



A cura dell'OSSERVATORIO CASSAZIONE U.C.P.I.

INAMMISSIBILITÀ: SANZIONE O DEFLAZIONE?

Atti del convegno di Roma
19-20 maggio 2017



GIUFFRÈ EDITORE



A cura dell'OSSERVATORIO CASSAZIONE U.C.P.I.

INAMMISSIBILITÀ: SANZIONE O DEFLAZIONE?

Atti del convegno di Roma
19-20 maggio 2017



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814229053

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2018
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: www.giuffre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

INDICE

Introduzione di <i>Eriberto Rosso</i>	VII
Premessa di <i>Graziella Colaicomo</i>	IX

Parte Prima

LO SGUARDO DELLA DOTTRINA

1. Lettura ragionata dei dati delle inammissibilità in Cassazione per l'anno 2016 di <i>Fabio Alonzi</i>	3
2. Una sanzione alla carta di <i>Giorgio Spangher</i>	15
3. L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto <i>vigente</i> e diritto <i>vivente</i> di <i>Paolo Ferrua</i>	21
4. La nuova cultura dell'inammissibilità fra paradossi e finzioni legislative di <i>Oliviero Mazza</i>	37
5. Considerazioni conclusive di <i>Giorgio Spangher</i>	49

Parte Seconda

LA VOCE DELLA PRASSI

6. Psicostasia di ricorsi di <i>Lorenzo Zilletti</i>	55
7. L'inammissibilità: quale natura? di <i>Fabrizio Merluzzi</i>	61
8. L'inammissibilità del ricorso per cassazione: sanzione e deflazione tra (im)prevedibilità e diritto vivente di <i>Giuseppe Belcastro</i>	67

9.		
	Appunti sparsi sull'inammissibilità delle impugnazioni.	
	di <i>Emanuele Fragasso Jr</i>	77
10.		
	La declaratoria di inammissibilità del ricorso in funzione della sua metamorfosi	
	di <i>Manuele Ciappi</i>	91

INTRODUZIONE

di Eriberto Rosso

La declaratoria di inammissibilità: risposta giudiziaria a ricorsi privi dei requisiti formali richiesti dalla disciplina processuale o caratterizzati da patologica assenza di una censura di diritto collegata con l'*iter* processuale del singolo caso — ché questo prevede(va) la legge — ovvero strumento di semplificazione del governo dei flussi delle impugnazioni dinanzi alla Suprema Corte, dall'effetto collaterale della non operatività della causa estintiva della prescrizione? Questo l'interrogativo sul quale l'Unione ha proposto le proprie considerazioni e chiamato al confronto Accademia e Magistratura nel convegno del 19 e 20 maggio 2017 del quale qui si pubblicano gli atti.

L'interesse per il tema era dato non solo in considerazione del *trend* giurisprudenziale, per come emerge dalla concreta esperienza giudiziaria, ma anche per il contenuto della legge che sarebbe entrata in vigore di lì a breve sotto il nome di *riforma Orlando*. Le riflessioni degli studiosi e degli operatori sono incentrate sulla ricerca della spiegazione di un fenomeno sempre più sfuggente alla logica ordinaria del nostro sistema processualpenalistico e che, in linea con la pretesa preminenza del *diritto vivente* su quello *vigente*, rivela, più di ogni altro, poteri di interpretazioni che da tempo il Giudice di legittimità si è attribuito.

Ora, la riscrittura dell'art. 581 c.p.p. ha definitivamente modellato il percorso semplificato di declaratoria di inammissibilità.

In preparazione del convegno, l'Osservatorio Cassazione dell'UCPI ha raccolto i dati forniti dagli avvocati penalisti sulla base della loro esperienza professionale e gli stessi sono stati messi a confronto con quelli rilevabili dalle tabelle pubblicate dalla Suprema Corte di cassazione per gli anni 2015 e 2016. Nella specifica relazione i dati sono analizzati in modo disaggregato e aggregato. Ciò che politicamente rileva e deve essere sottolineato è che l'inammissibilità dei ricorsi proposti in favore dell'imputato ha raggiunto il 66,7%. La verifica disaggregata ha consentito di acclarare che l'inammissibilità era (è) più frequente nelle Sezioni chiamate ad occuparsi di ricorsi per tipologie di reati meno gravi, per i quali è previsto il termine di prescrizione più breve.

Dato di assoluto rilievo, a questo collegato, è la registrazione del fenomeno delle pronunce di inammissibilità del ricorso adottate non nel preordinato percorso preliminare deputato alla selezione dei ricorsi ma all'esito del giudizio in udienza pubblica. Radicali patologie evidentemente sfuggite alla selezione?

Oggetto di approfondimento è stata poi l'incidenza della sentenza delle Sezioni unite 27 ottobre 2016 n. 8825, non solo per la sua capacità di preconizzare il contenuto dell'allora imminente riforma ma anche per la previsione di aggravamento delle modalità di predisposizione dell'atto di appello e la individuazione, solo giurisprudenziale, dell'onere per la difesa di indicazione

delle parti della motivazione del provvedimento impugnato e sottoposte a censura. Una nuova ridefinizione dell'oggetto dell'appello meno ampio e dai rigidi confini del devoluto. Dubbi sulla compatibilità di tale arresto giurisprudenziale con l'assetto disegnato dall'art. 111 della Costituzione e dalle norme sovranazionali che intendono garantire al condannato che «l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza».

La pubblicazione dei lavori del convegno, tenutosi un anno fa, è occasione per considerare i dati della Suprema Corte relativi all'anno 2017 appena pubblicati.

La Cassazione ha ancor più affinato la sua efficienza, non solo definendo un numero di ricorsi superiore a quelli pervenuti, così dimostrando capacità di smaltire l'arretrato, ma anche accorciando di molto il tempo di definizione dei singoli procedimenti.

La nota inquietante è che la declaratoria di inammissibilità ha contrassegnato il 69% delle decisioni, disaggregando il dato, è il 71,3% dei ricorsi proposti dalla difesa ad essere stati dichiarati inammissibili.

Ecco, dunque, che ad un anno, dalla l. n. 103 del 23 giugno 2017 il panorama non è affatto mutato; anzi, l'inserimento nell'art. 610, comma 1, c.p.p. — proprio per il tramite della riforma Orlando — della possibilità di enunciare l'inammissibilità della impugnazione «con riferimento al contenuto dei motivi di ricorso» ha cristallizzato il comportamento del Giudice che nel corso degli anni ha assunto il ruolo di Legislatore, facendo rientrare nei casi di declaratoria di inammissibilità delle censure anche l'ipotesi di loro manifesta infondatezza.

E proprio qui risiede il *punctum pruriens* della questione e dunque la ragione per cui — oggi più che mai — risulta opportuno divulgare i contributi che sono stati offerti nel predetto convegno. Nel nostro sistema processualpenalistico, infatti, non è indicato un preciso parametro cui rapportare la manifesta infondatezza dei motivi di censura e, quindi, fare della fondatezza della domanda un requisito di ammissibilità della stessa porta ad una impropria eliminazione *a priori* delle doglianze che si propongono nell'atto di impugnazione, ad una inopinata espansione della discrezionalità del Giudice, ad uno smottamento della sua imparzialità, ad una profonda ferita all'art. 111 Cost.

L'inammissibilità, dunque, per rispondere all'interrogativo espresso nel titolo del convegno, è divenuta una potentissima arma di deflazione del carico dei ricorsi ma anche una micidiale sanzione punitiva (se solo guardiamo alla pesante condanna al pagamento in favore della Cassa delle Ammende, che ne consegue) chiamata ad interpretare ragioni di efficienza, così limitando il concreto esercizio del diritto di difesa.

Ne abbiamo discusso in un convegno, dovremo necessariamente continuare a farne oggetto di iniziativa e di interlocuzione politica, non solo per fermare la deriva ma anche per contribuire ad un progetto di riforma del sistema delle impugnazioni coerente con l'ispirazione accusatoria.

INTRODUZIONE

di Graziella Colaiacomo

Le ragioni di un Convegno

All'interno dell'Osservatorio Cassazione dell'UCPI l'esigenza di organizzare una giornata di studi che consentisse di affrontare il tema dell'inammissibilità è stata avvertita sin dai primi incontri: l'idea di intitolare il relativo Convegno *Inammissibilità: sanzione o deflazione?* è maturata però dopo aver acquisito i dati forniti dalla stessa Suprema Corte relativamente alla tipologia di decisioni emesse nell'anno 2016.

Preso atto di un dato apparentemente sconcertante, ci è sembrato naturale, infatti, svolgere una riflessione finalizzata a comprendere le ragioni di questo fenomeno, anche per capire (nei limiti del possibile) se l'elevato numero di declaratorie di inammissibilità fosse dovuto a patologie del sistema o ad altre ragioni, tra le quali — ovviamente — non si poteva escludere l'uso non corretto dello strumento “impugnazione” da parte di noi difensori.

In ogni caso, alla luce dei dati elaborati ci è apparso abbastanza evidente che — per usare le parole di uno dei relatori — «l'inammissibilità ormai non si configura più come strumento di sanzione per il ricorso mal concepito o mal vergato ma è diventata chiaramente uno strumento di deflazione di un sistema che è al limite del collasso», tanto più quando, quotidianamente, constatiamo direttamente l'incidenza percentuale che questo tipo di pronunce ha nei confronti di procedimenti relativi a reati prescritti. Non è certamente provocatorio affermare che, in tali casi, l'inammissibilità si atteggia a strumento cui i Supremi giudici ricorrono per evitare di pervenire a pronunce di estinzione del reato.

Proprio per sfuggire al rischio di autoreferenzialità, sempre presente in iniziative del genere, si è pensato di articolare il Convegno in tre diversi momenti: il primo dedicato alle riflessioni della “dottrina”, per offrire una prima lettura dei dati statistici sopra ricordati; il secondo destinato a recepire gli spunti critici dell'avvocatura; il terzo di confronto tra quest'ultima e prestigiosi rappresentanti della magistratura, con l'obiettivo di “mettere in campo” le diverse posizioni, raffrontando le esperienze, con l'auspicio di raggiungere conclusioni condivise o, quanto meno, gettare le basi per arginare un fenomeno che appare ormai fuori controllo e non rispondente ai principi dettati in materia dal codice di rito.

A tal riguardo, bisogna dare atto che tutti i Colleghi intervenuti non hanno voluto negare una qualche forma di corresponsabilità da parte dell'avvocatura, cui certamente può — in parte — rimproverarsi l'uso (a volte) indiscriminato del mezzo di impugnazione avanti la Suprema Corte.

In sostanza, nessuno ha inteso disconoscere che un numero (anche) notevole di ricorsi che approdano in Cassazione non risponde ai criteri legislativa-

mente predeterminati, legittimando le censure che nei riguardi di questi atti vengono poi mosse dai Supremi Giudici.

Altrettanto onestamente è stato da tutti riconosciuto il carico di lavoro che affligge la Corte di cassazione, costretta ad affrontare uno sforzo apparentemente titanico per smaltire il numero impressionante di ricorsi che ciclicamente approda a piazza Cavour.

Tuttavia, ammettere che parte delle impugnazioni meritano di essere sanzionate in tal modo non porta automaticamente a giustificare i dati che sono stati esaminati nel corso del Convegno.

Soprattutto, premesso e obiettivamente riconosciuto quanto sopra, non si può nemmeno chiudere gli occhi di fronte a fenomeni o tendenze altrettanto evidenti: alludo, in particolare, al rischio paventato da qualcuno in ordine alla sopravvalutazione degli aspetti meramente formali, introducendo (per il momento solo attraverso protocolli ma, di fatto, spianando la strada a ben più pregnanti riforme legislative) una serie di regole e vincoli il cui rispetto, secondo le intenzioni di chi le ha proposte, dovrebbe condizionare la stessa ammissibilità del ricorso.

Analogamente, fondate si sono rivelate le perplessità maturate nel corso del Convegno di fronte alle considerazioni svolte dalla recente (allora) sentenza delle SS.UU. 8825/2017 Galtelli, che, in un certo senso, ha aperto la strada alle successive modifiche legislative apportate in tema di specificità dei motivi di impugnazione.

Ancora, sulla scorta di alcuni casi concreti richiamati nel corso dell'incontro, ci si è chiesti quale è il discrimine tra mera infondatezza e manifesta infondatezza del ricorso e, malgrado le "rassicurazioni" ricevute dagli autorevoli magistrati intervenuti, in tutti è rimasta forte la sensazione che di altro non si tratti se non di una sorta di auto difesa approntata dai Supremi Giudici per fronteggiare quello che qualcuno ha voluto definire come *l'assedio alla Corte*.

Il dato numerico dal quale sistematicamente si parte ogni qual volta si affronta un discorso relativo al funzionamento della Suprema Corte — oltre cinquanta mila ricorsi all'anno — è incontestabile e non vi è dubbio che, a fronte di simili numeri, una riflessione si impone poiché non è pensabile che si possa gestire facilmente simile mole di procedimenti.

In tale contesto tutte le parti coinvolte devono incontrarsi e ragionare insieme e questo è il senso di iniziative quale quella assunta dall'Osservatorio Cassazione dell'UCPI, perché — come ricordato da più di uno dei presenti — non è certamente attraverso l'uso indiscriminato dell'inammissibilità che si può fronteggiare il problema legato ai ricordati cinquantamila ricorsi che giungono in Cassazione.

D'altro canto, a leggere attentamente i dati numerici, si evince facilmente che — sul piano dell'*efficacia deflattiva* — il ricorso alla declaratoria di inammissibilità (soprattutto per manifesta infondatezza) non ha dato i frutti sperati.

All'esito della due giorni di lavori non si pretende di aver individuato delle soluzioni certe né di esser pervenuti a conclusioni rassicuranti: il confronto, a volte anche aspro, tra i protagonisti del processo tuttavia può rappresentare un buon punto di partenza per lo sviluppo della riflessione, a patto però che ciascuna delle parti fornisca un contributo utile con onestà intellettuale, senza pretendere di tutelare unicamente le proprie prerogative.

Ed è evidente al riguardo che, nel momento in cui si cerca la collaborazione di terzi interlocutori, si impone anche da parte di costoro analoga onestà: formulo questa osservazione alla luce delle recenti novelle legislative.

Al termine del Convegno si era, invero, sostanzialmente convenuto sul fatto che, di fronte all'oggettivo mutamento caratterizzante l'istituto dell'inammissibilità, la sensazione era che fosse in atto un'opera di deflazione del carico gravante sui giudici attraverso una sorta di trasformazione dell'istituto delle impugnazioni. A fronte di ciò si è ribadito che se questo è l'intento, certamente non può essere perseguito attraverso l'intervento e l'opera della giurisprudenza, richiedendosi viceversa un'espressa presa di posizione del Legislatore.

Ciò, per certi versi, è ciò che è accaduto: ovviamente è ancora troppo presto per comprendere in quale direzione vadano le modifiche apportate dai recenti interventi normativi e se le stesse abbiano fornito un qualche contributo alla soluzione dei problemi rilevati (anche) nel corso del Convegno in oggetto.

Noi non possiamo fare altro che continuare a svolgere la nostra opera con onestà, rivendicando i nostri valori e appellandoci a questi allorquando ci confrontiamo con le altre parti: incontri come quello del maggio 2017 sono occasioni di crescita per tutti; l'importante è non disperdere il patrimonio di conoscenze acquisito in dette circostanze.

In quest'ottica si inserisce questa iniziativa editoriale: spero che altri, come noi che l'abbiamo vissuta di persona, possano apprezzarla.

PARTE PRIMA
LO SGUARDO DELLA DOTTRINA

1.
**LETTURA RAGIONATA DEI DATI DELLE INAMMISSIBILITÀ
IN CASSAZIONE PER L'ANNO 2016**

di *Fabio Alonzi*

1. Anche quest'anno la Cassazione ha iniziato a diffondere i dati statistici relativi alla propria "produttività".

Già prima che questi venissero divulgati, il Primo presidente aveva espresso la sua piena soddisfazione per quanto l'organo della nomofilachia era stato in grado di fare nel corso del 2016 ¹.

Si legge difatti nella relazione presidenziale per l'inaugurazione dell'anno giudiziario che, nel settore penale, si è registrata una significativa inversione di tendenza rispetto agli anni precedenti, in virtù dell'aumento del numero di procedimenti definiti e della contestuale riduzione delle pendenze ².

I risultati raggiunti vengono definiti *eccellenti* dal presidente Canzio e ritenuti frutto della elevatissima laboriosità dei giudici di legittimità (ciascuno dei quali definisce in media 481 procedimenti ³) e dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro adottati dalla Corte.

Questi due elementi hanno fatto sì che venissero definiti procedimenti, iscritti nel biennio 2015-2016, rispettando un tempo medio di durata di otto mesi (al di sotto della media europea) e con un numero di dichiarazione di prescrizione assolutamente irrisorio, pari a poco più dell'1% — per la precisione l'1,3% — delle pronunce adottate.

Sin da subito si può osservare che l'apprezzamento del Primo presidente per il lavoro dei magistrati del Supremo Collegio appare decisamente eccessivo, se si considera che negli ultimi anni il numero di decisioni adottate dal singolo giudice appare pressoché costante.

I dati tratti dalla ben più completa relazione del 2015 lo testimoniano: nel 2013 le decisioni sono state 493, nel 2014, 477, e nel 2015, 487. A voler essere meticolosi si dovrebbe addirittura evidenziare un, sia pur lieve, decremento di produttività, per l'anno 2016, rispetto all'anno precedente.

¹ Cfr. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2016*, Roma, 2017, 36.

² Come si legge nell'*Annuario statistico 2016*, a cura dell'Ufficio di statistica della Corte Suprema di cassazione, consultabile in www.cortedicassazione.it, l'incremento del numero di procedimenti effettivamente definiti o eliminati, registrerebbe un + 12,2% rispetto all'anno precedente. Si legge sempre nello stesso atto che « per la prima volta dal 2010, la Cassazione penale registra un valore dell'indice di ricambio superiore al 100% a indicare che il numero dei procedimenti esauriti supera la sopravvenienza con conseguente decremento della pendenza »

³ Questo il numero che viene indicato nella *Relazione* presidenziale, mentre nell'*Annuario statistico* si fa riferimento ad una media di 485 ricorsi definiti da ciascun magistrato nel corso dell'anno.

Al di là di questa notazione, analizzando i numeri forniti dalla Cassazione risulta decisamente elevata, come rileva lo stesso presidente Canzio, la percentuale delle pronunce di inammissibilità dei ricorsi, pari al 63,5%, rispetto a quelle di rigetto, 12,7%, e di annullamento, 22% dei ricorsi.

Perché un numero così elevato di dichiarazioni di inammissibilità?

La stessa è solo frutto dell'incapacità degli avvocati di redigere atti di impugnazione che siano in grado di superare la soglia di valutabilità di un ricorso o dietro queste cifre si nasconde dell'altro?

Per comprendere l'effettiva entità del fenomeno dell'inammissibilità in Cassazione ci è parso opportuno procedere ad una scrupolosa analisi dei numeri che la stessa Corte fornisce e, mediante la loro lettura, tentare di fornire una risposta al quesito appena proposto.

Nonostante queste analisi siano poco congeniali all'interprete del diritto, avvezzo per formazione all'analisi di testi linguistici e poco incline a confrontarsi con i dati statistici, le stesse appaiono comunque necessarie.

Tale confronto ci mostra, difatti, quale sia il reale valore di un fenomeno — nel nostro caso l'inammissibilità — muovendo da rilevazioni obiettive ⁴. Allo stesso modo la lettura e l'interpretazione dei numeri costituisce un'ottima piattaforma per sviluppare un sereno e proficuo confronto di idee, per tutti i soggetti che, in un modo o nell'altro, sono interessati a quella determinata realtà.

Partiamo allora dal mettere in luce quale sia stata l'incidenza delle pronunce di inammissibilità nella gestione degli affari penali da parte del Supremo Collegio.

I dati del 2016 sembrano confermare l'andamento del 2015 ⁵, ossia che circa i due terzi dei procedimenti penali vengono definiti, in sede di legittimità, con una pronuncia di inammissibilità.

Su di un totale di **58.018** procedimenti definiti nel corso del 2016 ⁶, **36.638** si sono conclusi con una dichiarazione di inammissibilità: in termini percentuali il 63,5%.

⁴ Naturalmente non si deve amplificare oltre il dovuto l'importanza delle analisi numerico-statistiche poiché anch'esse non sono immuni da valutazioni di carattere soggettivo.

⁵ Anche i dati statistici relativi all'anno 2015 si possono trovare nel sito www.cortedicasazione.it.

⁶ La quasi totalità dei procedimenti definiti nel corso del 2016 — pari a 52.384 — sono stati iscritti nello stesso anno. Di questi, come si legge sempre nell'*Annuario statistico*, « il 55,9% concerne ricorsi ordinari, ossia proposti contro sentenze di condanna o di assoluzione, il 10,4% riguarda sentenze di patteggiamento, il 10,6% è su misure cautelari (personali 8,3% e reali 2,3%). Per il resto: il 4,9% è relativo a iscrizioni di ricorsi su provvedimenti della magistratura di sorveglianza, il 2,4% a esecuzione della pena e il 2,1% a incidente di esecuzione e ad archiviazione. Tutte le altre tipologie di procedimento hanno ciascuna una incidenza inferiore al 2% e coinvolgono complessivamente meno del 12% dei procedimenti sopravvenuti ».

In realtà questo dato potrebbe non coincidere con l'effettivo numero di pronunce di inammissibilità.

Una lettura più attenta dei dati forniti dal Supremo Collegio ci consente di cogliere l'esistenza di una quantità imponente di pronunce "nascoste" (certamente anche di inammissibilità) ulteriori rispetto a quelle registrate dagli uffici statistici; un numero che finisce certamente per incrementare quello — già molto rilevante — delle inammissibilità che emergono dalle tabelle.

Per comprendere questa affermazione occorre tener conto della circostanza che oggetto delle rilevazioni statistiche operate dalla Corte sono i *procedimenti* e non i *ricorsi*.

Questo tema si è già posto anche in altri ambiti di ricerca, ad esempio in quello della Commissione dell'Unione delle camere penali che si occupa di raccogliere i dati sulle misure cautelari. Gli statistici coinvolti nella rilevazione e nell'analisi dei dati hanno fatto rilevare questo problema per la sua capacità di condizionare la genuinità dei risultati che vengono offerti.

Si tratta di un problema di notevole importanza poiché un singolo procedimento può certamente comprendere ben più di un ricorso. Ciò comporta che vi sarà un incognito, e maggiorato, numero di ricorsi rispetto ai procedimenti che non viene rilevato ai fini dell'analisi dei dati forniti dalla Cassazione, il cui autonomo destino processuale (se annullamento, rigetto, accoglimento) rimarrà inevitabilmente — e forse volutamente — celato.

Il numero di *imputati* riportato negli schemi pubblicati sul sito della Cassazione supera, difatti, di alcune migliaia il numero dei *procedimenti*.

Dato il valore percentuale delle inammissibilità rispetto agli altri esiti, si può fondatamente ipotizzare che il dato sommerso relativo all'esito delle migliaia di singoli ricorsi (e non dei singoli procedimenti) esprima una proporzione confrontabile con quel valore e quindi che, anche nell'esito dei singoli ricorsi, le inammissibilità abbiano un valore assolutamente preponderante.

L'analisi empirica che è possibile condurre sui dispositivi (*Visualizzazioni sintetiche*) rilasciati dall'Ufficio Informazioni della Cassazione ci viene in ausilio per comprendere quanto stiamo sostenendo.

Se si analizzano con attenzione le stampe fornite dall'Ufficio informazioni della Cassazione, immediatamente prima della voce *dispositivo*, compare la voce *esito statistico*. Questa voce varia da *Annullamento con rinvio* o *Senza rinvio* a *Rigetto parziale* o *Totale* a *Inammissibilità totale* o *Parziale*.

Cosa succede nelle ipotesi in cui siano diversi gli imputati ricorrenti?

A titolo esemplificativo si può portare un procedimento analizzato in concreto e che vedeva coinvolti nove imputati. Per il relativo dispositivo la voce *esito statistico* è riportata due volte e reca in un caso *Annullamento senza rinvio* e nell'altro *Rigetto parziale*. Le due voci assegnano dunque a quel procedimento due diversi valori, anziché — almeno — nove, come il numero dei ricorrenti. Ma sono valori che non coprono affatto l'intera varietà degli esiti concretamente

interventuti, perché lasciano fuori proprio l'inammissibilità, che ha invece certamente colpito uno dei ricorsi, con tanto di condanna all'ammenda.

Questo vuol dire che l'esito del procedimento che si è appena menzionato finisce per incrementare la colonna *Annullamento* (+1) e la colonna *Rigetto* (+1) dello schema statistico fornito dalla Cassazione ma non la colonna *Inammissibilità* (+0). Dunque: un ridimensionamento del dato degli annullamenti.

Contemporaneamente questo rappresenta un grave problema di leggibilità delle percentuali diffuse dalla Corte, visto che, da un lato, si dichiara di registrare gli esiti dei procedimenti (e quindi che l'unità di misura dei numeri riportati nello schema è *1 procedimento*, cioè *1=un procedimento*) ma dall'altro che ad un singolo procedimento si assegna più di un esito, con il risultato che il procedimento non è più l'unità di misura di quei numeri (quindi il valore 1 potrà corrispondere ad una frazione di procedimento).

La leggibilità delle percentuali offerte dal Supremo Collegio è ipotecata anche da un ulteriore fattore.

Se si considerano gli schemi che riportano i dati rilevati dalla Cassazione (ad esempio quello relativo al secondo semestre 2016, sui ricorsi ordinari ⁷) il numero dei procedimenti resta invariato in ogni totale delle colonne nelle quali sono ordinati i dati (secondo la tipologia di udienza, secondo l'autorità di provenienza, secondo la presentazione del ricorso, secondo la decisione adottata). Questa osservazione sembrerebbe smentire il ragionamento appena svolto, perché se è possibile duplicare gli esiti del procedimento, non è certo possibile duplicare l'autorità di provenienza.

In tal caso ad essere incomprensibili sarebbero le voci *esito statistico* riportate sul dispositivo. Dove vanno a finire quei dati? Quali esiti vengono effettivamente registrati? E quali no? Esiste un esito statistico prevalente sugli altri, tale da essere l'unico registrato?

Insomma, quello che possiamo certamente osservare è che i dati diffusi dalla Cassazione sono significativamente parziali al ribasso, perché riferiti ai procedimenti e non ai (molto più numerosi) ricorsi singoli, e che in questo modo resta sommerso un significativo numero di inammissibilità, numero che per un verso o per l'altro non possiamo conoscere nel suo esatto ammontare ma che possiamo certamente stimare come maggiore di quello — già altissimo — esplicitamente dichiarato.

2. Nonostante i limiti relativi all'attendibilità delle statistiche che sono state divulgate dall'Organo di legittimità, analizziamone comunque i contenuti, avanzando, dove possibile, una loro lettura.

Dall'analisi dei dati forniti dalla Cassazione spicca sicuramente una circostanza: il divario esistente tra le decisioni di "irricevibilità" adottate in relazione

⁷ Cfr. il documento *Programma statistico nazionale, competenza penale, modello MGG00115*, 5, consultabile in www.cortedicassazione.it.

ai c.d. “procedimenti ordinari” rispetto invece a quelle che vengono prese per i c.d. “procedimenti speciali”.

Difatti, in entrambi i semestri del 2016, la maggior parte delle pronunce di inammissibilità sono state adottate, in relazione ai procedimenti ordinari, dalla sezione VII ⁸, che, come evidenziato anche dal Presidente della Cassazione, ha visto incrementato (con un + 45%) il numero dei ricorsi che le vengono trasmessi.

Lo stesso non avviene invece per i procedimenti speciali ⁹.

Per questi ultimi la percentuale di inammissibilità emesse dalla Sezione settima è decisamente inferiore e pari al 38,6% nel primo semestre, con un ulteriore decremento per il secondo semestre. In tale periodo, difatti, la percentuale di inammissibilità scende al 37,4%.

Perché questo divario così netto?

Qual è la ragione che spinge ad inviare alla Sezione settima un numero così significativo di procedimenti ordinari ¹⁰?

Con buona probabilità questo dato è espressivo di un chiaro intento deflattivo, ossia quello di cestinare sin da subito un significativo numero di ricorsi che giungono alla Corte ¹¹, se si considera che la sorte delle impugnazioni

⁸ Il 73,7% nel primo semestre, il 76,6% nel secondo.

⁹ In questa categoria sono ricompresi: misure cautelari personali, misure cautelari reali, materia penitenziaria, remissione, riparazione per ingiusta detenzione, incidente di esecuzione, archiviazione, restituzione nel termine, ricorso straordinario, correzione errore materiale, mandato di arresto, sequestro probatorio, esecuzione della pena, misure di prevenzione, altri procedimenti, conflitti di competenza e giurisdizione.

¹⁰ Come noto il sindacato di inammissibilità sui ricorsi per cassazione è profondamente mutato a seguito delle modifiche normative introdotte dalla l. 26 marzo 2001, n. 128. Sostanzialmente in virtù del sistema voluto da quel provvedimento legislativo spetterebbe al presidente della Corte un primo vaglio per verificare la sussistenza di una causa di inammissibilità, mentre è attribuito ad una « apposita Sezione » il controllo sulla effettiva capacità del ricorso a legittimare il giudizio di cassazione. Sebbene la formulazione dell'art. 169-bis disp. att. c.p.p. prevedesse una turnazione tra le varie Sezioni per la gestione di questa seconda fase, il Presidente della Corte ha istituito, con decreto (che si può leggere in *Foro it.*, 2001, V, 169), la settima Sezione cui è stato affidato in via esclusiva di occuparsi dei ricorsi ritenuti inammissibili. Molte critiche sono state espresse in dottrina su questo meccanismo, si veda tra gli altri da O. DOMINIONI, *La Corte assediata*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1385; S. CARNEVALE, *Il filtro in cassazione: verso una selezione innaturale dei ricorsi penali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 859; L. MARAFIOTI, *Il controllo selettivo di legittimità in Cassazione: verso nuovi equilibri*, in *Tempi irragionevoli della giustizia penale. Alla ricerca di una effettiva speditezza processuale*, Milano, 2013, 283; *contra*, G. FIDELBO, *Il regime delle inammissibilità e la sezione filtro. Esperienze e prospettive*. In *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, 2014, 57.

