

Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale

di Giorgio Fidelbo

Il precedente come valore “culturale” e la sua vincolatività (relativa) sono, rispettivamente, la considerazione di fondo e la novità principale della “riforma Orlando” (legge 23 giugno 2017, n. 103). La storica tensione generata dai contrasti giurisprudenziali interni alle sezioni della Suprema corte, moltiplicatrice di decisioni nella sua qualità di giudice di “terza istanza”, sembra attenuarsi con l'introduzione del vincolo del precedente e la rimessione obbligatoria alle sezioni unite (*ex* articolo 618, comma 1-*bis*, cpp), laddove il collegio di una sezione semplice non condivide il principio di diritto da quelle enunciato, applicabile al caso oggetto del ricorso. Al di fuori di un ordine gerarchico dei rapporti, tale meccanismo consente all'attività interpretativa delle sezioni semplici di tradursi in un contributo nomofilattico che, nella forma del “dialogo” interno, rafforza in senso unitario l'evoluzione giurisprudenziale, permettendo al sistema – come dimostrano alcune prime esperienze applicative – di rinnovarsi. Il vincolo del precedente e la portata della riforma hanno implicazioni significative in tema di *prospective overruling*, con un richiamo alle incongruenze che hanno visto le sezioni unite penali e quelle civili divergere in merito all'accezione stessa della legalità – sulla questione, la Consulta (con la sentenza n. 230 del 2012) ha frenato lo slancio delle prime, escludendo un'equiparazione tra la legge e il “diritto vivente”.

1. Le prassi virtuose nei rapporti tra sezioni unite e sezioni semplici prima della “riforma Orlando”

All'indomani dell'unificazione della Corte di cassazione penale, un giurista dei primi del Novecento offriva una descrizione piuttosto sconcertante della situazione in cui versava la “nuova” Cassazione con sede nella Capitale, evidenziando i contrasti interni alle sezioni, le oscillazioni interpretative mai risolte, le sentenze iperboliche, l'exasperante individualismo tra i giudici di legittimità¹. Erano considerazioni con cui si prendeva atto che la realizzazione di un'unica Corte di cassazione penale non aveva conseguito l'effetto sperato di assicurare l'uniformità di indiriz-

zi giurisprudenziali in materia penale, compito che, nelle intenzioni del Ministro della giustizia dell'epoca, Giuseppe Zanardelli, sarebbe stato affidato soprattutto alle “sezioni riunite”, che avrebbero dovuto svolgere una funzione “quasi legislativa”².

È sorprendente constatare che gli stessi problemi che oggi riguardano la Corte di cassazione erano già presenti in anni così lontani e in contesti profondamente diversi, in cui la giurisdizione penale dei primi del Novecento sicuramente non doveva fare i conti con un numero imponente di processi, come accade oggi, né era impegnata come l'attuale Cassazione a districarsi in un sistema complesso di fonti multilivello, con continui e impegnativi dialoghi con altre corti. Soprattutto, va sottolineato come, già in quell'epo-

1. G. Escobedo, *La Corte di cassazione penale nel suo odierno funzionamento e nelle progettate riforme*, in *Giust. pen.*, 1901, VII, pp. 577 ss.

2. La Corte di cassazione penale venne unificata nel 1889, con sede a Roma, mentre le Cassazioni civili di Torino, Firenze, Napoli, Palermo e, poi, di Roma, continuarono a operare fino al 1923, quando vennero unificate con legge 24 marzo 1923, n. 601.

ca, si riponesse una grande aspettativa nelle funzioni assegnate alle sezioni riunite, a cui veniva attribuito il compito di dirimere i contrasti giurisprudenziali e, così, garantire l'uniformità del diritto.

Un analogo meccanismo per la risoluzione di contrasti è stato riproposto, un secolo dopo, nel codice del 1988, con l'articolo 618 cpp e, anche in questo caso, deve riconoscersi che non ha sortito l'effetto di valorizzare la vocazione nomofilattica della Corte di cassazione.

Naturalmente, l'attuale difficoltà della Corte di legittimità a "fare nomofilachia", in una situazione sicuramente più drammatica di quella cui si riferiva Gennaro Escobedo, dipende da numerosi fattori, tra cui la stessa natura "ambigua" di questo giudice, che deriva dall'impianto delle norme fondamentali che regolano le sue funzioni: da un lato, l'articolo 65 ord. giud., che stabilisce che la Corte di cassazione «assicura l'esatta osservanza e l'uniformità dell'interpretazione della legge»; dall'altro, l'articolo 111, comma 7, Cost., che prevede che «contro le sentenze è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge». Si tratta di due disposizioni che disegnano il dna della Corte di cassazione e che giustificano pienamente la fortunata definizione di questo giudice come di un «vertice ambiguo»³, a sottolineare che, allo stesso tempo, svolge funzioni di Corte suprema (*ius constitutionis*) e di corte di terza istanza (*ius litigatoris*). Come "corte di terza istanza", assicura una tutela dei diritti delle parti, avvertita come una funzione essenziale contro le "decisioni ingiuste" e indicata come un baluardo per le garanzie dell'imputato; funzione generale che, tuttavia, ha contribuito all'aumento esponenziale dei ricorsi. Infatti, il numero abnorme dei

ricorsi e, di conseguenza, delle sentenze prodotte⁴, ha avuto l'effetto di ridimensionare il ruolo nomofilattico della Corte di cassazione, ruolo che riesce ad assolvere solo quando decide a sezioni unite, mentre le sezioni semplici finiscono per svolgere prevalentemente funzioni di giudice dello *ius litigatoris*, pronunciando un numero sterminato di decisioni, con il rischio conseguente ed effettivo di un aumento esponenziale dei contrasti giurisprudenziali, determinato dalla oggettiva difficoltà di conoscere la "propria" giurisprudenza, difficoltà accresciuta dalla confusione causata dal numero eccessivo di sentenze massimate, che spesso impediscono di individuare gli orientamenti consolidati.

Se, dunque, deve riconoscersi la duplice "natura" della Corte di cassazione, prendendo atto che le funzioni di "corte suprema" e di "corte di terza istanza" coesistono, occorre che sia garantito un equilibrato rapporto tra tali funzioni, equilibrio che la Corte ha perseguito anche attraverso rinnovati rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite.

