

LE MODIFICHE ALL'ART. 618 CPP: VERSO UN EFFETTIVO ED AUSPICATO POTENZIAMENTO DELLA FUNZIONE NOMOFILATTICA

di Anna Caligaris

(Dottoranda di ricerca in diritto processuale penale, Università degli studi di Torino)

SOMMARIO: 1. Una presa di coscienza imperativa. – 2. Il “nuovo” art. 618 co. 1 bis Cpp. – 2.1. Le diverse occasioni di intervento delle Sezioni unite. – 2.2. I principi di diritto delle Sezioni unite a seguito della riforma: precedenti vincolanti o manifestazione di gerarchia interna alla Corte? – 3. Inammissibilità sopravvenuta del ricorso ed affermazione del principio di diritto da parte delle Sezioni unite: i confini dell’art. 618 co. 1 ter Cpp. – 4. Una sinergia d’intenti – 5. Considerazioni conclusive.

1. - Che la funzione di nomofilachia assegnata alla Cassazione dall’art. 65 Og stia vivendo una stagione di profonda crisi è un fatto noto. Più delle parole valgono i numeri: solo nel 2016 i ricorsi presentati alla Corte sono stati 52.384, i procedimenti esauriti 58.014; i giudici di legittimità hanno concluso in media 485 ricorsi ciascuno nel corso dell’anno¹. La situazione non è affatto migliorata nell’anno appena concluso: si legge nell’ultima *Relazione annuale sull’amministrazione della giustizia*² che i ricorsi sopravvenuti sono stati 56.642, con un aumento dell’8,1% rispetto al 2016. Inoltre, il maggior numero dei ricorsi iscritti è stato solo in parte compensato dai 56.760 ricorsi smaltiti, il cui numero risulta comunque inferiore rispetto ai 58.014 evasi dello scorso anno. Non a caso si parla, ormai da anni, di Corte “assedata”³.

L’ipertrofia decisionale conseguente all’accumularsi dei ricorsi immette il sistema in una sorta di circolo vizioso. L’elevato numero di pronunce impedisce a ciascuna singola sezione di avere piena contezza di quanto e come abbiano deciso le altre, e ciò

¹ I dati sono tratti dall’*Annuario statistico 2016* redatto dall’Ufficio di statistica della Suprema Corte e reperibile in www.cortedicassazione.it. Peraltro, si tratta di risultati da salutarsi con favore considerato il miglioramento rispetto agli anni precedenti. Il quadro tratteggiato da G. Canzio, *Relazione sull’Amministrazione della giustizia nell’anno 2016*, Roma, 26.1.2017, in www.cortedicassazione.it, 72 ss., appariva – se possibile – ancor più drammatico: nel 2014 i ricorsi sopravvenuti sono stati 55.822, scesi a 53.539 nell’anno successivo; i procedimenti esauriti 53.550 nel 2014 e 51.699 nel 2015; pressoché invariato invece il dato concernente il numero dei procedimenti trattati in ciascuna udienza, di poco inferiore a cinquanta (47 nel 2016 e 48 nel 2015).

² G. Mammone, *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2017*, Roma, 26.1.2018, in www.cortedicassazione.it, 45.

³ Non può non ricordarsi innanzitutto il Convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale svoltosi il 27-29.9.2012 presso la Corte di cassazione, intitolato appunto *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*. In dottrina i richiami a tale espressione sono poi molteplici: si veda, *ex multis*, O. Mazza, *La Corte assediata e il “garantismo efficiente”*, in PPG 2014, n. 5, 1 ss.; E. Lupo, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Roma 2017, 33; G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6.2.2017, 1; B. Sassani, *Prefazione*, in L. Lombardo, *Il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione*, Torino 2015, XIII. Significative altresì le parole di A. Scalfati, “*Considerazioni inattuali*” sulla Suprema Corte, in PPG 2013, n. 1, 1: «il peso dei ricorsi schiaccia la Corte di cassazione».

non può che aumentare la probabilità di orientamenti difformi⁴. L'eterogeneità interpretativa che ne consegue non scoraggia – ed anzi, all'opposto, favorisce – la presentazione di ricorsi ad opera delle parti: queste ultime infatti troveranno sempre, nel *mare magnum* dei precedenti di legittimità⁵, la massima da invocare a sostegno delle proprie ragioni⁶, mentre simili opportunità non sarebbero concesse in presenza di un quadro giurisprudenziale meno variegato⁷. Il sistema finisce dunque per alimentarsi dei suoi stessi difetti.

S'impone, in breve, una presa d'atto: il numero abnorme di ricorsi indirizzati ogni anno ai giudici di legittimità conduce a un profondo svilimento della funzione nomofilattica⁸, rendendo in concreto irrealizzabile e utopico il compito di garantire «l'uniforme interpretazione della legge».

⁴ Cfr. G. Fidelbo, *Sezioni semplici e Sezioni unite fra legge e precedente*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., 134 s. In verità, come osserva E. Lupo, *Cassazione e legalità penale*, cit., 33, sovente è lo stesso collegio giudicante a non essere in grado di conoscere ciò che la medesima sezione, in una differente composizione, ha in precedenza statuito sulla questione da definire. Non stupisce, di conseguenza, che gli approdi ermeneutici siano talvolta contrastanti non solo tra le varie sezioni, «ma fin'anco all'interno della stessa sezione e addirittura, in casi davvero limite, nell'ambito della stessa udienza» (così L. Stortoni, *Il difficile equilibrio tra supremazia della legge e prevedibilità della giurisprudenza*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., 123 s.). Nella medesima prospettiva altresì M. Bargis, *Ricorso per cassazione inammissibile e principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363, comma 3, c.p.c.: un istituto esportabile in sede penale a fini nomofilattici?*, in *CP 2013*, 125. In merito, infine, R. Aprati, *Le sezioni unite fra esatta applicazione della legge e uniforme applicazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Marandola e T. Bene, Milano 2017, 277, nota 5, la quale precisa che «il diritto penale per lo più è soggetto a contrasti all'interno di una singola sezione, visto che la distribuzione del lavoro fra le sezioni viene fatta per tipologie di reati [...]. Nel diritto processuale, di contro, non essendoci alcuna ripartizione delle materie, i contrasti nascono tanto fra le diverse sezioni che all'interno della medesima».

⁵ Rileva G. Canzio, *Relazione sull'Amministrazione della giustizia*, cit., 135, che al termine del 2016 risultavano nell'archivio on-line della Suprema Corte *ItalgireWeb* circa 170.000 massime, nonché 653.000 sentenze penali.

⁶ Cfr. R. Orlandi, *Rinascita della nomofilachia*, cit., 2606, e M. Taruffo, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Crim 2014*, 39. Fa riferimento all'«avidità della pratica per le massime» E. Carbone, *Funzioni della massima giurisprudenziale e tecniche di massimazione*, in *PD 2005*, 136.

⁷ L'indiretto richiamo ad una maggiore stabilità giurisprudenziale non deve ovviamente essere inteso nel senso di un'auspicata chiusura del sistema rispetto al naturale mutare ed evolversi della giurisprudenza; ciò che in definitiva si intende censurare è semplicemente la simultanea presenza di indirizzi ermeneutici contrastanti in relazione alla medesima norma. In tale prospettiva, occorrerebbe dunque prestare maggiore attenzione alla tutela dell'«uniformità sincronica» dell'interpretazione, da intendersi come «applicazione della stessa interpretazione a tutti i casi che nello stesso momento vengono giudicati secondo una stessa norma» (in questi termini M. Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna 1991, 94).

⁸ Perfettamente calzanti paiono, ancora, le considerazioni di M. Taruffo, *Il vertice ambiguo*, cit., 100, il quale evidenzia come «una Corte oberata da decine di migliaia di ricorsi, indotta a decidere più e più volte le stesse questioni e a pronunciare migliaia di sentenze all'anno, sia lontanissima dall'ideale della Cassazione che elabora la giusta interpretazione delle norme e assicura una ragionevole uniformità della giurisprudenza». Nel medesimo senso, Id., *Una riforma della Cassazione civile?*, in *RTrimDPCiv 2006*, 758, laddove l'Autore pone l'accento sul numero eccessivo di ricorsi qualificando il fenomeno come «problema centrale – forse l'unico problema davvero importante – nel funzionamento della Corte di cassazione». Sul punto altresì F. Caprioli, *I nuovi presupposti di ammissibilità dei ricorsi per*

In un simile contesto, la tentazione è darsi per vinti, accettando mestamente l'anomalia che contraddistingue la nostra Cassazione⁹. Così ragionando, l'attenzione potrebbe venire focalizzata esclusivamente sulla funzione di tutela dello *ius litigatoris* assegnata al giudice di legittimità dall'art. 111 co. 7 Cost.¹⁰. Abbandonata ogni ricerca di un equilibrio tra salvaguardia dei diritti individuali in gioco nel caso di specie e tutela della nomofilachia¹¹, si potrebbe serenamente concentrare ogni attenzione sulla sola conformità a giustizia delle singole decisioni.

Tuttavia, un'impostazione siffatta entrerebbe in rotta di collisione con il tuttora vigente e cogente art. 65 Og. Tale norma, nel momento in cui consacra la Cassazione a «organo supremo della giustizia», garante della funzione nomofilattica nelle sue diverse declinazioni, non può semplicemente essere tacciata di inapplicabilità in ragione di un carico di lavoro che non consente alla Corte di adempiere il suo compito. È il diritto che deve piegare la pratica e non la pratica che deve piegare il diritto.

Né paiono pienamente convincenti quelle tesi che, preso atto del mutato contesto di riferimento e delle difficoltà che ne conseguono, reputano necessario ridisegnare la nomofilachia moderna, qualificandola come «orizzontale», «circolare», «dinamica»¹².

cassazione, in www.la-legislazione-penale.eu, 2.1.2018, 1: «l'inflazione dei ricorsi disorienta la corte e genera indirizzi esegetici frammentari e instabili: a farne le spese è la stessa vocazione nomofilattica dell'organo giudiziario di vertice». Analogamente, inoltre: M. Bargis, *Ricorso per cassazione inammissibile*, cit., 120 s.; G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29.1.2018, 15; Id., *Sezioni semplici e Sezioni unite*, cit., 134; A. De Caro, *Il ricorso per cassazione*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Torino 2017, 225 s.; C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *GI 2017*, 2297. Si veda infine V. Denti, *Le riforme della Cassazione civile: qualche ipotesi di lavoro*, in *FI 1988*, V, 23, il quale sostiene che solo attraverso la selezione dei ricorsi è «possibile raggiungere la finalità di restituire la Cassazione alle sue funzioni istituzionali, che possono essere adeguatamente esercitate solo in presenza di un numero limitato di cause».

⁹ M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., 756, parla addirittura di «*monstrum* di cui un giurista straniero fatica a comprendere l'esistenza».

¹⁰ Sebbene l'art. 111 Cost. non si riferisca espressamente alla funzione nomofilattica, può ravvisarsi una continuità fra la disposizione costituzionale e quanto previsto dall'art. 65 Og: la previsione della ricorribilità per cassazione nelle sole ipotesi di violazione di legge può infatti ritenersi il *pendant* – nella prospettiva dell'impugnante – della necessità di assicurare l'esatta osservanza della legge, sancita – questa volta con riguardo ai giudici di legittimità – dalla disposizione ordinamentale. Sul punto, E. Lupo, *Cassazione e legalità penale*, cit., 29; M. Mengozzi, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, in www.osservatorioaic.it, 2.3.2015, 5.

¹¹ A tal proposito M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., 761, parla di «funzione "privata" consistente nella decisione delle singole controversie» sottoposte all'esame della Corte, e di «funzione "pubblica", che consiste nell'interpretare la legge in una prospettiva di applicazione uniforme del diritto ispirata al principio di uguaglianza». In merito altresì G. Fidelbo, *Sezioni semplici e Sezioni unite*, cit., 134, nonché C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale*, cit., 2297. Cfr., inoltre, A. Scalfati, «*Considerazioni inattuali*» sulla *Suprema Corte*, cit., 2, il quale osserva come «in una società complessa [...] i due fenomeni – interpretazione oggettiva del diritto e decisione per la tutela dei diritti – non [siano] scindibili». Quest'ultimo Autore definisce tuttavia «categorie concettuali un po' ingrigite» la distinzione tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*, in Id., *Fluidificare il procedimento in Cassazione: proposte concrete e non rivoluzionarie*, in *DPP 2015*, 129.

¹² Così G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., 5, laddove sostiene che ci si debba

Infatti, se è innegabile che il pluralismo di ordinamenti e l'accresciuta complessità delle fonti che caratterizzano l'odierno panorama giuridico abbiano intaccato le radici più profonde del principio di legalità¹³, è altrettanto vero che proprio alla luce di tali fenomeni emerge ancor più forte l'esigenza di una parola chiarificatrice, in grado di fungere da chiusura del sistema¹⁴. Nel nuovo e alterato assetto dei rapporti fra diritto "vigente" e diritto "vivente"¹⁵, è specificamente la funzione nomofilattica ad apparire in grado, per un verso, di soddisfare l'insopprimibile anelito alla certezza del diritto e, per altro verso, di porre un freno all'«espansionismo giurisprudenziale»¹⁶.

Stante quanto detto sinora, emerge dunque con evidenza la necessità di un significativo recupero e potenziamento del fondamentale compito affidato alla Cassazione dall'art. 65 Og. Proprio in questa direzione sembra finalmente essersi mosso il legislatore, il quale, risvegliatosi da un lungo letargo, ha di recente posto fine alla perdurante inattività su questo fronte. In particolare, muovendo dalla considerazione che – come detto poc'anzi – l'insostenibile mole di ricorsi indirizzati alla Corte rappresenta un fattore problematico preminente, la legge 23 giugno 2017 n. 103¹⁷ è innanzitutto intervenuta sulla disciplina delle impugnazioni nella prospettiva di decongestionare, direttamente o indirettamente, il lavoro dei giudici di legittimità¹⁸: a

guardare «da una nomofilachia "verticale", riservata alla Corte di cassazione e declinata in senso gerarchico».

