

La nomofilachia tra legge e giudice¹

di Angelo Pellino

presidente di sezione della Corte d'appello di Palermo

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** L'idea di nomofilachia come concetto normativo: riferimenti diacronici. – **3.** Tra Costituzione e fonti sovranazionali. – **4.** Le misure di rafforzamento (indiretto). – **5.** La prospettiva del giudice di merito. – **6.** Cosa è cambiato, rispetto al precedente assetto. Una nomofilachia corale e partecipata. – **7.** I dubbi di costituzionalità: questioni superate – **8.** Le caratteristiche dell'obbligo di rimessione del ricorso alle SS.UU. e la sua effettività. La condivisione culturale del valore del precedente. – **9.** L'efficacia rafforzata dei principi di diritto enunciati dalle SS.UU. e la loro estensione (questioni pregiudiziali e consequenziali). Esempificazione – **10.** I criteri discretivi del principio di diritto di valenza nomofilattica. Le connessioni e implicazioni con la questione principale. – **11.** Le questioni di diritto "ordinarie" o "comuni", devolute con la rimessione del ricorso (o con l'assegnazione originaria): i due orientamenti. Critica: nessuna possibilità di distinzione ai fini della speciale autorità del principio di diritto vincolante ai sensi dell'art. 618, comma 1-bis – **12.** Il vero problema: il contrasto dissimulato – **13.** Una conclusione sostenibile.

1. Premessa

E' innegabile che vi sia tensione tra nomofilachia e indipendenza del giudice; ma è una tensione di tipo dialettico.

Alla nomofilachia, declinata come concetto normativo e principio generale dell'ordinamento vigente, si attribuisce essenzialmente la funzione di "orientare" la giurisprudenza per dare effettività ai principi di uguaglianza e certezza del diritto, attraverso l'elaborazione di uniformi interpretazioni delle leggi, così prevenendo o componendo contrasti interpretativi che possano generare, in casi analoghi, decisioni che, essendo difformi e incoerenti tra loro, disorientino i consociati.

Come tale essa ha bisogno dell'indipendenza del giudice (in senso funzionale, ex art. 101, comma 2, Cost.), almeno quanto l'indipendenza funzionale del giudice ha bisogno della nomofilachia².

¹ Relazione di Angelo Pellino, presidente Corte d'Assise d'Appello di Palermo, al corso su "La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione nel dialogo con la giurisprudenza di merito", organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura-Formazione Decentrata, Palermo, 21 marzo 2024.

² L'indipendenza del giudice è, in senso lato, una prerogativa funzionale perché fatta di tanti tasselli oggetto di specifica previsione costituzionale che nel loro insieme servono a metterlo in condizione di esercitare le funzioni che si addicono alla giurisdizione, e cioè soddisfare la domanda di giustizia attraverso le regole del giusto processo (art. 111, comm1-6), e quindi applicando la legge in modo imparziale ed equidistanze, non avendo altro interesse da perseguire che quello generale della collettività all'attuazione del diritto oggettivo. Alcuni dei tasselli predetti (come l'accesso in magistratura solo per concorso pubblico (art. 106, comma 1 Cost.); o la garanzia dell'inamovibilità (ai sensi e nei limiti di cui all'art. 107, comma 1, Cost.); o il principio che i "magistrati si distinguono fra loro solo per diversità di funzioni" (art. 107, comma 3 Cost.); e la stessa istituzione del C.S.M. come organo di "autogoverno" della magistratura, a garanzia della sua costituzione in ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere (art. 104, Cost.), grazie alle attribuzioni conferite allo stesso C.S.M. dall'art. 105 Cost.), attengono però allo status del magistrato. L'indipendenza è invece una prerogativa funzionale in senso stretto, in quanto inerisca in modo diretto e immediato all'esercizio delle funzioni giurisdizionali, e quindi agli organi che ne sono investiti, e di cui il singolo magistrato faccia parte (anche se nel caso di organo monocratico v'è immedesimazione). Ma la funzione che le compendia tutte è l'applicazione della legge. E poiché la legge, per essere applicata al caso concreto, deve essere previamente interpretata, ecco che l'indipendenza funzionale si traduce nel garantire l'autonomia delle valutazioni che competono al giudice – inteso come organo –, per tutto ciò che attiene all'interpretazione delle disposizioni legge che è chiamato ad applicare, preservandola da ogni interferenza di altri organi o soggetti, sia esterni che interni all'organizzazione giudiziaria che pretendano di condizionarlo o influenzarlo nell'esercizio della sua discrezionalità interpretativa. Questo e non altro è il significato implicito nella solenne enunciazione che "il

Il secondo termine dell'equazione è di più intuitiva evidenza.

Lo scadimento qualitativo del prodotto legislativo, sempre più spesso confezionato in testi oscuri e contorti; la necessità di rincorrere la bulimia riformatrice o anche solo regolativa del legislatore che impedisce la maturazione e la sedimentazione di orientamenti interpretativi più meditati in senso alla stessa giurisprudenza di merito e rende difficoltosa persino l'individuazione di norme sempre più microsettoriali e sganciate dalla centralità dei codici; e la crescente difficoltà di orientarsi nei meandri di un sistema sempre più multilivello, perché contrassegnato dall'intersecarsi del diritto oggettivo nazionale con fonti sovranazionali (come la legalità convenzionale di matrice CEDU o l'ordinamento comunitario dell'UE) in cui a farla da padrone è il diritto giurisprudenziale, assai più che i testi normativi, e la difficoltà preliminare è quella di individuare, prima che la norma, l'ordinamento nell'ambito del quale rinvenire e ricucire il quadro normativo di riferimento: tutti questi fattori fanno comprendere quanto il giudice di merito avverta il bisogno di poter contare su una guida sicura e autorevole che "orienti" le proprie opzioni interpretative e la ricerca di soluzioni che senza fare torto alle peculiarità del caso possano ritenersi rispettose della legge.

Ma un esercizio responsabile delle proprie funzioni impone al giudice-interprete di non rivolgersi alla giurisprudenza di legittimità come ad una sorte di Google store da cui scaricare la massima più confacente al caso, ovvero, come scorciatoia per semplificare la decisione ed anche la stesura della motivazione e abbreviarne i tempi; tanto meno per affrancarsi dalla fatica di dover interpretare un dettato normativo oscuro o lasco per deficit di determinatezza o più semplicemente di controversa interpretazione.

Lo studio dei "precedenti di legittimità", quando non si riducano alla mera lettura delle massime, costituisce per il giudice di merito un indefettibile termine di riferimento e di raffronto per misurare la validità delle conclusioni cui è pervenuto, almeno quante volte esse postulino la soluzione di specifiche questioni di diritto, legate all'individuazione delle fonti normative o all'interpretazione di testi normativi. Soprattutto se si tratta di questioni inedite o di aspetti suggeriti dalle peculiarità del caso concreto e non considerati nelle pronunce con le quali è stato enunciato dall'organo nomofilattico un principio di diritto che appare pertinente al caso da decidere.

Ma anche la nomofilachia ha bisogno di un giudice che non abdichi al suo ruolo di interprete della legge, per poter continuare a svolgere la funzione che l'ordinamento (art. 65, r.d.30 gennaio 1941, n. 12) le assegna. Se non vi fosse più alcuna autonomia nell'attività interpretativa quotidianamente intrapresa dai giudici di merito su sollecitazione delle parti, non vi sarebbe più alcunché da "orientare".

D'altra parte, l'organo nomofilattico può confidare di avere concorso all'attuazione dell'ordinamento, assicurando l'unità del diritto oggettivo attraverso l'uniforme interpretazione della legge, solo se l'allineamento della giurisprudenza di merito alle interpretazioni prospettate nei precedenti di legittimità sia frutto di un'adesione critica, perché consapevole e convinta. Tale, insomma, da introiettare il principio di diritto enunciato dall'organo nomofilattico nei convincimenti e quindi negli orientamenti "motivati" della giurisprudenza di merito.

Un allineamento codino o dettato da conformismo o anche solo da pigrizia intellettuale impedirebbe di testare l'effettiva validità del principio di diritto oppure ne occulterebbe latenti crepe e incongruenze che solo una coraggiosa opera di revisione critica potrebbe portare alla luce.

Una tensione dialettica, dunque, quella che associa nomofilachia e indipendenza funzionale del giudice. Senza con ciò nascondere che momenti di attrito e sofferenza possono registrarsi, in particolare, nell'area del controllo di logicità della motivazione (che però non è, forse, la sede più naturale di esercizio della nomofilachia), per la sua estrema prossimità, nel processo penale più che in quello civile, alla ricostruzione del fatto e alla valutazione delle fonti di prova e la conseguente

giudice è soggetto soltanto alla legge" (art. 101, comma 2 Cost.), e complementare al dovere del giudice di non sostituirsi, con il pretesto della libertà di interpretazione - che infatti deve intendersi più esattamente come discrezionalità dell'esercizio del potere-dovere di interpretare la legge - alla voluntas legis.

difficoltà di evitare sconfinamenti nel merito; o, almeno, per la percezione che il giudice di merito possa averne (incluso il giudice del rinvio).

E nella prospettiva del diritto penale possono insinuarsi altri elementi di frizione.

Nel settore del diritto penale (sostanziale) vige o dovrebbe imperare la più rigorosa osservanza del principio di legalità, in un'estensione persino più ampia rispetto all'orizzonte comune alla visione delle Corti sovranazionali, in quanto tale da abbracciare ogni aspetto e momento attinente alla sfera della punibilità: incluse le misure relative alla esecuzione della pena, quando abbiano un contenuto afflittivo e impattino in libertà fondamentali; o la prescrizione, che incide sulla durata dello stato di soggezione del cittadino alla potestà punitiva dello Stato³. E la rigorosa osservanza del principio di legalità non risparmia ovviamente i suoi corollari, che nel diritto penale si traducono nei principi della riserva di legge, della determinatezza della fattispecie, della tassatività delle fattispecie di reato, che si lega alla tipicità del fatto costitutivo e al divieto di analogia, e dell'irretroattività, integrata, quest'ultima, dal principio della prevalenza dello *ius mitior*, nei limiti sanciti dall'art. 2 cod. pen.

E ciò vale sia per i corollari che si rivolgono più direttamente al legislatore (come la determinatezza e la riserva di legge) sia per quelli più specificamente rivolti al giudice (come la tassatività/divieto di analogia) sia per quelli, come il principio di irretroattività, che si rivolgono tanto al legislatore che al giudice. Con la conseguenza che dovrebbe discenderne un robusto argine contro l'invasione del diritto giurisprudenziale o almeno di quella sua mutazione genetica che è il creatività giudiziario.

Ecco perché, nella prospettiva del diritto penale, appaiono, se non più evidenti, comunque più insidiose, alcune contraddizioni insite nel concetto stesso di nomofilachia.

In particolare, l'accresciuto risalto della funzione nomofilattica con il rafforzamento dell'efficacia delle pronunzie emesse, nell'esercizio di tale funzione, dalle SS.UU., potrebbe ammiccare all'impetuosa crescita del diritto giurisprudenziale nel momento stesso in cui si prefigge di governarlo o arginarlo, elaborando, più che indirizzi interpretativi chiari e univoci, precisi principi di diritto, nel segno di una pretesa ortodossia normativa, da un lato; ma, dall'altro, e al contempo, si propone essa stessa come fonte di diritto giurisprudenziale. E non una tra le altre, ma come la più autorevole e qualificata a proporsi come fonte performante del diritto vivente.

Non è un esito inevitabile e tanto meno un esito conclamato. Ma è un rischio da tenere presente nell'esercizio di questa delicatissima funzione.

Più in generale, la cifra che riassume e compendia la natura e lo stato di questo rapporto, ma anche i valori sottesi alla nomofilachia, si coglie al di fuori di ciascuno dei due poli tematici, nel contesto politico-culturale in cui la *liason* si dipana.

Sotto questo profilo, tra i tanti approcci al tema – ve ne può essere anche uno di tipo squisitamente organizzativo – è preferibile quello storico, che dà conto dell'imponente evoluzione dell'idea stessa di nomofilachia, come concetto normativo e principio giuridico.

2. L'idea di nomofilachia come concetto normativo: riferimenti diacronici.

Decreto 27 novembre 1790: nel pieno della rivoluzione francese e alla vigilia della stagione del terrore giacobino viene istituito il Tribunal de Cassation, con il compito di assicurare che le Corti di merito non venissero meno al compito del giudice di farsi solo bocca della legge. In pratica un organo di controllo volto a sanzionare ogni possibile autonomia interpretativa dei giudici di merito. E' la risposta che la Rivoluzione francese offre al problema di dare effettività al principio di

³ C.cost. 6 luglio 2021, n. 140 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 83, comma 9 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con modif. nella L. 24 aprile 2020, n. 27, nella parte in cui prevede la sospensione del corso della prescrizione per il tempo in cui i procedimenti sono rinviati ai sensi del precedente comma 7, lett. g) e in ogni caso non oltre il 30 giugno 2020, stigmatizzando il deficit di determinatezza e quindi l'incertezza che ne deriverebbe in ordine alla durata del termine di prescrizione.

uguaglianza (inteso come isonomia): viene bandita l'attività interpretativa, secondo un disegno utopico (ma dovremmo dire anche distopico se si pensa ai progetti di introduzione di procedure e dispositivi di A.I per predisporre il contenuto delle decisioni giudiziali). E il controllo di legalità delle sentenze è concepito come strumento di controllo dell'operato dei giudici per sanzionare ogni eventuale dissenso.

Art. 73 dello Statuto Albertino: «*L'interpretazione delle leggi in modo obbligatorio per tutti spetta esclusivamente al potere legislativo*». Si connota per l'evidente accentuazione del profilo dell'obbligatorietà (l'interpretazione vincolante per tutti) piuttosto che sul profilo dell'uguaglianza (l'interpretazione autentica, sancita per legge, vale per tutti, ma non esclude che la legge sancisca trattamenti diseguali per i sudditi. Però, a contrario, se ne inferisce che solo l'interpretazione autentica, che è riservata al potere legislativo e quindi può essere sancita solo dalla legge, è obbligatoria per tutti, facendo salva l'interpretazione giurisprudenziale almeno quando si muova al di fuori della gabbia di un'interpretazione autentica).

Art. 122, r.d. n. 2626 del 1865: attribuiva alla Suprema Corte il compito di assicurare «*l'esatta osservanza della legge*». Nessun accenno all'esigenza di un'interpretazione uniforme. Si mantiene il modello della Corte Suprema come organo di controllo della legittimità dell'operato dei giudici. Ma non è intraneo a tale compito il farsi carico di assicurare che le soluzioni adottate per le questioni di diritto (che sono di regola questioni di interpretazione della legge) decise dalla Suprema Corte fossero coerenti tra loro e frutto di un'interpretazione uniforme, così da assicurare la coerenza e la stabilità dell'intero sistema. Né poteva essere altrimenti, in un sistema che prevedeva ben 4 Corti Supreme, a competenza regionale (Torino, Firenze, Napoli e Palermo), cui nel 1875 si aggiungerà la Corte di Cassazione istituita a Roma con competenza esclusiva extraterritoriale molto limitata e concernente fondamentalmente i procedimenti disciplinari a carico dei magistrati e il regolamento dei conflitti di attribuzione e di competenza. E per di più il sistema non prevedeva neppure l'obbligo per il giudice di rinvio di uniformarsi alla sentenza della Corte di cassazione per tutto ciò che concerne le questioni di diritto con essa decise.