Invero, si è tentato di valorizzare l'attitudine nomofilattica delle sezioni unite⁵, ponendo in essere prassi virtuose tendenti a limitare le controindicazioni di un sistema che non assegnava alcuna valenza di vincolo formale al "precedente" delle sezioni unite e che aveva determinato rapporti "conflittuali" tra le sezioni della Corte di cassazione penale⁶.

Sono state messe in atto prassi funzionali a ridurre il rischio di disorientamenti nella giurisprudenza di legittimità, ad esempio investendo le sezioni unite in via preventiva, con l'obiettivo dichiarato di superare l'orientamento precedentemente enunciato ed evitando, così, di creare un possibile contrasto⁷.

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

4. Nel 2017 sono stati iscritti 56.642 procedimenti, con un incremento dell'8,1% rispetto all'anno precedente, e ne sono stati definiti, con sentenze od ordinanze, 56.489.

5. Soprattutto dopo le modifiche apportate nel processo civile dal d.lgs. n. 40 del 2006 («*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica*») che, oltre a novellare l'art. 374 cpc con la previsione della rimessione "obbligatoria" del ricorso alle sezioni unite nel caso di non condivisione del principio di diritto da parte della sezione semplice – previsione riprodotta pressoché integralmente dalla legge n. 103/2017 –, conteneva anche altre disposizioni dirette a implementare i caratteri della Corte di cassazione come giudice dello *ius constitutionis*.

6. Un esempio di conflitto "storico" è quello che si è verificato tra le sezioni semplici e le sezioni unite in materia di dipendenti bancari, la cui qualifica di incaricato di pubblico servizio è stata negata da una importante sentenza a sezioni unite (sez. unite, 23 maggio 1987, n. 8342, Tuzet, in *Foro it.*, 1987, IV, c. 481), per poi essere affermata, dopo meno di un anno, da una sezione semplice della Corte di cassazione (sez. V, 24 marzo 1988, n. 5469, Ferranti, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 669); un altro esempio è offerto dalla messa in discussione di un principio enunciato dalle sezioni unite nel 2005 sulla non rilevanza della prescrizione maturata prima della sentenza d'appello in caso di inammissibilità del ricorso (sez. unite, 22 marzo 2005, n. 23428, Bracale, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2005, p. 561), principio smentito da recenti pronunce delle sezioni semplici e nuovamente sottoposto alle sezioni unite, che l'hanno ribadito nel 2015 (sez. unite, 17 dicembre 2015, n. 12602, Ricci, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2347).

7. Un esempio di questo tipo di rimessione preventiva è costituito dalla questione relativa all'individuazione del procedimento da seguire davanti alla Corte di cassazione per i ricorsi avverso misure cautelari reali. Per superare un orientamento assolutamente consolidato in materia di procedimento da seguire per i ricorsi avverso misure cautelari reali, avallato da una risalente pronuncia (sez. unite, 6 novembre 1992, n. 14, Lucchetta, in *Cass. pen.*, 2016, 2637), le sezioni semplici, anziché provocare il contrasto, hanno investito direttamente le sezioni unite, che hanno mutato indirizzo, deliberando che il procedimento avente ad oggetto i ricorsi ex art. 325 cpp in materia di

In altri casi, è stato provocato l'intervento delle sezioni unite prima dello stabilizzarsi di un contrasto⁸.

In altri casi ancora, le sezioni semplici hanno rimesso, sempre in via preventiva, alle sezioni unite questioni collegate a novità normative o a dichiarazioni di incostituzionalità, con l'intento di evitare possibili contrasti rilevanti⁹.

Si è trattato di "prassi virtuose", tese a rendere più efficiente un sistema fondato sulla spontaneità della rimessione delle questioni alle sezioni unite, sistema che presenta aspetti di inadeguatezza.

2. L'introduzione del vincolo del precedente

La legge 23 giugno 2017, n. 103 ha dettato nuove regole in materia di rapporti tra sezioni unite e sezioni semplici: il nuovo comma 1-bis dell'articolo 618 cpp introduce una rimessione "obbligatoria", che scatta ogni qual volta un collegio di una delle sezioni semplici ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite¹⁰.

Lo *stare decisis* è stato limitato alle sole sentenze delle sezioni unite.

Resta confermato il sistema che prevede due distinti percorsi attraverso cui le sezioni unite sono investite di un ricorso: il primo attivabile direttamente dal primo presidente (articolo 610, comma 2, cpp); il secondo, dalle sezioni (articolo 618 cpp), ed è in quest'ultimo caso che è stata aggiunta l'ipotesi della

rimessione obbligatoria, che scatta quando la sezione semplice non condivide il principio di diritto espresso dalle sezioni unite e applicabile al caso oggetto del ricorso: in tal caso, la sezione semplice è tenuta a rimettere la questione (articolo 618, comma 1-bis, cpp).

Il carattere obbligatorio della rimessione è dimostrato dalla lettera della norma che, a differenza del primo comma dell'articolo 618 cpp, non fa alcun riferimento alla possibilità di investire le sezioni unite («può con ordinanza rimettere il ricorso»), ma sembra prevedere come unica scelta la rimessione, ovviamente nel caso di non condivisione del principio («rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso»). È evidente come la novella del 2017 sia funzionale a un consolidamento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione attraverso il ruolo rafforzato che viene assegnato alle sezioni unite, le cui sentenze possono avere valore formale di precedente nei confronti delle altre sezioni penali della Corte di cassazione, a determinate condizioni ed entro certi limiti.

Tuttavia, va precisato che nomofilachia e vincolo del precedente presuppongono attività e scopi differenti: la prima implica un'attività di astrazione, che conduce dal fatto alla *regula iuris*, con l'obiettivo di assicurare l'uniformità dell'interpretazione e l'unità del diritto; il vincolo del precedente (dello *stare decisis*) comporta un percorso inverso, che si attua con la concretizzazione di una regola in rapporto a un particolare fatto ed è in funzione di assicurare la prevedibilità delle decisioni, nel rispetto del principio di uguaglianza. Si tratta di "fenomeni" diversi, sebbene

sequestri dovesse svolgersi nelle forme del rito non partecipato previsto dall'art. 611 cpp, superando il precedente orientamento secondo cui il procedimento si svolgeva nelle forme partecipate dell'art. 127 cpp (sez. unite, 17 dicembre 2015, n. 51207, Maresca, in *Cass. pen.*, 2016, 1396). La questione, poi, ha avuto un seguito, in quanto vi è stato l'intervento del legislatore che, con l'art. 1 della legge n. 103/2017, ha "ripristinato" la procedura partecipata di cui all'art. 127 citato.

