p.m. in proc. Klavis Bajramin, in *Dir. pen. e giust.*, 2019). Sulla base di tale preteso metodo ermeneutico si arriva a derogare alla chiara portata precettiva dell'art. 525, comma 2, c.p.p. L'approdo interpretativo ha trovato giustificazione nella Corte costituzionale la quale, dimentica di quanto affermato con provvedimento n. 205 del 2010 (v. *supra* nota 21), ha precisato come il principio di immutabilità debba trovare applicazione nella misura in cui non limiti o violi il diverso principio della ragionevole durata del processo (Cfr. Corte cost., n. 132 del 2019). L'impostazione rispolvera in modo non condivisibile vecchie visioni efficientiste che vengono perseguite attraverso un'indebita perimetrazione dei diritti, non comprendendosi che la ragionevole durata è un principio asservito alla realizzazione del giusto processo e, quindi, non ne può costituire un limite. Sul tema, cfr. BARGI, *La ragionevole durata del processo tra efficienza e garanzia*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Giuffrè, Milano, 2010, 469; FERRUA, *Garanzia del contraddittorio e ragionevole durata del processo penale*, in *Quest. Giust.*, 2003, 459.

valore della prevedibilità delle decisioni che, unitamente alle esigenze di prevedibilità dell'interpretazione ed accessibilità della legge²³, consente al cittadino di orientarsi verso condotte consapevoli. Tale risultato, nel settore processual-penalistico, è stato affidato alla scelta di un'accentuazione nomofilattica del giudizio in Cassazione. Indipendentemente dalle ragioni che hanno condotto a tale opzione legislativa, si è al cospetto di una volontà diretta a tutelare maggiormente l'uniformità dell'interpretazione del diritto oggettivo che non la posizione soggettiva del singolo ricorrente²⁴. Non a caso, l'art. 65 ord. giud., nel delimitare le funzioni della Corte di cassazione, non enuncia in modo esplicito l'esercizio della giurisdizione come espressamente riferito dagli artt. 43 e 53 ord. giud. al Tribunale ed alla Corte di appello²⁵. Da tali premesse non può però trarsi la conclusione che la Cassazione non eserciti anch'essa la giurisdizione. La prevalenza dello *ius constitutionis* rispetto allo *ius litigatoris* non esclude la tutela del diritto controverso in quanto lo stesso viene preservato in via mediata. In altre parole, ciò che si attende dalla Cassazione non è propriamente il giudicare, cioè risolvere il "conflitto processuale" che ha determinato l'intervento della giurisdizione, ma l'assicurare l'esatta ed uniforme interpretazione del diritto "oggettivo nazionale" attraverso cui si garantisce la tutela dello scopo finale del giudizio, costituito dalla verifica del diritto controverso²⁶.

In un'ideale linea di continuità si pongono le modifiche introdotte con i co. 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 618 c.p.p., prevedendosi, da un lato, la prevenzione dei contrasti giurisprudenziali attraverso l'obbligo imposto al giudice, che non dovesse condividere «il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite», di

²³ Tra le tante, cfr. Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia. Più di recente, v. Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia.

²⁴ L'affermazione sembra autorizzata dall'art. 65 ord. giud. laddove si prevede che la Corte di cassazione «quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge».

²⁵ Per una lucida ricostruzione del significato dell'art. 65 ord. giud. anche alla luce del rafforzamento nomofilattico sancito nel giudizio di Cassazione cfr. DI CHIARA, *Laboratori giurisprudenziali di legittimità, flussi nomofilattici e «isole nella corrente»: il coagulo di una nuova sintassi nei rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni unite*, in *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, a cura di Pulvirenti, Torino, 2018, 265.

²⁶ Sul tema cfr. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Torino, I, 1920, 28 e 48; MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, 22. In particolare, appare utile rilevare come l'approdo raggiunto si caratterizzi per un'evoluzione storico-normativa del giudizio che dal *référé obligatoire* al Corpo legislativo perviene all'ordine nomofilattico attraverso il ripudio delle Corti regionali. Da ultimo, per una ricostruzione storico-legislativa, v. IASEVOLI, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, 2018, 21.

rimettere a queste ultime la decisione del ricorso²⁷ e, dall'altro lato, il potere delle Sezioni unite di enunciare il principio di diritto anche quando «il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta»; si assegna, così, alla nomofilachia una “tensione” rafforzata²⁸.

Occorre segnalare come un'analoga opzione fosse contenuta nel Progetto definitivo dell'attuale codice di procedura penale²⁹. In quella sede, però, la disposizione non fu approvata perché in Commissione parlamentare si riteneva che si sarebbe introdotta una sorta di vincolo del precedente in frizione con la riserva di legge penale, la separazione dei poteri e la soggezione dei giudici alla legge³⁰. Tuttavia, non a caso, i *Conditores*, nella Relazione al codice del 1988, precisarono che la “possibile” rimessione alle Sezioni unite, a fronte di un contrasto anche solo potenziale contemplata dall'art. 618, comma 1, c.p.p., dovesse essere necessariamente effettuata ogniqualvolta sul tema fosse intervenuto in precedenza il massimo organo nomofilattico e la decisione potesse dar luogo ad un nuovo contrasto³¹. In sostanza, l'art. 618, co. 1, c.p.p. e la volontà espressa dal legislatore si assestavano verso un principio di “prevenzione” del contrasto, in particolare quando sul tema in diritto le Sezioni unite avevano fatto sentire la propria voce. Allora, se così è, il legislatore con l'introduzione dei co. 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 618 c.p.p. ha espressamente “normativizzato” la raccomandazione secondo cui i contrasti giurisprudenziali vanno prevenuti e non creati. Del resto, occorre evidenziare come già sulla base della formulazione dell'art. 618, co. 1, c.p.p. si siano registrate prassi tendenti a prevenire contrasti, rimettendosi la questione alle Sezioni unite allorché le decisioni della sezione singola avrebbero potuto alimentare “dif-

²⁷ La conclusione è giustificata dall'utilizzo modale del verbo “rimettere” all'indicativo. Si introduce, cioè, non una facoltà ma un obbligo che scatta ogniqualvolta si prospetti una “non condivisione” di un principio enunciato dalle Sezioni unite. In tal modo si conia una regola procedurale della nomofilachia. Sul tema, in genere, cfr. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5.

²⁸ Le modifiche introdotte all'art. 618 c.p.p. ripercorrono le previsioni contenute negli artt. 374, comma 3, e 363, co. 3, c.p.c.

²⁹ Nell'originario art. 610-*bis* si stabiliva che le sezioni semplici «uniformano le proprie decisioni ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite per dirimere un contrasto; altrimenti, rimettono con ordinanza il ricorso alle sezioni unite, esponendo le ragioni del dissenso».

