

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

12/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2022, p. 5 ss.

NUOVA LEGALITÀ PENALE, DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E FUNZIONI ATTUALI DELLA CORTE DI CASSAZIONE

di Renzo Orlandi

SOMMARIO: 1. “Nuova” legalità penale. – 2. Diritto vivente. – 3. La Corte di cassazione e l’art. 65 OG (rivisitato). – 4. Rapporti con le altre alte Corti.

1. “Nuova” legalità penale.

Un’opinione corrente coglie nell’emergere di una asserita “nuova legalità” il tratto caratterizzante l’attuale fase dell’esperienza giuridica anche penalistica. Da una legalità imperniata sul testo della legge, si sarebbe passati, negli ultimi decenni, a una diversa concezione interpretativa, che assegna ampi margini all’attività ermeneutica del giudice¹.

In realtà, la centralità dell’attività interpretativa nella vita del diritto risale indietro nel tempo, ben oltre gli ultimi decenni.

Da più di un secolo, la scienza del diritto ha problematizzato il rapporto fra legge e giudice, progressivamente allontanandosi dallo schema del sillogismo giudiziario patrocinato dai giuspositivisti all’inizio del secolo scorso².

Senza alcuna pretesa di completezza e solo per dare un’idea dell’ampia rivolta contro il semplicismo di quello schema basterà ricordare, in area germanica, i rappresentanti della *Freirechtsbewegung* quali Eugen Ehrlich (1862-1922), Hermann Kantorowicz (1877-1940), Gustav Radbruch (1878-1949)³. E ancora, si può citare quel

¹ Così, R. BARTOLI, [Nuovi scenari della legalità penale](#), in questa *Rivista*, 28 giugno 2022, p. 1 ss. Secondo G. ZACCARIA, l’aggettivo “nuova” «sta a significare la constatazione della fine della lunga egemonia del paradigma moderno della legalità, che nell’ambito penalistico, fin dall’Illuminismo, esprimeva i due principi, tra loro strettamente intrecciati, di «determinatezza» della fattispecie incriminatrice e del fatto punibile e di assoluta riserva di legge» (cfr. *Postdiritto*, Mulino, Bologna 2022, p. 85).

² Notoriamente, il positivismo giuridico ha vissuto diverse stagioni; dal legalismo statualista sviluppatosi all’epoca delle codificazioni ottocentesche alle più successive elaborazioni del neo-costituzionalismo, frutto della cultura dei diritti fondamentali inaugurata affermatasi nella seconda metà degli anni Cinquanta del secolo scorso come reazione alle esperienze totalitarie. Nel testo ci si riferisce ovviamente al giuspositivismo originario, dall’impronta marcatamente statualistica. Per una efficace illustrazione delle correnti di pensiero sussumibili sotto l’espressione “positivismo giuridico” si veda la voce omonima curata da M. LA TORRE, in *Enc. dir., Annali*, Milano, Giuffrè, vol. VI, 2013, p. 681 ss.

³ Tale movimento è stato oggetto di critiche e prese di distanza per un’asserita sua collusione con l’ideologia nazista del “*gesundes Volksempfinden*”: in realtà, i suoi principali rappresentanti professavano idee progressiste e socialiste, ben distanti dai successivi giuristi del nazismo. Per una presentazione equilibrata ed intellettualmente onesta di questo importante articolato movimento si vedano le pagine di L. LOMBARDI

“crepuscolo delle leggi”, denunciato da James Goldschmidt (1874-1940) nel 1924⁴, un anno prima di pubblicare il suo fondamentale *Prozess als Rechtslage*, dove, per scongiurare la crescente e temibile crescita dell’esecutivo nella creazione dell’ordinamento giuridico, costruiva una teoria processuale che assegnava al giudice il potere di concorrere con il legislatore nella creazione di un secondo ordinamento normativo⁵, parallelo a quello figurato nella legge statutale.

In ambito italiano, si possono al riguardo menzionare le riflessioni sulla “esperienza giuridica” di Giuseppe Capograssi, che segnalano l’insofferenza per gli approcci strettamente legalistici al problema dell’interpretazione a causa della inevitabile concretezza della tutela giurisdizionale⁶. La serie esemplificativa può continuare citando un penalista quale Giuseppe Bettiol, col suo personalismo dalle venature giusnaturalistiche, fondato su assunti di valore trascendenti la norma positiva⁷. E ancora, si pensi alle dottrine penalistiche formatesi su quella sorta di positivizzazione normativa di valori giusnaturalistici rappresentato dalle costituzioni e dichiarazioni dei diritti umani dopo il secondo conflitto mondiale del Novecento⁸. Il diffondersi nell’Europa occidentale, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, di correnti filosofiche inclini ad assegnare al soggetto un ruolo di primo piano nell’interpretazione dei testi anche normativi (si pensi all’ermeneutica gadameriana) ha segnato un ulteriore distanziamento dal legalismo statualista e dalla teorica del sillogismo giudiziario⁹.

Questa rapida e – val la pena ribadire – meramente esemplificativa rassegna di autori e tendenze dottrinali dispiegatesi lungo tutto il Novecento, dimostra che la legalità statutale è stata criticata, messa in discussione, mentalmente superata da

VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 201 ss.

⁴ *Gesetzesdämmerung*, in *Juristische Wochenschrift*, 1924, p. 245.

⁵ “*Eine doppelte Rechtsordnung*”: cfr. *Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 1925, p. 211. Val la pena aggiungere che questa monografia di GOLDSCHMIDT ha esercitato un potente influsso sulla dottrina processualpenalistica italiana, grazie alla lettura (pur critica) che ne ha fatto un autore molto seguito quale FRANCO CORDERO, soprattutto nel suo manuale (pubblicato in 18 edizioni fra il 1966 e il 2012).

⁶ Cfr. in particolare *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Opere*, vol. IV, Milano, 1959 (ma 1938), p. 134.

⁷ Cfr. F. MANTOVANI, *Il personalismo e la personalità del reo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Criminalia* 2007, 2008, 135 ss.

⁸ Sulla “rottura epistemologica” che l’avvento delle costituzioni moderne ha rappresentato per l’attività interpretativa dei giudici si vedano le perspicue osservazioni di M. VOGLIOTTI, [La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto](#), in questa *Rivista*, 5 marzo 2020, in particolare p. 53 ss.

⁹ Un’utilissima panoramica delle teorie interpretative con un’efficace illustrazione del ruolo svolto dall’indirizzo ermeneutico è offerta da G. ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., in particolare alle p. 149 ss.

