

DARIO MICHELETTI

LE FONTI DI COGNIZIONE DEL DIRITTO VIVENTE ^(*)

SOMMARIO: 1. La duplice angolazione della giurisprudenza di legittimità. – 2. Il carattere discrezionale, nel nostro ordinamento, delle fonti di cognizione del diritto giurisprudenziale e le peculiari funzioni “normative” attribuite all’Ufficio del Massimario. – 3. Tre ipocrisie, da superare, in materia di massimazione. - 3.1. Il supposto carattere tecnico dei compiti attribuiti all’Ufficio del Massimario. - 3.2. L’ipotetico ruolo di supplenza della pubblicistica giuridica. - 3.3. L’astratta funzione mnemonica delle massime. – 4. I criteri di selezione delle sentenze da massimare nel Decreto del Primo Presidente della Cassazione del 4 marzo 2011. – 5. I criteri di individuazione e di redazione delle massime nel Decreto Lupo. – 6. Taluni inconvenienti della “massima-principio” rispetto alla “massima-argomento”. – 7. Taluni inconvenienti della concretezza e specificità delle massime. – 8. Due brevi chiarimenti conclusivi.

1. *La duplice angolazione della giurisprudenza di legittimità*

Le funzioni attribuite alla Corte di Cassazione dall’art. 65 ord. pen. assumono per loro natura una duplice portata e con ciò un’incipiente angolazione.

Da un lato, il giudizio di legittimità si traduce in un controllo sull’operato del singolo giudice e del suo provvedimento, acquisendo così una valenza infraprocedimentale e retrospettiva – salvo beninteso l’aspetto propulsivo derivante dall’eventuale annullamento con rinvio. Dall’altro, le sentenze di legittimità, prefiggendosi di raggiungere «*l’uniforme interpretazione della legge*», ed esprimendo così una posizione giuridica che lo stesso organo, per coerenza, non potrà che riproporre nei successivi analoghi casi, rivestono una portata extraprocedimentale, di carattere generale e prospettico, assimilabile (secondo la prevalente dottrina) alla funzione normativa¹.

Tale duplicità incide profondamente sul contenuto delle sentenze di legittimità, nelle cui motivazioni – se si eccettuano le decisioni della VII Sezione – si colgono sempre almeno due registri linguistici. Direttamente la pronuncia è statuizione tra le parti, *quid decisum*. Mediamente essa è “annuncio di giurisprudenza futura”, affermazione di una linea interpretativa replicabile nei successivi giudizi aventi per oggetto fattispecie concrete similari e non. Le due linee motivazionali sono nondimeno caratterizzate da diseguale efficacia, giac-

* Il lavoro riproduce l’intervento svolto all’Incontro di studio *La struttura della motivazione penale e il valore del precedente*, svoltosi a Roma dall’1 al 3 ottobre 2012.

¹ Così, per tutti, A. ARNIO, *I precedenti e la loro validità*, in *Ragion pratica*, 1996, 12 s., 18; nonché in argomento di recente F. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. impr.*, 2012, 77 ss.

ché la statuizione intraprocessuale è vincolante per le parti, mentre quella extraprocessuale è affidata al valore del precedente, che nel nostro ordinamento – come ha ribadito anche di recente la Corte costituzionale² – non può avere efficacia *erga omnes*, ma costituisce (“solo”) un vincolo argomentativo per i giudizi a venire³.

Eppure, l’ovvia consapevolezza di questa duplicità prospettica e funzionale incide profondamente sulla struttura delle sentenze della Corte di cassazione, quanto nessun’altre caratterizzate da un’alta densità di argomenti giuridici enunciati in termini generali ed astratti, tanto pertinenti al caso di specie quanto proiettati, al pari delle autentiche disposizioni, nel futuro ordinamentale. Prova ne sia che – stando alla teoria del diritto vivente⁴ – questi *dicta* riguarderebbero, non solo i giudici, ma anche la collettività chiamata a desumere la reale portata di una legge più dalla sua reale applicazione pratica che non dal testo normativo. Sino al punto che, nelle più recenti esasperazioni di questa tesi, una giurisprudenza di legittimità *contra legem*, se ottusamente ribadita, può giungere a correggere *in malam partem* il tenore letterale di una disposizione incriminatrice⁵.

Occorre quindi prendere atto – senza potere in questa sede indugiare su simili derive – che la Cassazione è l’unica istituzione giuridica che per un verso “giudica” e per l’altro “norma”: ovvero “norma mentre giudica”, ponendo così il problema, specificamente oggetto del presente lavoro, della *accessibilità*, *conoscibilità* e, ancor prima, della *determinabilità* di questa peculiare “fonte del diritto”⁶.

² Cfr. Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, con commento di V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *www.penalecontemporaneo*.

³ In argomento fra gli altri A.A. PECZENIK, *Sui precedenti vincolanti de facto*, in *Ragion pratica*, 1996, 35 ss. Sul tendenziale avvicinamento del vincolo del precedente al sistema incentrato sullo *stare decisis* v. però, fra i molti, M. TARUFFO, *Per un’analisi comparata del precedente giudiziario*, in *Ragion pratica*, 1996, 55 ss.; U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. civ.*, 1996, XIV, 148 ss.; R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 279 ss.

⁴ Cfr. fra gli altri S. EVANGELISTA - G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82 ss.

⁵ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. Un., 12 settembre 2012, n. 34952, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1457, con note critiche di E. GIRONI, *Discutibile avallo del tentativo di rapina impropria da parte delle Sezioni Unite*, ivi, 1462 ss.; D. BRUNELLI *Tentativo della rapina impropria: le Sezioni Unite liquidano sul nascere i segnali di enforcement del precedente*, in *Cass. pen.*, 2013, 61 ss.; e commenti viceversa adesivi di P. PISA, *Un apprezzabile chiarimento sul tentativo di rapina impropria*, in *Dir. proc. pen.*, 2012, 1467 ss.; R. BARTOLI, *Configurabilità del tentativo di rapina impropria finalizzata all’impunità: tra legalismo, teleologia e Costituzione*, in *Cass. pen.*, 2013, 80 ss. Coglie in tale pronuncia un’eclatante violazione della riserva di legge in materia penale S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell’ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in questo fascicolo.

⁶ Sul riconoscimento della giurisprudenza come fonte del diritto v. da ultimo, anche per gli ulteriori ampi richiami, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 51 ss., 92 ss., *passim*.

2. *Il carattere discrezionale, nel nostro ordinamento, delle fonti di cognizione del diritto giurisprudenziale e le peculiari funzioni “normative” attribuite all’Ufficio del Massimario*

La funzione nomofilattica è ovviamente una prerogativa di tutte le Corti supreme nazionali che, al pari della nostra Corte di Cassazione, s’ispirano al paradigma francese. Eppure, nel nostro ordinamento, essa è esercitata in un modo che non conosce eguali, presupponendo un coefficiente di discrezionalità “aggiuntivo” – per così dire di secondo grado – che va oltre quello conferito al giudice-interprete.

Tale peculiarità dipende quanto meno da due fattori sistemici. Anzitutto dalla miriade di pronunce emesse ogni anno dalla Corte di Cassazione, la cui produzione tocca – in genere – il decuplo di quella delle altre Corti Supreme⁷. A ciò si deve aggiungere, con effetti non meno condizionanti, la sostanziale inaccessibilità al pubblico della *complessiva* giurisprudenza di legittimità italiana. Mentre infatti negli altri ordinamenti tutte le sentenze delle Corti Supreme sono agevolmente e gratuitamente accessibili da chiunque⁸, in Italia tale operazione è filtrata dall’utilizzo di un programma (oggi Italgioire-Web)⁹, l’onerosità del quale costituisce (oltre a un odioso retaggio feudalistico) la ragione principale di opacità della giurisprudenza di legittimità nel suo complesso. Tanto che – taluni magistrati se ne scandalizzano, invece di riflettervi – non sono pochi i Dipartimenti di giurisprudenza che non si trovano nelle condizioni di sostenere la spesa per l’abbonamento al programma.

Possono sembrare, queste, considerazioni ingenui, o al più da relegarsi al piano empirico. Invece i segnalati vincoli strutturali finiscono per influenzare profondamente la conformazione del diritto vivente nel nostro ordinamento. Negli altri Stati, infatti, ove tutte le sentenze di legittimità sono pubbliche e accessibili, ciascuna è parimenti di grado di esplicare la propria funzione nomofilattica. Anzi, non solo ogni sentenza si trova nelle condizioni di costituire un precedente, ma ogni suo frammento può esserlo, nella misura in cui racchiuda una *ratio decidendi*. Tanto che in Germania, a partire dal 2005, si è stabilito che le sentenze *Bundesgerichtshof* abbiano i capoversi numerati (al pari delle sentenze delle Corti europea di Giustizia e di Tribunali Supremi come ad esempio quello svizzero), con il duplice commendevole risultato di incentivare l’estensore a una maggiore linearità espositiva, dando altresì agli operatori l’opportunità di una più puntuale citazione delle specifiche *rationes decidendi*.

Da noi *non* è così. Per nulla.

Il sistema è retto dalla presenza di un “filtro ulteriore”, gestito dall’Ufficio del Massimario della Cassazione, finalizzato a discernere dalla moltitudine di sentenze di legittimità aventi efficacia retrospettiva quelle cui attribuire una funzione nomofilattica (art. 68 ord. giud.). Tutte le pronunce di legittimità vi ambiscono in potenza, ma il sistema di massima-

⁷ Si vedano le statistiche riportate nel rapporto del 2008 *Le Corti Supreme in Europa: le regole per l’accesso*, consultabile in www.cortedicassazione.it.