³⁰ In genere, con riferimento alla problematica del vincolo del precedente, si rimanda a TARUFFO, *Dimensione del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 412 ss.; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 1999, *passim*. FIANDACA, *Il diritto penale fra legge e giudice*, 2002; CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, c. 305 ss.; MANES, *Common Law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e slide prossime future*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di M. Ronco*, Torino, 2017, 151.

³¹ Cfr. *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale*, in *G.U.*, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 2, 200.

formità” all’interno della stessa Corte di cassazione³².

Peraltro, non va dimenticato come la stessa Corte di Strasburgo abbia più volte rimarcato il principio della “*sécurité juridique*” che costituisce uno degli elementi fondamentali dello Stato di diritto³³. Proprio partendo da tale premessa, si è riconosciuto un ruolo primario alle Corti supreme, chiamate a “regolare” le divergenze di giurisprudenza e ad indicare la interpretazione da seguire³⁴. In questa prospettiva si è segnalato come un contrasto interpretativo, caratterizzato da divergenze profonde e persistenti, possa condurre alla viola-

³² Si pensi alla rimessione alle Sezioni unite della questione concernente l’individuazione delle forme del procedimento relative alle misure cautelari reali. In quella occasione le sezioni semplici, non condividendo un orientamento consolidato in linea con una risalente decisione delle Sezioni unite (Sez. un., 6 novembre 1992, n. 14, Lucchetta, in *Cass. pen.*, 1994, 2637), anziché generare il contrasto, hanno investito direttamente le medesime. Queste, preso atto delle argomentazioni contenute nell’ordinanza di rimessione, hanno dato luogo ad un mutamento di indirizzo affermando che i procedimenti in camera di consiglio relativi alle misure reali dovessero svolgersi con le forme dell’art. 611 c.p.p. (cfr. Cass., Sez. un., 17 dicembre 2015, n. 51207, Maresca, in *Cass. pen.*, 2016, 1396. Sul punto si segnala che la questione relativa al procedimento da osservare in questa materia cautelare reale ha avuto un seguito, atteso che proprio la legge n. 103 del 2017, con l’art. 1, comma 60, ha “ripristinato” la procedura partecipata di cui all’art. 127 c.p.p.).

In altra evenienza, l’investitura delle Sezioni unite è stata effettuata per evitare lo stabilizzarsi del contrasto. Si ponga mente, in tema di rescissione del giudicato, alle interpretazioni offerte tanto in punto di efficacia temporale dell’allora art. 625-ter c.p.p. quanto avuto riguardo alle forme da osservarsi e all’individuazione del giudice “competente” a pronunciarsi sulla richiesta. In questo caso le Sezioni unite, chiamate ad esprimersi ex art. 610, comma 2, c.p.p., hanno statuito l’inapplicabilità del nuovo istituto alle sentenze passate in giudicato prima della sua entrata in vigore e, sul presupposto della natura di impugnazione straordinaria, che l’istanza venga depositata nella cancelleria del giudice di merito la cui sentenza è posta in esecuzione (cfr. Cass., Sez. un., 14 luglio 2014, n. 36848, Burba, in *Cass. pen.*, 2015, 561).

Altra occasione di rimessione preventiva alle Sezioni unite è quella relativa alle problematiche interpretative insorte sulla “pena illegale” in conseguenza della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, che aveva dichiarato l’illegittimità della disciplina normativa in materia di stupefacenti (Cfr. Cass., Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, in *Foro it.*, 2015, IV, c. 718; Cass., Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, *ivi*, 2016, IV, c. 134; Cass., Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 22471, Sebbar, *ivi*, 2015, IV, c. 635; Cass., Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 46653, Della Fazia, in *Cass. pen.*, 2017, 166).

A fronte di tali evenienze, per completezza informativa si segnala come, ancora più di recente, non siano mancati contrasti giurisprudenziali anche con decisioni delle Sezioni unite. Si pensi al contrasto generato successivamente alla pronuncia delle Sezioni unite, 28 aprile 2016 (Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Foro it.*, 2016, IV, c. 571), in materia di rinnovazione dell’istruzione dibattimentale in appello, da quella sezione che ha affermato la sussistenza di un obbligo di rinnovazione anche nel caso in cui in secondo grado si pervenga all’assoluzione dell’imputato, a fronte di una precedente sentenza di condanna, sulla base di una diversa valutazione di attendibilità delle dichiarazioni dei testimoni (cfr. Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, n. 41571, Marchetta, in *Mass. Uff.*, n. 270750); in forza di tale decisione il massimo organo nomofilattico ha ribadito l’orientamento espresso con la sentenza Dasgupta (cfr. Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, Troise, *ivi*, n. 272430).

³³ V. Corte EDU, 6 dicembre 2007, Beiau c. Romania; *Id.*, 2 ottobre 2009, Iordan Iordanof c. Romania.

³⁴ Cfr. Corte EDU, 15 agosto 2008, Faltejsek c. Repubblica Ceca.

zione del principio di certezza e dell'art. 6, co. 1, Cedu; violazione prevenibile solo attraverso l'adozione di meccanismi preordinati al superamento dei contrasti giurisprudenziali ed alla loro attivazione nel caso concreto³⁵.

Al di là di ogni considerazione, occorre prendere atto che l'Europa pone l'ortodossia nomofilattica a fondamento del giusto processo; e se il tema è la violazione della relativa regola, si è in presenza di obblighi europei rafforzati dalla previsione della c.d. revisione processuale³⁶.

4. *Legge e interpretazione giudiziaria: la fisiologia normativa.* Le modalità di attuazione di un dovere nomofilattico implicano scelte che attraversano punti di equilibrio del sistema. La previsione di un "ordine" interpretativo di matrice giurisprudenziale può facilmente scivolare in forme di arbitrio giudiziario che conducono ad un'alterazione del rapporto tra giudice e legge. Ma, per il momento, il discorso non deve riguardare la patologia applicativa bensì la fisiologia normativa. E, su tale sfondo ideologico, il tema tocca le connessioni sussistenti tra l'insieme degli enunciati normativi (diritto vigente) e l'insieme del loro significato quale risulta dalla loro interpretazione ed applicazione (diritto vivente)³⁷. In sostanza, mentre il diritto vigente è frutto della legislazione, quello vivente è un prodotto dell'argomentazione giudiziaria ed in particolare di quella interpretativa. Nell'affrontare il tema sul piano metodologico, è necessario fare attenzione a non incorrere nella denunciata confusione concettuale in forza della quale nel vocabolo "norma" vi si fanno rientrare sia le «formulazioni del discorso legislativo sia (il) contenuto del loro significato»³⁸. In altre parole, ai fini di un corretto inquadramento della tematica, occorre distinguere gli enunciati normativi dalle norme «da considerarsi il risultato dell'attività interpretativa»³⁹. Il rilievo assume valore nella misura in cui l'intento riformistico sembra introdurre un vincolo negativo del precedente.