R.D. 24 marzo 1923, n. 601: abolisce le 4 Corti "regionali", con effetto dal 1° novembre 1923 e assegna alla Corte di Cassazione con sede in Roma il ruolo di unica Corte Suprema. Con effetto dalla stessa data, entra in vigore una norma ad personam (o contra personam: art. 3, secondo comma r.d. 3 maggio 1923, n. 1028) che mette a riposo d'ufficio tutti i primi presidenti e i procuratori generali non solo delle Corti soppresse ma pure di quella romana (sbarrando la strada ai due magistrati più titolati per ricoprire tali incarichi; Lodovico MORTARA e Raffaele DE NOTARISTEFANI (noto antifascista) entrambi sgraditi al regime).

R.D. 30 dicembre 1923, n. 2786: riproduce la formula del previgente art. 122, con la sola aggiunta che la Suprema Corte con sede a Roma «*è unica per tutto il regno*». Nessun accenno alla funzione nomofilattica, che però la Corte Suprema quale organo unico era, a questo punto, naturalmente destinata a svolgere. Ma non è questa la finalità dell'accentramento in unico organo del potere di controllo della corretta osservanza della legge da parte dei giudici di merito, anche perché è ancora prevalente la concezione che il controllo di legittimità fa della Suprema Corte l'organo giurisdizionale di ultima istanza deputata ad avere l'ultima parola su chi ha torto e chi ha ragione (con prevalenza degli aspetti inerenti allo *ius litigatoris*, rispetto al c.d. *ius constitutionis*, per cui il principio di diritto enunciato nel caso deciso serve a chiudere la vicenda, piuttosto che a orientare le decisioni future).

Ma già in quell'assetto normativo è evidente che le due funzioni ben difficilmente possono essere disgiunte. Infatti, nell'assicurare l'osservanza della legge, garantisce – a beneficio dell'ordinamento e delle parti – che le decisioni dei giudici siano rispettose della legge e non ne concretino la violazione. In questo senso essa guarda al passato, cioè a come i giudici hanno applicato (e quindi, previamente interpretato) la legge nel caso concreto rimesso alla cognizione della Suprema Corte.

Ma nell'adempiere a tale compito più specificamente giudiziale (e cioè emettere una decisione definitiva, con autorità di giudicato) attraverso l'enunciazione del principio di diritto che andava osservato nel caso di specie, offre una guida autorevole e unitaria a tutti i giudici che in futuro dovessero imbattersi nella medesima questione, come pure alle parti e ai loro difensori.

Art. 65, primo comma, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 Ordinamento giudiziario (tuttora in vigore): «La corte suprema 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 attribuzione ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge».

E' una disposizione molto densa dal punto di vista tecnico giuridico, perché compendia le due anime della funzione del giudizio di legittimità, che è e non può che essere l'ultima istanza a disposizione delle parti per far valere le proprie ragioni, ma al contempo guarda oltre il caso in decisione, assicurando che la legge sia interpretata in modo uniforme, ossia che in casi futuri i giudici di merito si uniformino al principio di diritto. Ma l'autorità di giudicato che si riconosce alle decisioni della Suprema Corte non ha una forza diversa da quelle di una decisione che, sebbene emessa da giudici o Corti di rango inferiore, divengano irrevocabili: essa si dispiega in tutta la sua pienezza solo nei limiti della controversia irrevocabilmente decisa (con possibilità di un'appendice nel caso di annullamento con rinvio). Ma, a differenza delle decisioni emesse dai giudici di merito, non si può affermare che non abbia alcuna efficacia nei riguardi delle decisioni future, perché altrimenti non si vede come potrebbe adempiere alla funzione che la legge le assegna di assicurare l'unità oggettiva del diritto nazionale: E tale formula, unitamente all'esplicitazione per la prima volta della funzione nomofilattica (assicura... l'uniforme interpretazione della legge...) è il dato di sostanziale novità rispetto alle formule precedenti (art. 122, r.d. 2626 del 1865; e art. 61, r.d. n. 2786 del 1923). Ne dà conto un passaggio illuminante della relazione ministeriale al r.d. 12/41: «*La menzione dell'unità del diritto oggettivo nazionale, che la nuova formula sostiene, pone in rilievo in modo particolare l'importanza delle decisioni della Corte suprema, le quali non hanno naturalmente valore normativo, poiché, come ogni pronuncia giurisdizionale, non possono che affermare la volontà della legge nel caso concreto; tuttavia è certo che la giurisprudenza della Corte stessa serve di guida costante alle Magistrature inferiori, ed ha quindi un valore esegetico che, se non è quello della interpretazione autentica, molto a questa si avvicina*».

Viene qui esemplarmente descritta l'efficacia vincolante del "precedente di legittimità": che si dispiega tutta sul terreno dell'esegesi della norma, scaturendone l'obbligo per il giudice di merito di prenderne cognizione e confrontarsi con essa. E se non lo fa, o comunque se ne discosta senza adeguata motivazione, deve presumersi, fino ad evidenza contraria, che la sua decisione sia viziata da violazione di legge, nel senso che è *ragionevole presumere* che, discostandosi dal principio di diritto enunciato dall'organo nomofilattico, egli abbia sposato un'interpretazione non corretta. E' fatta salva la possibilità che, sebbene potenzialmente viziata, la decisione di merito divenga irrevocabile, per mancata impugnazione. Così come è possibile che il giudice di merito dia persuasivamente conto di ragioni valide che giustifichino la disapplicazione del principio di diritto nel caso di specie o addirittura la necessità di una sua reiezione: ma queste ragioni, prima che se ne possa ricavare l'effettivo superamento del principio di diritto enunciato dall'organo nomofilattico o la legittimità della sua disapplicazione con effetti sulle future decisioni (nel senso che queste ultime possano essere affrancate dall'obbligo di uniformarsi alle statuizioni della S.C., in ipotesi superabili e superate) dovranno essere validate dall'unico organo deputato a farlo, che è sempre la Corte Suprema, anche in sezione semplice e nell'esercizio della sua duplice funzione di custode e garante della conformità a legge delle decisioni giudiziali, da un lato, e, dall'altro, di orientamento della giurisprudenza di merito affinché questa acceda a interpretazioni uniformi delle fonti normative di riferimento.

L'art. 65 del r.d. n. 12/1941 è sopravvissuto all'avvento della Costituzione repubblicana. L'assemblea costituente non accoglie la proposta di Piero Calamandrei di inserire direttamente in Costituzione, nell'ambito delle disposizioni sul "Potere giudiziario", una norma che esplicitasse la funzione nomofilattica della Corte Suprema:

Art. 12, secondo comma del progetto Calamandrei: «*al vertice dell'ordinamento giudiziario siede la Corte di cassazione, istituita per mantenere, attraverso l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale, l'unità del diritto oggettivo nazionale*». Si pone l'accento sulla funzione più squisitamente nomofilattica di orientamento della giurisprudenza, che però esige che la stessa Corte per prima dia esempi di un'interpretazione uniforme della legge. Scompare la formula di garantire l'osservanza della legge (che però può dirsi ricompresa nel compito di assicurare l'unità del diritto oggettivo nazionale), e si parla di uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale invece che di uniforme interpretazione della legge.

3. Tra Costituzione e fonti sovranazionali.

Art. 111 Cost., commi sesto e settimo:

«Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati»;

«Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra».

Non è esatto che la nomofilachia non sia stata costituzionalizzata. Il principio scolpito nel tuttora vigente art. 65, r.d. n. 12/41, giusta lettura costituzionalmente orientata, è di rango costituzionale essendo di immediata evidenza il suo legame con il principio di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge; ma anche con il principio di legalità, pilastro dello Stato di diritto secondo una lettura, questa volta, anche “convenzionalmente” orientata, che valorizzi, in chiave di certezza del diritto, l'istanza della prevedibilità, per i cittadini, delle conseguenze delle proprie condotte (ciò che postula anzitutto un criterio chiaro e certo di discernimento tra condotte vietate e consentite). Istanze che non sono soddisfatte solo dalla conoscibilità e accessibilità di tutti i cittadini alla conoscenza delle leggi, ma anche dal modo in cui vengono interpretate; e quindi, va garantita anche la prevedibilità – e la controllabilità - delle decisioni giudiziali, che tali non possono essere se ai possibili e talora inevitabili contrasti interpretativi non si ponga rimedio attraverso dispositivi, e procedure ed organi a tal fine deputati ed effettivamente idonei a prevenirli, se possibile, e comunque a ricomporli, nel segno dell'unità e coerenza del sistema. L'imprevedibilità delle decisioni giudiziali mina la fiducia dei cittadini nelle istituzioni, e alimenta il senso di ingiustizia, oltre agli effetti di disorientamento sulla condotta da osservare (V. c.Edu, 30 luglio 2015, Ferreira Sants Pardal c. Portogallo).

Il principio della funzione nomofilattica delle Corti Supreme, ossia degli organi giurisdizionali posti al vertice del sistema giudiziario, è ormai incorporato nella legalità convenzionale sub specie degli artt. 6 e 7, inscrivendosi tra le regole e i principi del giusto processo (anche se l'art. 6 CEDU non lo menziona espressamente) e come garanzia del principio di legalità, sub specie, in particolare, del principio di irretroattività delle norme penali, in relazione alle istanze di prevedibilità e coerenza delle decisioni giudiziali. Ma è pure uno dei principi generali dell'ordinamento comunitario, ai sensi dell'art. 47, Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in relazione al diritto del cittadino europeo a un processo equo; e, con riferimento al principio di legalità della pena, art. 49 Carta UE (sempre che la violazione di tali principi si registri in fattispecie che ricadano in materie di competenza dell'Unione: v. art. 51 Carta UE).

V'è poi da considerare anche il disposto dell'art. 52, comma 3: se i diritti previsti dalla Carta corrispondono a quelli della CEDU, allora «il significato e la portata degli stessi sono eguali» nei due ordinamenti. Conseguentemente, l'eventuale inosservanza dell'obbligo per le sezioni semplici della Cassazione di rimettere alle SS.UU. la decisione del ricorso, se ritengono di non poter condividere un principio di diritto precedentemente enunciato dal massimo organo nomofilattico – obbligo che è uno dei rimedi imposti anche dall'esigenza di adeguare il diritto interno alla legalità sovranazionale -, viola contemporaneamente la legalità convenzionale e l'ordinamento dell'Unione, oltre che una specifica disposizione normativa del diritto interno. E ciò potrebbe avere pesanti ripercussioni sul piano disciplinare, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a) D.Lgs. 109/2006 (costituiscono illecito disciplinare funzionale «i comportamenti che, violando i doveri di cui all'art.

1>>, tra i quali anche il dovere di diligenza, <<arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti>>); ma anche in relazione alla lett. g), che sanziona come illecito disciplinare la <<grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile>>.

E si adombrano altresì profili di responsabilità risarcitoria, per colpa grave, e con possibilità di rivalsa dello Stato nei confronti dei magistrati inadempienti: art. 2, comma 3 bis, L. 13 aprile 1988, n. 117, come modificato dalla L. 27 febbraio 2015, n. 18 (In teoria, ma è un'evenienza difficilmente prefigurabile per una funzione altamente elettiva come l'attività interpretativa dei giudici di legittimità).

Ma l'art. 111, Cost., pur senza fare espressa menzione della funzione nomofilattica – la cui esplicitazione sul piano normativo resta quindi affidata all'art. 65, r.d. 12/41 – costituzionalizza la funzione di controllo di legalità della Corte di Cassazione, sposando il modello del giudizio di legittimità (caro a Calamandrei), separato dal giudizio di merito, per cui è primario e indefettibile compito della Cassazione risolvere le questioni di diritto da dirimere per pervenire alla corretta (cioè l'unica rispettosa della legge) decisione del caso portato alla sua cognizione, non di decidere nel merito delle controversie. E nel testo novellato dalla L. cost. 23 novembre 1998, n. 2, con particolare riguardo ai primi tre commi, costituzionalizza il principio e le regole del giusto processo riproducendo sostanzialmente la formula dell'art. 6, CEDU, ormai interpretato nella costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, come detto, nel senso di includervi l'obbligo di apprestare adeguati rimedi per comporre o rimuovere eventuali contrasti interpretativi in senso alla giurisprudenza delle Corti superiori, che possano nuocere alla certezza del diritto e alla prevedibilità delle decisioni giudiziali.

4. Le misure di rafforzamento (indiretto).

La Corte costituzionale, con sentenza 10 maggio 1982, n. 86, ha esplicitamente affermato che <<le leggi ordinarie non possono disporre delle funzioni costituzionalmente riservate alla Corte di cassazione>>. Ma non si può certo affermare che tanto sia avvenuto con il novellato art. 618, commi 1-bis e 1-ter; e neppure con le modifiche in senso restrittivo alla impugnabilità delle decisioni pronunciate in grado di appello avverso sentenze del giudice di pace, ex art. 606, comma 2-bis; o al potere di impugnazione mediante ricorso in cassazione da parte del P.M., in caso di doppia assoluzione, possibile solo per le ipotesi di cui all'art. 606, comma 1, lett. a, b e c., con esclusione in pratica del vizio di motivazione. Ed ancora, con riferimento alla norma di semplificazione della procedura per molte delle ipotesi di inammissibilità del ricorso (v. art. 610, comma 5 bis). O all'inedito art. 593-bis, sulle condizioni cui è subordinato il potere di appellare del P.G.⁴). Ed ancora, alla rilevanza della *manifesta infondatezza* come causa di inammissibilità del ricorso per cassazione (art. 606, comma 3: non solo il banale ed evidente errore di diritto, ma anche un contrasto del tutto immotivato con il dictum delle SS.UU.); mentre anche la tipicità dei motivi di ricorso può costituire una barriera selettiva, avuto riguardo all'onere della specifica enunciazione dei motivi di impugnazione [(ancora art. 606, comma 3 in relazione all'art. 581, comma 1, lett. d)].

Al contrario, quelle introdotte o regolate dalle disposizioni richiamate sono tutte misure di rafforzamento "indiretto" della nomofilachia⁵: alcune più esplicite, come nel novellato art. 618. Mentre per le altre l'effetto di rafforzamento indiretto passa per la loro efficacia deflattiva, poiché

⁴ In mancanza, è escluso che si possa impugnare con ricorso ordinario o *per saltum*; e solo nel caso di acquiescenza del procuratore della Repubblica, si radica in funzione sussidiaria, a conforto del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, il potere di appellare del P.G.: v. SS.UU., 23 febbraio 2023. Quanto alla possibilità per il P.G. di essere tempestivamente edotto dell'eventuale acquiescenza del procuratore della Repubblica, le SS.UU. hanno statuito che <<la legittimazione del procuratore generale a proporre appello avverso le sentenze di primo grado a seguito dell'acquiescenza del procuratore della Repubblica consegue alle intese o alle altre forme di coordinamento richieste dall'art. 166-bis, disp. att. c.p.p. che impongono al procuratore generale di acquisire tempestiva notizia in ordine alle determinazioni del procuratore della Repubblica in merito all'impugnazione della sentenza>>.

⁵ La nomofilachia ha come suoi destinatari i giudici di merito, mentre le norme richiamate nel testo concernono lo stesso organo nomofilattico o comunque poteri e limiti della giurisdizione di legittimità.

anche l'obiettivo della riduzione del carico di lavoro dei giudici di legittimità, già di per sé meritevole di essere perseguito autonomamente per finalità di economia processuale, ragionevole durata del processo e ottimale allocazione delle (scarse) risorse dell'amministrazione, è altresì funzionale a porre la S.C. nella condizione di adempiere al meglio alla propria funzione nomofilattica.

