



*Struttura di formazione decentrata della Corte di cassazione*

# IL VALORE DEL PRECEDENTE NEL PROCESSO PENALE



*Responsabili del corso: Antonio Corbo - Gianluca Grasso*

ROMA, GIOVEDÌ 8 NOVEMBRE 2018  
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
AULA MAGNA, ORE 14.30

*Segreteria per la formazione decentrata Corte di cassazione – Tel. 06 68832337-2125*



## IL VALORE DEL PRECEDENTE NEL PROCESSO PENALE *INTERVENTO DEL PRESIDENTE AGGIUNTO DOMENICO CARCANO*



## Intervento del Presidente Aggiunto Domenico Carcano

### Il valore del precedente nel processo penale

Nel nostro ordinamento giuridico il precedente giudiziale non è contemplato tra le fonti del diritto né tra i criteri di interpretazione della legge. Tuttavia, come è stato autorevolmente affermato in dottrina<sup>1</sup>, il legislatore crea le disposizioni, ma il loro contenuto reale affiora solo all'esito dell'interpretazione e della loro applicazione ai singoli casi. La norma, pertanto, è il risultato dell'interpretazione della disposizione astratta. D'altronde, la stessa giurisprudenza consolidata della Corte europea, accogliendo una lettura sostanziale del concetto di legalità penale, comprensiva tanto del diritto di **produzione legislativa** che del diritto di **formazione giurisprudenziale**<sup>2</sup>, riconosce al giudice un ruolo fondamentale nell'individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo<sup>3</sup>. In virtù di tale "relazione di tipo concorrenziale" tra potere legislativo e potere giudiziario, il reale significato di una norma, in un

<sup>1</sup> V. Crisafulli, voce *Disposizione e norma* in Enc. Dir. XIII, 1964, 195 ss. ; M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *diritto penale contemporaneo* 3/2016.

<sup>2</sup> Nella sentenza n. 230 del 2012 la Corte Costituzionale ha precisato che tale approccio ermeneutico è stato stimolato dalla necessità di considerare sia la peculiarità degli ordinamenti di common law che il rilevante apporto prestato negli ordinamenti di civil law dalla giurisprudenziale nell'individuazione dell'esatta portata della norma penale.

<sup>3</sup> La nozione di «diritto» («law») utilizzata nell'articolo 7 è stata ben chiarita dalla Corte Edu nella sentenza 20/01/2009, *Sud Fondi srl e altri c. Italia* in cui, richiamando la precedente giurisprudenza, ha affermato che essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale e implica delle condizioni qualitative, tra le quali quelle dell'accessibilità e della prevedibilità. In particolare, la Grande Camera della Corte Edu, con la sentenza del 17/09/2009, *Scoppola c. Italia*, ha precisato che <<La funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l'interpretazione delle norme ... Del resto è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale (*Kruslin c. Francia*, 24 aprile 1990, § 29, serie A n. 176 A). Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (*Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC]*, n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50, CEDU 2001 II)>>.

determinato contesto storico, non emerge solo dalla mera analisi del dato positivo ma dall'interpretazione che ne viene data nella prassi applicativa.

Indipendentemente dal carattere giuridicamente vincolante o meno, il rispetto del precedente giudiziale risulta funzionale all'attuazione del principio costituzionale di uguaglianza<sup>4</sup>, assicurando che fattispecie tra loro uguali abbiano un identico trattamento anche in sede giudiziale. L'osservanza del precedente, inoltre, assicura la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e costituisce la base per il formarsi della giurisprudenza, ovvero del complesso dei precedenti, su una determinata questione che, con particolare riferimento alle pronunce della Corte di cassazione, quale organo della nomofilachia, ove si presenti consolidata o costante, evolve nella nozione di "diritto vivente", sintagma sovente utilizzato dal Giudice delle leggi in riferimento alla norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei Giudici (Corte Cost. n. 3/1956) e come vive nella realtà concreta (Corte Cost. n. 198/1972)<sup>5</sup>. Peralro, come affermato dalle Sezioni Unite, Beschi, (Sez. U. n. 18288 del 21/01/2010, Beschi), il criterio quantitativo (del ripetersi del precedente conforme) cede il passo dinanzi al "criterio qualitativo del grado" qualora si tratti di una sentenza delle Sezioni unite, da sola sufficiente a determinare l'effetto di stabilità proprio del diritto vivente.