¹¹ Il primo scrutinio di ammissibilità viene compiuto dai magistrati addetti allo spoglio dei ricorsi in ogni singola Sezione e non come auspicato da parte della dottrina presso la cancelleria centrale (si vedano in proposito le condivisibili critiche di A. SCILLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, Torino, 2006, 163). Se a seguito di questa prima deliberazione si ravvisa una causa di inammissibilità, si apre la seconda fase di questa articolata procedura che vede l'affidamento del ricorso alla settima Sezione da parte del presidente della Corte. Per una

inviata alla Sezione istituita agli albori del nuovo secolo è pressoché scontata: una pronuncia di inammissibilità¹².

Il secondo elemento significativo che si può estrapolare dai dati statistici è il rapporto percentuale esistente tra le pronunce di inammissibilità adottate in relazione ai procedimenti ordinari e quelle invece emesse in relazione ai procedimenti speciali.

Il numero di inammissibilità è decisamente più elevato in relazione ai procedimenti ordinari.

Nel primo semestre del 2016 su un totale di 22.554 procedimenti sono state adottate 15.308 pronunce di inammissibilità ossia il **67,8%**, mentre a fronte di 9.038 decisioni adottate in relazione ai procedimenti speciali sono state emesse 4.131 decisioni di inammissibilità con un valore percentuale pari al **45,7%**.

Nel secondo semestre il *trend* non sembra essere diverso.

Al contrario, in relazione ai procedimenti ordinari si assiste ad un incremento delle pronunce di inammissibilità: su di un totale di 18.624 decisioni, 13.115 hanno questa sorte, pari al **70,4%** del totale. Mentre ancora una volta nei procedimenti speciali il numero delle inammissibilità è decisamente inferiore e pari al **52,3%**¹³.

Anche in questo caso viene da domandarsi la ragione del divario esistente tra i due diversi ambiti, separati da uno scarto di circa il **20%**.

Forse una qualche incidenza su questo scarto così evidente deve essere riconosciuta al regime della prescrizione dei reati, che pesa solo sui procedimenti ordinari?

Non è un caso che, come emerge dalla relazione del presidente Canzio, il numero di prescrizioni in Cassazione è decisamente « irrisorio » e pari all'1,3% delle pronunce emesse nel 2016.

La formulazione retorica dei quesiti appena abbozzati lascia chiaramente

completa illustrazione dell'intero meccanismo si veda G. FIDELBO, *Il regime delle inammissibilità*, cit., 55 e ss.

¹² In alcuni casi raggiungendo la soglia del 100%. Si deve in proposito osservare come siano decisamente poche le ipotesi in cui la "settima" adotta delle decisioni di annullamento. Peraltro, sul potere di questa Sezione di giungere ad una pronuncia di annullamento o di rigetto del ricorso non è dato riscontrare in dottrina unanimità di vedute. Difatti, a fronte di chi ritiene che possa essere riconosciuto alla Sezione delle inammissibilità il potere di dichiarare eventuali cause di non punibilità, così V. SANTORO, *Cassazione: sezione ad hoc per i ricorsi inammissibili*, in *Guida dir.*, 2001, 16, 52; R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2006, 41; L. MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica di inammissibilità*, Torino, 2004, 102, si pone un orientamento dottrinario che ritiene che la settima non possa emettere una decisione diversa da quella dell'inammissibilità: così P. BRUNO, *Innovazioni e modifiche al giudizio di cassazione*, in *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini*, a cura di G. Spangher, Milano, 2001, 130; G. FUMU, sub art. 6 l. 26 marzo 2001 n. 128, in *Legisl. pen.*, 2002, 419; A. SCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità*, cit., 157.

¹³ Difatti su un totale di 7.802 decisioni nei procedimenti speciali, 4.084 sono di inammissibilità.

trasparire come il legame tra i due fenomeni — ossia tra prescrizione e pronunce di inammissibilità — senz'altro esista, come d'altro canto ha onestamente riconosciuto un autorevole osservatore che è stato membro della Suprema Corte ¹⁴.

L'attento magistrato ha difatti osservato che anche la Cassazione si sia fatta carico di arginare gli effetti che la « mannaia del tempo » può avere sulla sorte di molti procedimenti penali « in alcuni casi anche a forte impegno emotivo ».

A questo scopo, si legge nello stesso scritto, il Supremo Collegio « ha tentato qualche rimedio, attrezzando 'filtri' più o meno funzionali, che hanno finito per innalzare sensibilmente la 'soglia' della 'manifesta infondatezza', rendendo quel parametro di apprezzamento dei ricorsi sempre più evanescente e tale da atteggiarsi come una sorta di inespresso potere di cestinazione ».

Il quesito che si formula nello stesso articolo circa la « inammissibilità del ricorso anche come 'strumento occulto' per impedire la prescrizione dei reati » lascia, secondo l'autore, pochi dubbi « se è vero, come è vero, che il tema della operatività della prescrizione, anche in presenza di ricorso inammissibile, ha evocato l'intervento, in ben tre occasioni, delle Sezioni unite » ¹⁵.

Tornando all'analisi dei dati, vi è infine un terzo elemento che emerge in maniera chiara dalle rilevazioni compiute dall'organo di nomofilachia: l'elevatissimo numero di declaratorie di inammissibilità provenienti dalla seconda Sezione, a conferma del *trend* che già emergeva dai dati raccolti nel 2015.

Nel primo semestre del 2016, in relazione ai procedimenti ordinari, il primo posto per decisioni di inammissibilità è occupato dalla seconda Sezione con 1.278 pronunce a fronte di un totale di 4.024.

Alla stessa Sezione spetta un ulteriore primato.

Se si analizza il rapporto che in ogni singola Sezione vi è tra il totale delle

¹⁴ Cfr. A. MACCHIA, *Prescrizione, Taricco e dintorni: spunti a margine di un sistema da riformare*, in *Quest. giust.*, 2017, 1 e ss., dal quale sono tratti i virgolettati che seguono nel testo. Considerazioni in parte analoghe si possono leggere anche in G. FIDELBO, *Il regime delle inammissibilità*, cit., 48, laddove l'attento magistrato pone in luce come l'inammissibilità, per come interpretata dal Supremo collegio, abbia contribuito « a 'ridurre i danni' provocati da un regime di impugnazioni che tutti avvertiamo come inadeguato e che, combinato con una disciplina della prescrizione irragionevole nonché con il numero abnorme di ricorsi, è in grado di rendere del tutto ineffettivo l'intero processo penale, con il rischio di trasformare la Corte di legittimità nel luogo deputato a 'sancire' l'ormai ineluttabile estinzione dei reati per prescrizione ».

¹⁵ L'ultimo dei quali è Cass., Sez. un., 17 dicembre 2015, R. M., in *Cass. pen.*, 2016, 2347. In precedenza alle stesse conclusioni erano giunte Cass., Sez. un., 22 marzo 2005, Bracale, in *Cass. pen.*, 2005, 2910, e Cass., Sez. un., 27 giugno 2001, Cavalera, in *Cass. pen.*, 2002, 81. Per una argomentata critica alle conclusioni delle Sezioni unite si vedano R. ORLANDI, *Se la condanna è per un reato prescritto*, in *Dir. giust.*, 2005, 58; nonché L. CORDI, *Inammissibilità dell'impugnazione e obbligo di declaratoria di cause di non punibilità*, in *Studium iur.* 2006, 1170, in tema anche M. ROSSI, *In tema di ammissibilità del ricorso volto unicamente a dedurre la prescrizione matura prima della sentenza di appello*, in *Giur. it.*, 2012, 2143.

pronunce adottate e quelle in cui si è pervenuti ad una dichiarazione di inammissibilità, la percentuale più elevata — pari al 61,1% ¹⁶ — è sempre della seconda Sezione ¹⁷.

Lo stesso si può rilevare anche in relazione al secondo semestre del 2016. Anche in questo caso la seconda Sezione ha adottato in assoluto il maggior numero di inammissibilità: 1.052 su 3.066. Allo stesso modo anche in questo periodo la seconda sezione mantiene la percentuale più alta di inammissibilità “interne”: 1.052 su 1.685 decisioni adottate.

Come si può giustificare questa supremazia?

Certamente non appare sufficiente il riferimento alle “competenze” di questa Sezione, poiché anche in quelle Sezioni che trattano materie (si pensi all’edilizia) in cui i ricorsi sono a maggior rischio di inammissibilità, non si raggiungono mai i livelli della seconda Sezione.

3. Analizzando il tema dell’inammissibilità, vi è infine un ultimo aspetto che merita di essere messo in evidenza.

Lo stesso affiora dalla relazione completa dell’Ufficio statistiche sul 2016 e riguarda l’incidenza della tipologia del ricorrente sugli esiti del giudizio di cassazione.

Le dichiarazioni di inammissibilità che hanno ad oggetto i ricorsi della parte pubblica sono decisamente inferiori — il 21,2% — rispetto a quelli che colpiscono le impugnazioni della parte privata, pari al 66,1% ¹⁸.

Si potrebbe essere tentati di dire che i pubblici ministeri siano più “attenti”, sia nel valutare l’opportunità di proporre l’impugnazione di legittimità, sia nell’esercitare questo potere essendo maggiormente in grado di redigere atti capaci di superare il vaglio di ricevibilità del ricorso.

Questa risposta appare tuttavia insoddisfacente e soprattutto incapace di giustificare una disparità così elevata nel trattamento delle impugnazioni delle due diverse parti.

Vi è poi un ulteriore elemento che testimonia il diverso trattamento che viene riservato ai ricorsi.

Come già osservato in una recente analisi sulla gestione delle impugnazioni da parte Corte di cassazione ¹⁹, esiste una significativa disparità tra le decisioni

¹⁶ A fronte di 2.089 decisioni, 1278 sono state di inammissibilità.

¹⁷ Questo numero non ha pari, neppure con quelle sezioni che hanno numeri più elevati di decisioni emesse. Ad esempio la sezione terza pur avendo adottato 2.518 provvedimenti decisorii, solo 916 sono stati di inammissibilità (in termini percentuali il 36%). Anche la sezione quinta che pur possiede una produttività maggiore della seconda, avendo emesso nel semestre preso in esame 2.157 decisioni, è giunta a dichiarare l’inammissibilità in 851 casi (pari al 39,4%).

¹⁸ Lo stesso dato emergeva già nel 2015 con un 25,2% di inammissibilità dichiarate nei confronti dei ricorsi della parte pubblica a fronte del 66,7% di pronunce dello stesso tenore nei confronti della parte privata.

¹⁹ Cfr. “Focus” sulla Corte di Cassazione, a cura di F. MERLUZZI, in *www.parolaalladifesa*.

di annullamento provocate dai procuratori generali e quelle determinate dalla difesa dell'imputato.

I ricorsi presentati dall'organo dell'accusa sono stati accolti nel **57,1%** dei casi, con una percentuale del 31,8% per gli annullamenti con rinvio, e del 25,2% per gli annullamenti senza rinvio.

Lo stesso non accade per i ricorsi proposti dalla parte privata. In questo caso l'esito positivo viene raggiunto solo nel **16,9%** delle impugnazioni proposte, con un 9,1% di annullamenti con rinvio ed un 7,8% di annullamenti senza rinvio. Con buona probabilità questo risultato deve essere, anche, il frutto dell'impiego di parametri valutativi diversi.

4. Volgendo alle conclusioni di queste brevi osservazioni emerge un quesito.

La gestione operativa dei ricorsi che traspare dall'analisi dei numeri si può considerare come la conseguenza di una rigorosa lettura delle disposizioni che regolano l'accesso al giudizio di legittimità oppure, molto più semplicemente, costituisce l'effetto di una politica di contenimento dei ricorsi per garantire l'efficienza, forse in maniera un po' troppo aziendalistica ²⁰, della macchina giudiziaria?

L'elevatissima percentuale di inammissibilità dichiarate dai Giudici di legittimità, in uno con le esplicite ammissioni fatte da quegli osservatori privilegiati che sono stati richiamati in precedenza, spinge a ritenere che delle due alternative proposte sia la seconda quella che fotografa con maggior realismo l'attuale situazione.

A fronte dell'elevato numero di procedimenti che la Suprema Corte si trova a gestire l'inammissibilità finisce con l'assumere le sembianze di uno strumento che serve, non tanto a sanzionare gli atti di impugnazione, quanto a regolare il flusso dei ricorsi in entrata in maniera tale che, solo una parte delle impugnazioni, vengano definite "nel merito".

La scelta di servirsi di questa categoria di invalidità non è stata, forse, casuale, poiché la stessa era quella che si adattava meglio ad impedire che si potesse giungere a dichiarare l'estinzione dei reati per prescrizione. Come non si è mancato di riconoscere « attraverso una progressiva erosione degli spazi riservati all'operatività della causa di non punibilità prevista dall'art. 129 c.p.p., soprattutto con riferimento alla estinzione per prescrizione, la Corte di cassazione ha salvato se stessa e restituito, almeno in parte, effettività al sistema giustizia assicurando la esecutività delle decisioni impugnate » ²¹.

Se non sorgono eccessive difficoltà nel riconoscere che il Supremo Collegio è chiamato a gestire un carico di lavoro scarsamente rispondente alla funzione

²⁰ Sul punto da ultimo si veda la critica di C. SANTORIELLO, *Retorica dell'efficienza e giustizia penale attuale*, in *Arch. pen. on line* 2017, 1 ss.

²¹ In questi termini G. FIDELBO, *Il regime delle inammissibilità*, cit., 50-51.

di nomofilachia, a destare perplessità e preoccupazioni è il ruolo che la stessa Corte ha finito per assumere in questo stato di cose ²².

Non convince affatto che per fini pure meritevoli di apprezzamento — quale quello dell'efficienza dell'intero sistema penale — e nell'inerzia del legislatore ²³, la Corte si possa auto-attribuire un compito che spetta principalmente proprio al legislatore dover adempiere. Soprattutto laddove questo risultato venga raggiunto abusando dello strumento interpretativo e limitando, nel contempo, prerogative difensive.

A ben considerare tuttavia l'assunzione di questa funzione poetica da parte del Supremo Collegio non sembra si possa legare al solo fenomeno che qui stiamo analizzando ma appare espressione di un ruolo creativo del diritto che sempre più frequentemente la giurisdizione — nei diversi settori dell'ordinamento ²⁴ — sta assumendo su di sé ²⁵.

Le cause di questa esondazione funzionale da parte del “potere” giudiziario sono diverse e l'economia della presente relazione non consente di illustrarle tutte con il dovuto approfondimento ²⁶: preme solo evidenziare gli effetti che le invasioni di campo finiscono per provocare.

²² Una brillante analisi sulla « *montée en puissance des juges* » nelle società occidentali, e soprattutto in Italia, dove il fenomeno presenta tratti di assoluta peculiarità, si può leggere in L. VIOLANTE, *La crisi del giudice “bocca della legge” e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in *Anatomia del potere giudiziario*, a cura di C. GUARNIERI-G. INSOLERA-L. ZILLETTI, Roma, 2016, 15 e ss.

²³ Peraltro il tema delle inerzie del legislatore appare decisamente più complesso di quanto possa apparire di primo acchito, ma soprattutto ricco di molteplici implicazioni. Osserva in proposito N. ZANON, *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Anatomia del potere giudiziario*, cit., 42, quando si sostiene che « il silenzio o l'inerzia del legislatore democratico-rappresentativo nell'accogliere il nuovo diritto il nuovo valore legittimerebbero l'innovazione giurisprudenziale, si dimentica (o si finge di dimenticare) la banale verità che la discrezionalità si esercita non solo nella espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell'ordinamento (purché, certo, esse non siano “diventate” incostituzionali [...]) ma soprattutto lo stesso è assolutamente ricco di implicazioni ».

²⁴ In ambito civilistico la crisi della fattispecie in favore dei principi e delle clausole generali favorisce il momento della decisione giudiziale e ne amplifica l'importanza. Volendo estremizzare si potrebbe dire che alla sovranità della norma succede quella dei giudizi e dei giudici. In tema N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss. Più di recente F. GAMBINO, *Le obbligazioni, Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da R. SACCO, Torino, 2015, 79-111. Non a caso questa crisi della fattispecie non è guardata con timore da G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 febbraio 2017.

²⁵ Peraltro questo fenomeno si mostra come il diretto riflesso del c.d. neo-costituzionalismo, dottrina che raccoglie negli ultimi tempi sempre maggiori consensi; su questi legami e sui caratteri di questa teorica, si veda da ultimo N. ZANON, *L'ascesa del potere giudiziario*, 37 e ss.

²⁶ Coglie a nostro avviso nel segno l'analisi operata da L. FERRAIOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, 14 e ss., il quale individua, tra gli altri, quattro fattori che stanno contribuendo a generare questa crisi del principio di legalità. Il primo è riconducibile

Come non ha mancato di osservare Luigi Ferraioli gli spazi aperti alla discrezionalità interpretativa e all'argomentazione, alcuni perfettamente legittimi, altri di carattere extra-legale « sono da soli idonei a generare squilibri nei rapporti tra poteri e a provocare tra di essi tensioni e conflitti che rischiano di minare alla radice la legittimazione del potere giudiziario come potere soggetto alla legge, l'effettività del principio di legalità e la tenuta dello stato di diritto »²⁷.

Questi temi sono stati al centro del dibattito che si è sviluppato, in questi ultimi mesi, all'interno dell'Osservatorio Cassazione. Ci è sembrato giusto portare all'esterno le nostre riflessioni e le nostre preoccupazioni, creando uno spazio di confronto in cui sondare le opinioni della dottrina ma anche quelle degli altri operatori del diritto che abbiamo chiamato a partecipare a questo convegno.

« alla responsabilità della politica. Consiste nell'incapacità del legislatore di fare il suo mestiere, quale si manifesta nel dissesto della produzione legislativa ». Il secondo fatto di questa espansione lo si può trovare « nella struttura multilivello degli attuali ordinamenti ». Il terzo nel ruolo via via assunto dalla giurisdizione a tutela dello stato sociale ed alle domande di giustizia che vengono rivolte in misura sempre crescente alla magistratura. Infine il quarto fattore « è la tendenza del potere giudiziario, connesso del resto ad ogni potere, a dilatare indebitamente il proprio ruolo e a dar vita a un diritto di creazione giurisprudenziale ».

²⁷ Cfr. L. FERRAIOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 16, il quale osserva altresì come « l'ultima cosa di cui si avverte il bisogno è perciò che la cultura giuridica, attraverso la teorizzazione e l'avallo di un ruolo apertamente creativo di nuovo diritto affidato alla giurisdizione — inteso con 'creazione' non già l'inevitabile interpretazione della legge esistente, ma la produzione di nuovo diritto — contribuisca ad accrescere questi squilibri, assecondando e legittimando un ulteriore ampliamento degli spazi già amplissimi della discrezionalità, dell'argomentazione e del potere giudiziario, fino all'annullamento della separazione dei poteri, al declino del principio di legalità e al ribaltamento in sopra-ordinazione della subordinazione dei giudici alla legge ».

2.

UNA SANZIONE ALLA CARTA

di *Giorgio Spangher*

Il discorso che oggi affrontiamo ha una genesi remota. Ricordo alcuni anni fa in Cassazione quando si discusse della c.d. “Carta di Napoli”. La Carta di Napoli ha rappresentato l’inizio di un percorso del quale quello di cui oggi discutiamo è una tappa. Si parlava di *impugnazioni*, cioè, di quella fase processuale nella quale il processo, per la prima volta, viene messo nelle mani delle parti.

Si parlava, anche allora, di *numeri*. Fu detto, tuttavia, in quella occasione che non esistono numeri, perché per ogni persona esiste un processo, il suo processo e desidera che venga trattato come l’unico processo.

La comunità dei processualpenalisti non condivise l’impostazione che voleva intervenire sui poteri delle parti e sulle forme, sugli atti toccati dalla disciplina dei gravami, in nome dell’efficienza.

L’allora presidente della Cassazione ritenendo, invece, condivisibile quest’ultima impostazione reagì stizzito. Invero, non mancarono le voci — anche autorevoli — di chi riteneva che si potesse operare sui motivi del ricorso in Cassazione, ferma restando la previsione costituzionale per la quale tutte le sentenze sono ricorribili per cassazione.

Il discorso, esclusa ogni ipotesi di condivisione con la dottrina — ci furono altri tentativi — si è tuttavia ugualmente sviluppato in altre sedi attraverso l’interlocuzione della magistratura con la politica. Invero, gli equilibri del processo penale, dei poteri dentro il procedimento penale, sono elementi di politica giudiziaria, di rapporti di forza.

Il dato è drammaticamente evidenziato dalle vicende della riforma Orlando, attualmente in discussione in parlamento.

Presentata come *la* riforma della giustizia penale, costituisce, invero, solo l’assemblaggio di pulsioni diverse degli operatori della giustizia e delle diversificate posizioni delle forze politiche di maggioranza e di opposizione, senza escludere le contrapposizioni dentro il partito di maggioranza che sostiene il governo.

Impantanata da due anni al Senato, proprio perché non è chiaro se c’è una maggioranza che la sostiene, ovvero c’è una maggioranza che vorrebbe altri e diversi contenuti, la riforma attende di sapere se, per svariate ragioni, il Governo porrà o meno la fiducia, di fatto blindando la legge uscita dalla Commissione Giustizia del Senato. Va sottolineato — a tale proposito significativamente — come la “partita” veda come protagonisti, il Presidente della Commissione e due relatori, rappresentanti di diverse e contrapposte posizioni su aspetti nodali della riforma (prescrizione, avocazione del procuratore generale, dibattito a distanza).

Il dato fa emergere come nella paralisi della politica, nella sua incapacità — nell'attuale fase — di scelte precise, lo spazio in materia sia occupato — da tempo — della magistratura nella sua versione di interpretazione delle norme, cioè, dalla giurisprudenza, chiamata anche a colmare i vuoti normativi. Analizzare, applicare, deformare, ricostruire, elaborare: la giurisprudenza si assume queste funzioni nel contesto della sua funzione nomofilattica ma troppo spesso — ultimamente — con opzioni che trascendono la sua funzione di applicazione della legge, seppur intesa in una funzione dinamica. Si parla di giurisprudenza creativa, con la quale si modella il procedimento avendo come parametri non già l'*efficienza*, ma un malinteso *efficientismo* che ridimensiona le garanzie, nonché la durata del processo usata come criterio di deflazione.

Il dato è riconducibile anche alla diversa composizione antropologica del Supremo Collegio, e alla funzione dell'Ufficio del Massimario, senza escludere il supporto elaborativo, in materia di riforma, del Consiglio superiore della magistratura.

Ordinamento e processo sono strettamente connessi.

Il fascino del diritto sta nell'interpretazione, nella sua capacità evolutiva, nella attitudine a colmare i vuoti interpretativi, che si annidano nello spazio bianco tra una riga e un'altra dei vari articoli delle leggi e tra le varie norme.

Ma ci sono limiti connessi al rispetto della legalità che non possono essere superati.

Bisogna stare attenti a non pregiudicare il rapporto tra sovranità popolare, legge, subordinazione alla legge, funzione nomofilattica.

Naturalmente oltre agli spazi interpretativi, ci sono anche elementi che per la loro duttilità si rendono facili alla manipolazione. Così la giurisprudenza, sulla scorta di valori e di supposti principi, ridisegna alcune situazioni invalidanti, derubricandone la caratura; individua attività e oneri a carico delle parti, costruiti sulla scorta della funzione del processo; amplia le situazioni che impediscono, precludono o limitano l'attività delle parti.

Si tratta di flussi che, muovendosi in due direzioni, hanno lo scopo di "contenere" negli spazi d'una interpretazione riduttiva, per un verso, ed espansiva, per un altro, l'attività, soprattutto della difesa, comprimendo le occasioni di critica alle decisioni.

Come nella logica autoritaria, il giudice si fa garante della regolarità del processo non secondo il codice, ma secondo il fine che ritiene che il processo debba svolgere. Spesso non si tratta di regole generali; a volte le varie situazioni sono piegate al "merito" della singola vicenda processuale.

Va detto che ultimamente — nel nome della nomofilachia — per ridare smalto al Supremo Collegio — giudice che, chiamato a superare i contrasti, diventa spesso giudice che cristallizza i conflitti — il Primo Presidente rimette sollecitamente le questioni alle Sezioni unite, così da formalizzare il c.d. "diritto vivente". Corre, tuttavia, l'obbligo di sottolineare che quasi sempre, a fronte di due interpretazioni contrastanti, il Collegio riunito si orienta per quella meno

garantita. La questione sottende in qualche modo anche i criteri di composizione delle Sezioni unite.

Un punto di osservazione privilegiato di quanto si è finora detto è proprio costituito dall'uso dell'inammissibilità in materia di ricorsi per cassazione. Senza affrontare, perché è già stato fatto, l'uso strumentale che alcune Sezioni della Cassazione fanno del motivo di inammissibilità dei ricorsi, bisogna ripercorrere tutta la giurisprudenza che si è progressivamente sviluppata in materia e che i due flussi riferiti hanno progressivamente alimentato. Senza tener conto dell'istituzione della Sezione "filtro". Invero, non può negarsi che il processo penale italiano sia stato costretto a misurarsi nel tempo con tematiche di grosso impatto. Si è così richiesto al processo di misurarsi dapprima con il terrorismo, successivamente con la criminalità organizzata, con la stagione dell'insicurezza, con la crisi della legalità economica e pubblica, nuovamente da ultimo ancora con il terrorismo, questa volta anche nella dimensione internazionale.

È evidente che tutto ciò ha determinato l'inasprimento degli strumenti repressivi, l'indurimento dei percorsi processuali, l'abbassamento delle soglie di garanzia.

Va detto che tutto ciò si è svolto secondo la logica della legalità connessa all'approvazione da parte del parlamento di leggi che, pur discusse o discutibili, hanno costituito tuttavia l'estrinsecazione della volontà popolare secondo le procedure costituzionali. Ciò di cui qui si parla si colloca sul diverso piano del *finalismo* del processo, del suo modo di essere, che non può non essere che quello emergente dei dati normativi.

Bisogna prestare attenzione ai dibattiti sul processo, anche alle fughe in avanti di certe proposte di riforma. Si tratta di fiumi carsici che prima o poi, in parlamento o negli Uffici legislativi dei ministeri, trovano le loro sponde.

Bisogna prestare attenzione alle prassi, anche isolate, di qualche ufficio attraverso le quali si sperimentano condivisioni e resistenze dentro la magistratura, puntando poi all'avvallo della Corte di cassazione. Cambia il processo perché cambia il ruolo della magistratura.

Le considerazioni svolte, che riscontrano reiterate conferme negli orientamenti della Cassazione, hanno trovato una significativa conferma nell'ultima sentenza, quella in tema di specificità dei motivi di appello.

In primo luogo, anche tale questione ha origine nelle prassi di alcune Corti d'appello e da un abortito tentativo di abrogare il divieto della *reformatio in peius*, accompagnato da una infruttuosa elaborazione di motivi specifici d'appello.

La sentenza delle Sezioni unite era chiamata ad affrontare — in punto di specificità — il rapporto tra i motivi d'appello e quelli tassativi, in punto di ammissibilità e di inammissibilità, del ricorso per cassazione.

La materia era oggetto di contrasto tra chi riteneva omologabile la loro specificità e chi riteneva il diverso ruolo dei motivi d'appello e di quelli di ricorso.

Le Sezioni unite si sono pronunciate per l'omologazione con una motivazione — dichiaratamente ideologica — contrassegnata da profondi *deficit* culturali: impropri richiami al processo civile, errati riferimenti alla giurisprudenza europea, valorizzazione di riferimenti normativi contenuti nella riforma Orlando non approvata, ricostruzione della funzione del processo in linea con la più discussa e criticata sentenza delle stesse Sezioni unite (Cass., Sez. un. Battistella).

Invero, i motivi d'appello non sono l'oggetto del giudizio, come in Cassazione; disegnano l'ambito dei poteri di cognizione, vincolando il giudice alla tematica e non al loro contenuto. Ancorché con l'appello non si chieda un nuovo giudizio, non si possono vincolare i poteri cognitivi del giudice alla domanda segnata dal contenuto del motivo; ancorché si esiga con l'appello un controllo sulla decisione impugnata, il giudizio non è limitato solo in questo ambito ma, prendendo lo spunto della motivata richiesta di riconsiderazione di quanto deciso, apre al giudice poteri decisori che superano la critica e la richiesta. Va sottolineato, altresì, come per l'appello non sia previsto come causa di inammissibilità né il motivo manifestamente inammissibile, né la questione non dedotta in prima istanza.

Ciò non significa che l'appello non possa o non debba avere un contenuto critico della decisione impugnata.

Effettivamente la riforma Orlando tende a collegare la rinnovata struttura della sentenza con la riformata forma che deve assumere l'impugnazione.

La rinnovata struttura della sentenza (art. 546 c.p.p.), anche con i suoi contenuti più pregnanti, dovrebbe consentire all'impugnante di articolare meglio, in relazione ai punti e ai capi, le ragioni in fatto e in diritto che sostengono i motivi e le richieste, pena l'inammissibilità del gravame (art. 581 c.p.p.).

Le questioni, vista la riferita sanzione, assume un rilievo decisivo.

Se fino ad oggi una inammissibilità in Cassazione, per motivi di legittimità, poteva consentire una valutazione che — al di là delle patologie segnalate e del dilatarsi dei presupposti e delle condizioni di accesso al rito — poteva essere suscettibile di parametri di verifica, pur nella sua opinabilità — in quanto sufficientemente, ancorché elasticamente, delineata —, il controllo sulla specificità di motivi di merito, stante la loro variabilità e la varietà delle situazioni con cui devono confrontarsi, consegna il giudizio di ammissibilità in una pericolosa “terra di nessuno”.

Non è sufficiente, per superare queste osservazioni, considerare la possibile ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di inammissibilità.

Si consideri, altresì, nella logica sostanzialistica che si è espressa in precedenza come quella declaratoria di inammissibilità potrebbe essere rilevata, anche d'ufficio, nel grado successivo.

Pregiudicare un nuovo giudizio di merito vuol dire consegnare la sentenza di primo grado, invalida ed errata, alla sua definitività.

Con questa decisione delle Sezioni unite, la soglia dell'ammissibilità delle impugnazioni, già alzata a livello dei ricorsi, risulta anticipata ed elevata alle porte del giudizio d'appello.

Onestà intellettuale impone di evidenziare che molti gravami indubbiamente difettano delle condizioni di ammissibilità, risolvendosi in affermazioni e richieste che mancano di critica e di riconsiderazione di quanto deciso in prima istanza.