Lo stesso Giudice della legittimità delle Leggi (Cost. 13 maggio 2015, n. 119) - sia pure pronunciandosi su una q.l.c. sollevata in una causa civile di danni per mancato accoglimento della domanda di servizio civile da parte di straniero regolarmente (e da anni) soggiornante in Italia, ma sprovvisto della cittadinanza italiana - ha statuito che la cessazione della materia del contendere, per avere lo straniero nelle more acquisito la cittadinanza italiana, pur avviando la vicenda processuale ad un esito che non poteva che essere nel senso della declaratoria di inammissibilità del ricorso in cassazione, non fa venir meno il potere dovere della Corte di Cassazione di pronunciarsi sulla questione di diritto (che concerneva la sussistenza del diritto ad essere ammesso a prestare servizio civile, anche se sprovvisto del requisito della cittadinanza: motivo per il quale era stata eccepita la possibile incostituzionalità della norma vigente), e quindi di enunciare il relativo principio di diritto, ai sensi dell'art. 363, terzo comma c.p.c. Con la conseguenza che la stessa Corte di cassazione era legittimata a promuovere l'incidente di costituzionalità, perché la nozione di concretezza cui si lega la rilevanza della q.l.c. non si traduce nella necessità di una concreta utilità per le parti del giudizio di merito; e quindi, *non è di ostacolo l'astrazione del giudizio rispetto alla composizione degli interessi sostanziali fatti valere dalle parti nelle precedenti fasi del giudizio a quo, né rileva che tale pronuncia nomofilattica sia improduttiva di effetti sui provvedimenti dei giudici nel precedenti gradi del giudizio.*

A ulteriore giustificazione del principio così statuito, il Giudice delle Leggi aggiunge:

«così come è indubitabile che la Corte di cassazione sia organicamente inserita nell'ordine giudiziario, altrettanto indubitabile è l'inerenza alla funzione giurisdizionale dell'enunciazione del principio di diritto da parte del giudice di legittimità, quale massima espressione della funzione nomofilattica che la stessa Corte di cassazione è istituzionalmente chiamata a svolgere.....La funzione nomofilattica svolta con l'enunciazione del principio di diritto, ai sensi dell'art. 363, terzo comma c.p.c., costituisce infatti espressione di una giurisdizione che è anche di diritto oggettivo, in quanto volta a realizzare l'interesse generale dell'ordinamento all'affermazione del principio di legalità che è alla base dello Stato di diritto».

La norma corrispondente nel sistema processualpenalistico (art. 618, comma 1-ter cod. proc. pen.) conferisce alla Corte di cassazione nel suo massimo consenso nomofilattico, anche per il giudizio di legittimità nell'ambito dei procedimenti penali, il potere (discrezionale: può) di pronunciarsi su una questione che reputi di particolare rilievo in funzione nomofilattica: anche se, per cause sopravvenute, il ricorso è destinato ad essere dichiarato inammissibile, sicché l'enunciazione del principio di diritto non avrà alcuna incidenza sulla vicenda processuale che ha dato luogo al pronunciamento. Essa, nondimeno, conserva la sua ragion d'essere proprio in relazione alla funzione nomofilattica, che, non solo è parte integrante dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali assegnate alla Corte di cassazione, ma si ritaglia una sua autonoma rilevanza, tanto che il suo esercizio può andare anche disgiunto dal contestuale esercizio della funzione più tipicamente giudiziale (che sarebbe quella di decidere il caso portato alla cognizione della stessa Corte).

Ma come qualificare l'autorità, in questo caso, del pronunciamento, e cioè del principio di diritto enunciato senza che su di esso si fondi la decisione del ricorso?

E' chiaro che esso non può avere, ai fini della nomofilachia, una forza giuridica diversa (da quella del principio di diritto che viene enunciato per fondarvi la decisione del caso); ma se è così, vuol dire che questa forza giuridica non è determinata dall'essere la soluzione della questione di diritto funzionale alla decisione del ricorso. Semmai, è vero, in un certo senso, l'inverso: serve alla decisione del ricorso perché ha la capacità di definire una vicenda processuale che deve essere definita una volta per tutte, non ammettendosi un non liquet e neppure un prolungamento all'infinito della medesima vicenda; ed ha questa capacità anche perché è investita della funzione di

garante della corretta interpretazione della legge (che non esclude affatto ed anzi è consentanea al potere-doversi di esercitare tale funzione attraverso la ponderazione di doglianze e prospettazioni che fanno di dell'individuazione delle norme applicabili e della determinazione del loro contenuto e/o della loro portata una questione "disputabile").

Tra tutte le modifiche rafforzative della nomofilachia, quella di portata dirompente, nel delineare il sistema di principi che ruotano intorno alla funzione nomofilattica, è la disposizione di nuovo conio, per il processo penale, di cui all'art. 618, comma 1-ter.

Tale disposizione fugge il dubbio - che nel precedente assetto ancora era lecito nutrire - che il principio di diritto enunciato dalla S.C. nell'esercizio della funzione di nomofilachia non avesse che un'efficacia meramente "persuasiva" per i giudici dei casi successivi a quello deciso nel precedente di legittimità; o che si potesse parlare al più di un vincolo debole, rispetto alla pienezza con cui l'autorità del suo *dictum* si dispiega nel caso specificamente sottoposto alla cognizione della Corte di cassazione.

La verità è che sono funzioni - e finalità - diverse, e ciascuna è assistita, nel suo esercizio e nella sua attuazione, dalla forza che le compete.

La funzione giudiziale esige una pronuncia definitiva, che chiuda la questione e con essa anche il caso, fatto salvo un prolungamento nel caso di annullamento con rinvio che comunque non consente di rimettere in discussione quanto deciso nella sentenza di annullamento. E il principio di diritto serve in questo caso anche come inderogabile criterio alla stregua del quale risolvere le questioni che ancora restano da decidere (art. 627, comma 3). Ma questa autorità si dispiega pur sempre all'interno del medesimo processo (artt. 627-628 c.p.p.) e in vista di una sua definitiva conclusione, che dovrà rispecchiare il principio di diritto già enunciato proprio perché la relativa questione (di diritto) è ormai cosa giudicata.

Ma la funzione giudiziale, correlata più specificamente alla decisione del ricorso, guarda essenzialmente al passato, a come i giudici di merito hanno interpretato e applicato la legge nel caso concreto; e lo fa per stabilire se la loro decisione sia corretta o meno, in ciò sostanziandosi il controllo di legalità riferito alle sentenze di merito.

Invece, la funzione nomofilattica guarda al futuro, e ai casi che dovranno essere decisi dai giudici di merito, nell'eventualità che dovessero imbattersi nella medesima questione di diritto.

S'intende che anche nei confronti delle future decisioni l'autorità del principio di diritto enunciato nel precedente di legittimità si dispiegherà in tutta la sua pienezza se e quando le decisioni predette saranno portate alla cognizione del giudice di legittimità, unico organo legittimato a porre nel nulla quel principio, con un *overruling*, oppure a disapplicarlo nel caso di specie o a estenderne la portata con un'interpretazione integrativa o correttiva della precedente enunciazione.

Con la differenza, che non è di poco conto, che adesso solo le SS.UU. sono legittimate a esiti siffatti se il precedente di legittimità è consacrato in una pronuncia dell'organo nomofilattico nel suo massimo consenso.

Non sembra che siano rispettose dell'obbligo sancito dall'art. 618, comma 1-bis eventuali pronunce delle sezioni semplici che, dietro un formale ossequio al *dictum* delle SS.UU., ne erodano o modifichino il contenuto, o se ne discostino⁶. E ciò anche se dovessero evidenziare aspetti problematici che non erano stati considerati dal massimo organo nomofilattico e che giustificerebbero un ripensamento del principio di diritto già enunciato.

E' proprio questo, del resto, lo scenario che sembra prefigurare l'art. 172, comma 2 disp. att. cod. proc. pen. quando esclude categoricamente ("In nessun caso...", ivi si legge) la possibilità, al

⁶ E' illuminante al riguardo un passaggio della sentenza MODAFFARI (SS.UU. 27 maggio 2021, n. 35958): «Lo sforzo della sentenza "Mannino" di contrastare ogni tentativo di automatismo probatorio non è stato colto appieno da una parte della successiva giurisprudenza che, pur con diverse sfumature, riprendendo le varie teorie classificatorie, approda a conclusioni spesso diametralmente opposte, pur affermando a priori di aderire ai *dicta* della stessa. Gli equivoci sono sorti soprattutto sull'utilizzo e il rilievo degli "indicatori" da interpretarsi alla luce delle massime d'esperienza e, prima ancora, sulla malintesa loro collocazione tra gli elementi della tipicità criminosa, piuttosto che tra i materiali della prova».

contrario di quanto dispone lo stesso art. 172, comma 1, «che sia restituito il ricorso che, dopo una decisione delle Sezioni Unite, è stato rimesso da una sezione della Corte di Cassazione con l'enunciazione delle ragioni che possono dare luogo a un nuovo contrasto giurisprudenziale». Quest'ultimo inciso per la verità farebbe pensare ad una rimessione facoltativa, a norma dell'art. 618, comma 1 e non alla rimessione obbligatoria prevista dal comma 1-bis. Ma se il contrasto prospettato o paventato attiene ai possibili esiti di un'applicazione pedissequa del principio di diritto enunciato dalle SS.UU., deve presumersi che il rimettente ritenga quanto meno plausibile una soluzione che se ne discosti; o che, nutrendo sinceri dubbi, ritenga necessario sollecitare un nuovo intervento chiarificatore delle SS.UU. per non correre il rischio di adottare una decisione che, discostandosi dal principio già enunciato, violerebbe l'obbligo della rimessione. Insomma, le ragioni della rimessione, avendo a che fare con un *possibile* contrasto interpretativo in ordine al modo in cui debba interpretarsi o applicarsi il principio di diritto già enunciato dalle SS.UU. sembrano dislocarsi nella sfera tematica della rimessione obbligatoria assai più che in quella della rimessione facoltativa.

Ma già la giurisprudenza di legittimità, sia pure a sezioni semplici, ha rassodato il tema con significative pronunzie con le quali si afferma, argomentando proprio dal disposto dell'art. 173, comma 3 disp. att. cod. proc. pen., che compete alle stesse SS.UU., quando sono chiamate ad intervenire per esercitare la funzione nomofilattica, in consonanza ai valori che la ispirano, di **«enunciare il principio di diritto in modo da definirne gli esatti confini, cosicché la regola enucleata possa essere di per sé esauriente e fungere da guida per orientare in maniera certa e quindi prevedibile le future decisioni»**. Così ha statuito Cass., Sez. V, 17/12/2019, n.1757, che ha aggiunto, con una chiosa dal tenore inequivocabile: **«Spetta, senza dubbio, alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione un ampio potere di ricostruire l'oggetto di esame e di formulare il “principio di diritto” secondo un'ottica di razionalizzazione sistematica in funzione nomofilattica, sensibile alle varie connessioni e implicazioni»**.

Saranno dunque le *varie connessioni e implicazioni* del principio di diritto enunciato in funzione nomofilattica ad orientare l'individuazione di ciò che debba intendersi per principio di diritto vincolante e dotato dell'autorità rafforzata conferita alle pronunzie del massimo organo nomofilattico dall'art. 618, comma 1-bis; e contestualmente, a legittimare le stesse SS.UU. a pronunziamenti, con annessa enunciazione dei principi di diritto, che vadano oltre gli specifici profili devoluti con l'ordinanza di rimessione.

5. La prospettiva del giudice di merito.

Ma nelle more che le future decisioni dei giudici di merito accedano al giudizio di legittimità per essere ivi sottoposte al controllo di legalità, non si può dire che l'autorità del principio di diritto sia solo potenziale, perché sottoposta alla duplice condizione sospensiva che il caso sia portato alla cognizione della S.C. e che la stessa non ritenga di discostarsene. Il vincolo del precedente di legittimità non mancherà di fare sentire il suo peso e la sua influenza sugli attori del processo e sulle loro scelte: giudici e parti o loro difensori. Solleciterà le parti interessate alla reiezione del principio ad evidenziarne aporie e criticità a fronte delle peculiarità del caso; o a orientare ogni sforzo argomentativo per dimostrare come il principio (sgradito) non si sia pertinente al caso di specie. E i giudici di merito potranno raccogliere questi input, producendosi a loro volta nello sforzo di argomentare soluzioni diverse oppure disattendendo le prospettazioni di parte perché non vi ravvisano ragioni valide e sufficienti a rimettere in discussione il principio consacrato nel precedente di legittimità.

Insomma, il principio di diritto enunciato in precedenza dall'organo nomofilattico, anche a sezioni semplici, detterà almeno in parte l'agenda dei temi in discussione dei successivi processi e condizionerà lo svolgimento della relativa dialettica (e per ogni processo in cui venga in rilievo la medesima questione di diritto o questioni logicamente connesse).

Basterebbe già questo aspetto a dimostrare come il precedente di legittimità proietti i suoi effetti ben oltre l'orizzonte del ricorso deciso.

Ma c'è anche un altro aspetto che denota un modo più diretto e incisivo l'efficacia (*relativamente*) vincolante del precedente di legittimità: la conformità al precedente di legittimità crea una presunzione di correttezza della decisione che ne abbia fatto coerente applicazione al caso di specie, perché fa presumere che quella decisione sia rispettosa della legge. La difformità giustifica una presunzione opposta, almeno fino a evidenza contraria. La sentenza che se ne discosti è censurabile non perché violi il precedente, cioè il principio di diritto enunciato dalla Corte nel decidere un precedente ricorso - giacché quella statuizione di per sé non è fonte creativa della norma che andava applicata (nel caso che abbia dato luogo al "precedente di legittimità") e della cui applicazione si discuta nuovamente nel vagliare la decisione adottata dal giudice di merito in un caso successivo -, ma perché deve presumersi che la decisione difforme abbia violato la norma di legge come interpretata dall'unico organo che, essendo investito dall'ordinamento anche della funzione nomofilattica, è legittimato a interpretarla con effetti che si dispieghino anche oltre il processo in cui quell'interpretazione è stata adottata come fondamento della relativa decisione.

E quindi la sentenza sarà riformata o cassata (e non si vede quale sanzione processuale sia più incisiva ed efficace per colpire una decisione giudiziale in ipotesi viziata da errore di diritto), a meno che lo sforzo di decostruzione o di revisione critica del precedente di legittimità non sia coronato da successo, perché le ragioni a sostegno della decisione saranno state valutate come sufficienti a giustificare il superamento del principio, la sua correzione o integrazione o la sua disapplicazione nel caso di specie.

Ma, ancora una volta, l'unico organo legittimato a validare in via definitiva tali ragioni con autorità ed efficacia vincolanti nel processo in cui la questione si pone è l'organo investito della funzione nomofilattica.

Ciò non significa che i precedenti di legittimità, inclusi i principi di diritto delle SS.UU., abbiano efficacia cogente, sul modello del vincolo per il giudice di rinvio di uniformarvisi (nell'ambito del medesimo processo che prosegue attraverso la fase del giudizio di rinvio: art. 627, comma 3). Ma neppure può significare che possano essere liberamente disattesi dal giudice di merito chiamato a decidere casi successivi e ai quali sia riferibile il precedente di legittimità consacrato in una pronuncia del massimo organo nomofilattico o espressione di orientamento tanto costante e uniforme da costituire "diritto vivente".

La stessa Corte costituzionale, nel ribadire il valore dichiarativo delle pronunce giudiziali, ha espressamente statuito che anche i principi di diritto enunciati dalle SS.UU. possono essere disattesi da altri giudici, compresi i giudici di giurisdizione inferiore, precisando però che ciò è consentito "con l'onere di adeguata motivazione"⁷.