¹³ Denuncia lo «spostamento dell'asse della legalità dalla legge alla giurisprudenza» P. Ferrua, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *DPP* 2017, 1273. Sul tema, altresì: D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *RIDPP* 2015, 30 ss.; G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *DPenCont* 2016, n. 1, 101; A. De Caro, *Il ricorso per cassazione*, cit., 247; R. Bricchetti, *Giudici di merito e Cassazione fra legge e precedente*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., 128.

¹⁴ Cfr. F. Caprioli, *I nuovi presupposti di ammissibilità*, cit., 2: «al cospetto di una legalità penale "debole" cresce l'esigenza di un momento interpretativo unificante, in grado di rendere autenticamente prevedibili [...] le conseguenze dei comportamenti individuali». Nel medesimo senso E. Lupo, *Cassazione e legalità penale*, cit., 32. Si veda, inoltre, R. Orlandi, *Rinascita della nomofilachia*, cit., 2597 e 2614 s., nonché C. Di Iasi, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, in *QuestG* 2017, n. 3, 84.

¹⁵ In questi termini, nuovamente, P. Ferrua, *Soggezione del giudice alla sola legge*, cit., 1269. Cfr., altresì, F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., 66, il quale parla di «spostamento d'accento dalla legalità della legge alla legalità effettuale».

¹⁶ L'espressione è di E. Lupo, *Cassazione e legalità penale*, cit., 32.

¹⁷ La c.d. riforma Orlando, pubblicata in G.U. il 4 luglio 2017, n. 154, è intervenuta su molteplici aspetti della disciplina sia sostanziale che processuale, come si evince dal titolo dell'intervento legislativo, recante, appunto, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*. Cfr. G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale*, cit., 89, secondo il quale «il provvedimento costituisce un collettore di istanze e pulsioni caratterizzate da *input* molto diversi tra loro, così da evidenziare una non semplice *reductio ad unum*».

¹⁸ In tal senso, A. De Caro, *Il ricorso per cassazione*, cit., 227; M. Gialuz – A. Cabiale – J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *DPenCont* 2017, n. 3, 181; M.M. Monaco, *Riforma Orlando: come cambia il giudizio in Cassazione*, in *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. Spangher, Pisa 2017, 279. Analogamente, ancora, G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale*, cit., 96, il quale riconduce le modifiche del procedimento di Cassazione alla triplice logica dell'«efficientismo,

tal proposito vengono quindi in rilievo i nuovi artt. 410 *bis* e 629 *bis* Cpp, nonché le modifiche apportate agli artt. 428, 448, 606, 608, 613 e 616 Cpp¹⁹.

Il legislatore non si è tuttavia fermato qui: oltre ad operare in chiave deflattiva, la l. 103/2017 ha introdotto talune disposizioni immediatamente volte a rinvigorire la funzione di nomofilachia²⁰. Nello specifico, a monte di queste ultime pare esservi la constatazione che, attualmente, tale fondamentale compito viene di fatto svolto dalle sole Sezioni unite²¹, non essendo in grado le sezioni semplici di offrire contributi di alcun tipo all'esigenza di assicurare l'uniformità dell'interpretazione. Mentre una molteplicità di ricorsi viene assegnata alle singole sezioni, alla Corte nel suo più ampio consesso spetta – come è naturale che sia – la trattazione di un numero più esiguo di questioni²², con il risultato che in tale sede dovrebbe azzerarsi, o quantomeno ridursi al minimo, il rischio di indirizzi ermeneutici contrastanti, concettualmente incompatibili con l'esercizio della nomofilachia.

La verità è che proprio nel riparto di competenze tra sezioni semplici e Sezioni unite può trovare composizione l'attuale ambiguità funzionale della Corte. La Cassazione deve infatti fronteggiare una «domanda di giustizia crescente e poliedrica»²³, che la conduce verso una sempre più marcata prospettiva di valorizzazione della tutela individuale²⁴. Ed è lo stesso art. 111 co. 7 Cost. a favorire una siffatta evoluzione, essendo amplissimi i margini di ricorribilità oggettiva concessi alle parti dal precetto costituzionale²⁵. Pertanto, finché permane la volontà di mantenere inalterata la

decompressione, valorizzazione».

¹⁹ In merito si veda l'attenta analisi di F. Caprioli, *I nuovi presupposti di ammissibilità*, cit. Sulle varie innovazioni apportate dalla riforma si vedano anche: AA.VV., *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Marandola e T. Bene, cit.; AA.VV., *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, cit.; AA.VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. Spangher; AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina e E.M. Mancuso, Padova 2017. Con particolare riguardo al tema delle impugnazioni: AA.VV., *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di M. Bargis e H. Belluta, Torino 2018.

²⁰ Fa riferimento alla volontà di «rafforzare [...] l'uniformità e la stabilità nomofilattica dei principi di diritto espressi dal giudice di legittimità» la *Relazione al d.d.l. C N. 2798*, in *Atti parlamentari, Camera dei deputati, XVII legislatura, Disegni di legge e Relazioni*, consultabile in www.camera.it, 11. Nel medesimo senso, inoltre: A. De Caro, *Il ricorso per cassazione*, cit., 245; M. Gialuz – A. Cabiale – J. Della Torre, *Riforma Orlando*, cit., 189; M.M. Monaco, *Riforma Orlando*, cit., 280; G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale*, cit., 97; C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale*, cit., 2300. D'altro canto, lo stesso potenziamento della funzione nomofilattica, «inducendo coerenza e stabilità nella giurisprudenza della Corte, è idone[o] a disincentivare ricorsi meramente esplorativi» e dunque a spiegare effetti anche sul fronte della deflazione dei ricorsi: C. Di Iasi, *La fata ignorante*, cit., 88.

²¹ In questi termini R. Orlandi, *Rinascita della nomofilachia*, cit., 2615; A. Cadoppi, *Cassazione e legalità. Presentazione*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., 19.

²² Sul punto E. Lupo, *Cassazione e legalità penale*, cit., 33 s.

²³ L'espressione è di F. Caprioli, *I nuovi presupposti di ammissibilità*, cit., 1.

²⁴ Cfr. A. Scalfati, *Fluidificare il procedimento in Cassazione*, cit., 129, nonché Id., «Considerazioni inattuali» sulla Suprema Corte, cit., 2: «la tendenza a chiedere alla Corte la tutela di situazioni individuali, spingendo su un binario parallelo il finalismo oggettivo del suo operato, è aumentata nel tempo, di pari passo allo sviluppo dei bisogni umani nel contesto sociale».

²⁵ A tal proposito M. Chiavario, *La garanzia della ricorribilità e i suoi costi*, cit., 33, sostiene che l'unica

funzione di tutela dello *ius litigatoris* in capo alla Cassazione, è naturale che quest'ultimo compito venga in concreto svolto dalle sezioni semplici²⁶. Ecco dunque che il cerchio si chiude: mentre ciascuna singola sezione opera essenzialmente quale giudice di terza istanza – ancorché di sola legittimità –, dinanzi alle Sezioni unite si realizzano le condizioni per l'esercizio della funzione nomofilattica²⁷.

In definitiva, proprio l'intento di positivizzare questo riparto di competenze sembra dunque avere ispirato la riscrittura dell'art. 618 Cpp²⁸.

2. - Il comma 1 *bis* dell'art. 618 Cpp – introdotto dall'art. 1 co. 66 l. 103/2017 – prescrive che, qualora una sezione della Corte ritenga «di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite», debba rimettere a queste ultime la questione²⁹. Tale norma non rappresenta invero una novità assoluta: il pensiero va innanzitutto all'art. 610 *bis* del Progetto preliminare del codice – poi divenuto l'art. 618 nel Progetto definitivo – ed inoltre a quanto previsto, più di recente, in relazione alla Cassazione civile dall'art. 374 co. 3 Cpc.

Quanto al primo profilo, la disposizione del Progetto stabiliva che le sezioni semplici avrebbero dovuto uniformarsi «ai principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite per dirimere un contrasto»; in alternativa, non volendo adeguare le proprie decisioni ai suddetti principi di diritto, era prescritto che dovessero rimettere il ricorso alla Corte nella sua più autorevole composizione³⁰. Come limpidamente chiariva la Relazione illustrativa al Progetto, una siffatta norma era dettata dalla volontà di «impedire il protrarsi di contrasti tra le decisioni della Corte di cassazione, anche dopo l'intervento delle Sezioni unite, e di assecondare quella “uniforme interpretazione della legge” demandata alla Corte dall'ordinamento giudiziario e necessaria per dare effettiva

delimitazione prevista dalla norma costituzionale consista nella precisazione che i motivi del ricorso debbono ricondursi «al solo paradigma delle “violazioni di legge”».

²⁶ Cfr. A. Cadoppi, *Cassazione e legalità. Presentazione*, cit., 24.

²⁷ Così G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 15, e Id., *Sezioni semplici e Sezioni unite*, cit., 135: l'Autore peraltro completa il quadro parlando della Corte quale «giudice a tre dimensioni», ossia «giudice dell'ammissibilità del ricorso quando opera come settima sezione», «giudice dello *ius litigatoris* quando giudica come sezione semplice» e «giudice dello *ius constitutionis* quando decide in Sezioni unite». In merito, altresì, R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 292. Infine, rilevanti le considerazioni di A. Cadoppi, *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *IP* 2014, 29: «le Sezioni unite hanno sicuramente tutte le credenziali per produrre autorevoli ed affidabili precedenti; viceversa, le pronunce promananti dalle sezioni semplici, di norma, fanno fatica ad imporsi con pari autorevolezza».

²⁸ L. Ludovici, *Il giudizio in cassazione dopo la c.d. Riforma Orlando*, in *Le recenti riforme in materia penale*, cit., 446. Sul punto, *infra* § 2.2.

²⁹ La formulazione della disposizione riprende testualmente quanto proposto dalla Commissione ministeriale istituita nel 2013 e presieduta dal dott. Giovanni Canzio, la quale a sua volta si è in merito conformata alla bozza di delega per la riforma del codice di procedura penale presentata dalla Commissione Riccio, istituita precedentemente, nel corso della XV legislatura. L'intero articolato della Commissione Canzio è riprodotto in *Verso una mini-riforma del processo penale: le proposte della Commissione Canzio*, consultabile in www.penalecontemporaneo.it, 27.10.2014.

³⁰ L'articolo *de quo* precisava che il ricorso dovesse essere rimesso alle Sezioni unite «con ordinanza [ed] esponendo le ragioni del dissenso».

attuazione al principio di uguaglianza proclamato dall'art. 3 della Costituzione»³¹. È evidente infatti come, dinanzi ad interpretazioni difformi della medesima disposizione, sia proprio l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge a subire un pregiudizio. La medesima Relazione richiamava poi l'attenzione sulla fondamentale esigenza di certezza del diritto, «ancor più pressante»³² in materia penale e destinata inevitabilmente a venire meno in presenza di indirizzi ermeneutici in conflitto.

Nonostante le suddette – peraltro condivisibili – considerazioni, la norma in discorso venne tuttavia all'ultimo modificata, avendo incontrato il parere negativo della Commissione parlamentare consultiva³³. In tale sede, pur essendosi ritenuta apprezzabile «la tendenza ad assicurare l'uniformità della giurisprudenza», era stato criticamente rilevato come la soluzione proposta venisse di fatto a porre «per la prima volta nel nostro ordinamento processuale, il vincolo, sia pure tendenziale e corretto, del precedente»³⁴. La soluzione adottata fu pertanto quella, ben nota, contenuta nell'art. 618 Cpp nella versione antecedente alla legge n. 103 del 2017, ove, in luogo del censurato vincolo alle decisioni delle Sezioni unite, si preferì introdurre un «meccanismo di responsabilizzazione delle singole sezioni della Corte, alle quali è espressamente rimessa la valutazione circa l'opportunità di rimettere il ricorso»³⁵.

A seguito della riforma Orlando, la norma *de qua* si rivela dunque, nella sostanza, analoga a quella originariamente contemplata nel Progetto del codice, distinguendosi però quanto alla formulazione³⁶. Sebbene infatti non sia stato riprodotto l'*incipit* della disposizione più risalente, quanto ivi previsto può oggi ritenersi in qualche modo presupposto: l'auspicio che le singole sezioni si uniformino ai principi di diritto delle Sezioni unite³⁷ emerge in effetti implicitamente nel momento in cui si preclude alle prime di smentire quanto affermato dalle seconde. Per altro verso, inoltre, la scelta di non esplicitare il vincolo – ancorché solo apparente³⁸ – alle

³¹ *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale*, in *Gazzetta ufficiale* 24.10.1988, n. 250, suppl. ord. n. 2, 200.

³² Così ancora la *Relazione al testo definitivo del codice*, cit., 200.

³³ Cfr. A. Cadoppi, *Giudice penale e giudice civile*, cit., 23, il quale sostiene che la mancata trasposizione dell'art. 610 *bis* nella versione definitiva del codice «fu un errore del nostro legislatore. L'occasione era importante e fu sprecata».

³⁴ In questi termini, ancora, la *Relazione al testo definitivo del codice*, cit., 200.

³⁵ È peraltro interessante notare come nella *Relazione al testo definitivo del codice*, cit., 200, si reputi pressoché scontato che «l'attivazione del meccanismo non può mancare quando sulla questione sono già intervenute le Sezioni unite e la sezione rileva che la propria decisione può dare nuovamente luogo ad un contrasto giurisprudenziale». L'esperienza successiva ha tuttavia ben mostrato l'erroneità di tale valutazione: a tal proposito si veda G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 3, nonché Id., *Sezioni semplici e Sezioni unite*, cit., 136, laddove l'Autore presenta taluni emblematici esempi di mancato funzionamento del suddetto «meccanismo di responsabilizzazione» delle sezioni semplici della Corte.