Non solo con riferimento a questo profilo è necessario che l'avvocatura assicuri *standards* di qualità professionale nello svolgimento delle sue funzioni.

Si deve all'uso patologico di un avvocato dello strumento di garanzia della sostituzione del difensore l'affermazione da parte delle Sezioni unite del principio dell'abuso del diritto in materia penale.

Usare in modo distorto gli strumenti del processo conduce alle modifiche normative e all'abrogazione delle norme.

Gli esempi in materia sono numerosi: appelli contro le sentenze di patteggiamento; ricorsi del solo imputato; richieste di rinnovazioni probatorie non assecondate in sede di rifacimento del giudizio. Sono solo alcuni esempi di un uso distorto del processo che alla lunga non paga e che, invece, si rischia di pagare.

Si dirà che ci sono patologie anche nei comportamenti dei pubblici ministeri e dei giudici. È vero. Purtroppo l'avvocatura è la parte più debole del processo. Ma per poter imputare colpe alla magistratura bisogna anche avere le carte in regola.

Da qualche parte si dice: chi ha tetti di vetro, non tiri sassi al vicino.

3.

L'INAMMISSIBILITÀ DEL RICORSO: A PROPOSITO DEI RAPPORTI TRA DIRITTO VIGENTE E DIRITTO VIVENTE

di *Paolo Ferrua*

1. La progressiva estensione dell'inammissibilità

I dati statistici indicano un considerevole, progressivo aumento delle dichiarazioni di inammissibilità per i ricorsi in Cassazione ¹. Il fenomeno in sé è variamente interpretabile, potendo essere l'effetto di diverse cause. Può darsi, ad esempio, che vi concorra un decadimento della tecnica di redazione dei ricorsi. Ma è altrettanto plausibile, anzi più probabile, che sia anche l'effetto di una interpretazione giurisprudenziale estensiva e, per certi versi, "creativa" rispetto alle cause di inammissibilità del ricorso.

Questa tendenza all'espansione in via giurisprudenziale delle cause di inammissibilità si è, d'altronde, manifestata sin dall'emanazione della legge cd. "Pecorella" che, modificando l'art. 606, comma 1, lettera e) c.p.p., ha incluso tra i vizi di motivazione anche il contrasto con gli atti del processo. A prescindere dall'indirizzo, poi tramontato, della quinta Sezione, orientata ad escludere dalla categoria degli *atti del processo* le prove, l'inammissibilità, a partire da quella riforma, è stata dispensata con crescente intensità: ora per la genericità dei motivi, il cui ambito di incidenza si è notevolmente esteso tramite il c.d. principio, di matrice giurisprudenziale, dell'"autosufficienza del ricorso"; ora per il « divieto di ri-lettura e di re-interpretazione nel merito dell'elemento di prova » ², nonostante il controllo sui passi inferenziali della motivazione in fatto, contemplato dalla lettera e) dell'art. 606 c.p.p., implichi inevitabilmente una rilettura e una reinterpretazione dei dati probatori; ora per la manifesta infondatezza dei motivi di ricorso.

A quest'ultimo riguardo va osservato che la previsione della manifesta infondatezza come causa di inammissibilità da parte dell'art. 606 comma 3 c.p.p. è palesemente il frutto di una "finzione" legislativa: il suo accertamento, infatti, esige un esame nel merito dei motivi, non riconducibile, per la sua stessa natura, alla sfera propria della inammissibilità. Si può anche ritenere legittima,

¹ F. ALONZI, *Lettura ragionata dei dati delle inammissibilità in cassazione per l'anno 2016*, v. *supra*.

² Fra le molte, Cass. pen., Sez. III, 26 maggio 2006, in *C.E.D. Cass.*, n. 233823; Cass. pen., Sez. I, 20 luglio 2006, in *C.E.D. Cass.*, n. 234167; Cass. pen., Sez. I, 15 giugno 2007, in *Cass. pen.*, 2008, 2901; Cass. pen., Sez. I, 15 marzo 2006, in *Dir. e giust.*, 2006, fasc. 16, 40; Id. 14 luglio 2006, in *Dir. e giust.*, 2006, fasc. 32, 44, con nota di chi scrive.

come rimedio a tattiche dilatorie³, questa finzione che, di fatto, restringe la sfera della ricorribilità tutelata dall'art. 111, comma 7, Cost. per ogni sentenza o provvedimento sulla libertà personale. Ma, proprio in quanto finzione *in malam partem*, l'inammissibilità per manifesta infondatezza dovrebbe essere oggetto, pur nella sua inevitabile vaghezza, di una lettura particolarmente restrittiva, tale da circoscriverne l'applicazione all'ipotesi di censure palesemente inconsistenti, destituite di ogni base giuridica; tanto più se si considera che, sempre per effetto della sua "finta" natura, la manifesta infondatezza dei motivi preclude la possibilità di dichiarare le cause di non punibilità contemplate dall'art. 129 c.p.p.

Nella realtà si assiste, invece, a un'estensione del concetto di manifesta infondatezza, che finisce per comprendere anche le ipotesi in cui i motivi di ricorso presentino scarse possibilità di accoglimento o, sulla scia di quanto contemplato dall'art. 360 c.p.c., siano in contrasto con la consolidata giurisprudenza della Cassazione. In un sistema fondato sulla soggezione del giudice alla sola legge, la manifesta infondatezza dei motivi dovrebbe sempre derivare da un'argomentazione che documenti la loro intrinseca irragionevolezza, a prescindere dagli indirizzi seguiti dalla Cassazione, e mai dalla semplice presa d'atto di un contrasto con i precedenti giurisprudenziali.

Beninteso, questa estensione della sfera di inammissibilità, lungi dall'essere capricciosa, si svolge sulla base di valori degni della massima considerazione, come la durata ragionevole del processo. Nella recente sentenza delle Sezioni unite sulla "specificità" dei motivi si accenna espressamente all'esigenza di « evitare le iniziative meramente dilatorie che pregiudicano il corretto utilizzo delle risorse giudiziarie, limitate e preziose, e la realizzazione del principio della ragionevole durata del processo, sancito dall'art. 111 comma 2 Cost. »⁴. Resta il fatto che l'art. 111, comma 2, Cost. affida al legislatore il compito di assicurare la ragionevole durata del processo; il lodevole fine non può esimere il giudice dall'interpretare restrittivamente disposizioni eccezionali come quelle che, con una finzione in danno del ricorrente, convertono la manifesta infondatezza dei motivi in causa di inammissibilità.

2. Il diritto vigente al servizio del diritto vivente

È, d'altro canto, di tutta evidenza che si assiste oggi ad un netto mutamento

³ Una « misura praticamente necessaria ma pericolosa », la definiva F. CORDERO vigente il codice abrogato (*Procedura penale*, 9° ed., Milano, 1987, 793). L'istituto, sconosciuto al codice del 1913, era previsto dall'art. 524 del codice 1930; abrogato dalla legge n. 517 del 1955, venne reintrodotta dalla legge n. 1652 del 1962; e, infine, ripreso dal codice vigente (cfr., ancora, F. CORDERO, *Procedura penale*, 9° ed., Milano, 2013, 1152).

⁴ Cass. pen., Sez. un., 27 ottobre 2016, Galtelli, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 marzo 2017, con nota di H. BELLUTA, *Inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi: le Sezioni unite tra l'ovvio e il rivoluzionario*.

di rapporti tra il *diritto vigente*, prodotto dal legislatore, e il *diritto vivente*, espresso dalla giurisprudenza. Il diritto vivente, che dovrebbe essere il prodotto, la derivazione, razionalmente argomentata, del diritto vigente, si sta progressivamente emancipando dalla sua matrice. Anzi, quasi si assiste a un'inversione del fisiologico rapporto tra le due sfere, nel senso che è il diritto vigente ad inseguire quello vivente, assumendo a modello e traducendo in legge indirizzi giurisprudenziali di natura più o meno "creativa". Si direbbe che, consapevole della sua inettitudine, il legislatore attenda dai giudici, e in particolare dalla Cassazione, l'anticipazione in sede interpretativa delle linee di riforma che poi provvederà a tradurre in legge; e accade, talvolta, che neppure riesca a svolgere degnamente questa semplice opera di riscrittura.

Ne è un buon esempio la riforma Orlando (legge 23 giugno 2017, n. 103). Le modifiche introdotte in ordine al contenuto della sentenza e ai motivi di impugnazione sono palesemente volte a recepire il *dictum* della sopramenzionata sentenza delle Sezioni unite in ordine alla specificità dei motivi d'appello. Il punto essenziale di quella decisione sta nell'obbligo della parte di indicare nei motivi di appello, a pena di inammissibilità, « le proposizioni argomentative sottoposte a censura », enucleandole dalla sentenza impugnata: alla diade codificata (motivi specifici, indicazione dei punti della sentenza impugnata), subentra in via giurisprudenziale una triade, perché si aggiunge l'individuazione delle singole argomentazioni soggette a critica. Senonché un attento esame delle nuove disposizioni mostra come il legislatore non sia neppure riuscito a realizzare il disegno plagiatario che inequivocabilmente lo animava. Infatti la riforma, a dispetto delle molteplici clausole volte ad appesantire l'onere dell'impugnante, tace sull'unica condizione che occorreva esplicitare per recepire la giurisprudenza delle Sezioni unite: ossia, l'obbligo dell'impugnante di enucleare dal contenuto della sentenza le singole argomentazioni da sottoporre a critica. Nessun dubbio che la giurisprudenza consoliderà il proprio orientamento nel senso indicato dalle Sezioni unite ma, ancora una volta, il linguaggio legislativo rivela tutta la sua inefficienza ⁵.

Infine, lascia fortemente perplessi la disposizione secondo cui « l'impugnazione si propone [...] con l'enunciazione specifica, a pena di inammissibilità [...] b) delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione » (art. 581 c.p.p.). Letteralmente intesa, la clausola implicherebbe l'impossibilità — in caso di mancata deduzione nei motivi di appello — di eccepire nel corso del giudizio di secondo grado che la condanna regge su una prova giuridicamente inesistente (ad esempio, una perizia di cui non vi sia traccia in atti). Incerti appaiono, inoltre, i rapporti tra questa disposizione e l'art. 129 c.p.p.: le cause di non punibilità, ivi contemplate, possono essere dichiarate dal giudice, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del

⁵ Cfr. la lucida analisi di M. CERESA GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 maggio 2017, 9 s.

procedimento ma non è chiaro se tale potere sia esercitabile anche quando la non punibilità derivi dal riconoscimento di un vizio che la parte, a pena di inammissibilità, avrebbe dovuto denunciare nei motivi di impugnazione, quale « l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione » di una prova.

3. Il carattere cognitivo dell'interpretazione della legge

Il risultato del nefasto intreccio tra disfunzioni legislative e giurisprudenza creativa è una grave crisi del principio di soggezione del giudice alla sola legge, espressione del primato democratico della legislazione. In un sistema di giudici reclutati per concorso la legittimazione del potere punitivo in materia penale regge su due fondamentali garanzie: il contraddittorio, ossia il costante confronto tra le opposte ragioni delle parti, e, per l'appunto, la soggezione del giudice alla sola legge. Naturalmente oggi nessuno pensa che la soggezione equivalga ad una meccanica applicazione della legge, secondo l'ingenua versione del "giudice-bocca della legge" o "codice animato"; alla quale probabilmente, sia detto per inciso, non credevano per intero forse neppure coloro che a parole la sostenevano, trattandosi di un'estremizzazione teorizzata come antidoto ai soprusi ed arbitrii che nell'*Ancien Régime* caratterizzavano l'esercizio della giustizia da parte del sovrano e dei giudici a ciò delegati. Tutti sono consapevoli che, data l'inevitabile vaghezza e imprecisione semantica della lingua, ogni disposizione è suscettibile di una serie di possibili, concorrenti interpretazioni; e che la lettera della legge, il dato testuale, è sì il fondamentale punto di partenza, come vuole l'art. 12 delle preleggi, ma non esaurisce il compito dell'interprete che deve selezionare i possibili significati in base al contesto in cui si colloca la disposizione e alla loro conformità alle fonti sovraordinate (la Costituzione, le Convenzioni, i Trattati).

Il pluralismo interpretativo, tuttavia, non legittima la conclusione che qualsiasi interpretazione sia sostenibile. Esiste un limite — la cd. "cornice" di cui parlava Hans Kelsen, dai margini anch'essi inevitabilmente vaghi — oltre il quale l'interpretazione cessa di essere *ricognitiva* di un plausibile significato del testo di riferimento e diventa *creativa*, ossia da esso non derivabile razionalmente; con il risultato che il giudice si trasforma di fatto in legislatore, perdendo quella legittimazione su cui poggia l'esercizio del suo potere decisorio. Naturalmente questa "eversione" non sarà mai ammessa espressamente da chi la pratica ma proprio per questo è importante insistere sul rispetto del limite interpretativo, che segna per così dire il "punto di rottura" della disposizione da applicare; perché il suo superamento non si realizza mai nella forma esplicita ed aperta della ribellione alla legge, che riuscirebbe facilmente sanzionabile, ma si nasconde sempre sotto la maschera dell'interpretazione, dell'adeguamento a determinati valori di cui il giudice si rende arbitro.

L'aporia di Kelsen — efficacemente denunciata, tra gli altri, da Luigi Ferrajoli — sta nel ritenere che la scelta, nell'ambito della cornice, fra i possibili significati di una disposizione sia un atto puramente volitivo, di mero decisionismo del giudice, privo di giustificazione razionale. Bisogna invece convenire che, pur dotata di una componente volitiva per la stessa presenza di più significati associabili all'enunciato normativo, la decisione del giudice sia anche un atto cognitivo o, se si preferisce, *ri-cognitivo*, espressione di una scelta razionale e motivata. Il giudice, in altri termini, « non 'constata', né 'trova', né 'scopre', né 'registra' il significato di un dato enunciato normativo, ma neppure lo 'crea' o lo 'produce' o lo 'inventa' »⁶. Il giudice *individua*, argomentando con un discorso razionale, quale tra i diversi significati del testo normativo appaia più plausibile, più corretto in riferimento alla soluzione del caso che gli è sottoposto. La circostanza che *quel* significato non possa essere documentato come l'unico accettabile non esclude il carattere cognitivo dell'interpretazione. *Cognitivo* deve ritenersi tutto ciò che può essere argomentato sulla base di buone, di solide ragioni. Se fosse tale solo quel che è inconfutabilmente *dimostrato*, neppure il giudizio "storico" avrebbe natura cognitiva: il *fatto* da ri-costruire nel processo appartiene al passato e la colpevolezza, seppur provata oltre ogni ragionevole dubbio, non è mai dimostrata in modo assolutamente oggettivo e irrefutabile ma è sempre sotto-determinata dall'evidenza probatoria, ossia astrattamente compatibile con la sua negazione (l'aggettivo *ragionevole* esprime bene questa impossibilità di eliminare ogni dubbio teoricamente ipotizzabile).

4. La crisi della soggezione del giudice alla sola legge

La crescente autonomia del diritto giurisprudenziale dal testo della legge dipende da molteplici fattori che agiscono in sinergia. Il principale è senza dubbio il moltiplicarsi, la deriva inflazionistica, delle fonti normative di cui il giudice deve tenere conto nell'individuazione della regola di diritto da applicare al caso concreto: non solo il diritto nazionale ma anche quello sovranazionale rappresentato dai Trattati e dalle Convenzioni sottoscritti dall'Italia, fra cui assume particolare rilevanza la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Convenzione europea e la Costituzione, in quanto costruite per principi, lasciano a chi deve interpretarle una grande discrezionalità. Dal canto suo, la legge ordinaria, che dovrebbe concretizzare la portata delle fonti sovraordinate, appare sempre più confusa, oscura, labirintica, spesso contraddittoria. A causa della disfunzione del linguaggio legislativo, l'interpretazione diventa di fatto libera e creativa; il che, a fronte di palesi incongruenze o illogicità della legge, può in via contingente apparire persino una risorsa.

⁶ L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, 157.

Il risultato è che, in un circolo vizioso, l'attenzione degli operatori nel processo si sposta dalla legge verso la giurisprudenza. Oggetto di interpretazione non è più il testo della legge ma il testo della giurisprudenza: con la differenza che, mentre il primo, per quanto oscuro, è per lo meno bene identificabile nel suo contenuto, il secondo è assai più sfuggente e manipolabile, dovendo essere estratto e convertito in formule generali, dalla motivazione delle sentenze, le cui argomentazioni sono sempre funzionali alla decisione di un caso concreto.

Dall'idea ingenua e utopica del giudice-bocca della legge, che va semplicemente applicata e non interpretata, si è giunti dopo un lungo percorso all'opposta idea di un diritto giurisprudenziale svincolato dalla legge o, comunque, rispetto al quale la legge ha solo un valore programmatico di orientamento, di semplice punto di partenza per un autonomo percorso argomentativo. Dallo slogan illuminista *c'è solo la legge, non ci sono interpretazioni* si naviga a vele spiegate verso quello post-moderno, di derivazione nietzschiana *non c'è la legge, ci sono solo interpretazioni*. Il diritto vivente, che dovrebbe essere il prodotto e idealmente lo specchio fedele del diritto vigente, si affranca da quest'ultimo e ne diventa il tiranno, anzi il sicario, perché di fatto lo annulla, sostituendosi ad esso. Un esempio? Con la stessa disinvoltura con cui la Cassazione restringe l'operatività del *ne bis in idem* interpretando come equivalente a *reato* l'espressione *fatto* che ricorre nell'art. 649 c.p.p., Corte costituzionale e Corte europea ne estendono l'operatività, interpretando come equivalente a *fatto* l'espressione *reato* contenuta nell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Cedu ⁷.

La vittima di questa frattura tra diritto vigente e diritto vivente è naturalmente il principio della soggezione del giudice alla sola legge: trionfante nel diritto vigente della Costituzione, è moribondo in quello vivente. Lo documentano il moltiplicarsi delle interpretazioni sistematiche e adeguatrici, che si risolvono in tecniche creative; la svalutazione dell'interpretazione letterale, definita dalla Corte costituzionale "metodo primitivo sempre" ⁸; il proliferare di fonti normative che, di fatto, sostituiscono la legge con efficacia altrettanto vincolante, come protocolli e circolari; infine, come si vedrà tra breve, il preteso carattere "vincolante" delle interpretazioni della Corte Edu, affermato dalla sentenze costituzionali nn. 348 e 349 del 2007.

Si manifesta qui un'intrinseca debolezza del principio della separazione tra i poteri. Montesquieu immaginava un potere giudiziario « per così dire, invisibile e nullo ». Mai previsione fu così clamorosamente smentita. Se nella realtà vi è un potere "forte", è quello giudiziario. Lo ha mirabilmente espresso il grande storico Jules Michelet in un passo che conviene riportare per intero, dove denunciava l'incoerenza, all'inizio della Rivoluzione francese, di affidare ai

⁷ Sulla vicenda v. P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, 78 s.

⁸ Sentenza n. 1 del 2013 sulle intercettazioni "casuali" del Presidente della Repubblica.

vecchi parlamenti l'amministrazione della giustizia secondo le nuove leggi: « Come si poteva misconoscere a tal punto l'onnipotenza, modesta, sorda, ma terribile, del potere giudiziario, la sua invincibile forza di assorbimento? Qualunque potere ha bisogno di esso; esso, al contrario, fa a meno degli altri. Datemi il potere giudiziario; tenetevi le vostre leggi, le vostre ordinanze, tutto quel mondo di cartacce; io mi incarico di far trionfare il sistema più contrario alle vostre leggi »⁹.

5. Servi della legge?

Bisogna, d'altro canto, riconoscere che sul piano culturale non mancano autorevoli prese di posizione critiche verso il primato della legislazione come fonte di diritto e la funzione ad essa subordinata del diritto vivente. Citerò a questo riguardo alcuni rilievi di Paolo Grossi in un suo recente scritto¹⁰: « Dovremmo precisare più puntualmente che la crisi c'è, ma è crisi delle fonti, ossia di quell'ingabbiamento coercitivo e innaturale nel quale abbiamo costretto le fonti del diritto. Dovremmo toglierci di dosso quella veste strettissima dell'esegesi che la modernità ci ha buttato sulle spalle rendendoci servi della legge. Dovremmo smettere di gloriarci di questa servitù, che ci impedisce di svolgere il ruolo che ci viene attualmente richiesto: che non è il ruolo di esegeti, bensì di interpreti *inventori* ». « Inventori — precisa in nota l'illustre A. — nel senso (suggerito dall'*invenire* latino) che vo ripetendo con insistenza in questi ultimi anni: di cercatori di un ordine giuridico riposto, non appariscente ma esistente: che va trovato, individuato, definito tecnicamente ». « Né si tratta di perdere una identità per ricrearne un'altra. Al contrario, si tratta di riscoprire quella identità *inventiva* di cui si gloriarono i giuristi della Roma classica e post-classica, i giuristi dello *ius commune* medioevale, ieri ed oggi i giuristi di *common law* ».

Credo sia opportuno distinguere. Se con l'espressione *servi della legge* si allude ad una sorta di schiavitù verso la lettera della legge o a un automatismo nell'applicazione della legge, non mediato da un'attività interpretativa — secondo un brutale slogan del tipo, *la legge non si interpreta, ma si applica* — ben si comprende la resistenza ad accettare una simile servitù. Ma è questa una prospettiva che nessuno oggi potrebbe ragionevolmente sostenere e a cui, anche in passato, ben pochi devono avere seriamente creduto. Se, invece, correttamente si intende la soggezione alla legge come impegno interpretativo che, avendo come punto di partenza la lettera del testo, individua con un'argomentazione sistematica il suo plausibile significato in rapporto al *thema decidendum*, non v'è ragione di deplorare la "servitù" rispetto alla legge. Anzi, si può

⁹ J. MICHELET, *Storia della rivoluzione francese* [1847], trad. it., vol. I, Milano, 1981, 261.

¹⁰ *Verso il domani. La difficile fase della transizione*, in *Percorsi giuridici della post-modernità*, a cura di R.E. KOSTORIS, Bologna, 2016, 40 s.

ripetere, proprio con un giurista della Roma classica: *Legum servi sumus ut liberi esse possimus*. La ricerca dell'« ordine giuridico riposto, non appariscente ma esistente [...] che va trovato, individuato, definito tecnicamente » non deve risolversi in un alibi per forzare o tradire, in nome dei valori personali dell'interprete, il senso ragionevolmente ascrivibile alla legge; specie nella materia penale, dominata dai principi di stretta legalità e tassatività.

6. Soggezione alla sola legge vs interpretazioni vincolanti

Ma vi è un ulteriore elemento che ha contribuito a indebolire fortemente il principio della soggezione del giudice alla sola legge, nella sua duplice valenza positiva e negativa. Se tale principio nella versione positiva esige dal giudice fedeltà alle disposizioni di legge, salvo ovviamente il potere di eccepirne l'illegittimità costituzionale, nella versione negativa (deducibile dall'avverbio *soltanto*) implica che nessuna autorità, se non appunto la legge, possa imporre vincoli alla sua attività interpretativa. Lo ha più volte ribadito la stessa Corte costituzionale: il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art. 101, secondo comma, Cost., con il quale si « esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto » (sentenze n. 40 del 1964, n. 234 del 1976, n. 49 del 2015).

Ebbene, questa fondamentale regola, espressa in termini così netti e chiari dalla Corte costituzionale, è stata profondamente scossa da un'affermazione contenuta nella motivazione di altre due sentenze della medesima Corte. Alludo alle sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007, le quali, accanto a condivisibili principi sul valore para-costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ne hanno teorizzato uno, a mio avviso, insostenibile: la Convenzione europea va applicata « come interpretata dalla Corte europea ». In altri termini, le interpretazioni della Convenzione europea, che i giudici di Strasburgo enunciano nella motivazione delle loro pronunce, sarebbero vincolanti.

Riassumo in tre semplici rilievi il mio fermo dissenso ¹¹ da questo assunto:

1) Non esiste alcuna disposizione nazionale o sovranazionale che attribuisca carattere vincolante alle interpretazioni della Convenzione contenute nelle decisioni di Strasburgo. Il fatto che la Corte europea sia un organo di ultima istanza non basta a conferirle un monopolio interpretativo sulla Convenzione, allo stesso modo in cui la Cassazione non ha il monopolio sull'interpretazione della legge, né la Corte costituzionale quello sull'interpretazione della Costitu-

¹¹ Da ultimo espresso in *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, 2^a ed., Torino, 2017, 291 s.

zione¹²; nessuno dei tre giudici può rivendicare efficacia *erga omnes* all'interpretazione della fonte normativa che gli è sovraordinata. Naturalmente nessuno nega che le interpretazioni della Corte europea siano autorevoli precedenti che il giudice non deve ignorare ma tenere nella massima considerazione; con la possibilità, tuttavia, di disattenderli ove disponga di buone ragioni per non ritenerli persuasivi¹³.

2) È principio fondamentale che le decisioni di ogni organo giurisdizionale vincolino rispetto a ciò che accertano, vale a dire rispetto a ciò che risulta dal dispositivo, che è, per l'appunto, un comando o un enunciato performativo volto a risolvere la singola controversia, a *imporre* la parola del diritto (*condanno, assolvo, dichiaro violato l'art. 6 della Convenzione europea*, ecc.). La motivazione non *impone* nulla, *esprime* le ragioni del decidere, il percorso argomentativo seguito dal giudice in fatto e in diritto, condizione necessaria perché la sentenza non risulti solo manifestazione di un *potere* ma anche frutto di un *sapere*¹⁴. Tuttavia, come ogni attività puramente conoscitiva, la motivazione non possiede alcuna forza vincolante: gli argomenti e le ragioni non costituiscono comandi, valgono solo in forza della loro persuasività¹⁵. Per una elementare regola logica, prima ancora che giuridica — purtroppo ignorata dalle sentenze gemelle — non si può trasformare un esercizio di ragione in un comando. Le ragioni convincono, gli ordini vincolano¹⁶.

Questo, naturalmente, non esclude che la motivazione possa svolgere una funzione interpretativa del comando racchiuso nel dispositivo, chiarendone il significato, quando questo appaia dubbio; né che il dispositivo possa richiamare *per relationem* una frase della motivazione, integrando in tal modo il contenuto del comando. Ma, in entrambi i casi, l'effetto vincolante deriva *unicamente* dal dispositivo il cui senso viene ricostruito in sede interpretativa: non una sillaba della motivazione può essere convertita in un comando, se non nella stretta misura in cui il dispositivo l'abbia implicitamente o espressamente recepita. Le ragioni espresse nella motivazione corrispondono a opinioni e convinzioni più

¹² La Corte costituzionale è giudice delle leggi ma l'interpretazione del precetto costituzionale, che si evince dalla motivazione, pur avendo grande autorità, è priva di efficacia vincolante; vincolante è solo l'interpretazione, espressa nel dispositivo, che riguarda la legge ordinaria dichiarata illegittima. Non esiste da questo punto di vista un monopolio interpretativo dei giudici della Consulta sulla Costituzione.

¹³ V., al riguardo, M. DANIELE, *Norme processuali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, 1693 s.

¹⁴ Mentre negli enunciati performativi del dispositivo, tipici dell'esercizio di un *potere*, il movimento è dal giudice verso la realtà, in quelli descrittivi della motivazione, tipici dell'esercizio di un *sapere*, il movimento è, all'opposto, dalla realtà verso il giudice: v., in proposito, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 6 s.

¹⁵ Per la medesima ragione le affermazioni della Corte costituzionale sul preteso carattere vincolante delle interpretazioni della Corte europea non sono, a loro volta, vincolanti.

¹⁶ Fermo restando, ovviamente, che un ordine contenuto nel dispositivo potrebbe essere illegittimo (ad esempio, la condanna ad una pena non prevista dalla legge).

o meno solide, più o meno determinate nei contorni; e, sino a che il giudice non le traduce in comandi o in categoriche asserzioni attraverso il *fiat* del dispositivo, non possono assumere efficacia vincolante; così come, in una legge o in un codice, la relazione illustrativa, pur di grande utilità a fini interpretativi, è priva della forza prescrittiva, riservata solo al testo delle singole disposizioni.

L'idea che nelle sentenze della Corte europea ogni passo della motivazione in tema di diritto si converta in un *dictum* vincolante sarebbe semplicemente bizzarra, se non fosse anche sovversiva, capace di eclissare la sovranità della Convenzione, sostituita da quella dei giudici di Strasburgo. Il parametro, alla cui stregua si valuta la correttezza delle interpretazioni, è la Ragione e non la conformità a quanto affermato da un organo di vertice.

3) Sotto il profilo costituzionale, la soggezione del giudice alla sola legge implica che i precedenti giurisprudenziali, pur dovendo essere tenuti nel massimo conto, abbiano un valore semplicemente *persuasivo*, privo dell'efficacia vincolante che è riservata alla legge: e, infatti, vincolante è solo l'interpretazione autentica, effettuata dal legislatore stesso. Essenziale è, ancora una volta, la distinzione tra il diritto vigente, che si impone come vincolante *erga omnes*, e il diritto vivente, elaborato dalla giurisprudenza, la cui efficacia è limitata all'oggetto della decisione. Come il legislatore non deve interferire sull'interpretazione della legge nel singolo processo, così il giudice non può pretendere che le sue interpretazioni siano vincolanti, trasformando il diritto vivente in diritto vigente¹⁷. Attribuire efficacia vincolante alle interpretazioni della Corte Edu equivale di fatto a consegnarle un inusitato potere di revisione del testo convenzionale: qualunque significato essa attribuisse a una disposizione della Convenzione, anche il più lontano e contraddittorio rispetto al relativo testo, si convertirebbe in diritto vigente. Si noti che il vincolo alle interpretazioni espresse dalla Corte europea è fenomeno ben diverso dallo *stare decisis*, tipico degli ordinamenti angloamericani: in quest'ultimo, infatti, il vincolo non riguarda l'interpretazione della legge ma la soluzione del caso concreto in base alle *regulae iuris*, con la conseguenza che il giudice ha sempre la possibilità di abbandonare il precedente, asserendo che il caso sottoposto al suo esame è diverso da quello già deciso.

7. Disorientamenti giurisprudenziali

Come prevedibile, il primo effetto delle sentenze gemelle è stato lo spostamento dell'attenzione dal testo della Convenzione europea alla giurisprudenza della Corte europea. Esempio, al riguardo, la menzionata sentenza costituzionale n. 200 del 2016 in materia di *ne bis in idem*, la quale si adegua acriticamente alla nozione "naturalistica" e non "giuridica" del fatto, proposta dalla Corte

¹⁷ In proposito v. L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, 2013, 57 s.

europea, senza spendere una sola parola sulla circostanza che l'art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu parla di *infractio*, ossia di entità giuridica come il reato, e non di *fatto*¹⁸.