³⁵ V. Corte EDU, 2 gennaio 2011, Nejdet Dahin e Perihan Sahin c. Turchia; Id., 19 maggio 2015, Parrocchia greco-ortodossa di Lupeni e altri c. Romania.

³⁶ Cfr. Corte cost., n. 113 del 2011, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un caso di revisione quando ciò sia necessario ai sensi dell'art. 46 § 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte edu.

³⁷ V. FERRAJOLI, *Contro la giustizia creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, n. 4, 13.

³⁸ Così, GUASTINI, *Rileggendo Tarello sull'interpretazione*, in GUASTINI, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, 2017, 2.

³⁹ Sul tema, cfr. CRISAFULLI, *Disposizione e (norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, 195; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 38. Da ultimo, per puntuali spunti metodologici, v. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse*, cit., LXIII e ss.

Vincolo che potrebbe confliggere non solo con il principio di legalità imposto anche a livello processuale dalla formulazione dell'art. 111, co. 1, Cost., ma anche con l'obbligo di soggezione del giudice solo alla legge (art. 101 Cost.)⁴⁰ e con la previsione per cui i magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni⁴¹. Sul punto, tuttavia, servono delle precisazioni. Per poter invocare un "vincolo" del precedente è necessario che l'enunciato normativo di riferimento non lasci al giudice soluzione diversa da quella adottata in altro caso da altro giudice⁴². Le modifiche introdotte dai commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 618 c.p.p. non sembra possano collocarsi in tale regolamentazione. Basti pensare che il criterio di disciplina offre al giudice la possibilità di contestare l'orientamento delle Sezioni unite.

In sostanza, l'ordinanza di rimessione ed in particolare i contenuti della stessa veicoleranno il «contributo nomofilattico delle sezioni semplici»⁴³ attraverso cui si chiede alle Sezioni unite una "rimeditazione" di una questione già decisa.

Certo, si è in presenza di una "inibitoria" alle sezioni semplici a decidere in modo difforme da quanto stabilito sul medesimo tema di diritto dalle Sezioni unite⁴⁴. Tuttavia, non può sfuggire la differenza tra l'essere obbligati a decidere in un dato modo e «l'essere tenuti *ex lege* a rimettere agli altri la decisione»⁴⁵.

⁴⁰ Per l'affermazione secondo cui tra l'art. 101, co. 2 e l'art. 111, co. 1, Cost. intercorra un rapporto di antecedente logica nella misura in cui si dispone che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge (art. 111 co. 1 Cost.), che evidenzia in maniera diretta l'utilizzo del termine legge, privilegiandone la natura di presupposto e di limite di qualsivoglia comportamento giurisdizionale», cfr. IASEVOLI, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, cit., 65.

⁴¹ In tale direzione, con la consueta puntualità, cfr. MAZZA, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)*, in www.archiviopenale.it; DE CARO, *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle Sezioni unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, in questa Rivista.

⁴² Sulla differenza tra lo *stare decisis* e lo *stare dictis* si rimanda a MAZZA, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)*, cit., 2, dove si pone in evidenza il fatto che secondo il *case method* lo stesso giudice di *common law* può «discostarsi dal precedente, attraverso il *distinguishing*, quando il caso concreto che deve decidere non corrisponda esattamente a quello preso in considerazione in occasione della precedente enunciazione di principio». E, in tali casi, «viene meno anche il vincolo derivante dal *dictum* giuridico».

⁴³ Così, FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7.

⁴⁴ In questa direzione DE CARO, *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle Sezioni unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, cit., 6.

⁴⁵ Così, ancora, DE CARO, *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle Sezioni unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, cit., 6.

In tale evenienza è sempre un giudice che decide in base ai contenuti degli enunciati normativi. Semmai si può discutere di quanto sia opportuna l'opzione di verticizzare l'attività giurisdizionale, ma questo non è un problema di violazione del principio di soggezione del giudice alla legge.

Peraltro, se si vuole garantire un ordine nomofilattico, e l'Europa lo impone, occorre evitare "vertici ambigui"⁴⁶; l'organo a cui è affidata l'esatta ed uniforme interpretazione del diritto oggettivo nazionale non può generare contrasti interni. Ne deriverebbero inaccettabili ricadute in termini di prevedibilità delle decisioni e di accessibilità del significato della legge nonché, quindi, dello stesso principio di legalità imposto anche in sede europea⁴⁷.

Non a caso, la riforma dell'art. 618 c.p.p. inserisce un limite solo con riferimento alle decisioni della Corte di cassazione. In tal modo, potendo i giudici di merito adottare soluzioni dissonanti dalle pronunce delle Sezioni unite, si pongono le premesse di rivisitazioni della questione giuridica. Quando il processo arriverà in Cassazione, se la sezione singola non dovesse condividere l'orientamento delle Sezioni unite, potrà indicare la via per una diversa soluzione. Ma, sullo sfondo di quanto rilevato, non sembra che una verticalizzazione dell'ordine nomofilattico comporti violazione della riserva di legge o degli artt. 101 e 107 Cost. Se si adottano corretti metodi interpretativi e si rispetta l'enunciato nomofilattico senza cedere alla tentazione di invasioni di campo creative, la regola sembra allineata al principio costituzionale cui si deve osservanza.

5. Le patologie applicative tra crisi della fattispecie, semantica della lingua legale e sistema multilivello. La conclusione raggiunta, però, sul piano operativo deve fare i conti con la crisi della fattispecie che attraversa il settore. E la conclusione è tanto più rilevante ove si abbia contezza di quanto la nozione di fattispecie abbia una ricaduta sulla garanzia di certezza del diritto mediante l'ancoraggio del momento interpretativo ad uno specifico comando a cui anche il giudice, nel momento dell'esercizio del suo potere di *iurisdicere*, deve osservanza. Si è in presenza di un comando giuridico che pone un limite al potere dell'autorità nell'immanente conflitto processuale con l'individuo⁴⁸. Sulla base di tale consapevolezza è facilmente intuibile quanto la "crisi della

⁴⁶ L'espressione è mutuata da TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, 59.

⁴⁷ Cfr. Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, cit.; Id., Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, cit..

⁴⁸ Sul tema, cfr. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 186; NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 650; e, volendo, DINACCI, *Inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Giuffrè, Milano, 2008, 17.

fattispecie” possa incidere ampliando la portata dell’argomentazione giudiziaria che, in assenza di limiti normativi o in presenza di enunciati “diluiti”, tende inevitabilmente ad occupare spazi non consentiti attraverso decisioni che nulla hanno a che fare col momento interpretativo. La denunciata patologia operativa, però, non dipende solo da atteggiamenti culturali in cui il giudice pone il suo provvedimento rispetto alla legge non condivisa in termini di “risposta giudiziaria”, ma anche da una serie di fattori che consentono a quella cultura di approfittarne.