³⁶ Parla di «versione lievemente edulcorata» M. Bargis, *Primi rilievi sulle proposte in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo*, in *DPenCont* 2015, n. 1, 16.

³⁷ Che nella sostanza si trattasse di un mero auspicio anche con riguardo alla norma di cui al Progetto del codice sembrerebbe confermato proprio dal fatto che – allora come oggi – la disposizione era volta a disciplinare proprio l'eventualità che le sezioni semplici non ritenessero di conformarsi alle interpretazioni del supremo consesso, peraltro non contemplando in tal caso alcuna sanzione.

³⁸ V. nota precedente.

decisioni delle Sezioni unite, ha fatto sì che esso risulti in concreto più esteso rispetto a quanto contemplato nel Progetto: laddove in precedenza si richiamavano le sole ipotesi di intervento del più ampio consesso finalizzate a «dirimere un contrasto», l'art. 618 co. 1 *bis* Cpp parrebbe invece auspicare che le sezioni semplici si attengano ai precedenti delle Sezioni unite pronunciati per qualsivoglia motivo, senza alcuna precisazione né limitazione.

Resta da chiedersi se mantengano validità le obiezioni a suo tempo sollevate in relazione alla previsione contenuta nel Progetto del codice. A tal proposito, si può marginalmente osservare che una norma pressoché equivalente è stata introdotta nel codice di procedura civile dal d.lgs. 2.2.2006 n. 40³⁹, con la conseguenza che ha senz'altro perso attualità il cenno all'introduzione «per la prima volta nel nostro ordinamento processuale» di un tendenziale vincolo del precedente. Tuttavia, la considerazione davvero decisiva sul punto è che il meccanismo introdotto dal comma 1 *bis* dell'art. 618 Cpp si sostanzia in una regola procedurale interna alla Corte⁴⁰, del tutto insuscettibile di evocare l'«*horror del precedente*»⁴¹. Innanzitutto, la disposizione in discorso si rivolge esclusivamente alle sezioni semplici della Cassazione e non anche ai giudici di merito⁴²; essa inoltre non grava le sezioni semplici di un obbligo di conformarsi a quanto statuito dalle Sezioni unite, bensì, semplicemente, prescrive che in caso di dissenso la decisione debba essere obbligatoriamente rimessa a queste ultime⁴³. In definitiva, dunque, la novella, lungi dal riconoscere una vincolatività positiva alle decisioni della Corte nella sua più autorevole composizione, si limita ad esprimere la necessità che siano – eventualmente – le stesse Sezioni unite a mutare il proprio orientamento⁴⁴.

Escluso che si tratti dell'introduzione di una forma di precedente vincolante, non pare che la norma *de qua* possa dirsi in contrasto con l'art. 101 co. 2 Cost.⁴⁵, laddove prescrive che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge»: il parametro di riferimento

³⁹ In tal senso E. Lupo, *Cassazione e legalità penale*, cit., 45. Circa la norma relativa al giudizio civile di cassazione v. *infra*.

⁴⁰ Così, seppur relativamente alla corrispondente norma del codice di procedura civile, G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., 5, ed A. Cadoppi, *Giudice penale e giudice civile*, cit., 27. Analogamente R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 290, secondo cui si tratta di un «vincolo di natura processuale negativo». Nel medesimo senso G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 7, e M.M. Monaco, *Riforma Orlando*, cit., 292.

⁴¹ L'espressione è di M. Bargis, *Primi rilievi sulle proposte in materia di impugnazioni*, cit., 16. In merito anche M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., 773: «in mancanza della previsione espressa di un vincolo formale a carico delle sezioni semplici, pare ragionevole ritenere che tale vincolo non esista».

⁴² *Contra* M. Mengozzi, *Normatività delle decisioni giudiziarie*, cit., 11, la quale, ancorché in relazione alle norme concernenti il giudizio civile di cassazione, sostiene che «la configurazione del vincolo solo «sul piano orizzontale» non dissolva i dubbi di compatibilità costituzionale.

⁴³ Cfr. R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 290; G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 17.

⁴⁴ L. Ludovici, *Il giudizio in cassazione*, cit., 444. Sul punto si tornerà *infra* § 2.2.

⁴⁵ In questi termini G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 16 s. Nel medesimo senso, E. Lupo, *Cassazione e legalità penale*, cit., 49. *Contra* A. De Caro, *Il ricorso per cassazione*, cit., 245 s., nonché C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale*, cit., 2299, la quale sostiene che il meccanismo di cui all'art. 618 co. 1 *bis* Cpp sia incompatibile altresì con l'art. 107 co. 3 Cost. In prospettiva critica anche P. Ferrua, *Soggezione del giudice alla sola legge*, cit., 1273.

per la soggezione degli organi giudicanti continua ad essere esclusivamente il principio di legalità. In primo luogo, infatti, è la legge a disciplinare il meccanismo di rimessione alle Sezioni unite⁴⁶. In secondo luogo, e soprattutto, la novella non impone alle singole sezioni un'adesione *tout court* agli orientamenti del più ampio consesso, parificando in qualche modo alla fonte legislativa i pronunciamenti delle Sezioni unite; al contrario, il potere interpretativo delle sezioni semplici rimane intatto nel momento in cui si attribuisce loro il potere di rimettere la *quaestio* motivando il dissenso⁴⁷, e dunque ponendo in essere un'attività ermeneutica autonoma. In definitiva, se è vero che il secondo comma dell'art. 101 Cost. «esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto»⁴⁸, non v'è ragione di ritenere violata la garanzia costituzionale.

Venendo ora a considerare la disposizione di cui all'art. 374 co. 3 Cpc – a cui si è già fatto qualche cenno –, essa recita: «se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso»⁴⁹. La sostanziale identità tra questa previsione ed il suo corrispondente processualpenalistico appare immediatamente evidente⁵⁰ ed il raffronto può perciò rivelarsi utile per cogliere talune sfumature della norma di più recente introduzione.

In primis, viene confermata la *ratio* della novella del 2017, consistente nella volontà legislativa di restituire vigore alla funzione di nomofilachia della Corte: il capo I del d.lgs. 2.2.2006 n. 40, introduttivo dell'art. 374 co. 3 Cpc, è infatti intitolato *Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione*

⁴⁶ Cfr. M. Mengozzi, *Normatività delle decisioni giudiziarie*, cit., 10, la quale obietta che così ragionando si corre il rischio di «svuotare del tutto la previsione costituzionale del suo significato garantistico». Sebbene tale critica non sia in effetti priva di ragione, non sembrerebbe tuttavia potersi prescindere *in toto* da una visione della questione in chiave prettamente formale, in ragione della quale l'art. 101 co. 2 Cost. di fatto non richiederebbe che un fondamento legislativo del potere decisionale del giudice.

⁴⁷ In tal senso, ancora, G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 16, il quale osserva come sia proprio tale attività delle sezioni semplici a contribuire al «rafforzamento ovvero alla creazione del precedente». Analogamente, ancorché con riguardo alla corrispondente disposizione del codice di procedura civile, A. Cadoppi, *Giudice penale e giudice civile*, cit., 26.

⁴⁸ C. cost., 23.5.1964 n. 40, in www.giurcost.org.

⁴⁹ Per un'analisi della disposizione si veda G. Amoroso, sub Art. 374, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, vol. III, tomo I, *Ricorso per cassazione*, Padova 2009, 195 ss.

⁵⁰ G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 1, rileva come la riforma Orlando abbia uniformato la disciplina del rapporto tra sezioni semplici e Sezioni unite a quanto già previsto in relazione alla Cassazione civile. In argomento anche C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale*, cit., 2300, nonché L. Ludovici, *Il giudizio in cassazione*, cit., 444. Inoltre, viene fatto cenno alla conformità con l'analoga disposizione del codice di procedura civile nella *Relazione* che accompagna l'articolato della Commissione Canzio, in *Verso una mini-riforma del processo penale*, cit. 13. Cfr., infine, A. De Caro, *Il ricorso per cassazione*, cit., 246, laddove richiama «l'esigenza di armonizzare due diversi settori dell'ordinamento», ed altresì A. Cadoppi, *Giudice penale e giudice civile*, cit., 18, il quale denuncia la precedente «sperequazione tra il sistema penale e quello civile», ritenendola «incomprensibile ed inaccettabile».

*nomofilattica*⁵¹; pertanto, benché la medesima dizione non compaia nel titolo della l. 103/2017, non pare potersi in alcun modo dubitare che la prospettiva riformatrice del legislatore fosse la medesima.

Vi è poi un ulteriore aspetto che può essere meglio focalizzato alla luce della disposizione civilistica. La formulazione delle due norme presenta una differenza: mentre l'art. 374 co. 3 Cpc prevede espressamente che la decisione del ricorso debba essere rimessa alle Sezioni unite con "ordinanza motivata", l'art. 618 co. 1 *bis* Cpp si limita a richiamare la tipologia di provvedimento – l'ordinanza – senza ulteriori indicazioni⁵². Nonostante tale omissione, l'*eadem ratio* sottesa ai precetti legislativi in discorso esclude tuttavia ogni dubbio circa la necessità di operare con le stesse modalità anche in sede penale. Se l'obiettivo perseguito è realizzare un effettivo potenziamento della funzione nomofilattica, sarebbe irragionevole privare le sezioni semplici della facoltà di fornire il proprio contributo. Affinché dunque anch'esse possano prendere parte all'esercizio della funzione *de qua*, appare in definitiva imprescindibile un loro apporto ermeneutico realizzato proprio attraverso la motivazione dell'ordinanza di rimessione⁵³. D'altro canto, nel momento in cui una singola sezione ritenga non condivisibile un principio di diritto affermato in precedenza dalle Sezioni unite, è naturale che abbia interesse ad esporre le ragioni del dissenso, nell'auspicio di un mutamento di indirizzo ad opera del più autorevole consesso. Inoltre, specularmente, potrebbe rivelarsi arduo per le Sezioni unite non confermare il proprio precedente orientamento in assenza di un'adeguata e convincente motivazione ad opera della sezione rimettente⁵⁴.

2.1. - Il nuovo meccanismo di investitura delle Sezioni unite introdotto dall'art. 618 co. 1 *bis* Cpp, si affianca a quelli già precedentemente previsti senza sostituirvisi.

Seguendo la scansione procedurale definita dal codice, viene innanzitutto in rilievo l'art. 610 co. 2 Cpp, laddove è previsto che il Primo presidente della Corte, su richiesta del procuratore generale o dei difensori ovvero d'ufficio, «assegna il ricorso alle Sezioni unite quando le questioni proposte sono di speciale importanza o quando occorre dirimere contrasti insorti tra le decisioni delle singole sezioni»⁵⁵. È dunque il Primo

⁵¹ E. Lupo, *Cassazione e legalità penale*, cit., 30, osserva che l'«accentuato impegno legislativo per la realizzazione della nomofilachia nel diritto civile è espressione del maggiore interesse degli operatori del settore nei confronti di questo risultato, mentre la pratica penale mostra verso lo stesso una minore sensibilità perché dà prevalenza alla funzione di garanzia individuale del ricorso per cassazione».

⁵² A tal proposito M. Bargis, *Primi rilievi sulle proposte in materia di impugnazioni*, cit., 16, sottolinea l'opportunità di un riferimento esplicito alla motivazione dell'ordinanza.

⁵³ G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 7; G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale*, cit., 97.

⁵⁴ In tal senso, ancora, G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 7. Analogamente L. Ludovici, *Il giudizio in cassazione*, cit., 445, il quale sostiene che l'«ordinanza di rimessione [...] si atteggia non come mera sollecitazione di intervento del *plenum* ma come vera e propria proposta di rinnovamento e ricambio giurisprudenziale». Oltre a ciò, si veda C. Di Iasi, *La fata ignorante*, cit., 85.

⁵⁵ Anche questa disposizione trova un proprio *pendant* nel codice di procedura civile, ossia l'art. 374 co. 2 ove si legge che «il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a Sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza». Rilevano in merito le

presidente ad operare una prima valutazione circa la necessità o l'opportunità di una pronuncia delle Sezioni unite: qualora, stando alla lettera della disposizione, il ricorrente sollevi un tema «di speciale importanza»⁵⁶ ovvero una *quaestio* su cui sussistono difformità ermeneutiche tra le sezioni semplici, la relativa decisione verrà assegnata alla Corte nella sua più ampia composizione⁵⁷; qualora invece non sussistano detti presupposti, il Primo presidente affiderà l'esame del ricorso ad una delle sezioni ordinarie.

Superato questo primo passaggio procedurale ed investita la singola sezione competente per materia, non è invero ancora certo che sarà proprio quest'ultima a definire il procedimento: potrebbe infatti essa stessa ravvisare un contrasto giurisprudenziale tale da giustificare – a suo avviso – una sentenza risoltrice del più autorevole consesso, ai sensi del primo comma dell'art. 618 Cpp⁵⁸. Ecco quindi emergere l'occasione per un secondo vaglio circa l'opportunità di un intervento delle Sezioni unite, operato questa volta in seno alla sezione semplice, eventualmente su sollecitazione delle parti. Tale potere di valutazione si presenta pertanto come

considerazioni di A. Proto Pisani, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di Cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, in *FI* 1988, V, 29: posto che i contrasti tra sezioni semplici sono «legittimi ed inevitabili», ciò che, secondo l'Autore, è tuttavia da escludere è la possibilità di composizione degli stessi in seno alle sezioni, imponendosi invece in tal caso la rimessione alla Corte nella sua più ampia composizione.