⁸ Si veda per esempio www.bundesgerichtshof.de; www.courdecassation.fr; www.poderjudicial.es; <http://bstger.weblaw.ch>.

⁹ In argomento S. DI AMATO, *Il nuovo sistema d’informatica giuridica del centro elettronico di documentazione della Corte suprema di cassazione italiana*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 419 ss.

zione ufficiale fa sì che solo alcune si pongano come annuncio di giurisprudenza futura. Le altre, e sono la maggior parte, quelle cioè che non trovano sbocchi nella pubblicistica, che non vengono in qualche modo citate e debitamente allegate dagli avvocati a corredo delle memorie e delle note d'udienza, cadono nell'oblio, vedendo così ristretta la loro efficacia al piano intraprocessuale-retrospettivo.

A ben vedere, quindi, esiste nel nostro ordinamento un *fisiologico scarto tra giurisprudenza di legittimità e diritto vivente*. Un fisiologico scarto in cui si annida una sorta di "discrezionalità nomofilattica" il cui *dominus* è rappresentato dall'Ufficio del Massimario al quale competono la selezione e la massimazione delle "sole" sentenze chiamate a fungere da indirizzo interpretativo¹⁰.

Dunque, non diversamente dal *diritto politico* – che conosce fonti di produzione (leggi, regolamenti ecc.) e fonti di cognizione istituzionali (Gazzetta Ufficiale) – anche il *diritto giurisprudenziale* annovera "fonti di produzione" (ogni singola sentenza) e "fonti di cognizione istituzionali" (composte da tutti quegli strumenti governati dall'Ufficio del massimario che si occupano di favorire la conoscenza delle prime). Sussiste nondimeno una rilevantissima differenza tra i due sistemi, in quanto le fonti di cognizione istituzionali del diritto politico si traducono in *operazioni meccaniche e neutrali* (la Gazzetta Ufficiale pubblica e diffonde *tutti* gli atti aventi valenza normativa) mentre le fonti di cognizione istituzionali del diritto giurisprudenziale sottendono l'esercizio di una *discrezionalità* ulteriore rispetto a quella *giudicante*: un margine di discrezionalità di carattere eminentemente *normativo* che si estrinseca nell'individuazione delle pronunce cui attribuire una valenza interpretativo-prospettica e nel confezionamento delle *rationes* tramite le quali rappresentarle.

3. Tre ipocrisie, da superare, in materia di massimazione

Tanto chiarito, sembra opportuno sgombrare subito il campo da tre ingenuità, o equivoci, ostinandosi nei quali una riflessione su questi temi finirebbe per scadere nell'ipocrisia.

3.1. Il supposto carattere tecnico dei compiti attribuiti all'Ufficio del Massimario

Il primo equivoco da superare è che l'attività del Massimario, tanto nella fase di selezione delle pronunce quanto in quella di confezionamento delle massime, costituisca un'operazione se non meccanica, comunque caratterizzata da una discrezionalità prettamente

¹⁰ L'esistenza di questa discrezionalità affiora con chiarezza nelle parole di uno degli ex Direttori dell'Ufficio Massimario il quale scrive: «Una rete fittissima e pervasiva di precedenti, data l'alta probabilità di risposte interpretative di segno diverso per il crescente numero delle decisioni (...), avrebbe come sicuro effetto quello di moltiplicare le incoerenze e i contrasti sia sincronici che diacronici nella giurisprudenza, ledendone l'autorevolezza ermeneutica e rendendo ardua l'individuazione dell'effettivo "diritto vivente"»: G. CANZIO, *Attività ed evoluzione della funzione di nomofilachia della Corte: funzione uniformatrice e valore del precedente*, testo dell'intervento svolto all'Incontro di studio *La struttura della motivazione penale e il valore del precedente*, svoltosi a Roma dall'1-3 ottobre 2012, pag. 11.

tecnica, volta cioè a eliminare le pronunce prive di alcun interesse (come quella della VII sezione penale per intendersi) fotografando poi obiettivamente il *decisum*.

Ciò non appare sostenibile né con riguardo all'attività di selezione delle sentenze né con riferimento a quella di redazione delle massime.

Quanto alla prima operazione, per sconfiggerne l'asserita neutralità sarebbe sufficiente osservare che tutti i Decreti emanati dal Presidente della Corte di cassazione (ai sensi dell'art. 26 d.m. 30 settembre 1989, n. 334 reg. esec. c.p.p.) volti a disciplinare l'attività dell'Ufficio del ruolo e del massimario prevedono regole differenti per la procedura di selezione¹¹. Il che testimonia, quanto meno, la delicatezza e la rilevanza pratica del compito nonché l'esistenza di inconvenienti cui ci si prefigge di rimediare¹². Del resto, basterebbe la scorsa a una delle più autorevoli rassegne della Cassazione penale per rendersi conto di quanto orientabile possa rivelarsi una lettura della produzione giurisprudenziale¹³. Tanto più quando essa ha carattere parziale come nel caso della rappresentazione fornita dal CED: confrontandola con gli esiti di una raccolta esaustiva della giurisprudenza di legittimità in uno specifico settore del diritto penale¹⁴, non si può infatti non rimanere sorpresi, oltretutto del modo in cui talune sentenze sono "rappresentate", dell'assenza di molte di esse, quasi che le si sia volute deliberatamente oscurare o addomesticare perché discordanti con la linea "ufficiale" della Sezione¹⁵.

¹¹ Il riferimento è ai due Decreti del 1991 e del 1992 dell'allora Primo Presidente Brancaccio, al Decreto 23 gennaio 2004 del Pres. Marvulli e al Decreto 4 marzo 2011 del Pres. Lupo.

¹² Valgano al riguardo le parole di G. SILVESTRI, *La massimazione delle decisioni penali della Corte di cassazione: i nuovi criteri*, in *Foro it.*, 2004, V, 17, a commento del Decreto del pres. Marvulli del 2004 che innovava, fra l'altro i criteri di selezione delle sentenze da inviare al Massimario in precedenza rimessi al Presidente dei collegi giudicanti: «è stato abbandonato un sistema da più parti censurato perché basato su criteri di scelta soggettivi, contingenti, variabili, raramente uniformi e difficilmente controllabili, lasciati alla discrezionalità dei Presidenti dei collegi, i quali finivano per restare arbitri di stabilire se un provvedimento dovesse entrare nel circuito giuridico o se, invece, dovesse essere destinato all'oblio e restare sommerso nel fiume carsico della giurisprudenza di legittimità. Ed infatti, se colpiti dall'annotazione «non massimare», apposta sul documento dai presidenti dei collegi, i provvedimenti, anche se contenenti dicta nuovi o di particolare interesse, erano quasi sempre definitivamente perduti per chi si ponesse alla ricerca del precedente».

¹³ Il riferimento è alla *Rassegna della Cassazione penale* curata da Raffaele Guariniello per la rivista *Igiene e sicurezza sul lavoro*.

¹⁴ Volendo, per il diritto penale della medicina, un confronto tra le sentenze massimate dal CED e la complessiva giurisprudenza di legittimità in materia può essere effettuata utilizzando il materiale raccolto in F. GIUNTA (e altri), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, Napoli, 2011. Invece, per quanto concerne il diritto penale del lavoro, un analogo confronto può giovare dell'esaustiva banca-dati tenuta dall'*Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro* dell'Università degli Studi di Urbino (<http://olympus.uniurb.it/>).

¹⁵ Ad esempio, nella giurisprudenza della IV Sezione, meraviglia – fra le tante – la mancata massimazione della prima sentenza che ha qualificato la negligenza del lavoratore-vittima quale causa da sola sufficiente a determinare l'evento ex art. 41, comma 2, c.p. (Cass. pen., sez. IV, 21 ottobre 2008, n. 40821, Pres. Marzano, est. Piccialli). Ma non meno singolare è la mancanza di quella straordinaria pronuncia che ha affermato per la prima volta il principio secondo cui l'automobilistica che abbia fatto affidamento sulla regolare condotta degli altri partecipanti al traffico può essere chiamato a rispondere penalmente, nel caso di affidamento mal riposto, solo se la scorrettezza altrui era prevedibile *in concreto*: Cass. pen., sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 46741 Pres. Mocali, est. Blaiotta, che ha così superato l'assurdo principio secondo cui l'affidamento rivelatosi mal riposto costituisce già di per sé colpa.

Ma ancora meno “neutra” è per l'appunto l'attività di massimazione, espressiva com'è, all'inverso, di un procedimento caratterizzato da un margine di discrezionalità così elevato da essere equiparato all'interpretazione di un testo normativo¹⁶. Non v'è dunque da sorprendersi che anche questo aspetto sia stato oggetto di una puntuale e innovativa disciplina da parte del Dec. Pres. Cass. 4 marzo 2011 su cui si tornerà in seguito (v. *infra* 5).

Beninteso: sostenendo che l'Ufficio del Massimario esercita una funzione connotata da un margine di discrezionalità, non si vuole insinuare che le sue determinazioni siano arbitrarie. Significa prendere atto che tale funzione sottende un inevitabile *marginale di variabilità e opinabilità*, con la conseguenza che il risultato sarebbe (marginalmente) diverso in funzione di colui che è incaricato di svolgerla (la qual cosa ovviamente non accade per chi lavora all'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato ed è addetto alla stampa della Gazzetta Ufficiale). Da qui dunque un *problema di “legittimazione”*, dovendosi giustificare quanto meno in termini logico-sistemiche, e al di là di quanto attualmente stabilisce l'art. 68 ord. giud., quale sia il soggetto più idoneo ad assolvere tale compito. In particolare, e senza false remore, non sembra più eludibile la questione concernente l'idoneità di una *soluzione sistemica che affida alla stessa magistratura l'opera di rappresentare se stessa*, quasi che la discrezionalità selettivo-normativa di cui si è detto in precedenza (v. *supra* § 2) sia un profilo inscindibile del fascio di poteri affidati all'ordine della magistratura dall'art. 102 Cost.