Merita ricordare qui l’evoluzione che, nella seconda metà del secolo scorso, le teorie dell’interpretazione hanno registrato anche sul terreno della critica letteraria. Il *Lector in Fabula* di UMBERTO ECO (*La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Milano, Bompiani, 1977, già in parte anticipato da alcuni saggi apparsi in *Opera aperta. Forma e indeterminazione nelle poetiche contemporanee*, Milano, Bompiani, 1962) segna l’irruzione del soggetto-lettore nel testo. Indubbiamente, l’interpretazione giuridica (specie nel settore penale) e quella letteraria appartengono ad ambiti diversissimi dell’esperienza umana: in entrambe, tuttavia, notiamo una sorta di arretramento del testo “oggettivo”, a vantaggio di una pretesa del soggetto di determinare il senso delle parole lette. In altre parole, una medesima temperie culturale ha fortemente relativizzato la tradizionale “oggettività” del testo (sia normativo, sia letterario).

numerosi, influenti giuristi del passato, anche con riguardo alle teorie penalistiche, dove le esigenze di tassatività e determinatezza delle fattispecie sono avvertite con comprensibile e giustificata preoccupazione. Per questo, sembra improprio etichettare come “nuova legalità” la tendenza evolutiva del “diritto giurisprudenziale”. Al più si può dire che tale tendenza è andata accentuandosi (quantitativamente) negli ultimi decenni, mentre le premesse qualitative per una simile evoluzione erano già presenti nelle elaborazioni dottrinali.

A quanto appena detto si può obiettare che altro è la teoria (la scienza giuridica) incline a spingere le proprie elucubrazioni sul terreno dello *ius condendum*, altro l’esperienza applicativa, il *law in action*, che si deve misurare quotidianamente con il *conditum*. Ma l’obiezione mancherebbe il bersaglio. Chi gettasse uno sguardo sulle tendenze fermentate nella giurisprudenza italiana a partire dalla seconda metà del secolo scorso, constaterrebbe facilmente la progressiva affermazione del diritto giurisprudenziale (anche penale) proprio nel *law in action*. Per rendersene conto, è sufficiente leggere gli atti del Convegno avvenuto nel 1965, fra Brescia e Gardone, su iniziativa della Associazione Nazionale Magistrati. All’ordine del giorno era stato posto il seguente tema: *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella costituzione*. Eloquente la prima mozione, approvata per acclamazione dalle tre componenti dell’ANM (Magistratura democratica, Magistratura Indipendente e Terzo Potere). Vale la pena riportarne la parte più significativa ai nostri fini: premesso che la giurisdizione non può assumere compiti di indirizzo politico si precisava tuttavia che

«spetta al giudice in posizione di imparzialità e indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere

1. Applicare direttamente le norme della Costituzione, quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso;

2. Rinviare all’esame della Corte costituzionale, anche d’ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale;

3. Interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell’ordinamento giuridico nazionale.».

La mozione proseguiva poi avversando la «concezione che pretende di ridurre l’interpretazione a una attività puramente formalistica indifferente al contenuto ed all’incidenza concreta della norma nella vita del paese. Il giudice, all’opposto, deve essere consapevole della portata politico-costituzionale della propria funzione di garanzia, così da assicurare *pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge*, un’applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione»¹⁰.

C’è qui, a ben vedere, in particolare nei sopra citati punti 1. e 3. una considerevole apertura di credito al diritto giurisprudenziale (senza distinzioni fra giurisdizione civile e penale). Affiora in molti interventi la preoccupazione di essere considerati contigui se

¹⁰ Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e Commenti – XII Congresso Nazionale – Brescia-Gardone – 25-28 – XII – 1965*, Arti Grafiche Jasillo, Roma 1966, p. 307.308

non di essere accomunati agli esponenti della *Freirechtsbewegung*, ciò che peraltro conferma la consapevolezza di muoversi verso il terreno minato del diritto giurisprudenziale¹¹.

Il programma di Brescia-Gardone sarà negli anni successivi attuato principalmente dalla magistratura del lavoro, ma anche dalla magistratura penale, soprattutto da parte di giovani magistrati di merito (è l'epoca dei cosiddetti "pretori d'assalto") che si distinguono con iniziative inedite non prive di forzature interpretative della legge sia penale sia processuale, principalmente nel campo del diritto ambientale, delle frodi alimentari, della repressione di condotte antisindacali. Nelle sue componenti progressiste, sensibili al nuovo ordine costituzionale, la magistratura si sente investita di un compito sociale. Trova nel *corpus* normative pre-costituzionale e nell'atteggiamento conservatore della Corte di cassazione dell'epoca altrettanti limiti all'assolvimento di tale compito. Limiti non sempre facilmente eliminabili attraverso incidenti di costituzionalità.

Prevale una visione "promozionale" del diritto (anche penale). In ogni caso, l'interpretazione delle norme va riorientata ai valori costituzionali e assume pertanto quella portata teleologica che smentisce l'approccio tipico del legalismo statualista. Una eccellente testimonianza di questa vocazione "promozionale" della magistratura penale è offerta dal volume di Domenico Pulitanò (*Giudice negli anni '70. Un'esperienza di magistratura democratica* Bari, De Donato, 1977), dove sono raccolti scritti dai quali traspare il clima politico-sociale del tempo e la realtà per molti versi antinomica e certo altamente conflittuale nella quale i magistrati erano chiamati ad operare.

Insomma, anche limitando lo sguardo al *law in action*, non si può dire che il diritto giurisprudenziale rappresenti una vera novità, tale da giustificare di per sé la qualificazione di "nuova" alla legalità penale odierna. A meno che non si sia disposti a considerare recente, se non addirittura recentissimo e del tutto nuovo, un movimento di idee già scodellate e organizzate in un programma operativo circa sessant'anni fa.

Ciò che davvero appare "nuovo" con riguardo al tema che qui ci interessa è, semmai, il processo di crescente marginalizzazione della legalità statualistica (intesa come l'insieme delle leggi penali e processuali interne) che si accompagna alla progressiva cessione di sovranità dello Stato, a vantaggio di istituzioni sovranazionali (piccola e grande Europa).

L'entrata in vigore dell'11° protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹², ha reso più frequenti e "severe" le condanne della Corte di Strasburgo

¹¹ Si veda, ad esempio, l'intervento di M. RAMAT, *L'equità nel Giudice e nella giustizia*, in Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e Commenti*, cit., p. 115. Proprio alludendo alle prese di posizione dell'ANM nel citato congresso di Brescia-Gardone, L. LOMBARDI VALLAURI notava argutamente che una attenzione meno preconcepita all'aspetto strutturale della *Freirechtsbewegung* «sarebbe utile anche per arricchire o correggere l'impostazione di attualissime iniziative polemiche, le quali spesso riprendono senza saperlo e magari con minor impegno forme di organizzazione e argomenti già propri del giusliberismo» (*Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 228 e nota 73, dove si menzionano esplicitamente «le iniziative per il rinnovamento della magistratura, facenti capo o no all'Associazione Nazionale Magistrati».