E anche le SS.UU. (civili), pronunciandosi in una causa di responsabilità civile dello Stato per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, hanno affermato che «l'adozione di una soluzione difforme dai precedenti (N.d.R.: riferiti a precedenti di legittimità) non può essere gratuita, né immotivata, né immeditata, ma deve essere frutto di una scelta interpretativa consapevole e riconoscibile come tale, ossia comprensibile». E se ciò può avvenire anche senza un'esplicita motivazione, tuttavia «avviene più facilmente se – la scelta – sia esplicitata a mezzo della motivazione».

Il precedente di legittimità è quindi un parametro di giudizio per le future decisioni che non potranno esimersi dal fare i conti con quel precedente, al punto che potrebbe essere indice di colpa grave l'essersene discostati senza un'adeguata motivazione⁸.

⁷ Cost. 12 ottobre 2012, n. 230, che ha dichiarato manifestamente infondata la q.l.c. dell'art. 673, c.p.p., in relazione all'ipotesi di *outruling* favorevole al condannato.

⁸ L'art. 1, comma 1 della L. 13 aprile 1998, n. 117, prevede che «Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali». La clausola di esclusione da responsabilità per l'attività di interpretazione di norme di diritto e di valutazione dei fatti e delle prove, prevista al comma 2, a sua volta incontra il limite del dolo e della colpa grave, come definita e delimitata ai sensi dei commi 3 (che vi include l'ipotesi di violazione manifesta della legge e nonché del diritto dell'Unione europea) e 3 bis (a norma del quale per determinare se sussista "violazione manifesta", si tiene conto del

Ma prima che essere un parametro di giudizio per stabilire se sussista colpa grave nell'aver adottato una soluzione che se ne discosti, il precedente di legittimità è un parametro di giudizio per stabilire in che modo debbano essere interpretate le norme ritenute applicabili e, prima ancora, quali siano le norme da applicare (poiché il nodo interpretativo può concernere il contenuto e la portata delle norme in ipotesi applicabili) e, quindi, quale possa essere la decisione più corretta, perché la più aderente al dettato normativo o l'unica che ne assicuri l'osservanza nel caso concreto.

Insomma, se non è zuppa è pan bagnato. Si può discettare se si tratti di un vincolo debole (e lo è, se raffrontato alla forza del precedente nei sistemi basati sulla clausola dello *stare decisis*, o al vincolo del giudice di rinvio, che però costituiscono grandezze incommensurabili per la loro eterogeneità: i primi si fondano su un diverso modello di decisione; l'altro su una situazione processuale completamente diversa, perché la decisione cui il giudice di rinvio deve uniformarsi non è un precedente). Ma che sia un vincolo è fuori discussione.

Si può anche, per esorcizzare il timore che questo vincolo faccia delle pronunce dell'organo nomofilattico una fonte normativa tout court, tradurlo in termini di "direttiva interpretativa": che è qualcosa di meno della fonte di diritto oggettivo, ma decisamente di più di un suggerimento o di un consiglio o di un monito o di un insegnamento e quant'altro la fantasia semantica suggerisca per definire la forza dei precedenti di legittimità.

Con la locuzione predetta si designa infatti un enunciato precettivo o prescrittivo in cui il precetto o la prescrizione rivolta ai giudici che in futuro saranno chiamati a decidere casi che ripropongono la medesima questione di diritto riguarda l'interpretazione: in che modo dovrà essere interpretata una disposizione normativa per essere ragionevolmente certi che venga applicata correttamente, e cioè in conformità al dettato normativo. E in quel "ragionevolmente" sta il punto di caduta e di sintesi tra efficacia vincolante dell'interpretazione dell'organo nomofilattico e soggezione del giudice soltanto alla legge.

Il principio di diritto, che diventa essenzialmente norma di specificazione del dettato legislativo solo nell'ambito del giudizio in cui è stato enunciato, grazie all'autorità del giudicato⁹, al di fuori di quel giudizio "indica" ai giudici di merito chiamati a decidere altri casi, quale sia la soluzione interpretativa più appropriata, anzi l'unica che assicura "l'esatta osservanza" della legge. E non ha senso chiedersi se sia un'indicazione vincolante o meno, perché la risposta è già nella premessa definitoria del concetto di "indicazione". Il destinatario è avvisato che, ove non si conformasse a quell'indicazione, la sua decisione sarà verosimilmente viziata da errore di diritto, o, più esattamente, è altamente probabile che come tale sarà valutata e quindi emendata dall'organo che fosse chiamato a sindacarne la validità.

L'efficacia del vincolo che ne deriva è destinata a dispiegarsi tutta e solo sul piano dell'esegesi normativa; e la soluzione indicata dalla S.C. assurge a principio ermeneutico, non a regola di interpretazione, perché come recitava già lo Statuto albertino, solo al potere legislativo compete di stabilire in modo obbligatorio per tutti come vada interpretata la legge (con lo strumento appunto dell'interpretazione autentica). E come tutti i principi, anche il principio di diritto enunciato dalla S.C., che sotto il profilo della sua finalità nomofilattica rileva come principio ermeneutico anche se veste i panni di una regola di diritto (e come tale vale rispetto al caso deciso con la sua enunciazione), ammette la possibilità di un'applicazione ponderata, dovendosi temperare con altri principi che siano evocati o rilanciati dalle peculiarità del caso. Ed è alla luce di tali peculiarità che potranno essere evidenziati aspetti problematici o ulteriori nodi interpretativi o criticità che attengono o al principio in sé o alla sua estensione, o alla sua applicazione in concreto.

grado di chiarezza e precisione delle norme violate, nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza, aggiungendo che in caso di violazione manifesta del diritto dell'unione, si deve tenere conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, terzo paragrafo TFUE, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea dello stesso art. 1.

⁹ Da non confondersi ovviamente con la (limitata) efficacia che si riconosce al giudicato penale nei riguardi di successivi giudizi civili o amministrativi o disciplinari, ai sensi degli artt. 651-654, c.p.p.; o anche in successivi giudizi penali, ai sensi dell'art. 238-bis, c.p.p.

Ma questo compito spetta ai giudici di merito e alle parti, cioè ai soggetti del processo che sono a più diretto – ed anzi esclusivo – contatto con il caso concreto, per la parte che concerne l'accertamento e la ricostruzione della fattispecie concreta: così innescandosi un dialogo con le Corti Superiori che assicuri la vitalità e non la sclerosi anticipata della giurisprudenza.

Del resto, anche le norme di diritto sostanziale sono talora strutturate come criteri destinati a orientare la discrezionalità del giudice (come i criteri di valutazione della gravità del reato di cui all'art. 133, c.p., ai fini della dosimetria della pena) e quindi si applicano nel modo che si addice ai principi giuridici: norme a fattispecie aperta e non a fattispecie chiusa o rigida come le regole, e che si applicano secondo il metodo della ponderazione e non della sussunzione della fattispecie concreta al paradigma normativo (almeno per quanto consentito dal circolo ermeneutico fatto-diritto), limitandosi a fissare parametri di cui il giudice, nell'esercizio della sua discrezionalità, deve tenere conto, compatibilmente con altri criteri e alla stregua di un giudizio di bilanciamento. Ed ancora più frequenti sono gli esempi di norme di diritto processuale che, nel configurare i requisiti costitutivi della fattispecie considerata, si limitano a fissare i criteri di valutazione dei quali il giudice dovrà tenere conto per stabilire se ne ricorrano gli estremi costitutivi. Si pensi alla natura e all'efficacia dei riscontri alla chiamata di correo (limitandosi l'art. 192, comma 3 a statuire che le dichiarazioni ivi considerate debbano essere valutate "unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità"; e, ancora di più, alle disposizioni di cui all'art. 274, in tema di esigenze cautelari (con riferimento ai parametri per accertare la sussistenza del pericolo di inquinamento probatorio o a quelli indicati per vagliare il pericolo di reiterazioni di reati della stessa specie; o anche il parametro della concretezza e attualità del pericolo di fuga); e 275, in tema di (ed è la stessa norma ad esprimersi testualmente in questi termini) "criteri di scelta delle misure".

E per converso il codice di rito offre esempi di criteri meramente "orientativi" che, ancorché oggetto di esplicita e specifica previsione normativa, non sembrano avere la stessa efficacia e forza pregnante dei principi di diritto enunciati dalla S.C. nell'esercizio della funzione nomofilattica (v. art. 599-bis, ult. comma c.p.p., con riferimento i criteri idonei a orientare la valutazione dei magistrati del pubblico ministero in udienza, ai fini del patteggiamento in appello, criteri che debbono essere indicati dal P.G. al termine di un'istruttoria di tipo consultivo, ma che comunque fanno salva l'autonomia del pubblico ministero d'udienza ("Fermo restando quanto previsto dal comma 1 dell'art. 53...."¹⁰).

6. Cosa è cambiato, rispetto al precedente assetto. Una nomofilachia corale e partecipata.

Sarebbe facile rispondere che non è cambiato nulla dal punto di vista del giudice di merito. Ma è arduo ammettere che ciò che non è consentito ai giudici di legittimità – e cioè la possibilità che una sezione semplice decida in difformità al principio di diritto enunciato dal massimo consesso nomofilattico – sia invece possibile per le Corti e i giudici che esercitino funzioni di grado inferiore.

In realtà, in questa disparità di trattamento risiede la più efficace garanzia dell'indipendenza funzionale del giudice, ma anche dei valori sottesi alla stessa nomofilachia. Preservando l'autonomia delle valutazioni del giudice di merito, cioè la sua discrezionalità, non solo nell'ambito che gli è più specificamente riservato (la valutazione delle fonti di prova e la ricostruzione del fatto), ma anche, con i limiti di cui s'è detto, nell'interpretazione dei testi normativi o nella ricostruzione del quadro normativo di riferimento, si creano le premesse per un possibile ripensamento del dictum delle SS.UU. o per un suo diverso dimensionamento; o, al contrario, per una conferma della sua tenuta, magari corroborata dall'introduzione di ulteriori contenuti ai quali non si era pensato nella formulazione originaria del principio di diritto.

Detto questo, se è vero che le decisioni delle SS.UU. sono assistite da una speciale autorità (per il combinato disposto degli artt. 610 e 618, commi 1, 1-bis e 1-ter, c.p.p.), per ciò che concerne i principi di diritto su cui quelle decisioni si fondano – arg. dall'art. 173, comma 3 disp. att., e quindi

¹⁰ Art. 53, comma 1, c.p.p. ("*Autonomia del pubblico ministero nell'udienza. Casi di sostituzione*"): «<Nell'udienza, il magistrato del pubblico ministero esercita le sue funzioni con piena autonomia>>».

anche al di là dei profili specificamente devoluti con nell'ordinanza di rimessione o all'atto dell'assegnazione originaria - tale autorità si dispiega in termini di efficacia vincolante anche oltre il processo in cui sono stati enunciati, e in modo immediato e diretto: ma solo nei riguardi della stessa giurisdizione di legittimità, e con riferimento alla giurisprudenza delle sezioni semplici. Tuttavia, non può mancare di riverberarsi in qualche misura anche sulla giurisprudenza delle Corti e dei giudici di merito.

Non è soltanto una questione di uso responsabile della potestà interpretativa cui ciascun giudice – inclusi i giudici di merito - è tenuto e sa di essere tenuto quando esercita la discrezionalità che gli è attribuita (ex art. 101, comma 2, Cost.) pure e anzitutto nell'interpretare la legge. Sotto questo profilo, sarebbe irresponsabile non tenere in alcun conto i moniti e gli insegnamenti del supremo organo nomofilattico. Del resto, lo sarebbe stato anche prima.

Ma adesso c'è qualcosa di più: il legislatore vuole che l'interpretazione sia per quanto possibile uniforme e non si limita più ad auspicarlo solo come esito di un processo spontaneo di elaborazione giurisprudenziale, sia pure guidato e orientato dall'organo investito della funzione nomofilattica. Il giudice di merito è quindi tenuto ad uniformarsi al dictum delle SS.UU., a meno che non sia in grado, con una motivazione più che rafforzata, di indicare ed esporre ragioni tanto valide da giustificare la necessità di discostarsi, almeno nel caso di specie, da quel dictum: ragioni che non possono limitarsi a ricalcare argomentazioni già prese in considerazione e disattese dalle SS.UU. nel motivare la conclusione cui sono pervenute enunciando il principio di diritto che si vorrebbe adesso mettere in discussione.

Ed allora, tornando al dubbio se possa consentirsi al giudice di merito ciò che è precluso ai giudici di legittimità, la differenza è che la sezione semplice della S.C. ha, come alternativa alla condivisione del principio di diritto enunciato dalle SS.UU., la rimessione alle stesse SS.UU. per un nuovo pronunciamento; invece, il giudice di merito potrà anche trattenerne la causa e decidere in difformità. Ma la sua sentenza è destinata ad essere censurata ed emendata, attraverso il sistema delle impugnazioni, almeno quante volte non sia riuscito attraverso un congruo sforzo motivazionale a individuare tali criticità nel principio di diritto, o nuovi profili e aspetti problematici non considerati nel precedente di legittimità con cui ci si confronta, da giustificarne un ripensamento: ma un ripensamento che adesso dovrà necessariamente passare per le forche caudine di una nuova rimessione ai sensi dell'art. 618, comma 1-bis. A meno che le sollecitazioni critiche delle parti non facciano breccia sulla sensibilità del primo presidente, così da indurlo ad assegnare direttamente il ricorso alle SS.UU., ex art. 610.

In ogni caso, occorrerà un nuovo pronunciamento del massimo organo nomofilattico, a provocare il quale, ove vi si facesse luogo, avranno però concorso e contribuito con i rispettivi apporti tutti i soggetti del processo e gli organi della giurisdizione, trasformando la nomofilachia in una funzione corale e partecipata.

7. I dubbi di costituzionalità: questioni superate.

Inutile indulgere su dubbi di (in)costituzionalità delle modifiche normative tese a rafforzare (indirettamente) la nomofilachia. Né il principio del giudice naturale (art. 25, comma 1: "nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge né quello della diversità dei giudici solo per funzioni (art. 107, comma 2) sono messi in discussione. A decidere è sempre la Corte di Cassazione. Il principio del giudice naturale è rispettato e preservato, nel caso di rimessione obbligatoria, ancora meglio che nelle ipotesi di rimessione facoltativa. E sebbene i criteri di assegnazione degli affari debbano essere trasparenti, l'assetto che ne deriva può comportare che a taluni collegi o a talune sezioni del medesimo ufficio sia preclusa la decisione del ricorso assegnato (come nel caso della settima sezione).

Quanto alla disposizione di cui all'art. 107, comma 2, il richiamo non è pertinente perché la diversità solo per funzioni attinte allo status dei magistrati e non involge l'indipendenza riferita specificamente all'esercizio delle funzioni e tanto meno ai rapporti tra gli organi che sono investiti di funzioni di "grado" diverso.

E' vero invece che l'indipendenza funzionale dei giudici di legittimità subisce una limitazione ancorché indiretta per effetto dell'obbligo di cui all'art. 618, comma 1-bis. Ma è un sacrificio sostenibile (la sezione semplice non è obbligata a decidere in conformità al principio di diritto delle SS.UU. che non condivide, ma deve in questo caso spogliarsi della decisione del ricorso, rimettendolo alle stesse SS.UU.), per la necessità di bilanciare il principio predetto con altri interessi e valori di pari rango costituzionale e attuabile attraverso un riparto di competenze a decidere all'interno dello stesso organo investito del giudizio di impugnazione, che è sempre la Suprema Corte, con la differenza che qui è la legge a sancire il criterio di ri-assegnazione.