Porre questo tema non dovrebbe apparire eversivo. Non solo perché è tutto da dimostrare che l'opera di selezione e massimazione delle sentenze sia coperta dalla citata riserva costituzionale; ma perché un'analisi comparata rivela che tali compiti afferiscono più adeguatamente ad altre figure di giuristi. In Inghilterra, ad esempio, l'opera di massimazione è autorevolmente svolta dalla categoria degli avvocati tramite il glorioso *Council of Law Reporting* fondato alla metà dell'800¹⁷. Ed è vero che siamo ben lontani dal *more italicum* della massimazione ufficiale, essendo quelle inglesi per lo più “raccolte di giurisprudenza”, in forma di *reports, head-notes, digest*. Vi si coglie nondimeno il principio che *la rappresentazione della giurisprudenza, nella misura in cui si prefigge un obiettivo di verifica, valutazione critica, controllo, non può essere logicamente affidata agli stessi soggetti controllati*. Si spiega così la ragione per cui anche nella cultura giuridica italiana, quanto più si prende coscienza dell'elevato tasso di discrezionalità insito nell'opera di selezione e massimazione delle pronunce, tanto più affiora la necessità di superare l'art. 68 ord. giud. e procedere a una “privatizzazione” dell'Ufficio del Massimario¹⁸, non potendosi che ritenere incongruo affidare tale funzione agli stessi esponenti dell'organo giudicante.

¹⁶ Sulla c.d. interpretazione del precedente, e sui diversi modelli metodologici alla luce dei quali effettuarla, v. per tutti P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*, in *Analisi e diritto*, 2004, spec. 89 ss.

¹⁷ Cfr. L. MOCCIA, *Appunti sul law reporting in Inghilterra*, in *Foro it.*, 1978, V, spec. 296 ss.

¹⁸ F. GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente in Cassazione*, in *Contratto e impr.*, 1999, 896.

3.2. L'ipotesico ruolo di supplenza della pubblicistica giuridica

La seconda ipocrisia da cui occorre guardarsi è quella secondo cui i compiti attribuiti al Massimario sarebbero tutto sommato modesti, irrilevanti, in breve, non decisivi, perché omologhi a quelli svolti da altre fonti di cognizione "private" del diritto giurisprudenziale. Il riferimento è alla pubblicistica giuridica che, in diverse forme, tende a replicare l'attività svolta dall'Ufficio del massimario colmandone eventuali lacune. Da qui l'esistenza di una sorta di ulteriore grado di controllo privatistico dell'operato della magistratura che finirebbe per stemperare i limiti evidenziati dal sistema ufficiale.

Anche tale impostazione, cui pure non può negarsi in astratto un aspetto di verità, finisce tuttavia per scontrarsi con i dati concreti, i quali rivelano – all'inverso – quanto ridotta sia la supplenza delle riviste giuridiche rispetto all'operato del Massimario, sia per quanto concerne la pubblicazione di sentenze trascurate in sede ufficiale, sia con riguardo al confezionamento di autonome massime.

Quanto al primo aspetto, è sufficiente controllare una delle più note e puntuali banche-dati giuridiche (*Dejure*) per accorgersi come nel 2011 e nel 2012 siano state diffuse dalle riviste non più di trecento sentenze di legittimità all'anno che già non fossero documentate dal CED della Cassazione¹⁹: con la conseguenza che se quest'ultimo offre una rappresentazione pari a circa il 12% della produzione giurisprudenziale²⁰ l'incremento conoscitivo derivante dalla pubblicistica non supera il 2%, al quale, volendo, si può aggiungere ancora qualche punto percentuale per il servizio fornito da varie riviste telematiche, le cui informazioni, peraltro, non sono registrate dal circuito della banche dati e risultano quindi difficilmente raggiungibili a distanza di tempo. In ogni caso si è ben lontani dal ritenere che tali organi di diffusione – peraltro alimentati da una non chiara "entratura" presso la Suprema Corte – siano in grado di supervisionare in modo autonomo e sistematico quell'85% di giurisprudenza di legittimità che l'Ufficio del ruolo e del massimario non ostenta.

Circa poi l'attività di massimazione delle riviste, è facilmente constatabile come prevalga, o per deferenza o per esigenze di marketing editoriale, una netta predilezione delle stesse per la riproduzione delle massime ufficiali, che non di rado vengono quindi imposte ai commentatori quand'anche ne abbiamo ideate di più adeguate²¹. Non mancano ovviamente eccezioni encomiabili, specie tra le riviste online che si prefiggono un'autonoma lettura del materiale giurisprudenziale. E tuttavia, anche tale attività non trova ancora riscontro sistematico nelle comuni banche-dati, sicché il reperimento delle stesse impone sempre la defatigante consultazione dei vari siti internet.

¹⁹ Non tragga in inganno il nudo dato aritmetico delle massime che compaiono, per gli anni citati, nel CED e nel *Dejure*, giacché la maggior cifra risultante in quest'ultima banca dati è alimentata dalla scelta redazionale di isolare in singole stringhe le molteplici massime (spesso identiche) di una medesima sentenza fornite da ogni singola rivista.

²⁰ A fronte di circa 30.000 sentenze emesse dalle Sezioni penali della corte di Cassazione, ne vengono infatti considerate poco più di tremila all'anno dal Massimario: cfr. G. CANZIO, *Attività ed evoluzione della funzione di nomofilachia della Corte*, cit., pag. 10 del dattiloscritto.

²¹ A titolo esemplificativo, si è dovuto subire tale imposizione nel commentare Cass. pen., Sez. Un., 15 dicembre 2011, n. 11545, in *Giust. pen.*, 2012, 455 ss.

A parte ciò, è facilmente constatabile come nella prassi giudiziaria la produzione dell'Ufficio del Massimario finisce per assumere un peso preponderante rispetto a qualunque altra fonte di cognizione non istituzionale. Non solo perché è l'unico canale conoscitivo cui solitamente si affida il giudice di merito, e quindi il solo che gli operatori possono richiamare nel caso in cui vogliano dare per acquisita nel processo una determinata soluzione giurisprudenziale. Ma anche perché non è raro che le pronunce di legittimità trascurate dal CED siano viste, per questo solo fatto, con una certa cautela, quasi che esse siano espressive di un orientamento che l'Istituzione non ha voluto accreditare come diritto vivente.

3.3. *Lastratta funzione mnemonica delle massime*

Infine, la terza insincerità da evitare è che l'attività di massimazione non sia poi così cruciale perché servirebbe solo come strumento di segnalazione, spia, richiamo²², senza esentare gli operatori, e *in primis* il giudice, dalla conoscenza complessiva delle motivazioni, essendo queste e solo queste in grado di generare diritto vivente.

Certo, anche in questo caso, l'osservazione non si presta a obiezioni di carattere teorico. Se è vero infatti che la meccanica nomofilattica dovrebbe indurre il giudice di merito a scartare le argomentazioni superate o rifiutate dalla Corte superiore²³, si dovrebbe a rigore concludere che il vincolo del precedente presupporrebbe, per ben funzionare, la conoscenza dell'intero provvedimento giurisdizionale e non solo dell'abstract massimato.

Se però si passa dal piano astratto a quello concreto – che è poi l'unica prospettiva in cui ha senso occuparsi del precedente giudiziario²⁴ – sarebbe difficile nascondere una ben altra realtà. Una rappresentazione schietta quanto efficace di ciò che davvero accade nell'amministrazione della giustizia riconosce infatti che «*uno dei principali limiti "culturali" degli operatori (i magistrati al pari degli avvocati) è identificabile nel fatto che la ricerca si arresta, quasi costantemente, alla scoperta del precedente massimato, sovente disgiunta dall'esame del testo della motivazione e, dunque, dalla comprensione delle specifiche ragioni della decisione che hanno condotto ad enunciare proprio quel principio di diritto, sintetizzato nella massima*»²⁵. Vero ciò, non può quindi non prendersi atto che la massima, lungi dal rivestire un ruolo debole, c.d. mnemonico, assume all'inverso nella prassi una natura forte, di carattere precettivo, finendo così per esaurire in breve tempo tutto ciò che rimarrà della pronuncia da cui è estrapolata.

Ecco dunque perché è fondamentale il modo in cui le massime sono confezionate. Perché dal loro tenore quanto mai dipende la "presa" della Corte di cassazione sulla giurispru-

²² Sulla funzione mnemonica delle massime v., fra gli altri, R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 2007, I, 1387; E. CARBONE, *Funzioni della massima giurisprudenziale e tecniche di massimazione*, in *Pol. dir.*, 2005, 137.

²³ Cfr. R.S. SUMMERS, *La natura fondamentale di un sistema di precedenti giudiziari e il suo carattere formale*, in *Ragion pratica*, 1996, 47 s.

²⁴ Sottolinea l'imprescindibilità di questa angolazione M. TARUFFO, *Per un'analisi comparata del precedente giudiziario*, cit., 58.

²⁵ G. SILVESTRI, *La massimazione delle decisioni penali della Corte di cassazione*, cit., 17.

denza futura, sino al punto che – come meglio si vedrà (v. *infra* § 6 e 7) – una cattiva massima può sperperare i pregevoli sforzi delle Sezioni giudicanti, laddove una buona massima può addirittura ridurre la mole del contenzioso a venire.