⁵⁶ Ravvisava tale speciale importanza Cass. 2.11.2017, n. 51068, in www.iusexplorer.it, nel momento in cui rimetteva alle Sezioni unite il quesito se le modifiche apportate dalla l. 103/2017 agli artt. 613 e 571 Cpp, con cui è stata esclusa la possibilità di ricorso personale dell'imputato, «debba essere interpretato estensivamente – e così riguardare anche la preclusione all'impugnativa personale avverso le decisioni cautelari – ovvero se tale soluzione sia da escludere, tenuto conto che l'art. 311 Cpp, che tale possibilità prevede espressamente, non è stato toccato dalla riforma».

⁵⁷ È stato peraltro sottolineato come, nel processo penale, provocato l'intervento delle Sezioni unite ex art. 610 co. 2 Cpp, non sia ammessa una definizione separata dei motivi di ricorso, così come previsto invece per il giudizio civile dall'art. 142 NAttCpc. Ai sensi della disciplina processualpenalistica, «il ricorso, una volta assegnato alle Sezioni unite, deve essere da queste definito interamente, senza che sia possibile una decisione limitata ad alcune questioni dedotte e con la contestuale riserva di definizione di quelle residue alla sezione semplice»: così Cass. S.U. 21.6.2000, n. 17, in *CEDCass*, m. 216660, nonché Cass. S.U. 25.10.2000, n. 28, in *CEDCass*, m. 217297. A tal proposito, si veda G. Fidelbo, *Sezioni semplici e Sezioni unite*, cit., 139, secondo il quale, nella prospettiva di restituire vigore alla funzione nomofilattica, una norma quale quella di cui all'art. 142 NAttCpc potrebbe rivelarsi assai utile anche nel giudizio penale.

⁵⁸ La norma, in verità, non richiama esclusivamente la sussistenza di un contrasto effettivo, già insorto quale fondamento della rimessione della *quaestio iuris* alle Sezioni unite, bensì si «accontenta» anche di una mera divergenza interpretativa potenziale: se la sezione assegnataria del ricorso rileva che con la propria pronuncia potrebbe dare origine ad un orientamento difforme, ciò basta per giustificare l'intervento della Corte nella più ampia composizione. Sul punto, R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 276. Si veda inoltre Cass. 12.10.1993, n. 2801, in *CEDCass*, m. 196029 laddove si precisa che non è dovuta la rimessione alle Sezioni unite «quando tra sezioni ovvero all'interno della singola sezione si registri qualche dissenso inconsapevole che si presti ad essere agevolmente superato sulla base di un più meditato esame»; per altro verso, pur in presenza di un'accertata divergenza ermeneutica, la questione controversa non deve essere rimessa al supremo consesso «se il ricorso può trovare autonoma soluzione in ragione di un concorrente motivo di annullamento del provvedimento impugnato» (così Cass. 12.1.2017, n. 17850, in *CEDCass*, m. 270298).

suppletivo rispetto a quello spettante al Primo presidente a norma dell'art. 610 co. 2 Cpp⁵⁹: anche laddove in prima battuta non fosse stata ritenuta necessaria una decisione delle Sezioni unite, tale conclusione potrebbe tuttavia essere rimessa in dubbio da parte della sezione cui è stato assegnato il ricorso⁶⁰.

Le suddette disposizioni strutturano dunque due distinti percorsi che conducono alla risoluzione della questione da parte della Corte nella sua composizione più articolata: il primo rimesso alla discrezionalità del Primo presidente, il secondo conseguente alla decisione delle sezioni ordinarie⁶¹. Se tale era la panoramica antecedente alla l. 103/2017, attualmente, a seguito della riforma, ai predetti moduli procedurali si è affiancato l'ulteriore meccanismo di cui al comma 1 *bis* dell'art. 618 Cpp, il quale presenta alcuni aspetti di affinità ed al contempo talune significative differenze rispetto ai precedenti.

Quanto ai primi, tanto l'art. 610 co. 2 Cpp⁶² quanto i commi 1 e 1 *bis* dell'art. 618 Cpp mirano a disciplinare i rapporti tra sezioni semplici e Sezioni unite nelle ipotesi di contrasti giurisprudenziali, già originatisi ovvero solo ipotizzabili. Le due norme di cui all'art. 618 Cpp si rivolgono poi al medesimo destinatario: in entrambi i casi la titolarità della remissione alle Sezioni unite è infatti attribuita alla singola sezione assegnataria del ricorso, laddove invece – come detto – l'art. 610 co. 2 Cpp riconosce in capo al Primo presidente il potere di investire il più ampio consesso. Le discrepanze tra le disposizioni in esame aumentano nel momento in cui si pone l'attenzione alle tipologie di contrasti interpretativi rispettivamente presi in considerazione a giustificazione dell'intervento delle Sezioni unite⁶³: l'art. 618 co. 1 Cpp presenta il riferimento più ampio, richiamando sia i conflitti tra le sezioni semplici, sia quelli all'interno della medesima sezione, sia ancora tra Sezioni unite e sezioni ordinarie, ed inoltre comprendendo tanto i contrasti già insorti quanto quelli solo potenziali; più limitati sono invece i casi di cui al secondo comma dell'art. 610 Cpp, il quale rinvia solamente ai conflitti tra le singole sezioni che siano già riscontrabili; allo stesso modo, maggiormente circoscritta è anche la fattispecie *ex art.* 618 co. 1 *bis* Cpp, ove sono contemplate esclusivamente le contraddizioni ermeneutiche non ancora verificatisi,

⁵⁹ Benché da un differente angolo visuale, pare configurare in questi termini il potere *de quo* Cass. pen. 1.3.1994, n. 4192, in *CEDCass*, m. 197995: in particolare, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 610 co. 2 Cpp nella parte in cui esclude la legittimazione personale dell'imputato a sollecitare l'esercizio del potere presidenziale di conferimento del ricorso alle Sezioni unite, è stato infatti sottolineato come «esaurita [tale] fase preliminare di assegnazione del ricorso, che è di competenza del Presidente, alla parte ricorrente è riconosciuta personale legittimazione [...] dall'art. 618 c.p.p.».

⁶⁰ L'art. 618 co. 1 Cpp si esprime invero in termini non perfettamente coincidenti rispetto a quanto prescritto dal secondo comma dell'art. 610 Cpp: quest'ultima disposizione postula l'assegnazione del ricorso alle Sezioni unite allorché siano riscontrabili interpretazioni difformi rese delle sezioni semplici, mentre la norma *ex art.* 618 co. 1 Cpp si riferisce invece, in maniera più ampia e generica, alla sussistenza di un «contrasto giurisprudenziale». Sul punto si tornerà a breve.

⁶¹ G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 5.

⁶² Con riguardo a tale norma, ai fini che qui interessano pare potersi prescindere dalla peculiare ipotesi di remissione del ricorso alle Sezioni unite in presenza di una questione «di speciale importanza».

⁶³ In merito, R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 276.

ma tuttavia prevedibili, che potrebbero sorgere tra una sezione semplice e le Sezioni unite⁶⁴.

L'ultima ma più incisiva differenza tra le suddette disposizioni è rappresentata dall'obbligatorietà della rimessione, sancita unicamente al comma 1 *bis* dell'art. 618 Cpp. Su quest'aspetto non possono peraltro sorgere dubbi: il verbo «rimette» utilizzato dal legislatore del 2017 si distingue con tutta evidenza rispetto al «può rimettere» di cui al primo comma dell'art. 618 Cpp, eliminando ogni possibilità di scelta in capo alla sezione⁶⁵. Se dunque gli artt. 610 co. 2 e 618 co. 1 Cpp prevedono meccanismi che fanno capo alla discrezionalità, rispettivamente, del Primo presidente e delle singole sezioni, la norma di più recente introduzione pone invece in capo alla sezione assegnataria del ricorso un vero e proprio vincolo⁶⁶.

Quest'ultimo aspetto merita tuttavia di essere precisato. La rimessione obbligatoria al *plenum* della Cassazione scatta in presenza delle ben precise condizioni stabilite dall'art. 618 co. 1 *bis* Cpp: innanzitutto, sulla questione devono essersi già pronunciate le Sezioni unite; inoltre, la sezione investita del ricorso deve trovarsi in disaccordo con il principio di diritto da esse affermato. Solo ricorrendo entrambi i suddetti presupposti l'intervento della Corte nella sua più autorevole composizione si profila come imprescindibile: qualora infatti non si registrino sulla *quaestio* pronunce del massimo consesso permangono tuttora i poteri discrezionali di cui al primo comma dell'art. 618 Cpp; ed inoltre, anche sussistendo sul punto un principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, residua in capo alla sezione semplice l'alternativa tra conformarsi ovvero assegnare a queste ultime la decisione del ricorso.

2.2. - Il meccanismo introdotto dalla riforma Orlando, stante la sua natura obbligatoria, reca con sé innegabili suggestioni circa un supposto riconoscimento di vincolatività in relazione alle pronunce della Cassazione nel più ampio consesso. Ed in effetti, apparentemente, la nuova disposizione potrebbe prestarsi ad una lettura in tal senso: nel momento in cui alle sezioni semplici è negata la possibilità di smentire l'indirizzo interpretativo espresso dalle Sezioni unite, ciò in sostanza potrebbe significare che a tale indirizzo è stato attribuito valore di precedente vincolante⁶⁷.

⁶⁴ Ravvisano un rapporto di specialità tra le previsioni di cui ai commi 1 (norma generale) e 1 *bis* (norma speciale) dell'art. 618 Cpp R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 276, e L. Ludovici, *Il giudizio in cassazione*, cit., 445.

⁶⁵ Così ancora R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 276, nonché M.M. Monaco, *Riforma Orlando*, cit., 291. Nel medesimo senso: G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 5; L. Ludovici, *Il giudizio in cassazione*, cit., 445; C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale*, cit., 2300.

⁶⁶ Come precisato *supra* § 2, il vincolo posto in capo alle sezioni semplici dev'essere inteso quale mera regola procedurale, senza dubbio imperativa, ma ben lungi dal conferire valore inderogabile al contenuto delle decisioni del supremo consesso. Sul punto si tornerà *infra* § 2.2.

⁶⁷ Cfr., nuovamente, C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale*, cit., 2298, la quale fa espresso riferimento al «riconoscimento dell'efficacia 'vincolante' del principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite». In senso parzialmente difforme si esprime invece G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 3 e 16: benché l'Autore parli di «valore formale di precedente nei confronti delle altre sezioni penali della corte di cassazione», al contempo osserva come ciò avvenga solo «a determinate condizioni ed entro certi limiti» ed in quest'ottica ritiene più corretto qualificare l'ipotesi *de qua* come «un vincolo relativo, non assoluto». Ancora diversa è la visione di R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 294:

Senza alcuna pretesa di completezza, si rende pertanto necessaria qualche breve riflessione sul concetto di “precedente”. In termini generalissimi, si tratta di una nozione che indica essenzialmente quella pratica consistente nel «rispettare, in modo più o meno rigoroso, le decisioni precedenti, considerandole guida per l'elaborazione delle future sentenze»⁶⁸; pertanto, sebbene venga sovente ricondotta entro i confini dei sistemi di *common law*, non si tratta di un dato peculiare ed esclusivo di tali ordinamenti. Ciò che vale a distinguere questi ultimi dai sistemi di *civil law* è specificamente l'attributo che qualifica il *precedent*, ossia la vincolatività⁶⁹. L'ordinamento anglosassone associa infatti al concetto di precedente la dottrina dello *stare decisis*, la quale postula che «la sentenza [obblighi] le parti per la regola di diritto che ne costituisce [...] la base ed [abbia] immediata efficacia *erga omnes* non appena venga emessa, riguardando chiunque metta in atto un comportamento che rientri nella previsione della regola o delle regole indicate»⁷⁰. È dunque la suddetta dottrina l'aspetto propriamente caratteristico del diritto inglese, che sancisce in modo del tutto particolare come intendere ed impiegare i precedenti, configurandoli in definitiva come fonti di diritto positivo.

Diversamente, nel nostro ordinamento, così come in tutti quelli appartenenti alla tradizione di *civil law*, i giudici non possono creare diritto nei medesimi termini concessi ai colleghi di *common law*, a ciò ostando i principi di cui agli artt. 25 co. 2 e 101 co. 2 Cost.⁷¹; pertanto, le relative pronunce possono imporsi nei casi futuri solo in

«“formalmente” l'art. 618 Cpp non introduce un sistema basato sui precedenti vincolanti delle sezioni unite, [tuttavia] “sostanzialmente” e in via di fatto il meccanismo processuale sembrerebbe poi insinuarlo».

⁶⁸ In questi termini G. Criscuoli – M. Serio, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano 2016, 267.

⁶⁹ R. Cross – J. W. Harris, *Precedent in English law*, Oxford 1991, 3 s.: «*The peculiar feature of the English doctrine of precedent is its strongly coercive nature. [...] The precedent is said to be “binding” or of “coercive effect”*». Nello stesso senso: M.J. Falcón y Tella, *Case Law in Roman, Anglosaxon and Continental Law*, Leiden – Boston 2011, 31; M. Partington, *Introduction to the English legal system 2017/2018*, Oxford 2017, 53.