Beninteso, nessuno nega l'importanza della giurisprudenza ma, in regime di soggezione alla sola legge, il testo prioritario di riferimento dovrebbe comunque restare quello della Convenzione, del quale invece gli operatori hanno finito per disinteressarsi, concentrandosi unicamente sulle interpretazioni di Strasburgo; per una sorta di effetto osmotico, analogo atteggiamento mentale si è sviluppato anche sul terreno delle fonti nazionali, accentuando il primato del diritto vivente a scapito di quello vigente.

Per di più, se obiettivo delle sentenze gemelle era di garantire l'uniforme applicazione della Convenzione europea, non solo tale obiettivo non si è realizzato ma addirittura si è prodotto l'esito opposto. La Corte europea, giudice del singolo processo, nell'accertare la violazione dei principi convenzionali, tiene conto di una serie di elementi strettamente ancorati alla specificità del caso e tradizionalmente ritenuti estranei ai nostri giudizi di merito e di legittimità: il pregiudizio subito in concreto dal ricorrente, la lealtà del comportamento processuale delle parti, le istanze presentate e la loro sorte, la natura del reato contestato, ecc. Si tratta di un giudizio informato a criteri di equità che è assai difficile formalizzare in principi: questi, seppure espressi, lo sono in una forma embrionale, provvisoria, soggetta a successive rettifiche, ridefinizioni e, talora, capovolgimenti. Al punto che, ad elencare i principi a base del giudizio della Corte, se ne dovrebbe individuare uno diverso per ogni caso sottoposto al suo esame.

Il risultato della sovrapposizione tra il metodo empirico seguito della Corte europea e l'obbligo del giudice nazionale di conformarsi alle sue interpretazioni è stato un generale disorientamento della giurisprudenza e della dottrina. La giurisprudenza, allarmata oltre misura dal timore di porsi in contrasto con gli indirizzi della Corte europea, ma al tempo stesso disorientata dalla pluralità di letture a cui si prestano, ha inondato di questioni di legittimità la Corte costituzionale e, talora, forzato il significato delle nostre leggi con un'interpretazione adeguatrice che di fatto sconfinava nella disapplicazione. La dottrina, sedotta dall'impossibile sogno di proporsi come interprete-pilota della giurisprudenza di Strasburgo, ha costruito castelli di sabbia sulle motivazioni, sempre condizionate dallo specifico quadro processuale, di questa o quella decisione della Corte europea; destinati, come prevedibile, a crollare al sopraggiungere di nuove pronunce, all'apparenza di opposto tenore ma in realtà soltanto frutto del diverso contesto di riferimento.

Il singolare risultato di questa attenzione, tutta concentrata su ogni parola dei giudici europei, è che proliferano le più fantasiose letture della giurispru-

¹⁸ Al riguardo, v. P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit*, cit., 79 s.

denza di Strasburgo. Esistono ormai vasti territori in cui nessuno è in grado di stabilire con precisione quale sarebbe la disciplina conforme alla Convenzione, come interpretata dalla Corte europea: si pensi al *ne bis in idem*, sia sotto il profilo del doppio binario sanzionatorio sia sotto il profilo dell'identità del fatto, alla modifica della qualifica giuridica del fatto come enunciata nell'atto di accusa, al valore delle dichiarazioni rese da testi non comparsi al dibattimento, ecc. Potremmo definire la Corte di Strasburgo come un Re Mida, con la variante che tutto ciò che tocca diventa incerto, vago, spesso indecifrabile.

Analogo discorso — sia detto di sfuggita — può svolgersi sui rapporti tra il diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte di giustizia, e il diritto interno. Che il diritto dell'Unione prevalga su quello interno va bene sino a che si tratta di leggi ordinarie. Ma, come noto, la Corte costituzionale afferma che prevalga anche sulle disposizioni costituzionali in forza dell'art. 11 Cost., restando come limite alla sua efficacia solo le norme costituzionali relative ai diritti fondamentali (i cd. "controlimiti")¹⁹; e vi è chi ritiene che neppure la soggezione del giudice alla sola legge sia un controlimite. Dunque, salvo i controlimiti, un regolamento o una direttiva sarebbe in grado di neutralizzare una disposizione costituzionale. Che dico? Anzi, basterebbe una decisione della Corte di giustizia. E tutto ciò avverrebbe come effetto, appunto, dell'art. 11 Cost.

Si legga questa disposizione che parla di ripudio della guerra, di affermazione della pace e della giustizia e ci si chieda se sia ragionevole intenderla come capace di mandare in fumo, nel nome degli interessi economici dell'Unione, gli stessi precetti costituzionali. Accettare limitazioni alla sovranità per salvaguardare la pace e la giustizia, come espressamente dice l'art. 11 Cost., è del tutto ragionevole. Invocare questa disposizione anche per la tutela degli interessi economici dell'Unione, tali da prevalere sui precetti costituzionali non riconducibili a quelli supremi, a me pare arbitrario. Non vi è nulla nel testo dell'art. 11 Cost. che possa suffragare una simile conclusione

8. Ripensamenti della Corte costituzionale

La Corte costituzionale si è, a modo suo, avveduta delle nefaste conseguenze derivanti dal carattere vincolante delle interpretazioni svolte dalla Corte europea e ha provveduto a ridimensionarne notevolmente l'ambito operativo. Dapprima ha riconosciuto ai giudici nazionali un margine di apprezzamento sulle interpretazioni della Corte europea per favorirne l'adattamento agli ordinamenti interni. Poi — con una radicale svolta rispetto alle premesse concettuali contenute nelle sentenze gemelle del 2007 — ha affermato che « anche in rapporto alle norme Cedu » vale la regola « che il giudice non riceva se non

¹⁹ Sentenza n. 232 del 1989; da ultimo ordinanza n. 24 del 2017.

dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto »²⁰. Il distacco dall'infelice assunto delle sentenze gemelle non potrebbe essere più netto.

Spiace che a queste condivisibili parole non corrisponda altrettanta coerenza nelle conclusioni, dove la Corte, con un distinguo alquanto sfuggente, relativizza e parzialmente smentisce i principi appena affermati: « è, pertanto, solo un 'diritto consolidato', generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo ». Il timore, tipico degli organi di vertice, di vedere scossa la propria autorità con l'ammissione di un errore, ha evidentemente indotto i giudici della Consulta a non ritrattare per intero l'assunto delle sentenze gemelle, limitandone l'efficacia al solo diritto "consolidato".

Senonché proprio questa distinzione rischia paradossalmente di accrescere il caos interpretativo, per effetto della eccessiva discrezionalità di cui viene investito il giudice nell'accertare se un indirizzo debba o no ritenersi consolidato. La Corte costituzionale segnala come indici negativi « la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano ». Ma sono criteri così vaghi — significativamente definiti *indizi* dalla Corte costituzionale — da consentire ai nostri giudici, nella maggior parte dei casi, di seguire come di disattendere le interpretazioni di Strasburgo. Se la Corte costituzionale si fosse limitata ad affermare l'obbligo di *tenere conto* della giurisprudenza europea, come recita la saggia direttiva contenuta nell'*Human Rights Act 1998* del Regno Unito²¹, né l'autorità della Corte di Strasburgo sarebbe diminuita né la discrezionalità del giudice italiano accresciuta.

²⁰ Cfr. sentenza n. 49 del 2015, dalla quale sono tratte le ulteriori citazioni che seguono nel testo.

²¹ La quale, lungi dal parlare di interpretazioni vincolanti, si limita a stabilire che « *A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any — [...] judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights* »..

9. Il principio di legalità tra legge e giurisprudenza

Il dilemma che si apre a questo punto è chiaro. Assecondare o semplicemente non opporsi alla deriva del diritto vigente, ormai ridotto ad una funzione più programmatica che prescrittiva²², equivarrebbe a spostare l'asse della legalità dalla legge alla giurisprudenza; soluzione quasi auspicata da chi ritiene inevitabile la supplenza della magistratura a fronte di un potere legislativo privo di una visione organica e spesso incline ad assecondare istanze populistiche ed emotive²³. Ma la tutela della legalità e della insopprimibile esigenza di certezza del diritto non può certo realizzarsi spontaneamente attraverso uniformi indirizzi giurisprudenziali. Si finirebbe allora — e qualche segnale già si avverte in questo senso²⁴ — per attribuire alla Corte di cassazione un potere di interpretazione vincolante analogo a quello riconosciuto alla Corte europea.

Non mancano in dottrina autorevoli condivisioni di questa prospettiva. La più significativa è, forse, quella espressa da Francesco Viganò, quando assume come modello di politica giudiziaria e di diritto *in action* « un modo di intendere la giurisprudenza delle Sezioni Unite, da parte della Cassazione nel suo complesso, come formante tendenzialmente vincolante per le decisioni future, a garanzia della prevedibilità e della certezza del diritto per i consociati: un formante dotato di un'autorità analoga — almeno dal punto di vista funzionale — a quello delle pronunce della Corte costituzionale, e tale comunque da modificare *de facto* il diritto vigente attraverso la formazione di un diritto vivente dotato del massimo grado possibile di autorevolezza. Anche a costo [...] di modificare di fatto l'estensione applicativa di una norma incriminatrice, rispetto a quanto desumibile dal suo tenore letterale »²⁵. Come nella successione temporale delle leggi, il diritto vivente espresso dalle Sezioni unite avrebbe la virtù di modificare e, quindi, di abrogare il diritto vigente, ritenuto inadeguato. Nientedimeno.

²² G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 febbraio 2017, secondo cui « il linguaggio del legislatore [...] non è mai stato del tutto prescrittivo, ma [...] oggi è molto meno prescrittivo di un tempo. Quel linguaggio è divenuto sempre più descrittivo e programmatico ». Osservazione pertinente; ma non è chiaro se sia formulata in chiave critica o nella logica della condivisione.

²³ Sulla forte espansione del potere giudiziario, particolarmente accentuata nel settore penale, v. di recente il volume *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, a cura di C. GUARNIERI, G. INSOLERA e L. ZILETTI, Roma, 2016.

²⁴ Orientato in questa direzione è il nuovo testo dell'art. 618 c.p.p. dove, a seguito della riforma Orlando, si obbliga la singola sezione, che non condivida « il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite », a rimettere « a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso ».

²⁵ F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 settembre 2017 (commento alla sentenza delle Sez. unite, 27 aprile 2017 n. 40076).

Dal mio punto di vista il rimedio sarebbe peggiore del male. Consentire che il diritto vivente, pur dotato della massima autorevolezza, possa *de facto* modificare il diritto vigente equivarrebbe a vanificare definitivamente il principio della soggezione del giudice alla sola legge. L'interpretazione della legge si convertirebbe di fatto in un vero e proprio potere nomopoietico, concentrato in una sede verticistica, slegata da qualsiasi rappresentatività; il vincolo ai *dicta* dei giudici di legittimità ridurrebbe sensibilmente lo spazio del contraddittorio sulle questioni di diritto e si sopprimerebbe quella preziosa dialettica con i giudici di merito che può indurre la Cassazione a rivedere e perfezionare i propri indirizzi. Il minimo che a questo punto si dovrebbe pretendere è di trasformare la Cassazione in un organo elettivo, collocato presso il parlamento.

Contrastare questa deriva, rivendicando effettività al primato democratico della legislazione e al principio della soggezione del giudice alla sola legge, appare un compito assai difficile; quasi una sfida impossibile, perché implica una condizione oggi del tutto assente, ossia l'impegno del legislatore alla chiarezza e precisione del linguaggio e, quindi, al rispetto in materia penale dei principi di stretta legalità e di tassatività. Ma è anche un compito perfettamente ragionevole. Non è un buon metodo quello di arrendersi ed accettare come inevitabile l'inefficienza di un potere legislativo che, per non assumere la responsabilità delle sue scelte, si relega a suddito di quello giudiziario. Sino a che resta ferma la tripartizione dei poteri, compito della magistratura non è di *revisionare* o di *perfezionare* le leggi ma di *interpretarle*, tenendo conto dei rapporti di gerarchia e di successione che si pongono tra le diverse fonti normative; le disfunzioni di un potere non possono trovare il correttivo nelle disfunzioni di un altro potere. Come giustamente osservato da Luigi Ferrajoli, « nell'attuale dissesto della legalità non c'è nulla di naturale e di inevitabile, essendo ben possibile una sua rifondazione che la scienza giuridica non può non promuovere progettando, in attuazione del paradigma costituzionale, le garanzie idonee a restituire alla legislazione capacità regolative »²⁶.

²⁶ L. FERRAJOLI, *La logica*, cit., 178.

4.

LA NUOVA CULTURA DELL'INAMMISSIBILITÀ FRA PARADOSSI E FINZIONI LEGISLATIVE

di *Oliviero Mazza*

1. Cultura dell'inammissibilità versus cultura della legalità

Sono trascorsi ormai sedici anni dall'istituzione della speciale Sezione settima della Cassazione per l'esame preliminare dei ricorsi. Un lasso di tempo non trascurabile nel corso del quale è maturata in seno alla stessa Suprema Corte una vera e propria *cultura dell'inammissibilità*¹ intesa quale reazione dell'ordinamento agli abusi che si presumono commessi dalle parti nell'impiego dilatorio e strumentale del ricorso.

La riforma legislativa spiega però solo in parte la straordinaria fortuna che questa forma d'invalidità ha riscosso, soprattutto nell'elaborazione giurisprudenziale. La Corte assediata dal sovraccarico di lavoro che grava sui suoi magistrati² ha deciso di porre in essere forme di autodifesa, probabilmente sproporzionate rispetto alla reale consistenza della minaccia e comunque calibrate sostanzialmente su un unico possibile rimedio rappresentato dall'inasprimento dei filtri volti alla deflazione dei ricorsi³.

La pur evocativa metafora della Corte che tenta di togliere l'assedio, riducendo le forze degli assediati e rendendo più difficile l'accesso alla "fortezza", non chiarisce fino in fondo le imponenti dimensioni del fenomeno che finisce per abbracciare circa il 60% delle impugnazioni. Se la Cassazione volesse solo alleggerire l'assedio, probabilmente le declaratorie d'inammissibilità sarebbero contenute in numeri meno impressionanti. A ben vedere, l'inammissibilità viene oggi impiegata su larga scala dalla Corte nella consapevolezza che non si tratta solo di un'arma impropria di legittima difesa, di tutela della propria efficienza operativa, ma rappresenta altresì una categoria dalle illimitate potenzialità nello scongiurare l'abuso, vero o presunto che sia, delle impugna-

¹ Per una condivisibile rivisitazione critica della *cultura dell'inammissibilità*, v. L. MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Torino, 2004, 159 ss.

² Il fenomeno è stato oggetto di particolare attenzione da parte dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale, come testimonia lo svolgimento di ben tre convegni dedicati al tema della *Corte assediata*: il Convegno di Napoli del 18 maggio 2012, che ha dato origine alla omonima Carta; il Convegno di Roma del 27-29 settembre 2012, i cui atti sono ora pubblicati in AA.VV., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, 2014; il secondo Convegno di Napoli, svoltosi il 13 giugno 2014 presso l'Università Parthenope. La navetta Roma-Napoli non ha, tuttavia, prodotto i risultati sperati, quantomeno in termini di riforme.

³ Per alcune considerazioni critiche al riguardo, sia consentito rinviare a O. MAZZA, *La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014, 1 ss.

zioni a fini prescrizionali. In particolare, l'inammissibilità dovuta alla manifesta infondatezza dei motivi, non consentendo il formarsi di un valido rapporto d'impugnazione, preclude la possibilità di rilevare e dichiarare le cause di non punibilità a norma dell'art. 129 c.p.p. anche all'esito della discussione in udienza pubblica⁴. Appare così evidente l'utilizzo teleologicamente orientato di un'arma fin troppo affilata che consente alla Corte suprema una piena discrezionalità nell'individuare *ex post* lo sfuggente discrimine fra rigetto e inammissibilità, fra infondatezza e manifesta infondatezza, nello spostare, di volta in volta, quella sottile linea che separa il proscioglimento dalla conferma della condanna, pur in presenza della ormai maturata prescrizione del reato⁵.

In questo scenario è impossibile rapportarsi alle categorie dogmatiche senza tener conto della loro trasformazione pratica per finalità di politica giudiziaria. Sarebbe anacronistico e metodologicamente scorretto limitare il ragionamento alla mera sistemazione concettuale della forma d'invalidità in questione, ignorando la ben diversa portata applicativa assunta da uno strumento di selezione dei ricorsi che si spinge ben oltre il perimetro della pura e semplice patologia processuale.

Occorre allora prendere atto della dilagante *cultura dell'inammissibilità* la quale può forse essere arginata solo contrapponendole un forte richiamo alla superiore *cultura della legalità* che consenta, al tempo stesso, di smascherare l'idolo dell'abuso del ricorso.

L'inammissibilità è da sempre la forma d'invalidità che più di tutte le altre sconta una carente elaborazione scientifica⁶. Il problema affonda le sue radici nelle indubbe imperfezioni del linguaggio legislativo, che rifiuta definizioni organiche, ma trova spiegazione anche nella difficoltà di inquadrare concettualmente un vizio/sanzione che presenta una generale portata applicativa e che, limitando il discorso al piano delle impugnazioni, genera una pronuncia nettamente contrapposta alla decisione sul merito, avente carattere di priorità logico-giuridica rispetto a quest'ultima. La domanda inammissibile, in quanto carente dei requisiti di legge, « fondata o no, cade nel vuoto, *fin de non recevoir* »⁷.

Senza dover scomodare il controverso concetto di rapporto processuale,

⁴ Cass. pen., Sez. IV, n. 18641 del 20 gennaio 2004, n. 18641, in C.E.D. Cass., n. 22834901.

⁵ Il problema era stato posto (e correttamente risolto) da Cass. pen., Sez. un., 11 novembre 1994, n. 21, C.E.D. Cass. n. 19990301, nella cui motivazione si sottolineava « che il discrimine tra manifesta infondatezza e (semplice) infondatezza dei motivi è incerto e pone il giudice di fronte a una scelta talvolta opinabile, che però agli effetti pratici non è fonte di conseguenze radicalmente diverse se concerne solo l'alternativa tra inammissibilità e rigetto del ricorso, mentre diventerebbe assai impegnativa se l'inammissibilità per manifesta infondatezza dovesse considerarsi preclusiva di un proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p. ».

⁶ Aspetto già segnalato da G. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968, 1 ss.

⁷ F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, Torino, 1992, 700.

pur tanto caro alla giurisprudenza, si può ritenere che l'atto inammissibile sia inidoneo a introdurre una sequenza procedimentale eventuale come il grado d'impugnazione. Ad esempio, l'atto introduttivo che difetta dei requisiti di legge è inidoneo ad avviare il relativo giudizio che dovrebbe sfociare in una pronuncia di merito, ma che, in quanto geneticamente invalido, verrà bloccato da una pronuncia sul rito preclusiva dell'operatività dell'art. 129 c.p.p.

In tale quadro sistematico si colloca anche la particolare causa d'inammissibilità del ricorso per cassazione determinata dalla manifesta infondatezza dei motivi (art. 606, comma 3, c.p.p.).

Per tentare una corretta ricostruzione dell'istituto, è opportuno osservare, anzitutto, che l'inammissibilità è una patologia del ricorso e non del motivo che lo sorregge. Il motivo manifestamente infondato non è inammissibile ma determina l'inammissibilità del ricorso che solo su di esso si regga. Si pongono fuori dal sistema quelle pronunce che statuiscono la parziale inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza o per altri vizi che riguardino singoli motivi e non i motivi nel loro complesso. Non è consentito trasferire sui motivi una forma di invalidità che *ex lege* riguarda testualmente il ricorso. L'unico caso in cui si può realizzare questo *transfert* è rappresentato, appunto, dal ricorso sorretto esclusivamente da motivi difformi dal modello legale, secondo quanto espressamente stabilito dagli art. 591 e 606, comma 3, c.p.p.

Da questa elementare constatazione si può ricavare una prima rilevante conclusione: condizione necessaria per dichiarare l'inammissibilità del ricorso è che tutti i motivi proposti siano connotati dalla manifesta infondatezza o da altra difformità rispetto alla fattispecie legale. Basterebbe un solo motivo semplicemente infondato per escludere la possibilità della declaratoria di inammissibilità del ricorso. Il ricorso resta un atto unitario e inscindibile anche quando abbia oggetti specificamente distinti, rappresentati dai singoli capi e dai punti della sentenza complessa oggetto di critica nonché dai relativi motivi di doglianza.

La questione presenta ricadute non secondarie, posto che la declaratoria di estinzione del reato è preclusa solo dall'inammissibilità del ricorso, rimanendo altrimenti un dovere del giudice pronunciarsi sull'impugnazione, con conseguente obbligo di rilevare d'ufficio l'eventuale prescrizione del reato ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

L'inammissibilità parziale del ricorso, determinata dalla manifesta infondatezza dei motivi circoscritti ad alcuni capi della sentenza, è una costruzione giurisprudenziale che sovverte le categorie legislative. Come detto, l'inammissibilità è riferita esclusivamente al ricorso e si realizza quando tutti i motivi non corrispondano al modello legale. Il ricorso, ancorché di contenuto complesso, è un atto unitario e inscindibile che non può essere oggetto di considerazione frazionata ai fini della valutazione della sua ammissibilità. La giurisprudenza, al contrario, riversa sul ricorso l'autonomia e la scindibilità logico-giuridica dei capi della sentenza, a volte addirittura dei punti, per concludere che in assenza

di un valido motivo riferito al capo impugnato il ricorso sarebbe inammissibile *in parte qua*.

Nel tentativo di argomentare quest'affermazione, le Sezioni unite hanno recentemente richiamato i concetti di rapporto processuale d'impugnazione e di azione penale. Nella massima ufficiale si afferma che « in caso di ricorso avverso una sentenza di condanna cumulativa, che riguardi più reati ascritti allo stesso imputato, l'autonomia dell'azione penale e dei rapporti processuali inerenti ai singoli capi di imputazione impedisce che l'ammissibilità dell'impugnazione per uno dei reati possa determinare l'instaurazione di un valido rapporto processuale anche per i reati in relazione ai quali i motivi dedotti siano inammissibili, con la conseguenza che per tali reati, nei cui confronti si è formato il giudicato parziale, è preclusa la possibilità di rilevare la prescrizione maturata dopo la sentenza di appello »⁸. Giudicato parziale, rapporto processuale, azione penale sono tutti concetti che riguardano la sentenza, ma che nulla hanno a che vedere con la validità del ricorso. Peraltro, se l'azione penale fosse davvero autonoma e scindibile all'interno di un processo unitario celebrato a carico del medesimo imputato per più imputazioni, non si spiegherebbe il diverso atteggiamento assunto dalla giurisprudenza nel negare la richiesta parziale dei riti premiali⁹.

Rimanendo però al tema delle impugnazioni, dal tenore letterale degli art. 591 e 606, comma 3, c.p.p. si desume chiaramente che l'inammissibilità è un predicato del ricorso, non dei motivi. Se l'impugnazione è retta anche solo da un valido motivo e risponde agli altri requisiti di forma, la stessa è valida ed è idonea a introdurre il giudizio d'impugnazione. Una volta instauratosi validamente il procedimento eventuale rappresentato dal grado di impugnazione, il giudice dovrà poi pronunciarsi sui motivi che rispondono al modello legale, eventualmente dichiarando l'inammissibilità dei restanti, ma avrà altresì il dovere di esercitare i poteri officiosi che derivano dalla valida instaurazione del procedimento d'impugnazione. Il procedimento/giudizio di impugnazione è un concetto unitario così come è unitario e inscindibile il ricorso che lo introduce.

Al contrario, l'espedito interpretativo impiegato dalla giurisprudenza è sottile e tende a sostituire i concetti giocoforza unitari di procedimento e di impugnazione e con quello di rapporto processuale, scomponibile in funzione dei capi della sentenza.

⁸ Cass. Pen., Sez. un., 27 maggio 2016, n. 6903, in C.E.D. Cass., n. 26896601.

⁹ Sull'inammissibilità della richiesta parziale di patteggiamento o di giudizio abbreviato, v. Cass. pen., Sez. V, 16 novembre 2015, n. 11905, in C.E.D. Cass., n. 26647901; Cass. pen., Sez. III, 23 maggio 2013, n. 41138, in C.E.D. Cass., n. 25692901; Cass. pen., Sez. IV, 05 luglio 2006, n. 30096, in C.E.D. Cass., n. 23518201. Di recente, si è precisato che è « inammissibile la richiesta di patteggiamento riguardante soltanto alcuni dei reati contestati all'interno di uno stesso procedimento, salvo che l'azione penale sia stata esercitata nei confronti del medesimo imputato per fatti tra loro non connessi, o che comunque non potrebbero essere nemmeno riuniti ai sensi dell'art. 17, c.p.p., nel qual caso la separata definizione è utile alla speditezza del processo » (Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 2016, n. 10109, in C.E.D. Cass., n. 26624901).

Al di là della questione dogmatico ricostruttiva incentrata sui contrapposti concetti di procedimento e di rapporto processuale, rimane il dato normativo che riferisce testualmente l'inammissibilità al ricorso e non ai motivi. In presenza di un ricorso valido, perché sorretto anche da un solo motivo valido, prende avvio il procedimento di impugnazione e il giudice è investito dell'intera regiudicanda perimetrata dai capi e dai punti fatti oggetto di valida impugnazione. Poi ovviamente i motivi potranno in parte essere rigettati, o anche in parte dichiarati manifestamente infondati, ma ciò non toglie che i poteri-doveri di intervento officioso dovranno essere esercitati sull'intera cornice della impugnazione che, retta da almeno un valido motivo, ha devoluto alla cognizione del giudice tutti i capi impugnati. Non può teorizzarsi il giudicato parziale o comunque una preclusione sui capi o addirittura sui punti oggetto del ricorso ammissibile, ancorché in parte sorretto da motivi manifestamente infondati. Sarebbe un paralogismo affermare che un ricorso valido e ammissibile non sia in grado di far sorgere il dovere per il giudice di pronunciarsi *ex art. 129 c.p.p.* sui capi impugnati. La giurisprudenza coglie perfettamente questo aspetto e lo supera teorizzando l'inammissibilità parziale del ricorso, frutto della indebita trasposizione dell'invalidità dall'atto di impugnazione ai motivi, in palese violazione di quanto disposto dal codice di rito.

Senza dimenticare che la materia delle invalidità è sottoposta a un principio di tassatività che in qualche modo rafforza quello generale di legalità processuale sancito dall'art. 111, comma 1, Cost. L'atto risulta inammissibile solo quando lo stabilisca una disposizione codicistica e nessuna disposizione regola l'inammissibilità parziale del ricorso per cassazione o delle altre impugnazioni dovuta alla parziale manifesta infondatezza dei motivi.

Non è difficile comprendere come la giurisprudenza ricostruisca un sistema dell'invalidità delle impugnazioni *praeter* o *contra legem*, ispirato da quella cultura dell'inammissibilità che nella prassi applicativa risulta antitetica alla cultura della legalità. L'ermeneutica lascia così spazio a previsioni di matrice giurisprudenziale ispirate dall'esigenza di giustificare *ex post* il raggiungimento di uno scopo politico costituito dalla sterilizzazione della prescrizione del reato. Posto l'obiettivo, la procedura penale del fine riuscirà sempre a giustificare i mezzi impiegati per il suo raggiungimento.

Stando così le cose, si potrebbe quasi salutare con favore la scelta della recente legge Orlando, per altri versi pernicioso e contestabile, di sospendere i termini della prescrizione per tre anni nel corso delle impugnazioni proposte avverso una sentenza di condanna. Sgombrando il terreno dalla lotta della giurisprudenza contro il tempo, potrebbe riemergere la forza cogente del diritto che vuole l'inammissibilità un vizio dell'impugnazione e non dei motivi.

2. *Ego te baptizo piscem*: la finzione nella nomopoiesi legislativa

Altre e forse ancor più gravi aporie si manifestano in tema d'inammissibilità

del ricorso per manifesta infondatezza dei motivi. Su questo diverso versante, tuttavia, la responsabilità non va ascritta alla libertà ermeneutica della giurisprudenza creativa, avendo il legislatore fatto la sua parte grazie alla espressa previsione di una peculiare causa di inammissibilità del ricorso per cassazione che ha davvero poco a che spartire con il concetto di invalidità.

L'infondatezza dei motivi, più o meno marcata, attiene alla fisiologia dell'impugnazione. La domanda proposta dall'impugnante viene respinta dal giudice che non la ritiene fondata. Siamo nel campo delle valutazioni sul merito dell'impugnazione e, come detto, nella fisiologia di un atto valido che può essere accolto o rigettato.

La manifesta infondatezza è solo una variante dell'infondatezza che dovrebbe misurarsi sulla base di un criterio quantitativo rimasto inevitabilmente vago. Il discrimine non è rappresentato da un criterio qualitativo, il motivo infondato o manifestamente infondato è pur sempre infondato. Quello che viene in rilievo è la misura "quantitativa" dell'infondatezza, ossia quanto sia infondato (tanto o poco) il motivo proposto, ma la tipologia del giudizio non cambia e, va ribadito, ricade pur sempre nell'ambito delle valutazioni sul merito dei motivi che non convincono il giudice.

L'ulteriore paradosso della costruzione normativa risiede nell'impossibilità di stabilire con sufficiente determinatezza quanto debba essere infondato il motivo per risultare manifestamente infondato. Come nel paradosso del sorite, non si riesce a individuare la misura della infondatezza capace di trasformare una mera distinzione quantitativa in quella qualitativa che segna il passaggio dall'atto valido a quello invalido (inammissibile). La teoria degli insiemi *fuzzy*¹⁰, applicata all'inammissibilità, presenta evidenti tratti di illegittimità costituzionale per violazione del principio di legalità processuale, sancito dall'art. 111, comma 1, Cost., alla luce del quale meriterebbe di essere scrutinata la previsione dell'art. 606, comma 3, c.p.p. Detto per inciso, se tale questione di legittimità venisse sollevata, sarebbe un *leading case* non solo per la palese indeterminazione della disposizione processuale penale sottoposta al giudizio della Corte ma anche perché, inspiegabilmente, in quasi diciotto anni di vigenza, il principio costituzionale non è mai stato invocato quale parametro di riferimento, come se si trattasse di una previsione meramente programmatica non immediatamente precettiva. La manifesta infondatezza è un concetto che si pone agli antipodi di quanto richiesto a una previsione normativa rispettosa del corollario di tassatività-determinatezza che discende direttamente dal principio di legalità processuale.