4. *I criteri di selezione delle sentenze da massimare nel Decreto del Primo Presidente della Cassazione del 4 marzo 2011*

Convinti, per le ragioni appena esposte, che il tema della massimazione sia di fondamentale importanza nell'analisi della giurisprudenza quale incipiente fonte del diritto, s'impone la necessità di prendere in esame un tipo di documentazione sovente trascurata dagli studiosi, quasi si trattasse di un atto di natura organizzativa privo di ripercussioni sistemiche. Il riferimento è ai Decreti emanati dal Presidente della Corte di cassazione ai sensi dell'art. 26 d.m. 30 settembre 1989, n. 334 reg. es. c.p.p., che contengono “*Criteri per la redazione delle massime di giurisprudenza e per l'individuazione delle sentenze e degli altri provvedimenti penali della Corte di cassazione da cui estrarre le massime*”. Tanto più che l'ultimo di questi Decreti – a dire il vero non agevole da recuperare – emanato dal Pres. Lupo il 4 marzo 2011, si segnala per taluni aspetti innovativi, sia sul versante delle procedure di selezione delle decisioni da massimare, sia con riferimento ai criteri di redazione delle massime.

Ebbene, quanto alla scelta delle sentenze meritevoli di rilievo nomofilattico, essa è governata da due criteri di fondo: (a) il primo, di carattere procedurale, attiene all'individuazione dei soggetti cui compete la cernita; (b), il secondo, di carattere contenutistico, riguarda le regole da seguire nella scrematura.

a) Con riferimento al primo criterio, è interessante sottolineare come il Decreto Lupo abbia deciso di perfezionare quanto stabilito sul punto dal Decreto Marvulli del 2004, che marcò, a suo tempo, una netta inversione di rotta rispetto alla linea dei Decreti Brancaccio del 1991 e 1992. Inizialmente infatti le sentenze da massimare erano individuate dai Presidenti dei Collegi, i quali, come arbitri assoluti della decisione, si trovavano così nella possibilità di “oscurare” definitivamente le sentenze scomode, rese *per incuriam*, o discordanti dalla linea della Sezione che il Presidente stesso prediligeva²⁶. Una sorta insomma di ulteriore grado di giurisdizione nomofilattico, per contenere il quale il Decreto Marvulli decise opportunamente di togliere ai Presidenti dei Collegi tale “potere di spoglio” per accentrarlo nelle più imparziali mani del Direttore del Massimario (art. 2). Era questi, infatti, unitamente al Vice Direttore delegato e al magistrato coordinatore che, «*con autonomo apprezzamento*», potevano procedere alla preventiva selezione delle decisioni da considerare (art. 2 e 3). Il tutto verosimilmente nell'ottica di una maggiore impermeabilità della cernita dai rapporti di forza generatisi all'interno dei singoli collegi. Da qui, tuttavia, l'adozione di un metodo per un verso troppo oneroso per il Massimario (chiamato a vagliare decine di migliaia di sentenze) e per altro verso fomite di uno sperpero delle conoscenze interne alle

²⁶ V. *supra* nt. 12.

Sezioni, che ben avrebbero potuto semplificare la scelta²⁷.

Si spiega così l'innovazione apportata sul punto dal Decreto Lupo – verosimilmente volta a formalizzare una procedura già invalsa nella prassi – il quale ribadendo la preferenza per una selezione accentrata ha cercato però di recuperare una compartecipazione della singola Sezione, e stabilito che i Presidenti del Collegi possono segnalare l'opportunità della massimazione, «*salva restando l'autonoma valutazione dell'Ufficio del massimario*» (art. 1, comma 2). Si è optato dunque per un procedimento bifasico, tale per cui il Presidente del Collegio segnala e l'ufficio del Massimario screma (v. art. 3, comma 2, che attribuisce la «*determinazione di non massimazione*» al Direttore e su delega al Vice Direttore dell'Ufficio massimario), ingenerando così una procedura che, pur rappresentando un buon punto di equilibrio, risulta tuttavia ancora migliorabile. Se infatti, come par di capire, la prima sommaria cernita avviene all'interno della Sezione, la quale indica all'Ufficio un novero di decisioni “interessanti”, occorrerebbe pensare anche a una procedura *extra ordinem* di integrazione – come è emerso nell'ambito del dibattito seguito a questa relazione – in forza della quale almeno i magistrati di merito siano in grado di richiedere la massimazione e l'inserimento nel CED di una determinata pronuncia, magari da loro sollecitata, stante la particolare rilevanza assunta dalla stessa in ambito locale. Ma lo stesso dovrebbe valere, a bene vedere, per esponenti dell'avvocatura, i quali – nell'ambito di un più ampio rapporto di collaborazione, che è ancora tutto da concepire, con l'ufficio Massimario (v. *infra* § 8) – dovrebbero essere posti nelle condizioni di segnalare all'Ufficio l'opportunità di rendere visibili sentenze di legittimità ancora neglette.

b) D'altra parte, ancor più incisive sono le modifiche apportate dal Decreto Lupo ai criteri di carattere contenutistico che presidono la scelta delle sentenze meritevoli di massimazione. Tutte le novità sul punto paiono comunque accomunate dalla medesima prospettiva di scopo: dall'intento cioè di prevenire un'immagine caotica della giurisprudenza di legittimità e soprattutto sfozzare per quanto possibile il numero delle massime, nella convinzione «che la *forza* del precedente (...) sia inversamente proporzionale al numero e alla quantità dei precedenti formati in ordine all'analogia questione»²⁸. Da qui dunque la decisione di concentrare lo spoglio solo sui «*principi giurisprudenziali inediti*» (art. 3, lett. a) – come era già stabilito dal Decreto Marvulli – precisando invece con riguardo ai «*principi giurisprudenziali già affermati*» che essi non vanno continuamente ripetuti, ma devono essere richiamati *solo dopo un certo lasso di tempo* diversamente parametrato rispetto alla rilevanza del principio (art. 3, lett. b). A queste due direttrici, già sostanzialmente presenti nel Decreto del 2004, si è poi opportunamente aggiunto che vanno massimati i «*principi che si pongono in difformità* rispetto ad altri precedentemente affermati» (art.

²⁷ Lo riconosce apertamente la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011* del Pres. Ernesto Lupo, il quale «*sottolinea l'importanza [dei Presidenti non titolari dei collegi] nel coordinamento degli orientamenti giurisprudenziali della sezione, anche attraverso lo svolgimento di riunioni tra i consiglieri e lo scambio d'informazioni in ordine alle decisioni assunte; nella prevenzione dei contrasti inconsapevoli, anche attraverso la lettura delle sentenze riguardanti le materie delegate; nella predisposizione e diffusione all'interno della sezione di massime provvisorie su questioni di particolare importanza*»: pag. 120 s.

²⁸ G. CANZIO, *Attività ed evoluzione della funzione di nomofilachia della Corte*, cit., pag. 7.

3, lett. c), così da rendere più tempestiva – v'è da ritenere – l'individuazione dei contrasti giurisprudenziali da parte del medesimo Ufficio e quindi più celere l'intervento dirimente delle Sezioni Unite²⁹.

Inedita è poi la previsione di un indice di spoglio "negativo", in forza del quale si sconsiglia la massimazione di principi già affermati dalle Sezioni Unite se non dopo un «*lasso di tempo adeguatamente lungo*» (art. 3, comma 3). L'implicito obiettivo è di evitare il fenomeno tutto nostrano della "serie" o "catena" di precedenti, che da un lato mina l'autorevolezza del singolo pronunciamento e dall'altro lato rischia di travisarne i contenuti³⁰. Emblematico, ad esempio, è quanto successo all'indomani della nota sentenza Franzese, il cui insegnamento ha rischiato inizialmente di affogare in una sequela di chiarimenti della IV Sezione penale, volti a offrire, non tanto esplicazioni di singole dinamiche eziologiche, quanto un'interpretazione dell'orientamento delle Sezioni Unite.

V'è tuttavia in quest'ultimo Decreto un ulteriore implicito limite "negativo" di selezione delle sentenze: un limite che discende dall'aspetto forse più criticabile del provvedimento, sul quale si tornerà in seguito (v. *infra* § 5). Per il momento valga considerare che la scelta delle sentenze da inserire nel CED è strettamente legata all'idea di massima che ci si prefigge di ricercare: con la conseguenza, del tutto evidente, che se massimabile viene ritenuto solo il "*principio di diritto enunciato*" – così come stabilito dal Decreto Lupo – finiranno fatalmente per perdersi nell'oblio tutte quelle sentenze che, sebbene importanti, non ne enunciano alcuno. In particolare, poiché l'art. 173 norme att. c.p.p. prevede che solo le sentenze di annullamento con rinvio e quelle delle Sezioni Unite siano necessariamente corredate da principio di diritto, per tutte le altre la visibilità nel CED dipenderà in tutto e per tutto dalla scelta dell'estensore di confezionarne uno. Sicché, ove ciò non accada, si correrà il rischio che importantissime sentenze di assoluzione, come ad esempio quelle di *annullamento senza rinvio* seguite a doppia conforme di condanna, siano private della benché minima efficacia nomofilattica vedendo relegati i propri effetti al piano esclusivamente intraprocessuale³¹.

Dunque, il problema dell'equazione tra massima e principio non sta solo nel fatto – più volte segnalato in dottrina – che essa induce all'automassimazione³², con tutti gli inconvenienti che ciò comporta, specie per la perdita di collegialità³³. Né si vuole sottolineare tanto

²⁹ Sulla necessità di una pronta risoluzione dei conflitti quale imprescindibile condizione di effettività del meccanismo del precedente giudiziario v. per tutti M. TARUFFO, *Per un'analisi comparata del precedente giudiziario*, cit., 64.

