

INDIPENDENZA DEL GIUDICE E RISPETTO DEL PRECEDENTE

di Massimo Vogliotti

(Professore ordinario di Filosofia del diritto
presso l'Università del Piemonte Orientale)¹

SOMMARIO: 1. Una questione a lungo assente nel dibattito penalistico italiano – 2.

Dalla centralità del tema dell'indipendenza... - 3. ...alla crescente attenzione per il valore della prevedibilità delle decisioni: il problema dei contrasti giurisprudenziali – 4. Le prime risposte: la sentenza della Corte costituzionale sull'*ignorantia legis*... - 5. ...e la riscoperta della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, tra antiche diffidenze e nuove aperture – 6. La svolta delle “sentenze gemelle”: la vincolatività della giurisprudenza della Corte europea... – 7. ...e l'ingresso nell'ordinamento giuridico italiano della concezione europea della legalità – 8. Due importanti contributi della Corte europea per affrontare la questione dei contrasti diacronici e sincronici di giurisprudenza e la riforma dell'art. 618 c.p.p. – 9. Quale vincolatività per il precedente? – 10. Meccanismi di *enforcement* del precedente ed etica del limite.

1. Il tema che mi è stato assegnato, «Indipendenza e imparzialità del giudice», è molto vasto e va al di là delle mie competenze. Ho scelto, pertanto, di affrontarlo da una prospettiva molto particolare, e anzi inconsueta rispetto alle trattazioni tradizionali: l'indipendenza (funzionale) del giudice rispetto a decisioni di altri giudici, nazionali e sovranazionali.

In altre parole, il tema su cui vorrei soffermarmi è quello del rapporto tra l'indipendenza del giudice e il rispetto del precedente.

La questione non è trattata da Mario Chiavario che pure – nel libro che ha ispirato il presente convegno – indaga con il consueto scrupolo tutte le declinazioni del tema dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice. Dico tutte, perché l'assenza di questo aspetto del tema dell'indipendenza non è una lacuna: nel momento in cui scriveva *Processo e garanzie della persona, anno domini 1976*², il tema in questione non era

¹ Intervento intitolato “*Indipendenza e imparzialità*” con la partecipazione in qualità di *discussant* del Professor Paolo Ferrua.

² M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, Milano 1976. Anche la terza e ultima edizione, del 1984, non affronta il tema in questione.

avvertito come un problema legittimo dalla comunità penalistica italiana, sia sul versante processuale sia, a maggior ragione, su quello sostanziale.

Allora, la riserva assoluta di legge non era ancora stata insidiata dalla scoperta del diritto penale giurisprudenziale, che, per la penalistica italiana, continuava ad essere percepito come un ossimoro: rispetto alla cornice teorica e mitologica del paradigma penale moderno, assolutamente dominante nella comunità scientifica dell'epoca, le sentenze dei giudici penali non erano e non dovevano essere fonte del diritto e, quindi, la questione se il giudice dovesse essere soggetto non solo alla legge, ma anche, in qualche modo, ai precedenti giudiziali, non si poneva³. E Mario, coerentemente, non se la pone.

Qualche anno dopo, Alessandro Pizzorusso, nel suo intervento al convegno di Senigallia del 1979 in memoria del giudice Emilio Alessandrini, pur proponendo di aggiornare l'interpretazione della formula dell'art. 101 comma 2 della Costituzione («I giudici sono soggetti soltanto alla legge»), alla luce della perdita della centralità del ruolo di quella fonte in seguito all'avvento della Costituzione, suggerendo di intendere il termine legge non in senso formale («l'atto approvato dal parlamento»), ma come «tutto ciò che nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano costituisce "diritto"», non si spinge fino a includere la giurisprudenza nella nozione di "diritto" cui il giudice deve essere sottoposto⁴.

A dire il vero, in quegli anni si era già affacciato sulla scena penalistica italiana un nuovo attore che diventerà sempre più ingombrante: il processo. Per effetto della «giurisprudenza alternativa» (esemplarmente incarnata dai c.d. «pretori d'assalto») e, più in generale, della scelta di politica giudiziaria di estendere il controllo di legalità in

³ Utilizzo qui il termine "paradigma" nel significato che gli attribuisce Thomas Kuhn e cioè «conquiste scientifiche universalmente riconosciute, le quali, *per un certo periodo*, forniscono un modello di *problemi* e *soluzioni* accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca» (Th. S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962, 1970²), Torino 1999, 10; la sottolineatura è nostra). Quando un paradigma si afferma dopo una rivoluzione scientifica (com'è accaduto con l'affermazione del paradigma giuridico moderno rispetto al paradigma medievale), si apre la fase della «scienza normale». Essa si occupa della «ripulitura» del nuovo paradigma, ossia si impegna «all'articolazione di quei fenomeni e di quelle teorie che sono già fornite» da esso. Una tale attività si presenta «come un tentativo di forzare la natura entro le caselle prefabbricate e relativamente rigide fornite dal paradigma». Compito della scienza normale non è, infatti, quello di scoprire nuovi generi di fenomeni; «anzi, spesso sfuggono completamente quelli che non si potrebbero adattare all'incasellamento» (44). Quando le anomalie del paradigma raggiungono una certa soglia di tolleranza si apre la fase di «scienza straordinaria», caratterizzata dalla proliferazione di varie teorie in competizione che preludono alla formazione di un nuovo paradigma, ponendo fine alla rivoluzione scientifica.

⁴ A. Pizzorusso, *Intervento*, in *Giudici separati? Magistratura, società e istituzioni negli anni '80*, Atti del convegno di Senigallia in memoria del giudice Emilio Alessandrini (9-11 novembre 1980), in *Giustizia e costituzione*, 3-4, 1980, 184. L'unica apertura che Pizzorusso fa alla giurisprudenza fonte è rappresentata dalle sentenze della Corte costituzionale.

ambiti fino allora immuni (i santuari politici ed economici e l'azione della pubblica amministrazione) e di tutelare direttamente, stante la latitanza del legislatore, i nuovi valori costituzionali ridefinendo i beni giuridici della vecchia legislazione penale – il processo stava acquisendo una visibilità inedita e un'incidenza politica via via crescente⁵.

La novità, non stupisce, è avvertita dapprima dalla dottrina processualpenalistica e, in particolare, da Massimo Nobili che nel 1977, forte delle sue conoscenze storiche e sociologiche, sottopone a revisione due dogmi della tradizione tecnico-giuridica, ancora imperante negli anni Settanta («la concezione normativa» e quella «strumentale del processo»), proponendo di studiare il processo come un «*fenomeno sociale complesso*», non riducibile a un mero «apparato di trasmissione» dei comandi legislativi, la sola «fase politicamente qualificata»⁶. In questa prospettiva, che rimarrà a lungo isolata, il processo viene ricollocato al «centro del “ciclo di produzione” del diritto, momento primario dell'esperienza giuridica»⁷. Lungi dall'essere un «episodio di marginale rilevanza e di scarsa incidenza sociale, destinato a realizzare e perpetuare un ordinamento, senza nulla togliervi o aggiungervi», il processo viene ora visto come una forma eminente di controllo sociale, come un «momento duttile e autonomo di incidenza politica»⁸.

E tuttavia, questa prima «riscoperta del momento giurisprudenziale del diritto»⁹, seppur nella prospettiva processuale, non in quella sostanziale delle fonti, non prefigura ancora gli scenari futuri in cui, valorizzando la dimensione *in action* della legalità e puntando l'indice sulla vanificazione della certezza del diritto per effetto dei sempre più numerosi contrasti giurisprudenziali in seno alla stessa Corte di cassazione,

⁵ Su quel capitolo della storia giudiziaria del nostro paese, v., a ridosso di quegli eventi, la lucida analisi di P. Martinelli ed E. Roppo, *Magistratura e processo penale nella crisi del sistema politico*, in *Democrazia e diritto*, 3, 1982, 49-69, che restituisce nella sua complessità (culturale, politica, economica, sociale) il nuovo protagonismo dei giudici e l'inedito attivismo dei pubblici ministeri, rifiutando la categoria falsificante della “supplenza”, la quale sembra «presupporre che vi sia un sistema di competenze “fisiologiche”, che si assume (quasi giusnaturalisticamente) come dato [...] al quale si contrapporrebbero competenze usurpate» (p. 62).

⁶ M. Nobili, *La procedura penale tra “dommatica” e sociologia: significato politico d'una vecchia polemica*, in *Questione criminale*, 1977, 62-63. La netta separazione tra «scienza del processo penale» (la sola “normativa”) e «sociologia processuale penale» (empirica), che, osserva Nobili, ebbe l'effetto di «rinchiudere la scienza del diritto processuale in un ancor più rigido ed esclusivo formalismo, in un esasperato normativismo», è stata tematizzata con chiarezza da Beling nel 1928 e ripetuta con esemplare rigore, nei suoi corsi all'Università di Roma, da Grispigni, che considerava un «*deprecabile confusionismo metodologico*» aprire lo studio del diritto processuale penale allo «studio storico, sociologico, filosofico e politico» (F. Grispigni, *Diritto processuale penale*, vol. I, Roma 1945, 6).

⁷ Ivi, 76.

⁸ Ivi, 64 e 83.

⁹ Ivi, 65 ss.

si giungerà, sul finire del secolo scorso, a proporre l'idea di attribuire una qualche vincolatività al precedente giudiziale¹⁰.

2. In questa prima fase di faticosa e contrastata riscoperta del ruolo produttivo della giurisdizione le questioni sul tappeto sono altre e, per molti versi, opposte. Rispetto alla dialettica indipendenza del giudice/prevedibilità delle decisioni (anche attraverso la valorizzazione del precedente), la giurisprudenza "alternativa" e "progressista" era tutta sbilanciata sul lato dell'indipendenza. Indipendenza sia dai «codici fascisti» che convivevano «in contraddizione insanabile» con la Costituzione repubblicana, sia «rispetto alla tradizionale giurisprudenza di ispirazione autoritaria»¹¹ che trovava nella Corte di cassazione il suo custode inflessibile.

In un tale scenario, in cui si contrapponevano due legalità (la «borghese» legalità legislativa, «strumento esclusivo della classe dominante», e la «nuova legalità» costituzionale)¹² e due giurisprudenze (quella conservatrice della Cassazione e quella "alternativa" dei giudici di «Magistratura democratica», una giurisprudenza – precisa Luigi Ferrajoli nella sua relazione al celebre convegno di Catania del 1972 – «non già più politicizzata, ma politicizzata in senso diverso e contrario», orientata «alla tutela degli spazi d'azione delle forze sociali d'opposizione e all'emancipazione delle classi subordinate»¹³), i temi affrontati dalla dottrina penalistica, che qualche anno dopo comincia anch'essa ad accorgersi del nuovo ruolo assunto dal processo, sono tutti riconducibili a un minimo comun denominatore: la ferma condanna del protagonismo

¹⁰ A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino 1999. L'Autore propone di attribuire al precedente della Cassazione una forza (relativamente) vincolante nei confronti dei giudici di merito, i quali, in caso di dissenso, dovrebbero necessariamente rimettere la questione interpretativa alla Cassazione, fornendo adeguata motivazione. Analoga soluzione è proposta nel caso di dissenso della sezione semplice della Cassazione rispetto al precedente delle sezioni unite. V., per un'approfondita analisi del saggio di Cadoppi, la ricca recensione di M. Donini, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un «nuovo» ruolo della Corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *CP* 2002, 1165-1181, in cui, dopo aver sottolineato la «grande novità e importanza culturale, per il penalista, dell'approccio metodologico di Cadoppi: un approccio istituzionale, e non meramente normativistico, al diritto» (p. 1175), ritiene attualmente non praticabile e comunque inopportuna la proposta di prevedere una vincolatività (seppur relativa) al precedente di una sezione semplice della Cassazione, che scatterebbe fin dalla prima sentenza. Possibile sarebbe, invece, immaginare un vincolo di questo tipo nei confronti delle sentenze delle sezioni unite, le quali intervengono dopo che si è instaurato, tra i giudici, un preliminare e utile confronto sulla questione interpretativa (questa è la soluzione fatta propria da Cadoppi nella seconda edizione del libro, uscita nel 2014). Per una critica condivisibile anche a quest'ultima versione della proposta di Cadoppi, v. E. Lupo, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Roma 2017, 48-50

¹¹ L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, a cura di P. Barcellona, Bari 1973, 108 e 113.

¹² Ivi, 114-115.