8. Così, in tema di rescissione del giudicato *ex art. 625-ter* cpp, le cui prime interpretazioni avevano offerto soluzioni non consonanti sia in relazione alla applicabilità ai procedimenti definiti prima della sua entrata in vigore, sia rispetto alla procedura da osservarsi e all'individuazione del giudice a cui rivolgere la richiesta: ebbene, le sezioni unite sono state chiamate a pronunciarsi ai sensi dell'art. 610, comma 2, cpp e hanno stabilito l'inapplicabilità del nuovo istituto alle sentenze passate in giudicato prima della sua entrata in vigore, definendo la natura di impugnazione straordinaria del rimedio e la necessità che l'istanza sia proposta nella cancelleria del giudice di merito la cui sentenza è posta in esecuzione (sez. unite, 17 luglio 2014, n. 36848, Burba, in *Cass. pen.*, 2015, p. 561).

9. Il riferimento è alle questioni in tema di "pena illegale", in conseguenza della sentenza 25 febbraio 2014, n. 32 della Corte costituzionale, che aveva dichiarato l'illegittimità della disciplina normativa in materia di stupefacenti introdotta con il dl 30 dicembre 2005, n. 272, convertito dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, con cui si era modificato il dPR 9 ottobre 1990, n. 309. L'intervento delle sezioni unite è stato provocato in via preventiva, al fine di evitare il rischio di interpretazioni concorrenti, offrendo ai giudici di merito appigli sicuri (cfr. *Cass.*, sez. unite, 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, in *Foro it.*, 2015, IV, c. 718; *Cass.*, sez. unite, 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, *ivi*, 2016, IV, c. 134; *Cass.*, sez. unite, 26 febbraio 2015, n. 22471, Sebbar, *ivi*, 2015, IV, c. 635; *Cass.*, sez. unite, 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, in *Cass. pen.*, 2017, p. 166).

10. Non si è trattato di un'assoluta novità, in quanto una disposizione del tutto simile era contenuta nel progetto definitivo del codice di procedura penale del 1988, che all'art. 610-bis prevedeva, appunto, che le sezioni semplici dovessero uniformare le proprie decisioni ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite per dirimere un contrasto e che, in caso contrario, erano obbligate a rimettere il ricorso, esprimendo le ragioni del dissenso. Questa disposizione suscitò una serie di perplessità e non venne approvata dalla Commissione parlamentare, perché si ritenne che, in tal modo, si sarebbe introdotto nell'ordinamento il vincolo sia pur tendenziale del precedente, in grado, secondo alcuni, di interferire con la riserva di legge penale, con il principio della separazione dei poteri e con quello secondo cui i giudici sono soggetti solo alla legge. Obiezioni che sono state riproposte, puntualmente, nei confronti della legge del 2017.

strettamente connessi, in quanto è evidente che il vincolo del precedente rafforza la nomofilachia.

3. Aspetti critici della riforma

I pochi mesi trascorsi dall'introduzione, nell'ordinamento processuale penale, dell'obbligo di rimessione previsto dall'articolo 618, comma 1-bis, cpp non consentono di fare bilanci sugli effetti prodotti. Tuttavia, è possibile individuare alcuni interrogativi e punti critici che questa riforma pone.

3.1. Il rischio di una dimensione gerarchica delle sezioni unite

Un primo aspetto critico è stato ravvisato nel rischio che le sezioni unite vengano percepite come un organo gerarchico di vertice all'interno della Corte di cassazione, depositario delle scelte interpretative a scapito del ruolo delle sezioni semplici, che vedrebbero ancor più ridotto il loro contributo alla funzione nomofilattica¹¹.

A questo proposito, deve osservarsi che l'obbligatorietà della rimessione non determina il venir meno del "dialogo" all'interno della Corte di cassazione; semmai, cambiano i dialoganti: l'interlocuzione non avverrà più tra i collegi delle sezioni semplici attraverso le sentenze in cui saranno rappresentate le diverse interpretazioni, ma tra queste e le sezioni unite. In altri termini, le sezioni semplici per superare l'interpretazione sostenuta dalle sezioni unite dovranno "convincere" queste ultime e il mezzo è rappresentato dall'ordinanza di rimessione, che non avrà solo la funzione di deferire la questione, essendo a essa affidato il compito di argomentare in ordine alle ragioni per cui si ritiene che quella certa posizione debba essere superata. In questa procedura, in cui il presupposto è costituito dall'esistenza di un principio già enunciato

dalle sezioni unite, il contributo nomofilattico delle sezioni semplici passa attraverso l'argomentazione dell'ordinanza di rimessione, che a questi fini diventa fondamentale, in quanto può consentire al sistema di rinnovarsi, evitando la cristallizzazione dei principi, nella piena considerazione del divenire della giurisprudenza e nel rispetto del precedente.

3.2. La mancata previsione di sanzioni in caso di omessa rimessione della questione

È stato anche evidenziato, come una contraddizione del nuovo sistema, il fatto che l'obbligatorietà della rimessione non è assistita da alcuna sanzione in caso di sua inosservanza¹².

Si tratta di una scelta del tutto condivisibile, in quanto l'eventuale previsione di sanzioni di qualsiasi natura, processuale ovvero disciplinare, sarebbe stata estranea al sistema e, soprattutto, al "dialogo" tra le sezioni della Corte di cassazione, tenuto conto che un modulo organizzativo che contempra il meccanismo di rimessione obbligatoria non ha bisogno, per funzionare, di controlli, ma di una condivisione di carattere culturale, che riconosca finalmente il valore del precedente, seppure limitato all'interno del giudizio di legittimità¹³. La Corte di cassazione è istituito «affidato all'esperienza di coloro che cooperano al suo funzionamento, più che alle norme di diritto che lo disciplinano»¹⁴, sicché, in questa materia, il rapporto tra sezioni semplici e sezioni unite deve stabilirsi su basi "partecipative", non "coattive". Peraltro, non sembra neppure ipotizzabile la previsione di una nullità o, in genere, di una qualsiasi forma di invalidità della sentenza che non abbia rimesso la questione alle sezioni unite, così come appare irrealistica l'ipotesi di una responsabilità disciplinare (in capo al collegio?)¹⁵, in quanto si tratta di scelte che alla base hanno un'attività interpretativa, quella di riconoscere o meno l'esistenza di un principio di

11. Cfr. R. Aprati, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. Marandola e T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 278, preoccupata del rischio di un irrigidimento del sistema, in quanto le scelte sul se confermare la precedente interpretazione ovvero superarla spettano esclusivamente alle sezioni unite. Inoltre, si veda C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, pp. 2300 ss., secondo cui la riforma dell'art. 618 cpp assegna alle sezioni unite un vero e proprio ruolo di vertice in senso gerarchico all'interno della Corte di cassazione. Sottolinea una fisionomia maggiormente gerarchica della cassazione anche L. Ludovici, *Il giudizio di cassazione dopo la c.d riforma Orlando*, in Baccari – Bozano – La Regina – Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Cedam, Padova, 2017, p. 445.