Si pensi alla semantica della lingua legale; quanto è più ampia e indeterminata, proporzionalmente risulterà ampio e indeterminato il significato associabile ai termini della lingua legale. Di qui l’accrescimento della dimensione potestativa del giudizio. In sostanza, il grado di decidibilità di una verità giuridica di una pronuncia è direttamente «proporzionale al grado di tassatività della norma da essa applicata e inversamente proporzionale allo spazio richiesto all’argomentazione interpretativa»⁴⁹. Dove si è al cospetto di una indeterminazione della lingua legale, lo spazio dell’argomentazione è amplissimo ed il potere giudiziario ha buon gioco nel convertirsi da potere di applicazione della legge tramite una corrispondenza ai fatti in potere dispositivo di creazione di nuovo diritto⁵⁰. Ed è questo il rischio proveniente dalla crisi della legge e dal ruolo di limitazione dell’arbitrio svolto dal principio di legalità. A tale realtà si affianca una produzione normativa generata per la soluzione di casi specifici e, quindi, necessariamente priva dei requisiti di generalità ed astrattezza. Di qui la crisi di capacità regolativa della legge, che snatura il ruolo cognitivo della giurisdizione. Pertanto, l’espansione del diritto giudiziario costituisce la risultanza delle disfunzioni del diritto legislativo⁵¹.

Al tema non si sottrae nemmeno lo spazio dell’argomentazione probatoria. Questa impone una verifica dell’ipotesi di accusa che, implicando una ricostruzione di fatti passati, necessariamente si compone di momenti abduktivivi fondati sulla fallacia ricostruttiva della logica. Ed allora l’inadeguato controllo su tali momenti ricostruttivi rischia la degenerazione di un giudizio sui fatti in un giudizio potestativo sottratto ad ogni forma di verifica e confutazione.

Ulteriore elemento di espansione *extra ordinem* del potere giudiziario è da ricercare nella struttura multilivello dell’ordinamento. Si pensi alla rigidità della Costituzione, che affida ai giudici la censura diretta o indiretta della legittimità costituzionale delle leggi. Si inverte il rapporto tra giudice e legge posto

⁴⁹ FERRAJOLI, *Contro la giustizia creativa*, cit., 14.

⁵⁰ Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10^a ed., Laterza, Bari, 2011, 36.

⁵¹ Sul tema, v. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori*, Giuffrè, Milano, 1984, 8.

che il giudice, benché sottoposto alla legge, risulta in grado di controllarne la costituzionalità, se del caso anche attraverso interpretazioni costituzionalmente orientate. A ciò aggiungasi l'ulteriore articolazione multilivello costituita dagli obblighi europei derivanti non solo dai prodotti normativi convenzionali e comunitari, ma anche dall'interpretazione fornita degli stessi da parte delle rispettive Corti. La situazione espone al rischio di un'alterazione di rapporto tra interpretazione e legge da cui deriverebbe un pericoloso svuotamento del «principio democratico della legislazione come espressione di un consenso popolare»⁵². Accade così che il diritto vivente, che dovrebbe essere la fedele riproduzione del diritto vigente, si affranchi da quest'ultimo, pervenendo addirittura a sostituirlo⁵³. L'effetto è una svalutazione operativa del principio di soggezione del giudice alla legge, come documentato da interpretazioni sistemiche o adeguatrici, di fatto soppressive dell'interpretazione letterale definita sorprendentemente dalla Corte costituzionale «metodo primitivo sempre»⁵⁴. Ne deriva l'introduzione nell'ordinamento interno di un diritto giurisprudenziale capace, a seconda dei casi, di incidere in termini di disapplicazione della norma interna o di obbligo di interpretazione europeisticamente orientata⁵⁵.

6. *Il rischio di un diritto giurisprudenziale.* In tale contesto di disciplina, che tende a divaricare l'essere e il dover essere, l'opzione legislativa perseguita con la riforma dell'art. 618 c.p.p. se risulta apprezzabile in quanto si pone a tutela del principio di uguaglianza processuale impone, allo stesso tempo, la consapevolezza che tale tutela deve essere perseguita attraverso la fedele interpretazione del dato normativo⁵⁶. Insomma, affinché la nomofilachia non diventi diritto giurisprudenziale, incompatibile con un sistema presidiato dal principio di legalità⁵⁷, è necessario che la stessa non implichi un atteggiamento di preconcetta resistenza ad interpretazioni innovative della disciplina esisten-

⁵² Così, puntualmente, FERRUA, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri-Orlandi, Torino, 2007, 16.

⁵³ Sul punto, v. FERRUA, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, cit., 17, laddove icasticamente rileva che «il diritto “vivente”, che dovrebbe essere [...] il prodotto fedele del diritto “vigente” [...] ne diventa il tiranno, anzi il sicario, perché di fatto lo annulla sostituendosi ad esso».

⁵⁴ Così, Corte cost., 15 gennaio 2013, n. 1.

⁵⁵ Sul tema, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Interpretazione europeisticamente orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2016, 3055 ss.

⁵⁶ Si rimanda, sul punto, agli insegnamenti di CONSO, *Ruolo e funzione della Corte di Cassazione nell'ottica dei rapporti di costituzionalità*, in *La Corte di cassazione nell'ordinamento democratico*, Milano, 1996, 18.

⁵⁷ Sul tema in genere cfr. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in *Legge e potere nel processo penale*, Padova, 2017, 43.

te e non trasformi il momento esegetico in attività creativa diretta a colmare ciò che il legislatore non ha detto o addirittura non vuole⁵⁸.

E, sul punto, occorre essere fermi posto che il rischio di trasformazione in un diritto giurisprudenziale appare evidente. Basti pensare agli obblighi europei che derivano non solo dalla norma convenzionale o comunitaria, ma anche dalla interpretazione che della stessa fornisce la relativa Corte di riferimento⁵⁹. Si aggiunga la previsione dell'inammissibilità contemplata dall'art. 606, co. 3, c.p.p. che si basa su un giudizio di manifesta infondatezza del ricorso che le stesse Sezioni unite catalogano nel ricorso fondato su evidenti errori di diritto nell'interpretazione della norma oppure su doglianze in contrasto con una giurisprudenza costante⁶⁰. E, al riguardo, è indicativa la circostanza che il 44% delle declaratorie di inammissibilità si fonda sulla manifesta infondatezza dei motivi posti a fondamento del ricorso⁶¹. Il dato statistico costituisce l'indice dell'uso quantitativo che viene fatto di tale specifica causa di inammissibilità. La circostanza assume ulteriore valenza ove si consideri che dal 2004 al 2014 le cause di inammissibilità dei ricorsi variano, a seconda degli anni, dal 61 al 68%⁶². Se su tali percentuali il 44% delle inammissibilità si fonda sul criterio della manifesta infondatezza significa che sussiste un forte presidio sull'osservanza della interpretazione giurisprudenziale. In sostanza, gli obblighi europei, l'art. 606, co. 3, c.p.p. e le nuove disposizioni dei co. 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 618 dello stesso codice "tendono" l'ordinamento verso soluzioni giu-

⁵⁸ Si pensi, a titolo di esempio, alla giurisprudenza che, in tema di interpretazione, valorizza l'intenzione del legislatore, che deve essere estratta «dall'involucro verbale (le parole), [...] che poi detta intenzione non si identifichi con quella dell'organo o dell'ufficio che ha predisposto il testo, ma vada ricercata nella volontà statuale finalisticamente intesa [...] è fuor di dubbio»; arrivandosi ad affermare che occorre valutare le conseguenze derivanti dall'una o dall'altra interpretazione e che «la valutazione di tali conseguenze costituisce una sorta di controprova della (correttezza) della necessaria interpretazione teleologica». Così, Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, in *Cass. pen.*, 2016, 2784.