¹³ Ivi, 113.

della giurisdizione e la rigida riaffermazione della legalità *in the books*, per la cui tutela – stante l'incapacità o la mancanza di volontà dei giudici ordinari, sempre pronti a «supplire alle eventuali carenze di normazione» – vi è chi propone uno strumento alternativo al tradizionale controllo di legittimità, giudicato inefficace. L'idea è di immaginare una questione «pregiudiziale di rilevanza costituzionale» da sottoporre, «in alternativa alle sezioni unite della Corte di cassazione, a un particolare e ancor più rappresentativo consesso giudicante (eventualmente integrato da esponenti della cultura giuridica) che il cittadino dovrebbe essere facultato a investire senza dover attendere la mediazione di giudizi intermedi, affiché la questione di “legalità” della incriminazione possa essere decisa, una volta per sempre, sin dal sorgere del processo»¹⁴.

Come risulta anche da questa proposta di sottrarre al giudice ordinario la tutela del principio di legalità-determinatezza – almeno fino a quando «non si giunga a formare (cosa estremamente improbabile!) una diversa “cultura” della giurisdizione penale»¹⁵ – l'attenzione della dottrina era lungi dall'essere focalizzata sul tentativo di rafforzare la prevedibilità del diritto attraverso la fonte giurisprudenziale, che, anzi, era trascinata, insieme con il legislatore – accusato di scrivere fattispecie sempre più indeterminate – sul banco degli imputati. Per poter concepire una strategia di difesa del valore della prevedibilità del diritto penale, facendo leva anche sulla risorsa giurisprudenziale (rafforzamento della nomofilachia, valorizzazione del precedente...), occorreva un preliminare lavacro culturale rispetto alla tradizionale diffidenza nei confronti della giurisdizione, le cui ragioni storiche – giustificabili nel contesto in cui quella diffidenza era sorta (l'illuministica polemica antigiurisprudenziale che era, prima di tutto, una polemica nei confronti dell'assetto del potere dell'*ancien régime*) – si erano in gran parte dissolte in seguito al nuovo volto che la giurisdizione aveva assunto nel quadro costituzionale e per effetto delle sentenze del giudice delle leggi.

Per queste ragioni, lo sguardo della dottrina penalistica non poteva che concentrarsi essenzialmente sulle aberrazioni delle prassi giudiziarie e, in particolar modo, sullo spostamento del baricentro del processo verso la fase iniziale, con la

¹⁴ G. Contento, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *FI* 1988, V, 489. Una decina di anni dopo, l'idea di Contento è autorevolmente ripresa da Giovanni Fiandaca che ipotizza «un organo apposito cui attribuire il compito di controllare la conformità delle interpretazioni penali al canone della stretta legalità». Escluso che «la funzione di custode dell'ortodossia interpretativa in materia penale sia credibilmente oggi assolvibile dalla Cassazione, non rimarrebbe forse che azzardare – sia pure a mo' di provocazione – quest'idea: perché non immaginare di assegnare tale compito a una Corte costituzionale ripensata nelle strutture e nelle funzioni?» (G. Fiandaca, *La giustizia penale in bicamerale*, in *FI* 1997, V, 168). Nella stessa prospettiva, v., recentemente, V. Maiello, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in www.sistemapenale.it, 3, 2020, 142 e R. Bartoli, *Le “garanzie” della nuova legalità*, ivi, 147.

¹⁵ G. Contento, *op. cit.*, 489.

connessa «sovraesposizione» del magistrato inquirente, sull'utilizzo della custodia cautelare per «fini di difesa sociale del tutto slegati dall'effettività della sanzione definitiva» e sulla violazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, piegata a «criteri di priorità decisi dagli uffici o dai singoli magistrati» che si danno all'«autonoma ricerca della *notitia criminis*»¹⁶. Complice di queste aberrazioni dei meccanismi processuali e del protagonismo della magistratura, si sottolinea, è una legislazione che concede al giudice ampi poteri discrezionali nell'individuazione della pena in concreto e gli affida, «in supplenza», compiti di «primo piano nella lotta contro l'eversione» (ai quali si aggiungeranno, negli anni Ottanta, «tutti i settori della c.d. criminalità organizzata»), che generano un «diffuso atteggiamento antiformalistico» e, specie per effetto della legislazione premiale, trasformano il giudice in un negoziatore, «svuotando di ogni possibilità critica un dibattimento sempre più ridotto ad una verifica notarile di un sistema di patteggiamenti e responsabilità altrove predisposto». Si mette a fuoco e si stigmatizza, insomma, un mutamento del ruolo del giudice, cui vengono conferiti «poteri in ordine a scelte di “valore” e di indirizzo politico» e la «mediazione concreta fra i vari interessi in conflitto, secondo parametri che sovente sfuggono a regole predeterminate»¹⁷.

Se nei fatti, dunque, la giurisdizione si mostrava sempre di più con le nuove vesti di attore deuteragonista (e, in certi casi, protagonista) della scena penalistica – e, quindi, come un vero e proprio formante del diritto – nelle rappresentazioni dottrinali quel mutamento di ruolo, salvo rare eccezioni, veniva ancora interamente concepito, senza le necessarie sfumature e le doverose distinzioni, come una malattia del sistema. In altre parole, la nuova realtà – che avrebbe richiesto, per essere compresa adeguatamente e gestita in modo soddisfacente, nuove categorie teoriche e rinnovate mentalità – continuava a essere osservata con i vecchi occhiali del giurista legalista e formalista che non consentivano di riconoscere in quella particolare visibilità della giurisdizione un dato non occasionale, ma strutturale, tipico di ogni società complessa e pluralistica.

3. La scena comincia a mutare alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, quando, in seguito alle profonde trasformazioni dell'ambiente politico, sociale e culturale maturate negli anni precedenti e alla progressiva conquista, da parte della magistratura, dell'indipendenza interna, che incoraggiava una parte dei giudici di merito a seguire itinerari ermeneutici eterodossi e poco prevedibili, il formante giurisprudenziale mostrava sempre di più la sua autentica e grave patologia: gli

¹⁶ A. Gamberini, G. Insolera, N. Mazzacuva, L. Stortoni, M. Zanotti, *Il dibattito sul ruolo della magistratura: prospettive di ricerca nel settore penale*, in *FI* 1987, V, 438, 434, 438.

¹⁷ Ivi, 434, 435, 438.

innumerevoli contrasti di giurisprudenza, che, anche per effetto di un più accentuato pluralismo interno alla Corte di cassazione, dovuto all'ingresso di personale più giovane, educato ai valori della nuova legalità costituzionale, cominciavano ad affliggere, in modo progressivamente non più tollerabile, la stessa Corte cui l'ordinamento attribuisce il compito di assicurare l'uniformità dell'interpretazione della legge (si tratta, come noto, dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, approvato con r.d. 30.1.1941, n. 12).

In un lavoro del 1995 dedicato significativamente a *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, Andreana Esposito e Gioacchino Romeo notavano che «negli anni Settanta e nella prima metà degli anni Ottanta, all'interno della giurisprudenza di legittimità il fenomeno dei contrasti era estremamente contenuto». E anche la giurisprudenza di merito, «in linea di massima» e a parte le frange «progressiste» e «alternative» ricordate, «non mostrava segni di incrinature particolari nei suoi orientamenti: la monoliticità di un «sistema» interpretativo, che aveva il suo vertice pressoché indiscutibile nella Cassazione e le sue propaggini periferiche largamente «obbedienti», era garantita, oltre che dalla possibilità di ottenere una risposta rapida a insoddisfacenti o erronee soluzioni di «merito» grazie all'intervento del giudice di legittimità, da vari meccanismi, tra i quali soprattutto le regole per la progressione in carriera dei magistrati, che filtravano oculatamente, attraverso una selezione anche di tipo «politico» (intendendo il termine in senso ampio) l'accesso dei giudici alla Corte di legittimità, e l'uso di strumenti disciplinari e paradisciplinari, da utilizzare soprattutto per fini di condizionamento del libero esercizio della giurisdizione, nei confronti di quelle «frange» devianti di magistrati «minori», in particolar modo pretori, giudici istruttori e giudici di sorveglianza, che avessero manifestato propensione a non recepire acriticamente certi insegnamenti giurisprudenziali»¹⁸.

In seguito a queste trasformazioni, il quadro problematico si ricompone di conseguenza. Vinta in gran parte – grazie soprattutto all'azione della magistratura associata e alle sentenze della Corte costituzionale, con il sostegno della dottrina – la battaglia in cui si contrapponevano, nei primi decenni della Repubblica, due differenti legalità e due filoni giurisprudenziali (quello soverchiante che faceva capo alla Cassazione e quello debole e minoritario di una parte della magistratura di merito, che cercava l'alleanza con la Corte costituzionale per abbattere, con le sentenze interpretative di rigetto, gli argini ermeneutici della Cassazione¹⁹), il problema

¹⁸ A. Esposito e G. Romeo, *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione (142 casi di contrasto nel quadriennio 1991-1994)*, Padova 1995, 9 e 8.

¹⁹ Su tale vicenda si veda V. Onida, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano 1977, 504-595

principale per la magistratura non era più quello di rivendicare spazi maggiori di autonomia ermeneutica, sacrificando la garanzia della prevedibilità sull'altare dell'attuazione, *case by case* e “contro” la Cassazione, del programma etico-politico della Costituzione, ma quello di governare la produzione giudiziale del diritto in modo tale da porre rimedio alla grave patologia dei contrasti diacronici e, soprattutto, sincronici, di giurisprudenza, sui quali si erano finalmente accesi i riflettori.

Non è dunque un caso che, proprio in quegli anni, si fanno avanti due tentativi di fornire una prima risposta a quelle disfunzioni del diritto giurisprudenziale.

4. Il primo è rappresentato dalla sentenza n. 364 del 1988 con cui la Corte costituzionale – che da tempo aveva attribuito, con il biasimo della dottrina, una qualche rilevanza in ambito penale al diritto giurisprudenziale, riconoscendo all'interpretazione tassativizzante del giudice la funzione di sanare i vizi di determinatezza della fattispecie incriminatrice²⁰ – riconosce tra le cause dell'inevitabilità dell'*ignorantia legis*, capace di escludere la colpevolezza, la presenza di un «gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari»²¹. In questa sentenza, il punto di vista è radicalmente diverso da quello della dottrina dominante che, puntualmente, infatti, critica l'operazione della Corte, sia perché ricondurrebbe «alla tematica soggettiva dell'errore aspetti di natura oggettiva» (qui «fa difetto, a ben vedere, l'illiceità del fatto più e *prima* dell'elemento subbiettivo») sia perché finirebbe per aprire «lo spazio ad un possibile utilizzo della rilevanza dell'ignoranza in funzione “conservatrice” per coprire l'illegittimità della norma incriminatrice o l'interpretazione inaccettabile di essa»²².

²⁰ Una testimonianza particolarmente significativa di questa chiusura nei confronti del diritto giurisprudenziale – significativa perché proviene da uno dei più importanti penalisti italiani che, tra i pochi, muterà poi di avviso sul punto – ci viene da Francesco Palazzo. Mentre, infatti, in un saggio del 1991 censurava l'operazione della Corte costituzionale, affermando che «l'argomento del diritto vivente, oltre a realizzare una forte chiusura dinanzi alla questione di determinatezza, implica senza dubbio una ipervalutazione del ruolo della giurisprudenza ordinaria, alla quale vengono in definitiva implicitamente attribuiti una responsabilità e dei compiti surrogatori rispetto all'obbligo legislativo di corretta formulazione delle norme penali» (*Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *RIDPP* 1991, 352), in uno scritto di sedici anni dopo, la posizione della Corte viene accolta positivamente come un sintomo della trasfigurazione del principio di determinatezza: dal «primato della legge» alla «libertà di autodeterminazione dell'individuo», garantita anche dal formante giurisprudenziale (*Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *QuadF* 2007, t. 2, 1319).

²¹ C. cost., 23.3.1988, n. 364, § 27, in *GCos* 1988, 1530.

²² Così L. Stortoni, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *RIDPP* 1988, 1348 e 1325. Nella stessa prospettiva, v. anche, sulla stessa rivista, D. Pulitanò, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *RIDPP* 1988, 721.