12. Cfr. R. Aprati, *Le sezioni unite*, op. cit., p. 278.

13. *Contra*, C. Iasevoli, *Le nuove prospettive*, op. cit., p. 2301, la quale sostiene che una sentenza pronunciata dalle sezioni semplici, in contrasto con un principio di diritto enunciato dalle sezioni unite e in violazione dell'obbligo di rimessione, sia da considerare abnorme, in quanto emessa in difetto di potere.

14. Così, V. Andrioli, *Diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1979, p. 866.

15. La proposta di prevedere un'ipotesi di illecito disciplinare è stata avanzata durante i lavori della legge, ma opportunamente abbandonata.

diritto già enunciato dalle sezioni unite¹⁶. L'apprezzamento dell'esistenza di un principio di diritto e dell'esistenza di un possibile contrasto è una valutazione che contiene un ineliminabile margine di discrezionalità tecnica, difficile da sindacare, sebbene la stessa giurisprudenza abbia indicato i criteri-guida da utilizzare, sostenendo che presupposto indispensabile per la rimessione di una questione è che l'assoluta inconciliabilità fra le diverse affermazioni di principio emerga, *ictu oculi*, dalla comparazione fra determinate massime, escludendo la mera possibilità che una certa pronuncia si riveli incompatibile con una delle interpretazioni – o delle implicazioni – che sia lecito attribuire a un'altra¹⁷.

3.3. L'enunciazione del principio di diritto

Si è posta l'ulteriore questione su cosa debba intendersi per «principio di diritto enunciato», cui si riferisce l'articolo 618, comma 1-*bis*, cpp.

Secondo alcuni, il principio vincolante è solo quello con cui le sezioni unite risolvono la questione oggetto della rimessione. Tuttavia, alle sezioni unite non viene devoluta solo la specifica questione su cui è sorto il contrasto, ma la rimessione ha ad oggetto l'intero ricorso. Nel processo penale non è prevista la possibilità che il ricorso sia definito solo in parte, come è invece previsto nel diverso sistema del processo civile, in cui è possibile distinguere motivi di ricorso di competenza delle sezioni semplici e motivi di ricorso di competenza delle sezioni unite (articolo 142, disp. att., cpc). Del resto, è la stessa giurisprudenza delle sezioni unite penali a chiarire che a esse compete la decisione dell'intero ricorso e non solo del motivo attinente alla questione che ha suscitato il contrasto giurisprudenziale, anche in considerazione del fatto che l'ordinanza di rimessione ha natura sostanzialmente amministrativa e non giurisdizionale¹⁸.

Pertanto, se nella sentenza sono affermati anche principi estranei alla questione controversa, non vi è ragione per ritenere che non debbano rientrare nell'ambito della previsione dell'articolo 618, comma 1-*bis*, cpp. Del resto, l'articolo 173, comma 3, disp. att. cpp collega il principio di diritto alla decisione assunta dalle sezioni unite, per cui tutti i principi sui quali si basa la decisione devono essere enunciati e, in quanto collegati alla decisione, devono ritenersi idonei a obbligare le sezioni semplici alla rimessione, qualora non li condividano¹⁹.

Va comunque riconosciuto il rischio di una certa opinabilità nel cogliere i principi di diritto su cui si basa la decisione, anche in considerazione del collegamento con l'attività della massimazione ufficiale delle sentenze da parte dell'ufficio della Corte di cassazione a ciò preposto, sicché non è escluso che l'individuazione di tali principi, attenendo anche al campo dell'interpretazione, possa dar luogo a incertezze applicative tanto più rilevanti in quanto vi saranno ricadute sugli ambiti entro cui le sezioni semplici potranno pronunciarsi. È quindi auspicabile che, in linea con il maggior peso attribuito alle decisioni delle sezioni unite, le relative sentenze indichino in maniera puntuale, specifica e formale i principi di diritto ritenuti rilevanti ai sensi dell'art. 618, comma 1-*bis*, cpp. Tale indicazione dovrebbe essere frutto di una espressa decisione collegiale, eventualmente assunta utilizzando la procedura di lettura e approvazione della motivazione prevista dall'articolo 617, comma 3, cpp.

Deve, infine, ritenersi scontato che le considerazioni aventi natura esplicativa della *ratio decidendi* e le argomentazioni, anche giuridiche, meramente strumentali al ragionamento che porta alla decisione non possono essere considerati principi di diritto rilevanti ex articolo 618, comma 1-*bis*, cpp. Stesso discorso, anche se più complesso, vale per gli *obiter dicta* contenuti nella decisione²⁰. Come noto, si tratta

16. Secondo R. Aprati, *Le sezioni unite*, op. cit., p. 278, che esclude che la violazione dell'obbligo di rimessione possa determinare casi di invalidità oppure configurare un illecito disciplinare, la disposizione contenuta nell'art. 618, comma 1-*bis*, cpp rientrerebbe nell'ambito delle norme tabellari regolative della distribuzione dei singoli processi alle sezioni, ma anche in questo caso la violazione di tale regola non condurrebbe mai alla sanzione di nullità, «prevista solo nel caso estremo in cui siano stravolti nel caso di specie i canoni costituzionali della pre-costituzione per legge del giudice naturale».

17. Cass., sez. VI, 24 marzo 1993, n. 865, Morabito, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, p. 587.

18. Cfr. Cass., sez. unite, 21 settembre 2000, n. 17, Primavera, in *Ced.*, n. 216660 e Cass., sez. unite, 25 ottobre 2002, n. 41476, Misiano, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 44.