¹² 1° novembre 1998.

nei confronti degli Stati membri del Consiglio d'Europa e ha finito con l'accrescere l'importanza (nonché il rango divenuto para-costituzionale) delle norme convenzionali.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹³ ha accentuato la dipendenza diretta del legislatore italiano dalle normative comunitarie anche per l'ambito penale (in precedenza relegato nel cosiddetto "terzo pilastro").

Tutte cose note e arcinote, che qui vengono ripetute solo per indicare quali sono – a mio avviso – gli elementi in presenza dei quali può avere un senso parlare di "nuova legalità". Il duplice condizionamento che alla politica nazionale deriva dall'Europa ("grande" e "piccola") è un evento politico-costituzionale di primissima grandezza, già oggetto di una copiosa letteratura e meritevole di essere ancora esplorato per i riflessi che ne derivano a getto continuo sull'attività interpretativa dei giudici penali nazionali.

Si può certo dire che l'accennata limitazione della sovranità statale e il correlato incremento delle fonti normative europee (anche di matrice giurisprudenziale), hanno avuto l'effetto di accrescere la discrezionalità interpretativa dei giudici nazionali, non foss'altro per l'infittirsi di regole e principi da combinare in sede applicativa. Ciò non toglie però che la vera novità – per quanto qui interessa – sia rappresentata dai limiti angusti nei quali è oggi costretta a muoversi la legislazione penale e processuale del nostro parlamento.

Nella modificata situazione politico-costituzionale, il tema dell'interpretazione giudiziale vede nella Corte di cassazione il punto di più spiccata problematicità. Tutti i giudici nazionali, inclusi quelli di merito, vedono ovviamente modificata dal diritto europeo (complessivamente inteso) la loro attività interpretativa. Tuttavia, posto che la Corte di cassazione è la custode del diritto legislativo statale, si intuisce facilmente la necessità di ricalibrare la sua funzione istituzionale. È dunque questo il tema che merita di essere chiarito e commentato nei paragrafi seguenti.

2. Diritto vivente.

Prima di occuparsi della "nuova" posizione della Corte di cassazione è opportuno un chiarimento sulla nozione di "diritto vivente", frequentemente evocata proprio con riguardo all'attività interpretativa della Corte di legittimità. L'espressione è spesso usata in senso polemico, a significare la crescita incontrollata del diritto giurisprudenziale e a censurare quella che viene denunciata come indebita invasione di campo del giudiziario rispetto al legislativo. Come spesso accade, lo spirito polemico offusca le menti: chi stigmatizza il "diritto vivente", ravvisandovi un'arbitraria violazione dei limiti costituzionali posti al potere giudiziario mostra di non conoscere la scaturigine del concetto nella dottrina costituzionalistica italiana.

Il sintagma meriterebbe un esame filologico che qui può essere solo abbozzato. In dottrina lo ritroviamo (forse per la prima volta) in una risalente notarella di Carlo Esposito che, affrontando un problema di limiti al sindacato di costituzionalità su norme

¹³ 1° dicembre 2009.

regolamentari, coinvolgeva i limiti interpretativi che la Corte costituzionale era tenuta a osservare nello scrutinio della legittimità di fonti normative di rango primario e secondario¹⁴. Tuttavia, la riflessione di Esposito era distante dal nostro tema. Viene qui ricordata solo perché nel titolo di quella nota compare l'espressione linguistica qui tematizzata, a denotare una problematica in realtà diversa da quella affrontata nel presente scritto.

Il tema del "diritto vivente" (nel senso che qui specificamente interessa) affiora in realtà prima che codesta etichetta verbale sia introdotta nel dibattito giuridico come problema che la nostra Corte costituzionale dovette affrontare fin dalle prime sue sentenze¹⁵.

Nella sent. nr. 3 del 1956 leggiamo: «La Corte, pur ritenendo di potere e di dovere interpretare con autonomia di giudizio e di orientamenti e la norma costituzionale che si assume violata e la norma ordinaria che si accusi di violazione, non può non tenere il debito conto di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisce al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero, come è vero, che le norme sono non quali appaiono proposte in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci.». La Corte si ritiene in linea di massima competente a interpretare le norme sottoposte al suo giudizio, ma afferma al contempo di dover prestare attenzione alla lettura che di quelle norme dà la giurisprudenza ordinaria. È già una prima significativa affermazione che segnala la consapevolezza di un nuovo scenario giuridico nel quale la Corte costituzionale cerca la propria collocazione per evitare conflitti con la giurisdizione ordinaria e, in particolare, con la Corte di cassazione.

La prima, esplicita enunciazione del nostro sintagma appare in una sentenza del 1974 (la nr. 276) che qualifica come *diritto vivente* il «sistema giurisprudenziale formatosi nel difetto di espresse disposizioni del diritto vigente»¹⁶. Gradualmente la Corte costituzionale estende la dottrina del *diritto vivente* alle situazioni di incertezza normativa e limita la propria competenza a interpretare le norme di legge sottoposte al suo vaglio, riconoscendo questo compito alla Corte di cassazione¹⁷. Una saggia operazione di *self restraint*, finalizzata principalmente ad evitare conflitti di attribuzione fra le due alte corti¹⁸.

¹⁴ *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.* 1962, 605.

¹⁵ Si veda al riguardo il saggio di G. Grottanelli de' Santi, *Considerazioni sull'attività interpretativa della Corte costituzionale*, in *Arch. Giuridico* 1962, p. 50 ss.

¹⁶ Corte cost. nr. 276 del 1974, punto 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁷ Eloquente quel che afferma Corte cost. n. 212 del 2020: «La funzione nomofilattica svolta dalla Corte di cassazione trova chiaro riconoscimento nel rilievo attribuito dalla Corte costituzionale agli approdi del "diritto vivente", espressione con cui si definisce il "costante indirizzo interpretativo della Corte di cassazione". Altrettanto significativa, al riguardo, la dichiarazione di manifesta inammissibilità con la quale fu rigettata la questione di legittimità dell'art. 576 c.p.p. con riguardo al diritto della parte civile di appellare le sentenze di proscioglimento, avendo constatato che le sezioni unite della Corte di cassazione erano in procinto di pronunciarsi sul punto (Corte cost. ord. n. 32 del 2007).