Ciò che appariva intollerabile nella decisione della Corte era la scelta, realistica, di prendere sul serio la dimensione dell'effettività, riconoscendo, implicitamente, l'impossibilità di garantire la conoscibilità e la prevedibilità del diritto esclusivamente al livello generale e astratto della legge, come avrebbe imposto il quadro concettuale della dogmatica, secondo il quale, se la legge rispetta rigorosamente il canone della determinatezza, l'interpretazione dei giudici non può che essere univoca. Se non lo è o, peggio, è addirittura "caotica", la via da percorrere non è quella del «difetto di colpevolezza» (*l'error iuris*), ma la dichiarazione di «illegittimità costituzionale della norma incriminatrice»²³ per violazione dei principi di legalità e di determinatezza. *Tertium non datur*, dove il terzo è qui rappresentato dalla posizione della Consulta, che, come già con le dottrine del diritto vivente e dell'interpretazione tassativizzante, mostrava di possedere, allora, una maggiore coscienza ermeneutica della dottrina, avendo ben presente che il significato dei testi normativi non può essere cristallizzato a livello legislativo, ma viene messo a fuoco dal giudice nel corso del processo. Come ha mostrato in modo convincente l'ermeneutica giuridica, il significato è il risultato di una complessa attività ricostruttiva e progettuale che muove dalla domanda posta dal caso e, nell'ascolto rispettoso del messaggio del testo, si dirige verso una sua soluzione ragionevole e giusta, tale cioè da essere ritenuta adeguata – dal giudice e dai «*partners ragionevoli*»²⁴ cui si rivolge – alla peculiarità del fatto e conforme ai principi costituzionali, interpretati alla luce delle categorie culturali di senso e di valore vigenti al momento dell'applicazione della legge²⁵. È evidente che se si intende in questo modo il processo di applicazione giudiziale del diritto, la garanzia della prevedibilità – per la cui tutela la penalistica moderna aveva allestito la categoria dottrinale della legalità-determinatezza – non può essere assicurata solo al livello astratto della scrittura della legge, ma deve essere perseguita anche, e soprattutto, durante la fase giurisdizionale, che si conclude sì con la sentenza del giudice, ma è preceduta dall'euristica e dalla dialettica processuale, disciplinata dai principi e dalle garanzie del giusto processo che incanalano l'attività ermeneutica del giudice e influiscono sui contenuti della decisione²⁶.

²³ L. Stortoni, *op. cit.*, 1325.

²⁴ J. Esser, *Precomprendere e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), Napoli 1983, 18-20. Per l'ermeneutica giuridica, il processo di reperimento del diritto non è guidato da un metodo, ma attivato dalla rappresentazione anticipata («precomprendere»), da parte del giudice, di una soluzione del caso che possa essere accettata come ragionevole e giusta dai «"benpensanti" della sua stessa società», perché il diritto «non "può" pretendere qualcosa di ingiusto e di non ragionevole, ma attende piuttosto proprio quella comprensione del suo "contenuto" che conduce a decisioni giuste» (p. 18).

²⁵ V., in proposito, M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *QuadF* 2015, 131 s.

²⁶ Tra questi principi, spicca – «proprio in ordine al giudizio di diritto» – quello del contraddittorio, che «garantisce alle parti il diritto di interloquire e sviluppare le loro argomentazioni su ogni tema sottoposto all'esame del giudice», contribuendo non solo «a ridurre il rischio di decisioni arbitrarie» (P. Ferrua, *La legislazione penale*

5. La seconda risposta – che, a differenza della prima, interviene non a valle, sanando una patologia già in atto, ma a monte, in via preventiva – è collegata al rinnovato interesse per la Corte di cassazione, interesse che, come osserva Salvatore Senese in un articolo del 1987, era scemato dopo che si era esaurita «la carica *destruens* contro la Cassazione come vertice di governo dell'ordine giudiziario» e «contro alcuni mercati tratti di chiusura culturale e politica che avevano caratterizzato l'organo e la sua giurisprudenza negli anni 50 e nei primi anni 60»²⁷. In questa nuova stagione, segnata, come si è visto, dalla conquista di una piena indipendenza interna dei giudici e dal rinnovamento generazionale dell'alta magistratura, l'interesse per la Cassazione cambia di segno, presentandosi ora con le vesti rispolverate della nomofilachia. In uno scenario in cui la crisi della legalità-determinatezza aveva raggiunto livelli di guardia e cominciavano a filtrare, anche nella cittadella penale, nuovi orientamenti teorici che riconoscevano nell'attività ermeneutica del giudice una natura inevitabilmente e fisiologicamente produttiva, si fa strada l'idea di puntare anche sulla fonte giurisprudenziale per assicurare quel livello accettabile di conoscibilità e di prevedibilità del preceitto penale che la vecchia legalità puramente legislativa non era più in grado, da sola, di garantire.

In un primo tempo e presso alcuni settori della magistratura, questa nuova prospettiva, che vede nella valorizzazione della funzione nomofilattica della Corte suprema una possibile via per recuperare indirettamente, a livello del *law in action*, la garanzia della prevedibilità del diritto, suscita ancora il timore di un'interpretazione in senso autoritario di quella funzione. Di tale avviso è lo stesso Salvatore Senese, che propone una versione attenuata o «tendenziale» della nomofilachia, frutto di un «costante e fecondo dialogo con i giudici di merito», perché «il costituente non ha voluto una certezza ad ogni costo, ma piuttosto ha accettato una legalità in tensione», e quindi una certezza «frutto di verifiche, controlli e dibattito, che sconta quindi come sue fasi prodromiche anche momenti di relativa incertezza»²⁸. Questo volto più rassicurante della nomofilachia riproduce, sostanzialmente, quello già tratteggiato, sedici anni prima, da Borré, Martinelli e Rovelli, in un contesto giuridico e culturale ben diverso da quello in cui scrive Senese. Allora, con l'immagine dell'«unità conquistata» al posto di quella tradizionale dell'«unità imposta» – frutto, quest'ultima, di una precisa concezione del diritto e dello Stato e di una visione rigidamente

L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo, in PPG 2011, 117), ma anche a rischiarare i vari percorsi ermeneutici praticabili al fine di giungere a una soluzione giusta del caso, nel senso sopra precisato.

²⁷ S. Senese, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *FI* 1987, V, 256.

²⁸ Ivi, 263-264.

gerarchica della magistratura, secondo la quale al vertice della piramide giudiziaria devono essere destinati magistrati «che dimostrano di meglio possedere la “verità assoluta”, perché possano indicare agli altri (ai giudici “sottordinati”) la sola esatta soluzione di ogni problema» – i tre esponenti di Magistratura democratica finivano per porre l’accento più sulla varietà delle opinioni dei giudici («specchio» di una società differenziata e «proseguimento ideale del dibattito parlamentare»²⁹), che sull’unità della giurisprudenza.

Negli stessi anni in cui scriveva Senese, stavano maturando, però, altre sensibilità in seno alla stessa magistratura progressista, anche in virtù del profondo rinnovamento culturale della Cassazione, che fin dal 1979 – con lo scioglimento dell’Unione magistrati italiani (UMI) – era nuovamente confluita nell’ANM³⁰. Progressivamente i timori di derive verticistiche dell’ordine giudiziario si diradano e l’accento si sposta gradualmente, ma decisamente, dal valore dell’indipendenza del singolo giudice, di cui si cominciano a denunciare letture improprie, a quello della prevedibilità delle decisioni.

Coglie con lucida preveggenza i nuovi segni dei tempi Vladimiro Zagrebelsky in un intervento, significativamente intitolato «Dalla varietà delle opinioni all’unità della giurisprudenza», pronunciato al convegno di Firenze del 1988 in memoria di Marco Ramat, sul tema «Crisi della giurisdizione e crisi della politica».

Dopo aver richiamato l’articolo di Borré, Martinelli e Rovelli sulla «Unità e varietà nella giurisprudenza», che riconosceva come fisiologico e sostanzialmente positivo il dato dell’eterogeneità degli indirizzi giurisprudenziali, Zagrebelsky osserva come quella lettura – che aveva dato «inquadramento e legittimazione ad atteggiamenti che hanno nettamente caratterizzato in questi ultimi venti anni il modo di porsi dei singoli magistrati nei confronti della funzione giurisdizionale» – ha dovuto pagare un prezzo che si è rivelato, col tempo, non più sostenibile. Infatti, «alla considerazione esclusiva del valore che è da riconoscere alla eliminazione di strumenti autoritari – interni o esterni all’ordine giudiziario – funzionali alla uniformità degli orientamenti, ha fatto riscontro una singolare sottovalutazione dei costi in termini di diseguaglianza dei cittadini davanti alla legge»³¹. Ciò è avvenuto, fatto ancora più grave, anche all’interno

²⁹ G. Borré, P. Martinelli e L. Rovelli, *Unità e varietà nella giurisprudenza (a proposito della c.d. «rotazione» in Cassazione)*, in *FI* 1971, V, 45-46.

³⁰ Com’è noto, in seguito allo «scontro aperto con la Corte di cassazione», che si è consumato nel 1957 nel congresso dell’ANM di Napoli, la cui mozione si apre con la proclamazione dell’«assoluta parità» di tutti i magistrati, ponendo per la prima volta in minoranza la relazione dei dirigenti dell’associazione, i magistrati della Cassazione, arroccati «in una posizione di splendido isolamento», abbandonano l’ANM e, il 7 gennaio 1961, fondono una nuova associazione, l’Unione magistrati italiani, che si scioglierà solo nel 1979 (E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell’Italia Repubblicana*, Roma-Bari 2018, 62-66).

³¹ V. Zagrebelsky, *Dalla varietà delle opinioni all’unità della giurisprudenza*, in *CP* 1988, 1576-1577.

della Corte di cassazione, che, se «ha mostrato in diversi campi», dopo la prima fase di chiusura ai nuovi valori costituzionali, «dinamicità e disponibilità al nuovo», non ha però saputo «realizzare al suo interno riconoscibili ed univoci orientamenti – persino quando le discordanze abbiano contenuto solo tecnico-giuridico e non implichino scelte di carattere ideale – ed i contrasti interpretativi hanno trovato nella Cassazione una occasione di legittimazione, piuttosto che la sede di risoluzione». Terminata la stagione che ha visto «l'abbattimento delle gerarchie e lo sviluppo dell'indipendenza interna alla magistratura», occorre dirigersi, ora, prosegue Zagrebelsky, «verso un nuovo ordine di idee» con l'obiettivo di raggiungere «un migliore equilibrio tra esigenze da comporre»³².

Tra le ragioni all'origine della perdita della funzione unificante della Cassazione viene segnalata, in particolare, la «lettura eccessivamente individualistica del rapporto giudice-legge», con la conseguente «sottovalutazione del significato istituzionale della funzione giurisdizionale»³³.

Il riequilibrio tra il valore dell'indipendenza del singolo giudice, che un'errata interpretazione ha inteso come «personalizzazione della risposta giudiziaria», e il valore della «costanza e prevedibilità delle interpretazioni giurisprudenziali in funzione di egualianza di trattamento dei cittadini», è ora imposto, prosegue Zagrebelsky, sia dall'avvicinamento del nostro sistema a quello di *common law*, «sul punto almeno del valore del momento creativo giurisprudenziale e della conseguente elaborazione di una dottrina del precedente», sia dalla già ricordata sentenza della Corte costituzionale sull'*error iuris*, allora da poco pronunciata. Tale decisione viene subito lucidamente interpretata, da un lato, come «uno stimolo forte e ineludibile» per la «creazione di un diritto giurisprudenziale riconoscibile nelle sue linee e non frutto della sola somma di discordi decisioni» e, dall'altro lato, come un divieto, per il singolo giudice, di «innovazioni interpretative che portino a ritenere penalmente rilevante ciò che la giurisprudenza precedente tale non considerava»³⁴. È appena il caso di notare che, con quest'ultima considerazione, Zagrebelsky mostra di avere già piena consapevolezza del problema – non ancora tematizzato, allora, dalla dottrina penalistica³⁵ – della retroattività occulta dei mutamenti giurisprudenziali *in malam*

³² Ivi, 1576.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Ivi, 1577.

³⁵ A onor del vero, un accenno alla questione si trova nel *Commentario sistematico del codice penale* di Mario Romano, Milano 1987, 44-45, là dove si chiede se il principio di irretroattività vincoli anche il giudice, secondo quanto ritiene una dottrina tedesca, la quale rileva «a ragione che può essere significativamente più pericoloso un cambiamento in senso peggiorativo della giurisprudenza che non una lieve modifica legislativa». Secondo Romano, il principio costituzionale di legalità «non ammette che si giunga a tanto», poiché «il riferimento dell'art. 25, co. 2° Cost. all'entrata in vigore della legge è univocamente indicativo dell'efficacia della legge stessa, escludendo così ogni reale contatto con il momento interpretativo-
La legislazione penale

partem. E, diversamente da quella dottrina che, prigioniera della cornice teorica e mitologica del paradigma penale moderno, si era subito precipitata a criticare la «dommaticamente censurabile»³⁶ sentenza sull'*ignorantia legis*, il futuro giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo è abile nello sfruttare l'accenno al “caos giurisprudenziale” fatto dalla Corte per approntare una prima, seppur imperfetta, soluzione al problema della retroattività dell’*overruling* giurisprudenziale sfavorevole, ottenendo il risultato, irraggiungibile nella prospettiva tradizionale della legalità *in the books*, di innalzare il livello di garanzie del sistema³⁷.