Con la novella dell'art. 618 cod. proc. pen., introdotta dalla l. 23 giugno 2017, n. 103, è stato ulteriormente rafforzato il ruolo nomofilattico del

---

<sup>4</sup> Già prima della riforma del 2017, la nomofilachia è stata, infatti, considerata quale diretta espressione del principio costituzionale di uguaglianza dalla terza sezione penale con la sentenza n. 7455 del 23/02/1994, Di Chiara, Rv 198355 in cui la Corte ha operato un primo significativo bilanciamento tra tale interesse e il principio sancito dall'art. 101, comma 2 Cost. secondo cui "i giudici sono soggetti soltanto alla legge", riconoscendo, da un lato la funzione nomofilattica ad ogni sezione della Corte medesima e, dall'altro, il "peso dominante" della decisione delle Sezioni Unite, considerata come <<una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per il cittadino in particolare>>. In tale ipotesi, afferma la Corte, <<la funzione nomofilattica ha un peso dominante su altri valori e le sezioni semplici devono prenderne atto>>. Anche in dottrina è stata, inoltre segnalata l'importanza a fini nomofilattici del vincolo del precedente, quand'anche esso sia di portata inferiore al principio dello *stare decisis*, assicurando una maggiore stabilità della giurisprudenza, una maggiore uniformità degli indirizzi interpretativi e, in fondo, una maggiore certezza del diritto, con ogni conseguenza in tema di prevedibilità degli esiti di un giudizio da parte del cittadino e degli operatori della giustizia. Si veda al riguardo: A. Cadoppi, cit. 18.

<sup>5</sup> Il rapporto tra autorità del precedente di legittimità e la motivazione della sentenza è stato affrontato da un arresto della Terza sezione penale (n. 1999 del 0171271995, Biasutti, Rv. 204465) in cui la Corte ha, affermato che "Benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello "stare decisis", essa tuttavia costituisce un valore o una direttiva di tendenza, immanente nel nostro ordinamento, in forza della quale non ci si deve discostare da un'interpretazione consolidata del giudice di legittimità, investito, istituzionalmente, della funzione di nomofilachia, senza una ragione giustificativa. Ne consegue che qualora il giudice anche di legittimità, decida in coerenza con l'orientamento consolidato della Corte regolatrice, egli adempie al dovere di motivazione con il semplice richiamo delle ragioni che sostengono il consolidato indirizzo interpretativo, in precedenza formatosi, sino alla possibilità di motivare "per relationem", a condizione che vengano proposte questioni di diritto già risolte; che non si debbano modificare "gli arresti" della cassazione in ragione di novità afferenti la disciplina della materia."

precedente costituito dalla pronuncia delle Sezioni Unite, al quale la norma, sulla falsariga dell'omologa disposizione introdotta all'art. 374 cod. proc. civ., attribuisce un ruolo relativamente vincolante di carattere processuale<sup>6</sup>. E' stato, infatti, introdotto un meccanismo rimessione obbligatoria che scatta ogni qual volta la sezione semplice ritenga di non condividere il principio di diritto precedentemente enunciato dalle Sezioni Unite.

Lungi dall'introdurre un vincolo interpretativo di carattere positivo, che avrebbe posto problemi di contrasto con l'art. 101, comma 2, Cost., la norma, come osservato dai primi commentatori<sup>7</sup>, si limita a porre un vincolo processuale di carattere negativo che, in caso di disaccordo, impone alla sezione semplice di attivare un processo dialogico orizzontale tra quest'ultima e le Sezioni unite all'esito del quale, ove vengano accolte le argomentazioni esposte nell'ordinanza di rimessione, si potrà pervenire ad un superamento del precedente (*overruling*). Nessun vincolo interpretativo, dunque, per le sezioni semplici le quali, da un lato, attraverso la *dissenting opinion* esposta nell'ordinanza di rimessione, avviano un interlocuzione con le Sezioni Unite che potrà portare al rafforzamento del precedente o al suo superamento, e dall'altro, possono liberamente valutare che la questione da trattare non rientra nell'ambito di operatività del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite (*distinguishing*) ovvero, decidere il ricorso sulla base della c.d. *ragione più fluida*, differendo, così, l'attivazione della procedura di devoluzione ad un momento in cui sarà maggiormente matura la *dissenting opinion*<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Il valore del precedente giudiziale ha già trovato un suo riconoscimento in alcune disposizioni normative. Innanzitutto, nella motivazione della sentenza: l'art. 118, disp. att. cod. proc. civ., pacificamente applicabile anche in sede penale, prevede la possibilità di inserire, accanto all'esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, il riferimento a "precedenti conformi", e dispone, altresì, che "deve essere omessa la citazione di autori giuridici". Inoltre, nel caso di cassazione con rinvio, l'art. 627, comma 2, cod. proc. pen. (analogamente all'art. 384 cod. proc. civ.) prevede espressamente un vincolo diretto (verticale) per il giudice di rinvio il quale deve uniformarsi al principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione (art. 173, comma 2, cod. proc. pen.).