I tratti di evidente asistematicità e illogicità della scelta legislativa hanno creato, almeno in un primo momento, non poche difficoltà alla stessa giurisprudenza costretta ad ammettere « che, in linea di principio, l'esame di ammissi-

¹⁰ Sui rapporti fra logica *fuzzy* e paradosso del sorite, v. B. KOSKO, *Il fuzzy-pensiero. Teoria e applicazioni della logica fuzzy*, Milano, 1993, 119 ss.

bilità dell'impugnazione ha natura preliminare, inteso com'è a stabilire se siano state rispettate le condizioni dalla cui osservanza dipende la regolarità del processo. E che la relativa indagine deve sempre precedere quella concernente il merito, costituendo l'inammissibilità un ostacolo ad ogni altra decisione. Ma nell'ipotesi di ricorso per cassazione proposto per motivi manifestamente infondati si è in presenza di una fattispecie legale che — pur se disciplinata esplicitamente dal legislatore in chiave di inammissibilità — presenta la singolare peculiarità che alla conclusione della inammissibilità la Corte può pervenire, per insopprimibili ragioni logiche, solo in esito ad una deliberazione sulla fondatezza della censura. Ed è perciò nella specie del tutto ininfluyente la preclusione dell'esame del merito che — secondo i principi generali — deriverebbe dalla inammissibilità dell'impugnazione, perché l'inammissibilità in esame di per sé già si colloca sostanzialmente nell'area delle statuizioni di merito »¹¹.

Dunque, se l'infondatezza, manifesta o meno che sia, rimane una valutazione frutto del medesimo giudizio sul merito del motivo, non si comprende come possa il legislatore distinguere fra una mera infondatezza di natura fisiologica, che determina il rigetto del ricorso, e una manifesta infondatezza di natura patologica, che rende il ricorso addirittura invalido ossia inammissibile, con tutte le conseguenze del caso, dalla condanna al pagamento di una somma in favore della cassa delle ammende fino all'impossibilità di rilevare l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

A dispetto di quanto previsto dell'art. 606, comma 3, c.p.p., la manifesta infondatezza dei motivi non è dogmaticamente una causa di inammissibilità. L'inammissibilità è una patologia processuale che non consente al giudice di svolgere il giudizio sul merito delle doglianze. La doglianza inammissibile non è valutabile. Ma per stabilire l'inammissibilità del ricorso, dipendente dalla manifesta infondatezza del motivo, la doglianza deve essere valutata. Non è una caratteristica rilevabile a prescindere dal giudizio, come il mancato rispetto dei termini o i tratti esteriori dell'impugnazione e dei motivi. È un connotato intrinseco del merito del motivo che può essere rilevato solo valutando il motivo nei suoi contenuti¹². La manifesta infondatezza o l'infondatezza sono solo il risultato decisorio al quale si perviene attraverso un giudizio che non può avere cadenze diverse da quelle che portano all'accoglimento del ricorso. Cambia il risultato, ma non il percorso.

Il pur criticabile concetto di rapporto giuridico processuale, impiegato dalla giurisprudenza, rende bene l'idea: l'impugnazione inammissibile non insatura il rapporto processuale, e lo dice la Cassazione quando ricorda che l'eventuale

¹¹ Cass. pen., Sez. un., 30 giugno 1999, n. 15, in C.E.D. Cass. n. 21398101, in motivazione.

¹² A questa conclusione giunge L. MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Torino, 2004, 129. In tal senso, v. anche R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008, 88.

prescrizione del reato non sarebbe rilevabile. Ma se non si instaura il rapporto processuale, come può il giudice rilevare la manifesta infondatezza che implica comunque una valutazione sul merito (sui contenuti) del motivo proposto? Al quesito aveva fornito una convincente risposta la stessa giurisprudenza di legittimità quando, prima di attestarsi sugli attuali indirizzi efficientisti¹³, ricordava come « la valutazione che il giudice è tenuto a compiere nel caso in esame non si configur[i], dunque, come un giudizio volto a stabilire se siano state rispettate o meno le condizioni da cui dipende la regolarità del processo bensì come una analisi sulla fondatezza del ricorso che, superato il vaglio della irricevibilità, è conseguentemente dotato della idoneità a produrre l'impulso processuale necessario ad originare il giudizio di impugnazione. L'esame su tale caso di inammissibilità si colloca pertanto all'interno del grado di processo per cassazione che, ai sensi dell'art. 129 c.p.p., rende possibile emettere una pronuncia di non punibilità. Né potrebbe opporsi che, concorrendo una causa di inammissibilità con altra di non punibilità, dovrebbe prevalere la prima per il suo carattere di pregiudizialità rispetto alla seconda. Invero, nel momento in cui le due cause concorrono, il giudice è tenuto ad applicare l'art. 129 c.p.p. che è l'espressione di un valore di garanzia in cui si estrinseca il principio del *favor rei* e che nettamente prevale sulla declaratoria di inammissibilità. E del resto - nel quadro di un corretto bilanciamento degli interessi in gioco - rispetto ai valori sottesi alla disciplina delle cause di inammissibilità dell'impugnazione (palesamente finalizzati ad assicurare il più corretto e logicamente ordinato svolgimento del processo) appare evidente la prevalenza dei valori posti a fondamento della pronuncia di non punibilità (di natura sostanziale, strettamente connessa alla salvaguardia dei principi costituzionali che garantiscono il diritto di difesa e la presunzione di non colpevolezza dell'imputato fino alla condanna definitiva) »¹⁴.

¹³ ... in base ai quali « l'inammissibilità del ricorso per cassazione dovuta alla manifesta infondatezza dei motivi non consente il formarsi di un valido rapporto di impugnazione e preclude, pertanto, la possibilità di rilevare e dichiarare le cause di non punibilità a norma dell'art. 129 c.p.p. (Nella specie la prescrizione del reato maturata successivamente alla sentenza impugnata con il ricorso) » (Cass. pen., Sez. un., 22 novembre 2000, n. 32, in C.E.D. Cass. n. 21726601).

V. anche, più di recente, Cass. pen, Sez. un., 17 dicembre 2015, n. 12602, in C.E.D. Cass. n. 266818, secondo cui « l'inammissibilità del ricorso per cassazione preclude la possibilità di rilevare d'ufficio, ai sensi degli artt. 129 e 609 comma secondo, c.p.p., l'estinzione del reato per prescrizione maturata in data anteriore alla pronuncia della sentenza di appello, ma non rilevata né eccepita in quella sede e neppure dedotta con i motivi di ricorso. (In motivazione la Corte ha precisato che l'art. 129 c.p.p. non riveste una valenza prioritaria rispetto alla disciplina della inammissibilità, attribuendo al giudice dell'impugnazione un autonomo spazio decisivo svincolato dalle forme e dalle regole che presidiano i diversi segmenti processuali, ma enuncia una regola di giudizio che deve essere adattata alla struttura del processo e che presuppone la proposizione di una valida impugnazione) ».

¹⁴ Cass. pen., Sez. un., 30 giugno 1999, n. 15, in motivazione.

La particolare causa di inammissibilità prevista dall'art. 606, comma 3, c.p.p. andrebbe abrogata per manifesta illogicità o comunque dichiarata costituzionalmente illegittima. Il motivo infondato, anche gravemente infondato, è sempre ammissibile perché per rilevarne il difetto il giudice deve operare il giudizio sul merito della doglianza e il giudizio presuppone una impugnazione ammissibile.

I sostenitori della scelta legislativa di solito oppongono il debole argomento che anche altre cause di inammissibilità, come l'aspecificità del motivo o il motivo non consentito, implicherebbero una valutazione "di merito". Prescindendo dalla considerazione che *adducere inconueniens non est solvere argumentum*, la valutazione sulla specificità o sul carattere consentito dei motivi sembra riguardare la forma della doglianza, non certo la persuasività dei suoi contenuti. Per stabilire se un motivo è consentito o se è specifico, il giudice non deve esprimere la sua convinzione sulla fondatezza dello stesso. Questa è l'ulteriore sottile linea di demarcazione tracciata dal legislatore. Magari può essere contestabile anche questa distinzione, ma sembra innegabile una ontologica diversità del tipo di apprezzamento giudiziale. Un conto è valutare la forma del motivo, altro la persuasività dei suoi contenuti. Nel primo caso il vaglio può essere di ammissibilità, nel secondo è certamente un giudizio di merito che presuppone il positivo superamento della valutazione di ammissibilità e che non può ripiegare su quest'ultima se non a costo di una finzione giuridica che manda in frantumi le categorie dogmatiche.

Il legislatore è libero di "battezzare" come inammissibilità anche una situazione che non presenta alcun tratto in comune con tale forma di invalidità e magari l'imposizione del nome può essere giustificata da valide ragioni pragmatiche di efficienza processuale¹⁵. Ciò non toglie che la nomopoiesi è frutto di una finzione e che la definizione convenzionale della manifesta infondatezza quale causa d'inammissibilità riveste una pura funzione politica, come accadeva nel medioevo quando i vescovi usavano la formula rituale per trasformare la carne in pesce e così consentire ai fedeli di rispettare la regola del mangiare di magro il venerdì anche se non c'era pescato da consumare. Si istituisce una verità di legge, si trasmuta il vile metallo della infondatezza nell'oro efficientista dell'inammissibilità. Rimane comunque un procedimento di pura alchimia legislativa con marcati profili di illegittimità costituzionale.

3. L'ulteriore aporia procedimentale della manifesta infondatezza dichiarata all'esito della discussione pubblica

Se la scelta di nomare la manifesta infondatezza del motivo quale causa di inammissibilità del ricorso non è contestabile in via interpretativa, e potrebbe

¹⁵ Per la storia della manifesta infondatezza dei motivi, si rinvia a R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, cit., 83 ss.

essere superata solo da un salutare, ma improbabile, ripensamento dello stesso legislatore o da una ancora più improbabile declaratoria d'illegittimità costituzionale, per non arrendersi alla logica del puro *non sense* delle inammissibilità per manifesta infondatezza del motivo, per di più dichiarate all'esito del giudizio in udienza pubblica, si può forse tentare una diversa ricostruzione sistematica pur sempre fondata sul vigente dettato normativo.

Proprio l'istituzione della Sezione settima indica la via per un adeguamento della procedura alla peculiarità di tale pseudo forma di inammissibilità. Prendiamo le mosse dalle ragioni che militano in favore di un filtro stringente di selezione dei ricorsi, senza contestarne la pur contestabile plausibilità: « occorre arginare l'uso pretestuoso e scorretto del potere petitorio anche in considerazione delle ripercussioni negative che esso determina sulla funzionalità della Corte di cassazione »¹⁶; bisogna scongiurare l'abuso del diritto sotteso all'impugnazione inammissibile¹⁷; è necessario « evitare che risorse preziose siano distolte dalla trattazione di casi non meritevoli di discussione »¹⁸. Se queste sono le finalità da raggiungere, la declaratoria d'inammissibilità all'esito della discussione pubblica del ricorso appare del tutto inadeguata. L'impugnazione, pur viziata, avrebbe infatti determinato la celebrazione del giudizio di impugnazione con conseguente ingiustificato dispendio di preziose energie processuali.

A ciò si aggiunga l'esigenza di individuare un discrimine più o meno plausibile fra la mera infondatezza e la manifesta infondatezza del motivo di ricorso. Rapidità di accertamento, rilevabilità *ictu oculi*, evidenza che determina una valutazione univoca, sono tutti concetti elastici, per non dire vaghi, sulla base dei quali, in un sistema normativo retto dal principio di legalità, non potrebbe giustificarsi la rilevante distinzione fra rigetto e declaratoria di inammissibilità. Ad ogni modo, ancora una volta senza entrare nel merito dei tratti distintivi della manifesta infondatezza, emerge chiaramente l'esigenza di collegare la declaratoria d'inammissibilità a un giudizio "sommario" che consenta una concreta economia decisionale. Questo aspetto era stato puntualmente colto dalla giurisprudenza formatasi prima della riforma del 2001, segnalando che « la ragione della scelta sistematica operata dal terzo comma dell'art. 603 c.p.p. (*rectius*, art. 606 c.p.p.), nel senso della qualificazione come inammissibile del ricorso per cassazione proposto per motivi manifestamente infondati, è palesemente rivelata dal coordinamento della norma con l'art. 611, secondo comma, che sottrae alla pubblica udienza il procedimento volto a dichiarare

¹⁶ R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, cit., 85.

¹⁷ Sul tema dell'abuso del diritto, v. le considerazioni critiche di L. MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, cit., 159 ss.

¹⁸ A. SCILLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, Torino, 2006, 195.

l'inammissibilità del ricorso, e lo assoggetta alla più agile disciplina dei procedimenti in camera di consiglio »¹⁹.

Tutti gli argomenti che precedono convergono significativamente nell'individuare nel vaglio preliminare devoluto alla settima Sezione l'unica sede in cui sia concretamente e razionalmente possibile raggiungere gli obiettivi sottesi alla previsione di un'inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza dei motivi.

La Sezione filtro sembra l'unico "giudice naturale" di una delibazione da compiersi *prima facie*, in tempi brevi, senza particolari formalità di rito, con conseguente risparmio di risorse. Al contrario, all'esito della discussione in udienza pubblica tutte queste caratteristiche sarebbero vanificate.

Vi sono, pertanto, valide ragioni sistematiche e di economia processuale per ritenere che ogni causa d'inammissibilità, compresa la di per sé contestabile manifesta infondatezza, possa essere rilevata solo nel vaglio preliminare del giudice spogliatore ed eventualmente della Sezione settima. Confinata in questa sede, l'anomalia dell'inammissibilità per manifesta infondatezza del motivo verrebbe di fatto depotenziata e richiederebbe una precisa assunzione di responsabilità da parte dello stesso giudice che decidesse di negare l'accesso al giudizio di impugnazione.

Superato il vaglio preliminare, il ricorso ammissibile introduce validamente il giudizio d'impugnazione mentre l'opposta opzione interpretativa, di consentire una sua postuma declaratoria di inammissibilità, avrebbe l'unico effetto giuridico e, soprattutto, politico di impedire l'applicabilità dell'art. 129 c.p.p. Per combattere o, meglio, per governare la prescrizione del reato vi sono però altre strade che richiedono certamente un costo inferiore rispetto alla distorsione dogmatica e sistematica della disciplina delle impugnazioni.

¹⁹ Cass. pen., Sez. un., 30 giugno 1999, n. 15, cit., in motivazione.

5.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

di *Giorgio Spangher*

L'amicizia, la stima, la fondatezza delle argomentazioni svolte non possono escludere la possibilità di sviluppare alcune puntualizzazioni su alcuni argomenti toccati in precedenza.

Procederò per punti.

La semplificazione

C'è indubbiamente la necessità di una certa semplificazione sia delle sentenze, sia dei ricorsi.

Si può discutere il decreto Canzio sulla forma abbreviata delle sentenze. Sono già state evidenziate le questioni interne (autonomia degli estensori e dei collegi) e quelle esterne (in relazione alle parti ed all'opinione pubblica).

Invero, nella legge non mancano le indicazioni al riguardo. Si consideri che all'esito dell'udienza preliminare è (era) prevista, in via ordinaria, la motivazione contestuale. Si parla, in via ordinaria, di concisa esposizione dei motivi della decisione.

Era prevista nel rito monocratico, la motivazione alla francese, cioè, in forma abbreviata. Si è già prevista una unica forma dei caratteri con cui a *computer* la sentenza viene esternalizzata, così da avere formalmente modelli che almeno graficamente siano omogenei. Si sono previste anche la quantità delle pagine.

Il discorso riguarda, ora, anche la stesura dei motivi del ricorso. Si sono elaborati degli accordi tra l'avvocatura (Cnf) e la Cassazione, senza che ciò pregiudichi l'estensione delle ragioni del ricorso, ma solo evidenzi con immediata percezione le ragioni del ricorso.

Si tratta di elementi, struttura della sentenza, motivi del ricorso e decisione sul ricorso che si devono integrare reciprocamente.

Il motivo manifestamente inammissibile

Si potrebbe invero sostenere che la valutazione del motivo manifestamente inammissibile costituisce una verifica di merito che supera gli altri motivi caratterizzati da valutazioni di legittimità, ma anche di merito. Come valutare l'abnormità di un atto oggetto di ricorso?

Si sottolinea la sottile differenza tra manifesta infondatezza e fondatezza, sottolineando la diversità delle loro implicazioni.

Si tratta di una notazione suggestiva. Tutte le valutazioni in punto di ammissibilità presuppongono una valutazione.

Invero, nulla escluderebbe di considerare il motivo manifestamente inammissibile come un caso di mancanza di motivi.

Recentemente, si è prospettata la questione di un ricorso nei confronti di una sentenza che aveva dichiarato inammissibile il ricorso contro una sentenza che aveva dichiarato che il fatto non costituiva reato. La decisione, vista dalla massima, lasciava perplessi, dovendosi ritenere la sussistenza dell'interesse al ricorso. Leggendo la sentenza, si riscontrava che il fatto — sussistente — non solo non aveva effetti penali, ma erano escluse altre implicazioni, anche perché nel suo ricorso la parte non le aveva evidenziate.

In altri termini, alla legittimazione in astratto non corrispondeva una in concreto.

Va sottolineato che il problema del motivo manifestamente inammissibile è definito dalla giurisprudenza con valutazione che copre una certa discrezionale latitudine, ma, altresì, come di manifesta infondatezza si parli sia in relazione al rigetto di una questione di legittimità costituzionale, sia come parametro con il quale la corte costituzionale non accoglie la relativa eccezione.

Le Sezioni unite Galtelli

Tornerei sulla sentenza delle Sezioni unite in tema di specificità dei motivi d'appello perché non è possibile minimizzarne i contenuti e le implicazioni.

È una sentenza ideologicamente importante, soprattutto perché culturalmente e giuridicamente errata. Quindi doppiamente censurabile.

Dopo aver compresso a vari livelli i diritti della difesa (si pensi al regime della invalidità, al rafforzamento, spesso unidirezionale dei poteri d'ufficio del giudice), aver massacrato la disciplina sulle modalità della formazione della prova in contraddittorio, dopo aver imposto filtri, oneri, condizioni, adempimenti, ridotto il controllo sulla motivazione, aver operato con le prove di resistenza, avere agito sulle qualificazioni del fatto per aggirare specifiche previsioni normative, aver dilatato i casi di inammissibilità in Cassazione attraverso una giurisprudenza demolitoria dei precedenti e consolidati orientamenti, si doveva intervenire ulteriormente sulle impugnazioni.

Come ho avuto occasione di dire, l'impugnazione rappresenta il momento processuale nel quale il procedimento viene messo nella disponibilità delle parti e vengono posti ai giudici precisi limiti di cognizione e di decisione.

Rocco, che di autoritarismo giudiziale si intendeva, proprio per questa ragione voleva l'effetto pienamente devolutivo dell'appello ed escludeva il divieto della *reformatio in peius*.

Nell'impossibilità di incidere in questa direzione si opera sui motivi, cioè, sulla loro specificità, per ridurre il ricorso all'appello, così da realizzare un ulteriore anticipato filtro ai ricorsi. Si badi. Indubbiamente conferire alle parti il diritto di impugnare, non vuol dire, anche alla luce dei contrapposti interessi tra le parti, lasciare agli impugnanti mano libera, non prevedendo tempi, forme,

mezzi, condizioni per azionare lo strumento di controllo. Il sistema non può macinare acqua. Devono sussistere interessi tutelati da assicurare.

La specificità è un concetto, una nozione che può essere riempita di vari contenuti. La sua soglia non è preventivabile.

La necessità che la specificità del motivo sia legata al contenuto della decisione non coglie sempre nel segno. Il rischio ulteriore è di precludere risposte a domande d'appello ove il più contenga il meno. Del resto, una subordinata inevitabilmente indebolisce la richiesta prioritaria.

C'è una visione efficientista, già sperimentata presso alcune Corti d'appello (L'Aquila e Milano, *in primis*) non sempre seguita né dalla Cassazione nel valutare le questioni di inammissibilità, né da altre Corti d'appello.

Non dovrebbe lasciare indifferenti il fatto che — pur in presenza di opinioni diverse (pochi giorni prima delle Sezioni unite, una Sezione semplice si era dichiarata in termini difformi) — la questione sia stata rimessa alle Sezioni unite dall'Ufficio spoglio.

Se orientamenti della Cassazione legati a precisi indirizzi soggettivamente orientati, come nel caso Franzese, possono essere indice di scelte innovative evolutive, le posizioni individuali regressive devono essere valutate criticamente.

Prospettive

È difficile spendersi tra ottimismo e disperazione.

Devo dire, tuttavia, che leggendo i contributi per le riviste nelle quali si affrontano sia le riforme, sia le decisioni della Cassazione, si coglie un forte elemento di critica che non è stato sempre presente nei “precedenti” della dottrina, a volte contrassegnata anche da qualche superato collateralismo con la magistratura.

Le nuove leve, educate e cresciute nella cultura del giusto processo, delle garanzie, della giurisprudenza della Convenzione europea, manifestano forti criticità nei confronti degli orientamenti involutivi della Cassazione. Il dato, inedito, per alcuni versi, auspicato ai tempi dell'entrata in vigore del codice, quando si segnalava che la scommessa della riforma si giocava sul piano culturale, è incoraggiante. Purtroppo, si scontra con l'atteggiamento corporativo e di chiusura della magistratura, portatrice graniticamente o quasi, di una cultura se non autoritaria, certamente regressiva della funzione del processo penale.

Se per il pubblico ministero, una filosofia che eroda la logica dell'osservanza alla legge e della sua corretta applicazione, per restare imprigionata in una logica di pregiudizio, può comprendersi, pur non giustificandosi, il ruolo del giudice dovrebbe essere connotato dall'assoluta estraneità all'esito del processo, restando ancorato alle sue evidenze, secondo le regole sostanziali e formali dell'attività delle parti.

Sullo sfondo, tuttavia, si evidenziano pericolosamente, le prese di posizione delle vittime del reato, portatrici di interessi punitivi, finalizzate a vedere nella pena la sua antica funzione retributiva.

PARTE SECONDA
LA VOCE DELLA PRASSI

6.

PSICOSTASIA DI RICORSI

di *Lorenzo Zilletti*

*Poi pe ccombatte co sta bbrutta arpia
tornerà da la bbùscia de San Pavolo
doppo tanti mil'anni er Nocchilia*¹.

G.G. BELLÌ, *La fin der Monno*, in *Sonetti romaneschi*

1. *Junk appeals*. Che vi siano, e in percentuale cospicua, tra le oltre cinquantamila impugnazioni che ogni anno invadono piazza Cavour, è fatto innegabile. Varie, le cause: quella, commendevole, di ritardare l'irrevocabilità di una condanna ben inflitta (o, magari, patteggiata); il numero pletorico di legali abilitati al patrocinio superiore, spesso poco attrezzati a percorsi giuridicamente impervi; fino a ieri, il ricorso personale dell'imputato, autodidatta o assistito nell'ombra da mani inesperte.

Questa consapevolezza, aliena da infingimenti, non basta però a spiegare le cifre da capogiro cui ammontano le declaratorie di inammissibilità: due terzi dei *responsa* complessivi. Anche al più severo censore di sprovvedutezze o tatticismi forensi, il dato statistico solleva perplessità.

Convieni, allora, commettere peccato e — seguendo disincantati insegnamenti — pensare male: chissà che non si indovini.

2. Sulle tracce della “malabestia”², conduce un numero opposto: negli ultimi dodici anni, oscilla tra lo 0,4% e l'1,7% la percentuale delle pronunce dichiarative di prescrizione³. Eppure, i tempi infiniti delle indagini e la lentezza dei gradi di merito farebbero pensare che in sede di legittimità si maneggi materialmente ormai obsoleto. L'osservatore ingenuo avrebbe predetto referti a doppia cifra, per il *tempori cedere*. Il diffidente, invece, scorge nel prolungato *revirement* ermeneutico, sulla natura originaria dell'inammissibilità da infondatezza manifesta dei motivi, l'elisir di lunga vita per reati ormai estinti.

La storia è nota: ad aprire le ostilità è il vertice della Corte, per cui il ricorso proposto per ottenere l'estinzione del reato per prescrizione « è operato non per

¹ Secondo una risalente credenza romanesca, da un buco sconosciuto sotto la Basilica di San Paolo, usciranno, per combattere l'Anticristo, le due figure bibliche di Enoch ed Elia.

² Spetta a G. INSOLERA, *Punire il depistaggio. Prime incomplete riflessioni: la situazione è disperata e seria*, in *Parola alla difesa*, 1, 2016, 59, la primogenitura dell'efficace *alias* coniato per la prescrizione.

³ Cfr. la Tab. 7.1. pubblicata in *La Cassazione penale. Annuario statistico 2016.*, *www.cortedicassazione.it*

ottenere giustizia, ma sostanzialmente per vanificarla »⁴. L'interdetto, affidato all'assemblea generale del 1999, trova puntualmente eco in due decisioni gemelle delle Sezioni unite: nella prima⁵, liquidando il precedente orientamento del massimo consesso⁶, si statuisce che i motivi manifestamente infondati impediscono il formarsi di un valido rapporto d'impugnazione. Preclusa, dunque, la declaratoria di prescrizione maturata successivamente alla sentenza gravata. La seconda⁷, stringe la morsa: sta fuori dalle ipotesi tassative dell'art. 606 c.p.p., il ricorso che invochi esclusivamente la prescrizione maturata dopo la pronuncia della sentenza impugnata e prima della proposizione del gravame.

L'onda lunga dell'offensiva contro la *bbrutta arpia* produce ulteriori e definitivi *dicta*: motivi del tutto generici e inammissibili precludono alla Corte declaratorie di prescrizione pur maturata prima della decisione d'appello ma non dedotta né rilevata da quel giudice⁸.

L'estinzione del reato o la sua sopravvivenza risultano così demandate a una sorta di psicostasia⁹, celebrata sul ghiaccio sottile dell'impalpabile nozione di infondatezza manifesta.

3. Il sospetto di una geometria variabile, per l'inammissibilità dei ricorsi, non agita soltanto le trincee avvocatistiche. Perplexità più o meno marcate si levano anche dal *coté* giudiziario. Lasciamo spazio a queste voci.

Sulle pagine di una storica rivista, promossa dalla corrente Magistratura Democratica, la *connection* tra manifesta infondatezza e prescrizione è registrata da Alberto Macchia¹⁰.

L'ex consigliere della Corte suprema, oggi assistente di studio alla Consulta, dopo aver premesso che « negli ultimi anni, ad una sempre più asmatica gestione dei processi, ha ineluttabilmente finito per corrispondere la mannaia del tempo, con l'ovvio epilogo di una vanificazione di procedimenti, in alcuni casi anche a forte impatto emotivo ».

rileva schiettamente come « la Cassazione ha tentato qualche **rimedio**, **attrezzando** 'filtri' più o meno funzionali, che hanno finito per innalzare sensibilmente la 'soglia' della 'manifesta infondatezza', rendendo quel **parame-**

⁴ F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Introduzione all'assemblea generale della Corte di cassazione del 23 aprile 1999*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 161 e s.

⁵ Cass., Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca.

⁶ Cass., Sez. un., 11 novembre 1994, Cresci e Cass., Sez. un., 30 giugno 1999, Piepoli.

⁷ Cass., Sez. un., 27 giugno 2001, Cavalera.

⁸ Cass., Sez. un., 22 marzo 2005, Bracale e, più di recente, Cass., Sez. un., 17 dicembre 2015, Ricci.

⁹ In varie religioni antiche, forma del giudizio divino in cui l'anima del morto viene pesata sopra una bilancia, per il controllo dei suoi meriti.

¹⁰ A. MACCHIA, *Prescrizione, Taricco e dintorni: spunti a margine di un sistema da riformare*, in *Questione giustizia*, I, 2017, www.questionegiustizia.it. I grassetti riportati nelle citazioni sono nostri.

tro di apprezzamento dei ricorsi **sempre più evanescente** e tale da atteggiarsi come una sorta di inespresso **potere di cestinazione** ».

La conclusione, pur formulata in termini diplomatici, lascia davvero poche incertezze al lettore: « Inammissibilità del ricorso anche come **‘strumento occulto’** per impedire la prescrizione dei reati? Il dubbio può cogliere, se è vero, come è vero, che il tema della operatività della prescrizione, anche in presenza di ricorso inammissibile, ha evocato l'intervento, in ben tre occasioni, delle Sezioni unite ».

Più esplicite le considerazioni di Gioacchino Romeo, per oltre trent'anni giudice di cassazione. Cogliamo, tra i suoi appunti sparsi, a margine dell'assemblea generale 2015 della Corte suprema ¹¹: « la preclusione alla prescrizione in caso di impugnazione inammissibile non ha costituito un disincentivo alla proposizione dei ricorsi che sono anzi aumentati costantemente nel tempo, proprio a partire dalla giurisprudenza che aveva cercato di arginare il loro afflusso mediante una **scorciatoia non del tutto e non sempre irreprensibile** [...] Anche a voler ammettere che qualche caso di manifesta infondatezza dirottato a una sezione ordinaria sia sfuggito all'ufficio spoglio, pare impensabile che ciò possa accadere in un numero rilevante di casi e percentualmente significativo. Di qui il sospetto che le valutazioni delle sezioni ordinarie in ordine alla semplice infondatezza dei motivi di ricorso (che, a termine di prescrizione maturato, darebbe ingresso a un annullamento senza rinvio) o alla manifesta infondatezza (che precluderebbe la declaratoria di prescrizione) siano ad elevato tasso di discrezionalità ».

L'incursione proposta da Romeo in alcuni casi davvero paradigmatici ¹² (qui non riproducibile per carenza di spazio), lo induce ad un radicale ripensamento di tesi pregresse: « Pur avendo fin da epoca risalente auspicato l'affermarsi di un'interpretazione che stroncasse l'abusivo utilizzo del ricorso a fini strumentali, oggi — di fronte a un **uso**, nei casi concreti, **spesso incontrollabile e qualche volta spregiudicato** del potere di qualificazione dei motivi di ricorso come manifestamente infondati — non siamo più molto convinti della correttezza di una siffatta giurisprudenza. Si presta, infatti, ad **abusi interpretativi** una soluzione che, sul crinale di una linea di demarcazione estremamente labile tra infondatezza e manifesta infondatezza dei motivi, troppo spesso si collochi, nelle soluzioni concrete, **contra reum** [...] [Tale] assetto interpretativo [...] potrà anche iscriversi nella logica di una risposta all'altrui abuso del processo, ma [...] se significativamente e non motivamente diffuso [...] a sua volta può diventare esso stesso **un abuso** ».