⁵⁹ Avuto riguardo al sistema comunitario, cfr. Corte cost. n. 111 del 1985 e n. 385 del 1989; relativamente alla Cedu, v. Corte cost., nn. 348 e 349 del 2007, n. 224 del 2013, n. 80 del 2011 e n. 264 del 2012. Sul tema, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Interpretazione europeisticamente orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, cit., 3055. In senso critico, sul preteso carattere vincolante delle interpretazioni della Corte di Strasburgo, cfr. FERRUA, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, cit., 19.

⁶⁰ Così, Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca, in *Foro it.*, 2001, II, c. 335; Cass., Sez. un., 22 marzo 2005, Bracale, in *Cass. pen.*, 2005, 2814.

⁶¹ Il dato è riportato in CANZIO - LATTANZI, *Quando l'informazione disorienta*, in *Cass. pen.*, 2003, 2941.

⁶² I dati sono ricavati dall'Ufficio statistico della Corte di cassazione, secondo cui le cause di inammissibilità negli ultimi anni hanno sempre superato il 60% dei ricorsi. In particolare, il 68% nel 2002, il 63% nel 2004, 2005 e 2007, il 64% nel 2006, il 61% nel 2008, il 63% nel 2009, il 64% nel 2010, il 62% nel 2011, il 65,2% nel 2012, il 64,3% nel 2013 ed infine il 61% nel 2014 (dati questi confrontabili in www.cortedicassazione.it).

risprudenziali che possano ritenersi compatibili e benvenute nella misura in cui non si dimentichi che il giudice è soggetto diverso rispetto alla legge ed anzi è ad essa assoggettato⁶³.

Solo in tal modo la corretta nomofilachia non subisce le torsioni di una giurisprudenza legislatrice. Tale paventata realtà attiene alla patologia applicativa e non alla fisiologia ordinamentale. A ben vedere, il rispetto del precedente, così come delineato dall'art. 618 c.p.p. deriva dall'autorevolezza argomentativa e non da una formale forza di legge. Il vincolo è sostanziale e non discende da una qualsivoglia autorità formale. Prova ne è che ben può riproporsi il tema sollecitando le Sezioni unite ad una nuova pronuncia, verificandosi così la persistente persuasività in concreto dell'argomentazione⁶⁴. Il rilievo risulta condiviso dalla stessa Corte costituzionale laddove ha rilevato come le Sezioni unite, pur aspirando ad acquisire stabilità e generale seguito, si rivolgono a «connotati solo "tendenziali" in quanto basati su un'efficacia non cogente ma di tipo essenzialmente "persuasivo" con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica [...], mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a rivedere le loro posizioni anche su impulso della sezione singola, come in più occasioni è in fatto accaduto»⁶⁵.

7. Le esuberanze del formante giudiziario. Indipendentemente dalle problematiche di disciplina introdotte in tema di obbligo nomofilattico⁶⁶, quel che preme rilevare è il fatto che i segnali della giurisprudenza evidenziano forti straripamenti di potere con abbandono di un corretto metodo esegetico che dà luogo a dei veri e propri florilegi interpretativi di natura extra normativa. Quando si teorizza la necessità di «valorizzare l'intenzione del legislatore anche se tale intenzione non si identifichi con quella dell'organo o dell'ufficio che ha predisposto il testo», dovendola ricercare «nella volontà statale finalisticamente intesa»⁶⁷, si equipara la volontà statale al valore di un testa-

⁶³ Sul punto, cfr. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, cit., 650.

⁶⁴ Sul tema si rimanda alle argomentazioni di FERRAJOLI, *Contro la giustizia creativa*, cit., 27.

⁶⁵ Così, Corte cost., n. 230 del 2012.

⁶⁶ Si pensi alla necessaria esatta fissazione del principio di diritto e alle risposte sanzionatorie in presenza di violazione delle regole processuali della nomofilachia in ordine a cui sia consentito il rinvio a DINACCI, *Il difficile rapporto giudice legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, in *Cass. pen.*, 2019, 874.

⁶⁷ Così Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, cit.

mento che deve prevalere anche sull'eventuale diverso prodotto legislativo. In tal modo, però, si devia dall'obbligo di soggezione al formante legislativo. E la situazione appare ancora più rilevante ove si consideri che tale "criterio metodologico" interviene sugli elementi normativi di una fattispecie incriminatrice. E cioè sull'esistenza od inesistenza di quegli elementi che il consociato è chiamato a valutare per verificare se una condotta è lecita o addirittura criminale. Si stravolge in tal modo, a tacere d'altro, l'obbligo di prevedibilità ed accessibilità della legge⁶⁸. Il pericolo è quello di dare sfogo a forme di diritto libero le quali, se associate all'obbligo di un ordine nomofilattico, rischiano di produrre non solo esuberanze interpretative ma vere e proprie "oligarchie giudiziarie". Per convincersene basti pensare al ruolo assegnato dalle Sezioni unite alle decisioni dalle stesse adottate: «annuncio implicito di giurisprudenza futura»⁶⁹. La conclusione, oggi di fatto normativizzata, corre il rischio di autorizzare la giurisprudenza ad imboccare percorsi epistemologicamente non ortodossi attraverso progressive astrazioni del dato di legge, dimenticandosi il valore di garanzia dell'oggettività della norma giuridica. Quando infatti, mediante astrazioni generalizzate, l'interprete si allontana dal dato normativo tutto è possibile; il comando giuridico sbiadisce i suoi confini perdendo la forza precettiva della regola e quindi la sua capacità di porre limiti al potere confondendosi, così, il momento esegetico con quello normativo.