³⁰ Sul fenomeno v. nuovamente M. TARUFFO, *Per un'analisi comparata del precedente giudiziario*, cit., 63.

³¹ Quale esempio di un'interessantissima pronuncia di assoluzione senza rinvio, seguita a una doppia conforme di condanna, che non può trovare accesso al CED – tanto è vero che sinora non vi è stata inserita – v. Cass. pen., sez. IV, 15 dicembre 2011, n. 35906 (reperibile su Olympus) che ha assolto il venditore di un macchinario privo di un dispositivo di protezione, avendo attribuito l'infortunio seguitone al suo utilizzo alla eccessiva ottimizzazione dei tempi di lavoro decisa dal datore.

³² Sulla prassi dell'«estrazione autentica» v. A.R. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, in *Giust. civ.*, 1983, II, 383 ss.

³³ In senso condivisibilmente critico v. E. CARBONE, *Funzioni della massima giurisprudenziale e tecniche di massimazione*, cit., 139.

la circostanza che si finiscono così per favorire gli «svolazzi dottrinali dell'estensore» dando la stura al sottobosco delle «pseduomassime»³⁴. Il fatto è che una tale rigida corrispondenza – che come si sottolineerà nel prossimo paragrafo non era così marcata nel Decreto Marvulli – finisce per rendere ogni singolo estensore delle pronunce non contemplate dall'art. 173 norme att. c.p.p. arbitro della funzione nomofilattica: nel senso che, decidendo se inserire o meno un'enunciazione di principio, egli finirà per stabilire se candidare o meno quella pronuncia al circuito del diritto vivente ovvero occultarla definitivamente così da attribuirle un mero effetto intraprocessuale, caratteristico di un terzo grado di merito.

5. I criteri di individuazione e di redazione delle massime nel Decreto Lupo

Massimare non è attività banale e – lo si è già sottolineato – tanto meno neutrale. Per di più, non esiste in questa materia, negletta dai legislatori³⁵, convergenza d'opinioni in merito a ciò che deve intendersi per massima quale specchio di un precedente vincolante³⁶. Pur concordando sul fatto che quest'ultima dovrebbe racchiudere la *ratio decidendi*, taluni la individuano nel *passaggio logico* che si rivela necessario per arrivare alla specifica decisione³⁷; altri la identificano con il *principio di diritto* sufficiente a decidere il caso concreto³⁸; la maggior degli interpreti la equipara a una *norma* per la regolamentazione dei fatti di causa³⁹. La divergenza riflette peraltro un'altra e ancor più radicale discordanza sugli scopi cui dovrebbe tendere l'attività di massimazione⁴⁰: ed è proprio su questo punto che si registrano – come ora si chiarirà – le maggiori criticità del Decreto Lupo.

Invero, secondo la preferibile e più diffusa impostazione dei giuristi di *civil law*, il precedente-massima servirebbe a guidare il giudice nell'assolvimento dell'obbligo che su di lui ricade di fornire una giustificazione razionale della propria decisione⁴¹. Vero ciò, e conside-

³⁴ Così V. ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, 250. Quale esempio di eccessiva enunciazione di principi massimabili si veda la recente sentenza sulla rilevanza delle linee guida nell'accertamento delle colpe mediche (Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922), che è corredata, in chiusura, da oltre due pagine di principi e che, forse anche per questo, non è stata ancora considerata dal CED.

³⁵ Lo sottolinea P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale*, cit., 90.

³⁶ Ciò vale anche per il sistema inglese ove tale incertezza si riflette negativamente sul meccanismo dello *stare decisis*: cfr. R. SUMMERS, *La natura fondamentale di un sistema di precedenti giudiziari*, cit., 48 ss.

³⁷ Quasi letteralmente F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impr.*, 1985, 701.

³⁸ M. BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contratto e impr.*, 1988, 546.

³⁹ V. *amplius* per un'analitica rassegna delle varie posizioni P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale*, cit., 82 s.

⁴⁰ Sugli scopi dell'attività di massimazione, indicata come la «*terza fase*» del procedimento ermeneutico v. P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, 203 ss.

⁴¹ Su quest'ultimo punto fondamentalmente R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, 185 ss., *passim*.

rando che la motivazione dovrebbe articolarsi in una concatenazione più o meno lunga di sillogismi giuridici⁴², le massime dei precedenti, da esprimersi a loro volta in termini sillogistici, si candidano a essere una delle varie premesse maggiori dei successivi ragionamenti giudiziari⁴³. Si badi bene: esse non sono chiamate necessariamente a suggerire l'epilogo dei futuri giudizi – giacché ciò sarebbe possibile solo nei casi in cui sussista una marcata similitudine tra la fattispecie concreta già giudicata e quella da giudicare – ma dovrebbero fungere il più delle volte da anelli intermedi della concatenazione argomentativa. L'obiettivo è quello di istaurare così una sorta di “*mutuazione parziale di motivazione*” in forza della quale un *argomento* della nuova decisione è preso in prestito, tramite il richiamo della massima, dalla sentenza da cui quest'ultima è stata estrapolata. Il tutto con il duplice positivo effetto di rendere maggiormente prevedibili i giudizi a venire e stimolare, con l'arma della convenienza, l'aggiornamento dei giudici di merito naturalmente interessati a velocizzare la redazione dei propri provvedimenti.

Senonché, com'è agevolmente constatabile, il modello (di massima e di nomofilachia) ora descritto non sembra granché favorito dai criteri varati dall'ultimo Decreto riguardante l'attività dell'Ufficio del massimario. Non che il Decreto Marvulli risultasse più lungimirante, pregno com'era, anch'esso, di elementi antitetici al paradigma continentale⁴⁴. Il fatto è che quest'ultimo Decreto, lungi dall'invertire la rotta, l'ha proseguita con ancora maggiore convinzione. Va in questa direzione, per esempio, l'eliminazione di quella basilare indicazione metodologica che apriva l'art. 5 del Decreto Marvulli secondo cui «*La massima (...) deve rappresentare la sintesi della decisione e della ragione che la sorregge*», ora sostituita dal nuovo criterio secondo cui «*la massima deve rappresentare la sintesi del principio affermato e, solo ove necessario, della ragione che lo sorregge*» (art. 6, lett. b)⁴⁵. Una variazione non

⁴² In argomento diffusamente P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, 151 ss.

⁴³ Per tale modello di massimazione definito “continentale” ovvero – dal nome di uno dei suoi più noti teorizzatori – denominato modello Wróblewski, v. P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale*, cit., 92 ss.

⁴⁴ In particolare, si veda l'art. 5 lett. b) Decreto Marvulli secondo cui «*la massima non deve presentarsi come una generalizzazione della ratio decidendi, espressione di un principio astratto nel quale ogni nuovo caso possa eventualmente essere inquadrato con un'operazione logica del tipo di quella che il giudice compie in presenza di una norma giuridica*». In senso contrario si veda, invece, la tradizione degli *amtlicher Leitsatz* del *Bundesgerichtshof* non di rado formulati alla stregua di autentici paragrafi di legge: lo rileva H. KÖTZ, *Sullo stile delle sentenze delle Corti Supreme*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 787. Per un ampio commento dei criteri di redazione delle massime dettati dal precedente decreto v. U. MORCAVALLO, *Nomofilachia e massimazione*, in G. IANNUBERTO, E. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, Torino, 2007, 106 ss.

⁴⁵ In senso contrario a tale soluzione v. S. CHIARLONI, *La Cassazione e le norme*, in *Ric. dir. proc.*, 1990, 995, nt. 27, secondo il quale «*la massima ha una funzione diversa da quella di enunciare astratti punti o principi di diritto. Essa dovrebbe aspirare ad incarnare un precedente dotato di efficacia persuasiva, nei confronti dei giudici che sono investiti di fattispecie concrete differenti rispetto a quella oggetto del giudizio il cui provvedimento viene massimato. E questi giudici debbono essere messi nella condizione di sapere se le differenze tra la fattispecie al loro esame e il precedente sono in qualche modo rilevanti dal punto di vista degli orientamenti della cassazione, se la funzione di nomofilachia ha da operare correttamente*. In altre parole essi hanno bisogno non di un astratto principio di diritto, bensì di una corretta *ratio decidendi*». Auspicava invece la soluzione adottata ora dal decreto Lupo, che tende a far coincidere principio di diritto e massima privando quest'ultima di argomentazioni giuridiche: R. CAPONI, *Il nuovo giudizio*, cit., 1390 ss.

banale e tanto meno priva d'implicazioni, che s'intuiscono ulteriormente alla luce dell'insistente richiamato operato da tutti i successivi criteri del nuovo art. 6 cit., non più alla *ratio decidendi*, agli "argomenti" delle sentenze di legittimità, ma alla necessità che la massima si limiti a replicare i «*principi enunciati*» in fedele corrispondenza alla «*regola concreta*», allo «*stretto riferimento alla fattispecie*», secondo un modello sostanzialmente assimilabile a quello di origine anglosassone⁴⁶. Non inganni, dunque, il termine "principio" ripetutamente impiegato dai criteri di redazione delle massime previsti dal Decreto Lupo: lungi dal riferirsi con ciò alla *ratio decidendi* – che va invece esplicitata solo "se necessario" – per principio s'intende la specifica *regola iuris* elaborata per risolvere il caso, slegata dall'esplicitazione delle ragioni teorico-argomentative che la sorreggono. L'importante, da questa angolazione, è la soluzione, non già il procedimento logico-argomentativo tramite il quale la si è elaborata.