8. - Le caratteristiche dell'obbligo di rimessione del ricorso alle SS.UU. e la sua effettività. La condivisione culturale del valore del precedente.

Obblighi senza sanzione?

L'obbligo di rimessione è un vero e proprio obbligo giuridico, anche se sprovvisto di una sanzione diretta, in caso di trasgressione. Critica: si profila un vizio di incompetenza funzionale, perché come è vero che la sezione semplice che non condivide il principio di diritto consacrato in un precedente pronunciamento a SS.UU. non è obbligata ad uniformarsi, è altrettanto certo che *deve* spogliarsi della decisione del ricorso, rimettendolo alle SS.UU.. E ciò significa che *non può*, cioè non ha il potere di trattenere presso di sé il ricorso e deciderlo in difformità al dictum delle SS.UU.

Ma come fare valere questo vizio?

Certo non con il ricorso per errore di fatto. Ma neppure si può confidare su sanzioni indirette, legate a profili di rilevanza disciplinare o effetti di responsabilità patrimoniale che appaiono molto ipotetici e problematici, se riferiti ad un'attività interpretativa altamente elettiva qual è quella che si dispiega nella giurisdizione di legittimità¹¹.

Nel caso di esito sfavorevole per l'imputato e quindi di condanna definitiva, si può pensare ad un percorso che passi per la c.d. revisione europea del giudicato: è violata la legalità convenzionale e il diritto dell'imputato ad un giusto processo che contempla tra le sue regole indefettibili l'esistenza di rimedi adeguati a comporre i contrasti. Ma come fare scattare l'obbligo di attivarsi per rimuovere il presunto deficit strutturale? Non si ha sentore di pronunce della CEDU in controversie nelle quali si è enunciato il principio anzidetto e di cui sia stato parte lo Stato italiano.

Altro percorso, si prospetta nel caso di annullamento con rinvio: l'incompetenza funzionale, peraltro rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo e in questo caso rilevabile solo nel giudizio di rinvio (per essersi verificata la relativa situazione processuale nel giudizio di legittimità che ha innescato quello di rinvio) legittimerebbe il giudice di rinvio, eccezionalmente e in deroga al perentorio disposto dell'art. 627, comma 3 c.p.p., a non uniformarsi alla sentenza della Suprema Corte per la questione di diritto decisa in difformità al principio di diritto sancito dalle SS.UU.: soluzione difficilmente praticabile perché finisce per attribuire al giudice di rinvio un potere di sindacare la legittimità dell'operato del giudice superiore, ed elude la preclusione opposta dall'art. 627, comma 4 ("Non possono proporsi nel giudizio di rinvio nullità, anche assolute, o inammissibilità verificatesi nei precedenti giudizi o nel corso delle indagini preliminari").

Più plausibile riconoscere alla parte interessata il diritto di impugnare la sentenza del giudice di rinvio che si sia uniformato alla sentenza affetta da incompetenza funzionale.

¹¹ Si tratta di evenienza francamente inverosimile, perché la violazione di legge, in questo caso dell'obbligo di rimessione alle SS.UU. del ricorso che la sezione semplice intendesse decidere in difformità a un principio di diritto delle medesime SS.UU. oltre che grave, dovrebbe essere manifesta, perché solo la manifesta violazione costituisce colpa grave, sanzionabile anche se si riferisce all'attività interpretativa: ciò che potrebbe accadere solo se la sezione semplice desse atto del contrasto, e ciò nondimeno optasse per la decisione sul ricorso originariamente alla stessa sezione assegnata; mentre poco verosimile, considerata anche l'attività preparatoria che può essere richiesta all'ufficio del massimario, l'ipotesi che il precedente vincolante sia stato disatteso perché se ne ignorava l'esistenza o per essere stato travisato per effetto di un errore d'interpretazione inescusabile.

Non sarebbe di ostacolo l'art. 628, perché la questione della violazione dell'obbligo ex art. 618, comma 1-bis è questione nuova rispetto a quelle decise dalla Corte e quindi ben potrebbe costituire motivo di ricorso.

Quanto alla tipicità dei motivi di ricorso, potrebbe rientrare nell'ipotesi di cui all'art. 606, comma 1 lett. c), che però contempla l'inosservanza di norme processuali stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza. E la violazione dell'art. 618, comma 1-bis non sembra rientrare in nessuna di queste ipotesi, tant'è che si asserisce che sia un obbligo sprovvisto di sanzione. Ma la qualificazione in chiave di vizio di incompetenza funzionale, e attinente alla capacità del giudice, dovrebbe consentirne la rubricazione come nullità assoluta e insanabile, ai sensi del combinato disposto degli artt. 177 e 178, comma 1 lett. a), sub specie delle condizioni di capacità del giudice che ha emesso la sentenza. In ipotesi, il collegio giudicante che abbia emesso la sentenza di annullamento con rinvio avrebbe esercitato un potere che la legge gli nega. E non sembra che tale situazione possa agevolmente sottomettersi al disposto dell'art. 33, comma 2, c.p.p. perché non si tratterebbe di una mera violazione di criteri tabellari di assegnazione degli affari tra le articolazioni del medesimo ufficio giudiziario.

Del resto, di recente le SS.UU. hanno qualificato come riconducibile alla categoria delle nullità generali a regime intermedio, per violazione del diritto di difesa il vizio consistente, nel giudizio d'appello a trattazione scritta, nella mancata comunicazione al difensore delle conclusioni scritte del pubblico ministero, sebbene la norma processuale violata non sia presidiata dalla previsione esplicita di alcuna sanzione in caso di inosservanza. Nel caso qui considerato, si profilerebbe un vizio ancora più radicale, e sicuramente pregiudizievole alla difesa almeno se la decisione in ipotesi viziata da carenza di potere sub specie della incompetenza funzionale.

Resta semmai da superare il problema dell'efficacia di giudicato interno della statuizione adottata dalla Corte, sia pure in violazione dell'obbligo di rimessione del ricorso, poiché occorrerebbe una previsione specifica per consentire al giudice di rinvio e persino alla Corte di cassazione investita del ricorso avverso la pronuncia rescissoria del giudice di rinvio di sottrarsi. A meno di non volere qualificare il vizio talmente grave da dare luogo ad un provvedimento abnorme, in caso di trasgressione. Ma non sembra questo il caso.

In alternativa, si profila la q.l.c. dell'art. 606, comma 1 lett. c) e 628 c.p.p. in relazione all'art. 178, comma 1 lett. a) nella parte in cui non consentono di impugnare con ricorso per cassazione la sentenza del giudice di rinvio che si sia uniformato al principio di diritto enunciato nella sentenza di annullamento con rinvio in violazione dell'obbligo di cui all'art. 618, comma 1-bis c.p.p.; o dello stesso art. 627, comma 4, nella parte in cui non consente di eccepire o rilevare nel giudizio di rinvio il vizio di incompetenza funzionale che inficerebbe la decisione della sezione "dissenziente" della S.C..

Acquietarsi all'idea che si tratti di un vero e proprio obbligo giuridico, ma non presidiato da alcuna sanzione processuale in caso di inosservanza (come pure è possibile per le norme processuali, nonostante l'obbligo di osservarle: art. 124, c.p.p.¹²), e fatti salvi gli eventuali profili di rilevanza disciplinare, equivarrebbe a sterilizzare la portata innovativa dell'istituto della rimessione obbligatoria. Si riconoscerebbe invero alle sezioni semplici la facoltà di rimettere o meno la questione che ritengano di decidere in difformità al dictum delle SS.UU., anche se la loro discrezionalità si riduce, perché sono fatti salvi gli eventuali profili di responsabilità disciplinare o civile, in caso di colpa grave (difficilmente configurabile, trattandosi di attività interpretativa al più altro grado di elettività). Ma comunque conserverebbero il potere di decidere il ricorso loro assegnato, e di deciderlo anche in difformità: un po' come l'eventuale incompatibilità del giudice, ai sensi dell'art. 34, c.p.p., che non si ripercuote sulla validità della sentenza. Ma non è un paragone calzante perché il sistema prevede una serie di rimedi preventivi che consentono di scongiurare,

¹² L'art. 124, comma 1, c.p.p. statuisce che «*I magistrati, i cancellieri e gli altri ausiliari del giudice, gli ufficiali giudiziari, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria sono tenuti ad osservare le norme di questo codice anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale*». E al secondo comma è previsto che «*I dirigenti degli uffici vigilano sull'osservanza delle norme anche ai fini della responsabilità disciplinare*».

anche se non eliminano del tutto, il rischio che la decisione sia emessa da un giudice incompatibile¹³.

Si aggiunga che la giurisprudenza delle corti sovranazionali nel ribadire il valore della certezza del diritto come pilastro dello Stato di diritto, e, declinato sotto il profilo della prevedibilità/controllabilità delle decisioni giudiziali, lo iscrivono tra le regole fondamentali dell'equo processo e come diritto del cittadino, unitamente al principio di uguaglianza dinanzi alla legge¹⁴.

Sono quindi ritenuti meritevoli di condanna gli Stati membri il cui diritto interno non preveda meccanismi e rimedi adeguati a comporre i contrasti giurisprudenziali che, se ammissibili nelle decisioni delle Corti di merito, non lo sono altrettanto nella giurisprudenza delle Corti superiori cui compete di orientare le interpretazioni giurisprudenziali in modo da assicurare la prevedibilità delle decisioni giudiziali, che è condizione di stabilità e coerenza del sistema. E lo è ancora di più, per il diritto penale, rispetto al quale il principio di legalità si attua concretamente solo attraverso il processo e la giurisprudenza.

La rinuncia a configurare una sanzione processuale per la violazione dell'obbligo di cui all'art. 618, comma 1-bis c.p.p. esporrebbe quindi l'Italia al rischio di condanna per non aver saputo introdurre nel proprio ordinamento un rimedio adeguato per prevenire o dirimere i contrasti che dovesse insorgere o persistere negli orientamenti giurisprudenziali.

Cass. Sez. V, n. 1757 del 2020 reputa invece che si tratti di uno specifico obbligo processuale, ma sprovvisto di sanzione. E tuttavia non vi ravvisa alcuna controindicazione, tenuto conto che la sua effettività è altrimenti assicurata dalla sostanziale condivisione, da parte dei diretti destinatari dell'obbligo, e cioè le sezioni semplici della Suprema Corte, dei valori sottesi alla funzione nomofilattica che esso mira a rafforzare. Una condivisione che viene addirittura elevato a principio organizzativo, perché, traducendosi nello spontaneo riconoscimento del valore del precedente, dovrebbe generare una altrettanto spontanea osservanza dell'obbligo in questione:

<<Premesso che detta norma sancisce il vincolo del precedente in maniera non assoluta, limitata all'interno della Corte di Cassazione e senza previsione di sanzione in caso di sua inosservanza (secondo un modello organizzativo affidato ad una "condivisione culturale" del valore del precedente)>>¹⁵.

¹³ v. l'obbligo di astensione, ex art. 39; l'istituto della ricsuazione, che contempla anche l'adozione di misure provvisorie, come l'ordinanza di sospensione temporanea di ogni attività processuale, o di limitazione dell'attività al compimento di atti urgenti, ex art. 41, comma 2; fino all'eventuale provvedimento di accoglimento della dichiarazione di astensione o di ricsuazione che stabilisce anche se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenuto o ricsuato conservano efficacia (art. 42, ult. comma). E già l'art. 37, comma 2 prevede che il giudice ricsuato non può pronunciare né concorrere a pronunciare sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricsuazione; mentre a seguito dell'ordinanza di accoglimento dell'istanza di astensione o di ricsuazione, il capo dell'ufficio provvede alla sostituzione del giudice astenuto o ricsuato secondo le norme tabellari. E qualora non sia possibile l'immediata sostituzione, la corte o il tribunale provvede a rimettere il procedimento a giudice ugualmente competente per materia, determinato a norma dell'art. 11 (v.art. 43).

¹⁴ Numerose sentenze della Corte Edu stigmatizzano i contrasti della giurisprudenza delle Supreme Corti, così come così come gli improvvisi mutamenti o la creatività di certe pronunce, bollandoli come violazioni del principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali e del diritto a un equo processo, almeno quando, senza adeguata giustificazione, si manifestino in forme e modi che ledono il diritto di difesa o il ragionevole affidamento del cittadino sul modo in cui saranno valutate le sue condotte.

¹⁵ Cfr. anche Cass. Sez. I, 22 settembre 2020, n. 464, DI LEO: <<in caso di annullamento con rinvio disposto da una Sezione semplice della Corte di Cassazione, il giudice di rinvio è tenuto ad uniformarsi al principio di diritto dalla stessa enunciato anche qualora contrasto con un principio in precedenza espresso dalle Sezioni unite sulla medesima questione oggetto di decisione senza che, nel giudizio rescindente, sia stata promossa la rimessione obbligatoria del ricorso alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 618, comma 1-bis, atteso che, in difetto della previsione di alcuna specifica sanzione per l'eventuale violazione dell'obbligo di rimessione obbligatoria, il principio di diritto contenuto nella sentenza di annullamento, in quanto immodificabile, è sottratto ad ulteriori mezzi di impugnazione, acquista autorità di giudicato interno>>. In motivazione si aggiunge che l'efficacia di giudicato interno osta a che la Corte di Cassazione, investita di ricorso avverso la

9. L'efficacia rafforzata dei principi di diritto enunciati dalle SS.UU e la loro estensione (questioni pregiudiziali e consequenziali). Esempificazione. -

L'accentuazione del peso che le pronunce del massimo consesso nomofilattico hanno proprio ai fini dell'esercizio della funzione nomofilattica consente di affermare che sono oggi assistite da una speciale autorità, persino superiore a quella che avevano in passato, e quali che siano state le ipotesi e le cause della rimessione che ne abbia provocato il pronunciamento.

Ma le norme che più esplicitamente denotano e realizzano questo surplus di autorità non dimenticano né contraddicono il principio che l'esercizio della funzione nomofilattica è sì parte integrante delle funzioni giurisdizionali di legittimità, ma si svolge congiuntamente all'esercizio della funzione giudiziale (di decisione di una controversia). O, almeno, questa rimane la regola, che vale pure per le pronunce delle S.UU. anche se è ammessa, a beneficio di tali pronunce, una (sola) eccezione, nell'ipotesi contemplata dall'art. 618, comma 1-ter. (E per di più l'eccezione non sempre è tale perché può accadere che la questione rimessa concerni proprio la sussistenza della causa di inammissibilità del ricorso, o la possibilità di decidere ugualmente).

E infatti, sebbene si parli di rimessione della questione o di questioni rimesse alle SS.UU., con l'ordinanza di rimessione – quando l'assegnazione del ricorso perché una questione sia decisa dalle SS.UU. non sia disposta direttamente dal primo presidente, ex art. 610, comma 2 c.p.p. - viene rimessa al massimo consesso nomofilattico la *decisione del ricorso*, nella sua interezza. E ciò vale indistintamente in tutte le ipotesi di rimessione, sia facoltativa (art. 618, comma 1), sia obbligatoria (art. 618, comma 1-bis). Pertanto, se per decidere il ricorso è necessario risolvere questioni di diritto o di esegesi normativa diverse da quelle che hanno dato causa alla rimessione, i principi di diritto enunciati per risolvere tali questioni – sempre che si tratti di principi inerenti alla ratio decidendi e non di obiter dicta - avranno lo stesso peso di quelli enunciati per risolvere le questioni oggetto dell'ordinanza di rimessione.