8. *Gli inquietanti approdi operativi della regola nomofilattica nel settore processual-civilistico.* A fronte di tale tendenza culturale, occorre ribadire senza riserve che la sovraordinazione della norma astratta, quale fondamento della correttezza di una giusta decisione, costituisce la sintassi dello Stato di diritto. In mancanza di tale elementare sintassi i poteri decisori risulterebbero assoluti o selvaggi. Si pensi all'evoluzione operativa della regola nomofilattica nel processo civile. In quella sede la regola del vincolo nomofilattico, tutelata da più tempo⁷⁰, ha condotto ad un "manifesto" giurisprudenziale il quale, pur dando atto della consapevolezza del valore portante dell'art. 101, co. 2, Cost. secondo cui il giudice non è soggetto alla legge ma "solo" alla legge, sembra pervenire a soluzioni giustificative non allineate a tale consapevolezza. Infatti, prendendosi spunto dalla struttura ternaria della norma costituita da un significato, un significante e da un giudizio di valore, si evidenzia come

⁶⁸ Cfr. Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, cit.; Id., Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, cit.

⁶⁹ In questi termini, Cass., Sez. un., 24 novembre 2016, n. 7697, A., in *Cass. pen.*, 2017, 4260.

⁷⁰ Cfr artt. 374, co. 3, 360 *bis* n. 1 e 363, co. 3, c.p.c., introdotti con le novelle del 2006-2009.

quest'ultimo, proteggendo “un dato bene-interesse”, è alla base della scelta legislativa della «meritevolezza della creazione di un congegno di protezione del bene stesso all'interno della collettività»⁷¹. Ed è proprio la relazione tra la norma ed il “valore” che la stessa veicola a far sì che l'enunciato normativo risulti «suscettibile di assumere una molteplicità di contenuti in relazione ed entro il limite dei significati resi possibili dalla plurivocità del significante testuale»⁷².

A parte il richiamo alla plurivocità del significante testuale, che sembrerebbe ancorare il manifesto interpretativo ad evenienze in cui la norma paia esprimere più significati, si precisa che proprio in ragione del fatto che la disposizione di legge denota una «tensione della collettività verso un bene della vita», l'interesse protetto, tutelato dal formante normativo, non può restare imprigionato «nella gabbia del testo della *regula iuris*», ma occorre, entro i limiti del segno linguistico utilizzato, adeguare l'interpretazione alla «valenza che l'interesse protetto nel tempo assume nella coscienza sociale». In sostanza, secondo le Sezioni unite, la regola giuridica non è un fenomeno “in sé auto-concluso”, ma una complessa architettura giuridica coordinata da postulati di “unitarietà e completezza”. Di qui il richiamo al fenomeno “oggettivo del diritto vivente”, che «per la sua complessità, esige la mediazione accertativa della giurisprudenza» la quale, pur disvelandolo, «non per questo lo crea»; pur affermandosi che il diritto vivente «esiste al momento – ma non (solo) per effetto – dell'interpretazione dei giudici»⁷³, si è indiscutibilmente al cospetto di un'argomentazione giudiziaria che vive di “spinte e contospinte”, attenta a manifestare rispetto per la separazione imposta tra il formante legislativo e le soluzioni giurisprudenziali, ma che di fatto assegna all'interpretazione del giudice il ruolo di “mediazione accertativa” del diritto vivente come estrapolazione di una regola giuridica alla luce dei diversi significati che l'originario testo di legge assumerebbe nella “coscienza sociale”. Ora, a prescindere dalla condivisibilità di un'interpretazione evolutiva fondata sulla “coscienza sociale”, non può sfuggire come di fatto, sia pure attraverso dette argomentazioni, l'organo nomofilattico assegni all'interpretazione del giudice un potere di determinazione o, quantomeno, di integrazione della norma giuridica. Ed è da rimarcare come tale attività di ermeneusi codificatoria si ritenga sostanzialmente

⁷¹ Così Cass. Civ., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Giur. cost.*, 2012, 3153.

⁷² Così ancora Cass. Civ., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, cit.

⁷³ Così ancora Cass. Civ., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, cit. Sul tema v. le puntuali considerazioni di DI CHIARA, *Laboratori giurisprudenziali di legittimità, flussi nomofilattici e «isole nella corrente»: il coagulo di una nuova sintassi nei rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni unite*, cit., 261.

funzione nomofilattica affidata dall'ordinamento alla Corte regolatrice. Del resto, che questa sia la reale ideologia dell'interpretazione imposta dalla nomofilachia emerge con chiarezza dalla codificazione di una preclusione o decadenza derivante non già dal testo di legge ma "dall'*overruling* giurisprudenziale"; preclusione o decadenza da escludersi solo nei confronti della parte «che abbia confidato incolpevolmente, cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell'arresto nomofilattico correttivo (da verificarsi in concreto), nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo. Ne consegue ulteriormente che, in siffatta evenienza, lo strumento processuale tramite il quale realizzare la tutela della parte va modulato in correlazione alla peculiarità delle situazioni processuali interessate dall'*overruling*»⁷⁴. Il *dictum* evidenzia un'opzione interpretativa secondo cui le modifiche giurisprudenziali non assolvono ad una funzione meramente dichiarativa⁷⁵. E, del resto, con successivo pronunciato, le Sezioni unite civili sembrano uscire allo scoperto laddove affermano che «l'interpretazione nomofilattica è da considerarsi alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche»⁷⁶. E, pur ribadendosi la necessaria funzione di aggiornamento e/o adattamento delle norme, si riconosce che tale attività possa condurre a "profili in certa misura creativi" anche se non si manca di avvertire che «la creatività dell'interpretazione giurisprudenziale deve interpellare il senso di misura e soprattutto il senso di responsabilità dell'interprete dovendo [...] essere considerati i parametri di "giustizia" del processo - prima ancora che delle singole regole che lo informano - intesa quale valore tendenzialmente condiviso»⁷⁷.

Emerge ancora una volta la difficoltà argomentativa causata dal tentativo di mascherare l'attribuzione di ruoli diversi da quelli interpretativi, pronunciando con le labbra il rispetto della soggezione del giudice soltanto alla legge ma con l'animo diretto a consentire indebite forme di espansionismo dell'argomentazione giudiziaria. In tale prospettiva ideologica non è casuale il richiamo al "senso di responsabilità dell'interprete". Non ci si affida al volere cogente del comando giuridico ma alla capacità dell'uomo di trovare soluzioni "illuminate" che garantiscano la "giustizia" del processo anche al di là delle

⁷⁴ Così Cass. civ., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, cit.

⁷⁵ Sull'argomento cfr. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «interned addicted» e pure «veggente»*, in *Giur. Cost.*, 2012, 4, 3166.

⁷⁶ Cass. civ., Sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675, in *Giust. civ. Massim.*, rv. 632845.

⁷⁷ Così ancora Cass. civ., Sez. un., 6 novembre 2014, cit.

“singole regole che lo informano”⁷⁸.