Va da sé che non si conoscono le ragioni che stanno alla base dell'avversione per la "massima-argomento" e del favore per il "principio specifico e concreto". Certo, non è da escludere che abbia avuto un peso il timore che la prima metodica si presti ad arbitrarie interpretazioni, se non ad equivoci da parte dell'Ufficio Massimario; e la presenza nel CED di autentici errori⁴⁷, ma ancor più di massime "parziali" antitetiche con la pronuncia⁴⁸, non

⁴⁶ Cfr. P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale*, cit., 91, il quale ricorda come quest'ultimo modello individui la *ratio decidendi* (da massimare) nel principio di diritto che il giudice che ha pronunciato la sentenza precedente ha ritenuto necessario per la decisione del caso concreto. Nella dottrina penalistica, esprime invece preferenza per un simile modello di massima e di precedente – sviluppato dal concetto di «sottofattispecie» – A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, 174 ss., spec. 178 ss.

⁴⁷ V. per esempio Cass. pen., sez. I, 13 ottobre 2010, n. 40202, rv. 248438 che, pur riguardando un caso qualificato dalla Cassazione come omicidio doloso, anziché preterintenzionale, in ragione del fatto che il soggetto agente avesse accettato il rischio dell'evento morte, è stata così massimata: «Il delitto di omicidio preterintenzionale ricorre, con riguardo all'elemento psicologico, anche quando gli atti diretti a commettere uno dei delitti previsti dagli art. 581 e 582 cod. pen., dai quali sia derivata, come conseguenza non voluta, la morte, siano stati posti in essere con dolo eventuale». Del resto la presenza di simili errori è talvolta segnalata dagli stessi Collegi giudicanti che, instaurando un singolare dialogo con l'Ufficio del Massimario, invitano quest'ultimo non già a correggere l'errore (cosa evidentemente infattibile sotto il profilo tecnico stante la numerazione sequenziale di ogni massima del CED), ma per lo meno a introdurre una nuova "massima correttiva": si veda in tal senso Cass. pen., sez. VI, 27 aprile 2012, n. 16369 (relativa al processo Lavitola) da cui è stata tratta una sola massima (la rv. 252720), che nulla ha che fare con il giudizio, ma che è stata estrapolata da un *obiter dictum* [terzultimo rigo di pag. 12 dell'originale] tramite il quale l'autorevole estensore (Conti) segnalava l'equivoco ingenerato da un'errata precedente massimazione (la rv. 251047).

⁴⁸ A tal riguardo una particolare avversione suscita la massima di una sentenza di assoluzione, seguita a una doppia condanna di merito, estremamente utile in termini didattici perché costituisce una delle rare ipotesi in cui il garante è stato assolto in ragione dell'inconsapevolezza che si fosse concretizzato il presupposto storico dell'obbligo di agire, ossia la situazione di pericolo che imponeva di attivarsi: così Cass. pen., sez. IV, 23 settembre 2009, n. 39959, rv. 245317, che pure è massimata in modo "antitetico" e totalmente inconferente al senso del giudizio, nei seguenti termini: «*La responsabilità penale dell'amministratore di condominio va ricondotta nell'ambito della disposizione (art. 40, comma secondo, cod. pen.) per la quale "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo". Per rispondere del mancato impedimento di un evento è, cioè, necessario, in forza di tale norma, l'esistenza di un obbligo giuridico di attivarsi allo scopo: detto obbligo può nascere da qualsiasi ramo del diritto, e quindi anche dal diritto privato, e specificamente da una convenzione che da tale diritto sia prevista e regolata come nel*

può non avvalorare tale preoccupazione.

Eppure, la sollecitazione principale all'adozione di questa soluzione sembra dipendere soprattutto da altri timori ed ansie, che ben s'intuiscono scorrendo il *Protocollo per la redazione delle sentenze penali*, firmato sempre dal Presidente Lupo l'11 gennaio 2012: il quale ripetutamente e insistentemente sollecita gli estensori alla necessità di redigere sentenze chiare, ma soprattutto brevi, concise, semplificate. L'impressione complessiva che si trae da quest'atto, e dal coevo Decreto sull'attività del Massimario, è quindi che i vertici della magistratura respirino l'aria pesante di un sistema giudiziario fortemente in affanno perché gravato, tanto nelle sue articolazioni periferiche quanto nel suo centro vitale che è la Corte di Cassazione, da un carico di lavoro straordinariamente superiore alle forze. Di qui l'ideazione di una *complessiva strategia nomofilattica* volta a centralizzare, accelerare e meccanizzare quanto più possibile la giurisdizione penale⁴⁹, secondo una ricetta fondata su tre semplici passaggi: sentenze di legittimità sempre più asciutte, poche massime costanti incentrate sull'enunciazione di soluzioni pratiche, e giudici periferici ossequiosi nell'applicarle sulla scorta di un meccanismo sostanzialmente analogico⁵⁰.

Ovviamente è solo un'impressione personale. Ma se così fosse, sorge il timore che una siffatta strategia, lungi dal portare i frutti sperati, rischi di innescare, oltre a un perverso effetto boomerang, un'esiziale scadimento delle pronunce di merito, abdicando per altri versi alla funzione formativa, prim'ancora che pratica, che la giurisprudenza di legittimità sarebbe invece chiamata a svolgere.

6. Taluni inconvenienti della "massima-principio" rispetto alla "massima-argomento"

Vale allora indicare, in chiusura del lavoro, alcuni riflessi negativi connessi alla predilezione per la massima-principio⁵¹ che ben si potrebbero invece evitare con la tecnica della massima-argomento⁵².

Tra di essi, quello sicuramente più grave in un periodo, come questo, di sovraccarico giurisdizionale è dato dal fatto che il primo modello induce allo sperpero del materiale

rapporto di rappresentanza volontaria intercorrente fra il condominio e l'amministratore. (In applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto configurabile a carico dell'amministratore di condominio di un obbligo di garanzia in relazione alla conservazione delle parti comuni, in una fattispecie di incendio riconducibile ad un difetto di installazione di una canna fumaria di proprietà di un terzo estraneo al condominio che attraversava parti comuni dell'edificio).

⁴⁹ Sulla risalente e mai tramontata ambizione dei massimatori a voler «meccanizzare la diagnosi del nuovo caso» v. EMILIO BETTI, *Interpretazione della legge*, Milano, 1949, 136.

⁵⁰ È risaputo che il modello anglosassone del precedente trae la propria forza normativa proprio dall'analogia dei casi (cfr. A. PECZENIK, *Sui precedenti vincolanti de facto*, in *Ragion pratica*, 1996, 37 s.) sicché una «soluzione di un caso può essere individuata anche soltanto instaurando un'analogia tra i fatti della decisione precedente e quelli del nuovo caso»: A. AARNIO, *I precedenti e la loro validità*, in *Ragion pratica*, 1996, 13.

⁵¹ Esprime invece una netta preferenza per questo modello R. CAPONI, *Il nuovo giudizio*, cit., 1390 ss.

⁵² In questo senso v. anche S. CHIARLONI, *La Cassazione e le norme*, cit., 995 s.

(spesso eccellente) prodotto dalle Sezioni giudicanti: il che costringe non di rado la Suprema Corte a ribadire più volte la stessa posizione in diversi contesti.

Quale eclatante riprova del fenomeno, è sufficiente rammentare le pregevoli pronunce delle Sezioni Unite che stanno cercando di stabilizzare il tema del concorso apparente di norme e prevenire così la ciclica insorgenza di conflitti interpretativi tramite la messa a punto di un criterio strutturale⁵³. Ebbene: benché in tutte queste sentenze si affermi a chiare lettere, ripetutamente e con tono deciso che il concetto di «*stessa materia*» di cui all'art. 15 c.p. non può essere inteso come uniformità o convergenza di beni giuridici, talché il giudice mai potrebbe negare l'esistenza di un concorso apparente in ragione del fatto che le due fattispecie in discussione hanno differenti oggetti di tutela⁵⁴ – malgrado ciò – poiché *questa argomentazione non è mai stata ripresa dalle massime ufficiali* (che si sono limitate a recepire i singoli principi applicativi), ne viene che questo fondamentale insegnamento metodologico è completamente disatteso, o peggio *ignorato*, dalla quasi totalità dei giudici della Repubblica, così da venire continuamente contraddetto persino dalle stesse Sezioni Semplici della Cassazione⁵⁵. Di qui il rischio, fin troppo evidente, che la massima-principio, preferita in ragione di una supposta maggiore capacità propulsiva, finisca invece per aggravare il carico della giustizia, aumentando le possibilità di riproposizione della stessa questione sotto altra forma.

Un secondo inconveniente della massima-principio è quello di non favorire la crescita culturale dei giudici di merito, trattati più come “operatori asserviti” che non da “giuristi”, così da essere lasciati talvolta in una condizione di non conoscenza che sconcerca toccare

⁵³ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1963, rv. 248721; Cass. pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1235, rv. 248865; Cass. pen., Sez. Un., 19 aprile 2007, n. 16568, rv. 235962; Cass. pen., Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164, rv. 232302.