¹⁸ Sul tipo di quello occasionato a metà degli anni Sessanta dalla *querelle* sull'estensione all'istruzione sommaria delle garanzie difensive previste per l'istruzione formale. In una prima sentenza (n. 11 del 1965) la Corte rigettò la questione di legittimità incentrata sull'art. 392 c.p.p. allora vigente sul presupposto che la lamentata limitazione di garanzie difensive non sussistesse. Qualche mese dopo fu costretta a ricredersi,

In prima approssimazione, l'espressione *diritto vivente*, così come compare in numerose sentenze della nostra Corte costituzionale, non significa affatto "diritto libero" o "libera creazione del diritto", bensì, più modestamente, "attuale stato dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma suscettibile di diverse letture". Punto di partenza dell'operazione interpretativa dev'essere il testo esplicitato da una norma di legge, non uno spunto liberamente posto dall'interprete e tratto da fonti extralegislative¹⁹.

In quanto "vivente" il diritto è mutevole e la sua cifra caratteristica è l'incertezza. Un'incertezza che il processo giudiziario dovrebbe essere in grado di sciogliere. Molto si parla di "prevedibilità della decisione", ravvisando nella stessa il tratto che dovrebbe caratterizzare le moderne giurisdizioni. Ma, a ben vedere, l'esito di ogni processo è sempre imprevedibile e tante previsioni più o meno azzardate su "come andrà a finire" sono destinate ad essere smentite. Ciò appartiene alla fisiologia, non alla patologia del giudiziario²⁰. Si possono fare pronostici su come il giudice interpreterà una norma (sostanziale o processuale), ma non si potrà mai dar per scontata l'opzione interpretativa che alla fine sarà preferita, poiché il processo giudiziario serve (dovrebbe servire) anche

considerato che la "giurisprudenza ordinaria" continuava a interpretare il citato art. 392 in maniera sfavorevole alla difesa: di qui la presa d'atto del diverso orientamento giurisprudenziale e la necessità di dichiarare illegittimo non tanto l'art. 392, quanto piuttosto l'interpretazione che ne continuava a dare la giurisprudenza della Corte di cassazione.

¹⁹ Siamo pertanto distanti dall'idea di "*lebendes Recht*" (che traduce letteralmente l'espressione "diritto vivente") come propagandata dagli esponenti del diritto libero. Così si esprimeva, ad esempio, EUGEN EHRLICH: «Il diritto vivente non è fissato in formule legali e tuttavia domina la vita. Le fonti che lo rendono riconoscibile sono soprattutto i documenti correnti, ma anche l'osservazione diretta della vita, dei traffici commerciali, degli usi e costumi, nonché dell'attività delle associazioni, sia quelle legalmente riconosciute sia quelle trascurate e ignorate dalla legge e persino quelle legalmente disapprovate.»

«*Das lebende Recht ist das nicht in Rechtssätzen festgelegte Recht, das aber doch das Leben beherrscht. Die Quellen seiner Erkenntnis sind vor allem die moderne Urkunde, aber auch die unmittelbare Beobachtung des Lebens, des Handels und Wandels, der Gewohnheiten und Gebräuche, dann aber aller Verbände sowohl der rechtlich anerkannten als auch der von dem Rechte übersehenen und übergangenen, ja sogar der rechtlich mißbilligten*». (E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie*, München und Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1913, p. 399).

²⁰ Scriveva H. KANTOROWICZ: «La sentenza deve essere prevedibile! Bellissimo ideale, certo, ma irraggiungibile. Se lo fosse, non ci sarebbero processi e quindi nemmeno sentenze: chi mai darebbe inizio a un processo sapendo in partenza di uscirne sconfitto?»

«*Das Urteil muß voraussehbar sein! Ein schönes Ideal gewiss, aber in Ewigkeit unerfüllbar. Wenn das Urteil voraussehbar wäre, gäbe es ja keine Prozesse und also keine Urteile, denn wer würde einen Prozess anstrengen in dem er, wie sich voraussehen lasst, unterliegt?*» (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Carl Winters Universitätsbibliothek, Heidelberg 1906, p. 43).

L'affermazione ha sapore dichiaratamente provocatorio, ma contiene un innegabile nucleo di verità del quale ogni giurista (e, in particolare, ogni processualista) dovrebbe essere consapevole.

a mettere il giudice nella condizione di fare la scelta più adeguata²¹, nel rispetto delle garanzie difensive²².

“Diritto vivente” è, in definitiva, la norma di legge filtrata e adattata al caso concreto nel crogiuolo processuale dall’interpretazione giurisprudenziale. Ne sono autori principalmente i giudici (anche di merito), ma alla sua formazione possono contribuirvi altresì le parti, offrendo argomenti interpretativi capaci di convincere il giudicante. Alla Corte di cassazione, istituzionalmente investita del compito di “custodire la corretta interpretazione della legge”, spetta un ruolo ovviamente preminente in questa “costruzione collettiva” dell’enunciato giurisprudenziale.

Fatta questa precisazione, conviene volgere l’attenzione alla funzione della Corte di legittimità.

3. La Corte di cassazione e l’art. 65 ord. giud. (rivisitato).

La legge “vive”, dunque, nell’interpretazione che ne danno i giudici. Migliaia di teste, quotidianamente al lavoro, ciascuna animata dai mille condizionamenti delle vicende umane.

Se le cose stessero semplicemente così, l’incertezza e l’imprevedibilità degli esiti giudiziari sarebbero inevitabili e la vita sociale ne risentirebbe negativamente. Non si potrebbe allora che condividere il monito di Beccaria, il quale nel cap. IV del suo celebre opuscolo, tuonava contro lo «spirito della legge», ravvisandovi un «argine rotto al torrente delle opinioni». Ma il giovane Beccaria non sospettava che, circa trent’anni

²¹ A lungo la dottrina processualistica ha ravvisato nell’accertamento di fatto il maggior rischio di arbitrio nella decisione giudiziaria. Tutta la letteratura degli anni Sessanta e Settanta ha approfondito i temi della prova penale e del libero convincimento giudiziale in chiave critica, perché si riteneva che lì si annidasse il rischio di derive inquisitorie deleterie per i diritti individuale: penso ad autori come Franco Cordero, Delfino Siracusano, Michele Taruffo, Ennio Amodio, Massimo Nobili, Paolo Ferrua. La riforma processuale del 1988 e la progressiva apertura verso la “giustizia penale europea” hanno attenuato (pur senza spegnerla) l’attenzione verso l’accertamento del fatto, favorendo al contempo la messa a tema del problema interpretativo: un tema fino a quel momento appannaggio di teorici e filosofi del diritto ha gradualmente conquistato l’interesse dei penalisti ora in attività: penso, ad esempio, alle riflessioni offerte al riguardo da Roberto Bartoli, Massimo Donini, Paolo Ferrua, Roberto Kostoris, Vittorio Manes, Francesco Palazzo, Francesco Viganò, Massimo Vogliotti.