Semmai, si profila un problema speculare: la rimessione originata per le esigenze e le finalità indicate rispettivamente al comma 1 e al comma 1-bis dell'art. 618, può offrire l'occasione alle SS.UU. di pronunciarsi con analoga autorità anche su questioni diverse da quelle evidenziate nell'ordinanza di rimessione, ma che hanno già formato oggetto di contrasti interpretativi o che potrebbero dare luogo a contrasti interpretativi?

La risposta è affermativa se si tratta pur sempre di questioni che devono essere risolte ai fini della decisione del ricorso. Ma in tale evenienza, il problema neppure si pone, per quanto sopra precisato (funzione nomofilattica, proiettata verso il futuro e volta ad orientare la giurisprudenza di merito in modo che le decisioni siano frutto di un'interpretazione uniforme della legge; e funzione di decisione del ricorso veleggiano di conserva).

Meno facile rispondere se la questione, per quanto connessa a quelle oggetto dell'ordinanza di rimessione, e per quanto significativa e rilevante, non è necessaria per la decisione del ricorso.

ESEMPLIFICAZIONE:

1) sentenza MANNINO (SS.UU., 12 luglio 2005), sulla pienezza dell'effetto devolutivo in caso di appello avverso sentenza di assoluzione e sulla configurazione del reato di associazione mafiosa (mentre era stata sollecitata a precisare i connotati costitutivi e performanti del reato di concorso esterno in associazione mafiosa);

2) SS.UU. 23 febbraio 2023 sul potere d'impugnazione del P.G.: si astiene in effetti dal pronunciarsi, sulla questione che si pone in caso di processo cumulativo, dicendo che non era rilevante per il caso di specie, né aveva dato luogo a contrasti interpretativi; invece si pronuncia su una questione che non aveva rilevanza per il caso di specie, ma che era stata comunque evidenziata nell'ordinanza di rimessione, e cioè se l'acquiescenza del procuratore della Repubblica si estenda alle conclusioni del pubblico ministero;

sentenza rescissoria del giudice di rinvio che si sia uniformato al principio su cui si fondava l'annullamento con rinvio, possa a sua volta investire della questione le SS.UU., rimettendo il ricorso.

3) sentenza DASGUPTA (SS.UU., 28 aprile 2016) in relazione al principio di diritto esteso all'appello della parte civile per i soli interessi civili: questione nuova, che avrebbe potuto dare luogo a contrasti interpretativi, ma che non riguardava il caso di specie, né era pregiudiziale al fine di risolvere la questione rimessa alle SS.UU.;

4) sentenza CAVALLO (SS.UU. 28 novembre 2019, n. 51) si pronuncia sul criterio di distinzione tra reati oggetto del medesimo procedimento e reati oggetto di diverso procedimento, mentre la questione oggetto dell'ordinanza di rimessione chiedeva di statuire sull'utilizzabilità delle intercettazioni per tutti i reati oggetto del medesimo procedimento, o di un procedimento originariamente unico e poi eventualmente segmentato in più tronconi per effetto di vari stralci: in sostanza, era controversa la possibilità che intercettazioni regolarmente autorizzate ed espletate per alcuni reati, venissero utilizzate ai fini dell'accertamento di ulteriori reati, oggetto di indagine scaturita nell'ambito dell'originario procedimento proprio dalle intercettazioni che erano state autorizzate per i reati inizialmente indagati: reati ulteriori per cui non erano state disposte quelle intercettazioni, che tuttavia costituivano quasi una sorte di "corpo del reato" ulteriore, perché ne davano prova. Ed inoltre, le SS.UU. CAVALLO enunciano un principio di diritto che afferiva a ulteriore questione, in ordine alla quale, pur adombrandola come possibile ulteriore sviluppo della questione specificamente rimessa alle SS.UU., non si sollecitava quest'ultima ad intervenire: e cioè se comunque, anche per i reati diversi ma connessi in senso stretto a quelli per cui erano state autorizzate le intercettazioni, l'utilizzabilità dovesse soddisfare alla condizione che si trattasse di reati "autorizzabili", ancorché non autorizzati, in quanto rientranti nei limiti di ammissibilità di cui all'art. 266¹⁶.

Si tratta evidentemente di questioni, rispettivamente, *pregiudiziale*, la prima, e, la seconda, *conseguenziale* o *complementare*, e comunque da dirimere ugualmente ai fini di una corretta formulazione e delimitazione del principio di diritto concernente la questione principale (che verteva sull'ambito di applicazione del divieto ex art. 270 c.p.p.), per scongiurare il rischio di fraintendimenti che ne snaturassero il significato, o che potessero portare in futuro a nuovi contrasti interpretativi.

E' vero che nel caso di specie era pacifico che i reati in ordine ai quali era controversa l'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche, e quindi il principio enunciato non serviva alla decisione del ricorso. Ma se si fosse astenuta dal pronunciarsi, la questione dei limiti di utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche disposte per reati diversi (ancorché connessi in senso stretto) si sarebbe riproposta a breve, perché già si era registrate pronunzie contrastanti sul tema, come incidentalmente segnalato, del resto, nella stessa ordinanza di rimessione. E il principio affermato in risposta al quesito rimesso avrebbe, senza quella precisazione, potuto dare credito alla tesi che il rapporto di connessione ex art. 12, c.p.p. con i reati per i quali fossero state regolarmente disposte le intercettazioni valesse e bastasse ad affrancare i reati connessi, ai fini dell'utilizzabilità delle intercettazioni disposte, non solo dalla necessità della previa autorizzazione del GIP, ma, altresì, dalla condizione che si trattasse di reati per i quali le intercettazioni fossero "autorizzabili".

5) Sentenza PAVAN (SS.UU. 28 gennaio 2019, n. 14426), sull'applicabilità anche in caso di difforme valutazione della prova peritale, dell'obbligo ex art. 603, comma 3 bis di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per una nuova assunzione della prova, prima di poter ribaltare in appello il verdetto assolutorio. Le SS.UU. non si sono limitate a sancire la piena equiparabilità della prova peritale a quella assunta a mezzo testi o altra figura di dichiarante, se il perito è stato esaminato al dibattimento di primo grado (in modo che la prova nel suo insieme venga veicolata

¹⁶ In sostanza, le SS.UU. CAVALLO hanno enunciato la regola, che rispondeva al quesito su cui era stato sollecitato il responso, sancendo che **"il divieto di cui all'art. 270, c.p.p., utilizzazione dei risultati delle captazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le stesse siano state autorizzate – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento agli esiti relativi ai soli reati che risultino connessi ex art. 12 c.p.p. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta"**; ma al contempo hanno delimitato l'operatività della regola così enunciato, aggiungendo un inciso che ritaglia un'eccezione a quella regola, o, se si preferisce, afferma la sussistenza di una pre-condizione come necessaria perché quella regola possa operare: **"sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266 c.p.p."**.

nel processo anche attraverso un momento di spiccata oralità non diversamente da una comune prova dichiarativa, anche se poi all'esame segue l'acquisizione della relazione peritale; mentre analogo obbligo non sussiste se la relazione scritta del perito o del consulente sia stata acquisita semplicemente dandone lettura, perché in tal caso difetta la natura dichiarativa della prova); ma si sono pronunciate anche su altre 2 questioni: la natura del vizio determinato dall'aver il giudice d'appello riformato la sentenza di assoluzione violando l'obbligo di rinnovare la prova peritale in ipotesi acquisita in forma "dichiarativa" ed altresì decisiva [statuendo sul punto che si tratta di una nullità generale a regime intermedio un vizio di violazione di legge, denunciabile in cassazione ai sensi dell'art. 606, comma 1 lett. c). E, seconda questione, la configurabilità come vizio di motivazione della pronuncia di riforma, anche questo denunciabile nel giudizio di legittimità, ma solo ai sensi dell'art. 606, comma 1 e lett. e), se la pronuncia di riforma sia stata adottata sulla base di una rivalutazione critica della prova peritale, in ipotesi acquisita nella forma puramente cartolare della "lettura" della relazione: **"sempre che la prova negata (N.d.R.: cioè l'assunzione diretta della prova attraverso l'esame del perito o consulente), confrontata con le ragioni addotte a sostegno della decisione, sia di natura tale da poter determinare una diversa conclusione del processo"**. In altri termini, occorre verificare se la prova peritale di cui si postula la rinnovazione abbia effettivamente un'incidenza decisiva nell'economia della decisione; o se, puntellando le ragioni che motivano il diverso apprezzamento espresso dal giudice d'appello con le altre ragioni che nel loro insieme supportano la pronuncia di riforma, non venga meno la tenuta complessiva della motivazione.

Ebbene, tali questioni non formavano oggetto del quesito¹⁷ né avevano specifica rilevanza per la decisione del ricorso, e neppure si aveva notizia di contrasti interpretativi già emersi tra le sezioni semplici; né si adombrava nell'ordinanza di rimessione che potessero dare adito a contrasti interpretativi.

Un eccesso di nomofilachia? Va detto che entrambe le questioni, inedite a livello della giurisdizione di legittimità, ponevano nodi interpretativi oggettivamente connessi all'attrazione della prova peritale nell'ambito della disciplina apprestata dall'art. 603, comma 3 bis, o addirittura, preso spunto dall'asserita equiparazione, potevano concernere qualsiasi altra prova dichiarativa. Tuttavia, c'è stato forse eccessiva precipitazione nell'intervenire su tali questioni, senza lasciare alla giurisprudenza delle sezioni semplici tempo e modo di pervenire spontaneamente a soluzioni uniformi.

6) Sentenza IAVARAZZO, n. 25191 del 27/02/2014 sulla configurabilità del reato di associazione mafiosa come reato presupposto rispetto ai reati di riciclaggio (art. 648 bis) e reimpiego di proventi di attività delittuose (art. 648-ter): amplia preventivamente l'oggetto del proprio intervento rispetto al quesito posto nell'ordinanza di rimessione, a partire già da una riformulazione, ad opera dello stesso primo presidente, della questione di diritto. E si pronuncia, su una serie di questioni connesse, come il rapporto di specialità delle fattispecie di cui agli artt. 648 bis e 648-ter tra loro e di entrambe rispetto alla ricettazione; la natura giuridica e il contenuto della clausola di riserva che ne preclude l'applicabilità all'autore o concorrente nel reato presupposto: l'idoneità del reato di associazione mafiosa, a differenza di quello comune, a configurarsi come fonte autonoma, nelle attività in cui si sostanzia il reato e a prescindere dalla commissione di specifici delitti scopi, di generazione di proventi illeciti (e tali perché generati da un delitto identificato nello stesso reato associativo di cui all'art. 416 bis), "rientrando tra gli scopi dell'associazione anche quello di trarre vantaggi o profitti da attività lecite per messo del metodo mafioso": salvo rilevare che non v'era contrasto giurisprudenziale sul punto, vertendo i contrasti e le divergenze interpretative piuttosto sulle conseguenze che si riteneva di doverne trarne. E si pronuncia anche sulla tipicità del reato ex art. 416 bis, anche se si limita richiamare concetti e principi già consolidati. E perviene infine ad enunciare il principio di diritto sulla questione oggetto dell'ordinanza di rimessione: "Il delitto

¹⁷ Quello formulato nell'ordinanza di rimessione della Sez. II del 23 maggio 2018, n. 41737 era il seguente: «se le dichiarazioni rese dal perito o dal consulente tecnico nel corso del dibattimento costituiscano o meno prova dichiarativa assimilabile a quella del testimone, rispetto alla quale, se decisiva, il giudice d'appello avrebbe l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa, in quanto veicolate nel processo a mezzo del linguaggio verbale».

presupposto dei reati di riciclaggio (art. 648-bis cod. pen.) e di reimpiego di capitali (648-ter cod. pen.) può essere costituito dal delitto di associazione mafiosa, di per sé idoneo a produrre proventi illeciti”.

Ma a tale enunciazione segue uno sviluppo argomentativo che dapprima, scandaglia le diverse soluzioni ipotizzabili a secondo delle connotazioni della fattispecie, sul rilievo (è un principio di diritto anche questo?) che le condizioni e i limiti della configurabilità del concorso fra il delitto associativo ex art. 416 bis cod. pen. e quelli di riciclaggio e reimpiego di capitali di provenienza delittuosa “devono essere ricostruiti in base al fatto tipico nelle sue connotazioni oggettive e soggettive, alla provenienza dei beni oggetto delle attività di riciclaggio o reimpiego, ai principi in precedenza enunciati in tema di concorso nel reato presupposto” (che a loro volta richiamano i principi in tema di concorso di persone nel reato), con la conseguenza di enucleare 6 diverse ipotesi, alcune delle quali scindibili in sotto-ipotesi, inclusa l’ipotesi che i delitti in questione siano contestati all’estraneo che risponda però di concorso esterno in associazione mafiosa (per cui si richiamano i principi della sentenza MANNINO), e con esiti alterni quanto alla configurabilità del concorso tra i diversi reati in contestazione. E alla fine di questo percorso argomentativo si perviene all’enunciazione di un ulteriore principio di diritto che è essenziale per prevenire fraintendimenti sul contenuto e l’estensione o il modo in cui si applica il principio precedente: “Non è configurabile il concorso fra i delitti di cui agli artt. 648-bi e 648-ter cod. pen. e quello di cui all’art. 416-bis cod. pen., quando la contestazione di riciclaggio o reimpiego riguardi denari, beni o utilità provenienti proprio dal delitto di associazione mafiosa”.

Ma il percorso motivazionale prosegue con una rivisitazione della controversa struttura e natura dell’aggravante di cui al sesto comma dell’art. 416 bis, poiché all’imputato si contestava anche tale aggravante, rispetto alla quale doveva riesaminarsi la problematica della configurabilità del concorso con i reati di riciclaggio e reimpiego, tenendo conto che essa è configurabile nei confronti dell’associato mafioso che abbia commesso il delitto che ha generato i proventi oggetto, da parte sua, di successivo reimpiego, costituendo questa una sorta di progressione criminosa rispetto al reato base.

10. I criteri discretivi del principio di diritto di valenza nomofilattica. Le connessioni e implicazioni con la questione principale.

Il criterio di discernimento dei principi di diritto effettivamente vincolanti – ossia, relativamente vincolanti per il giudice di merito, ma addirittura preclusivi di future decisioni difformi, nella giurisprudenza di legittimità a sezioni semplici, fatta salva la possibilità di prospettare nuove soluzioni attraverso lo strumento della rimessione obbligatoria – si ricava dallo stesso fondamento giustificativo della funzione nomofilattica, che risiede e si coglie nell’esigenza di assicurare la certezza interpretativa e quindi la coerenza delle future decisioni in modo da assicurare una ragionevole stabilità del sistema.

Il criterio pilota è quello della connessione logico-giuridica con la questione principale, oggetto dell’ordinanza di rimessione o che giustifica l’assegnazione *ab initio* del ricorso alle SS.UU. Ma un criterio, di regola intrecciato al primo e tuttavia dotato di autonoma e specifica rilevanza - se si considera che l’ordinanza di rimessione ha per effetto di investire il massimo organo nomofilattico della decisione di tutto il ricorso e non solo della questione evidenziata nell’ordinanza di rimessione; e che la decisione del ricorso richiede non di rado di risolvere anche altre questioni di diritto - è quello della *ratio decidendi*.