A parte questo richiamo alla vincolatività del precedente favorevole nei confronti del giudice successivo che intenda discostarsene – che, come noto, verrà poi autorevolmente recepito, su basi giuridiche diverse e più solide, dalla Corte di Strasburgo a partire dal *leading case S.W. c. Gran Bretagna* del 1995, il problema dei contrasti giurisprudenziali è affrontato da Zagrebelsky non proponendo un «ritorno a strumenti gerarchici, incompatibili con il sistema costituzionale», ma attraverso la piena consapevolezza, da parte di ogni singolo giudice, dell’essere «in ogni momento istituzione» e mediante la promozione di una cultura del dialogo e del confronto, che si deve tradurre in «forme nuove di partecipazione corale alla elaborazione ed allo sviluppo giurisprudenziale». Questo «indispensabile cambio di mentalità professionale», da cui discende l’esigenza di «mutare il tradizionale atteggiamento che richiede riserbo sulle questioni da decidere», dovrà «accompagnarsi a forme organizzative nuove», tramite l’«istituzionalizzazione di momenti di informazione, discussione, elaborazione giurisprudenziali», non lasciando che il «confronto sulle linee giurisprudenziali da adottare» avvenga «solo nell’ambito di gruppi informali o di gruppi che operano nel quadro della vita associativa dei magistrati». Al tradizionale «dialogo a distanza, per il tramite dei provvedimenti» si dovrà sostituire un dibattito che «dovrà precedere e accompagnare i provvedimenti», coinvolgendo «tutti i

applicativo». E tuttavia, consapevole che «un ordinamento attento sino in fondo alle *esigenze garantistiche* debba apprestare per quanto possibile rimedio» alla retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, propone, oltre al solito auspicio «che tecniche normative improntate alla ricerca di una maggiore chiarezza espressiva riducano la portata del problema», di fare ricorso «a una o più *cause soggettive di esclusione o attenuazione della colpevolezza*», chiarendo che «in questo senso, il problema rientra nella tematica dell’art. 5 e dell’ignoranza della legge penale». Sulla questione, v., più ampiamente, M. Vogliotti, *Penser l’impensable: le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal* in malam partem. *La perspective italienne*, in *Revue de l’Université Libre de Bruxelles*, 2, *Droit transitoire jurisprudentiel. Perspective comparative*, 2001, 61-123.

³⁶ L. Stortoni, *op. cit.*, 1348.

³⁷ Lo spunto di Zagrebelsky verrà poi sviluppato da Elisabetta Grande, anche grazie alle sue conoscenze del mondo di *common law*, in una nota alla sentenza della Corte (E. Grande, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l’esperienza di «common law»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *FI* 1990, I, 415-427).

magistrati e non solo essi». L'auspicio è che il confronto «prima dell'esercizio della funzione giurisdizionale», attraverso «la partecipazione di tutti alla elaborazione – ed al rinnovamento – dell'indirizzo giurisprudenziale», possa comportare «una complessiva omogeneità ed una relativa stabilità delle concrete applicazioni della legge»³⁸.

Qualche anno dopo, il problema dei contrasti giurisprudenziali è nuovamente denunciato, con particolare autorevolezza e fermezza, dal primo presidente della Corte di cassazione, Ferdinando Zucconi Galli Fonseca. Con una lettera particolarmente allarmata, recapitata il 13 giugno 1994 ai presidenti di sezione e ai consiglieri tutti, l'alto magistrato denunciava la grave patologia dei contrasti giurisprudenziali in seno alla Corte, spesso inconsapevoli o «puramente tecnico-giuridici, svincolati da substrati ideali o sociologici, le cui divergenti soluzioni non sfuggono per lo più ad un certo grado di opinabilità». In piena consonanza con la posizione di Zagrebelsky, «la base di tutti i rimedi» viene individuata nel «metodo preparatorio e partecipativo» che deve «prevalere sulla prassi dell'isolamento, al fine di creare una giurisprudenza della Cassazione e non dei collegi giudicanti», e ciò mediante «scambi frequenti d'opinione e riunioni periodiche in cui discutere dei più importanti e controversi problemi interpretativi»³⁹. A tale mutamento del «nostro costume», che discende dall'acquisita consapevolezza di «lavorare in un'opera collettiva», si deve poi affiancare, prosegue Zucconi Galli Fonseca, «il rafforzamento della cultura e della cura del valore formale del precedente, ancora carente nella nostra prassi»⁴⁰.

Quello che nel breve intervento di Zagrebelsky era solo un accenno (là dove si evocava l'esigenza di elaborare una «dottrina del precedente»), diventa un punto fondamentale nella lettera del presidente della Corte, che si apre con una severa censura della diffusa prassi di «rifiutare i principi posti dalle Sezioni Unite senza far uso della facoltà di rimessione» concessa dall'art. 618 del nuovo codice di procedura penale. Tale previsione, che «costituisce una vigorosa riaffermazione della funzione di tutela dell'unità di interpretazione della legge» tramite la valorizzazione del precedente delle Sezioni Unite, ha introdotto, «per la prima volta nella nostra

³⁸ V. Zagrebelsky, *Dalla varietà delle opinioni*, cit., 1578.

³⁹ Lettera del Presidente Ferdinando Zucconi Galli Fonseca ai Presidenti di sezione e ai consiglieri della Corte, 13 giugno 1994, in A. Esposito e G. Romeo, *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, Padova 1995, 44 e 48. Questa prospettiva, che punta su una migliore organizzazione del lavoro della Corte, al fine di assicurare l'effettiva conoscenza della giurisprudenza, all'interno delle singole sezioni e tra le sezioni, e di promuovere il confronto tra i giudici per prevenire i contrasti o tentare spontaneamente di risolverli, è stata in seguito sviluppata e arricchita con diverse buone pratiche. V., per un'esauriente e aggiornata illustrazione, A. Bassi, *La gestione operativa della funzione nomofilattica della Corte suprema di cassazione*, in www.sistemapenale.it 3/2020, 86-90.

⁴⁰ Lettera, *op. cit.*, 47-48.

legislazione», un metodo di «formazione progressiva della decisione» fondato sul «dialogo», infrangendo «l'assoluta incomunicabilità degli organi giudicanti nel momento dell'elaborazione delle loro decisioni», «con innovazione profonda dei meccanismi decisorii al servizio della nomofilachia»⁴¹.

Il ragionamento prosegue lamentando il fatto che «presso di noi il precedente non è considerato e utilizzato quale fonte del diritto vivente», al punto che «l'autorità del precedente non è proclamata neppure quando esso è pedissequamente seguito». Questo atteggiamento si rivela chiaramente nei «modi usuali di citare nelle sentenze i precedenti, che vengono richiamati come *conforto* della decisione, non come *ragione* di essa; trascurandosi l'individuazione del precedente vero, che è solo il primo, posto con la *leading decision*; richiamandosi normalmente un po' a casaccio più o meno numerose decisioni scelte *ex plurimis* non si sa con quale criterio, senza controllo dei casi concreti che esse hanno risolto». A tal proposito, è significativa la «difficoltà di ottenere che la decisione di casi uguali sulla base di argomenti uguali venga motivata con il solo richiamo del precedente invece che con la piatta ripetizione degli argomenti medesimi altre volte adottati, e tuttavia esposti come se fossero il frutto di una elaborazione nuova», segno evidente di quella lettura individualistica del rapporto giudice-legge che prevale sul significato istituzionale della funzione giurisdizionale, la quale dovrebbe piuttosto indurre il singolo collegio a inserire la sua decisione «nel filone giurisprudenziale appropriato, come *elemento* della giurisprudenza che sulla questione viene espressa dal giudice Corte di Cassazione, assunto nella sua unità»⁴².

6. Dopo questi importanti contributi, rimasti però a lungo marginali, e la già citata monografia di Alberto Cadoppi, il tema del diritto penale giurisprudenziale e la connessa questione del precedente si impongono finalmente all'attenzione di tutta la comunità penalistica, di cattedra e del foro, in seguito alla «rivoluzione d'ottobre»⁴³ provocata dalle celebri «sentenze gemelle» della Corte costituzionale (n. 348 e 349 del 2007). Facendo leva sulla modifica dell'art. 117 co. 1 della Costituzione, operata dalla legge costituzionale n. 3/2001, la Corte recepisce le sollecitazioni di una parte crescente della dottrina che – parecchio tempo dopo i pionieristici lavori di *rarae aves*, tra le quali

⁴¹ Ivi, 41-42.

⁴² Ivi, 48-49.

⁴³ Così G. Ubertis, *La «rivoluzione d'ottobre» della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *CP* 2012, 19. Tale è l'«importanza storica» di quelle due sentenze che, si è notato, «per tutta una serie di aspetti e di problemi [...] è come se la Cedu fosse entrata in vigore molti anni dopo» (R. Romboli, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta online*, fasc. III, 2018, 622 e 624).

spicca il Maestro che oggi celebriamo⁴⁴ – aveva “scoperto” la Convenzione europea e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Con questa decisione non più rinviabile, i giudici di Palazzo della Consulta riescono a sottrarre quella fonte dal limbo giuridico in cui da troppo tempo ormai giaceva, aprendo una fase del tutto nuova per la cultura penalistica italiana.

Com’è noto, con quelle due sentenze la Corte costituzionale ha assegnato alle norme della Convenzione europea il ruolo di “norme interposte” che integrano il parametro di costituzionalità di cui al citato art. 117 della Costituzione. Precisandosi che quelle disposizioni vanno intese «nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione», perché «le norme giuridiche vivono nell’interpretazione che ne danno gli operatori del diritto» (sent. 348/2007, § 4.6).

Da quelle pronunce discendono due conseguenze di grande portata per il nostro tema.

La prima attiene al riconoscimento del ruolo di formante del diritto alla giurisprudenza della Corte europea, la cui forza vincolante, che una prima lettura un po’ frettolosa – incoraggiata dalla stessa Corte costituzionale⁴⁵ – aveva inteso come particolarmente cogente, verrà opportunamente temperata, come vedremo, dalle successive sentenze dei giudici delle leggi. Come osserva Roberto Romboli, con quel riconoscimento la Corte costituzionale ha inteso perseguire, «con ogni probabilità una duplicità di fini: quello di evitare contrasti giurisprudenziali con la Corte europea e quello di riconoscere l’esigenza che disposizioni sostanzialmente costituzionali – quali quelle della Cedu – aventi una applicazione a livello sopranazionale abbiano, per quanto possibile, una medesima interpretazione nei diversi Stati che hanno sottoscritto la Convenzione»⁴⁶.

⁴⁴ Oltre al volume già citato, *Processo e garanzie della persona*, va ricordata la prima monografia di Chiavario, dedicata espressamente a *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano 1969. Successivamente, oltre a specifici contributi sulla Convenzione e sulla giurisprudenza della Corte europea (tra cui segnaliamo *Cultura italiana del processo penale e convenzione europea dei diritti dell'uomo: frammenti di appunti e spunti per una microstoria*, in *RIntDU* 1991, 433-473), un po’ tutti i lavori di Chiavario (e i suoi corsi universitari) tengono conto di questo paesaggio normativo rimasto a lungo sconosciuto dalla cultura giuridica italiana.

⁴⁵ Qualche mese dopo aver depositato le sentenze gemelle, la Corte richiama il principio secondo cui «le norme della CEDU devono essere considerate come interposte», precisando che «la loro peculiarità, nell’ambito di siffatta categoria, consiste nella soggezione all’interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l’eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi» (C. cost., 25.2.2008 n. 39, § 5).

⁴⁶ R. Romboli, *op. cit.*, p. 623.