²² In questo senso andrebbe ripensato il principio *iura novit curia*, così come espresso nell’art. 521 comma 1 c.p.p.: «Nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell’imputazione». Viene così escluso, in danno della difesa, il diritto al contraddittorio sul mutamento (*in peius*) della qualifica giuridica recepita nell’atto d’accusa. La sentenza della Corte EDU nel caso Drassich c. Italia (dicembre 2007) ha messo in evidenza l’inadeguatezza del nostro diritto processuale sotto il profilo qui considerato. Sarebbe quindi stato opportuno (se non doveroso) un intervento legislativo volto a modificare il citato art. 521 comma 1, nel senso di vietare la condanna dell’imputato per una qualifica giuridica più grave di quella ufficialmente contestata nel corso del dibattimento. Si poteva prendere a modello il § 265 della StPO germanica che per l’appunto regola – in senso rispettoso del diritto al contraddittorio – l’ipotesi del mutamento (*in peius*) di qualifica giuridica. Ciò contribuirebbe a rendere meno incerta e imprevedibile la successiva sentenza. Per ulteriori osservazioni sul punto sia consentito rinviare a R. ORLANDI, *L’attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, Torino, Giappichelli, 2010, §14, p. 65 ss.

dopo, si sarebbe apprestato il rimedio per ridurre, se non proprio eliminare, la sconcertante multiformità del “diritto vivente” lasciato alla libera interpretazione dei giudici di merito. Prima il *Tribunal de cassation* (organo esterno all’ordine giudiziario col compito di sorvegliare l’aderenza dei giudicati alle norme di legge varate dal Parlamento), poi la *Cour de Cassation* (organo attratto nell’ordine giudiziario con lo stesso compito) furono istituiti per assicurare la tenuta di quell’argine²³. Si sa come l’esempio francese fu poi seguito da tutte le codificazioni dell’Europa continentale nel corso dell’Ottocento²⁴. E l’Italia fu tra i più fedeli imitatori del modello francese.

Si dirà che quei tempi sono ormai lontani e che l’odierno contesto politico-costituzionale rende improponibile o fuorviante qualsiasi comparazione diacronica. È certo un’obiezione sensata, della quale tener conto. Tuttavia, non può sfuggire che le norme di ordinamento giudiziario che individuano i compiti della Cassazione sono rimaste tendenzialmente inalterate nel tempo. Né risulta che siano state avanzate – in sede dottrinale o in sede legislativa – proposte di modifica della Corte di cassazione con riguardo alle sue principali funzioni e alla sua collocazione istituzionale²⁵.

Vero che l’istituto regolato può cambiare la sua funzione pratica nel sistema giuridico, con il mutare del più generale contesto politico-costituzionale. E non c’è dubbio che nel 1941 (quando entrò in vigore l’ordinamento giudiziario tuttora vigente) tale contesto era affatto diverso da quello odierno. Compito della dottrina è dunque rileggere l’art. 65 OG, interrogandosi sulla sua persistente attualità, o rilevandone l’anacronismo rispetto alla presente situazione politico-costituzionale.

Conviene muovere dal significato originario di questa cruciale norma e il modo migliore per farlo è riassumerne i tratti caratteristici dell’istituto, alla luce di quel che ne pensava Piero Calamandrei, che ne fu l’artefice. Tant’è vero che la seconda parte della sua Cassazione civile può essere considerata addirittura considerata una sorta di commento anticipato all’odierno art. 65 OG, del quale interessa qui la parte iniziale, dove sono enunciati tre compiti: assicurare a) l’esatta osservanza, b) l’uniforme interpretazione della legge e c) l’unità del diritto obiettivo nazionale.

²³ Sulle vicende storico-politiche che condussero all’istituzione della Cassazione resta ancora di fondamentale importanza la lettura di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Parte prima, in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli, Morano 1976.

La lettura del vasto studio di Calamandrei sulla Cassazione è raccomandabile ancora oggi per la limpidezza espositiva e per le considerazioni tuttora attualissime delle quali è intessuto dalla prima all’ultima pagina. Il titolo fa torto all’ampiezza di orizzonte di questo fondamentale contributo alla letteratura giuridica del Novecento italiano. Non è opera che interessi solo i processualcivili. Si tratta di uno studio che – stando agli odierni settori disciplinari – offre suggestivi affacci anche sul diritto costituzionale (rapporto giudice/legge) e sulla storia del diritto (con riguardo al complessivo sistema delle impugnazioni). Pressoché introvabile in versione cartacea, oggi i due volumi sulla *Cassazione civile* sono consultabili sul web, grazie a una meritoria iniziativa dell’Università Roma-Tre (e, in particolare, del prof. Zeno-Zencovich): qui il [primo volume](#) e il [secondo](#).

²⁴ Utilissimi riferimenti storici in P. CALAMANDREI, *La cassazione civile, parte prima*, cit., p. 377 ss.

²⁵ Modifiche importanti sono intervenute sul terreno del diritto processuale, soprattutto con riguardo ai rapporti fra sezioni semplice e sezioni unite della Cassazione civile (l. n. 40 del 2006) e penale (l. n. 103 del 2017).

a. *Esatta osservanza della legge.* È il compito di nomofilachia “negativa”, come lo definiva Calamandrei. Quello che poteva sfociare nella censura della sentenza di merito basata sulla inosservanza di un testo di legge. Inizialmente era questo il solo compito attribuito alla Corte²⁶. In esso si evidenziava la funzione di controllo sull’attività interpretativa dei giudici. Si tratta, a ben vedere, di una funzione spiccatamente giudiziaria, considerato che decisione della Corte – in caso di annullamento con o senza rinvio – è suscettibile di influenzare il dispositivo della decisione impugnata. Da essa si ricavava, a mo’ di corollario, anche la funzione unificatrice della giurisprudenza, sul rilievo che l’interpretazione “esatta” di una norma di legge doveva necessariamente essere anche l’unica ed era quindi tale da fungere da insegnamento ai giudici per casi futuri.

b. *Uniforme interpretazione.* È il compito di nomofilachia “positiva”, che evidenzia la componente *lato sensu* “politica” della Corte: quella che, in altre parole, si identifica con la funzione unificatrice della giurisprudenza. Le argomentazioni giuridiche spese in motivazione trascendono il caso giudiziario che le ha occasionate, pretendendo di porsi come insegnamento alla generalità dei giudici.