⁷⁰ Così, nuovamente, G. Criscuoli – M. Serio, *Nuova introduzione*, cit., 90 s. Invero, gli Autori precisano come nemmeno nel sistema inglese la regola dello *stare decisis* sia assoluta, e ciò essenzialmente per due ordini di ragioni: innanzitutto in quanto strettamente legata alla gerarchia delle corti (oltre ad essere attribuita forza vincolante solo ai precedenti delle *Superior Courts*, la forza vincolante stessa viene qualificata diversamente a seconda della Corte che decide: tanto meno è “importante” la Corte, tanto più limitata è la portata del vincolo; per altro verso, ogni corte è vincolata dai propri precedenti e da quelli delle corti superiori, ad eccezione della *Supreme Court*, la quale non è invece condizionata dai propri precedenti); in secondo luogo, la relatività della *doctrine of stare decisis* è connessa alla circostanza che la forza vincolante della sentenza attiene solo ad una parte di essa, ossia alla *ratio decidendi*. Analogamente, R. Cross – J. W. Harris, *Precedent in English law*, cit., 5 s. Cfr., in aggiunta, M.J. Falcón y Tella, *Case Law*, cit., 31: «*the rule does allow for exceptions in some cases; so, the doctrine of the law is: precedents and rules must be followed unless they would lead to absurd or unjust results*».

⁷¹ M. Gambardella, *Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it, 14.5.2014, 14; A. De Caro, *Il ricorso per cassazione*, cit., 246. A monte, l'esclusione dei giudici dal circuito di produzione del diritto si fonda nella dottrina della separazione dei poteri, la quale prescrive una distinzione netta tra creazione del diritto, realizzata dal legislatore, ed applicazione dello stesso, operata dalla giurisprudenza. In tal senso C. cost., 26.1.2017 n. 24, in www.giurcost.org: «il contenuto delle regole non può essere deciso caso per caso dal giudice

forza della loro – eventuale – intrinseca persuasività. Ecco quindi la ragione per cui, nei sistemi continentali, pur non essendo sconosciuta la nozione di precedente, essa non è tuttavia contraddistinta da alcuna forma di vincolatività: non rientrando la giurisprudenza tra le fonti del diritto, i giudici si conformano alle decisioni precedentemente rese solo se ed in quanto siano da esse convinti⁷².

Vi è poi un ulteriore aspetto che vale ad evidenziare ulteriormente la dicotomia *civil law/common law* nell'ambito in esame: gli ordinamenti appartenenti alla prima categoria danno rilievo essenzialmente alle massime, le quali sono ben altra cosa rispetto ai *binding precedents*⁷³. Il precedente anglosassone corrisponde infatti alla *ratio decidendi*, ossia al «principio di diritto che, in stretto rapporto ai fatti della lite ritenuti [...] essenziali e qualificanti, [il giudice] reputa come quello giusto ed opportuno per risolvere il caso concreto»⁷⁴. La *ratio decidendi* presenta dunque un collegamento strettissimo con il fatto, in quanto trova in esso il proprio presupposto condizionante: il fatto, con le sue circostanze essenziali, «fa da parte integrante della

penale, essendo ciò vietato dal principio della separazione dei poteri, di cui l'art. 25 co. 2 Cost. declina una versione particolarmente rigida in materia penale». È peraltro interessante notare come ciò che, in un certo qual modo, si trova alla base del principio di *stare decisis* è esattamente ciò che nell'ordinamento italiano ne impedisce lo sviluppo: afferma infatti M. Partington, *Introduction to the English legal system*, cit., 49, che «*the judiciary power to develop the common law depends on the doctrine of the separation of power*». Nel sistema inglese, la dottrina *de qua* si declina in effetti nel senso di un bilanciamento tra i poteri, in luogo della rigida separazione che caratterizza il nostro ordinamento.

⁷² M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., 762, nonché V. Denti, *Le riforme della Cassazione civile*, cit., 21, il quale evidenzia come «l'efficacia persuasiva del precedente [sia] l'unica ipotizzabile nel nostro ordinamento». Sul punto si veda altresì R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 287, nonché, nuovamente, M. Gambardella, *Eius est abrogare cuius est condere*, cit., 13. Inoltre, rileva in merito C. cost., 12.10.2012 n. 230, in www.cortecostituzionale.it: in tale occasione i giudici costituzionali hanno sottolineato come, data «l'estraneità della regola dello *stare decisis* alle coordinate generali dell'ordinamento», «l'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite “aspiri” indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma [...] si tratta di connotati solo “tendenziali”, in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente “persuasivo”»; pertanto, «la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione».

⁷³ M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., 82: l'Autore osserva che, «in *civil law*, dove non vige [...] lo *stare decisis*, sono massime e sentenze, più che *precedents*», i casi che formano il diritto giurisprudenziale.

⁷⁴ G. Criscuoli – M. Serio, *Nuova introduzione*, cit., 272: la *ratio decidendi* è in definitiva la «regola di diritto utile ed appropriata per la risoluzione della lite in ordine alle circostanze di fatto rilevanti»; peraltro, «solo le considerazioni che rappresentano indispensabilmente lo stretto nesso di causalità giuridica tra il fatto e la decisione integrano la *ratio decidendi*», ogni altra considerazione costituisce solamente un *obiter dictum*, privo di efficacia vincolante. Cfr., altresì, M. Partington, *Introduction to the English legal system*, cit., 53: «*the principle of law in one case that forms the precedent is known by the Latin phrase ratio decidendi. Any part of a judgement that does not form part of the ratio is not part of the precedent, and thus not relevant in later cases*».

ratio con la funzione precipua di ancorare il principio giustificativo astratto alla realtà, fissandone concretamente la dimensione operativa»⁷⁵.

Da ciò si differenzia la massima, la quale consiste invece in un principio di diritto che, in quanto risultato di un «processo interpretativo che ha per oggetto una norma scritta»⁷⁶, svolge la funzione di «“universalizzare” la decisione individuale»⁷⁷. Prendendo le mosse dalla disposizione da applicare nel caso di specie, la Cassazione realizza infatti un'operazione di “generalizzazione”⁷⁸: individua cioè la portata della norma in via generale e la esprime nella sentenza sotto forma di principio di diritto. A ciò in definitiva corrisponde la massima⁷⁹, da intendersi come regola generale desunta da una disposizione specifica e destinata ad applicarsi nei successivi casi analoghi o simili.

Volendo quindi valutare l'affermazione iniziale alla luce delle suddette considerazioni, non possono che sorgere seri dubbi sulla sua correttezza: sebbene di precedenti si possa parlare anche in relazione al nostro ordinamento, ciò è tuttavia possibile solo se e nei limiti in cui ad essi si riconosca un mero valore persuasivo. Ove tali limiti dovessero essere superati, ne conseguirebbe inevitabilmente una violazione del principio di soggezione del giudice alla legge ed in definitiva lo stesso canone della legalità ne verrebbe intaccato; in luogo di un giudice di ultima istanza che applica le norme, si configurerebbe una giurisprudenza che, con le sue interpretazioni, crea diritto positivo al fianco del legislatore. Intendere l'obbligo di rimessione alle Sezioni unite di cui all'art. 618 co. 1 *bis* Cpp alla stregua di un implicito riconoscimento della vincolatività dei precedenti del più ampio consesso varrebbe quindi a tacciare di incostituzionalità la novella. Per altro verso, poi, tale esegesi imporrebbe una riflessione peculiare sul riferimento al «principio di diritto enunciato dalle sezioni unite»⁸⁰ contenuto nella disposizione *de qua*: il problema è se tale riferimento debba

⁷⁵ In questi termini ancora G. Criscuoli – M. Serio, *Nuova introduzione*, cit., 273.

⁷⁶ R. Orlandi, *Rinascita della nomofilachia*, cit., 2616.

⁷⁷ Così R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 296. Nel medesimo senso F. Galgano, *Dei difetti della giurisprudenza, ovvero dei difetti delle riviste di giurisprudenza*, in *ContrImp*, 1988, 506: la massima giurisprudenziale è «frutto della trasformazione in principio generale e astratto di quello che è un giudizio individuale e concreto».

⁷⁸ Sul punto, nuovamente, R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 296 s., la quale evidenzia come sia proprio questo aspetto a distinguere il sistema dei precedenti di *common law* da quello di *civil law*: mentre in relazione al nostro ordinamento sono i giudici di legittimità ad operare tale attività di astrazione, nei sistemi del primo tipo ciò spetta ai singoli giudici successivamente chiamati a conformarsi al precedente. Cfr. altresì E. Carbone, *Funzioni della massima giurisprudenziale*, cit., 137, laddove osserva che la massimazione continentale, a differenza di quella anglosassone, è «incline all'astrazione normativista e non avvezza al “reasoning case to case”».

⁷⁹ *Contra* tuttavia M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., 771 s., il quale distingue tra massime, che «possono essere formulate su qualsiasi questione, in qualunque tipo di decisione, e non di rado non corrispondono alla vera *ratio decidendi* del caso» e principio di diritto, «modellato sulla fattispecie concreta e [corrispondente] alla vera *ratio decidendi* della questione sulla quale viene enunciato». Nel medesimo senso altresì C. Di Iasi, *La fata ignorante*, cit., 86. Una posizione a queste assimilabile assume altresì E. Carbone, *Funzioni della massima giurisprudenziale*, cit., 139, nel momento in cui distingue nettamente l'opera di massimazione dal lavoro giudiziale di redazione della sentenza.

⁸⁰ In merito G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 9, e R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 295:

intendersi alla stregua della *ratio decidendi* di *common law*, ancorato perciò al caso di specie che l'ha originato e dunque superabile attraverso tecniche assimilabili al *distinguishing* anglosassone⁸¹, o se, al contrario, sia da ritenersi sinonimo di massima generale e astratta destinata ad assumere portata normativa nel momento in cui è pronunciata dal supremo consesso. Se la prima prospettazione appare estranea alla nostra tradizione giuridica, la seconda collocherebbe la nuova disciplina in una dimensione di aperta incompatibilità con le norme della Costituzione che precludono il riconoscimento della giurisprudenza tra le fonti del diritto.

Si lascia dunque preferire una diversa lettura della norma in discorso, maggiormente in linea con la struttura del nostro ordinamento nonché idonea a scongiurare il conflitto con i predetti principi costituzionali. Il suggerimento è ritenere che il meccanismo di nuovo conio non introduca un'ipotesi di precedente vincolante, bensì, più semplicemente, una forma di gerarchia nell'esercizio della funzione nomofilattica, in ragione della quale "l'ultima parola" spetta alle Sezioni unite⁸². Se infatti queste ultime non hanno ancora formulato un proprio principio di diritto sul punto, *nulla quaestio*: le sezioni semplici potranno procedere alla decisione del ricorso, salva la facoltà di rimessione ex art. 618 co. 1 Cpp; qualora invece le Sezioni unite siano già intervenute, si profila l'alternativa tra l'adesione all'orientamento da queste espresso ovvero la non condivisione dello stesso⁸³. E solamente in quest'ultima ipotesi si attiverà

ad avviso del primo la locuzione comprende tanto il principio di diritto con cui viene risolta la questione oggetto della rimessione, quanto gli ulteriori principi che, sebbene estranei alla *quaestio* controversa, sono comunque espressi dalle Sezioni unite nel momento in cui definiscono il ricorso; la seconda Autrice attribuisce invece portata più limitata alla norma, reputando «principio di diritto enunciato dalle sezioni unite» solamente quello che rappresenta la «risposta al c.d. quesito» e non anche tutti gli altri motivi – non controversi – su cui il supremo consesso si esprime per giungere alla decisione.

⁸¹ A tal proposito, G. Criscuoli – M. Serio, *Nuova introduzione*, cit., 276 ss.: premesso che «l'impegnatività oggettiva del precedente non è assoluta, ma relativa, nel senso che è sottoposta al giudizio della pertinenza del precedente al nuovo caso», gli Autori distinguono tra *restrictive distinguishing* (attraverso cui si esclude l'applicazione del precedente alla luce della sua non pertinenza, la quale consegue ad un processo di contestazione in senso restrittivo della portata normativa del precedente stesso) e *genuine distinguishing* (il quale consiste nel riscontro da parte del giudice della completa ed oggettiva diversità tra i fatti decisivi del precedente e quelli del caso da risolvere, diversità che in definitiva impedisce di risolvere il nuovo caso alla stregua del precedente considerato). In termini più generali, M.J. Falcón y Tella, *Case Law*, cit., 33, afferma che l'operazione di *distinguishing* consiste in una tecnica «used with the aim of achieving a "mitigation" of the inflexibility that the rule of precedent contains – or, better said, would contain».

⁸² In tal senso L. Ludovici, *Il giudizio in cassazione*, cit., 445: la nuova norma «conferisce alla strutturazione interna della Cassazione una fisionomia maggiormente gerarchica e piramidale». Nella medesima ottica può poi leggersi R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 282, laddove fa riferimento ad un «accentramento interpretativo» in capo al «Collegio posto al vertice della Corte di cassazione». Seppur in senso critico, parla di «gerarchizzazione» interna alla Cassazione P. Ferrua, *Soggezione del giudice alla sola legge*, cit., 1273; analogamente, C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale*, cit., p. 2299, nonché A. De Caro, *Il ricorso per cassazione*, cit., 246. Diversa posizione assume invece G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 15 s., secondo cui l'obbligatorietà della rimessione deve essere intesa come «un momento di dialogo paritario tra sezioni della corte di cassazione nella costruzione, condivisa, del precedente».

⁸³ G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 6.

la preclusione di cui al nuovo comma 1 *bis* del medesimo art. 618 Cpp: la singola sezione cui è stato assegnato il ricorso non potrà pronunciare una decisione difforme rispetto al principio di diritto affermato dal massimo organo nomofilattico ma dovrà necessariamente rimettere ad esso la decisione⁸⁴.

In definitiva, dunque, la funzione di cui all'art. 65 Og continua tuttora ad essere attribuita alla Corte nel suo complesso, a prescindere dalla sua composizione nel caso di specie, ma può essere esercitata dalle sezioni semplici in via esclusiva solo nel caso in cui si tratti di una questione ancora non oggetto di pronuncia delle Sezioni unite; diversamente, il dovere di assicurare «l'uniforme interpretazione della legge» e «l'unità del diritto oggettivo nazionale» viene attratto verso l'alto e spetta alla Cassazione nella sua più autorevole composizione. Compete quindi esclusivamente a quest'ultima la decisione se confermare un proprio precedente orientamento ovvero se mutarlo, magari alla luce delle argomentazioni sviluppate dalla singola sezione nell'ordinanza di rimessione⁸⁵.