19. In termini contrari, R. Aprati, *Le sezioni unite*, op. cit., 294, secondo cui l'art. 618, comma 1-*bis*, cpp si riferisce solo al principio di diritto connesso alla questione sottoposta alle sezioni unite, «nel loro ruolo di sezioni unite».

20. Cfr. R. Aprati, *Le sezioni unite*, op. cit., p. 295, la quale precisa che sono principi di diritto anche quelli «strettamente pregiudiziali al principio di diritto principale» e, in genere, tutti quelli «che riguardano l'interpretazione delle norme necessarie per risolvere il quesito principale», comprese le cd. «generalizzazioni», cioè quelle operazioni interpretative «attraverso cui la decisione individuale viene ricondotta sotto una norma generale destinata ad applicarsi non solo nei casi uguali ma anche in quelli simili o assimilabili». Sebbene l'Autrice muova dalla considerazione, non condivisibile, che i principi di diritto rilevanti ex art. 618, comma 1-*bis*, cpp siano solo quelli

di affermazioni che spesso danno luogo a veri e propri principi di diritto, ma che non riguardano direttamente la decisione, né sono a questa necessariamente strumentali o pregiudiziali, per cui difettando il rapporto con la pronuncia non possono rientrare nella nozione di «principio di diritto» cui si riferisce l'articolo 618, comma 1-bis, cpp.

3.4. L'ambito di applicazione intertemporale del principio vincolante

Un'altra questione attiene alla portata applicativa della riforma: se, cioè, il vincolo del precedente delle sezioni unite debba riferirsi solo alle pronunce successive alla legge n. 103 del 2017 o anche alle sentenze anteriori. Sul punto, si segnala un intervento delle sezioni unite, che in un passaggio della motivazione di una recente sentenza hanno sostenuto che «il disposto dell'articolo 618, comma 1 bis, trova applicazione anche con riferimento alle decisioni intervenute (...) precedentemente all'entrata in vigore della nuova disposizione», spiegando che il tenore generale della norma e la sua *ratio* ispiratrice «consentono di ritenere, in mancanza tra l'altro di una apposita disciplina di carattere intertemporale, applicabile sin da subito la nuova disposizione posto che il valore di precedente vincolante, tale da imporre obbligatoriamente alla sezione semplice la rimessione del ricorso, è identificabile con la sola peculiare fonte di provenienza della decisione, indipendentemente dalla collocazione temporale di quest'ultima, se cioè *ante* o *post* riforma»²¹.

3.5. Vincolatività del principio di diritto e compatibilità con la Costituzione

Le critiche più radicali nei confronti dell'introduzione del principio del precedente vincolante sono quelle che ne mettono in dubbio la compatibilità con la Costituzione.

Deve ribadirsi che si tratta di un vincolo "relativo", non assoluto, peraltro interno alla Corte di cassazione, caratteristiche che consentono di poter escludere che la nuova disciplina sia in contrasto con il principio di riserva di legge e con l'altro principio costituzionale della soggezione del giudice soltanto alla legge. Le sezioni semplici non sono obbligate ad allinearsi alle decisioni assunte dalle sezioni unite, perché l'obbligo riguarda solo la necessità di rimettere il ricorso in caso di *dissenting opinion*; per la sezione semplice vi sarà sempre la possibilità di distinguere il caso da decidere

rispetto al precedente stabilito dalle sezioni unite, con la conseguenza che, là dove i casi siano diversi, la sezione semplice non si conformerà al precedente.

Non sembra che l'obbligatorietà della rimessione finisca per determinare «un quasi monopolio» sull'interpretazione in favore delle sezioni unite: innanzitutto, perché non sono sovraordinate alle altre sezioni e ad esse non è riconosciuta alcuna autonomia istituzionale esterna, ma soprattutto perché *l'obbligatorietà della rimessione non deve essere intesa come una limitazione all'interpretazione ovvero come un meccanismo burocratico, bensì come un momento di dialogo paritario tra sezioni della Corte di cassazione nella costruzione, condivisa, del precedente*.

Non vi è alcuna limitazione nell'attività interpretativa delle sezioni semplici. Semmai, si realizza una sorta di procedimentalizzazione del "dissenso" rispetto all'interpretazione contenuta in una decisione delle sezioni unite, nel senso che il superamento del precedente non condiviso passa attraverso la devoluzione della questione. Tale procedura può portare alla conferma del precedente, qualora le sezioni unite resistano alla *dissenting opinion*, oppure alla svolta interpretativa, nel caso in cui vengano recepiti, in parte o in tutto, gli argomenti portati dalle sezioni semplici. Tanto più il dissenso sarà adeguatamente motivato, per mezzo dell'ordinanza di rimessione, tanto maggiori saranno le possibilità di ottenere la "svolta" giurisprudenziale. La rimessione obbligatoria contribuisce al rafforzamento ovvero alla creazione del precedente.

In questo modo, la disciplina della legge n. 103 del 2017 può riuscire a contenere il sorgere dei contrasti giurisprudenziali all'interno della Corte di cassazione, attribuendo una maggiore stabilità alle decisioni delle sezioni unite, facendo partecipare le sezioni semplici alla crescita del diritto e allo sviluppo della giurisprudenza, nell'ambito di una procedura interna alla Corte che, attraverso il dialogo tra tutte le sezioni, conduca all'emersione dialettica dell'interpretazione rilevante ai fini dello *jus constitutionis*.

4. Le prime applicazioni

Il valore del meccanismo previsto dall'articolo 618, comma 1-bis, cpp sembra sia stato immediatamente compreso dalle sezioni semplici. Un esempio è offerto dalla ordinanza del 30 novembre 2017 della terza sezione penale, che ha rimesso alle sezioni unite un ricorso avente ad oggetto il delitto di pornografia mi-

collegati alla questione devoluta alle sezioni unite, tuttavia si osserva che i principi pregiudiziali possono rilevare nella misura in cui abbiano una loro autonomia operativa, mentre nessun dubbio sorge per quanto riguarda le cd. "generalizzazioni", a condizione che assumano la struttura e la funzione del principio di diritto.