Secondo Calamandrei l’“esatta osservanza della legge” non può contraddire la “uniforme interpretazione”. Egli si rende ben conto della impossibilità di stabilire in maniera incontestabile quale sia la “esatta” osservanza della legge e intuisce il rischio che una errata interpretazione ripeteretui *ad libitum* la svista proprio grazie alla accennata funzione unificatrice. L’ostacolo viene aggirato con il pragmatico rilievo che l’interpretazione fornita dalla Corte di cassazione è per definizione o, meglio, per convenzione, quella “esatta” ed è quindi naturalmente candidata a fungere da punto di riferimento per l’unificazione giurisprudenziale²⁷.

Altri rimedi non se ne vedono. Di fronte all’oscurità o indeterminatezza della legge sarebbe inadeguata l’interpretazione autentica fornita dal legislatore. Come osserva Calamandrei, nemmeno l’intervento interpretativo del legislatore darebbe «una garanzia assoluta di esattezza, sia perché negli Stati moderni, la legge non è espressione

²⁶ L’ordinamento giudiziario entrato in vigore il 1° gennaio 1866 stabiliva: *La Corte di cassazione è istituita per mantenere l’esatta osservanza delle leggi* (art. 122, l. 6 dicembre 1865, n. 2626).

Contenuto pressoché identico aveva la successiva riforma del 1923 (quella che definitivamente abolì le Cassazioni regionali): *La Corte di cassazione è istituita per mantenere l’esatta osservanza delle leggi ed è unica per tutto il Regno, con sede in Roma* (art. 61, l. 30 dicembre 1923, n. 2786).

²⁷ «Quando si parla di una interpretazione falsa della stessa legge, si intende sempre riferirsi a un concetto di verità o di falsità relativa, desunta cioè da un ragionamento che può essere più o meno persuasivo, ma che non può mai portare alla certezza assoluta e inconfutabile: infatti, per poter stabilire in modo incontrovertibile che una qualsiasi interpretazione di legge è falsa, bisognerebbe possedere come termine di paragone quella interpretazione vera alla quale il concetto di falsità si riferisce; ma siccome quella interpretazione vera non si può ottenere se non con un procedimento logico analogo a quello col quale altri giunge alla interpretazione falsa, così la verità o falsità della interpretazione non è mai un dato di fatto obiettivo, ma è sempre il risultato di un apprezzamento subiettivo eminentemente variabile e incerto»: P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, parte seconda, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. VII, Napoli, Morano, 1976, p. 99.

della volontà di una sola persona fisica, che, anche dopo aver compiuto l'atto legislativo, serbi memoria della intenzione che ad essa presiedette, sia perché, anche se fosse possibile far ricorso a questa sopravvivenza memoria individuale, interpretazione esatta non potrebbe dirsi mai quella che volesse stabilire il significato della legge ricostruendo fuori di essa una volontà soggettiva non giunta a manifestarsi nel testo, ma soltanto quella che desumesse la volontà del legislatore dalle espressioni di essa contenute nella legge obiettivamente considerata»²⁸. E si può aggiungere che la legge interpretativa avrebbe sì l'effetto di unificare la giurisprudenza (vincolando l'*opinio iuris* del giudice), ma non potrebbe incidere sulla vicenda giudiziaria che fosse definita sulla base di una errata lettura della norma applicata o tale ritenuta dal legislatore "interpretante".

c. L'unità del diritto obiettivo nazionale. È, questo, un punto strettamente collegato con i due precedenti e volto a chiarire un dettaglio importante nella visione di Calamandrei. Esatta osservanza della legge e sua interpretazione uniforme hanno per oggetto la norma legale colta dal punto di vista dello Stato e dell'organo che l'ha posta, non nella prospettiva del ricorrente. L'accento sul carattere "obiettivo" del diritto evidenzia il tratto pubblicistico del ricorso di legittimità, anche quando questo è inteso ad affermare un diritto soggettivo.

Limitando lo sguardo all'ambito penalistico, l'imputato non ha interesse a far rilevare l'errata applicazione della legge o la difformità dell'interpretazione rispetto all'orientamento consolidato da precedenti decisioni della Cassazione, se non per sfuggire a una sentenza che gli fosse sfavorevole. Preferirà una assoluzione basata su una interpretazione errata della legge, a una condanna irrogata sul presupposto di una ineccepibile interpretazione del giudice di merito²⁹.

È l'astuzia del sistema. L'interesse del privato (a una sentenza favorevole) è, per così dire, strumentalizzato al fine di far affiorare eventuali disobbedienze dei giudici di merito al testo della legge statale. Che le parti si astengano dal ricorrere contro palesi errori di applicazione e interpretazione della legge da parte dei giudici territoriali è un prezzo che il sistema accetta di pagare, anche perché le sentenze di codesti giudici non aspirano (come quelle della Cassazione) a farsi "autorevole precedente". Al più, per rimediare a questo inconveniente, si abilita il pubblico ministero a ricorrere per cassazione "nell'interesse della legge", contro sentenze già passate in giudicato e fondate su errori di interpretazione. È quanto prevede, ad esempio, il nostro codice di procedura civile (art. 363), mentre il codice di procedura penale punta a un risultato analogo, quando consente alle sezioni unite della Corte di cassazione di affermare d'ufficio il principio di diritto, benché il ricorso risultasse inammissibile (art. 618 comma 1-ter). In

²⁸ P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, parte seconda, cit., p. 100.

²⁹ Anche qui risultano illuminanti le osservazioni di P. CALAMANDREI: «Il privato non si sente danneggiato dagli *errores in iudicando* in cui il giudice sia eventualmente incorso nel motivare la sentenza, se non in quanto questi errori si ripercuotano a suo svantaggio sul dispositivo; il litigante non aspira ad avere una sentenza correttamente motivata, ma una sentenza favorevole nella parte conclusiva» (P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, parte seconda, cit., p. 132).

entrambi questi esempi si suppone il passaggio in giudicato di una sentenza “sbagliata” e si fa al contempo salva la funzione di nomofilachia positiva della Cassazione.

In definitiva, il diritto (soggettivo) al ricorso per Cassazione è messo al servizio dell’interesse pubblico alla esatta osservanza della legge e alla uniforme interpretazione del diritto “obiettivo” nazionale.

La lettura qui brevemente illustrata dell’art. 65 OG nelle sue tre principali componenti può essere riproposta anche ai giorni nostri. Il solo dato anacronistico è quel riferimento al “diritto obiettivo nazionale”, nel quale si ravvisa l’attaccamento a una visione dello Stato del tutto obsoleta³⁰. La Corte di cassazione esistente al momento in cui il citato art. 65 entrò in vigore (1941) rappresentava il vertice di un’organizzazione giudiziaria circoscritta ai confini di uno Stato che (quanto meno per il settore penalistico) aveva nel mitico legislatore la sola fonte normativa.