Vi è infine un ultimo aspetto che merita di essere evidenziato a conferma del fatto che la norma di cui all'art. 618 co. 1 *bis* Cpp non ha affatto introdotto una forma di precedente vincolante: benché la rimessione alle Sezioni unite sia prescritta come obbligatoria (in presenza, s'intende, delle condizioni ivi contemplate), la legge processuale non sanziona in alcun modo l'inosservanza dell'obbligo⁸⁶. Si tratta di una scelta legislativa condivisibile, che svela la natura "debole" del vincolo posto in capo alle Sezioni unite⁸⁷; essa, tuttavia, affida alla sola sensibilità di ciascuna sezione la decisione se dar luogo o meno alla rimessione, ancorché nelle ipotesi in cui questa si profilerebbe come obbligatoria. Sorge allora spontaneo l'interrogativo circa le sorti del meccanismo, dal momento che, di fatto, il funzionamento del sistema ex art. 618 co. 1 *bis* Cpp dipenderà dalla concreta applicazione che di esso faranno le sezioni semplici della Corte⁸⁸.

⁸⁴ R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 277 s. si vedano inoltre le osservazioni formulate da A. Proto Pisani, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di Cassazione*, cit., 29, il quale, seppur avendo a mente il corrispondente meccanismo previsto per la Cassazione civile, reputa tale sistema «il solo idoneo per un verso a conservare integra la libertà di giudizio dei giudici delle sezioni semplici, per altro verso ad evitare quel grosso discredito e quelle grosse disuguaglianze nel caso singolo che seguono ogni qualvolta una sezione semplice si ribella ad una precedente decisione delle Sezioni unite».

⁸⁵ Come accennato *supra*, § 2, nella motivazione dell'ordinanza di rimessione può invero leggersi una peculiare modalità di esercizio della funzione nomofilattica ad opera della singola sezione dissenziente, la quale, pur non potendo smentire l'orientamento delle Sezioni unite, conserva tuttavia il potere di sottoporre a queste ultime la propria esegesi della questione.

⁸⁶ Cfr., nuovamente, R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 278, G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 7, ed altresì M.M. Monaco, *Riforma Orlando*, cit., 292. Nel medesimo senso, sebbene con riferimento all'analoga disposizione civilistica, M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., 773. *Contra* C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale*, cit., p. 2301: «un provvedimento emesso in difformità dallo schema comportamentale prescritto sarebbe emesso in difetto di potere e, quindi, sarebbe abnorme».

⁸⁷ Parla di «forma attenuata dello *stare decisis*» M.M. Monaco, *Riforma Orlando*, cit., 292 e di «modello *soft* di precedente a vincolatività relativa» G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 17.

⁸⁸ In questi termini, ancora, G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 15. Nel medesimo senso, ancorché relativamente alla Cassazione civile, C. Di Iasi, *La fata ignorante*, cit., 88, la quale ravvisa una sfida «innanzitutto culturale: si tratta di risalire un fiume in piena nuotando controcorrente per

3. - La seconda norma introdotta all'art. 618 Cpp dalla riforma Orlando⁸⁹ è contenuta nel nuovo comma 1 *ter*, il quale recita: «il principio di diritto può essere enunciato dalle Sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta». Così come già osservato con riguardo all'art. 618 co. 1 *bis* Cpp, anche in questo caso non si tratta di un contenuto originale, avendo il legislatore preso a modello, ancora una volta, quanto previsto per il giudizio civile. Nello specifico, è il terzo comma dell'art. 363 Cpc a sancire la possibilità che la Corte, anche d'ufficio, enunci il principio di diritto nonostante il ricorso proposto sia inammissibile, a condizione però che la questione decisa sia di particolare rilevanza.

Ponendo a confronto le due disposizioni, emerge immediatamente un profilo comune: il principio di diritto affermato dalla Corte non ha alcuna incidenza concreta nel caso che l'ha originato. Infatti, benché la novella del 2017 non abbia riprodotto una precisazione analoga a quella contenuta nell'art. 363 co. 4 Cpc⁹⁰, la medesima conclusione è agevolmente desumibile dal fatto che il ricorso, nonostante l'enunciazione del principio di diritto, verrà comunque dichiarato inammissibile, con conseguente inefficacia della decisione sul provvedimento impugnato⁹¹. Si tratta perciò, in entrambi i casi, di «una sorta di potere di ultra-petizione»⁹² riconosciuto in capo ai giudici di legittimità, che prescinde dall'esito del procedimento.

Stante la suddetta assenza di effetti in relazione al caso di specie, le pronunce rese ai sensi degli artt. 363 co. 3 Cpc e 618 co. 1 *ter* Cpp risultano dunque essenzialmente ispirate alla naturale vocazione nomofilattica della Corte. Ed ecco che le norme in esame mostrano una loro ulteriore affinità, trattandosi in definitiva di previsioni che costituiscono una chiara espressione della funzione *ex art.* 65 Og⁹³.

recuperare attualità agli interventi della Corte evitando che buona parte della sua attività decisionale finisca per risultare "sprecata" dal punto di vista nomofilattico». In prospettiva ottimistica si pone E. Lupo, *Cassazione e legalità penale*, cit., 45, laddove sostiene che «il vincolo interno (relativo) delle sezioni semplici rispetto alle sentenze delle Sezioni unite [...] contribuisce alla formazione di una forte coscienza istituzionale dei magistrati della Cassazione, i quali, specie se di recente provenienza dagli uffici di merito, possono essere ancora poco sensibili alla funzione di nomofilachia della Cassazione».

⁸⁹ Art. 1 co. 66 l. 103/2017.

⁹⁰ Il comma 4 dell'art. 363 Cpc stabilisce espressamente che la pronuncia della Corte ai sensi del precedente comma terzo «non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito». In argomento M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., 768.

⁹¹ Così R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 279. Circa l'art. 363 co. 3 Cpc si veda Cass. civ. S.U. 28.12.2007, n. 27187, in *CEDCass*, m. 600347: ai sensi di tale norma, la Corte può eccezionalmente pronunciare «una regola di giudizio che, sebbene non influente nella concreta vicenda processuale, serve tuttavia come criterio di decisione di casi analoghi o simili».

⁹² L'espressione è di R. Orlandi, *Rinascita della nomofilachia*, cit., 2602.

⁹³ In questi termini ancora Cass. civ. S.U. 28.12.2007, n. 27187, cit. Inoltre, il riferimento alla valorizzazione della funzione nomofilattica del giudice di legittimità è ravvisabile in Cass. pen. S.U. 27.10.2011, n. 6624, in *CP* 2013, 111. Cfr., infine, A. Briguglio, *Art. 363*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., 115 s.: il comma terzo dell'art. 363 Cpc «mette definitivamente in mano alla Corte il discrezionale uso della pronuncia a puro scopo nomofilattico».

In verità, nonostante l'articolo di più recente introduzione riprenda e riproduca, nella sostanza, il suo omologo civilistico, sono altresì ravvisabili alcuni profili che valgono a distinguere le due disposizioni. Innanzitutto, la *ratio* sottesa alla novella del 2006 non coincide appieno con quella che ha giustificato l'intervento legislativo del 2017. La logica che ispira il comma 1 *ter* dell'art. 618 Cpp è che non si debba "sprecare un'occasione" per esprimere un principio di diritto utile in prospettiva nomofilattica: pertanto, in ultima analisi, la nuova regola decisoria persegue una finalità di economia processuale⁹⁴. In assenza dell'art. 618 co. 1 *ter* Cpp, all'inammissibilità del ricorso conseguiva automaticamente l'impossibilità per la Corte di pronunciarsi sulla *quaestio iuris* sollevata dal ricorrente, la quale per trovare soluzione doveva quindi attendere una nuova impugnazione nei medesimi termini. La riforma Orlando ha voluto rimuovere (seppur soltanto parzialmente⁹⁵) tale preclusione, consentendo ora alle Sezioni unite di dare «una pronta "risposta nomofilattica"»⁹⁶ a questioni che in precedenza non avrebbero trovato una definizione.

In parte diverso era invece l'obiettivo di fondo della riforma relativa al giudizio civile di cassazione: sebbene anche l'art. 363 co. 3 Cpc abbia in effetti codificato una possibilità di esercizio dei compiti *ex art. 65 Og*, con esso si mirava principalmente a consentire un intervento della Corte in materie oggetto di provvedimenti non ricorribili⁹⁷. Del resto, proprio alla luce di tale considerazione si può comprendere la ragione della mancata estensione – sino ad oggi – di un istituto analogo in ambito penale. Se infatti per quanto concerne la Cassazione civile sussistono tuttora rilevanti ipotesi in cui risulta inibito l'accesso al giudizio di legittimità, ben diversa è la situazione in ambito processuale penale, laddove la ricorribilità è significativamente più estesa⁹⁸.

Vi sono poi ulteriori aspetti che valgono a distinguere l'art. 618 co. 1 *ter* Cpp rispetto all'art. 363 co. 3 Cpc. Nello specifico, quest'ultimo presenta un richiamo espresso alla necessità che la Corte ritenga la *quaestio* «di particolare importanza»: per un verso, dunque, il rinvio è alla «Corte» genericamente intesa, senza precisare se debba trattarsi

⁹⁴ G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 13. Sul punto anche R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 279, la quale pone l'accento sulla «finalità semplificativa-acceleratoria», basata sulla presunzione che «il medesimo problema a breve si ripresenterà e dunque tanto vale risolverlo da subito».

⁹⁵ Stante il riferimento alla sola inammissibilità per causa sopravvenuta.

⁹⁶ Così, nuovamente, G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 13.

⁹⁷ In questi termini si esprimeva l'art. 3 lett. *a* della legge di delega a fondamento delle modifiche (l. 14.5.2005 n. 80). In merito A. Briguglio, *Art. 363*, cit., 110 e 120. Cfr., inoltre, M. Bargis, *Ricorso per cassazione inammissibile*, cit., 118, nonché G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 11. In prospettiva critica M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., 769, il quale evoca un'immagine della Corte che «enuncia principi di diritto su tutto, non lasciando che alcuna questione di diritto rimanga priva del "suo" principio».

⁹⁸ In tal senso M. Bargis, *Ricorso per cassazione inammissibile*, cit., 119, la quale peraltro evidenzia come in molte delle ipotesi contemplate dal codice di procedura penale la previsione di ricorribilità per cassazione nulla abbia a che vedere con l'esercizio della funzione di nomofilachia da parte della Corte. Analogamente, ancora, G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 11. A conferma del suddetto rilievo, basti ricordare che la stessa l. 103/2017 ha provveduto ad apportare una serie di modifiche volte proprio a ridurre l'accesso ai giudici di legittimità (a tal proposito *supra*, § 1).

di sezioni semplici⁹⁹ ovvero Sezioni unite; per altro verso, vi si esprime l'esigenza che il principio di diritto venga pronunciato con riguardo ad una questione¹⁰⁰ avente carattere particolarmente rilevante¹⁰¹. La disciplina di cui al codice di procedura penale si presenta invece diversa sotto entrambi i suddetti profili: l'art. 618 co. 1 *ter* Cpp conferisce infatti il potere di enunciare il principio di diritto esclusivamente alle Sezioni unite ed inoltre omette qualsivoglia cenno alla particolare importanza della questione decisa¹⁰². Infine, la norma *de qua* richiede che debba essere dichiarata l'inammissibilità del ricorso «per una causa sopravvenuta», laddove invece l'art. 363 co. 3 Cpc non fa alcun accenno alla natura sopraggiunta del vizio¹⁰³. In ragione di ciò, l'ambito operativo dell'art. 618 co. 1 *ter* Cpp risulta pertanto – senza ragioni giustificative – più limitato rispetto a quello della corrispondente previsione civilistica: le Sezioni unite penali potranno enunciare il principio di diritto solamente qualora il ricorso risulti inammissibile per effetto della rinuncia all'impugnazione¹⁰⁴.

⁹⁹ La giurisprudenza ha chiarito che «le sezioni semplici della Corte di cassazione [...] possono enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363, terzo comma, c.p.c.» (così Cass. civ. 20.5.2011, n. 1185, in *CEDCass*, m. 618138).

¹⁰⁰ Circa il significato da attribuire alla locuzione «questione decisa» di cui all'art. 363 co. 3 Cpc, M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., 769, sostiene che tale può essere «soltanto quella che ha determinato l'inammissibilità del ricorso». Tuttavia, a tal proposito, M. Bargis, *Ricorso per cassazione inammissibile*, cit., 117, osserva come, secondo l'opinione prevalente, la questione su cui può essere pronunciato il principio di diritto sia in realtà «quella (di rito o di merito) in relazione alla quale la Corte non ha potuto statuire appunto perché il ricorso è stato dichiarato inammissibile». In questo senso A. Briguglio, *Art. 363*, cit., 116 s. Una conferma della preferibilità di quest'ultima interpretazione viene da Cass. civ. 20.5.2011, n. 1185, cit., in cui si precisa che la questione ritenuta di specifica importanza «non [è] necessariamente circoscritta alle ragioni per le quali il ricorso è stato dichiarato inammissibile, potendo invece investire tutte le ragioni di merito o processuali, che sono state fatte oggetto del giudizio di legittimità».

¹⁰¹ Quanto alla «particolare importanza», è stato precisato che tale caratteristica dev'essere desumibile non solo dal punto di vista normativo, ma anche da elementi di fatto: in questi termini Cass. civ. S.U. 28.12.2007, n. 27187, cit.