21. Cfr. Cass., sez. unite, 19 aprile 2018, n. 36072, Botticelli, in *Ced*, n. 273549.

norile di cui all'articolo 600-ter, comma 1, n. 1), cp, con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico: la rimessione è stata giustificata, espressamente, dalla opportunità di superare un precedente del 2000 in cui le sezioni unite avevano sostenuto che per l'integrazione del reato fosse necessario l'accertamento del pericolo di diffusione del materiale pedopornografico²². L'ordinanza ha motivato in modo articolato le ragioni per le quali questa interpretazione della norma penale andava superata, evidenziando come l'impostazione della sentenza del 2000 non trovasse più riscontro nel contesto normativo, anche a seguito della decisione quadro n. 68 del 22 dicembre 2003 e della legge n. 38 del 2006, attuativa di strumenti internazionali in materia: le sezioni unite, recependo in gran parte le indicazioni contenute nell'ordinanza, hanno superato il loro stesso precedente, escludendo la necessità dell'accertamento del pericolo di diffusione del materiale pedopornografico²³.

In un altro caso, la quarta sezione penale²⁴ ha utilizzato la rimessione ai sensi dell'articolo 618, comma 1-bis, cpp per superare il principio enunciato dalle sezioni unite nel 1992, secondo cui, una volta ritenuta la continuazione tra più reati, il trattamento sanzionatorio originariamente previsto per i reati satellite non esplica più alcuna efficacia, dovendosi solo aumentare la pena prevista per la violazione più grave, senza che rilevi la qualità della pena prevista per i reati posti in continuazione²⁵. Anche in questa occasione, le sezioni unite hanno modificato l'orientamento tradizionale affermando un principio innovativo secondo cui, recependo, seppure in parte, le sollecitazioni della quarta sezione, nel caso di continuazione tra reati puniti con pene eterogenee «l'aumento di pena per il reato satellite va comunque effettuato secondo il criterio della pena unitaria progressiva per moltiplicazione, rispettando tuttavia, per il principio di legalità della pena e del *favor rei*, il genere della pena previsto per il reato satellite, nel senso che l'aumento della pena detentiva del reato più grave andrà ragguagliato a pena pecuniaria ai sensi dell'art. 135 cp»²⁶.

Ancora, la terza sezione²⁷ ha rimesso la questione relativa alla necessità o meno di motivare il sequestro probatorio delle cose costituenti corpo di reato,

rimessione funzionale al superamento del principio, non condiviso, espresso dalle sezioni unite nel 2004²⁸. In questo caso, le sezioni unite hanno ribadito il principio messo in discussione, riaffermando la necessità di una adeguata motivazione²⁹.

Le vicende menzionate, oltre ad essere un esempio di come il nuovo sistema inizi a funzionare, dimostrano che le sezioni semplici non subiscono limitazioni alla loro attività interpretativa, ma anzi possano contribuire allo sviluppo e al rinnovamento del diritto anche attraverso l'attivazione motivata della rimessione. Peraltro, l'esito dei primi due casi citati, sebbene non significativo statisticamente, tranquillizza sul funzionamento del sistema a precedente vincolante, in quanto nella specie è stato evitato il rischio di una limitazione indebita di un appropriato sviluppo del diritto, dal momento che le sezioni unite hanno accolto le tesi delle sezioni rimettenti aventi ad oggetto temi delicati e su cui vi erano state pronunce importanti, fino ad arrivare a un coraggioso ripensamento sul tema della continuazione di reati con pene eterogenee, smentendo una giurisprudenza assolutamente consolidata. Resta scontato che le sezioni unite hanno superato i loro precedenti avendo ravvisato serie ragioni e congrui motivi, alcuni indicati dalle ordinanze di rimessione: d'altra parte, se è vero che un rigido rispetto del precedente rischia di determinare un conformismo interpretativo, è anche vero che un precedente delle sezioni unite, avendo comunque una grande autorevolezza e importanza, deve essere messo in discussione solo in presenza di seri e argomentati motivi. Nel terzo esempio citato, le sezioni unite non hanno ritenuto di superare il precedente sull'obbligo di motivazione del sequestro probatorio, ribadendo un orientamento consolidato, funzionale ad assicurare un giusto equilibrio tra la finalità processuale e il rapporto di proporzionalità della misura adottata.

5. Natura relativa della vincolatività del precedente

Deve riconoscersi che le modifiche apportate all'articolo 618 cpp sono funzionali a un potenzia-

22. Sez. unite, 31 maggio 2000, n. 13, Bove, in *Ced*, n. 216337.

23. Sez. unite, 31 maggio 2018, n. 51815, Mordino.

24. Sez. IV, ord. 20 marzo 2018, n. 16104, Giglia.

25. Sez. unite, 27 marzo 1992, n. 4901, Cardarilli, in *Ced*, n. 191129.

26. Sez. unite, 21 giugno 2018, n. 40983, Giglia, in *Ced*, n. 273751.

27. Sez. III, ord. 1° dicembre 2017, n. 3677, Botticelli.

28. Sez. unite, 28 gennaio 2004, n. 5876, Ferazzi, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 11, p. 24.

29. Sez. unite, 19 aprile 2018, n. 36072, Botticelli, in *Ced*, n. 273549.

mento delle sezioni unite: infatti, esse saranno chiamate più spesso a intervenire per risolvere contrasti interpretativi e, soprattutto, le pronunce emesse sono destinate ad acquistare una maggiore stabilità, per effetto del meccanismo della rimessione “obbligatoria”. Il legislatore del 2017 si è mosso nella direzione di una valorizzazione della vocazione nomofilattica della Corte di cassazione. In ogni caso, il funzionamento del sistema ispirato al principio del precedente dipenderà dalla concreta applicazione che verrà data alla disposizione sull’obbligo di rimessione delle questioni alle sezioni unite. L’art. 618, comma 1-bis, cpp ha una funzione conformativa, perché costringe le sezioni semplici a confrontarsi continuamente con la giurisprudenza delle sezioni unite, che può essere superata solo aprendo un “dialogo” con queste ultime, attraverso il procedimento di devoluzione della questione.

Peraltro, i benefici che possono derivare in termini di certezza del diritto non sono confinati nell’ambito della Corte di cassazione, ma sono destinati a estendersi anche nella giurisdizione di merito, che potrà confrontarsi con una giurisprudenza di legittimità in grado, rispetto al passato, di assicurare meglio l’uniformità e la stabilità della giurisprudenza nella misura in cui risulti recuperata la funzione nomofilattica.

La disciplina introdotta con la novella dell’articolo 618 cpp delinea un sistema basato su un modello *soft* di precedente a vincolatività relativa, il quale, nel porre al centro il ruolo delle sezioni unite, riconosce all’intera Corte di cassazione la vocazione naturale di fare nomofilachia, sul presupposto – tutto da verificare – che i giudici di cassazione sappiano nutrirsi della “cultura del precedente”³⁰.