Per queste buone ragioni e in linea, del resto, con la posizione, assai risalente e ben ancorata al tessuto normativo europeo⁴⁷, della stessa Corte di Strasburgo, secondo cui le sue sentenze «servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes»⁴⁸, l'obbligo di rispettare le sentenze della Corte europea – per «evitare di esporre lo Stato a responsabilità internazionale»⁴⁹ – va oltre la singola controversia che l'ha originata e si estende a tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa. La posizione di chi, come il mio autorevole interlocutore, vorrebbe limitare la forza vincolante delle sentenze della Corte alla singola controversia, consentendo al giudice interno di indicare, «con specifica motivazione, le ragioni per una diversa e più corretta lettura della normativa convenzionale», sul presupposto che la Convenzione «va interpretata dai nostri giudici [...] per ciò che dice e non per la lettura che in rapporto ai singoli processi ne abbia dato la Corte europea»⁵⁰, non tiene conto della circostanza che la Corte, nel decidere i singoli casi, muove da una lettura complessiva della Convenzione che si traduce, tra l'altro, nell'elaborazione di una serie di “nozioni autonome” (legge, legalità, diritto, giudice, accusa penale, materia penale...), il cui significato dipende totalmente dallo specifico linguaggio giuridico della Corte e incide direttamente sulla soluzione del caso che le è sottoposto. La Corte, in altri termini, nella sua quotidiana attività giurisdizionale, non si limita ad attribuire significati a singole disposizioni normative, ma svolge anche una funzione di tipo scientifico-dottrinale, finalizzata a costruire, *case by case*, sul corpo minuto e asciutto della Convenzione, un vero e proprio *paradigma giuridico*, con le sue categorie teoriche, i suoi principi, i suoi valori, il suo lessico specifico. Questa complessa e originale opera costruttiva è guidata da una precisa *cultura giuridica*, che si manifesta, da un lato, nel rifiuto del formalismo e del concettualismo e, dall'altro lato, nella particolare attenzione alla sostanza delle questioni giuridiche, all'effettività della tutela dei diritti e alla peculiarità dei fatti, rispetto ai quali le categorie teoriche devono potersi adattare e devono, quindi, essere flessibili, non rigide. Se si tiene conto di queste caratteristiche dell'ambiente giuridico di Strasburgo, si capisce che

⁴⁷ V., per il puntuale riferimento al mosaico normativo in cui vi sono tessere provenienti anche dal diritto dell'Unione europea, il già citato contributo di Ubertis, *La “rivoluzione d'ottobre”*, cit., e le precisazioni contenute in un successivo articolo (*Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *DPP* 2013, 863-865), scritto in risposta al testo di P. Ferrua, *Le dichiarazioni dei testi “assenti”: criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *DPP* 2013, 393 ss.

⁴⁸ C. eur., 18.1.1978, *Irlanda c. Regno Unito*, § 154. La formula è ripresa dalla giurisprudenza successiva. V., *ex multis*, C. eur., 6.11.1980, *Guzzardi c. Italia*, § 86 e C. eur., 24.7.2003, *Karner c. Austria*, § 26.

⁴⁹ V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.osservatorioaic.it, maggio 2015, 6.

⁵⁰ P. Ferrua, *L'interpretazione della Convenzione europea*, cit., 122 e 121.

l'interpretazione della Corte europea non può che avere una portata generale, che supera l'orizzonte del singolo caso e dello Stato direttamente coinvolto nel processo.

In questa prospettiva non ha dunque senso chiedersi se, ad esempio, una diversa interpretazione della nozione di "legge" o di "giudice", da parte del giudice nazionale, sia «più corretta» o «più fondata»⁵¹. I significati di queste e di molte altre nozioni della Convenzione e della giurisprudenza della Corte europea costituiscono la struttura portante dell'edificio giuridico convenzionale e dipendono da presupposti culturali rispetto ai quali le categorie della correttezza o della fondatezza (valide quando si giudica un'interpretazione alla luce di un dato paradigma) sono inadeguate. Che, ad esempio, il significato di "legge", ai sensi della Convenzione, comprenda, anche nell'ambito penale, sia il diritto legislativo sia il diritto giurisprudenziale e che entrambi debbano possedere le caratteristiche qualitative dell'accessibilità e della prevedibilità⁵², dipende da una preliminare scelta di tipo culturale che non può essere valutata né sulla base del parametro della correttezza, la quale presuppone un paradigma già formato cui le singole interpretazioni possano riferirsi, né sulla base del parametro della fondatezza: sono, infatti, quelle stesse nozioni, quelle categorie teoriche frutto dell'attività ermeneutica della Corte, che stabiliscono i criteri di fondatezza delle interpretazioni. Per questa loro caratteristica di presupposti teorico-culturali che orientano e influenzano profondamente la concreta e quotidiana pratica interpretativa della Corte, i parametri con cui valutarli sono necessariamente altri: la capacità esplicativa e operativa rispetto all'esperienza giuridica contemporanea, l'idoneità a tutelare effettivamente e più efficacemente i diritti e le garanzie promesse nei testi di riferimento, la *performance* comunicativa, resa complicata dal fatto che il linguaggio della Corte deve poter essere compreso da Stati appartenenti a culture giuridiche diverse.

Per queste ragioni, il giudice nazionale che, ad esempio, si rifiutasse di accettare il significato che la Corte europea assegna alle nozioni di "legge" o di "materia penale", dalle quali dipende la decisione della specifica controversia, non si limiterebbe semplicemente a contestare un'interpretazione proponendone un'altra, magari più persuasiva. Quel giudice contesterebbe alcune regole fondamentali del gioco della Convenzione (che, insieme con le altre, definiscono il paradigma giuridico europeo), con la conseguenza di mettere se stesso – insieme con lo Stato di cui è parte – fuori di quel gioco. Le uniche contestazioni ammissibili sono le concrete e specifiche

⁵¹ Ivi, 122 e 124.

⁵² V., ad esempio, C. eur., 15.11.1996, *Cantoni c. Francia*, § 29: «La notion de "droit" ("law") utilisée à l'article 7 correspond à celle de "loi" qui figure dans d'autres articles de la Convention; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité».

applicazioni delle regole del gioco ai casi particolari e la coerenza di quelle rispetto alle precedenti applicazioni. A queste contestazioni, interne al paradigma giuridico europeo, si aggiungono, poi, quelle esterne, che si basano sulla non conformità di nozioni, categorie e singole decisioni della Corte di Strasburgo rispetto ai principi della Costituzione italiana, come interpretati, a loro volta, dalla Corte costituzionale, che, nelle sentenze del 2007, con una propria, autonoma e motivata, scelta di “politica” del diritto, ha assegnato alla fonte convenzionale un rango sub-costituzionale.

Trovandosi nella necessità di impiegare materiali giuridici appartenenti a paradigmi diversi, il giudice nazionale è chiamato a svolgere un difficile e delicato compito di *mediazione culturale*, il cui primo e fondamentale obiettivo è quello di evitare scontri tra il paradigma nazionale e quello convenzionale. Un secondo e più ambizioso obiettivo – a parere di chi scrive altamente auspicabile – è quello di avvicinare, grazie alla quotidiana pratica del dialogo e della traduzione da un linguaggio giuridico a un altro, il paradigma nazionale a quello europeo, recependone i messaggi culturali più fecondi: una maggiore attenzione alla *sostanza* valoriale delle questioni giuridiche che alla forma, all'*effettività* della tutela dei diritti che all'enunciazione astratta di principi e garanzie, al *law in action* (e quindi al momento applicativo) che al *law in the books* (le norme generali e astratte).

7. Una seconda importante conseguenza che discende dalle sentenze gemelle del 2007 – strettamente collegata alla prima – è l'ingresso nell'ordinamento italiano e, soprattutto, nella cultura giuridica italiana della nozione europea della legalità. In linea con l'approccio pragmatico della Corte di Strasburgo, attenta alla dimensione dell'*effettività* e alla concreta applicazione delle regole (al *law in action*), la nozione di legalità elaborata dai giudici europei guarda con favore sia alla funzione, che svolge la giurisdizione, di adattamento della regola alle peculiarità del fatto e ai mutamenti delle categorie culturali di senso e di valore della società, sia al contributo che la fonte giurisprudenziale può fornire sul fronte della conoscibilità del preceitto e della prevedibilità delle conseguenze penali dell'azione. Secondo la Corte, infatti, «aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation»⁵³. In virtù del principio di generalità delle leggi, la lettera di esse non può «présenter une précision absolue». Perciò il legislatore ricorre a delle «catégories générales plutôt qu'à des listes exhaustives. Aussi de nombreuses lois se servent-elles par la force des choses de formules plus ou moins floues, afin

⁵³ C. eur., 22.11.1995, S.W. c. Regno Unito, § 36.

d'éviter une rigidité excessive et de pouvoir s'adapter aux changements de situation». Data la natura della legge (generale e statica) e le caratteristiche dei fatti (particolari e mutevoli), «la fonction de décision confiée aux juridictions», continua la Corte, «sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne»⁵⁴.

Questo messaggio culturale della Corte, che indica nella fonte giurisprudenziale una componente imprescindibile del principio di legalità e un importante alleato del legislatore in quella che dovrebbe essere una comune battaglia per rendere effettivo il valore della conoscibilità del diritto penale, è stato subito recepito dalla Corte di cassazione, che mostra di voler svolgere, e di saper svolgere, quel compito di mediazione culturale cui si è accennato⁵⁵, mentre ha suscitato e continua ancora a suscitare la diffidenza, quando non l'aperta ostilità, di gran parte della dottrina, ancora fortemente condizionata dalla cornice teorica e mitologica del paradigma penale moderno. Persino la Corte costituzionale, che da sempre valorizza il diritto vivente e da tempo, in un'ottica simile a quella della Corte di Strasburgo, attribuisce all'interpretazione tassativizzante dei giudici la funzione di sanare i difetti di determinatezza del preceitto, quando ha avuto modo di confrontarsi direttamente con la concezione europea della legalità è rimasta impermeabile al suo messaggio culturale, riproponendo, senza incrinature, la versione illuministica della legalità puramente legislativa e ribadendo la concezione tradizionale e riduzionistica del precedente⁵⁶. Non solo. Alcune recenti pronunce della Corte sembrano addirittura voler fare un

⁵⁴ C. eur., 10.10.2006, *Pessino c. Francia*, § 31. V. anche, in merito, la sentenza *Scoppola* che mette in guardia contro concezioni massimalistiche del valore della certezza, responsabili di irrigidire eccessivamente le fattispecie incriminatrici. Il valore della «certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or, le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation» (C. eur. GC, 17.9.2009, *Scoppola c. Italia*, § 100).

⁵⁵ V., in particolare, Cass. S.U. 21.1.2010 n. 18288, Beschi, in *CP* 2011, 17 s. che ha fatto cadere il giudicato esecutivo per effetto di un mutamento giurisprudenziale, ritenendolo recessivo rispetto alla tutela di diritti fondamentali e aderendo al concetto, fatto proprio dalla Corte europea, di «“legalità materiale”, in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione». Facendo esplicito riferimento alla nozione europea della legalità, la Corte ha sancito che «il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa». Il giudice, prosegue la Corte, «riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività “concretizzatrice” della giurisprudenza».

⁵⁶ Si allude alla sentenza 230/2012, in cui la Corte costituzionale ha dovuto stabilire se, anche alla luce della nozione europea di legalità, un mutamento giurisprudenziale *in bonam partem*, disposto dalle sezioni unite della Cassazione, può retroagire fino al punto di travolgere una sentenza penale passata in giudicato. Per una critica della decisione, v. M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica*, cit., 168-174.

passo indietro, tornando nuovamente ad impostare la questione della determinatezza della fattispecie incriminatrice a livello puramente legislativo⁵⁷.

8. In attesa che la Corte costituzionale ritrovi con risolutezza e convinzione l'antico cammino che l'aveva condotta – contro la dottrina dominante – a valorizzare la fonte giurisprudenziale e faccia propria la sostanza del messaggio culturale in tema di legalità proveniente da Strasburgo, prendiamo atto di due importanti applicazioni della legalità europea che risolvono due problemi causati dal diritto giurisprudenziale, innalzando il livello complessivo delle garanzie.

Il primo problema, rispetto al quale si farà in seguito un'importante precisazione, è quello dei mutamenti giurisprudenziali in *malam partem*, il cui effetto retroattivo, come si è già osservato, non poteva che rimanere nascosto allo sguardo della penalistica moderna, educata a osservare l'esperienza giuridica dalla sola prospettiva della legge. Grazie, invece, alla concezione europea della legalità, che guarda al diritto sia *in the books* sia *in action*, quel problema può, innanzitutto, essere percepito come un fenomeno, pienamente giuridico, che viola il principio del *nullum crimen sine praevia lege poenali* (secondo la nozione ibrida di legge fatta propria dalla Corte europea), e, poi, può essere *risolto* – analogamente a quanto accade nel caso di successione di una legge penale sfavorevole – impedendo all'*overruling* giurisprudenziale di produrre i suoi effetti nei confronti di fatti che si sono verificati in presenza di una diversa e più favorevole interpretazione del diritto sostenuta dalla Corte di cassazione.