<sup>7</sup> A. Cadoppi, Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente, in indice penale 172014, 13. G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di M. Bargis e H. Belluta, Giappichelli, Torino, 2018.

<sup>8</sup> Tale principio della "ragione più liquida" è stato affermato dalla giurisprudenza di legittimità nella giurisdizione civile in una prospettiva di economia processuale e di celerità del giudizio in relazione ai principi costituzionali sanciti dagli artt. 24 e 111 Cost.. In applicazione di tale principio, infatti, numerosi arresti della cassazione civile hanno ritenuto possibile la decisione di una causa accordando precedenza ad una questione di più agevole decisione, anche se logicamente subordinata, sostituendo in tal modo, il profilo di evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare (Sez. U. n. 9936 del 08/05/2014, Rv. 630490-01; Sez. 6, n. 12002 del 28/05/2014, Rv. 631058-01; Sez. 5, n. 11458 del 11/05/2018, Rv. 648510-01). Nella giurisdizione penale, tale principio è stato applicato da Sez. 1, n. 17850 del 12/01/2017, Castriotta, Rv. 270298, in un'ipotesi di accertato contrasto giurisprudenziale. La Corte, ha, infatti, ritenuto recessiva l'opzione di rimettere la questione controversa alle sezioni unite ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen., nel caso in cui il ricorso può trovare autonoma soluzione in ragione della presenza di un concorrente motivo di annullamento del

Si tratta, dunque, di un vincolo relativo (operante nei confronti delle sole sezioni semplici), e di carattere esclusivamente processuale (che impone di attivare un'interlocuzione con le Sezioni Unite senza, tuttavia, sanzionare l'inadempimento di tale obbligo sul piano processuale o disciplinare).

Dinanzi al paventato rischio di un irrigidimento dell'interpretazione giurisprudenziale, sono state, così, disattese le proposte di parte della dottrina in merito all'estensione del carattere vincolante anche alle decisioni delle sezioni semplici<sup>9</sup> ed alla operatività del vincolo anche nei confronti dei giudici di merito, con la previsione di un meccanismo di sospensione del processo e di immediata rimessione del giudizio alla cassazione.

Già in sede di prima applicazione della novella, le Sezioni unite penali, con la sentenza n. 36072 del 19/04/2018, Botticelli, Rv. 273549, hanno individuato la finalità sottesa all'art. 618, comma 1-bis, cod. proc. pen. nel rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, prevedendo che tale ipotesi di rimessione obbligatoria alle Sezioni Unite trova applicazione anche con riferimento alle decisioni intervenute prima dell'entrata in vigore della nuova disposizione.

Risulta, dunque, necessario interrogarsi sulla perimetrazione degli effetti vincolanti conseguenti alla pronuncia delle Sezioni unite e, dunque, sull'individuazione del principio di diritto cui fa riferimento l'art. 618, comma 1-bis, cod. proc. pen. Poichè, infatti, nel processo penale la rimessione alle Sezioni unite ha ad oggetto l'intero ricorso, può accadere che la Corte, oltre a decidere la questione controversa, affermi altri principi di diritto che riguardano questioni alla stessa preliminari ovvero altre questioni giuridiche introdotte con il ricorso. La Corte si sta interrogando su tale questione. Sebbene non manchino voci in dottrina che prospettano una limitazione del raggio di operatività del vincolo alla sola questione controversa<sup>10</sup>, in linea di principio, non vi sono ostacoli a

---

provvedimento impugnato.

Analoga situazione potrebbe, infatti, verificarsi, allorchè sulla questione da affrontare in via pregiudiziale la sezione semplice si trovi in disaccordo con il principio di diritto affermato dalle sezioni Unite, ma il procedimento possa essere agevolmente definito sulla base di altro concorrente motivo di annullamento del provvedimento impugnato.