In forza di tale criterio, sono certamente vincolanti i principi di diritto la cui enunciazione è parte integrante della *ratio decidendi*, perché su di essi si fonda la decisione del ricorso, come si evince dalla perentoria statuizione dell’art. 173, comma 3 delle disp. att. cod. proc. pen. (“Quando il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite, la sentenza enuncia sempre il principio di diritto sul quale si basa la decisione”).

A tale criterio, nonché ai principi generali più consolidati sulla funzione di nomofilachia assegnata alla giurisdizione di legittimità sembra attenersi Cass. Sez. V., 17 dicembre 2020 (dep. il 25/01/2021), nel definire i Poteri delle SS.UU. e nozione e ambito applicativo del principio di

diritto vincolante ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 618, comma 1-bis: «Anche dopo l'inserimento del comma 1-bis nell'art. 618 c.p.p. ad opera della L. 23 giugno 2017, n. 103, rimane invariato, in capo alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il potere di enunciare il principio di diritto ex art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p., delineandone i confini e, in funzione nomofilattica e di razionalizzazione del sistema, analizzandone le possibili connessioni ed implicazioni anche in relazione a profili non specificamente devoluti, così che la regola enucleata possa essere esauriente e fungere da guida e fungere da guida per orientare in maniera certa, e, quindi, prevedibile, le future decisioni».

Non è affatto una pronunzia tesa a sterilizzare la portata innovativa delle modifiche che rafforzano la funzione nomofilattica assegnata, con particolare rilievo, alle SS.UU. Al contrario si chiarisce che il rafforzamento introdotto con il vincolo processuale sancito dall'art. 618, comma 1-bis non deve essere inteso e far credere che il potere delle SS.UU., investite del ricorso ex art. 618, di enunciare principi di diritto capaci di enucleare le regole che servono ad orientare in maniera certa e quindi prevedibile le future decisioni siano strettamente limitati alla risposta al quesito loro rimesso. L'ambito di estensione di quel potere, e quindi anche del principio di diritto affermato nel suo concreto esercizio, è indicato dall'art. 173, disp. att. e quindi si estende a tutti i principi di diritto su cui si fonda la decisione del ricorso. Non solo, ma sono le stesse SS.UU., e non altri, a delinearne i confini, analizzandone le possibili connessioni ed implicazioni anche in relazione a profili non specificamente devoluti, poiché questo è il compito che sono chiamate ad adempiere in un'ottica di razionalizzazione e stabilizzazione del sistema nella loro funzione.

Principi di innegabile efficacia chiarificatrice. Ma tenendo presente che, da un lato, l'art. 173 disp. att. non è sufficiente a dare fondamento normativo all'esercizio della funzione nomofilattica nei termini in cui la stessa Sez. V la intende, perché lega inscindibilmente tale funzione a quella più specificamente giudiziale di decisione del ricorso. Invece, l'ampia latitudine dei poteri inerenti all'esercizio della funzione nomofilattica, come comprovato dal disposto dell'art. 618, comma 1-ter, giustifica la facoltà di pronunciarsi non soltanto su questioni che esulano *dai profili specificamente devoluti* con l'ordinanza di rimessione; ma persino su questioni che non hanno immediata o rilevante ricaduta sulla decisione del ricorso: almeno quante volte questa esorbitanza sia ritenuta, nella valutazione insindacabile delle stesse SS.UU. necessaria per adempiere al meglio alla funzione nomofilattica, giacché alle stesse SS.UU. e solo a loro compete di delineare i confini del principio di diritto enunciato e di analizzarne le possibili connessioni ed implicazioni.

Dall'altro:

a) Il principio di diritto vincolante non coincide esattamente con la *ratio decidendi*. Quest'ultima si identifica con la soluzione offerta o adottata per una questione di diritto più generale -cioè non riguardante solo il caso particolare – ma la cui risoluzione è essenziale per soddisfare l'esigenza di dare una risposta giustificata alla domanda di giustizia nel caso concreto da decidere. Invece, il principio di diritto è l'interpretazione che è stata data di una disposizione normativa la cui applicazione si è resa rilevante in un caso precedente diviene rilevante.

b) non tutte le affermazioni giuridicamente rilevanti che concorrono a supportare la *ratio decidendi*, cioè la ragione principale e determinante per cui è stata adottata o deve essere adottata una certa decisione piuttosto che un'altra sono principi su cui si fonda la decisione, perché può trattarsi di affermazioni che pur esprimendo concetti e principi giuridici, mirano e valgono a corroborare, a rafforzare o a chiarire e meglio esplicitare il principio su cui si fonda la decisione;

c) nel percorso motivazionale che approda all'enunciazione del principio di diritto vengono sovente richiamati espressamente principi che offrono soluzione a questioni "pregiudiziali", ma che sono additati come espressione di un orientamento consolidato, in quanto si è espresso attraverso una molteplicità di pronunce conformi: principi che però non sono messi in discussione neppure dalle parti e tanto meno appaiono "problematizzati" nell'ordinanza di rimessione, sicché non vi sarebbe alcuna ragione che giustifichi un intervento delle SS.UU.: qui dovremmo essere fuori dall'ambito dei principi vincolanti ex art. 618, comma 1-bis, a meno che le SS.UU. non ritengano di dover prendere posizione in senso contrario, sovvertendo l'orientamento fino ad allora dominante oppure sposando la tesi minoritaria tra quelle emerse nella pregressa giurisprudenza; oppure ancora

richiamino quei principi per integrarli di nuovi contenuti che siano effettivamente rilevanti per la decisione del ricorso, così da fugare il dubbio che si tratti di un obiter dictum.

Sono dunque “principi di diritto”, nell’accezione che qui interessa, le soluzioni adottate per dirimere questioni **pregiudiziali**, e tali sono quelle la cui risoluzione costituisce un passaggio obbligato per poter risolvere la questione principale. Essi s’inscrivono del resto anche tra quelli che “servono” a decidere il ricorso

ESEMPLIFICAZIONE:

v. il concetto di “procedimento diverso” ai sensi dell’art. 270 c.p.p. nella sentenza CAVALLO e al fine di rispondere al quesito sull’ambito di estensione del divieto di utilizzabilità ivi sancito;

v. l’immediata applicabilità ai giudizi in grado di appello in corso alla data di entrata in vigore della riforma ORLANDO e in relazione all’art. 603, comma 3 bis, nella sentenza DINE;

v. la sentenza MANNINO sulla struttura e i connotati performanti del reato di associazione mafiosa per rispondere al quesito sui presupposti costitutivi del concorso esterno nel medesimo reato associativo;

v. la sentenza MODAFFARI che torna sulle questioni interpretative del paradigma normativo dell’art. 416 bis, con un’accurata rivisitazione della giurisprudenza sul tema, prospettando soluzioni nuove, secondo alcuni, o, secondo altri, che mediano tra quelle già emerse nella giurisprudenza di legittimità, ma comunque contengono elementi innovativi, e lo fa per rispondere al quesito che concerneva l’idoneità della rituale affiliazione ad un’associazione di stampo mafioso e rientrante tra le c.d. “mafie storiche”, a provare, se acclarata, la colpevolezza in ordine al reato base di partecipazione ad associazione di stampo mafioso;

v. la sentenza DASGUPTA, che, investita della questione se e come fosse censurabile nel giudizio di legittimità il ribaltamento in appello del verdetto assolutorio senza previa riassunzione di prove dichiarative decisive, in violazione del principio affermato dalla Corte di Strasburgo – che vi ravvisava una violazione dell’art. 6 CEDU – si è giustamente posta la questione pregiudiziale su come La Convenzione possa essere resa operante con effetti di immediata applicazione nel diritto interno, enunciando al riguardo un principio di diritto.

Ed ancora, la sentenza IAVARAZZO, che, per rispondere al quesito specificamente devoluto, nel rivisitare le varie tesi interpretative sul significato e la natura della clausola di riserva che figura negli artt. 648 bis e 648-ter, enuncia un principio che viene però formulato come espressione di un convincimento: «Indipendentemente dalla ricostruzione dogmatica della clausola, il Collegio tuttavia ritiene che la previsione che esclude l’applicabilità dei delitti di riciclaggio e reimpiego di capitali nei confronti di chi abbia commesso o concorso a commettere il delitto presupposto costituisce una deroga al concorso di reati che trova la sua ragione di essere nella valutazione tipizzata dal legislatore di ritenere l’intero disvalore dei fatti ricompreso nella punibilità del solo delitto presupposto».

E quando prende posizione sulla questione dell’idoneità del delitto di associazione mafiosa a generare autonomamente ricchezza illecita, sposando l’orientamento giurisprudenziale maggioritario, ma riassumendone i contenuti salienti attraverso la formulazione di un principio unitario. Si tratta di un principio la cui enunciazione è un passaggio logico obbligato, ma non era controverso in sé perché il punto controverso riguardava le conseguenze che i diversi orientamenti giurisprudenziali emersi ne traevano in ordine alla possibilità di contestare al medesimo imputato il reato associativo e i reati di riciclaggio e reimpiego

I principi di diritto “complementari”

Ma sono principi di diritto vincolanti anche quelli “complementari”, che servono a completare il contenuto del principio enunciato in ordine alla questione principale, per delimitarne l’ambito di applicazione o prevenire applicazioni che porterebbero a risultati incongrui (v. la sentenza CAVALLO, in relazione al principio che subordina l’utilizzabilità delle intercettazioni per i reati del medesimo procedimento alla condizione che, oltre ad essere connessi ex art. 12, rientrino nei limiti

di ammissibilità ex art. 266. O La sentenza SANNA (SS.UU. 26 novembre 2020, n. 52 dep. 10 febbraio 2021), che investita della questione sugli effetti della sospensione della prescrizione nel giudizio di cassazione ex art. 83, comma 3 bis della normativa sull'emergenza Covid-19, ha esteso l'esame all'intera disciplina della sospensione della prescrizione prevista dall'art. 83, pervenendo a una ricostruzione organica dell'intero istituto).

E sono principi di diritto vincolanti anche quelli stabiliscono la soluzione da adottare per questioni consequenziali, anche se diverse da quelle specificamente devolute con l'ordinanza di rimessione (o da quelle che avevano motivato l'originaria assegnazione alle SS.UU., ex art. 610), che debbono essere risolte per dare un seguito concreto all'applicazione del principio di diritto enunciato sulla questione principale (v. la sentenza DASGUPTA, con riferimento al principio che all'accertata violazione dell'obbligo di rinnovazione istruttoria debba conseguire l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio, proprio per consentire la nuova assunzione della prova dichiarativa ritenuta decisiva. E, sempre in tema, la sentenza DINE che, in caso di impossibilità della rinnovazione, per morte del dichiarante, onere il giudice dell'appello di esercitare i propri poteri officiosi ex art. 603 per ricercare ogni elemento utile a integrare la prova ormai irripetibile per corroborarne l'efficacia ossia ogni utile elemento di riscontro, incluso dare lettura delle dichiarazioni predibattimentali per saggiare la credibilità del dichiarante o l'attendibilità e la coerenza del suo narrato); ed anche se si tratta di questioni non rilevanti per la decisione del ricorso, almeno quante volte la loro connessione con la questione principale renda necessario – alla stregua di una valutazione discrezionale delle stesse SS.UU. - pronunciarsi in merito anche a tali questioni, per poter adempiere al meglio alla funzione nomofilattica, scongiurando il rischio di fraintendimenti sul contenuto o la portata del principio enunciato rispetto alla questione principale; o prevenendo il rischio di incertezze e contrasti su aspetti problematici connessi alla sua osservanza, anche se non pertinenti al caso di specie¹⁸.

11. Le questioni di diritto “ordinarie” o “comuni”, devolute con la rimessione del ricorso (o con l'assegnazione originaria): i due orientamenti. Critica: nessuna possibilità di distinzione ai fini della speciale autorità del principio di diritto vincolante ai sensi dell'art. 618, comma 1-bis.

Tutte le questioni di diritto da risolvere per la decisione del ricorso sono risolte mediante l'enunciazione di un principio di diritto: lo stesso cui si riferisce l'art., 173, comma 3, disp. att.

E' vero che possono darsi questioni dedotte nel giudizio di legittimità attraverso il ricorso e rispetto alle quali non si profila l'esigenza di un intervento in chiave nomofilattica, perché sviscerate e arate da tempo con il risultato che si è formato e consolidato un orientamento uniforme o dominante. Ma questo è un motivo di più per ritenere vincolante anche ai sensi dell'art. 618, comma 1-bis, il principio di diritto con cui le SS.UU. dovessero ribadire e sigillare quell'orientamento.

La decisione in ipotesi difforme di una sezione semplice sarebbe in contrasto con un orientamento consolidato che per di più è stato validato da una pronuncia delle SS.UU. Ed è paradossale che la sezione semplice non possa decidere in difformità dal principio di diritto enunciato dalle S.UU. per comporre un contrasto di giurisprudenza o a dirimere una questione che potrebbe dare luogo a contrasti interpretativi; e possano invece farlo se il principio di diritto enunciato dalle stesse SS.UU. rispecchia e ribadisce e sigella un orientamento consolidato.

¹⁸ V. la sentenza ANDREAZZA, dal nome del cons. relatore sulle condizioni e i limiti di applicabilità dell'inedito art. 573-bis, c.p.p. ai giudizi di impugnazione per i soli interessi civili: statuisce che la prosecuzione del giudizio, nel caso in cui debba applicarsi la nuova disciplina – ma non era questo il caso di specie – avviene senza necessità di un atto di riassunzione; e così risolve una questione diversa da quella oggetto del quesito rimesso e non pregiudiziale rispetto alla decisione del caso di specie. E la sentenza PAVAN, sulla natura e deducibilità nel giudizio di legittimità del vizio configurabile nel caso di ribaltamento del verdetto assolutorio fondato su una diversa valutazione della perizia acquisita in modalità cartolare: e non era questo l'oggetto del quesito, né l'ipotesi era riferibile al caso di specie. Ed ancora la sentenza DASGUPTA sull'estensione dell'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale all'ipotesi di appello della sola parte civile.

Anche nell'ipotesi inversa, vi sarebbe un motivo di più per ritenere vincolante il principio di diritto enunciato dalle SS.UU. che, al di fuori dei temi e delle questioni di cui sia stata specificamente investita con l'ordinanza di rimessione, risolva una questione di diritto che deve pure risolvere per decidere il ricorso; e lo faccia con un *overruling* rispetto alla precedente giurisprudenza di legittimità. Si può mai ammettere che in tal caso il principio che sovverte orientamenti consolidati, possa essere sfidato o disatteso dalle sezioni semplici rimaste fedeli all'orientamento pregresso?

Piuttosto, deve convenirsi che il problema è più apparente che reale. Perché se davvero sulle questioni minori o comuni dedotte con il ricorso, le SS.UU. si limitano a ribadire principi consolidati, è davvero remota la possibilità di pronunce successive dissonanti. Ma laddove vi fosse la tentazione o si avvertisse la necessità di riconsiderare il principio di diritto che rispecchi un orientamento consolidato, piuttosto che fare spazio a pronunce che potrebbero creare disorientamento e incertezza, appare preferibile l'opzione che reputa necessario provocare il prima possibile un intervento chiarificatore del massimo organo nomofilattico.

12. Il vero problema: il contrasto dissimulato.

La forte condivisione dei valori comuni che sono anche nella ratio delle misure di rafforzamento della nomofilachia dovrebbero costituire il migliore antidoto contro la tentazione di decisioni "eretiche", che si discostino dal dictum delle SS.UU. senza rispettare l'obbligo di rimettere la questione.