Il secondo è il problema – la cui gravità, come si è visto, è ormai da tempo pienamente avvertita dalla comunità giuridica italiana – dei contrasti sincronici di giurisprudenza in seno al collegio cui è affidato il compito di assicurare stabilità e uniformità all'interpretazione del diritto, compito che è ancora più fondamentale in un ambiente giuridico, come quello odierno, in cui la fonte giurisprudenziale svolge un ruolo sempre più protagonistico.

Diversamente dalla Corte costituzionale italiana che, con la sentenza del 1988 sull'*ignorantia legis*, aveva tentato di affrontare quel problema dalla prospettiva del principio di colpevolezza, suscitando il biasimo della dottrina maggioritaria, la Corte europea, facendo leva sulla sua nozione di legalità, particolarmente esigente sul piano della conoscibilità in concreto della legge, imposta la soluzione sul terreno dell'art. 7

⁵⁷ Il riferimento è, in particolare, alle sentenze 115/2018 (che chiude la "saga" Taricco) e 24/2019. Su questa recente linea giurisprudenziale della Corte costituzionale, v., in prospettiva critica, M. Vogliotti, *La garanzia della prevedibilità nello Stato costituzionale di diritto*, di prossima pubblicazione negli atti del XXXII convegno "Enrico de Nicola" su *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità* (Milano, 29.11.2019).

della Convenzione⁵⁸, affermando, nella sentenza *Contrada*, che, a causa di interpretazioni divergenti all'interno della Corte di cassazione italiana, il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, fino alla sentenza *Demiry* delle Sezioni Unite del 5 maggio 1994, «non era sufficientemente chiaro e prevedibile» per il ricorrente, il quale «non poteva, dunque, conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti»⁵⁹.

A questa decisione, che stabilisce un principio dalle ricadute rilevantissime nell'ordinamento giuridico italiano, si deve aggiungere quell'orientamento ben consolidato che, in settori diversi da quello penalistico, non presidiati dal principio di legalità, ravvisa una violazione del principio dell'equo processo, garantito dall'art. 6 della Convenzione, in presenza di «divergences profondes et persistantes» in seno alla giurisprudenza di una giurisdizione suprema, il cui compito è precisamente quello di comporre i contrasti giurisprudenziali che sorgono nelle giurisdizioni di merito. Se questi contrasti si sviluppano all'interno di una corte suprema, e non esistono meccanismi idonei ad evitarli o, quelli esistenti, sono inefficaci, è essa stessa che diventa «source d'insécurité juridique, portant ainsi atteinte au principe de la sécurité juridique et réduisant la confiance du public dans le système judiciaire»⁶⁰. Come osserva Ernesto Lupo, questa linea interpretativa della Corte di Strasburgo ci rivela che, nella prospettiva europea, «il principio dell'indipendenza del giudice, pure posto nell'art. 6, § 1 della Cedu, non può essere invocato per giustificare contrasti di orientamenti interpretativi all'interno dello stesso organo giudiziario, quando si tratti di organo destinato ad assicurare l'uniformità delle decisioni e la prevedibilità dell'applicazione della legge»⁶¹.

È evidente come, alla luce di questa posizione della Corte europea rispetto alla patologia dei contrasti giurisprudenziali, si faccia ancora più pressante l'esigenza – messa bene a fuoco da Zagrebelsky e da Zucconi Galli Fonseca – di escogitare rimedi per rafforzare la funzione nomofilattica affidata alla Corte di cassazione.

Per la natura di «vertice ambiguo»⁶² della nostra Corte di cassazione, che è chiamata a pronunciarsi su una quantità di ricorsi assolutamente incompatibile con la

⁵⁸ Com'è noto, la Corte europea ha individuato nel principio sancito all'art. 7 della Convenzione una base a cui ancorare il principio di colpevolezza, non contemplato esplicitamente dalla Convenzione. Secondo la Corte, infatti, sarebbe «incohérent, d'une part, d'exiger une base légale accessible et prévisible et, d'autre part, de permettre qu'on considère une personne comme "coupable" et la "punir" alors qu'elle n'était pas en mesure de connaître la loi pénale, en raison d'une erreur invincible ne pouvant en rien être imputée à celui ou celle qui en est victime» (C. eur., 20.1.2009, *Sud Fondi SRL e altri c. Italia*, § 116).

⁵⁹ C. eur., 14.4.2015, *Contrada c. Italia*, § 75.

⁶⁰ C. eur., 30.7.2015, *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, § 42 e 47, che richiama vari precedenti in materia.

⁶¹ E. Lupo, *Cassazione e legalità penale*, cit., 43.

⁶² M. Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna 1991.

funzione di una «Corte del precedente»⁶³, il compito di assicurare la tendenziale uniformità e stabilità della giurisprudenza può essere effettivamente svolto – *rebus sic stantibus* – soltanto dalle Sezioni unite. È precisamente in quest'ottica che si è mosso opportunamente il legislatore, aggiungendo, con la legge 23 giugno 2017 n. 103, un nuovo comma all'art. 618 c.p.p. che introduce l'obbligo a carico della sezione semplice, che non condivide il principio di diritto affermato in precedenza dalle Sezioni unite, di rimettere a queste ultime la decisione del ricorso. Stante quell'orientamento della Corte europea, che non tollera la presenza di «divergenze profonde e persistenti» all'interno della giurisdizione suprema, il mancato rispetto di quest'obbligo di remissione da parte della sezione semplice «non costituisce soltanto inosservanza delle norme dei nostri codici, ma può essere fonte di responsabilità dello Stato per violazione della Cedu»⁶⁴.

Com'è noto, quest'obbligo era previsto già nell'art. 610-bis del progetto definitivo del nuovo codice di procedura penale, sulla base del duplice rilievo che «viene meno l'effettiva egualianza davanti alla legge se nella sede giudiziaria situazioni uguali ricevono trattamenti diversi» e che «il contrasto tra le decisioni della Corte elude inoltre la richiesta di certezza, che in materia penale è ancor più pressante e si ricollega al principio di stretta legalità, con il suo corollario di tassatività, che non consente di ritenere di volta in volta penalmente lecito o illecito lo stesso fatto o di ravvisare in esso reati diversi di ineguale gravità»⁶⁵. La formula del progetto non fu però mantenuta perché si temette che la disposizione venisse a porre, «per la prima volta nel nostro ordinamento, il vincolo sia pure tendenziale e corretto, del precedente»⁶⁶ («timore infondato», osservava giustamente Zucconi Galli Fonseca in quella lettera del 1994, «poiché non si trattava di obbligare alla conformità, ma semmai di riservare alle Sezioni unite la revisione della propria giurisprudenza risolutrice di contrasti»⁶⁷).

⁶³ Così G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *DPub* 2017, 21. V., sul punto, gli atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Roma, 27-29 settembre 2012), significativamente intitolati *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano 2014 e, in particolare, il contributo di M. Chiavario, *La garanzia della ricorribilità e i suoi costi. Riscrivere la norma costituzionale?*, ivi, 25-43, che mostra con l'evidenza e la durezza delle cifre l'anomalia della nostra Corte di cassazione rispetto alle corti supreme di Gran Bretagna, Germania, Spagna e Francia, denunciando i costi molto elevati che quella anomalia produce. Per una recente e istruttiva comparazione tra i meccanismi italiani e tedeschi al servizio della funzione nomofilattica delle corti di legittimità, v. R. Orlandi, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle corti di legittimità*, in *CP* 2017, 2596-2616.

⁶⁴ Così E. Lupo, *La funzione nomofilatica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *CP* 2020, 924.

⁶⁵ Relazione al testo definitivo del Cpp, in *Gazzetta Ufficiale*, 24.10.1988, suppl. ord. n. 2, 200.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ F. Zucconi Galli Fonseca, *Lettera*, cit., 42. In un articolato commento al nuovo comma 1-bis dell'art. 618 c.p.p., Giorgio Fidelbo precisa, opportunamente, che «l'obbligatorietà della remissione non deve essere intesa come una limitazione all'interpretazione ovvero come un meccanismo burocratico tra sezioni della Corte di *La legislazione penale*

Allora, i tempi non erano ancora maturi e quel progetto, che ora appare a molti condivisibile e opportuno, non riuscì a superare gli ostacoli culturali che gli impedirono di realizzarsi.

9. È venuto ora il momento di chiarire in che modo si debba intendere oggi, nel nostro ordinamento, l'autorità del precedente e fino a che punto l'attribuzione ad esso di una qualche vincolatività possa conciliarsi con il principio costituzionale dell'indipendenza del giudice. Come osserva giustamente Mario Chiavario e come è già in qualche modo emerso, «il valore dell'indipendenza deve fare i conti con altri valori»⁶⁸.

Nel nuovo scenario cui si è accennato, nel quale la giurisdizione ha assunto un ruolo di primo piano nella configurazione effettiva del diritto penale e dove si va sempre più diffondendo, anche grazie all'influsso della cultura giuridica della Corte europea, la consapevolezza che la garanzia della prevedibilità del diritto non dipende più solo dalla qualità della legislazione, ma anche dal comportamento di ciascun giudice, non è più possibile continuare ad attribuire al precedente una mera autorità di fatto o persuasiva, secondo formule tralatizie – incessantemente riproposte⁶⁹ – che traevano origine da un contesto culturale dominato dalla mitologia della legge e da coordinate teoriche ormai superate.

Forte delle sue conoscenze storiche e comparatistiche, che gli consentivano di superare i robusti ostacoli epistemologici del paradigma giuridico moderno, allora ancora egemonico, Gino Gorla, fin dagli anni Settanta del secolo scorso, osservava che «l'autorità della giurisprudenza della Corte di cassazione non è un'autorità meramente “morale” o “di fatto”, come sostiene l'opinione dominante; ma è un'autorità

cassazione, bensì come un momento di dialogo paritario tra sezioni della Corte di cassazione nella costruzione, condivisa, del precedente» (G. Fidelbo, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *QuestG* 4/2018, 142).

⁶⁸ M. Chiavario, *Processo e garanzie*³, cit., 47.

⁶⁹ La formula è richiamata dalla Corte costituzionale nella già ricordata sentenza 230/2012, in cui si legge che il precedente, foss'anche delle sezioni unite, come nel caso su cui era stata chiamata a pronunciarsi, «ha un'efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente “persuasivo”», con la conseguenza che esso può essere disatteso «in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione» (§ 9). La scelta di respingere la delicata questione di costituzionalità, che, se accolta, avrebbe provocato una scossa tellurica su un terreno non ancora adeguatamente preparato, non era, di per sé, incompatibile con l'accoglimento di una diversa concezione dell'autorità del precedente che, come vedremo tra poco, ne sottolineasse la natura non meramente di fatto o persuasiva, ma pienamente giuridica, costituzionalmente fondata e tale da richiedere, per disattenderla, non una ragione qualsiasi, ma grave e ben motivata. Sarebbe stato un messaggio quanto mai opportuno nell'attuale momento storico, in cui, l'accresciuto ruolo della fonte giurisprudenziale, anche in ambito penalistico, richiede adeguati strumenti per essere governata: il principale di questi consiste proprio nel rafforzamento e nella diffusione della cultura del rispetto del precedente.

riconosciuta *in un certo modo* dal nostro ordinamento giuridico al fine di realizzare, nei limiti del possibile, il principio della uniforme interpretazione della legge, un principio che fa parte integrante del nostro ordinamento, in quanto ne dipendono la certezza del diritto e l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge»⁷⁰.

Più esplicitamente, il rispetto del precedente stabilito dal giudice che ha il compito istituzionale di assicurare l'uniforme interpretazione della legge è considerato da Gorla come un vero e proprio «dovere giuridico»⁷¹ che, aggiungiamo noi, si fonda su due principi di rango costituzionale: il principio di egualanza, che impone di trattare allo stesso modo casi simili, e il principio della prevedibilità delle decisioni, che è una proiezione del principio della libertà di autodeterminazione ricavabile dall'art. 13 della Costituzione. Questi principi costituzionali, di particolare rilevanza in ambito penale, devono convivere con il principio dell'indipendenza del giudice, anch'esso provvisto di un solido fondamento costituzionale (art. 101 co. 2 Cost.). Come tutti i principi della Costituzione, anche quello dell'indipendenza (funzionale) del giudice non può essere inteso atomisticamente, ma deve essere interpretato come una delle tante tessere che compongono il pluralistico mosaico costituzionale, come un filo di una trama più ampia che viene incessantemente tessuta dai suoi interpreti e dalla quale ogni singolo principio ricava, in parte, il suo significato⁷².