⁵⁴ Si veda per tutte Cass. pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1235, cit., ove si legge: «La giurisprudenza prevalente e più recente prende posizione a favore di un raffronto meramente strutturale delle fattispecie considerate, prescindendo dall'analisi del fatto storico e abbandonando la soluzione di combinare criteri tra loro diversi (...), ed afferma che il criterio di specialità “*presuppone una relazione logico-strutturale tra norme*”. Ne deriva che la locuzione «*stessa materia*» va intesa come fattispecie astratta – ossia come settore, aspetto dell'attività umana che la legge interviene a disciplinare – e non quale episodio in concreto verificatosi sussumibile in più norme, indipendentemente da un astratto rapporto di genere a specie tra queste; il richiamo alla natura del bene giuridico protetto non è considerato *decisivo* e, inoltre, *può dare adito a dubbi nel caso di reati plurioffensivi; a ciò aggiungasi che le parole “stessa materia” sembrano utilizzate in luogo di “stessa fattispecie” o “stesso fatto”, per comprendere nel dettato dell'art. 15 cod. proc. pen. anche il concorso di norme non incriminatrici che altrimenti resterebbe escluso (...)*. Si aggiunge che una volta riconosciuto un rapporto di parziale identità tra le fattispecie, il riferimento anche all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità, *perché si può avere identità di interesse tutelato tra fattispecie del tutto diverse, come il furto e la truffa, offensive entrambe del patrimonio, e diversità di interesse tutelato tra fattispecie in evidente rapporto di specialità, come l'ingiuria, offensiva dell'onore, e l'oltraggio a magistrato in udienza, offensivo del prestigio dell'amministrazione della giustizia*».

⁵⁵ V. ad esempio Cass. pen., sez. VI, 28 marzo 2012, n. 13898, rv. 252585, la quale disattendendo frontalmente l'argomento delle Sezioni Unite – anzi dimostrando di non conoscerlo neppure – afferma che «Il reato di maltrattamenti in famiglia assorbe i delitti di percosse e minacce, anche gravi, ma non quello di lesioni, *attesa la diversa obiettività giuridica dei reati*».

con mano. Valga, come esempio fra i vari che si potrebbero addurre, il riferimento a una basilare nozione del diritto penale qual è il concetto di “appropriazione”. Ebbene, non è affatto raro che rivolgendosi a un giudice di merito per osservare che il fatto oggetto del giudizio manca di uno dei due necessari momenti della condotta appropriativa (quello di *im-propriazione* o di *es-propriazione*), si percepisca che non è compreso nemmeno il senso della sottolineatura. Non che manchi nella giurisprudenza della Cassazione una corretta messa a fuoco della nozione bifasica di appropriazione⁵⁶: anzi non sono poche le decisioni di legittimità che incentrano la soluzione proprio sulla struttura necessariamente dicotomica della condotta appropriativa, mostrando finanche di conoscere l’origine tedesca di questa teoria⁵⁷. Il fatto è che tale fondamentale acquisizione non è mai stata registrata dal CED: con la conseguenza che non esiste una sola massima, né riguardante l’art. 314 c.p. né relativa all’art. 646 c.p., che spieghi puntualmente quale sia la struttura della condotta appropriativa. Non v’è allora da sorprendersi se la maggior parte dei giudici di merito la ignori, e contribuisca così ad alimentare un contenzioso che poi si scarica sulla Corte Suprema.

Ancora. La massima-casistica incentrata sul principio concreto, a differenza di quella continentale per argomento, indebolisce l’autorevolezza e l’efficacia vincolante della giurisprudenza di legittimità, favorendo deviazioni anche da parte delle Sezioni semplici che non esitano a trascurare persino la posizione precedentemente assunta dalle Sezioni Unite nelle materie di competenza esclusiva delle prime. Colpisce, in tal senso, una recente decisione di legittimità che era chiamata a valutare la punibilità ai sensi dell’art. 388 c.p. della sostituzione da parte del debitore-custode dei beni pignorati con altri di equivalente valore economico. Ebbene, se si fosse isolato e valorizzato adeguatamente l’argomento utilizzato da una precedente decisione delle Sezioni Unite per risolvere un’affine questione – argomento secondo cui «*l’interesse tutelato dall’art. 388 cod. pen. non è l’autorità in sé delle decisioni giurisdizionali*»⁵⁸ – forse si sarebbe potuto agevolmente concludere che la sostitu-

⁵⁶ Si veda, tra le più eloquenti, Cass. pen., sez. VI, 4 febbraio 2005, n. 11430, rv. 231320, ove si osserva – non nella massima però – «*la condotta del delitto di peculato, vale a dire l’appropriazione consta di due profili, l’uno negativo (e cioè, l’espropriazione: consistente nell’esclusione del vero proprietario dal rapporto con la cosa), l’altro positivo (e cioè, l’impropriazione, ossia la creazione di un rapporto di fatto con la cosa)*». Ma nello stesso Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2008, n. 12306, rv. 239212 dove – a pagina 8 dell’originale – si afferma che nella condotta appropriativa «*devono riscontrarsi due aspetti: il primo, negativo va definito come espropriazione, vale a dire esclusione del vero proprietario dalla cosa. Il secondo, positivo, si concretizza nella impropriazione, intesa come creazione di un rapporto di fatto con la cosa, il quale comporta un trasferimento di elementi patrimoniali ed una locupletazione dell’agente a detrimento del soggetto passivo*».

⁵⁷ Fa le più precise v. Cass. pen., sez. VI, 7 giugno 2000, n. 10543, rv. 218338, che, malgrado la pessima massima, è supportata da una motivazione assai puntuale: «*L’appropriazione – si osserva – implica un rapporto di fatto con la cosa mobile (o denaro), nel quale l’agente si comporta come se fosse proprietario della stessa, escludendo il vero proprietario (...). Nel rapporto di fatto che l’agente crea con la cosa, devono riscontrarsi due aspetti, l’uno negativo, l’altro positivo. Il primo viene definito come “espropriazione” (la dottrina tedesca parla di “Enteignung”), vale a dire esclusione del vero proprietario dal rapporto con la cosa; il secondo si concreta nella “impropriazione” (secondo la dottrina tedesca, “Aneignung”), creazione cioè di un rapporto di fatto con la cosa, il quale comporta un trasferimento di elementi patrimoniali ed una locupletazione dell’agente a detrimento del soggetto passivo*».

⁵⁸ Cass. pen., Sez. Un., 27 settembre 2007, n. 36692, rv. 236937.

zione del bene pignorato con altro di pari valore, in quanto non lede il diritto del creditore, non è punibile perché inoffensiva rispetto al bene giuridico tutelato, che non è l'autorità del giudicato ma l'effettività della giurisdizione. Ed invece, la Sesta Sezione, sulla scorta di un argomento esattamente inverso – secondo cui l'art. 338 c.p. tutelerebbe il «*preminente interesse pubblico al rispetto delle decisioni giudiziarie*» – non ha esitato, per quest'unico motivo, a ritenere punibile il fatto⁵⁹. E dire che il Presidente del collegio era in questo caso anche uno dei nove componenti delle Sezioni Unite che, con la già citata eccellente pronuncia, avevano cercato di affrancare l'art. 388 c.p. dalla concezione autoritaria imperante al tempo della sua introduzione.

7. *Taluni inconvenienti della concretezza e specificità delle massime*

Sostanzialmente simili e non meno perniciosi sono gli inconvenienti derivanti dalla concretezza della massima – così come richiesto dai criteri di confezionamento enunciati dall'art. 6 del Decreto Lupo – rispetto alla più corretta generalizzazione che, in teoria, dovrebbe caratterizzare il sillogismo espressivo di un precedente-giuridiziaro⁶⁰.

Anche in questo caso, infatti, il difetto più grave è rappresentato dallo sperpero di capitale giurisprudenziale che la concretezza comporta quando non è affiancata all'argomentazione teorica più generale. Paradigmatica in tal senso è la sorte toccata di recente alla pronuncia delle Sezioni Unite che si sono occupate di tracciare il raggio applicativo della fattispecie di cui all'art. 348 c.p. rispetto all'esercizio abusivo della professione di ragioniere, perito commerciale o dottore commercialista⁶¹. Ebbene, benché tale pronuncia muova da una straordinaria premessa di carattere teorico che in altri ordinamenti ha segnato un'epocale svolta giurisprudenziale – tale da ingenerare il concetto di “legge penale in senso ampio” e imprimere così miglioramenti in tutti i capitoli della legalità penale, dall'analogia all'intertemporalità⁶² – le massime che ne sono state tratte, per quanto aderenti al quesito risolto, colgono un profilo così marginale da giungere persino a occuparsi di fattispecie concrete che sarebbero già prescritte⁶³. Il tutto – si badi bene – a scapito della consacrazione formale della straordinaria acquisizione pratico-teorica da cui muovono le Sezioni Unite secondo cui «*Il principio di tassatività delle fattispecie incriminatrici, discendente da quello*

⁵⁹ Cass. pen., Sez. VI, 31 gennaio 2012, n. 5912, rv. 252424.

⁶⁰ Fra i tanti in tal senso A. AARNIO, *I precedenti e la loro validità*, cit., 17. Esprime invece una marcata preferenza per le massime rigidamente ancorate al fatto concreto A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 250 s.

⁶¹ Cass. pen., Sez. Un., 15 dicembre 2011, n. 11545, cit.

⁶² Il riferimento è alla tesi secondo cui la norma integratrice della legge penale deve sottostare agli stessi principi costituzionali riguardanti quest'ultima: v. *amplius* D. MICHELETTI, *La determinatezza della fattispecie di cui all'art. 348 c.p. e lo statuto costituzionale della norma integratrice*, in *Giust. pen.*, 456 ss., spec. 461 ss.

⁶³ Cfr. la massima n. 251820 la quale precisa che il responso delle Sezioni Unite è da intendersi riferito solo alle «*condotte poste in essere [prima] del vigore del nuovo D.Lgs. 28 giugno 2005, n. 139*», le quali – pertanto – sarebbero già tutte prive di rilevanza penale per decorso del tempo.

di legalità, è riferibile non solo alle previsioni direttamente contenute nelle norme penali ma anche a quelle delle fonti extrapenali che ne costituiscono sostanziale integrazione, con la conseguenza che il giudice penale non può attribuire alcun rilievo, ai fini della norma di cui all'art. 348 cod. pen., a disposizioni integratrici di carattere indeterminato»⁶⁴.