Il giudizio finale è uno stigma severo verso i colleghi: « Non è detto che le

¹¹ G. ROMEO, *Allegrìa di naufragi: dove va la Corte di Cassazione?*, in DPC, 4, 2015, 334 e s. I grassetti riportati nelle citazioni sono nostri.

¹² Cfr. G. ROMEO, *cit.*, 342-343.

lacune legislative debbano essere colmate dai giudici, specie quando lo strumento adoperato sia giuridicamente discutibile ».

Chi relegasse a uscita estemporanea quella di Romeo, sarebbe costretto a ricredersi. Trascorrono soltanto pochi mesi e, sulla medesima rivista ¹³, l'Autore rincara la dose: definisce « una favola » e un « *idolum theatri* » l'idea, ripetuta nelle sentenze di legittimità, per cui esisterebbe « *in rerum natura* una chiara, precisa e ben identificabile linea di demarcazione tra motivi infondati e motivi manifestamente infondati di ricorso ». Snocciola gli esiti di una personale indagine a campione sulla giurisprudenza 2015-2016, per inferirne che la Corte « oscilla tra infondatezza e manifesta infondatezza in modo all'evidenza casuale, per non dire arbitrario » e ricavarne la « forte sensazione che troppo spesso inclini per la seconda delle due ipotesi **al solo fine di non dichiarare la prescrizione del reato** ».

Torna sulla demarcazione di ruoli tra giudice e legge, sottolineando che « se la prescrizione è una causa di estinzione del reato determinata dal decorso di un determinato periodo di tempo, stabilito in modo preciso dalla legge, il suo avvenuto compimento non può essere affidato, neanche mediatamente, alla decisione di un giudice ».

Non nasconde perplessità sull'istituto in sé della prescrizione e sulla congruità dei termini estintivi, ma asserisce senza ipocrisie che: « **negare una prescrizione maturata, confermando una condanna per ossequio a una non incontrovertibile interpretazione *contra reum* di regole processuali equivale in sostanza ad infliggere una pena non stabilita dalla legge, ma affidata, di volta in volta, alla valutazione del giudice** ».

La diagnosi, impietosa, alza il velo agli occhi dei più. Era però idea già consolidata, nel girone dei diffidenti, che certa nomofilachia dissimulasse scelte di politica criminale, per Costituzione riservate ad altri poteri dello Stato.

4. Con la mascheratura che la deontologia suggerisce e doverosi *omissis*, si impone di narrare una concreta esperienza vissuta da chi scrive. La scena ha luogo nella bella sala di un palazzo storico, ormai vigente la legge Cirielli. Per un corso della cosiddetta formazione decentrata, vi son confluiti parecchi magistrati. Ascolteranno il verbo di un autorevolissimo consigliere di cassazione, di quelli che fanno giurisprudenza. *L'incipit* è la consueta lamentazione sulla moltitudine di reati che giungono decotti sui banchi della Corte suprema. Strali al legislatore, artefice delle tante impunità. Niente, però, è perduto, nella lotta contro il crimine. Ignara della sparuta pattuglia di avvocati, presenti tra l'uditorio, arriva — candida, candida — la rivendicazione: fortuna vuole che esista la “leva dell'inammissibilità”, per infondatezza manifesta del ricorso; se il fascicolo riguarda una vicenda di spessore, per gravità del fatto o per calibro

¹³ G. ROMEO, *Tra Scilla e Cariddi. Il superstite lupo di mare*, (16 giugno 2016), in www.penalecontemporaneo.it. I grassetti, in questo caso, sono dell'Autore dello scritto citato.

dell'imputato, non si può gettare alle ortiche il paziente lavoro delle procure e dei giudici di merito...

La virtù dell'episodio sta nella crudezza di quella rivendicazione. Non residua spazio per dubbi sommessi o timidi sospetti. Il re è nudo e si vanta di esserlo. Che il terreno della prescrizione non sia l'unico nel quale, in curia suprema, il merito esercita attrazione fatale, è circostanza fin troppo nota ai frequentatori delle rassegne giurisprudenziali. E delle aule di piazza Cavour. Certe ingerenze, talora, hanno spiegato effetti pure *in bonam partem*. Tuttavia, la vicenda di cui discutiamo palesa come, nell'epoca della « società giudiziaria », imbevuta del convincimento che « ciò che punisce risana »¹⁴, anche la Cassazione ceda alla tentazione di fondare la propria legittimazione sostanziale sulle pulsioni più repressive. E di punire, perciò, "oltre" la legge.

È il potere dei più buoni¹⁵. *Et requiescat* l'art. 101, comma 2, Cost.

¹⁴ La nitida fotografia di questa "società di mezzo", tra la società politica e quella civile, che si avvale « di criteri di valutazione e di metodi di confronto basati essenzialmente sulla centralità del diritto penale nella vita economica, sociale e politica della nazione », è dovuta a L. VIOLANTE, *La crisi del giudice bocca della legge e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide* (a cura di C. GUARNIERI, G. INSOLERA e L. ZILLETTI), Roma, 2016, 15 e s.

¹⁵ Su cui altre riflessioni potranno, eventualmente, leggersi in L. ZILLETTI, *Il potere dei più buoni*, in *Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile* (Atti del convegno tenuto a Bologna il 4 e 5 novembre 2016), Milano, 11 e s.

7.

L'INAMMISSIBILITÀ: QUALE NATURA?

di *Fabrizio Merluzzi*

Il tema della inammissibilità del ricorso per cassazione è problema che ci agita ormai da tempo, visto il costante aumento di questo tipo di pronunce negli ultimi dodici anni. Si tratta di un fenomeno che francamente sconcerta l'interprete atteso che al diminuire dei ricorsi assegnati alla VII Sezione (cui è attribuito il compito di dichiarare l'inammissibilità del ricorso in udienza camerale non partecipata) aumentano le sentenze emesse dalle Sezioni cd. "ordinarie" che all'esito della pubblica udienza dichiarano l'inammissibilità del ricorso. Ciò induce a ritenere che la costanza delle inammissibilità non sia un fenomeno davvero fisiologico (inammissibilità originaria per l'insipienza del redattore) ma frutto della necessità di bilanciare la funzione o, meglio, il funzionamento della Corte con il numero dei ricorsi che è costretta a decidere. Che in Italia vi sia un numero rilevante di impugnazioni è fenomeno noto, ma — anche se non è questa la sede più adatta per discuterne — è altrettanto indubbio che alla produttività difensiva corrisponda una pleora dei processi penali ed una scarsa attenzione al giudizio di primo grado, le cui manchevolezze stimolano, inevitabilmente, la proposizione delle impugnazioni, sia di merito sia di legittimità.

Seguendo un *trend* ormai consolidato anche nel primo semestre del 2017 i ricorsi trattati ed esauriti dalla Suprema Corte sono stati 22.552 ma se si valutano secondo l'esito e la Sezione di appartenenza è agevole rilevare come le osservazioni svolte dall'UCPI nell'anno pregresso trovino una franca conferma ¹.

A dire il vero i ricorsi definiti dal Supremo collegio, nel lasso temporale preso in considerazione, sono stati 22.388, mentre 164 o hanno avuto un rinvio o sono stati eliminati prima dell'udienza ovvero hanno costituito mera rettifica di precedente decisione.

Ebbene, su 22.388 ricorsi decisi nel merito, le declaratorie di inammissibilità sono state 16.787 che costituiscono poco meno del 75%. (tra il 74,9 ed il 75%). Da notare che su 16.787 declaratorie di inammissibilità solo 12.908 provengono dalla settima Sezione, per cui 3.879 ricorsi sono stati dichiarati inammissibili dalle Sezioni ordinarie nonostante il filtro della Sezione preposta.

I rigetti sono stati 1.656 che corrispondono a poco meno del 7,5%.

Gli annullamenti invece con un dato aggregato (annullamenti senza rinvio ed annullamenti con rinvio) corrispondono al 17,5% pari a 3.945 ricorsi.

Tralasciando le statistiche delle singole Sezioni, dalle quali è dato evincere

¹ Cfr. "Focus" sulla Corte di Cassazione, a cura di F. MERLUZZI, in www.parolaalladifesa.it.

la consueta costanza della seconda Sezione in termini di inammissibilità dei ricorsi (1.135 su 1.730 ricorsi decisi) ciò che risalta è che i ricorsi rigettati (1.656) costituiscono una minoranza assoluta essendo sopravanzati dagli annullamenti senza rinvio (2.476) e di poco superiori agli annullamenti con rinvio (1.469).

Il divario, poi, assume grande rilievo se si confrontano le declaratorie di inammissibilità (16.787) con le decisioni di rigetto (1.656) che così si attestano poco al di sotto del 10%.

Si assiste dunque ad una progressiva ed esponenziale erosione della valutazione del ricorso in termini di non condivisibilità e, dunque, di rigetto dello stesso nonostante l'art. 615 c.p.p. preveda espressamente l'alternatività fra il rigetto e l'inammissibilità e l'art. 606, comma 3, c.p.p. indichi i casi di tassativa inammissibilità.

La domanda che si pone allora è quella di qualificare in termini maggiormente intelligibili quali siano i motivi non consentiti dalla legge e quali quelli "manifestamente infondati" atteso che la norma processuale non definisce i casi di rigetto ma qualifica unicamente le cause di inammissibilità, cosicché al di fuori di esse l'esito del giudizio non potrà che essere il rigetto del ricorso.

Sul punto, al di fuori dei casi di indeterminatezza dei motivi ovvero di loro alternatività (mancanza e/o insufficienza e/o contraddittorietà e/o illogicità della motivazione), i casi di inammissibilità che pongono seri dubbi attengono alla manifesta infondatezza dei motivi.

Ci si chiede infatti, quando un motivo possa dirsi manifestamente infondato e non semplicemente infondato e, dunque, da respingersi.

Ovvio che l'avverbio *manifestamente* equivale a inequivocabile, incontrastabile, immediatamente rilevabile e, dunque, a un fatto insuscettibile di diversa soluzione, cosicché dovrebbe essere manifestamente inammissibile il ricorso che si presenti *ictu oculi* infondato.

D'altra parte la Suprema Corte è intervenuta più volte a chiarire il significato dell'avverbio oggetto di queste brevi riflessioni, soprattutto laddove ha trattato della manifesta illogicità della motivazione ovvero della inammissibilità dichiarata *de plano* della richiesta di revisione *ex art.* 634 c.p.p.

Quanto al primo dei casi indicati si può ricordare come sin dalla pronuncia delle Sezioni unite Jakani ², confermativa delle Sezioni unite Spina ³, mai più contrastata, la Suprema Corte abbia affermato che la motivazione « si considera manifestamente illogica allorché l'incoerenza è evidente, ovvero di spessore tale

² Cfr. Cass., Sez. un., 31 maggio 2000, Jakani, in *Cass. pen.*, 2001, con nota di M. DANIELE, *Una pronuncia delle Sezioni unite sul vizio di motivazione: an e quomodo del controllo di legittimità*.

³ Cfr. Cass., Sez. un., 24 novembre 1999, Spina, in *Cass. pen.*, 2000, 862.

da risultare percepibile *ictu oculi*, dovendo il sindacato di legittimità essere limitato a rilievi di macroscopica evidenza »⁴.

Non una carenza dell'atto, dunque, ma la sua marcata distonia dal criterio logico-normativo imposto dalle regole del giudizio che informano il principio del libero convincimento. Tutto ciò che è opinabile, ovvero discutibile, ma argomentato si pone quindi al di fuori di ciò che può essere considerato come vizio manifesto.

Quanto al caso della revisione è del tutto pacifico, secondo un orientamento giurisprudenziale oramai consolidato, che « per manifesta infondatezza deve intendersi l'evidente inidoneità delle ragioni poste a suo fondamento a consentire una verifica circa l'esito del giudizio requisito che tutto intrinseco alla domanda in sé e per sé considerata »⁵. Si deve pertanto considerare manifestamente infondata la richiesta di revisione che propone prove inconfidenti rispetto al giudicato, ma giammai tale esito potrà discendere da una valutazione del contenuto delle nuove prove in termini di loro capacità a condurre al proscioglimento.

Di identica matrice logica è la questione di legittimità costituzionale in via incidentale, laddove il giudice ordinario di fronte a un dubbio di costituzionalità deve necessariamente, o meglio obbligatoriamente, investire il Giudice, il quale a sua volta potrà disattenderla qualora la consideri manifestamente infondata. In sostanza il tema non è *quando rimettere* la questione di costituzionalità ma *quando non debba* essere rimessa.

Il problema è quindi quello di individuare ciò che distingue l'infondatezza *tout court* dalla manifesta infondatezza.

Le nuove disposizioni emanate con la circolare del Primo Presidente in termini di motivazione semplificata nei casi di orientamenti consolidati e la novella legislativa relativa alla impossibilità di discostarsi dalle pronunce delle Sezioni unite non sembrano militare in favore di una soluzione/semplificazione del problema che stiamo analizzando.

Ci si chiede infatti, se l'orientamento consolidato possa costituire oltre che la ragione per la motivazione semplificata anche un motivo per ritenere manifestamente infondata la tesi proposta nel ricorso che critichi tale orientamento indicando compiutamente le ragioni del suo dissenso.

Tema reso ancor più problematico laddove questa critica investa un precedente affermato della Suprema Corte nella sua più ampia composizione.

La risposta in un sistema bilanciato che non comprima il *favor impugnationis* non potrà che essere negativa, semplicemente non solo perché la storia del nostro sistema giudiziario è intrisa di *revirement* del Supremo Collegio ma anche perché le istanze e le pulsioni interpretative che provengono dal sistema

⁴ Tra le ultime decisioni dell'Alto consesso confermatrice della stessa impostazione Cass., Sez. un., 24 settembre 2003, Petrella, in *Cass. pen.*, 2004, 795.

⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 14 ottobre 2010, n. 40815, in *C.E.D. Cass.*, n. 248463.

giuridico europeo escludono che un orientamento possa dirsi unico ed immutabile. Esito inevitabile in una società in continua evoluzione e che rivendica la necessità che i sistemi penali e processuali si adeguino a tali cambiamenti.

È allora evidente come occorra ricondurre la indicazione della manifesta infondatezza al suo alveo naturale ove tutto ciò che non è rilevabile come mera presa d'atto dell'inesistenza della censura deve essere eventualmente rigettato e non dichiarato inammissibile.

Giova infatti rammentare come qualunque interpretazione della norma ovvero del contenuto di una sentenza, esposti in un motivo di ricorso, esprima ineludibilmente un giudizio od una critica che come tale sarà più o meno condivisibile ovvero fondata e, dunque, accoglibile o rigettabile, ma solo in presenza di carenze così gravi e manifeste potrà essere sottratto ad una valutazione nel merito e deciso nel conclave inquisitorio dell'udienza camerale non partecipata.

Rimangono allora oscure le ragioni per le quali si assiste a un esponenziale innalzamento della drastica soluzione dei ricorsi attraverso il grimaldello dell'inammissibilità che da sanzione si sta progressivamente trasformando in una modalità di gestione, per così dire ordinaria, del carico di lavoro che affligge la Suprema Corte.

Se ne possono ipotizzare alcune che in parte provengono dal “grido di dolore” che ogni anno accompagna le relazioni all'inaugurazione dell'anno giudiziario ed in parte dalla riduzione in termini veramente esigui degli annullamenti delle sentenze per prescrizione del reato.

La Suprema Corte si trova di fronte ad un numero di ricorsi che difficilmente riesce ad assorbire senza che ogni anno se ne accumulino ulteriori, cosicché il ricorso ad una motivazione ipersemplificata consente una maggiore produttività in termini numerici in una sorta di “legittima difesa” — forse nella sua forma putativa — ove la declaratoria di inammissibilità è certamente funzionale allo scopo.

Non è però questa la funzione del Supremo Collegio che, in tal modo, in nome di una produttività/efficienza imprenditoriale, raggiunge in modo distonico l'obiettivo di assicurare *Giustizia* dimenticando tuttavia proprio la funzione di controllo della legittimità delle decisioni.

Vi è infine un altro aspetto che sembra quello della doppia efficienza apparente.

Attraverso il ricorso alla categoria dell'inammissibilità, infatti, la Corte ha raggiunto anche lo scopo del sostanziale azzeramento delle prescrizioni maturate fra la proposizione dell'impugnazione e la sua decisione, laddove nel 2015 e nel 2016 la sua incidenza percentuale era pari al 1,3% e non crediamo verremo smentiti dal consuntivo dell'anno 2017.

Sembrerebbe allora che attraverso l'inammissibilità si raggiunga un duplice scopo: da un lato la dimostrazione di efficienza del sistema e dall'altro il rispetto del principio della ragionevole durata del processo, laddove la sua endemica

lentezza finirebbe per dipendere solo dalla mole dei ricorsi manifestamente infondati.

Sarebbe dunque auspicabile che la Cassazione confini la manifesta infondatezza entro i limiti che le dovrebbero essere propri, rifuggendo da istanze efficientiste e dotandosi di uno statuto che ne indirizzi, in maniera chiara, l'applicazione.

8.

**L'INAMMISSIBILITÀ DEL RICORSO PER CASSAZIONE:
SANZIONE E DEFLAZIONE TRA
(IM)PREVEDIBILITÀ E DIRITTO VIVENTE**

di *Giuseppe Belcastro*

1. Che la questione della inammissibilità dei ricorsi per cassazione sia ormai divenuta acuta, complessa e cruciale è reso sin troppo evidente dal fatto stesso che si sia avvertita l'utilità di un incontro sul tema, prima ancora che dal tenore degli interventi che hanno preceduto questo.

Acuta, in ragione del numero delle declaratorie che annualmente definiscono, senza accesso alle ragioni del merito delle questioni sollevate, interi *chapiers des doléances*, dietro ognuno dei quali, magari rannicchiate, stanno ostinatamente altrettante vicende umane ¹.

Complessa, come può divenire ogni questione che resti affidata, oltre che a ipotesi di individuabilità oggettiva ², anche a riempimenti cognitivi di tipo discrezionale; i quali poi, del tutto inevitabilmente di fronte al numero dei ricorsi introdotti annualmente, hanno la tendenza quasi “naturale” per un verso a calamitare verso il nucleo opinioni e ipotesi di soluzione in conflitto tra loro per il fatto stesso di provenire da aree di interesse potenzialmente contrapposte e per altro ad assottigliarsi sino allo stereotipo, in ragione della stringatezza parossistica dei tempi di valutazione.

Cruciale, giacché impatta a sua volta — e non sempre in maniera immediatamente visibile — una pluralità di ambiti assai delicati di intervento, per la giurisdizione come per l'avvocatura ³, con angolazioni potenzialmente pericolose per gli assetti che possono derivarne.

Le coordinate ora dette, che evocano agoni fuori portata per chi scrive, inducono quindi a contenere queste brevi riflessioni solo su alcuni dei profili astrattamente emergenti, partendo da fatti concreti e di immediata percezione e offrendo in contributo, se possibile, l'angolo visuale a valle del problema.

2. Prima di entrare nel vivo della questione principale e per quanto possa apparire non perfettamente consentanea al tema, sia consentita però una brevissima digressione sul futuro — tutt'altro che roseo — che pare toccato in

¹ Cfr. F. ALONZI, *Lettura ragionata sui dati delle inammissibilità in Cassazione per l'anno 2016*, *supra*.

² Sono quelle che, a tenore dell'art. 610, comma 5-*bis*, c.p.p., restano immediatamente fulminate senza formalità di procedura.

³ Per fare un solo esempio, si pensi alla questione della prevedibilità delle decisioni ed al rapporto tra diritto vigente e diritto vivente.

sorte alla impugnazione in appello; quel futuro delineato dalle Sezioni unite, con la notissima sentenza 27 ottobre 2016, n. 8825, Galtelli.

Anche perché, a ben vedere, si tratta forse solo di una *apparente* digressione o, se si preferisce, di una digressione parziale, giacché, come si proverà a segnalare ragionatamente, lo spirito dell'intervento del Supremo Collegio sembra rispecchiare con chiarezza quell'intento deflattivo che compone uno dei due corni del problema evocato dal titolo stesso del nostro convegno.

D'altro canto, l'autorevolezza indiscutibile della fonte della pronuncia impone che le si presti la massima attenzione, nel tentativo di eviscerarne al meglio motivi fondanti, percorsi argomentativi, scopi ed effetti.

Non in questa sede, ovviamente, volendocisi qui limitare ad una singola considerazione su un punto nodale della questione: se la specificità *relazionale* o *estrinseca* dei motivi di appello, oggi richiesta per diritto vivente figlio della decisione Galtelli, appartenesse al sistema positivo già prima della decisione in parola e, ancora, se vi appartenesse proprio nella foggia costì disegnata.

Voci del settore qualificano la pronuncia in discorso come poco più che neutra ⁴; una ricognizione, a tutto concedere, di parametri di specificità già noti ed imposti dal sistema positivo (pre)vigente.

Ma la tesi della ricognizione non convince: non in riferimento alla sostanza della critica medesima, che si assume necessaria a superare il guado dell'ammissibilità; meno ancora in riguardo alla sua utilità molitoria dell'iter argomentativo del *decisum* aggredito con l'impugnazione.

2.1. Tautologico (e quindi, forse, paralogico ribadirlo) che il motivo debba essere intrinsecamente specifico ⁵: che il fatto non sussista per mera asserzione del difensore è, già nel sistema positivo delineato dall'art. 581 "ante-riforma", sterile reiterazione di auspici; asserzione proficua in altre sedi ⁶, forse, ma non qui.

Diverso, invece, che esso debba aggredire, nell'incedere dell'argomento, il ragionamento posto a base della condanna, provando ad incrinarne il fondamento. Non c'era verso ⁷ di tirar fuori una siffatta necessità dal testo dell'articolo 581, né da quanto gli si è fatto dire dalle corti di merito nel tempo ⁸.

Una novità, insomma: è bene riconoscerla e riconoscerne l'ampia portata,

⁴ Anche nello stesso convegno non sono mancati interventi in tal senso, attenti e documentati ai quali però si vorrebbero contrapporre alcune note critiche rispetto alla impostazione.

⁵ Già la lettera c) del vecchio art. 581 c.p.p. lo imponeva: « i motivi, con l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta ».

⁶ È il gravame puro disegnato dall'art. 309 c.p.p.

⁷ E pare che la difficoltà sia permasta anche dopo il 4 agosto 2017, data di entrata in vigore della riforma Orlando.

⁸ D'altro canto, oltre alla prospettiva *de jure condendo*, pare che la sentenza Galtelli faccia leva su altro che non sull'art. 581 c.p.p.

prima che il nuovo assetto arrivi a regime con effetti, se non adeguatamente analizzati, potenzialmente falcidianti.

La richiesta, val bene ribadirlo con chiarezza, non è giuridicamente inaccettabile ma disegna un quadro specifico; se piace, sia, ma schiettamente. Essa delinea, in altri termini, una impugnazione a critica vincolata (non v'è modo di scolorarla con esercizi di stile, di variegata *grandeur* intellettuale): censurare il *decisum* senza prescindere dalle sue ragioni, implica un confronto diretto con l'argomentare prediletto dal decidente; un vincolo, insomma.

2.2. Sennonché — e qui il metodo diventa incomprensibile al di fuori del puro intento deflattivo — avuto accesso al merito del caso, superato cioè quel famoso guado, il giudice si riappropria per intero dello *spatium scienter deliberandi*: non serve più a nulla lo sforzo dell'appellante di decostruire non solo la scelta ma pure il percorso. Una volta superato il vaglio di ammissibilità il ribaltamento può avvenire anche per motivi diversi. E resta allora il quesito: a cosa serve la specificità estrinseca del motivo di appello se non a restringere l'ambito del possibile difensivo; se non a tagliare il numero delle impugnazioni di maniera. Tutto giusto, insomma, ma buttare via il bambino con l'acqua sporca ha i suoi rischi e correrli impone chiarezza, non minimizzazioni.

E non è altra la scia sulla quale corre la l. 103/17. Il novellato art. 581 c.p.p., arricchendo il precedente catalogo, impone l'indicazione delle prove che si assumono non acquisite, lette male o inesistenti (il fraseggio normativo non brilla) e le richieste istruttorie che si vuole avanzare; ma, appunto nell'ottica della costruzione di una critica per quanto possibile vincolata, sanziona le richieste con la scure della inammissibilità. E c'è da attendersi, vista la temperie culturale che ha generato la sentenza Galtelli, che di tale scure si faccia, nel tempo a venire, un uso più che consistente.

3. Finita la digressione, piacerà ritornare al tema centrale attraverso, come si anticipava, l'esame di una decisione e, più precisamente, di una delle risposte destinate dalla decisione ad uno dei motivi di ricorso.

Il paniere al quale attingere, per selezionare una decisione di interesse è, come i numeri declinati in principio di convegno fanno ben comprendere, particolarmente ampio e ricco ed apparirà forse strano che si sia individuata una decisione di rigetto del ricorso piuttosto che una contenente invece dichiaratoria di inammissibilità.

Tuttavia, oltre al fatto che in seno al rigetto nel caso contemplato il motivo fu dichiarato inammissibile, milita in favore della scelta una considerazione di carattere generale: nel declinare l'inammissibilità procedurale del motivo la Corte ha operato un "temperamento" giurisprudenziale del disposto combinato degli artt. 191, comma 2, e 609, comma 2, c.p.p., in tema di rilevabilità di questioni di inutilizzabilità per la prima volta in sede di legittimità. In guisa che la decisione ben rappresenta l'esempio di come, nell'adottare una decisione di inammissibilità, non si lesini talvolta una lettura originale delle norme.

4. La decisione in commento ⁹ s'occupa, tra le varie questioni, della eccepita inutilizzabilità di una intercettazione ambientale così disegnata: asseriva il ricorrente che, nel dipanarsi delle proroghe di una determinata intercettazione ambientale durata molto a lungo, si fosse verificato, in seno ad una delle autorizzazioni concesse dal competente ufficio Gip, un problema procedurale in grado di inficiare la legittimità della captazione; ciò era avvenuto proprio in coincidenza con il turno di tempo nel quale era occorso un dialogo reputato dal giudice territoriale di sicura incidenza sul complessivo quadro indiziario. Concludeva conseguentemente che, dovendosi espungere dal paniere indiziario il dialogo per le ragioni ridette, la motivazione dell'ordinanza cautelare (ché di quello si discuteva) non avrebbe superato la prova di resistenza che, in ogni caso, sarebbe spettata al tribunale del riesame in sede di rinvio.

Il problema procedurale denunciato consisteva quindi in ciò che il provvedimento di proroga del tempo della captazione risultava adottato in un momento in cui il termine da prorogare non aveva nemmeno incominciato il suo corso. Altrimenti detto: nel mentre correva il tempo di una proroga già concessa, il pubblico ministero aveva dapprima correttamente richiesto e ottenuto la proroga per il periodo immediatamente successivo e poi, senza attendere l'inizio della decorrenza del periodo così autorizzato, aveva avanzato una ulteriore richiesta per la proroga del termine successivo. Il Gip, *ça va sans dire*, aveva serenamente autorizzato, chiudendo rumorosamente i battenti della *finestra giurisdizionale* sul cortile dell'investigazione.

4.1. Il ricorrente segnalava allora come, sullo specifico punto, constasse un precedente di legittimità ¹⁰, perfettamente calzante e chiaro sia nei presupposti, che nel conseguente principio di diritto. E tale precedente deponesse evidentemente per la inutilizzabilità del compendio intercettivo, sulla base della avvenuta violazione — da parte dell'ufficio di procura ma pure dell'ufficio Gip — dell'unico limite temporale gravante sul pubblico ministero in tema di richiesta di proroga della intercettazione telefonica o ambientale.

Ribadiva infatti la seconda Sezione penale nell'arresto sopra citato che nessuna norma impone al pubblico ministero *vincoli temporali* quanto alla richiesta di proroga del termine di una captazione, purché egli permanga nel turno di tempo compreso tra l'inizio e la fine della decorrenza del termine di cui chiede la proroga. In altre parole la richiesta di proroga ed il provvedimento che la autorizza non possono occorrere prima che inizi a decorrere né dopo che sia scaduto il termine da prorogare ¹¹.

⁹ Cass. pen., Sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 7772, P.G. Aniello, inedita.

¹⁰ Cass. pen., Sez. II, 16 aprile 2013, n. 19483, in Cass. pen. 2014, 2147.

¹¹ Il fondamento logico di una tale decisione appare abbastanza ovvio: se il provvedimento di proroga del termine di una intercettazione, per mantenersi legittimo, deve motivare la *permanenza effettiva* dei presupposti che consentirono la violazione legale della riservatezza

4.2. Tornando al nostro caso, nell'esaminare il motivo di ricorso la Corte aveva dapprima convenuto sul principio di diritto già formulato dalla seconda Sezione penale nel 2013, ribadendone quindi fondatezza e legittimità e non ravvisando la sussistenza di ragioni per discostarsene¹², per poi tuttavia dichiarare inammissibile la doglianza.

E tale inammissibilità del motivo era pronunciata in ragion del fatto che la questione, implicante un complesso accertamento in fatto sulla scansione temporale delle proroghe, non fosse stata sollevata in sede di merito, ma per la prima volta solo in sede di legittimità¹³.

Nello specifico, la Corte aveva modo di affermare che « non possono essere proposte per la prima volta nel giudizio di legittimità questioni di inutilizzabilità di una prova che richiedono, al di là del mero esame degli atti processuali, approfonditi accertamenti in fatto, che, come tali, sono di esclusiva competenza del giudice del merito (Sez. VI, n. 43534 del 24 aprile 2012 Rv. 253798 Lubiana) ».

E così, già in prima approssimazione, pare che la decisione contraddica platealmente il presidio normativo di cui all'art. 191, secondo comma, c.p.p., che ostinatamente decreta come rilevabili in ogni stato e grado del procedimento (e persino d'ufficio), le questioni sulla inutilizzabilità della prova. E la nostra è tra quelle.