La formula «I giudici sono soggetti soltanto alla legge», sancita nell'art. 101 della Costituzione, non può dunque rappresentare un ostacolo insormontabile rispetto al riconoscimento di una vera e propria autorità giuridica al precedente, sia perché – come accennato – la garanzia dell'indipendenza del giudice non può spingersi fino al punto da sacrificare altri valori ugualmente importanti, la cui effettiva tutela dipende anche dal rispetto dei precedenti della giurisdizione suprema, sia perché – come già osservava Alessandro Pizzorusso nel 1979 – il termine «legge» che figura in quella norma non può più essere interpretato in senso formale. Lo impediscono sia le profonde trasformazioni del sistema delle fonti, dovute al processo di costituzionalizzazione e di europeizzazione del diritto (che si è spinto – cosa nemmeno

⁷⁰ G. Gorla, *Postilla su «L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi»*, in *FI* 1976, V, 127. In una prospettiva simile, diretta a valorizzare l'autorità del precedente, si muoveva, fin dal 1967, Martin Kriele, che riconosceva ai precedenti giurisprudenziali una «vincolatività presuntiva». Prendendo atto «a livello teorico che ormai nella realtà giuridica europeo-continentale i precedenti venivano ad avere un'importanza pressoché simile a quella dell'ambito angloamericano», Kriele sanciva la fine «della tesi metodologica precedentemente dominante, di un modo gerarchico di intendere il processo di reperimento del diritto, secondo il quale il diritto giudiziale non poteva che avere natura appendicolare e secondaria rispetto al diritto d'origine legislativa» (G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari 2012, 8-9). La tesi della presunzione a favore del precedente è illustrata da Kriele anche nel saggio, tradotto in italiano, *Diritto e ragione pratica* (1979), Napoli 2006 (cap. IV, 101-122).

⁷¹ G. Gorla, *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVI, Roma 1991, 4.

⁷² V., in proposito, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino 1992, 11-17.

immaginabile al tempo dell’Assemblea costituente – fino ad imporre al giudice di non applicare una legge contraria al diritto dell’Unione europea, come interpretato dalla Corte di Giustizia), sia le acquisizioni dell’ermeneutica giuridica della seconda metà del secolo scorso. In piena consonanza con quelle trasformazioni del paesaggio giuridico che hanno radicalmente trasformato il rapporto tra legge e giudice, ancora concepito in modo tradizionale dai nostri Costituenti⁷³, attribuendo alla giurisdizione il compito di interpretare la legge in modo conforme ai principi costituzionali e al diritto europeo, l’ermeneutica giuridica vede nel giudice non un passivo servitore della legge che si limita a recepire una “sostanza” semantica già completamente definita dal legislatore, ma un suo *partner* prezioso. Sollecitato dalla questione giuridica che il caso pone e seguendo il sentiero tracciato dalla legge, dai precedenti rilevanti e dalle opinioni della comunità scientifica, il giudice è chiamato, in questa prospettiva, a elaborare un *progetto semantico* conforme ai parametri di giustizia rappresentati dalla Costituzione e dalle Carte europee dei diritti, l’una e le altre secondo il significato loro attribuito dalla diffusa pratica interpretativa, rispetto alla quale le relative Corti supreme hanno il diritto all’ultima parola. E ciò, parafrasando la famosa frase del giudice americano Robert Haughwout Jackson, pronunciata nella sentenza *Brown v. Allen* (344 US 443, 1953), non perché quelle corti sono infallibili; sono infallibili solo perché hanno l’ultima parola («We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final»). Quella frase, come osserva Sabino Cassese, «è stata sempre interpretata come un ammonimento ai giudici supremi, perché questi siano consapevoli della loro fallibilità». Ma, come risulta dall’intero ragionamento del giudice americano⁷⁴, incaricato dal presidente Truman di svolgere il ruolo di «chief prosecutor» al processo di Norimberga, quella frase significa anche che la «forza» di una corte suprema sta proprio «nella sua “finality”, nella sua posizione di giudice solitario, posto al vertice, che ha l’ultima parola»⁷⁵. Solo in questo modo è possibile, tra l’altro, assicurare uniformità e stabilità al diritto vivente.

Dovere giuridico di rispettare il precedente non significa, però, dovere assoluto. A ciò si oppone, oltre al valore dell’indipendenza del giudice, la storicità del diritto, che deve sapersi adeguare ai mutamenti dei contesti fattuali, sociali e culturali. Come osserva Giuseppe Zaccaria, il diritto non solo non può essere “congelato” nei testi

⁷³ V., in proposito, M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *QuadCost* 2016, 7-20.

⁷⁴ «Whenever decisions of one court are reviewed by another, a percentage of them are reversed. That reflects a difference in outlook normally found between personnel comprising different courts. However, reversal by a higher court is not proof that justice is thereby better done. There is no doubt that if there were a super-Supreme Court, a substantial proportion of our reversals of state courts would also be reversed. We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final»

⁷⁵ S. Cassese, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Inaugurazione del 232° Anno accademico dell’Accademia delle Scienze di Torino*, Accademia delle Scienze, Torino 2015,

legislativi – come si era a lungo illusa la penalistica moderna – ma «non si trova precostituito neppure nel “deposito” dei precedenti». Che si esprima nella forma della legge o si concretizzi – al termine della dialettica processuale – nella decisione del giudice, il diritto «deve essere di volta in volta nuovamente reperito e realizzato alla luce delle novità del caso singolo, dunque con un rapporto sempre nuovo e rinnovato tra la norma e il fatto»⁷⁶. Le ragioni della stabilità, che spingono verso il rispetto del precedente, devono quindi conciliarsi con le opposte ragioni del mutamento, ragioni che, però, devono essere *gravi e ben motivate*, perché nel diritto penale l'esigenza della stabilità è fondamentale.

A ben vedere, un dovere assoluto di rispettare il precedente non sussiste neppure nell'ipotesi in cui il giudice non condivida, per gravi e importanti ragioni, un precedente favorevole all'imputato. In questo caso – pur non potendosi applicare al fatto la nuova interpretazione sfavorevole, pena la violazione del principio costituzionale di irretroattività della legge penale, che, come si è visto, nell'ottica della legalità europea, va esteso anche all'*overruling* giurisprudenziale – il giudice potrà sempre, in motivazione, esporre le sue contrarie ragioni. Se ritenute convincenti, esse potranno eventualmente indurre la Cassazione a modificare il proprio precedente, che potrà applicarsi solo ai fatti accaduti dopo l'*overruling*. Non solo. La Corte europea ha precisato che, qualora l'interpretazione sfavorevole del giudice sia «coerente con la sostanza dell'incriminazione» (cioè con il «tipo criminoso»⁷⁷ definito dal legislatore) e sia «ragionevolmente prevedibile» (per effetto, ad esempio, di un mutamento del quadro normativo o del contesto empirico o culturale, che, magari, nel frattempo, si è anche tradotto in temperamenti giurisprudenziali del precedente favorevole), la «nuova» interpretazione può applicarsi anche al caso di specie⁷⁸.

⁷⁶ G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., 9.

⁷⁷ Sulla categoria del «tipo criminoso» come criterio «sostanziale», assiologicamente connotato, per distinguere le analogie ammissibili dalle analogie inammissibili, stante la natura analogica dell'interpretazione messa in luce dall'ermeneutica giuridica, v. F. Palazzo, *Legalità penale*, cit., 1310-1313 e M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino 2011. Palazzo osserva, giustamente, che «il tipo è delineato – niente più che *delineato* – dalla legge, ma concretizzato al contatto col fatto dal giudice. Il miracolo del buon funzionamento del diritto penale sta in questo difficile equilibrio» (F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Roma 2017, 75).

⁷⁸ V., in proposito, la già richiamata sentenza 22.11.1995, *S.W. c. Regno Unito*, in cui la Corte non ha giudicato lesivo del principio di irretroattività del diritto penale l'interpretazione dei giudici inglesi che, portando a termine un lungo processo di erosione di una regola tradizionale di *common law* (cui in seguito era stato anche riconosciuto un fondamento legislativo), ha finito per far cadere il principio dell'immunità coniugale in merito al reato di violenza sessuale. Secondo la Corte europea, infatti, al momento della commissione del fatto il contesto culturale e il quadro normativo (legislativo e giurisprudenziale) erano sufficientemente perspicui nel suggerire a qualunque persona ragionevole il venir meno di una regola che trovava la sua giustificazione all'interno di una società profondamente diversa da quella del *tempus commissi delicti* e dai *La legislazione penale*

Analoghe considerazioni rispetto alla non assoltezza del vincolo del precedente valgono anche per le sentenze della Corte europea, come ha opportunamente riconosciuto la stessa Corte costituzionale dopo quei cenni un po' troppo sbrigativi contenuti nelle sentenze gemelle e nella successiva sentenza 39/2008, nella quale si faceva un esplicito riferimento alla «soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi» (§ 5). Come noto, a partire dalla sentenza 311/2009, la Corte ha progressivamente attenuato il vincolo alla giurisprudenza europea, assicurando al giudice interno «un "marginе di apprezzamento e di adeguamento", che - nel rispetto della "sostanza" della giurisprudenza di Strasburgo - [gli] consenta comunque di tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi»⁷⁹.

Oltre che dalla necessità di tutelare il principio dell'indipendenza dei singoli giudici nazionali, che non possono essere ridotti a «passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale»⁸⁰, il rifiuto di una rigida «nomofilachia europea», di tipo autoritario, discende dal ruolo di *mediatore culturale* che è chiamato a svolgere il giudice interno. Questi, dovendo *tradurre* il linguaggio giuridico della Corte europea deve comportarsi, per molti versi, come si comporterebbe qualsiasi buon traduttore: comprendere bene il significato delle parole e delle varie nozioni, elaborate autonomamente dalla Corte, nello specifico contesto in cui sono impiegate, e tradurle in modo appropriato nella sua propria lingua, salvaguardandone il senso, ma tenendo anche conto delle peculiarità del contesto culturale in cui quella sua lingua vive. Come ogni traduttore sa, una traduzione pedissequamente letterale si rivela spesso una cattiva traduzione, fonte, non di rado, di fraintendimenti. E tuttavia, se una traduzione più «libera» trova una sua giustificazione in quelle ragioni di compatibilità del linguaggio della Corte europea con le caratteristiche peculiari dell'ordinamento e della cultura giuridica in cui essa deve collocarsi, la libertà di traduzione del giudice nazionale incontra anche il limite rappresentato dalla condivisione, da parte dell'autore (la Corte di Strasburgo), del risultato della traduzione realizzata dal giudice interno. La Corte europea, cui spetta l'ultima parola in ordine all'interpretazione della Convenzione, potrà sempre, cioè, qualora non condivida l'interpretazione del giudice nazionale, censurarla in una sentenza successiva, proponendone una diversa.

valori difesi dalla Convenzione europea.

⁷⁹ Così C. cost., 12.10.2012 n. 230, § 7, che riassume bene la posizione della Corte fino a quel momento.

⁸⁰ C. cost., 14.1.2015 n. 49, § 7.

Il lavoro di traduzione cui è chiamato il giudice interno è reso, però, più difficile di quello di un normale traduttore dal fatto che il testo da tradurre (la sentenza della Corte europea) si inserisce in un *corpus* narrativo più ampio – divenuto nel tempo molto ricco – nel quale convivono orientamenti non sempre pienamente coerenti. Talora, inoltre, l'applicazione al caso concreto dei precedenti della Corte non è sempre lineare e genera ulteriori difficoltà interpretative. Quando ciò si verifica, alla maggiore difficoltà di comprensione del significato del testo (che deve tener conto del “co-testo”⁸¹ nel quale si inserisce), corrisponde inevitabilmente un margine maggiore di libertà interpretativa del giudice interno, che una sentenza successiva della Corte europea potrà, eventualmente, restringere, precisando meglio il suo orientamento.