Il problema si fa concreto e rende tutt'altro che remoto il rischio di elusione dell'obbligo perché variegati sono i percorsi argomentativi capaci di e diretti a sfumare i contrasti con i precedenti di legittimità, per dimostrare che non ricorrono i presupposti per l'applicazione del principio di diritto precedentemente formulato (che rimane valido); o che, alla luce di aspetti in precedenza non considerati e che emergono nella concretezza e peculiarità del caso di specie, il principio, senza essere ripudiato, deve però essere rimodulati e precisato con l'effetto di restringerne l'ambito di applicazione. E sono proprio le SS.UU. ad averlo insegnato:

1) la sentenza *SORGE* (SS.UU.18/04/2019, n. 24906 sulla contestazione in fatto);

2) la sentenza *FILARDI e altri* (SS.UU. 16/07/2020, n. 29541), sul criterio discrezionale tra esercizio arbitrario delle proprie ragioni, con violenza a persone ed estorsione (*ed in particolare se si differenzino con riferimento al livello di gravità della violenza o della minaccia esercitata o, invece, in relazione al mero elemento psicologico; e in questa seconda ipotesi come debba essere accertato tale elemento*); e sulla qualificazione del reato di cui all'art. 393 c.p. come reato proprio esclusivo e, conseguentemente, *come possa configurarsi il concorso del terzo non titolare della pretesa giuridicamente tutelabile*¹⁹.

3) La sentenza *DINE* (SS.UU., 30/09/20212, n. 11586), sulla riforma in appello del giudizio assolutorio nel caso di impossibilità di rinnovazione della prova a causa del decesso del dichiarante. La questione di diritto viene così sintetizzata dall'estensore: «se, in caso di riforma in appello del giudizio assolutorio di primo grado, fondata su una diversa valutazione delle dichiarazioni ritenute decisive, l'impossibilità di procedere alla rinnovazione della prova dichiarativa a causa del decesso del soggetto da esaminare precluda, di per sé sola, il ribaltamento del suddetto giudizio».

¹⁹ Emblematico il seguente passaggio della motivazione sul primo dei punti controversi: «A ben vedere, il denunciato contrasto di orientamenti riguardante la distinzione tra i reati di cui agli artt. 393 e 629 cod. pen. risulta più apparente che reale». E ne segue una disamina delle decisioni più recenti e significative in cui si è apparentemente fatto applicazione di un diverso criterio discrezionale, fondato sulla ridondanza dell'entità della violenza o della minaccia.

E la questione è stata risolta nel senso che, nell'ipotesi considerata, la riforma della sentenza di assoluzione non è preclusa, ma con una significativa precisazione che lega l'overruling rispetto alla sentenza DASGUPTA all'evoluzione della giurisprudenza della Corte Edu (oltre che alla modifica intervenuta nel diritto interno): «**tuttavia, la motivazione della sentenza che si fondi sulla prova non rinnovata deve essere rafforzata sulla base di elementi ulteriori, idonei a compensare il sacrificio del contraddittorio, che il giudice ha l'onere di ricercare ed eventualmente acquisire anche avvalendosi dei poteri officiosi di cui all'art. 603, comma 3, c.p.p.**».

La soluzione applicativa del principio, pertinente al caso di specie viene rinvenuta nel combinato disposto degli artt. 598 e 603, comma 3 cod. proc. pen. che consentono, di recuperare a fini probatori, e ai fini di una rilettura critica delle dichiarazioni oggetto di valutazione difforme, i verbali delle dichiarazioni predibattimentali della stessa fonte, sebbene si vertesse fuori dell'ipotesi di recupero previsto dagli artt. 512 e 513 perché il dichiarante aveva già depono. Ma la sentenza si segnala per il tentativo di sfumare la portata dell'overruling rispetto alla DASGUPTA. Ma soprattutto, posto che si dava atto del mutamento intervenuto nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo (rispetto alle pronunce che avevano "ispirato" la DASGUPTA) ed anche nel quadro normativo, per effetto del novello comma 3 bis aggiunto dalla legge 23 giugno 2017, n. 103 all'originario testo dell'art. 603, c.p.p., si è posta la questione – che non era oggetto dell'ordinanza di rimessione – dell'applicabilità dello *ius superveniens* al procedimento giunto alla fase del giudizio di revisione, tenuto conto che la sentenza di primo grado era stata emessa nel 2016 (addirittura prima della DASGUPTA); la sentenza del primo giudizio d'appello era intervenuta il 19 aprile 2017 e quindi dopo la DASGUPTA, ma prima della riforma ORLANDO (mentre la sentenza della Corte di cassazione che aveva annullato, con rinvio, la condanna emessa dalla Corte d'Assise d'appello senza rinnovazione della prova dichiarativa pur ritenuta decisiva era intervenuta il 13 luglio 2017; e la sentenza emessa in grado di appello dal giudice del rinvio era del 20 marzo 2019, e quindi successiva all'entrata in vigore della riforma ORLANDO).

Ebbene, le SS.UU., pur confrontandosi con la sentenza LISTA, hanno ritenuto che il principio di diritto ivi enunciato non potesse trovare applicazione nel caso di specie. E non perché non fosse condivisibile in sé, ma perché una pedissequa applicazione avrebbe portato a risultati incongrui e non conformi alla ratio della soluzione accolta dalla stessa sentenza LISTA²⁰. Ed hanno concluso che quel principio deve essere tenuto fermo, ma al contempo deve essere correttamente inteso come riferibile «all'atto di impugnazione in senso stretto, che consente il passaggio al successivo grado di giudizio ricompreso nella tipologia di atti con effetti istantanei», poiché soltanto «con riferimento a questo tipo di actus, con funzione autoreferenziale si giustifica la regola posta dalla sentenza citata, secondo cui, come si è visto, il regime dell'atto di impugnazione viene determinato con riferimento alla normativa in vigore al momento della pronuncia della sentenza impugnata, in quanto "è in rapporto a quest'ultimo actus e al tempus del suo perfezionamento, che vanno valutati la facoltà di impugnazione, la sua estensione, i modi e i termini per esercitarla (così la sentenza LISTA). Ma nella fattispecie in esame la situazione è completamente diversa».

5) SS.UU. 25 maggio 2023 (dep. 21 settembre 2023), n. 38481 che ha composto il contrasto di giurisprudenza²¹ sull'immediata applicabilità o meno della disposizione di cui all'art. 573, comma 1

²⁰ Va rammentato che le SS.UU. n. 27614 del 29/03/2017, LISTA, hanno stabilito che, ai fini della individuazione del regime applicabile, in assenza di disposizioni transitorie, deve farsi riferimento al momento della emissione del provvedimento impugnato e non già a quello della proposizione dell'impugnazione. E ciò perché il parametro normativo alla stregua del quale individuare l'actus è quello che si rinviene nell'art. 11, comma 1 delle preleggi, a norma del quale la legge non dispone che per l'avvenire, se non è diversamente disposto. Ma tale principio, dice adesso la sentenza DINE, deve essere inteso non solo come irretroattività, in mancanza di diversa disposizione; ma anche come immediata applicabilità, sempre fatta salva un'eventuale disciplina transitoria. E ciò comporta che la nuova disciplina debba trovare applicazione a tutte le fattispecie che si perfezionano a partire dalla sua entrata in vigore.

²¹ L'orientamento favorevole all'immediata applicabilità argomentava che, proseguendo il giudizio dinanzi al giudice civile, e quindi nella sua sede naturale, trattandosi solo di interessi civili, nessun pregiudizio poteva venirne alla parte impugnante, che peraltro dovrebbe procedere alla riassunzione, con la conseguente

bis alle impugnazioni per i soli interessi civili pendenti alla data di entrata in vigore della novella disposta dal d.lgs. 159/2022 (e quindi dal 30 dicembre 2022), e sulle condizioni per l'applicabilità della nuova disposizione, nel senso che: «l'art. 573, comma 1-bis c.p.p., introdotto dall'art. 33 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, si applica alle impugnazioni per i soli interessi civili proposte relativamente ai giudizi nei quali la costituzione di parte civile sia intervenuta in epoca successiva al 30 dicembre 2022, quale data di entrata in vigore della citata disposizione».

Il contrasto verteva sul diverso modo di declinare il principio *tempus regit actum*, che uno dei due orientamenti postulava diversi applicare in conformità a quanto sancito al riguardo dalla sentenza LISTA e quindi assumendo come actus da cui far decorrere l'applicabilità della nuova disciplina la sentenza oggetto di impugnazione, con la conseguenza di ritenere applicabile la novella legislativa solo con riferimento alle impugnazioni proposte avverso sentenze emesse dopo la sua entrata in vigore. Mentre l'opposto orientamento valorizzava l'inciso relativo alla prosecuzione del giudizio per inferirne che la norma si riferisse anche a giudizi d'impugnazione già incardinati e ancora pendenti.

Le SS.UU. hanno adottato una soluzione diversa da quella additata dai due orientamenti, che ancora l'applicabilità della modifica normativa alla data dell'originario atto di costituzione della parte civile, valorizzando la contestuale modifica varata con la previsione di cui al novellato art. 70, comma 1 lett. d) per cui l'atto di costituzione deve, sempre a pena d'inammissibilità, contenere l'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda **agli effetti civili**. Ivi si sostiene che una pedissequa applicazione del criterio indicato nella sentenza LISTA avrebbe portato a risultati incongrui e che ne contraddirebbero il senso, perché in contrasto con il disposto dell'art. 11 delle preleggi (Eppure la questione sembrerebbe attenere proprio al contenuto, l'estensione e i limiti e le modalità di esercizio del diritto di impugnazione). Ed hanno anche formulato un principio, ancorché non oggetto di formale enunciazione, che è insieme *complementare* (rispetto al contenuto e alla giustificazione del principio di diritto sulla questione principale) e *conseguenziale* perché regola le modalità della prosecuzione dinanzi al giudice civile, stabilendo che non è previsto uno specifico atto di riassunzione, per cui il giudizio civile dovrà essere definito sulla base della domanda come originariamente formulata. Va anche detto che tale questione, sebbene non fosse oggetto specifico dell'unico quesito rimesso alle SS.UU. era stata adombrata, con varietà di accenti, nelle ordinanze di rimessione²².

13. Una conclusione sostenibile.

I principi di diritto enunciati dalla Corte di cassazione nell'esercizio della sua funzione nomofilattica non sono un modello di soft law. Essi sono dotati di una loro pregnante forza giuridica e di una conseguente efficacia vincolante. Si tratta di decifrare la natura di questa forza giuridica, il suo fondamento e i suoi limiti. E darle il posto che le compete in un sistema di fonti che del resto già include il diritto giurisprudenziale in funzione rigorosamente servente rispetto al primato della legge, presidiato dai corollari del principio di legalità (almeno nel campo del diritto penale).

possibilità di emendare o confermare l'originaria formulazione della domanda per adeguarla se necessario al nuovo ambito processuale. senza necessità di alcuna riassunzione. Opposto l'orientamento secondo cui la nuova norma non prevede alcuna riassunzione, perché il giudice dell'impugnazione, dopo averne valutata l'ammissibilità, rinvia per la prosecuzione e quindi rimette le parti dinanzi al giudice civile senza alcuna soluzione di continuità: con la conseguenza che la parte impugnante si troverebbe costretta ad affrontare un giudizio inevitabilmente retto da regole diverse da quelle alla stregua delle quali aveva concepito e congegnato il proprio gravame (come quelle sul criterio di accertamento nel nesso eziologico). Con la precisazione che, accedendosi a questa ricostruzione, dovrebbe farsi riferimento, più che alla data di emissione della sentenza, a quella di deposito della motivazione (una sorta di correttivo al principio della sentenza LISTA).

²² Il quesito era stato formulato, nel decreto con cui la Presidente aveva assegnato il ricorso alle SS.UU., nei seguenti termini: «se l'art. 573, comma 1- bis c.p.p. sin applichi a tutte le impugnazioni per i soli interessi civili pendenti pendenti alla data del 30 dicembre 2022, o, invece, alle sole impugnazioni proposte avverso le sentenze pronunciate a decorrere dalla suddetta data».

Sono dunque assistiti da tale forza giuridica i principi di diritto enunciati dalle sezioni semplici della Corte di cassazione, nel decidere i ricorsi loro assegnati, quando su di essi si fonda la decisione emessa. Lo sono ancora di più – stante la speciale autorità desumibile dai commi 1-bi e 1-ter del novellato art. 618, c.p.p. - quelli enunciati dalle Sezioni Unite, nel risolvere le questioni loro devolute, con assegnazione originaria ex art. 610 o con rimessione nei casi indicati dall'art. 618 c.p.p., unitamente alla decisione del ricorso (con facoltà di pronunciarsi anche se, per cause sopravvenute, il ricorso sia divenuto inammissibile); e lo sono, i principi di diritto enunciati dalle SS.UU., anche se trascendono i profili specificamente devoluti, ma siano legati alla questione principale da idonei nessi di connessione o implicazione logico-giuridica, e persino quando non siano rilevanti per la decisione del ricorso: sempre che, in tale evenienza, e nella loro valutazione discrezionale, le stesse SS.UU. ritengano necessario pronunciarsi per specificare il contenuto o la portata del principio enunciato in ordine alla questione principale, al fine di evitare fraintendimenti nella sua applicazione futura, o di prevenire il rischio di futuri contrasti interpretativi.

E restano assistiti dalla medesima forza giuridica, infine, i principi di diritto enunciati dalle SS.UU. nella decisione del ricorso (ai sensi e nei limiti di cui all'art. 173, commi 2 e 3, disp. Att. cod. proc. pen.), anche se afferenti a questioni di diritto diverse da quelle devolute con il decreto di assegnazione ex art. 610 o con l'ordinanza di rimessione ex art. 618.

L'efficacia vincolante, rispetto alla decisione di casi successivi a quello in relazione al quale sono stati enunciati i principi di diritto dell'organo nomofilattico, si dispiega però solo sul terreno dell'esegesi normativa. Essa è quindi superabile attraverso un ragionamento che sia dotato di idonea forza persuasiva, da svilupparsi attraverso la motivazione della sentenza (di merito), che dovrà essere capace di distillare il meglio delle doglianze, delle sollecitazioni e degli apporti critici di tutte le parti del processo. Fermo restando che a validare con effetti suscettibili di proiettarsi anche in casi successivi le ragioni che giustifichino un superamento o un ridimensionamento del "precedente di legittimità", o più semplicemente la possibilità di discostarsene nel caso di specie, dovrà essere lo stesso organo nomofilattico; e, in particolare, le SS.UU., se il principio di diritto controverso sia consacrato in un precedente del massimo organo nomofilattico.

Analogo sforzo motivazionale è richiesto all'eventuale ordinanza di rimessione ex art. 618, comma 1-bis, traendo spunto dalla quale è il caso di chiedersi se non sia giunto il momento di dare maggiore spazio e risalto alla *dissenting opinion*, ancora oggi confinata negli angusti – e rigorosamente riservati - limiti di cui all'art. 125, comma 5, c.p.p.²³, che ne fanno sostanzialmente una precauzione in vista di possibili risvolti disciplinari a tutela del magistrato dissenziente.

²³ La disposizione richiamata stabilisce che «Nel caso di provvedimenti collegiali, se lo richiede un componente del collegio che n ha espresso voto conforme alla decisione, è compilato sommario verbale contenente l'indicazione del dissenziente, della questione o delle questioni alle quali si riferisce il dissenso e dei motivi dello stesso, succintamente esposti. Il verbale, redatto dal meno anziano dei componenti togati del collegio e sottoscritto da tutti i componenti, è conservato a cura del presidente in plico sigillato presso la cancelleria dell'ufficio».