¹⁰² Cfr. M. Bargis, *Primi rilievi sulle proposte in materia di impugnazioni*, cit., 16, nonché L. Ludovici, *Il giudizio in cassazione*, cit., 447, il quale evidenzia come l'importanza della *quaestio iuris* sia invero «insita nel fatto stesso che, per la sua risoluzione, si è ritenuto necessario l'intervento del *plenum*».

¹⁰³ In merito: A. Briguglio, *Art. 363*, cit., 116; G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 12; L. Ludovici, *Il giudizio in cassazione*, cit., 447; M. Bargis, *Ricorso per cassazione inammissibile*, cit., 116; Ead., *Primi rilievi sulle proposte in materia di impugnazioni*, cit., 16; C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale*, cit., p. 2302; R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 279; A. Scalfati, *Fluidificare il procedimento in Cassazione*, cit., 132.

¹⁰⁴ In prospettiva critica L. Ludovici, *Il giudizio in cassazione*, cit., 449, secondo cui in tal modo si «produce il discutibile effetto di impedire l'attuazione nomofilattica in tutti quei casi in cui il ricorso, seppure affetto da vizi originari, veicola *quaestiones iuris* sulle quali penda un contrasto giurisprudenziale ovvero che siano idonee a generarlo». *Contra* A. De Caro, *Il ricorso per cassazione*, cit., 248, condivide invece la scelta legislativa osservando che, «se la causa di inammissibilità è [...] genetica, allora essa ovviamente impedisce la stessa conoscibilità del ricorso, rappresentando un ostacolo insormontabile che non consente alla Corte di esprimere il principio di diritto». Cfr. inoltre G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 12, il quale riconduce entro i confini della norma anche le ipotesi di sopravvenuta carenza di interesse o di legittimazione.

Sul punto, resta da notare come, anche volendosi prescindere dalla persistente opinabilità della distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute¹⁰⁵, il riferimento *de quo* non appaia in ogni caso perfettamente limpido: nello specifico, pare lecito domandarsi se la rinuncia debba verificarsi successivamente alla rimessione del ricorso alle Sezioni unite, e, di conseguenza, l'inammissibilità debba intervenire nelle more della decisione da parte di queste ultime, oppure se debba semplicemente essere successiva alla presentazione del ricorso in Cassazione. Sebbene la lettera della disposizione non sia univoca e sembri consentire entrambe le soluzioni ermeneutiche, la seconda risulta in verità preferibile, in quanto in grado di estendere l'angusto ambito applicativo della norma in esame e di assicurare una più piena attuazione dell'obiettivo nomofilattico perseguito¹⁰⁶.

4. - Come detto, l'art. 618 co. 1 *ter* Cpp non esplica alcun effetto nel procedimento in cui ne viene fatta applicazione¹⁰⁷. La decisione delle Sezioni unite si limita ad enunciare il principio di diritto relativo alla *quaestio iuris* sollevata con il ricorso inammissibile, senza che l'esito del rito – ossia, appunto, la declaratoria di inammissibilità – venga in alcun modo compromesso. Si tratta, in definitiva, di una pronuncia destinata essenzialmente ad avere attuazione nel futuro e questo aspetto, ossia l'efficacia per l'avvenire, accomuna la norma in discorso con il precedente comma 1 *bis* dell'art. 618 Cpp. Sebbene in maniera differente, anche il comma 1 *bis* appare invero orientato al futuro¹⁰⁸: la pronuncia delle Sezioni unite resa ai sensi di quest'ultima disposizione, connotata in prospettiva nomofilattica e quindi volta a far chiarezza sulla questione ad esse rimessa, porta con sé il risultato di condurre alla medesima soluzione tutti i futuri casi relativi alla medesima *quaestio*¹⁰⁹, almeno fino a che una sezione semplice non dovesse ritenere non più condivisibile il principio di diritto del supremo consesso, rimettendo nuovamente a quest'ultimo la decisione al fine di ottenere un mutamento di indirizzo.

Le due disposizioni introdotte dalla riforma Orlando sono strettamente connesse: in particolare, la previsione di cui all'art. 618 co. 1 *ter* Cpp acquista significato proprio alla luce del precedente comma 1 *bis*. Questa norma infatti, come detto, introduce un nuovo meccanismo di intervento della Corte nella sua più ampia composizione per la

¹⁰⁵ C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale*, cit., 2301, fa notare come l'art. 618 co. 1 *ter* Cpp di fatto riaccenda il dibattito su tale classificazione delle cause di inammissibilità delle impugnazioni.

¹⁰⁶ In merito, si vedano le considerazioni – parzialmente difformi – di G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 14.

¹⁰⁷ R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 292: «l'art. 618 comma 1 *ter* Cpp introduce nel processo penale un primo caso di decisione in puro diritto destinata a non essere applicata nel caso di specie».

¹⁰⁸ Tuttavia, a differenza del comma 1 *ter*, questa disposizione è idonea a produrre effetti altresì nel procedimento che ne richiede l'applicazione, precludendo una decisione della singola sezione che si discosti dal principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite.

¹⁰⁹ Cfr. L. Ludovici, *Il giudizio in cassazione*, cit., 446, il quale evidenzia il «compito di guida interpretativa costante» riconosciuto in capo alle Sezioni unite, «le cui decisioni sono, pertanto, le uniche destinate a condizionare per il futuro la successiva giurisprudenza dei giudici di merito».

specifica ipotesi in cui la stessa si sia già pronunciata sul punto controverso e la sezione semplice dissenta sulla correttezza della soluzione adottata. A norma dell'art. 618 co. 1 *ter* Cpp le Sezioni unite si vedono pertanto riconosciuta un'ulteriore occasione per pronunciare un principio di diritto "vincolante"¹¹⁰: alle ipotesi in cui esse sono chiamate ad intervenire in ragione della speciale importanza del quesito (*ex art. 610 co. 2 Cpp*) ovvero poiché occorre comporre un contrasto giurisprudenziale (ai sensi dell'art. 618 co. 1 Cpp), si affianca l'eventualità in discorso, che si configura come «ulteriore percorso procedurale idoneo ad imporre l'obbligatorietà della rimessione»¹¹¹.

In definitiva, il comma 1 *ter* dell'art. 618 Cpp introduce dunque una nuova occasione di pronuncia da parte del supremo consesso, il cui principio di diritto, in forza della previsione di cui al comma 1 *bis* del medesimo articolo, dovrà essere fatto proprio dalle sezioni semplici in tutte le successive decisioni vertenti sul medesimo tema, salva solo la facoltà, in caso di dissenso, di rimettere il ricorso alle stesse Sezioni unite nell'auspicio di un *revirement*. Le due norme in esame si integrano e si condizionano reciprocamente, configurando un sistema eminentemente mirato ad estendere l'attuazione della funzione di nomofilachia.

Alla luce di tali rilievi, alcuni aspetti meritano di essere sottolineati. Innanzitutto, non può non notarsi come, per effetto delle novelle di cui si tratta, il numero delle decisioni delle Sezioni unite sia destinato ad aumentare. Si tratta invero di un dato che può essere inteso secondo diverse prospettive. Per un verso, è innegabile che esista «una connessione diretta tra la forza del precedente ed il fatto che esso provenga da una Corte che decide pochi casi»¹¹²: non vi è dubbio infatti che abbiano più autorevolezza le poche e selezionate pronunce di una Cassazione che mira alla specifica tutela dello *ius constitutionis*, rispetto alle tante rese da una Corte che, orientata soltanto alla risoluzione dei casi di specie, origina una moltitudine (inevitabilmente contraddittoria) di possibili soluzioni alle questioni ad essa prospettate¹¹³. Per altro verso, tuttavia, il futuro incremento delle decisioni delle Sezioni unite può essere letto in prospettiva ottimistica, focalizzando l'attenzione sull'ampliamento delle occasioni di esercizio dell'attività nomofilattica e dunque sul potenziale rinvigorismento di tale funzione, sinora posta in secondo piano tanto dal legislatore penale quanto dalla stessa giurisprudenza.

È vero però che, per poter esprimere un giudizio del tutto positivo, appare imprescindibile ed urgente una maggiore responsabilizzazione dei giudici di legittimità. In particolare, onde evitare che l'aumento delle pronunce del supremo consesso si traduca in un'arma a doppio taglio, idonea ad accentuare, anziché a ridimensionare, l'ipertrofia decisionale e la contraddittorietà che attualmente

¹¹⁰ "Vincolante" nel senso precisato *supra* § 2 e 2.2.

¹¹¹ In questi termini R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 280.

¹¹² Così M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., 762.

¹¹³ Cfr., ancora, M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., 775 s.: «quanto minore è il numero delle decisioni, tanto maggiore è la loro autorevolezza e la loro forza nei confronti dei giudici dei casi successivi», «più elevato è il numero delle decisioni, [...] maggiore è il rischio di confusioni, contraddizioni e variabilità degli orientamenti interpretativi». Nel medesimo senso: R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 280; R. Orlandi, *Rinascita della nomofilachia*, cit., 2615; G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 6.

caratterizza la Cassazione, i suoi componenti dovranno saper far propria quella nuova configurazione “gerarchica” della Corte discendente dalla riforma, nonché la distinzione di ruoli nell’attuazione della nomofilachia ad essa connessa. Nello specifico, quanto alle prime, occorre che esse inizino a coltivare e ad assimilare «una cultura del precedente, idonea ad evitare l’eccessivo individualismo interpretativo che spesso connota le nostre sentenze»¹¹⁴; occorre una piena disponibilità a seguire i principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite, fatti salvi i soli casi in cui l’esigenza di un mutamento di indirizzo rappresenti il frutto di una riflessione ponderata¹¹⁵; occorre l’impegno, da parte delle stesse sezioni, ad attenersi alla nuova previsione ex art. 618 co. 1 bis Cpp benché non siano passibili di alcuna sanzione in caso di inosservanza. D’altro canto, anche le Sezioni unite dovranno essere all’altezza del “nuovo” ruolo ricoperto¹¹⁶. In questa prospettiva, la necessità di una loro responsabilizzazione attiene *in primis* alla presa di coscienza di quanto deprecabile e dannoso sia, in termini di certezza del diritto, il ripetersi di *revirement* da parte di quello che dovrebbe essere il supremo organo nomofilattico¹¹⁷; pertanto, non può che confidarsi nel fatto che il

¹¹⁴ In questi termini G. Fidelbo, *Sezioni semplici e Sezioni unite*, cit., 141. In merito al rischio di un «eccesso di “protagonismo dialettico”» si veda C. Di Iasi, *La fata ignorante*, cit., 89, laddove, con riferimento alla Cassazione, parla di «istituzione che solo nel suo insieme, non nell’eccellenza dei singoli, può garantire la coerenza e stabilità essenziali al corretto esercizio della nomofilachia». Si veda infine A. Cadoppi, *Giudice penale e giudice civile*, cit., 33, laddove richiede «un generale cambiamento di mentalità dei giuristi e degli operatori della giustizia, giudici compresi. Un cambiamento che implica, fra l’altro, un diverso approccio al precedente giurisprudenziale».

¹¹⁵ Cfr. A. Proto Pisani, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di Cassazione*, cit., 28, secondo cui i conflitti interpretativi tra sezioni semplici e Sezioni unite sono «assolutamente inammissibili»; l’Autore sottolinea infatti come anche nel nostro sistema, pur non essendo riconosciuta vincolatività formale ai precedenti giurisprudenziali, «la decisione delle Sezioni unite vincola le sezioni semplici: se così non fosse salterebbe del tutto la funzione di nomofilachia attribuita dall’art. 65 dell’ordinamento giudiziario alla Corte di cassazione e la funzione delle Sezioni unite nell’ambito della corte». Anche qui giova ricordare che il suddetto vincolo tra decisione del supremo consesso e singole sezioni dev’essere inteso esclusivamente nel senso che queste ultime, ove intendano discostarsi dalla soluzione delle Sezioni unite, debbono necessariamente rimettere il ricorso ai sensi dell’art. 618 co. 1 bis Cpp (sul punto si veda ancora *supra* § 2 e 2.2). Si veda inoltre V. Denti, *Le riforme della Cassazione civile*, cit., 21, il quale pone l’attenzione sul fatto che «l’efficacia persuasiva del precedente [...] è fortemente condizionata dalla sua stabilità e dal grado di certezza che può produrre».

¹¹⁶ G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 14 s.: «le modifiche apportate all’art. 618 Cpp sono dirette a potenziare il ruolo delle Sezioni Unite in quanto, da un lato, esse saranno chiamate più spesso ad intervenire per risolvere contrasti interpretativi, dall’altro, le pronunce emesse sono destinate ad acquistare una maggior stabilità, per effetto del meccanismo della rimessione “obbligatoria”»; l’Autore pone peraltro l’accento sulla circostanza che il recupero della «vocazione nomofilattica» della Cassazione non può che partire dal riconoscimento di un ruolo più incisivo alla Corte nel suo più ampio consesso.

¹¹⁷ Possono assumere nuovamente rilievo le considerazioni di A. Proto Pisani, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di Cassazione*, cit., 27: la Corte – ed a maggior ragione le Sezioni unite – «deve tentare di scegliere quelle interpretazioni che meglio le consentono di assolvere i propri compiti istituzionali», privilegiando quindi quelle soluzioni «capaci di ridurre al minimo i contrasti di giurisprudenza». Cfr. altresì R. Conti, *Il mutamento del ruolo della Corte di Cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni*, in *www.giurcost.org* 2015, 809, il quale reputa «non [...] tollerabile che vi siano marcate diversità di vedute all’interno dell’organo che ha il compito di dare uniformità alla giurisprudenza».

supremo consesso si asterrà dal mutare i propri precedenti in assenza di gravi e pregnanti argomentazioni delle sezioni semplici a sostegno dell'*overruling*¹¹⁸ e che saprà sfruttare appieno le potenzialità dell'art. 618 co. 1 *ter* Cpp allo specifico fine di dissipare incertezze ovvero prevenire contrasti concernenti le questioni oggetto di ricorsi affetti da inammissibilità sopravvenuta.