La sentenza *Varvara c. Italia* del 29 ottobre 2013 ha suscitato un problema interpretativo di questo genere che è giunto fino alla Corte costituzionale. Il riferimento, nel testo di quella decisione, alla necessità di una «sentenza di condanna» per poter irrogare una “pena” (secondo il significato che la Corte europea attribuisce a quella parola), ha indotto il giudice *a quo* a tradurre la locuzione «sentenza di condanna» con la formula familiare “sentenza ai sensi dell’art. 533 c.p.p.”, ritenendo che per effetto di quella decisione della Corte di Strasburgo non si potesse più disporre la confisca urbanistica – considerata una “pena” a partire dalla sentenza *Sud Fondi s.r.l e altri c. Italia* – in presenza di una sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato, anche qualora la responsabilità risulti accertata.

Sebbene la formula «sentenza di condanna» potesse ingenerare qualche fraintendimento, se il giudice *a quo* avesse tenuto conto del «metodo interpretativo della giurisprudenza della Corte europea e dell’uso che essa fa dei “concetti autonomi ai fini dell’applicazione della Convenzione”», la sentenza *Varvara* non avrebbe dovuto suscitare tanto allarme. E l’argomentare della Corte costituzionale avrebbe potuto essere meno elaborato⁸². Inoltre, se la Corte costituzionale – che ha fornito una convincente e ragionevole traduzione della locuzione «sentenza di condanna», avallata in seguito dalla Grande Camera⁸³ – si fosse limitata a interpretare la sentenza *Varvara* alla luce del linguaggio giuridico della Corte europea, e della cultura giuridica

⁸¹ Con il termine “co-testo” si fa riferimento all’ambiente testuale in cui il testo si inserisce. V., in merito, C. Segre, *Co-text and Context*, in *Encyclopedic Dictionary of Semiotics*, a cura di Th. A. Sebeok, vol. I, Berlin 1986, 151, secondo cui la nozione di “co-testo” si riferisce al «verbal environment» per distinguerla dal «situational environment» (contesto). L’adozione del termine co-testo «stresses the distinction between those elements which are intrinsically textual (or intratextual) and extratextual elements: the latter being proper to extensional semantics (possible worlds, etc.) and to pragmatics (production, reception, interpretation of the text)».

⁸² Così, V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015*, cit., 3.

⁸³ C. eur. GC, 28.6.2018, *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, § 252, secondo cui «l’arrêt *Varvara* ne permet pas de conclure que les confiscations pour lotissement illicite doivent nécessairement s’accompagner de condamnations par des juridictions nationales au sens du droit national».

che lo esprime, avrebbe forse potuto evitare di avventurarsi in improprie considerazioni di tipo metodologico – prontamente censurate a Strasburgo⁸⁴ – sulla forza vincolante dei precedenti della Corte europea, riconoscendola solo in presenza di «un “diritto consolidato” generato dalla giurisprudenza europea»⁸⁵. Come ebbe modo di chiarire Vladimiro Zagrebelsky in un commento a caldo della sentenza 49/2015 della Corte costituzionale, «vincolante per la Corte è ritenuto ogni suo precedente, se pertinente al caso da decidere. È vincolante anche un'unica sentenza (o decisione di irricevibilità) resa da un collegio ordinario, fino a quando l'orientamento che vi è espresso non sia modificato da una sentenza della *Grande Chambre*»⁸⁶.

L'attribuzione di efficacia vincolante al solo “diritto consolidato” discende probabilmente da una non chiara rappresentazione – frutto della scarsa familiarità del giurista di *civil law* con la logica del precedente – della differenza tra la nozione di “giurisprudenza”, cui allude la Corte, che è «costituita da un *insieme* di decisioni», anche molto numeroso e «che può essere – e spesso è – ridondante, variabile, ambigua e contraddittoria», e la nozione di “precedente”, che è «costituito o può essere costituito da *una* decisione che successivamente viene considerata come una regola che si applica anche in casi successivi»⁸⁷. Per questa sua caratteristica, il precedente non si forma con la prima decisione: è «il secondo giudice che – per così dire – *crea* il precedente adottando la medesima *ratio decidendi* del caso anteriore»⁸⁸.

10. A questo punto, si potrebbe obiettare che le due posizioni teoriche circa la natura dell'autorità del precedente (solo morale e persuasiva oppure giuridica e vincolante, nel senso precisato) sono sì diverse a livello teorico, ma si incontrano a livello pratico: anche la posizione tradizionale, infatti, esige dal giudice che si discosta da un precedente autorevole o da una giurisprudenza consolidata che motivi adeguatamente le ragioni del cambiamento. E tuttavia, proprio per quelle diverse radici teoriche, le conseguenze pratiche non sono del tutto coincidenti.

Innanzitutto, sostenere che il rispetto del precedente è un dovere giuridico (seppur relativo) significa porre il valore della cultura del precedente su fondamenta più solide, secondo l'auspicio formulato dal presidente Zucconi Galli Fonseca nella già

⁸⁴ La Grande Camera, nella citata sentenza *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, precisa che «ses arrêts ont tous la même valeur juridique. Leur caractère contraignant et leur autorité interprétative ne sauraient par conséquent dépendre de la formation de jugement qui les a rendus» (§ 252).

⁸⁵ C. cost., 14.1.2015 n. 49, § 7.

⁸⁶ V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015*, cit., 5. Improprio e inutile, osserva Zagrebelsky, è, inoltre, il tentativo, presente nella sentenza 49/2015, di «codificare gli indici secondo i quali pesare la forza dei precedenti o la loro debolezza». Ciò che è «utile ed anzi indispensabile è valutare la pertinenza del precedente rispetto al caso da decidere» (p. 6).

⁸⁷ M. Taruffo, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Crim* 2014, 39.

⁸⁸ Ivi, 40.

ricordata lettera del 1994 e in linea con la recente riforma dell'art. 618 c.p.p., che ha imposto a carico della sezione semplice un vero e proprio dovere giuridico di rimessione del ricorso alle sezioni unite, in caso di dissenso rispetto a un precedente di queste ultime.

In secondo luogo, se si riconosce nel rispetto del precedente un dovere giuridico a carico del singolo magistrato, si pongono le premesse per configurare una qualche forma di responsabilità disciplinare e/o civile a carico del giudice che si discosti da un precedente autorevole senza esporre, in motivazione, le ragioni che lo spingono a dissentire.

Mostrando che i tempi sono ormai maturi per andare in questa direzione⁸⁹, le sezioni unite, con una recente sentenza in tema di responsabilità civile dello Stato per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, dopo aver precisato che «il discostarsi dal precedente [...], anche se dotato dell'autorevolezza di una pronuncia a sezioni unite, non può costituire – di per sé – fonte di responsabilità civile», hanno stabilito l'importante principio secondo cui, «in un sistema che valorizza l'affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, l'adozione di una soluzione non in linea con i precedenti non può essere di per sé gratuita, né immotivata, né immediata», ma deve essere «frutto di scelta (interpretativa) consapevole e riconoscibile come tale». Pur concedendo che ciò può avvenire anche senza un'esplicita motivazione, la Corte riconosce, però, che la scelta interpretativa del giudice è «più facilmente» comprensibile «se esplicitata all'esterno a mezzo di motivazione»: «oltre a rendere più persuasiva la decisione, la motivazione rende anche palese che la decisione è frutto di una scelta (interpretativa) consapevole e, in quanto tale, sottratta all'area della responsabilità civile»⁹⁰.

Quanto al profilo della responsabilità disciplinare, si è osservato che essa può configurarsi in relazione all'ipotesi dell'art. 2, c. 1, lett. a, del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, secondo cui costituiscono illecito disciplinare funzionale «i comportamenti che, violando i doveri di cui all'art.1» (tra i quali è compreso quello di diligenza), «arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti»⁹¹.

⁸⁹ Nella lettera del 1994 che già si è più volte ricordata, Zucconi Galli Fonseca prendeva espressamente in esame l'ipotesi di un illecito disciplinare a carico dei giudici della Corte che non si avvalessero della facoltà di rimettere il ricorso alle Sezioni unite in caso di dissenso, com'era previsto dal testo originario dell'art. 618 c.p.p., ma non la riteneva, all'epoca, praticabile: «Ciò sarebbe possibile solo se nella coscienza collettiva del corpo della Magistratura italiana si pervenisse a concepire senza incertezze che appartiene alla deontologia professionale dei magistrati della Corte di cassazione concorrere alla formazione di una giurisprudenza coerente, in particolare non vulnerando la funzione delle Sezioni unite, che della difesa di quella coerenza sono investite» (*Lettera del Presidente Ferdinando Zucconi Galli Fonseca*, cit., 46).

⁹⁰ Cass. S. U. Civ., 3.5.2019 n. 11747, § 13.12, 13.14 e 14.1.

⁹¹ In questo senso, E. Lupo, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione*, cit., 922.

Va tuttavia riconosciuto che la garanzia della prevedibilità del diritto penale (anche) attraverso il rispetto del precedente può diventare davvero effettiva soltanto se l'ordinamento è in grado di produrre precedenti stabili e autorevoli, capaci di per sé di suscitare consenso presso i giudici, senza la necessità di ricorrere a strumenti autoritativi di *enforcement*, sempre a rischio di incidere più del consentito sulla garanzia dell'indipendenza del giudice e della cui reale efficacia è lecito nutrire dubbi. Tanti sono, infatti, gli espedienti per eludere il precedente senza disconoscerlo in modo esplicito⁹².

Il rispetto del precedente è innanzitutto un *fatto culturale*: dipende dalla piena consapevolezza, da parte di ciascun giudice, del ruolo di primo piano che svolge la giurisdizione nel processo di «positivizzazione»⁹³ del diritto e nell'effettiva attuazione della garanzia della (ragionevole) prevedibilità del diritto. Per avvicinarsi il più possibile a quest'obiettivo di rilevanza costituzionale occorre, prima di tutto, come sottolineava Vladimiro Zagrebelsky più di trent'anni fa, che ciascun giudice abbia ben presente il «significato istituzionale della funzione giurisdizionale» e abbandoni definitivamente, pertanto, la tradizionale «lettura eccessivamente individualistica del rapporto giudice-legge»⁹⁴.

Alla radice di questo rinnovato modo d'intendere la giurisdizione (la sua natura e i suoi compiti), vi devono essere, infine, un'adeguata formazione culturale del giudice⁹⁵ e una rigorosa «etica del limite»⁹⁶, diffusa in tutta la magistratura, che si deve tradurre, per quel che a noi qui interessa, in una particolare cautela nel percorrere itinerari ermeneutici innovativi in presenza di precedenti autorevoli o di orientamenti consolidati. Come osserva Francesco Viganò, la «*cultura del precedente*» è, anche,

⁹² V., in merito, J. Marshall, *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti*, in *Ragion pratica*, 6, 1996, 29 ss.

⁹³ G. Zaccaria, *Sul concetto di positività del diritto*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, a cura del medesimo, Torino 1991, 329-358.

⁹⁴ V. Zagrebelsky, *Dalla varietà delle opinioni*, cit., 1576.

⁹⁵ A tal proposito, Vladimiro Zagrebelsky, in una relazione svolta il 5 novembre 2019 nel corso di formazione della Scuola superiore della magistratura, dopo aver ripreso il senso del suo intervento del 1988, osserva che la Scuola può svolgere un ruolo fondamentale nella promozione, «come qualità professionale», della «disponibilità a ricercare (e mantenere) soluzioni che possano dirsi espressione della istituzione giudiziaria nel suo complesso», mettendo in guardia contro atteggiamenti di «narcisismo giurisprudenziale» che possono tradursi in un «pericoloso senso di onnipotenza» (V. Zagrebelsky, *Nozione e portata dell'indipendenza dell'Ordine giudiziario e dei giudici. Ruolo del Consiglio superiore della magistratura* in *Osservatorioaic.it*, 6, 2019, 90-91). Più in generale, per una proposta di un profondo rinnovamento della formazione del giurista, che ne rafforzi la cultura generale, v. M. Vogliotti, *Per una nuova educazione giuridica*, in *Quale formazione, per quale giurista?*, a cura di C. Sarzotti e C. Blengino, di prossima pubblicazione nella collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Milano 2021.

⁹⁶ V., in proposito, M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino 2007, 305-317.

«cultura del *limite* al potere del (singolo) giudice, e argine al rischio che il giudice stesso si percepisca come *onnipotente*»⁹⁷.



⁹⁷ F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero *et alii*, Napoli 2016, 254, in cui la frase citata è preceduta dalle seguenti parole: «Io credo che il sistema penale italiano abbia bisogno, oggi più che mai, di una dose massiccia di *cultura del precedente*: che è, anche, cultura del *limite* al potere del (singolo) giudice, e argine al rischio che il giudice stesso si percepisca come *onnipotente*».