Non è certo mistero che la Suprema Corte abbia nel tempo mitigato un simile principio, per ragioni che, a dirla tutta, restano talvolta condivisibili. Se infatti la Corte di cassazione diventa, nel giudicare eccezioni di inutilizzabilità, giudice del fatto (processuale), è pure comprensibile che, ove la questione

ripetendo l'efficacia del mezzo intrusivo utilizzato dai frutti che esso ha prodotto, non si vede come si possa conciliare tale necessità di verifica di permanenza con la possibilità di slegare il tempo di adozione del provvedimento, assai anticipandolo, dal momento in cui la verifica dovrebbe invece essere effettuata.

¹² Così la massima della sentenza in discorso: « La richiesta di proroga delle intercettazioni da parte del pubblico ministero deve essere formulata entro un termine che corrisponda, come *dies a quo*, con quello successivo alla proroga già concessa e, come *dies ad quem*, con la scadenza del periodo autorizzato, con conseguente inutilizzabilità, ex art. 271, comma primo, c.p.p., delle captazioni allorché il provvedimento autorizzativo si discosti da detta scansione temporale ». La sentenza, peraltro, precisa appunto che « [s]i verifica, in tal caso, violazione del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, art. 13, comma 2, che prevede — come l'ipotesi generale dell'art. 267 c.p.p., comma 3, — la proroga 'per periodi successivi', in rapporto all'obbligo di costante verifica della permanenza dei presupposti che hanno giustificato la originaria autorizzazione del mezzo captativo. Verifica che non può dirsi effettuata rispetto ad un periodo non ancora corrente, rispetto alla rigorosa prevista scansione temporale, che intende assicurare la necessaria correlazione tra il momento valutativo ed il periodo temporale rispetto al quale esso è esercitato ».

¹³ Ci si avvede subito come, pur mantenendosi nell'alveo del tema del convegno, si impattino direttrici assai diverse. D'altro canto tutti gli interventi che hanno preceduto questo hanno dimostrato, in maniera molto più efficace, come confluiscano nella formula terminativa della inammissibilità argomentazioni eterogenee e criticità esegetiche assai urgenti; il *topos*, insomma, intercetta problematiche le più disparate.

involga accertamenti complessi attinenti l'imputazione o fatti contigui, la Corte sia addirittura talvolta nella materiale impossibilità di sindacare quei fatti, almeno in assenza di eco rinvenienti dalle precedenti istanze giurisdizionali.

Esistono insomma casi in cui il mancato "stress" dibattimentale del *thema decidendum* impedisce (o, il che è lo stesso, rende assai arduo) il sindacato dell'organo di legittimità sui fatti posti a base del vizio invalidante. Ed è proprio a questi casi che la sentenza in lettura fa esplicito riferimento, menzionandoli espressamente a sostegno del proprio *decisum* ¹⁴.

Ciò nonostante, il tenore del fatto da scandagliare nel caso in esame e persino il tenore effettivo delle decisioni invocate a sostegno della declaratoria di inammissibilità dalla stessa Corte consentono di affermare che la *mitigazione* che qui la Corte vorrebbe operare — e infine opera — appare francamente un poco eccessiva. Per dirla col Ferrua, il diritto vivente sembra qui sopravanzare definitivamente quello vigente.

4.3. Sotto il primo profilo, affermare che la decisione della questione richiederebbe un complesso accertamento in fatto sulla scansione temporale delle proroghe non rende ragione dell'accertamento che il ricorrente invocava in realtà si effettuasse: è poco chiaro infatti in cosa consista la complessità del verificare se la data di un provvedimento ricada o meno in uno specifico — e specificato — *range* temporale ¹⁵. Insomma una verifica assolutamente semplice ed immediata.

Sotto il secondo profilo, invece, va rilevato che gli arresti di legittimità che la sentenza richiama per rafforzare la propria decisione appaiono affatto disomogenei rispetto a quello trattato. Basti qui ricordare che la decisione delle questioni di inutilizzabilità colà sollevate avrebbe implicato accertamenti in fatto per davvero complessi e, per certi aspetti, nemmeno astrattamente pretendibili in un giudizio di legittimità ¹⁶.

¹⁴ Si veda, ad es., la citata Cass. pen., Sez. VI, 24 maggio 2011, n. 21877, in Cass. pen., 2012, 1809.

¹⁵ Se, in termini concreti, assodati *per tabulas* i tempi degli atti processuali, il 23 luglio venisse prima del 26 luglio.

¹⁶ E così, Cass. VI, n. 21877/2011, s'è occupata di una questione che implicava la valutazione della ricorrenza di un quadro indiziario tale da determinare la necessità di riservare ad un soggetto le garanzie difensive previste per l'indagato in un momento antecedente a quello in cui lo furono effettivamente (« La questione dell'inutilizzabilità per violazione del divieto di assumere dichiarazioni, senza le necessarie garanzie difensive, da chi sin dall'inizio doveva essere sentito in qualità di imputato o indagato non può essere proposta per la prima volta in sede di legittimità se richiede valutazioni di fatto su cui è necessario il previo vaglio, in contraddittorio, da parte del giudice di merito »), mentre Cass. pen., Sez. VI, 24 aprile 2012, n. 43534, in Cass. pen., 2013, 4077, ha riguardato il caso di una questione di inutilizzabilità, la cui decisione avrebbe imposto un accertamento all'estero per la verifica del fatto posto a suo fondamento (« Non possono essere proposte per la prima volta nel giudizio di legittimità questioni di inutilizzabilità di una prova che richiedono, al di là del mero esame degli atti processuali, approfonditi

D'altro canto, laddove la Corte ha richiamato in sentenza precedenti più specifici in tema di inutilizzabilità di intercettazioni telefoniche o il riferimento è stato ad accertamenti sul fatto della imputazione — e non, come nel caso di specie, su quello processuale — oppure ci si è riferiti a casi in cui il ricorrente non aveva prestato ossequio al criterio di autosufficienza del ricorso ¹⁷, mancando di indicare o allegare i decreti oggetto delle sue doglianze.

Tanto più che, nel caso in esame, avendo il ricorrente, proprio in ossequio a tale ultimo criterio, allegato all'atto di impugnazione tutta la serie delle proroghe di rilievo per la decisione, la sentenza pare operare un deciso inasprimento — dalle ragioni non troppo chiare — della portata del principio: la Corte lamenta infatti che il ricorrente si sia, nel caso, limitato ad una *informale allegazione di documenti*.

Vien dato allora di chiedersi cosa significhi esattamente *informale allegazione* o, se si preferisce e sotto altra prospettiva, in che maniera un onere di *formale allegazione* potrebbe dirsi ossequiato.

Rifuggendo dall'opzione, in qualche misura retoricamente provocatoria, di un pur ipotizzabile onere di allegazione di documenti in copia conforme, si potrà forse cogliere nelle righe della decisione sul punto una eco non troppo lontana della pronuncia *De Iorio* ¹⁸ o, per meglio dire della sua massima ¹⁹. E se da un lato la lettura del testo della sentenza *De Iorio*, a dispetto quindi della sua massima, riconduce a ragionevolezza il criterio della autosufficienza, dall'altro non può che stimolare riflessioni circa il *modo* in cui le sentenze del supremo collegio vengon massimate; questa, tuttavia, è un'altra storia.

Dunque, non di documenti era costituita la allegazione difensiva ma di copia degli atti processuali (i decreti di proroga) e non si coglie la ragione per la quale la produzione di atti processuali debba avvenire secondo canoni formali diversi dalla allegazione al ricorso di copie semplici; resta insomma tutto il gusto di una dichiarazione di inammissibilità come sanzione di colpe impalpabili. ²⁰

accertamenti in fatto, che, come tali, sono di esclusiva competenza del giudice del merito. [Fattispecie relativa alla contestazione di inutilizzabilità di atti istruttori assunti a mezzo rogatoria internazionale per una violazione di diritti difensivi che necessitava di accertamenti in fatto da compiersi all'estero] ».

¹⁷ Ezzo stesso, talvolta, pretesto di stracchiate inammissibilità.

¹⁸ Cass. pen., Sez. un., 15 luglio 2009, n. 39061, in Cass. pen. 2010, 887.

¹⁹ Giacché, mentre secondo la massima « al generale onere di precisa indicazione che incombe su chi solleva l'eccezione si accompagna l'ulteriore onere di formale produzione delle risultanze documentali », la sentenza invece statuisce che « al generale onere di precisa indicazione deve accompagnarsi dunque quello di allegazione (nel senso di *materiale produzione*) della risultanza »; che appare dicitura diversa alquanto o, almeno, non equivoca.

²⁰ E, per sovrammarchato, esitata in una palese contraddizione rispetto ad un precedente, peraltro rimarcato come condivisibile in seno alla sentenza, con qualche pregiudizio, par di capire, per lo stesso criterio di prevedibilità della decisione (e, prima ancora, del senso della norma applicabile).

5. Tirare le somme non è per nulla semplice.

E non lo è perché, oggigiorno, tutte le volte che ci si cimenta con l'analisi di criticità, che siano di sistema o congiunturali, pare imperativo cercarne le cause in luoghi distanti dal punto di verifica.

È forse il momento invece, preso atto che l'*affaire inammissibilità* non ha più nulla di fisiologico, di fare autocritica. La mole dei ricorsi è frutto, assai probabilmente, anche di un uso indiscriminato della istanza giurisdizionale di legittimità; e i ricorsi indiscriminati, si sa, hanno contribuito a mettere la Corte di legittimità "sotto assedio".

L'inammissibilità, lo si dice a voce pacata ma senza paura, non è più soltanto uno strumento di sanzione per il ricorso mal concepito o mal vergato; essa è diventata chiaramente uno strumento di deflazione di un sistema che è sul limite del collasso.

Anche l'autocritica però, ove senza misura, è pura retorica: vi è una quota di responsabilità per lo *status quo* che compete alla classe forense, poco attenta, fino a tempi recenti nel formare i suoi professionisti all'uso di quello che, a ragione, è stato definito l'atto più complesso del panorama processuale penalistico. Ma una quota non è il tutto e le percentuali di inammissibilità discusse nella relazione dell'Osservatorio denunciano che il problema ha almeno due facce: da un lato il numero relevantissimo di ricorsi che vengono proposti annualmente; dall'altra una certificata carenza di organico dei magistrati.

I numeri, è vero, stanano i problemi e la quantità dei ricorsi che la Suprema Corte deve annualmente fronteggiare fa davvero tremare le vene ai polsi; il lavoro interpretativo è quindi anche pregiudicato da pure questioni di tempo: per quanto banale possa apparire, l'esito di un ricorso non è variabile indipendente dal tempo "dedicabile" allo spoglio, alla trattazione ed all'esame. Ciò tuttavia spiega, ma non giustifica.

Si vuol dire che il problema ha una così vasta portata per gli interessi in gioco, le conseguenze sul piano pratico-operativo e la potenziale capacità di incrinare alle fondamenta la giurisdizione di legittimità, che, nella tutela imprescindibile della stessa funzione di nomofilachia, nessun alibi consente di glissare sul tema ²¹. In altre parole, anche quando decide per l'inammissibilità la Corte partecipa in modo primario della genesi del significato normativo ²²; ed è

²¹ Solo per accennare un aspetto, i *dicta* della Corte, anche quando declinano inammissibilità, hanno la naturale vocazione ad indicare percorsi per gli interpreti (siano essi giudici, siano essi avvocati). Ecco che, in questa ottica una possibile, più o meno palese, e (anche) motivata torsione del metodo ermeneutico può addirittura rischiare, per usare le parole del Presidente Canzio (Relazione sull'amministrazione della giustizia dell'anno 2015, pag. 21, Roma, 28 gennaio 2016), di indebolire le fonti di legittimazione della giurisdizione.

²² Sul punto, illuminante, S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica*, in *Archivio penale*, 2013, 2, ove si snocciola, tra gli altri e con serrato raziocinio, il tema dell'incrocio tra legge, norma e diritto, in una sistematica che rende conto e ragione di quanto l'attività di collegamento tra norme abbia funzione generatrice del

intuibile il rischio che si corre se e quando la irricevibilità del ricorso risponda non a criteri di *sanzione* ma a quelli *deflattivi*.

Ampliamento degli organici, migliori coordinamenti funzionali tra Sezioni e collegi, dialogo concreto con l'avvocatura e confronto serrato sui temi, forse, potrebbero giovare ma — pur certo che non sia questa la sede per discutere di soluzioni — focalizzare con franchezza il tema sembra il primo ineluttabile passo da compiere se si vuole anche solo pensare, per davvero, di risolverlo.

giuridico e, per quanto qui rileva, di quanto l'attività ermeneutica contribuisca oggi a formare il diritto.

9.

APPUNTI SPARSI SULL'INAMMISSIBILITÀ DELLE IMPUGNAZIONI

di Emanuele Fragasso Jr

1. Le impugnazioni *pro reo*: l'imputato diviene l'attore dell'iniziativa processuale

Mentre, durante le indagini preliminari e, poi, nel corso dell'eventuale udienza preliminare fino alla sentenza di primo grado, la persona accusata è sottoposta ad una soggezione processuale, rispetto all'iniziativa del pubblico ministero ed alla decisione del giudice, tale *servitus iustitiae* termina, invece, con la sentenza di primo grado. Infatti, da questo momento la legge attribuisce all'imputato il potere di decidere — ovviamente nel rispetto delle regole stabilite per le impugnazioni — se il processo debba proseguire o meno ¹.

A seguito di questa “rivoluzione”, la titolarità dell'iniziativa processuale si trasferisce in capo al (provvisoriamente) condannato che diventa, così, *attore* del processo, allorquando esercita il diritto di impugnazione, gemmazione del diritto di difesa.

Naturalmente, il concreto esercizio di tale iniziativa processuale non è affatto obbligatorio ma eventuale, essendo “vincolato” soltanto alla serie di norme che disciplinano i *casus*, i *modi* ed i *mezzi* con i quali può essere effettuata l'impugnazione, oltre che subordinato al giudizio prognostico di “utilità”, da parte di colui che *ha interesse* ad una “riforma” della decisione sfavorevole.

2. La “forma” dell'impugnazione: i requisiti prescritti dall'art. 581 c.p.p. « a pena di inammissibilità »

La cd. “riforma Orlando” ha sostituito l'art. 581, contenente la disciplina della forma dell'impugnazione.

Il semplice confronto letterale della precedente norma con quella in vigore dal 3 agosto 2017 pone in evidenza che i requisiti dell'impugnazione sono stati aumentati per quantità e che per ciascuno di essi è stata comminata l'inammissibilità, allorché difetti la prescritta *enunciazione specifica*.

Breve: una forma predeterminata rigorosamente dal legislatore, per il tramite dell'imposizione di un onere di enunciazione specifica, non più limitato — come in passato — ai soli *motivi* (lett. *c*) del precedente art. 581) ma esteso pure ai *capi* o ai *punti* (lettera *a*), immutata), alle *richieste*, anche istruttorie (lett. *c*), dell'attuale norma).

Inoltre, la recentissima riforma ha stabilito un nuovo requisito di forma,

¹ Vd., per tutti, G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015, 119 e 120.

imponendo l'enunciazione specifica anche delle *prove* delle quali si sostenga « l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione » (giusta il nuovo disposto della lett. *b*) del vigente art. 581).

L'inammissibilità dell'impugnazione per il vizio di "genericità" non viene più comminata *nominatim*, come in passato, ma è oggi estesa alla violazione di ciascuna prescrizione formale, in virtù dell'inserimento dell'imperativo dell'enunciazione specifica nella *proposizione* "reggente" dell'art. 581. La qual cosa impedisce ogni interpretazione riduttrice sia dell'onere di specificità, sia della sostituzione dell'art. 581 c.p.p. Infatti, l'intento di modificare il regime delle impugnazioni, impiegando il paradigma della specificità più estesa, rafforzata inoltre dalla sanzione dell'inammissibilità, è appalesato proprio dalla ri-scrittura dell'intera norma e dalla mancata interpolazione dell'art. 591 c.p.p.. Il legislatore ha privilegiato cioè la chiarezza e la precisione espressiva, elevando l'onere dell'enunciazione specifica a condizione indispensabile di ogni fattispecie astratta descritta nelle successive lettere, da *a*) a *d*), da una parte, e, dall'altra, comminando espressamente l'inammissibilità, allorché una di quelle enunciazioni manchi del tutto o risulti "aspecifica".

In tale modo risulta preclusa ogni esegesi contraria, magari radicata sull'interpretazione storico-sistematica degli artt. 581 e 591 c.p.p., originariamente ancorati alla sola specificità dei motivi e successivamente non espressamente riferiti ad altre, diverse cause di inammissibilità: il ditterio *in claris non fit interpretatio* spiega la superfetazione linguistica e disvela lo scopo del legislatore, sul quale torneremo assai presto ².

3. L'eziopatogenesi dell'inammissibilità dell'impugnazione, a norma dell'art. 581 c.p.p.: pluralità necessaria di "cause" oppure sufficienza anche di una sola violazione di forma?

Il rinvio integrale alle disposizioni dell'art. 581, operato dall'art. 591 c.p.p., comporta l'inammissibilità dell'impugnazione, se non risulta rispettato il requisito dell'enunciazione specifica degli elementi di fattispecie tipicizzati nelle lettere da *a*) a *d*) dell'art. 581.

A ben vedere, l'inosservanza delle condizioni di forma viene sanzionata da

² Sembra di contrario avviso, ma soltanto apparentemente, P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1267, dove l'illustre Autore osserva che « si introduce superflualmente una sanzione di inammissibilità [nel novellato art. 581, n.d.r.] già prevista dall'art. 591 c.p.p. ». L'assunto è impeccabile sul piano letterale e della logica, perché l'art. 591, 1. lett. *c*) c.p.p. rinvia integralmente alle disposizioni, tra gli altri, dell'articolo 581, cosicché l'inammissibilità discenderebbe, in ogni caso, dalla violazione di ciascuno dei requisiti di forma in esso prescritti. Nondimeno, questa autorevole osservazione rischia di oscurare i fini del legislatore e la *ratio* delle modificazioni normative che sono alla base del pleonaso formale, così come ci illudiamo di aver spiegato nel testo.

due previsioni: la prima, norma generale, è costituita dall'*incipit* del comma 1 dell'art. 591; la seconda, prescrizione speciale, è rappresentata dalle parole conclusive della proposizione principale dell'unico comma dell'art. 581 c.p.p.. L'inammissibilità dell'impugnazione per violazione dei requisiti introdotti dalla riforma del 2017 è, quindi, sottratta ad ogni perplessità interpretativa.

È opportuno, in ogni caso, interrogarsi sulla necessità o no di una pluralità di violazioni di forma (*i.e.* necessità di almeno due o più infrazioni di quanto stabilito nelle lettere da *a*) a *d*) dell'art. 581 c.p.p.), in mancanza di una specifica regola giuridica dettata a tal fine.

L'ipotesi della *pluralità-necessaria* si baserebbe sulla tesi della concorrenza di plurimi fattori, costituiti, per un verso, dall'inconscia idea della conservazione della precedente disciplina processuale, notoriamente connotata da un'unica ragione d'inammissibilità cagionata esclusivamente dalla genericità dei motivi dell'impugnazione, e, per un altro, da un frettoloso e petitorio riferimento al *favor impugnationis*, al conseguente principio della *libertà delle forme* ed alla ben nota angustia dell'interpretazione letterale. *Breve*, la necessità di un'esegesi restrittiva della nuova norma sarebbe la conseguenza inevitabile della sua natura eccezionale, rispetto all'esercizio del diritto d'impugnazione, e della preferibilità di un'interpretazione la più distante dal modello del *processo formulare* di romanistica memoria.

Più di una ragione depone, invece, a sostegno dell'interpretazione contraria.

Lo scopo di rendere più severo il regime della forma delle impugnazioni è reso palese dalla sostituzione integrale del testo dell'art. 581 e dall'anticipazione della sanzione dell'inammissibilità nella proposizione che *regge*, anche sul piano dell'analisi logica, le successive quattro frasi, ciascuna contrassegnata con una lettera, in ordine alfabetico.

In secondo luogo, la struttura linguistica del “nuovo” art. 581 non offre alcun appiglio per fondarvi una lettura (davvero acrobatica, a questo punto) dei requisiti formali, tale da attribuire soltanto alla lettera *d*) la nota della *conditio sine qua non* dell'ammissibilità dell'impugnazione. Ben diversamente, a ciascuna lettera segue un precetto giuridico concettualmente autonomo e diverso da quelli successivi, funzionalmente preposto ad aumentare (rispetto al passato) il grado di *precisione*, di *razionalità* e di *perspicuità* dell'atto d'impugnazione.

È evocabile, inoltre, un terzo argomento. Ciascuna delle norme contenute nelle lettere da *a*) a *d*) dell'art. 581 novellato coordina l'« impugnazione » con i nodi problematici del giudizio d'impugnazione.

L'enunciazione specifica « dei capi o dei punti della decisione » serve a “mirare” l'atto d'impugnazione, in modo accurato, rispetto alla delimitazione della cognizione del giudice dell'impugnazione, perimetrata, per l'appello, dai « punti della decisione », *ex art. 597, 1. c.p.p.*, e, per la Corte di cassazione, dalla « cognizione del procedimento », *ex art. 609, 1. c.p.p.*, cui si riferiscono — in entrambi i casi — i « motivi proposti ». Evidentemente, l'originaria specificità,

precedentemente limitata ai motivi, non si è rivelata idonea ad impedirne la vaghezza e la “polidirezionalità”, rendendo necessario aggiungere l’onere descritto nella odierna lett. *a*), strumentale alla rappresentazione di un “reticolo” e degli obiettivi verso i quali esso è mirato, rappresentati dai “temi” di cui alle lettere da *b*) a *d*). La qual cosa significa che alla qualità della precisione del previgente art. 581, lett. *a*) è subentrata la condizione della *specificità* dell’attuale norma.

L’enunciazione specifica delle prove in relazione alle quali si deduce un vizio della motivazione del provvedimento impugnato, giusta la lett. *b*) dell’art. 581 sostituito, si articola in classi ben individuate: *l’inesistenza*, corrispondente al travisamento per creazione o additivo; *l’omessa assunzione*, sinonimo della mancata assunzione di una prova, richiesta dalla parte ma non ammessa dal giudice, e *l’omessa o erronea valutazione*, speculare alla mancanza o all’illogicità della motivazione. Sull’impugnante incombe, in questo caso, l’imperativo ipotetico di indicazione precisa della prova (*e.g.* la testimonianza *x* e, quando è possibile, il suo contenuto dichiarativo controverso: *xc*, *xd*, *etc.*) e, contemporaneamente, di diagnosi del vizio — logico, giuridico *etc.* — in cui sarebbe incorso il giudice *a quo*.

Giova aggiungere che nessuna indicazione né argomentazione di sorta viene richiesta per quanto attiene al requisito della *decisività* della prova “mal valutata” o non assunta: un “vuoto” nella legge, ossia una lacuna precettiva³ della quale si dovrà serbare attenta memoria, allorquando si tratterà la linea di confine tra l’inammissibilità e l’infondatezza dell’atto di impugnazione.

Infine, *sub c*) e *d*) dell’art. 581, l’enunciazione specifica delle « richieste, anche istruttorie » e delle « ragioni di diritto e degli elementi di fatto » che le sorreggono, coniuga le domande al loro fondamento giustificativo, nella prospettiva — anche in questo caso — della doverosa simmetria “interna” tra *petita* e *rationes petendi*.

Ne consegue che l’onere della specificità concerne ciascuna delle proposizioni logico-linguistiche formulate sotto le lettere da *a*) a *d*) della norma in esame.

Ciò non implica, tuttavia, la necessità di una enunciazione rigidamente separata di ciascuna in parti grafiche diverse ed autonome del medesimo atto d’impugnazione, ben potendo ognuna essere inserita nella medesima articolazione dell’atto d’impugnazione (*e.g.*, in quella ove vengono enunciati i motivi). Questa osservazione trova il suo fondamento sia nell’interpretazione letterale

³ Sulla lacuna formale della legge, « anche se *intenzionalmente* creata dal legislatore » e sulle sue implicazioni sul procedimento ermeneutico nell’ambito penalistico, vd. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, Milano, 1965, 213 e *passim*.

del testo attuale dell'art. 581⁴, sia nella sua ermeneusi teleologica e sistematica. Nelle *parole* non si rinviene, infatti, alcun imperativo espresso sull'enunciazione di ciascun requisito in "parti grafiche" distinte; né può ritenersi ragionevole il privilegio della rigida ripartizione grafica, rispetto al conseguimento dello scopo, appalesato dalla razionalità e dalla perspicuità dell'indicazione dell'*oggetto* dell'impugnazione, dovunque quest'ultimo risulti enunciato nell'atto scritto che la esprime e la documenta.

Quel che conta, invece, è che, al di là della *dispositio* prescelta, vengano rivelati, con evidenza e precisione, *quali* siano i temi controversi e *le ragioni* del "perché no" agli argomenti del giudice *a quo*, per un verso, e del "perché sì" alle richieste difensive, per un altro.

Se è consentita una metafora, la quadripartizione creata dal novellato art. 581 può corrispondere ad un sistema di vasi comunicanti (anziché di camere stagne ed indipendenti), a condizione — lo ripetiamo — che l'oggetto di ciascuna delle proposizioni normative da *a*) a *d*) della norma sia individuabile immediatamente, chiaramente e senza equivoco di sorta. E sempre che la giurisprudenza futura non intenda ricorrere ad un'interpretazione creativa e additiva della lettera dell'art. 581 c.p.p., allo scopo di attuare una politica di deflazione delle impugnazioni, in nome del sistema a camere stagne e del tautologico impiego del ditterio del *vitiatur et vitiat*. Nel qual caso, le presenti annotazioni potrebbero fungere da sommo *caveat* di ragion pratica per gli impugnanti.

Va da sé, ovviamente, che la *dispositio* graficamente separata compenserà la possibile scarsa attitudine dell'impugnante verso l'esposizione analitica, concisa e coerente, come aiuterà a colmare le immancabili lacune di ogni atto d'impugnazione non sufficientemente meditato. Dunque, un accorgimento di convenienza e di utilità pratica, piuttosto che l'*atto dovuto* in forza di una regola giuridica.

4. La specificità, tra fisiologia e patologia

L'arco temporale che congiunge la sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione (la n. 8825 del 2016) con la riforma Orlando (l. 103 del 2017) è assai breve, cosicché non pare azzardato ipotizzare che la seconda costituisca l'attuazione dei principî stabiliti dalla prima. Per appurarlo è opportuno prendere in considerazione il concetto di *specificità*, come definito nella predetta decisione, confrontandolo con quello che si evince dall'interpretazione delle norme processuali vigenti.

⁴ Sul carattere di canone ermeneutico prioritario dell'interpretazione letterale della legge, rispetto all'interpretazione logica e sistematica, « quando la disposizione [...] è chiara e precisa », vd. Cass. pen., Sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688.

È stato già osservato che l'oggetto del contrasto interpretativo sottoposto al giudizio delle Sezioni unite non è costituito dalla cd. "genericità intrinseca" dei motivi (discendente da argomenti generici, vaghi e polivalenti) ma, piuttosto, dalla cd. "genericità estrinseca" degli stessi⁵. Questo secondo vizio — come si sa — indica la mancanza di un legame tra gli argomenti dell'appello e « le ragioni di fatto e di diritto poste a cemento della decisione criticata »⁶, generando, così, un'asimmetria dell'atto di impugnazione rispetto alla *motivazione* della sentenza del giudice *a quo*.

Conviene, tuttavia, chiedersi quale sia la definizione del requisito richiesto dall'art. 581, così da comprendere il significato dell'aggettivo *specifico* e, quindi, coglierne i caratteri che lo identificano rispetto al suo contrario, costituito, come s'è detto, dal lemma *genericità*.

Con l'aggettivo *specifico* la lingua italiana esprime ciò che è « [p]recisamente indicato [...]. Anche riferito precisamente a qualcosa (un'opinione) », « [i]nequivocabilmente riferito a qualcosa, chiaro, esplicito (un testo, un'indicazione) »⁷. Dunque, *sinonimo* di precisione, di chiarezza e di riferimento esplicito; *contrario* di vaghezza, di oscurità e di indeterminatezza.

Poiché l'art. 12, 1. delle Disposizioni sulla legge in generale prescrive di tener conto anche dell'intenzione del legislatore, una volta scoperto il significato letterale delle parole, si deve porre in evidenza la "struttura binaria", tipica sia dell'argomentazione del giudice (vd., in particolare, l'obbligo di enunciazione delle ragioni per le quali egli ritiene non attendibili le prove contrarie), sia delle ragioni che sostengono ogni richiesta enunciata nell'atto scritto d'impugnazione (art. 581, 1., lett. *d*) c.p.p.). La qual cosa abbiamo sintetizzato nelle locuzioni del "perché sì" e del "perché no", entrambe a fondamento della sostituzione tanto della lett. *e*) dell'art. 546 c.p.p., quanto dell'intero art. 581 c.p.p., ad opera della riforma Orlando.

Anche i motivi della parte impugnante, quindi, devono rispettare il *principio del contraddittorio* che, in primo luogo, si manifesta nella formazione (comune) *della prova*, ma che non si esaurisce in questa sola attività processuale. Il contraddittorio si estende, infatti, alla *discussione*, alla *deliberazione* — nella quale ciascun giudice prima enuncia le *ragioni della propria opinione* e poi esprime il voto su ciascuna questione, giusta l'art. 527, 2. c.p.p., realizzando un contraddittorio "interno" e segreto — per culminare, infine, nella *motivazione* della sentenza, cadenzata dalla doverosa *explanatio* delle ragioni giustificative della valutazione di non attendibilità delle prove contrarie alla decisione. Con la conseguenza che pure l'impugnante dovrà, a sua volta, predisporre l'enuncia-

⁵ Così H. BELLUTA, *Inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi: le Sezioni Unite tra l'ovvio e il rivoluzionario*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, cui si rinvia anche per l'ampio panorama bibliografico sui problemi via via trattati in queste note.

⁶ ID., *op. cit. loc. cit.*.

⁷ S. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, XIX, Torino, 1998, 778.

zione precisa sia delle ragioni contrarie a quelle che sorreggono la decisione, sia delle ragioni favorevoli alle richieste dell'atto di impugnazione.

Il fatto che debba essere argomentata pure una *pars destruens* (oltre ad una *construens*) lo impone, poi, una regola logica: « Se ciò che è posto è contrario alla conclusione, è necessario che si verifichi una confutazione. Infatti la confutazione è un sillogismo della contraddizione »⁸.