6. Precedente vincolante e conseguenze dei mutamenti giurisprudenziali

Se si ritiene che questa riforma abbia posto le basi verso un sistema del precedente, seppure inteso

in senso relativo ovvero *light*, allora assume un certo rilievo il tema del cd. *prospective overruling*. Invero, sebbene il tema non sia necessariamente connesso al “precedente vincolante”, tuttavia con esso acquista una spiccata rilevanza: infatti, nella misura in cui le pronunce delle sezioni unite diventano ancor più autorevoli e importanti per effetto del vincolo, si pone il problema di cosa succeda ogni qual volta la sentenza delle sezioni unite attui una svolta giurisprudenziale. In altri termini, più un sistema tende ad assicurare maggiore uniformità alla giurisprudenza, più il mutamento giurisprudenziale finisce per avvicinarsi a una modifica legislativa, con tutte le incongruenze che possono verificarsi. Da un lato, il sistema del precedente vincolante è funzionale ad assicurare la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e, quindi, a offrire al cittadino la possibilità di conoscere le conseguenze delle libere scelte di azione; dall’altro, ogni mutamento di giurisprudenza mette in crisi l’affidamento del cittadino che abbia posto in essere l’azione prima dell’*overruling* confidando in una certa reazione del diritto. Infatti, la nuova regola indicata dalla decisione troverà applicazione non solo nel futuro, ma anche rispetto a quelle condotte già realizzate.

Insomma, si tratta di capire se siano praticabili soluzioni in base alle quali la svolta giurisprudenziale possa operare solo per il futuro in tutti quei casi in cui l’*overruling* determini effetti *contra reum*. Peraltro, ulteriori problemi derivano anche dai mutamenti di giurisprudenza *pro reo*, in particolare sulla attitudine degli *overruling* favorevoli ad avere effetti sul giudicato di condanna.

Il tema è complesso, in quanto coinvolge il dibattito sulla natura della giurisprudenza quale fonte creatrice del diritto e sul rapporto concorrenziale tra legge e decisione giudiziaria, sicché in questa sede può solo essere accennato, limitandosi a dare conto di come la Corte di cassazione penale lo stia affrontando³¹.

Nel 2010 le sezioni unite hanno ritenuto, tra l’altro, che la svolta giurisprudenziale autorevole, a situazione di fatto invariata, costituisce *ius novum*

30. Su valore del precedente in materia penale, si veda A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale – Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999; dello stesso Autore, *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Indice pen.*, 2014, pp. 26 ss. Nonché, G. Fiandaca, *Il diritto penale fra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002; O. Di Giovine, *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006; G. Canzio, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, pp. 305 ss.; inoltre, V. Manes, *Common Law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 151; V. Manes, *Dalla “fattispecie” al “precedente2: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Cass. pen.*, 2018, pp. 2222 ss.; F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. Paliero (a cura di), *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, 213 ss.; M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, 2017, pp. 77 ss.

31. Nella dottrina penalistica, sul tema dell’*overruling*, si veda A. Cadoppi, *Il valore del precedente*, op. cit., pp. 325 ss.; S. Riondato, *Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica. Per l’analisi della decisione del caso*, Cedam, Padova, 2000, pp. 239 ss.; M. Vogliotti, *Le metamorfosi dell’incriminazione. Verso un*

sostanzialmente equiparabile a una modifica legislativa³². Si è trattato di una decisione particolarmente innovativa, che ha posto a base del suo ragionamento la necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona, in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui articolo 7, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale³³.

Nello stesso periodo, le sezioni unite civili si sono assestate su posizioni di maggior cautela, in quanto, pur riconoscendo effetti processuali all'*overruling*, si sono basate sulla natura dichiarativa del precedente giudiziario, di cui non hanno riconosciuto la dimensione creativa³⁴.

Tuttavia, lo slancio in avanti delle sezioni unite penali ha subito, nel 2010, una battuta di arresto a seguito dell'intervento della Corte costituzionale che, con la decisione n. 230 del 2012, ha perentoriamente escluso ogni possibilità di accostamento tra legge e giurisprudenza e, richiamandosi agli articoli 25 e 101 Cost., ha negato che il diritto vivente abbia una funzione equiparabile a quella della legge. Nel caso di specie, la Corte costituzionale ha ritenuto la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 673 cpp nella parte in cui non prevede la possibilità di revoca del giudicato per effetto del mutamento di giurisprudenza, operato con una pronuncia delle sezioni unite, che aveva escluso la rilevanza penale di condotte in precedenza ritenute costituenti reato.

Recentemente, la seconda sezione della Corte di cassazione, di fronte all'*overruling pro reo* operato dalle sezioni unite con la decisione *Paternò* in materia di misure di prevenzione – che ha escluso la configurabilità del reato previsto dall'articolo 75 d.lgs 6 settembre 2011, n. 159 per le violazioni delle

generiche prescrizioni imposte con la misura della sorveglianza speciale relative all'*honeste vivere* e al rispetto delle leggi dello Stato³⁵ –, ha fatto rigorosa applicazione dei principi affermati dalla sentenza costituzionale n. 230 del 2012. La seconda sezione ha, infatti, riconosciuto che il mutamento giurisprudenziale con cui le sezioni unite *Paternò* hanno, di fatto, decretato l'abrogazione giurisprudenziale della norma penale, limitatamente alle violazioni delle prescrizioni generiche, non è in grado di incidere sul giudicato delle sentenze di condanna già pronunciate, in quanto, non possedendo i caratteri propri della legge, non è idoneo a esplicare effetti abrogativi equiparabili agli interventi legislativi ovvero delle sentenze costituzionali sui reati. Conseguentemente, è stata sollevata questione di costituzionalità dell'art. 75 citato, ritenuto in contrasto con gli articoli 25 e 117 Cost. nonché con l'articolo 7 Cedu, nella parte in cui punisce le condotte violative dell'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi³⁶.

La sentenza costituzionale n. 230 del 2012 ha operato una definita chiusura rispetto al riconoscimento dell'*overruling* giurisprudenziale favorevole, negando ad esso la capacità di travolgere il principio di intangibilità della *res iudicata* e così valorizzando l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti.