A distanza di ottant’anni il contesto politico-costituzionale è profondamente mutato. Le istituzioni euro-unitarie (Parlamento europeo, Commissione europea) e la compresenza di altre alte giurisdizioni (principalmente: Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell’uomo, Corte di giustizia europea) contribuiscono a riplasmare *ab externo* la posizione istituzionale della Corte di cassazione. Di qui lo straniamento che ci coglie quando leggiamo un’espressione del tipo “diritto obiettivo nazionale”. Ma è sufficiente sostituirla con “diritto statale” e l’anacronismo svanisce.

Nella realtà euro-unitaria (come in quella del Consiglio d’Europa) gli Stati esistono ancora e ciascuno di essi è dotato di una Corte di legittimità con funzioni simili a quelle della nostra Corte di cassazione³¹. Bisogna però avvertire che la locuzione “legge statale” (sostitutiva del “diritto obiettivo nazionale”) non va limitata alle sole leggi varate dal Parlamento. Essa include anche le norme costituzionali di diritto interno, le norme della convenzione europea dei diritti dell’uomo, le molteplici norme euro-unitarie, tutte nella lettura che ne propongono le Corti rispettivamente competenti a interpretarle (Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell’uomo, Corte di giustizia europea). Il compito dei giudici nazionali nell’intendere la “legge statale” si è fatto dunque difficile e complesso, assai più di quando la sorgente della norma statale da applicare coincideva con gli organismi della legislazione interna. Nel nuovo concetto di “legge statale”

³⁰ L’espressione “diritto obiettivo” (tipica dell’approccio chiovendiano al diritto processuale) appare con ossessiva frequenza nell’opera di Calamandrei e, in particolare, nella sua *Cassazione civile*, pubblicata nel 1920, quando ancora operavano le cinque Cassazioni regionali e il giurista fiorentino si batteva convintamente per l’unificazione dell’istituto: unificazione indispensabile proprio per assicurare quella funzione unificatrice della giurisprudenza (nomofilachia positiva) che della Cassazione doveva costituire il fine principale.

³¹ Si tende a sopravvalutare la circostanza che in taluni ordinamenti il ricorso di legittimità si ispira alla “terza istanza”, anziché alla “azione di impugnativa” (come accade in Italia, ad imitazione dell’esempio francese), quasi che ciò comportasse un sacrificio della funzione nomofilattica a vantaggio degli interessi soggettivi dei ricorrenti: cfr. ad esempio, M. TARUFFO, *La Corte di cassazione fra legittimità e merito*, in *Foro it.*, 1988, c. 237 ss. In realtà, anche gli ordinamenti che si sono ispirati alla “terza istanza” (come accade con la *Revision* germanica (§§ 337 ss StPO), prendono poi molto sul serio la funzione unificatrice dell’organo di legittimità. Per un raffronto, sotto il profilo qui considerato, fra i compiti della Cassazione italiana e quelli del *Bundesgerichtshof* sia consentito rinviare al precedente studio R. Orlandi, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione politica delle corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2596 ss.

converge la segnalata molteplicità di fonti normative e giurisprudenziali, talché i giudici interni (sia di merito, sia di legittimità) sono costretti a un paziente lavoro di rilettura e ritessitura della norma da applicare al caso concreto³².

Quanto si è appena affermato non ha tuttavia fatto venir meno i classici compiti della Corte di cassazione. Anzi, ha semmai propiziato un rinvigorismento della sua funzione nomofilattica (“positiva”). I recenti interventi legislativi volti a rafforzare il ruolo delle sezioni unite della Corte nella distillazione dei “precedenti”³³ dimostra come sia oggi avvertita l’esigenza di far leva sulla funzione unificatrice della giurisprudenza di legittimità nell’interesse (collettivo) di accrescere la certezza delle situazioni giuridiche e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Di crescente rilievo, al riguardo, è l’attività svolta dall’Ufficio del massimario e del ruolo, anche per la consultazione frequente e rapida che le tecnologie informatiche oggi ne consentono. L’individuazione dei contrasti giurisprudenziali (prima che la Corte decida) e l’estrazione delle massime da un numero limitato di sentenze, scelte secondo criteri indicati negli *interna corporis* della Corte di cassazione sono funzionali alla funzione di nomofilachia (positiva) e contribuiscono a delineare il “diritto vivente” nella sua versione più autorevole³⁴.

4. Rapporti con le altre alte Corti.

L’art. 65 OG, secondo la lettura parzialmente rivisitata proposta nel paragrafo precedente, consente di chiudere il nostro discorso con qualche rapida notazione sul posto da assegnare alla giurisprudenza della Corte di cassazione nel contesto delle altre alte Corti, con le quali si stabilisce un “dialogo” necessario, suscettibile di sfociare in conflitto, qualora non fossero rispettate le rispettive attribuzioni. A ogni Corte il proprio “orto” normativo e la raccomandazione di evitare sconfinamenti nel campo (giurisprudenziale) affidato alla custodia di altra Corte, con la consapevolezza che taluni “prodotti della propria coltivazione vivono in simbiosi con quelli degli “orti” confinanti.

³² Va conseguentemente aggiornata anche la lettura dell’art. 101 comma 2 cost. I giudici sono soggetti non solo alla legge statale (*stricto sensu*), bensì a quell’idea di “legge statale” che include le fonti europee e le corrispondenti elaborazioni giurisprudenziali delle alte Corti incaricate di farle vivere concretamente. Da entità impermeabile ad altre fonti normative, la legge statale è diventata entità “porosa”, “permeabile” a fonti sovra-legali ed europee. Ciò in conformità con l’evoluzione dello Stato (costituzionale nonché integrato in realtà sovranazionali che ne limitano la sovranità anche sul piano dell’autonomia legislativa).

³³ Art. 618 comma 1 bis c.p.p. novellato da l. n. 103 del 2017 e art. 374 comma 3, novellato da l. n. 40 del 2006.

³⁴ Si può dire che il “diritto vivente” (nella sua versione più autorevole) è quello che ci viene presentato grazie all’opera selettiva dell’Ufficio del massimario (che, salvo sviste, costituisce un *unicum*, quanto meno nel panorama giuridico europeo). Di qui l’auspicio che la sua opera si ispiri a criteri di trasparenza e non sia considerata una mera questione organizzativa della nostra corte di legittimità. La dottrina dovrebbe dedicare maggior attenzione a questa decisiva funzione, di fatto normativa, della nostra corte di legittimità. Meritevole di segnalazione il recente, ampio studio di F.M. DAMOSSO, *La massima come fonte nel sistema del precedente*, in *Cass. pen.* 2020, p. 1708 ss.