<sup>9</sup> A. Cadoppi, cit. 28.

<sup>10</sup> G. Spangher, *Nomofilachia "rinforzata": serve trasparenza*, In dir. Penale e Processo, 8/2018. L'A. segnala, inoltre, l'opportunità di inserire nella motivazione della sentenza delle Sezioni Unite anche la eventuale *dissenting opinion* del relatore rimasto in minoranza in quanto ciò potrebbe servire ad una riproposizione "rafforzata" del contrasto. Secondo l'A. inoltre, sarebbe opportuno che anche l'Ufficio del massimario segnali la decisione delle Sezioni Unite distinguendo

riconoscere carattere vincolante a tutti i principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite. D'altronde, in tema di motivazione della sentenza delle Sezioni Unite, l'art. 173, comma 3, disp. att. cod. proc. pen. prescrive l'enunciazione del principio di diritto cui si riferisce la decisione senza alcuna limitazione espressa alla sola questione controversa. Altra soluzione possibile, è che siano le stesse Sezioni Unite ad indicare specificamente i principi di diritto ad effetto vincolante ai sensi dell'art. 618, comma 1-bis, cod. proc. pen.

Un significativo spunto di riflessione in merito al vincolo introdotto dal comma 1-bis dell'art. 618 cod. proc. pen., può, inoltre, trarsi, da quanto affermato dalle Sezioni unite civili con la sentenza n. 23675 del 06/11/2014, Rv. 632844, in merito alla salvaguardia dell'unità e della stabilità dell'interpretazione giurisprudenziale, quale criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche (specie dopo le modifiche apportate all'art. 374 cod. proc. civ. e l'introduzione dell'art. 360-bis cod. proc. civ.) sebbene di carattere non prevalente rispetto agli altri. La Corte, ha, infatti, segnalato che la nomofilachia pone un problema di equilibrio tra le opposte esigenze di garantire al sistema giuridico-normativo di evolversi, adattarsi e correggersi attraverso l'interpretazione giurisprudenziale, che può talora presentare profili innovativi e in certa misura, anche creativi, e l'esigenza di assicurare, entro ragionevoli limiti, l'uniformità e la prevedibilità dell'interpretazione. Si è pertanto, affermato, che l'"overruling" delle Sezioni Unite pone un delicato problema di equilibrio e di misura cosicché, soprattutto in materia processuale, è giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti", atteso che l'affidabilità, prevedibilità e uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di "giustizia" del processo. Si è, infatti, osservato che un overruling in materia processuale *<<non solo incide sull'affidamento dei cittadini sulla portata delle "regole del gioco", ma, imponendo (in mancanza di valide ragioni) un ulteriore sforzo ermeneutico alla Corte, incide sulla ragionevole durata dei processi e, soprattutto, inflaziona l'intervento nomofilattico depotenziandone la relativa funzione, con ulteriore*

---

tra il principio di diritto che risolve la questione controversa e gli altri principi di diritto affermati dalla Corte in relazione alla vicenda che ha dato luogo al contrasto.

*(indiretta) incidenza anche sulla durata dei processi oltre che sull'affidabilità del sistema.>>*

In prospettiva, la stabilità del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, dovrebbe auspicabilmente portare non solo ad una riduzione dei contrasti, ma anche ad una semplificazione delle decisioni della corte di contenuto adesivo al precedente "vincolante" con la possibilità di concentrare i maggiori sforzi interpretativi nelle decisioni che pongono questioni di nomofilachia. Non si può, tuttavia, tacere la necessità di un ulteriore rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte, oggi materialmente assediata dall'elevato numero di procedimenti, (basti pensare che il numero dei procedimenti in entrata, nel solo anno 2017, è stato di 56.642), che rende non più rinviabile un ulteriore potenziamento dei filtri di selezione dei ricorsi in entrata ovvero una limitazione dei motivi di ricorso o dei provvedimenti ricorribili, al pari di quanto previsto in altri sistemi giuridici dell'Unione europea. Incidendo qualitativamente e quantitativamente sull'accesso generalizzato alla giurisdizione di legittimità, potrà, infatti rendersi effettivamente preminente il ruolo della Corte quale giudice dello *ius constitutionis*, assicurando maggiore forza al precedente di legittimità, oggi sensibilmente ridotta anche dall'elevato numero di precedenti che si susseguono.

**Domenico Carcano**