Una tale prospettiva programmatica desta perplessità sulla tenuta del sistema con riferimento al principio di legalità. L’argomento è sicuramente scivoloso, i confini tra interpretazione e integrazione o creazione delle norme sono estremamente labili, ma non si possono rischiare patologie applicative dove il comando del giudice si sostituisce a quello della legge. E ciò tanto più in un settore dove non solo l’organizzazione giudiziaria ma pure il «miglioramento dello svolgimento complessivo della funzione nomofilattica [...] tenendo conto anche della giurisprudenza e dell’esperienza maturata in altre giurisdizioni» è affidata a forme di *soft law* intrinsecamente sottratte a quella riserva di legge su cui poggia il principio di legalità⁷⁹.

9. *Le pericolose défaillances nel settore penalistico*. La tendenza a disciplinare alcuni settori del procedimento attraverso circolari emanate dai cc.dd. Capi degli uffici era purtroppo cosa nota⁸⁰; quel che tuttavia costituisce una novità assoluta è la pretesa di orientare l’applicazione del dato normativo sulla base di meri accordi organizzativi intervenuti tra rappresentanti delle varie categorie del mondo giudiziario⁸¹. La situazione appare ancor più rilevante nella misura in cui il campo di incidenza dei menzionati accordi organizzativi si inseri-

⁷⁸ Sulle delicate tematiche si rimanda ai pregevoli studi di IRTI, *Sulla relazione logica di conformità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1539; cfr. altresì ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, *ivi*, 2014, 987; DE FELICE, *Su probabilità, «precedente» e calcolabilità giuridica*, *ivi*, 2017, 1546.

⁷⁹ Cfr. Memorandum sottoscritto il 15 maggio 2017 dai vertici della Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei Conti, nonché dai Procuratori Generali della Cassazione e della Corte dei Conti, in *Foro it.*, V, 2018, 57.

⁸⁰ Si pensi, con riferimento ai criteri di priorità, alla c.d. Circolare Zagreblesky, il cui testo è riportato in *Cass. pen.*, 1991, 362 s., in base alla quale i procedimenti venivano suddivisi, secondo un ordine decrescente di priorità, in tre categorie: quelli nei quali siano state adottate misure cautelari personali o reali; quelli relativi a reati da ritenere gravi, in base alla personalità dell’indagato, alla lesione subita dall’interesse penalmente protetto, alla reiterazione della condotta, al danno (patrimoniale e non) cagionato e non risarcito o altrimenti rimosso; quelli residui. Tale circolare, adottata sulla base dei poteri conferiti dall’art. 70, comma 3, ord. giud. al capo dell’ufficio, era stata preceduta da quella a firma congiunta del Presidente e del Procuratore generale presso la Corte d’appello di Torino (in *Cass. pen.*, 1989, 1616 s.), con la quale si manifestava il convincimento che occorresse «un filtro scrupoloso delle priorità da assegnare ai singoli processi (...)».

Nella stessa direzione si muove anche la Circolare adottata dal Procuratore della Repubblica di Torino il 10 marzo 2007, che suscitò vivaci reazioni da parte dell’Unione della Camere penali italiane e fu oggetto di interrogazioni parlamentari. Sul tema cfr. MANNUCCI PACINI, *L’organizzazione della Procura della Repubblica di Torino: criteri di priorità o esercizio discrezionale dell’azione penale?*, in *Quest. giust.*, 2000, 175.

⁸¹ Il riferimento è al Protocollo d’intesa tra la Corte di cassazione ed il Consiglio Nazionale Forense sulle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia penale, sottoscritto il 17 dicembre 2015.

sce nel settore penalistico, certamente più sensibile di altri al rispetto del principio di legalità. Come se non bastasse, il campo specifico di intervento della *soft law* riguarda un settore, quello delle impugnazioni, assoggettato ad un regime di tassatività⁸².

Pertanto, l'idea di voler intervenire attraverso fonti diverse dalla legge nella disciplina di una "materia" che non può esistere al di fuori di una specifica previsione che ne regola i casi ed i modi è, già di per sé, un'operazione non consentita.; ciò ancor di più laddove viene finalizzata a ridurre il sistema dei controlli sulla decisione anche a dispetto del diritto al ricorso per Cassazione tutelato dalla Carta dei valori. Ed è proprio ciò che accade quando la Cassazione, nel dichiarare inammissibile il ricorso a causa di una tecnica espositiva dei motivi «ridondante e caotica», ne rileva la genericità, precisando che tale conclusione è ricavabile dal «Protocollo d'intesa tra Corte di cassazione e Consiglio Nazionale Forense sulle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia penale»⁸³. Ma, quel che più rileva è il fatto che in sede nomofilattica si precisa come il menzionato Protocollo costituisca «uno strumento esplicativo del dato normativo dettato dall'art. 606 c.p.p.»⁸⁴.

In tal modo, volendo utilizzare un linguaggio sindacale, l'accordo di "categoria" integra ed implementa il dato di legge. Coerentemente a tale metodo, si è arrivati a rilevare l'aspecificità dei motivi, con conseguente inammissibilità del ricorso, ogniqualvolta gli stessi siano devoluti con una promiscua mescolanza e, quindi, in contrasto con il Protocollo d'intesa, laddove prevede che «i vizi di legittimità devono essere esposti distinguendo le singole doglianze con riferimento ai casi dell'art. 606 c.p.p.»⁸⁵. Può anche darsi che, nel caso di specie, la redazione dei motivi di ricorso non fosse delle migliori, ma il dato che qui interessa è la costruzione di una causa di inammissibilità dell'impugnazione in forza non di un'espressa previsione normativa, bensì di un mero accordo definito «strumento esplicativo del dato di legge»⁸⁶. In sostanza, in un processo per natura indisponibile ed in una "materia" assoggettata al principio di tassatività si ritiene che gli "accordi negoziali di categoria" possano rappresentare la base per dichiarare l'inammissibilità del ricorso. Così, però, si apre la stra-

⁸² Sul tema, cfr. i rilievi di MAZZA, *La nuova cultura dell'inammissibilità fra paradossi e finzioni legislative*, in *Inammissibilità: sanzione o dellazione?*, Atti del convegno di Roma 19-20 maggio 2017, Milano, 2018, 59; LA ROCCA, *Inammissibilità cedevole e favor impugnationis offuscato*, in *questa Rivista*, 2018, n. 3, 7.

⁸³ Cfr. Cass., Sez. II, 20 settembre 2018, n. 57737, in *Mass. Uff.*, n. 274471.

⁸⁴ Così, ancora, Cass., Sez. II, 20 settembre 2018, n. 57737, cit.

⁸⁵ In tal senso, Cass., Sez. II, 19 settembre 2019, n. 38676, inedita.

⁸⁶ L'espressione è di Cass., Sez. II, 20 settembre 2018, n. 57737, cit.

da ad un “diritto libero”, del tutto incompatibile col dovere di osservanza del principio di legalità.