Tuttavia, vi è chi ha letto nella stessa sentenza un'apertura a favore dell'irretroattività del *revirement* giurisprudenziale sfavorevole³⁷. Seppure vi è stata tale apertura, non sembra sia stata colta dalla giurisprudenza.

Invero, le problematiche connesse al *prospective overruling* sono state affrontate in qualche decisione della Corte di cassazione civile, in cui si è avvertita l'esigenza di evitare che il mutamento di giurisprudenza possa arrecare un pregiudizio al diritto di difesa della parte che abbia fatto affidamento su un preesistente diritto vivente³⁸, mentre la Cassazione penale, dopo

nuovo paradigma per il campo penale?, in *Pol. dir.*, 2001, pp. 633 ss.; A. Balsamo, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una nuova frontiera del processo di europeizzazione del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2202 ss.; M. Meloni, *Il ruolo del precedente nella Corte di cassazione*, in G. Cocco (a cura di) *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Cedam, Padova, 2005, pp. 181 ss.

32. Sez. unite, 21 ottobre 2010, n. 18288, Beschi, in *Ced*, n. 246651, secondo cui il mutamento di giurisprudenza a opera delle sezioni unite della Corte di cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata.

33. Tra le tante, cfr. Corte Edu, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*; Corte Edu (Grande Camera), 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*; Corte Edu (Grande Camera), 12 febbraio 2018, *Kafkaris c. Cipro*.

34. Sez. unite civ., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, 12, 3343, con nota di R. Caponi: *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*.

35. Sez. unite, 27 aprile 2017, n. 40076, *Paternò*, in *Ced*, n. 270496.

36. Sez. II, ord. 11 ottobre 2017, n. 49194, Sorresso.

37. A. Cadoppi, *Il valore del precedente*, *op. cit.*, pp. 327 ss.

38. La già citata sez. unite civ., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Ced*, n. 617905, ha affermato che, per potersi parlare di *prospective overruling*,

l'introduzione dell'art. 618, comma 1-bis, non ha avuto modo di confrontarsi seriamente con il tema.

In realtà, l'argomento si è riproposto nella già menzionata sentenza *Mordino*, in cui le sezioni unite, chiamate a risolvere il quesito sulla necessità di accertare il pericolo di diffusione del materiale pedopornografico ai fini della configurabilità del reato di cui all'articolo 600-ter, comma 1, n. 1), cp, hanno risposto in termini negativi, in questo modo superando un orientamento precedente espresso dalle stesse sezioni nel 2000³⁹ e, così, ampliando il campo applicativo del reato connesso a condotte di produzione di materiale pedopornografico⁴⁰. In questo caso, però, i giudici hanno escluso che si trattasse di un *overruling in malam partem* in base alla considerazione che il pericolo di diffusione del materiale pornografico realizzato utilizzando minorenni deve ritenersi generalizzato e facilitato dai moderni sistemi di tecnologia informatica applicata, con la conseguenza che «l'esclusione di tale pericolo quale presupposto per la sussistenza del reato non determina in concreto un ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie penale, essendo completamente mutato il quadro sociale e tecnologico di riferimento ed essendo parallelamente mutato anche il quadro normativo sovranazionale e nazionale».

Quindi, le sezioni unite si sono poste il problema dell'*overruling*, ma lo hanno risolto in termini negativi nel momento in cui hanno ritenuto che la diversa interpretazione della norma penale fosse la conseguenza del mutato "quadro sociale e tecnologico", in cui la riproducibilità e trasmissibilità di immagini e video, a differenza di quanto accadeva all'epoca della precedente decisione del 2000, può seguire imme-

diatamente la stessa produzione per mezzo dell'uso di cellulari, *smartphone*, *tablet* e *computer* dotati di fotocamere e connessione a *internet*.

Il semplice fatto che, nella sentenza *Mordino*, si sia comunque accennato al tema dell'*overruling* consente di ritenere che le problematiche e le conseguenti soluzioni attinenti agli effetti dei mutamenti di giurisprudenza *in malam partem* siano solo rinviate.

Per ora, le soluzioni che sono state individuate nel dibattito culturale, originato soprattutto dalle spinte della giurisprudenza europea⁴¹, sono sostanzialmente due:

- a) l'accoglimento del *prospective overruling* con la previsione che la sentenza con cui le sezioni unite mutano la precedente giurisprudenza debba contenere una sorta di clausola che limiti solo al futuro gli effetti dei mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*, in questo modo estendendo, di fatto, l'operatività dell'art. 2 cp⁴²;
- b) il ricorso all'articolo 5 cp, così come interpretato dalla sentenza costituzionale n. 364 del 1988, sulla scusante dell'*ignorantia legis* inevitabile⁴³.

Si tratta di due soluzioni alternative, ma concorrenti nell'obiettivo di evitare condanne retroattive di cittadini che hanno fatto affidamento su un assetto del diritto in un certo momento storico.

Probabilmente, la scelta tra queste due opzioni (ma non sono escluse terze soluzioni) impegnerà la Corte di cassazione nei prossimi tempi, in direzione di una maggiore prevedibilità delle decisioni basata sulla cultura del precedente e di una maggiore garanzia per l'affidamento del cittadino.

devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: a) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; b) che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; c) che il suddetto *overruling* comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte. In senso conforme, sez. lav., 27 dicembre 2011, n. 28967, in *Ced*, n. 620029; sez. lav., 11 marzo 2013, n. 5962, in *Ced*, n. 625840; inoltre, cfr. sez. unite civ., 6 novembre 2014, n. 23675, in *Ced*, n. 632844. Recentemente è stata rimessa alle sezioni unite civili una questione con cui si chiede di estendere il concetto di *prospective overruling* anche alla legge sostanziale (sez. I civ., ord. 2 agosto 2018, n. 20472).

39. Sez. unite, 31 maggio 2000, Bove, in *Ced*, n. 216337.

40. Sez. unite, 31 maggio 2018, n. 51815, *Mordino*.

41. Cfr. M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 98 ss.

42. Su questa opzione insiste A. Cadoppi, *Il valore del precedente*, op. cit., p. 323.

43. Cfr. F. Viganò, *Il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2016, (www.penalecontemporaneo.it/d/5118-il-principio-di-prevedibilita-della-decisione-giudiziale-in-materia-penale), il quale sottolinea l'opportunità di un ricorso maggiore, da parte della giurisprudenza, all'art. 5 cp, anche come risposta alle conseguenze dei mutamenti di giurisprudenza.