In ogni caso, al di là dell'effettiva attuazione che la giurisprudenza sarà in grado di dare alle novelle in discorso, su un aspetto non pare potersi dubitare: attraverso gli innesti all'art. 618 Cpp il legislatore sembra aver finalmente privilegiato le esigenze di salvaguardia dello *ius constitutionis*, intaccando – seppur ancora in misura modesta – il precedente assetto, che, di fatto, tendeva a far prevalere la garanzia dello *ius litigatoris*. Ciò è ravvisabile con facilità nella norma di cui al comma 1 *ter*, laddove si consente alla Cassazione di emettere una pronuncia mirante al solo obiettivo nomofilattico proprio in quelle ipotesi in cui, in concreto, non è possibile soddisfare la domanda di giustizia a causa dell'inammissibilità del ricorso¹¹⁹. D'altro canto, analoga prospettiva è riscontrabile in relazione al comma 1 *bis* dell'art. 618 Cpp, nella misura in cui vengono sostanzialmente limitate le possibilità di valorizzazione delle ragioni del caso di specie in nome dell'esigenza di assicurare «l'uniforme interpretazione della legge»¹²⁰. Inoltre, un'ulteriore proiezione dello spostamento di asse verso la tutela dello *ius constitutionis* può notarsi osservando come il meccanismo *de quo* consenta di evitare che le decisioni delle Sezioni unite – rese al fine di comporre un contrasto o di definire questioni di particolare rilevanza – possano essere poste in non cale da una successiva e difforme pronuncia di una sezione semplice, atta a reintrodurre i medesimi presupposti che avevano originariamente portato a chiamare in causa il supremo consesso ai sensi degli artt. 610 co. 2 o 618 co. 1 Cpp.

In definitiva, è dunque la valorizzazione della funzione di nomofilachia il *leitmotiv* delle nuove previsioni di cui all'art. 618 Cpp: attraverso il comma 1 *bis* si mira ad una più stringente adesione ai principi di diritto delle Sezioni unite da parte delle singole sezioni e pertanto ad una maggiore uniformità interpretativa tra queste ed il supremo

¹¹⁸ In termini generali M. Taruffo, *Il vertice ambiguo*, cit., 165, sottolinea l'esigenza che i mutamenti di giurisprudenza avvengano solo quando siano giustificati da solide ragioni «e in modo tale da assicurare la creazione di una “nuova uniformità”».

¹¹⁹ In tal senso L. Ludovici, *Il giudizio in cassazione*, cit., 448, il quale evidenzia come la precedente disciplina, subordinando l'enunciazione del principio di diritto alla valida instaurazione del rapporto d'impugnazione, in definitiva assicurava la salvaguardia dello *ius constitutionis* solo a patto che, nel caso concreto, fosse possibile rispettare a monte lo *ius litigatoris*. Prosegue poi l'Autore osservando che «per effetto della novella, [...] lo *ius constitutionis* non costituisce più un valore accessorio, tutelato solo in via mediata, ma assume finalmente dignità propria, da perseguirsi a prescindere da e se l'interpretazione della norma sia destinata o meno a valere nel singolo caso concreto».

¹²⁰ Come già precisato *supra* § 2, si tratta in ogni caso – e non potrebbe essere altrimenti – di una mera limitazione procedurale all'autonomia decisionale della singola sezione assegnataria del ricorso, giustificata appunto dalla rilevanza della finalità di nomofilachia che è volta a tutelare; che non ci si trovi di fronte ad una preclusione assoluta, incompatibile del resto con l'art. 101 co. 2 Cost., è peraltro dimostrato dalla circostanza che resta fermo, in capo alla sezione semplice, il potere di non condividere il principio di diritto precedentemente espresso dalle Sezioni unite e di esprimere le proprie ragioni a fondamento del dissenso attraverso l'ordinanza di rimessione.

consesso¹²¹; con il successivo comma 1 *ter* si ampliano i margini di realizzazione della funzione ex art. 65 Og «sganciando l'attuazione dell'interesse generale all'esatta ed uniforme interpretazione della legge dalla possibilità, per la Corte, di emettere una decisione che dia risposta alle doglianze levate dall'impugnante»¹²².

5. - Com'è stato autorevolmente sostenuto, la funzione nomofilattica si concretizza in quell'attività che la Cassazione svolge in qualità di «organo di controllo posto a tutela del diritto obiettivo»¹²³. Tale potere di controllo giuridico si declina secondo due prospettive: una negativa, attraverso la quale la Corte «riafferma l'autorità della legge di fronte al giudice» togliendo vigore all'atto che questi abbia compiuto eccedendo i confini del suo potere, ed una positiva, tendente «ad assicurare nello Stato la uniformità della giurisprudenza e quindi la unità e l'uguaglianza del diritto»¹²⁴. Coerente con tale impostazione è dunque l'art. 65 Og, che assegna ai giudici di legittimità il compito di garantire tanto l'esatta osservanza della legge, quanto l'uniformità interpretativa e l'unità del diritto nazionale.

Alla Cassazione compete pertanto l'esercizio di una funzione che, pur presentandosi in effetti come duplice, viene tuttavia ricondotta ad unità dal fine perseguito: la certezza del diritto ed in ultima analisi l'uguaglianza di fronte alla legge¹²⁵. Ciò appare evidente quando i giudici di legittimità operano quali custodi dell'omogeneità della giurisprudenza e dell'unità dell'ordinamento giuridico¹²⁶: è chiaro infatti che non vi può essere certezza del diritto né tantomeno parità di trattamento in presenza di eterogenee esegesi della medesima disposizione legislativa¹²⁷. Ma d'altro canto anche nella sua veste di «custode della legge»¹²⁸ la Corte realizza in sostanza i medesimi

¹²¹ Parla di «funzione conformante» della suddetta norma R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 282.

¹²² L. Ludovici, *Il giudizio in cassazione*, cit., 448.

¹²³ P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, VII, Napoli 1976, 33.

¹²⁴ In questi termini ancora P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, cit., 91 s.

¹²⁵ M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., 760, osserva che «la funzione del controllo di legittimità e quella che consiste nell'assicurare l'uniformità della giurisprudenza non sono [...] due funzioni diverse e separate; al contrario, esse rappresentano le due facce della stessa medaglia, ossia i due aspetti della medesima funzione fondamentale che viene assegnata alla Corte di cassazione». In tal senso già P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, cit., 98. Quest'ultimo Autore, inteso il riferimento all'esatta osservanza delle leggi nel senso di «esatta "interpretazione delle leggi"» (105), evidenziava in particolare l'opportunità, «per mantenere la certezza e la uguaglianza del diritto, [di] considerare ufficialmente come interpretazione vera della legge quella che viene scelta dall'organo unificatore della giurisprudenza come interpretazione unica» (100); in definitiva, il momento unificante degli obiettivi perseguiti dalla Cassazione è dunque rappresentato dall'«interesse pubblico alla esatta (e quindi uniforme) interpretazione del diritto obiettivo nella sua volontà generale» (105). Si veda infine A. Cadoppi, *Giudice penale e giudice civile*, cit., 15, il quale richiama la «stretta connessione fra nomofilachia, certezza del diritto e uguaglianza».

¹²⁶ In merito R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 281.

¹²⁷ Si veda a tal proposito R. Conti, *Il mutamento del ruolo della Corte di Cassazione*, cit., 809: l'«esistenza di precedenti giurisprudenziali contraddittori», «offrendo soluzioni giuridiche diverse alle medesime questioni», «non può che condurre a risultati imprevedibili o arbitrari e dunque privare gli interessati da una protezione efficace ed effettiva dei loro diritti».

¹²⁸ L'espressione è di R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 280.

obiettivi: solo quando tutti i giudici interpretano ed applicano correttamente le norme, l'ordinamento giuridico può assicurare ai singoli una tutela effettiva ed uniforme¹²⁹.

In definitiva, i nuovi commi introdotti dalla riforma Orlando all'art. 618 Cpp appaiono – quantomeno in astratto – idonei ad apportare innegabili benefici all'attuazione della nomofilachia, in quanto perfettamente allineati nel perseguimento dei suddetti propositi.

Nella misura in cui riserva alle sole Sezioni unite il compito – e la responsabilità – di mutare l'indirizzo ermeneutico non condiviso dalla sezione semplice, il modulo procedimentale di cui all'art. 618 co. 1 *bis* Cpp si mostra come immediatamente volto ad assicurare stabilità alla giurisprudenza della Cassazione. Esso infatti, mirando ad evitare pronunce delle singole sezioni difformi da quelle del più ampio consesso, appare in grado di conferire alle decisioni di quest'ultimo maggiore autorevolezza proprio in quanto non contraddette. Risulta così manifesto lo scopo finale della novella: il ridursi dei contrasti giurisprudenziali non potrà che comportare una maggiore prevedibilità della giurisprudenza¹³⁰, la quale a sua volta costituisce una declinazione del canone della certezza del diritto¹³¹. Per altro verso, inoltre, l'auspicio che le sezioni semplici si uniformino ai principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite sottende una prospettiva evidentemente diretta verso la tutela del principio di uguaglianza: come evidenziato poc'anzi, solo attraverso interpretazioni omogenee può essere assicurato il medesimo trattamento di fronte a situazioni identiche.

Quanto poi al comma 1 *ter* dell'art. 618 Cpp, anche in relazione a tale disposizione si possono riscontrare intenti analoghi. Allorché la Cassazione nella sua più ampia composizione enunci un principio di diritto destinato ad applicarsi soltanto nei casi futuri, altro non fa se non anticipare la corretta esegesi della norma su cui verte la questione, a cui auspicabilmente si atterranno i giudici successivi¹³²; varranno allora

¹²⁹ Cfr. A. Scalfati, "Considerazioni inattuali" sulla Suprema Corte, cit., 1: «gli obiettivi dell'esatta "osservanza della legge" e della "unità del diritto oggettivo nazionale", sanciti dall'art. 65 ord. giud., stanno lì per assicurare la certezza dei rapporti sulla quale si regge il sistema sociale e, in ultima analisi la struttura dello Stato».

¹³⁰ In tal senso, R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 285: «la giurisprudenza contraddittoria è ipotesi tipica di imprevedibilità del diritto». Nella medesima prospettiva si pone peraltro la Corte di Strasburgo, ad avviso della quale la contemporanea presenza nell'ordinamento di più sentenze di legittimità contrastanti è sufficiente ad escludere la prevedibilità delle conseguenze riconnesse dall'ordinamento ai comportamenti individuali, ed a configurare, conseguentemente, una violazione dell'art. 7 Cedu (così C. eur., 14.4.2015, *Contrada c. Italia*, in www.giurisprudenzapenale.com).

¹³¹ Cfr., ancora, R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 281, la quale evidenzia come la certezza del diritto venga oggi essenzialmente indicata in termini di prevedibilità, con ciò intendendosi che «i destinatari delle norme devono poter conoscere chiaramente quali siano le conseguenze delle loro azioni dal punto di vista giuridico». Rilevanti altresì le considerazioni di A. Cadoppi, *Giudice penale e giudice civile*, cit., 24, laddove sottolinea la necessità di «una certa dose di uniformità e stabilità della giurisprudenza» al fine di ottenere «certezza del diritto e quindi prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie azioni». Oltre a ciò, si veda G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 16, il quale pone l'attenzione sulla circostanza che «i benefici in termini di certezza del diritto [conseguenti alla novella in esame] non sono confinati nell'ambito della Corte di cassazione, ma sono destinati ad estendersi anche alla giurisdizione di merito, che potrà confrontarsi con una giurisprudenza di legittimità in grado, almeno rispetto al passato, di assicurare meglio l'uniformità e la stabilità della giurisprudenza».

¹³² Cfr. R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 296, laddove richiama la «"funzione uniformante" delle Sezioni

anche qui le considerazioni appena sviluppate in punto di maggior prevedibilità della giurisprudenza.

Se dunque è vero che «la certezza del diritto [è] in gran parte affidata all'effettività delle funzioni svolte dalla Corte»¹³³, non pare potersi dubitare che, laddove correttamente applicate, le nuove norme saranno in grado di spiegare significativi riflessi nell'esercizio della funzione in discorso attraverso la precisa delimitazione dei ruoli delle sezioni semplici e delle Sezioni unite, nonché per mezzo della codificazione di una «sorta di griglia procedimentale che regola il modo in cui si formano e poi si compongono i contrasti interpretativi e il modo in cui si generano o si evitano i mutamenti giurisprudenziali»¹³⁴. Certamente siamo ancora lontani dal risolvere la «crisi di identità»¹³⁵ che sta vivendo la Cassazione: il cammino per giungere ad un pieno recupero della sua vocazione nomofilattica è ancora lungo e non privo di ostacoli, tuttavia la riforma Orlando pare aver finalmente fornito un preciso segnale sulla direzione che si intende intraprendere.



unite».

¹³³ In questi termini V. Denti, *Le riforme della Cassazione civile*, cit., 25.

¹³⁴ Così R. Aprati, *Le sezioni unite*, cit., 291.

¹³⁵ L'espressione è di M. Taruffo, *Il vertice ambiguo*, cit., 158: l'Autore riconduce la suddetta «crisi di identità della Corte di Cassazione» al fatto che «essa oscilla tra due modelli, diversi e per certi aspetti addirittura contraddittori», ossia il modello «della terza istanza» e quello «della Corte Suprema»: «nel primo il fattore dominante consiste nel vedere la Cassazione come il terzo grado del sistema delle impugnazioni, mentre nel secondo il fattore dominante consiste nel vedere la Corte come vertice della giurisdizione e ultimo garante della legalità».