10. *Conclusioni.* In conclusione, la “spinta” legislativa verso una regola processuale della nomofilachia è condivisibile nella misura in cui non apra l’accesso al diritto giurisprudenziale. Se la nomofilachia consente la uguaglianza processuale e la prevedibilità delle decisioni occorre evitare momenti “espansivi” dell’argomentazione giudiziaria. E qui gioca un ruolo fondamentale l’osservanza del principio di legalità, il quale però è messo in difficoltà dalla crisi del concetto di fattispecie. I motivi di tale realtà sono vari e vanno dall’indeterminatezza linguistica dei sintagmi normativi da cui deriva un impoverimento delle fattispecie ad una struttura multilivello degli ordinamenti e, per finire, ad atteggiamenti culturali del giudice, restio ad accettare che è cosa altra se non contrapposta rispetto alla legge⁸⁷. Il tema di fondo è la difficile comprensione che il processo è potere, ma è soprattutto limite; ed anzi, i due sostantivi costituiscono un’endiadi soltanto per la povertà che caratterizza il linguaggio⁸⁸. In tale prospettiva conservano grande attualità le parole di chi ammoniva sul fatto che «nomofilachia vuol pure dire rispetto dell’uguaglianza attraverso la fedele applicazione della legge»⁸⁹.

Ed è proprio nel richiamo alla «fedele applicazione della legge» che si coglie la subordinazione del momento interpretativo rispetto a quello legislativo. Sul punto è bene ricordare che «le massime di decisione non sono norme giuridiche» e quindi non possono essere qualificate come “fonte di diritto”⁹⁰. Monito questo, tanto più necessario alla luce dell’evoluzione operativa del principio nomofilattico nel processo civile. In quella sede le Sezioni unite, come si è visto, sono arrivate ad assegnare alla interpretazione giurisprudenziale un valore normativo. Addirittura si è posto a carico della parte l’onere di prevedibilità di una modifica dell’indirizzo giurisprudenziale precisandosi che «deve escludersi l’operatività della preclusione o della decadenza derivante dall’*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell’arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale,

⁸⁷ In genere, sul tema, con particolare riguardo alla struttura di ordinamenti multilivello, cfr. FERRAJOLI, *Contro la giustizia creativa*, cit., 15.

⁸⁸ Così, NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., c. 642.

⁸⁹ Si rimanda agli insegnamenti di CONSO, *Ruolo e funzioni della Corte di cassazione*, cit., 18.

⁹⁰ Così, BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., 861.

aveva comunque creato l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo»⁹¹. La conclusione genera allarmi tanto più rilevanti ove si consideri che si è in presenza di una pratica operativa dell'accentuazione del principio nomofilattico molto simile a quella introdotta nel novellato art. 618 c.p.p. Ed allora non possono nascondersi preoccupazioni derivanti da una possibile applicazione patologica della regola. Il pericolo da scongiurare è quello di dare sfogo a "libertinaggi interpretativi"⁹² che risulterebbero ancora più pregiudizievoli se coadiuvati dal ricorso a fonti di *soft law* distinte e distanti dal dato di legge. E sul punto, come si è visto, si registrano pericolose prese di posizione giurisprudenziali che valorizzano, quali esplicazioni del dato normativo, accordi di categoria sulle modalità formali di redazione dei ricorsi⁹³. Far derivare dalla violazione di tali accordi l'inammissibilità del ricorso è operazione ermeneuticamente non consentita; e ciò anche in considerazione del fatto che si verte in materia presidiata dalla tassatività. La realtà è che attraverso tale presa di posizione giurisprudenziale si rischia di sovvertire il principio del *favor impugnationis* di cui è permeato l'ordinamento.

Non deve sfuggire che se a tali realtà pseudo-interpretative si attribuisce il valore di regola processuale della nomofilachia, si apre al rischio di un diritto sottratto al volere cogente della legge e quindi incontrollabile.

La situazione può divenire esplosiva anche in considerazione del fatto che il legislatore non ha inteso disciplinare, con espressa previsione di sanzioni di garanzia o di rimedi straordinari, l'evenienza in cui il principio nomofilattico venga espresso al di fuori delle specifiche funzioni individuate dal perimetro posto a fondamento dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite. In sostanza, quel perimetro attribuisce le "funzioni" per l'enunciazione nomofilattica da cui scaturisce la regola processuale del vincolo negativo di una decisione difforme; pertanto, l'indebito utilizzo di quelle funzioni non può costituire un fatto neutro per l'ordinamento⁹⁴. Situazione questa che solo a certe condizioni potrebbe sfociare in una violazione dell'art. 6 della Convenzione EDU, con conseguente revisione processuale⁹⁵. E, forse, anche in ragione di

⁹¹ In questi termini, Cass., Sez. Un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, cit. Per una critica a tale impostazione, si rimanda a CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato "internet-addicted" e pure "veggente"*, cit., 3166.

⁹² L'espressione è di GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, 317.

⁹³ Cfr. Cass., Sez. II, 19 settembre 2019, n. 38676, cit. e Cass., Sez. II, 20 settembre 2018, n. 57737, cit.

⁹⁴ Non essendo possibile soffermarsi sul tema specifico, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Il difficile rapporto giudice legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, cit., 885.

⁹⁵ V. Corte cost., n. 113 del 2011, cit. In sede europea, per l'affermazione che la mancata tutela nomofilattica comporta violazione dell'art. 6 Cedu v. Corte EDU, 2 gennaio 2011, Nejdet Dahin e Perihan

tale prospettiva, sarebbe *de iure condendo* auspicabile la previsione di un rimedio straordinario espresso⁹⁶.

Ora, al di là di ogni ulteriore considerazione, l'opzione verso una tensione rafforzata della nomofilachia sul piano del diritto astratto ha una sua logica; quello che si teme sono le inadeguate risposte operative⁹⁷. E, in tale contesto, occorre prendere atto che la riuscita di tale riforma sarà determinata dalla correttezza della comportamentistica processuale; contesto questo, in cui il ruolo di "controllo" della dottrina e degli operatori assumerà importanza fondamentale. Il giurista sarà chiamato a segnalare la presenza di eventuali poteri extragiuridici, assolvendo ad un compito di garanzia sociale che si compendia nell'azione di «tutti per assicurare a ciascuno il godimento e la conservazione dei suoi diritti»⁹⁸. Si tratta di un'esplicitazione normativa di quella «lotta per il diritto» intesa come dovere della persona verso se stessa e, al tempo, verso la comunità⁹⁹.

Sahin c. Turchia, cit.; Id., 19 maggio 2015, Parrocchia greco-ortodossa di Lupenti e altri c. Romania, cit.

⁹⁶ Si potrebbe ampliare l'ambito operativo del ricorso straordinario.

⁹⁷ Basti pensare al manifesto interpretativo evocato da Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, cit.

⁹⁸ In tal senso l'art. 23 della Costituzione francese del 1793.

⁹⁹ Sul tema si rimanda a JHERING, *La lotta per il diritto*, 1872, Traduzione italiana di R. Mariano, Laterza, Bari, 1960, III, 70.