L'esame dettagliato dei possibili conflitti fra alte corti eccederebbe gli scopi di questo breve scritto e rischierebbe anzi di sviare l'attenzione dai pochi, essenziali rilievi di carattere generale che conviene fissare a mo' di chiusura degli argomenti qui svolti³⁵.

Del "dialogo" fra Corte di cassazione e Corte costituzionale si è già detto (*supra*, par. 2). Il concetto di "diritto vivente" viene elaborato gradualmente dalla giurisprudenza costituzionale, proprio con l'intento di riconoscere alla Corte di cassazione la sovranità sulla corretta interpretazione della norma soggetta a vaglio di costituzionalità. C'è poco da aggiungere a quanto già osservato in precedenza. Ovviamente, la Corte costituzionale è sovrana nell'interpretare le norme della Costituzione e alla corrispondente giurisprudenza dovrà ispirarsi la Corte di cassazione, quando si prospetta la possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata.

Analogo rilievo vale per la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, a sua volta, si appoggia alla dottrina del "diritto vivente" (inteso nel senso precisato *supra* par. 2).

Nella sentenza *Ferreira Santos Pardal c. Portugal* (31 luglio 2015), essa affronta il problema dell'incertezza giuridica prodotta da disorientanti oscillazioni giurisprudenziali interne ai singoli stati, affermando che +

- è compito dei giudici nazionali interpretare le normative statali (punto 42 lett.);
- le difformità giurisprudenziali appartengono alla fisiologia dell'attività giurisdizionale e non possono pertanto essere considerate contrarie ai principi della Convenzione (punto 42 lett. c); contrasta con la Convenzione ed è incompatibile con l'idea di processo equo (art. 6 § 1 CEDU) l'assenza di meccanismi procedurali in grado di superare quelle divergenze e quelle oscillazioni (punto 42, lett. d);
- la certezza delle situazioni giuridiche (da perseguire anche attraverso un uso accorto della giurisprudenza di legittimità) è ingrediente essenziale dello Stato di diritto (punto 42, lett. f).

L'elencazione di questi punti è sufficiente a far comprendere quanto la Corte EDU faccia affidamento su orientamenti giurisprudenziali consolidati nei singoli ordinamenti statali, al fine di assolvere al proprio compito di custode del diritto convenzionale. Del resto, ogni sentenza della Corte di Strasburgo, nell'illustrare la situazione normativa dello Stato chiamato in causa, non si limita al diritto statutario, ma dedica crescente attenzione al *case law*, giacché anche negli altri Paesi della "grande Europa" le norme legislative valgono per come sono interpretate dai giudici nazionali e

³⁵ La letteratura sul tema è già imponente. Nell'economia del presente scritto conviene limitarsi a una selezione dei volumi (anche collettanei) finora pubblicati: A. BERNARDI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti: l'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, atti del Convegno del dottorato di ricerca Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Ferrara, Ferrara, 24 febbraio 2017, Napoli, Jovene, 2017; V. BARSOTTI-V. VARANO (a cura di), *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: dialogo di diritto comparato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti: Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna, 2010; D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze University Press, 2021.

la Corte europea (giustamente) non si assume il compito di fornirne una propria interpretazione.

Diverso il discorso per la Corte di giustizia europea, la quale, come si sa, interviene principalmente per sciogliere, in via pregiudiziale, dubbi interpretativi su norme euro-unitarie rientranti a pieno titolo nel “diritto statale”. Anche la Corte di giustizia UE, quando esamina la normativa interna di uno Stato membro, considera (o dovrebbe considerare) l’interpretazione che di quella norma viene data dalla giurisprudenza statale e, in particolare, dall’orientamento che ne dà la Corte di cassazione³⁶. Tuttavia, il compito principale della Corte di giustizia è quello di assicurare l’uniforme interpretazione delle norme euro-unitarie nei 27 Paesi UE attraverso l’accennato meccanismo del rinvio pregiudiziale³⁷. Il relativo procedimento «*mira ad assicurare l’unità di interpretazione del diritto dell’Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l’autonomia di tale diritto, nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell’ordinamento istituito dai Trattati*»³⁸.

È dunque la Corte di giustizia europea a svolgere compiti di unificazione giurisprudenziale, mentre le giurisdizioni nazionali sono chiamate a collaborare lealmente per la certezza del diritto euro-unitario. In particolare, gli organi giudiziari nazionali di ultima istanza (come la nostra Corte di cassazione)³⁹, hanno l’obbligo di rinvio pregiudiziale in casi di incertezza sulla interpretazione delle norme europee e debbono pertanto mettersi al servizio di quella che può essere definita “nomofilachia europea”.

³⁶ Nella sentenza che ha aperto la tortuosa vicenda Taricco (grande sezione 8 settembre 2015 in causa C-105/14) la Corte di giustizia si è limitata a una lettura piatta e superficiale delle norme penali riguardanti la prescrizione del reato (artt. 157-160 c.p.). Se avesse allargato lo sguardo alla giurisprudenza italiana formatasi su codesti articoli si sarebbe risparmiata la lunga querelle che – proprio muovendo da un fraintendimento sulla natura sostanziale anziché processuale della prescrizione del reato – si protrasse per un triennio. Sarebbe potuta pervenire, in altre parole, alla conclusione cui sarebbe giunta due anni dopo con la sentenza della Grande sezione del 5 dicembre 2017 (sollecitata dalla nostra Corte costituzionale con ord. 24/2017), che, pur ribadendo il dovere di disapplicare norme interne in contrasto con l’art. 325 §§ 1 e 2 TFUE, ammette la possibilità di sottrarsi a tale obbligo, qualora ciò comportasse una lesione del principio di legalità (punto 68).

Per una cronistoria ragionata di questa vicenda si vedano il volume curato da A. Bernardi e C. Cupelli citato alla nota precedente, nonché il saggio di A. NATALE, [Le tappe della cd. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso](#), in *Questione Giustizia*, 7 dicembre 2017. Vicenda molto istruttiva sotto il profilo qui considerato, perché vediamo all’opera tutti i nostri protagonisti giudiziari: oltre alla Corte di giustizia UE (intervenuta due volte), Corte di cassazione (come autorità rimettente alla Corte costituzionale principalmente a difesa del principio di legalità), Corte costituzionale (come autorità rimettente alla Corte di giustizia UE) e persino Corte europea dei diritti dell’uomo, non intervenuta nel caso Taricco, ma spesso evocata per la sua giurisprudenza sul principio di legalità penale. Occasione rara per visionare la sinossi dei quattro “orti giuridici” e le relative interdipendenze.

³⁷ Art. 267 TFUE.

³⁸ Parere della Corte approvato nella seduta plenaria del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punto 176).

³⁹ Art. 267 § 3 TFUE.