Non è tutto. Tra gli inconvenienti della massimazione concreta, specie se incondizionatamente aderente ad alcuni passaggi dell'estensore, va segnalata la sostanziale antitesi con il principio che dovrebbe invece governare la meccanica del precedente secondo cui «ciò che conta è quello che il giudice fa e non ciò che egli afferma»⁶⁵: con la conseguenza, fra l'altro, di ingenerare non di rado una confusione tra il "generale" e il "particolare". Valga a tal proposito rammentare la singolare vicenda innescata dalla massima della sentenza Demitry delle Sezioni Unite sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa⁶⁶. Poiché infatti tale massima ufficiale si riduceva a una secca affermazione di principio («È configurabile il concorso eventuale nel reato di associazione per delinquere di stampo mafioso») corredata dalla descrizione della fattispecie concreta riguardante un contributo proveniente dall'esterno a favore di un'associazione criminale che attraversava un momento di «difficoltà» e «fibrillazione», per diversi anni la giurisprudenza di settore ha finito per confondere tale aspetto specifico con il problema di carattere generale: ragione per cui a lungo si è ritenuto – può sembrare assurdo a chi non lo ha vissuto ma era così – che la «fibrillazione» fosse un requisito *sine qua non* del concorso esterno in quanto tale non configurabile nei casi in cui l'associazione criminale attraversasse una fase florida⁶⁷; tanto che ci sono poi volute altre due sentenze delle Sezioni Unite per superare l'equivoco⁶⁸.

Si è trattato certamente di un caso limite. Ma nella sua singolarità, la vicenda rivela come, nella fase di massimazione ma ancor più in quella di motivazione, *il particolare sia sostanzialmente in antitesi col concetto di nomofilachia*. Lo rivelano, in modo quanto mai eloquente, tutte le pronunce relative a questioni di diritto intertemporale. È ovvio infatti che esse scaturiscano dall'esame di specifiche successioni di norme: ma tali pronunce e le relative massime non dovrebbero mai limitarsi a rappresentare solo queste ultime. Così facendo si finisce infatti per perdere di vista la questione teorica più generale: con la conseguenza che la sua riproposizione in un diverso contesto imporrebbe nuovamente alla Cassazione di ripronunciarsi. Significativa in tal senso è la giurisprudenza negli anni '90 in tema di *abrogatio sine abolitione* caratterizzate da ben nove sentenze delle Sezioni Unite che si sono occupate di singole dinamiche successorie in quanto tali corredate da principi e massime che focalizzavano l'attenzione solo sulle specifiche vicende intertemporali⁶⁹. Solo

⁶⁴ Il virgolettato riprende e coordina due passaggi argomentativi delle stesse Sezioni Unite che si trovano a pag. 13 dell'originale.

⁶⁵ Cfr. M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un «nuovo» ruolo della Corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.*, 2002, spec. 1177.

⁶⁶ *Cass. pen.*, Sez. Un., 5 ottobre 1994, n. 16, rv. 199386.

⁶⁷ Cfr. per esempio *Cass. pen.*, sez. VI, 22 gennaio 1997, n. 5649, rv. 208904.

⁶⁸ *V. Cass. pen.*, Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 22327, rv. 224181; *Cass. pen.*, Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, rv. 231671.

⁶⁹ Cfr. *Cass. pen.*, Sez. Un., 19 dicembre 2001, Turina, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1293 (riforma della disciplina di tutela delle acque); *Cass. pen.*, Sez. Un., 27 giugno 2001, Avitabile, in *Cass. pen.*, 2002, p. 482

l'avvento di una pronuncia dal tono maggiormente sistematico⁷⁰, e affiancata da massime incentrate sugli argomenti diagnostici, ha consentito finalmente alla Cassazione di mettere un po' d'ordine nella materia, accrescendo la consapevolezza teorica degli operatori e riducendo così il numero dei contenziosi.

Ecco dunque quale dovrebbe essere il ruolo svolto della Corte di cassazione, tanto nella sue articolazioni giudicanti quanto in quella deputata alla diffusione dei risultati. Non già concentrarsi sulle minuzie applicative – in questo senso anche i quesiti posti alle Sezioni Unite meriterebbero spesso un maggiore ancoraggio agli istituti di carattere generale – ma plasmare e accrescere la cultura giuridica degli operatori, offrendo loro le “categorie” tramite le quali prontamente risolvere anche le questioni per cui non esiste una preconfessionata soluzione-massimata. Si pensi, quale modello idealtipico – oltre alla pronuncia da ultimo citata in nota – alla sentenza Ronci, che al di là della soluzione accolta esprime la quintessenza di un giudizio di legittimità capace di considerare e riassumere le voci di un'intera cultura giuridica e che, anche per questo, avrebbe meritato non una ma una decina di massime⁷¹. E lo stesso potrebbe dirsi per la sentenza Raso in materia imputabilità e colpevolezza⁷²; nonché per spostarsi alla giurisprudenza delle Sezioni semplici alle recenti sentenze sulla struttura della bancarotta⁷³ o sulla delimitazione del furto in abitazione⁷⁴. Questa sì che è autentica giurisprudenza di legittimità, in grado di far progredire il tasso tecnico delle future pronunce di merito, diffondendo fra la comunità degli operatori il rispetto della legalità e il senso della limitazione assiologica dell'interpretazione penale.

8. *Due brevi chiarimenti conclusivi*

Non potendo sfuggire come questo lavoro muova dalla convinzione che meriti ripensare il sistema di massimazione ufficiale della nostra giurisprudenza di legittimità, pare opportuno esplicitare, a scanso di equivoci, per lo meno due aspetti di tale prospettiva di riforma che sono peraltro emersi nel dibattito seguito alla parziale esposizione di queste tesi.

Il primo è che, diversamente da quanto si potrebbe ritenere, una riforma dell'Ufficio del Ruolo e del Massimario non sembrerebbe richiedere l'intervento del legislatore. Certo, sarebbe auspicabile che questo vi fosse, magari nell'ambito di una più ampia e revisione di taluni organismi della cassazione (in primis le Sezioni Unite). Ma già il diritto vigente sem-

(abrogazione dell'oltraggio); Cass. pen., Sez. Un., 9 maggio 2001, Donatelli, in *Cass. pen.*, 2002, p. 502 ss. (assunzione irregolare di lavoratori extracomunitari); Cass. pen., Sez. Un., 13 dicembre 2000, Sagone, e Cass. pen., Sez. Un., 25 ottobre 2000, Di Mauro, in *Foro it.*, 2001, II, c. 141 (riforma dei reati tributari); Cass. pen., Sez. Un., 9 ottobre 1996, Carpanelli, in *Cass. pen.* 1997, p. 2428 (criminalità informatica); Cass. pen., Sez. Un., 18 giugno 1993, Depaoli, in *Cass. pen.*, 1994, p. 45 (c.d. furto venatorio); Cass. pen., Sez. Un., 20 giugno 1990, Monaco, in *Foro it.*, 1990, II, c. 637 (riforma dei delitti contro la P.A.).

⁷⁰ Cfr. Cass. pen. Sez. Un., 26 marzo 2003, n. 25887, rv. 224605-8.

⁷¹ Cass. pen. Sez. Un., 22 gennaio 2009, n. 22676, rv. 243381.

⁷² Cass. pen. Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 9163, rv. 230317.

⁷³ Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, rv. 253493.

⁷⁴ Cass. pen., Sez. II, 28 settembre 2012, n. 39134 rv. 253451.

bra conferire al Presidente della Cassazione un ampio potere di organizzazione dell'Ufficio del Massimario, senza imporgli di impiegare in esso solo esponenti della magistratura (che pure devono esservi, e con funzioni di Direzione, ai sensi dell'art. 68 ord. giud.). Ragione per cui nulla parrebbe impedire a un Presidente della cassazione, ispirato quanto sensibile al tema, di estendere la composizione del Massimario a tipologie di giuristi attualmente escluse (ovviamente con la compartecipazione organizzativa delle rispettive categorie di provenienza) onde favorire una più dialettica formazione del diritto vivente.

Il secondo chiarimento è che, nel pensare a tale ampliamento, non si vuole tanto alludere alla necessità di un coinvolgimento della categoria degli studiosi di estrazione universitaria. Forse anch'essi potrebbero offrire un valido contributo, specie se prescelti dalle file dei ricercatori. Ma non è certo questa la componente di cui maggiormente si avverte la mancanza nell'Ufficio del Massimario. In esso, il silenzio più assordante è piuttosto quello dell'avvocatura che – pur nel rispetto dei vincoli costituzionali – sempre meno opportunamente viene estromessa dal luogo ove prendere forma e si esercita la funzione nomofilattica.

Non poche sono infatti le sentenze di legittimità che colgono e opportunamente sviluppano temi difensivi nell'ottica di una commendevole lettura garantista del diritto criminale. Ma se queste gemme – non certo rare eppure spesso isolate – tendono a essere oscurate dalle fonti di cognizione ufficiali del diritto vivente, in cui tornano a prevalere sotto l'alibi dell'efficientismo logiche rigoriste, è assai difficile che la giurisprudenza penale s'incammini lungo quel percorso virtuoso che conduce alla rapida espunzione (sin dalla fase delle indagini) dei fatti marginali al circuito giudiziario, e che solo può favorire quel calo da tutti auspicato e atteso del carico della giustizia penale.