Sintesi: poiché l'impugnazione penale non appartiene al ceppo del gravame (del quale fa parte, ad esempio, la richiesta di riesame, ex art. 309 c.p.p.), l'atto che la costituisce dovrà esporre i motivi che, per l'appunto, *confutano* la sentenza impugnata, ribattendo vittoriosamente le contrarie ragioni contenute a sua giustificazione. Senza dimenticare, naturalmente, il rispetto degli ulteriori requisiti stabiliti nelle lettere da *a*) a *c*) dell'art. 581 c.p.p..

Giunti a questo punto, si comprende che la *specificità* esprime, da una parte, la *precisione* di tipo "atomistico" e, dall'altra, la *simmetria* rispetto all'articolazione ed alla motivazione della sentenza, svelando, così, la funzione fisiologica di questo connotato delle enunciazioni elevate ad oneri dell'impugnazione.

Occorre, però, un ulteriore approfondimento, allo scopo di comprendere *come* operi e, quindi, *quale funzione* svolga la nota della specificità, in relazione alle singole enunciazioni oggetto delle lettere da *a*) a *d*) dell'art. 581 vigente. A tal fine si profilano due possibili soluzioni: la prima — dell'*omogeneità funzionale* — radicata sul criterio dell'identità della natura della specificità di ciascuna enunciazione; la seconda — dell'*eterogeneità funzionale* — fondata sul principio della diversa natura della specificità di ogni enunciazione. L'adesione alla prima opzione interpretativa implica, altresì, l'omogeneità funzionale delle varie enunciazioni, mentre la seconda soluzione impone di riconoscere una reciproca diversità delle stesse o, almeno, di una rispetto alle altre.

Dalle osservazioni precedenti emergono le ragioni a presidio del secondo corno del dilemma, cioè a favore della *eterogeneità funzionale* dei « motivi » (lett. *d*) del "nuovo" 581 c.p.p.) rispetto alle enunciazioni imposte dalle lettere da *a*) a *c*) del citato articolo.

Innanzitutto, v'è una ***diversità di funzione***, poiché mentre i *motivi* sono destinati a **confutare** le ragioni esposte nella sentenza impugnata ed il *metodo del procedere* attuato dal giudice *a quo*, oltre che a **dimostrare** le ragioni almeno dell'equiprobabilità razionale dell'ipotesi difensiva nei confronti di quella d'accusa (al lume del parametro del *BARD* stabilito dall'art. 533, 1. c.p.p.), invece, le enunciazioni di cui alle lettere da *a*) a *c*) sono deputate a **circoscrivere** (in certi casi, anche topograficamente) *contro cosa* e a *quale scopo* l'atto d'impugnazione è rivolto, cioè, l'*oggetto* e lo *scopo finale* della (successiva) enunciazione dei motivi.

⁸ ARISTOTELE, *Organon, Analitici primi*, a cura di M. ZANATTA, Torino, 1996, I, 403.

Quindi, il ragionamento — induttivo, abduttivo o deduttivo — campeggia nei motivi; invece, le enunciazioni da *a*) a *c*) delimitano e circoscrivono sia il *petitum*, sia le *parti* della decisione impugnata e dei « risultati [probatori] acquisiti » e male valutati » (art. 546, 1., lett. *e*) c.p.p.). Con il duplice corollario che mentre i motivi sono *dinamici* — in corrispondenza del grado dell'argomentazione e dell'attitudine all'*inventio* — e, quindi, suscettibili di “*accrescimento*” (in virtù dell'enunciazione di *motivi nuovi ex art. 585, 4.*, di memorie scritte o di argomenti nuovi nel corso della discussione) o di “*diminuzione*” (nel caso di rinuncia, anche parziale, *ex art. 599, 4. c.p.p.*), le enunciazioni oggetto delle norme da lett. *a*) a lett. *c*) sono statiche e immutabili, dopo la scadenza del termine per proporre l'impugnazione, a norma dell'art. 585 c.p.p..

Ne discende che le enunciazioni disciplinate da lett. *a*) a lett. *c*), proprio a causa della loro fissità parmenidea, devono essere *complete* rispetto ai motivi e, preferibilmente, più ricche, cioè più estese — quanto agli oggetti di riferimento — così da consentire l'accrescimento dei motivi e degli argomenti difensivi, fino alla fase della discussione finale. Quest'ultima osservazione trova una significativa conferma, logica e sistematica, nell'art. 167 Disp. att. c.p.p. che disciplina i « **[n]uovi motivi della impugnazione già proposta** », prescrivendo che essi specificino *i capi* e *i punti* enunciati a norma dell'art. 581, 1., lett. *a*) c.p.p. ai quali i medesimi si riferiscono ⁹.

Per i motivi, invece, la *specificità* non si identifica con la completezza né con la definitività, attesa la loro eterogeneità funzionale, naturalmente a condizione che l'argomentazione — a confutazione ed a dimostrazione — soddisfi le esigenze di razionalità, di precisione e di perspicuità più volte menzionate.

Coerentemente con quest'ultima osservazione, il canone della specificità virerebbe in direzione della *patologia funzionale*, se esso fosse interpretato come necessaria completezza ed immodificabilità dei motivi dell'atto genetico dell'impugnazione.

Un secondo rilievo può essere abbozzato in relazione all'atto di appello. La specificità potrebbe degenerare in vizio dell'ermeneusi giuridica, se la violazione di tale requisito fosse intesa come concetto fungibile ed equivalente a quello della manifesta infondatezza, contemplato, invece, come causa d'inammissibilità esclusivamente per il ricorso per cassazione (art. 606, 3. c.p.p.). Si è già osservato, in precedenza, che l'art. 581, lett. *b*) c.p.p. contiene una lacuna creata *intenzionalmente* dal legislatore, non essendo prescritta la *decisività* della prova

⁹ I motivi *nuovi*, quindi, possono *allargare* il catalogo delle precedenti argomentazioni — cioè, le ragioni di diritto e gli elementi di fatto — a condizione che essi si riferiscano ai *capi* o ai *punti* della decisione, che siano stati l'oggetto di specifica enunciazione nell'atto originario dell'appello.

Con riferimento al ricorso per cassazione, invece, « il motivo nuovo deve far *riferimento* al *motivo* vecchio », cioè deve essere del medesimo « tipo di motivo » rispetto a quello già enunciato nel ricorso per cassazione originario: così F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 755.

che, secondo l'impugnante, risulterebbe “mal valutata” o “non assunta”. È tempo di spiegarne la ragione e di indagarne gli effetti giuridici.

La *ratio* del rilevato vuoto legislativo può essere ricercata nella natura dell'inammissibilità. Essa è notoriamente contrapposta alla decisione sul merito¹⁰ ed è identificata dal difetto di determinati presupposti o requisiti stabiliti dalla legge — espressamente sanzionati, per l'appunto, a pena d'inammissibilità — come condizioni della validità dell'atto che instaura un procedimento eventuale, quale è il giudizio di impugnazione¹¹. Se, dunque, l'inammissibilità esprime l'inidoneità di una determinata *domanda di parte* a creare l'obbligo, in capo al giudice, a decidere sul merito di essa, è chiaro che essa non comprende — quando si tratta dell'atto di appello — la mancanza dei requisiti che rendono quella domanda “accoglibile”, attraverso la sentenza di riforma. La qual cosa preclude il giudizio di inammissibilità dell'appello *contra reum* — del pubblico ministero o della parte civile — che non fornisca la dimostrazione, al di là di ogni ragionevole dubbio, della colpevolezza dell'imputato. Pena, altrimenti opinando, l'arbitraria trasformazione dell'*inammissibilità* nell'*infondatezza* dell'appello, quest'ultima potendo essere dichiarata esclusivamente con sentenza di conferma, *ex art. 605, 1. c.p.p.*¹², anziché con ordinanza d'inammissibilità, a norma dell'art. 591, 2. e 4. c.p.p..

5. I principali caratteri dell'inammissibilità: a) la rilevabilità d'ufficio; b) la non rilevabilità in sede di giudizio di rinvio dopo annullamento

Dopo un breve periodo di incertezza — vigente il c.p.p. del '30 — sulla non rilevabilità in cassazione dell'inammissibilità dell'appello conseguente a tardiva presentazione dei motivi¹³, è ormai pacifico che l'inammissibilità sia rilevabile anche di ufficio, come ribadito dalla sentenza n. 8825 del 2016 delle Sezioni unite della Cassazione, in conformità della regola posta, esplicitamente, dall'art. 591, 2. c.p.p.. La non necessità di un'eccezione di parte si attaglia anche alla declaratoria d'inammissibilità non rilevata a norma del comma 2 dell'art. 591, ma dichiarata successivamente, giusta il comma 4, « in ogni stato e grado del procedimento ». Ciò comporta che l'inammissibilità può essere dichiarata anche a chiusura del giudizio di impugnazione, cioè successivamente alla fase del

¹⁰ Benché riferite al codice di rito del 1930, rimangono attuali le lucide osservazioni di G. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968, 108 ss. e *passim*.

¹¹ *Id.*, *op. cit.*, 150 ss. Sul rapporto tra la *specificità* del motivo del ricorso ed il cd. *travisamento della prova*, cfr. G. CONTI, *L'“autosufficienza del ricorso” nel giudizio penale di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2017, 36 ss., spec. 38-40.

¹² Per l'esclusione del potere del giudice di appello di dichiarare con ordinanza, di ufficio e in mancanza di contraddittorio, l'inammissibilità dell'impugnazione per manifesta infondatezza dei motivi, cfr. Cass., Sez. V, 31 maggio 2013, n. 37730, in C.E.D. Cass., n. 257246.

¹³ Cass. pen., 18 marzo 1952, in *Giur. Cass. pen.*, 1952, I, 560, cit. da G. GALLI, *op. cit.*, 177, nt. 1.

“controllo preliminare”, nella quale il giudice dell’impugnazione pronuncia l’ordinanza, a norma dell’art. 591, 2. c.p.p.

La pronuncia d’inammissibilità può, pertanto, costituire l’epilogo decisivo del giudizio di impugnazione, precludendo la decisione di conferma o riforma, nel caso di appello, oppure impedendo il provvedimento di rigetto o di annullamento, se è stato proposto ricorso per cassazione.

Se, però, il giudice « dell’impugnazione » non ne ha dichiarato l’inammissibilità, quest’ultima può costituire l’oggetto della corrispondente decisione « in ogni stato e grado del procedimento », secondo l’art. 591, 4. c.p.p. Quest’ultimo riferimento, per la sua ampiezza concettuale e temporale — estesa addirittura ai confini estremi del procedimento stesso — deve esser coordinato con l’art. 627, 4. c.p.p. che, nel giudizio di rinvio dopo l’annullamento deciso dalla Corte di Cassazione, vieta, tra l’altro, che possano rilevarsi le inammissibilità¹⁴ verificatesi nei precedenti giudizi.

La natura di disposizione generale sulla disciplina dell’inammissibilità dell’impugnazione, rivestita dall’art. 591, 4. c.p.p., potrebbe indurre a sostenere che quest’ultima norma deroghi il divieto stabilito dal comma 4 dell’art. 627 c.p.p., operante, invece, in relazione ai residui casi di inammissibilità, diversi da quella comminata dall’art. 591. 1. c.p.p.¹⁵ In tal modo, verrebbe neutralizzato il pericolo che la sanatoria del vizio dell’inammissibilità della precedente impugnazione possa comportare — come è stato osservato brillantemente — « la prevalenza della ragione dell’autorità sulla autorità della ragione [...] »¹⁶.

Ad un opposto approdo ermeneutico si perviene allorché si tenga conto della natura di norma speciale dell’art. 627, 4. c.p.p., rispetto a quella di *lex generalis* propria dell’art. 591, 4. c.p.p.. Il consequenziale effetto derogatorio alla disposizione generale contenuta in quest’ultima norma, per un verso, attribuisce *autonomia* al giudizio di rinvio, facendolo risultare vero e proprio giudizio speciale rispetto ai giudizi ordinari, e, per un altro, si armonizza con la Relazione preliminare al c.p.p. che, puntualmente, rilevò, *in parte qua*, che « in mancanza di espressa deroga avrebbe trovato applicazione anche per il giudizio di rinvio il diverso principio stabilito in termini generali dall’art. 591, 4° co.,

¹⁴ Cfr. sull’argomento le limpide osservazioni di G. ARICÒ, *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, in *Annali dell’Istituto di Diritto e Procedura Penale dell’Università degli Studi di Salerno*, Lancusi (SA), 1993, 16 ss.

¹⁵ È opportuno un chiarimento. Mentre l’art. 591 c.p.p. regola esclusivamente l’inammissibilità delle impugnazioni, l’art. 627, 4. c.p.p., concerne ogni specie di inammissibilità, compresa, ad esempio, quella concernente la violazione delle forme della costituzione di parte civile (artt. 78, 1. e 79, 2. c.p.p.) o quella relativa alla rituale presentazione della querela (a norma dell’art. 120 c.p. e degli artt. 337 e ss. c.p.p.).

¹⁶ G. ARICÒ, *op. cit.*, 18, ove l’Autore prospetta un dubbio di costituzionalità, nella cornice della ragionevolezza, per il contrasto fra l’art. 591, 4. e l’art. 627, 4. c.p.p., « stante l’indubbia prevalenza della seconda disposizione sulla prima ». Il che milita a sostegno dell’ipotesi interpretativa contraria a quella finora prospettata nel testo.

c.p.p.»¹⁷. Una palese specialità, dunque, del giudizio *ex art.* 627 c.p.p. e, coerentemente, l'inequivoca natura derogatoria, in tema di inammissibilità, del suo 4° comma in relazione al precetto generale contenuto nell'art. 591, 4. c.p.p.¹⁸.

6. Il problematico coordinamento dell'inammissibilità dell'atto di impugnazione con gli obblighi del giudice stabiliti nell'art. 129 c.p.p.

Come è ben noto, la disciplina contenuta nell'art. 129 c.p.p. determina un'eccezione sia all'effetto parzialmente devolutivo dell'appello, sia alla configurazione del giudizio di cassazione come controllo vincolato alla fondatezza — giuridica e razionale — dei motivi enunciati nel rispetto dell'art. 606 c.p.p.. Infatti, l'obbligo della « immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità » sussiste « di ufficio » e « in ogni stato e grado del processo », imponendo, quindi, le decisioni *pro reo* pure al di là dei confini segnati dall'effetto (parzialmente) devolutivo dell'atto di impugnazione¹⁹.

L'effetto *pro reo et ultra petita* è, nondimeno, subordinato al requisito dell'ammissibilità originaria dell'impugnazione, cioè al rispetto dei requisiti di forma prescritti nell'art. 581 e nelle ulteriori disposizioni richiamate o imposte dall'art. 591 c.p.p., pena, nel caso contrario, la preclusione di qualsiasi pronuncia *in favorem rei*.

Tuttavia, giova osservare, subito e con tutta la desiderabile chiarezza, che la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 8825 del 2016 attinge il punto più avanzato dell'itinerario interpretativo percorso negli ultimi anni dalla Corte Suprema, nella direzione della *progressiva compressione* degli spazi di efficacia dell'art. 129 c.p.p., in presenza di un'impugnazione inammissibile. E questo in nome del principio della ragionevole durata del processo e del contrasto all'uso

¹⁷ Per entrambi i rilievi, cfr. F.R. DINACCI, *Gli ambiti decisori del giudizio di rinvio*, in *Le impugnazioni penali*, II, Trattato diretto da A. GAITO, Torino, 1998, 745-747.

¹⁸ Sulla manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 627, 4. c.p.p., in riferimento agli artt. 24, 1. e 2. e 112 Cost., nella parte in cui vieta di rilevare nullità assolute verificatesi nei precedenti giudizi: Corte Cost., Ordinanza (13) 17 novembre 2000, n. 501, in *Cass. pen.*, 2001, 796 ss.

La giurisprudenza di legittimità assolutamente prevalente (se si fa eccezione di Cass. pen., Sez. I, 22 febbraio 2001, n. 18944, in *Cass. pen.*, 2002, 678) è compatta nel senso della impossibilità di rilevare, nel giudizio di rinvio, nullità o inammissibilità verificatesi nei precedenti giudizi: vd., per tutte, Cass. pen., Sez. V, 21 ottobre 2003, n. 48265, *ivi*, 2005, 887.

¹⁹ Sull'argomento la bibliografia è assai vasta: vd. l'orizzonte tracciato da M. DANIELE, *Art. 129 c.p.p.*, in CONSO-ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2015, 431. Con riferimento al codice di rito penale del '30, cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, IV, 1972, 676 ss.

pretestuoso delle impugnazioni ²⁰. Invero, la recente decisione delle Sezioni Unite disegna la fisionomia del giudizio d'appello **non** già come **un « nuovo giudizio**, del tutto sganciato da quello di primo grado » (vd. il par. 7.3 del *Considerato in diritto*; il grassetto è nostro, anche nella successiva citazione), **bensì** come « **strumento di controllo**, su specifici punti e per specifiche ragioni, della decisione impugnata ». Per di più, prosegue il Collegio Supremo, il sistema processuale penale vigente è « basato sulla centralità del dibattimento di primo grado e sull'esigenza di un diretto apprezzamento della prova da parte del giudice nel momento della sua formazione » (*ibidem*).

Le proposizioni logico-linguistiche appena citate, anziché *obiter dicta*, esprimono un indirizzo di pensiero accuratamente meditato e selezionato, quanto alle sue componenti concettuali, cosicché non è avventato pronosticare che esso orienterà, a breve, la *situazione spirituale* dei giudici d'appello. E produrrà i suoi effetti nei confronti della scelta del metodo da attuare, sia nello studio della causa (finalizzato, tra l'altro, al compimento della « relazione » ex art. 602, 1. c.p.p.), sia nella decisione e nella motivazione della decisione dell'impugnazione.

L'ampiezza e il grado di approfondimento dello scrutinio deputato al giudice d'appello sono, infatti, direttamente condizionati dalla precisa individuazione del suo oggetto: **l'intero contenuto del fascicolo del giudizio di primo grado** (nei limiti indicati limpidamente da Cass., Sez. VI, 29 aprile 2009, n. 853, Rel. Citterio, Ric. Tatone *et AA.*) o, al contrario, il **confronto critico esclusivamente degli argomenti simmetricamente enunciati** dalla decisione di primo grado e dall'appellante? E, in quest'ultimo caso, nel rispetto tassativo del perimetro gnoseologico tracciato dall'effetto devolutivo dei motivi proposti (giusta l'art. 597, 1. c.p.p.) o, ben diversamente, nella più ampia area di ricerca, dischiusa da un'interpretazione dell'art. 129 c.p.p. ispirata dal *favor innocentiae*?

L'alternativa non è assolutamente di tipo quantitativo, poiché essa concerne differenze che, riflettendosi sulla *conoscenza* del giudice dell'appello e sul *giudizio critico* che da essa discende, condizionano la *qualità* stessa del giudizio di secondo grado.

Non v'è chi non veda, inoltre, che la limitazione della cognizione giudiziale entro l'angusto esame delle simmetrie argomentative reciproche, pur giovando alla rapidità del controllo — quest'ultima incrementata altresì da “confronti” intuitivi, di apparente ispirazione algebrica, o da “comparazioni” grafiche, sempre più facili grazie agli strumenti informatici ²¹ — non contribuisce

²⁰ Cfr., sull'argomento specifico, F. PORCU, *Art. 129*, in *Codice di Procedura Penale Commentato*, a cura di A. GIARDA e G. SPANGHER, Tomo I, V Ed., Milanofiori Assago (MI), 2017, 1377-1384

²¹ Assai utile per la comprensione non soltanto lessicale, ma pure delle questioni generali coinvolte, è lo studio di S. SIGNORATO, *Le indagini penali informatiche*, Torino, 2017.

significativamente alla sua completezza, razionale e giuridica. In tal guisa, risulta “privilegiato” il giudizio di primo grado, del quale si elogia (retoricamente) il trionfo delle *garanzie orizzontali*, in danno dell’effettività del giudizio di appello e, a cascata, delle *garanzie verticali*. Contrariamente, cioè, agli obblighi *ex art.* 129 c.p.p., per un verso, e, per un altro, in contrasto con il diritto ad un doppio grado di giurisdizione in materia penale, riconosciuto dall’art. 2 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984 (ratificato con L. 98/1990).

V’è di più.

La riforma Orlando non ha modificato in alcun modo la disciplina stabilita nell’art. 129 c.p.p. né ha introdotto una nuova norma che, in presenza di una causa d’inammissibilità dell’impugnazione proposta, stabilisca l’inapplicabilità della fattispecie astratta caratterizzata dal *favor innocentiae*.

Ne consegue che soltanto l’inammissibilità *originaria* e *totale* preclude l’operatività dell’art. 129 c.p.p., impedendo il superamento dei limiti devolutivi, *ex artt.* 597, 1. o 609, 1. c.p.p., prodotti dall’atto di impugnazione proposta. Invece, l’inammissibilità *sopravvenuta* o *parziale* — cioè limitata ad *alcune richieste* soltanto, oppure ad *alcuni punti* del capo investito dall’impugnazione — non costituirà ostacolo all’esercizio del potere-dovere del giudice di dichiarare, di ufficio, le note cause di non punibilità elencate nel predetto articolo del codice di rito, così consentendo di superare i limiti dell’effetto devolutivo ²².

La qual cosa sottolinea l’importanza dell’enunciazione accurata dei requisiti di cui alle lettere da *a*) a *c*) dell’art. 581 c.p.p. non soltanto ai fini dell’ammissibilità dell’impugnazione, ma pure nella prospettiva della rilevabilità di ufficio, da parte del giudice dell’impugnazione, di ragioni *pro innocentia rei*.

²² Con riferimento anche alla giurisprudenza sull’art. 152 del codice del ’30 (non contraddetta da quella sull’art. 129 c.p.p. del codice del 1988), vd. C. FIORIO, *Funzioni, caratteristiche ed ipotesi del giudizio d’appello*, in *Le impugnazioni penali*, cit., I, 357 ss., spec. 361 ed, *ivi*, note 232-236, per utili approfondimenti bibliografici. Per interessanti rilievi sui rapporti tra l’art. 129 c.p.p. ed il giudizio di rinvio, M. Busetto, *Annullamento parziale e declaratoria della prescrizione nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 1997, 2480 ss., spec. 2482 ss.. Vd. pure, sull’argomento, A. Marandola, *Inammissibilità del ricorso per cassazione e declaratoria di determinate cause di non punibilità nella giurisprudenza delle Sezioni unite*, nota a *Cass. pen.*, Sez. Un. Cass., 30 giugno 1999, n. 15, in *Cass. pen.*, 2000, 1534 ss. e, successivamente, A. Bargi, *Commento a Cass. pen.*, Sez. Un., 25 febbraio 2004, n. 24246, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 2, 179 ss.

Sulla questione della rilevabilità di ufficio, da parte della Cassazione, dell’applicabilità dell’art. 131-bis c.p., in presenza di ricorso ammissibile, a condizione che i presupposti per l’applicazione di tale causa di non punibilità siano immediatamente rilevabili dagli atti e non siano necessari ulteriori accertamenti fattuali a tal fine, cfr. *Cass. pen.*, Sez. III, 17 maggio 2017, n. 39458, in *Guida dir.*, 2018, n. 2, 98.

7. Brevi osservazioni finali

Nel momento in cui questi appunti vengono redatti, non si può ancora fare riferimento ad una consistente serie di decisioni giurisprudenziali sul *volto* dell'inammissibilità delle impugnazioni secondo la concreta esperienza giuridica.

Nell'attesa di quest'ultima, non sembra infondata la congettura che il binomio, costituito dalla sentenza delle Sezioni unite del 2016 e dalla riforma Orlando dell'art. 581 c.p.p., eserciterà un forte *appeal* sulla *situazione spirituale* dei giudici dell'appello e della cassazione, notoriamente assediati da assai numerosi fascicoli da "smaltire". Quindi, potrebbe campeggiare, come forza attrattiva, la tentazione di brandire le nuove norme processuali a mo' di strumento di *deflazione* e di *riduzione* di una quantità ormai troppo greve per essere ancora sopportata, utilizzando altresì la panoplia delle varie forme di "aspecificità", sapientemente disegnate dalle Sezioni unite della Cassazione.

Se così dovesse essere, il numero delle dichiarazioni di inammissibilità aumenterebbe in misura esponenziale ed a questo incremento conseguirebbe, in misura proporzionale, un pari numero di ricorsi per cassazione, a norma dell'art. 591, 3. c.p.p.. Un'evidente *eterogenesi dei fini* che, da una parte, aggraverebbe irrimediabilmente le condizioni del lavoro della Corte Suprema e, dall'altra, segnerebbe la linea di contrapposizione ad oltranza nei confronti della Difesa penale.

Però, il sintagma *situazione spirituale*, mutuato dal titolo di una nota opera di Thomas Würtenberger²³, evoca alla memoria la frase di Karl Jaspers, che ne rappresenta l'*incipit*: « *Affrontare una situazione è già il principio del divenirne signore* »²⁴.

Il che, applicato al nostro tema, suggerisce, in primo luogo, di affrontare i nodi problematici delle impugnazioni, liberi da ogni *pre-comprensione* e, poi, di bandire ogni specie di "estremismo interpretativo" mirato al conseguimento di scopi prefissati. Con queste cautele metodologiche abbiamo tentato di ragionare, coniugando la *lettera* alla *ragionevolezza* di ciascun disposto normativo, per riuscire a distinguere la « *mens* » dalla « *ratio* » della legge: « la prima riguarda l'utilità; la seconda l'onestà che è cosa eterna »²⁵.

²³ T. WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2 Auflage, 1959, Karlsruhe, tr. it. a cura di M. LOSANO e F. GIUFFRIDA REPACI, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965.

²⁴ K. JASPERS, *Die geistige Situation der Zeit*, 2^a ed., 1931, 19, cit. da T. WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale*, cit., 5 ed, *ivi*, nt. 1.

²⁵ Giambattista Vico è il padre della distinzione citata nel testo, che cristallizzò nell'aforisma « *anima juris ratio* ». Quest'ultimo rivive, oggi, come usbergo della **Collana di Studi Giuridici** diretta da Mauro Ronco ed è brevemente commentato nella pagina II di M. RONCO, *Scritti Patavini*, Torino, Giappichelli, 2017.

10.

LA DECLARATORIA DI INAMMISSIBILITÀ DEL RICORSO IN FUNZIONE DELLA SUA METAMORFOSI

di *Manuele Ciappi*

1. Volendo svolgere una riflessione sulle modalità con cui la Suprema Corte esercita la funzione nomofilattica, non si può che finire per interrogarsi sul se la categoria della inammissibilità del ricorso rivesta oggi, dinanzi all'Ultimo Giudice, la natura, che le sarebbe propria, di rigorosa sanzione processuale oppure la natura distorta di un abusato strumento di deflazione.

A ben vedere, però, al di sotto di questo quesito pare affiorarne un altro, da porre a monte del primo, ossia se, nell'attuale contesto ordinamentale, si voglia che il ricorso per cassazione rappresenti un mezzo di impugnazione a base diffusa o piuttosto a base ristretta: ciò, anche al di là della sua esperibilità per i soli motivi consentiti dalla legge. Certamente

non si può rimanere indifferenti dinnanzi all'invito della miglior dottrina¹ ad innalzare il livello tecnico-giuridico di coloro che intendono affrontare, da difensori, il giudizio di legittimità dinnanzi alla Corte Suprema di cassazione ed a prendere atto che una grandissima parte dei ricorsi ad Essa inoltrati non presentano, sotto il profilo contenutistico e/o formale, i caratteri richiesti dalla legge e dalla giurisprudenza del Supremo Collegio per ritenerne l'ammissibilità: un profluvio alluvionale di ricorsi, in parte "veramente" inammissibili, infatti, non può non comportare il rischio che, in nome di una esigenza di efficienza, il meccanismo deflattivo legislativamente previsto sia adoperato in modo troppo massiccio ed indiscriminato, con ciò che ne deriva in termini di limitazione delle garanzie.

Tuttavia, questo tipo di spiegazione risulta, per certi versi e paradossalmente, troppo consolatoria.

Infatti, ampliando la prospettiva, non si può non notare come il fenomeno della sempre crescente tendenza alla declaratoria di inammissibilità del ricorso sia da porre in relazione con la innegabile tendenza alla diminuzione delle ipotesi di invalidità delle attività giudiziali, riconosciute come tali dal Supremo Collegio, con correlato aumento delle ipotesi di mera irregolarità: ciò, in particolar modo, con riferimento alle violazioni del contraddittorio consumatesi in sede di formazione della prova.

Ma non soltanto.

Si assiste, infatti, al contestuale aumento delle ipotesi di inammissibilità in relazione alle attività delle parti, con conseguente crescita delle fattispecie di decadenza, di creazione giurisprudenziale, di facoltà normativamente non

¹ Vedi *supra* G. SPANGHER, *Una sanzione alla carta*.

sottoposte ad un tal genere di ghigliottina: ciò, di nuovo, soprattutto in materia di prove.

Se quanto precede è vero, altro non si può prevedere se non la progressiva riduzione dello spazio per avanzare, dinnanzi al Giudice di legittimità, censure che riguardino la (omessa o irrituale o illegittima) assunzione o la (omessa o erronea) valutazione delle prove, per come realizzate nei precedenti gradi di merito.

2. La sentenza delle Sezioni Unite Galtelli, nello stabilire che l'atto d'appello, al pari del ricorso per cassazione, sia inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultino esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata — sposando così l'indirizzo in base al quale il predetto atto di impugnazione deve rispondere ai requisiti della specificità sia intrinseca, che estrinseca — ha potenzialmente ampliato lo spazio per la declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione già nel contesto del giudizio di appello.

Pare interessante notare, al riguardo, come il Supremo Collegio abbia inteso confrontarsi, per fondare il proprio *decisum*, anche con quello che all'epoca costituiva un mero disegno di legge di modifica — tra l'altro — del codice di procedura penale e che avrebbe poi dato corpo alla riforma realizzata con la L. n. 103 del 23 giugno 2017.

Si è voluta valorizzare, in tale sede motivazionale, la stretta correlazione tra il novellato articolo 546, co. 1, lett. e), c.p.p. ed il novellato art. 581 co. 1, lett. b) e d), c.p.p., trattandosi di interventi legislativi che, realizzando un collegamento sistematico tra le due norme « ancora più stretto di quello già esistente, confermano la conclusione che l'onere di specificità dei motivi di impugnazione, proposti con riferimento ai singoli punti della decisione, è direttamente proporzionale alla specificità delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione impugnata, con riferimento ai medesimi punti ».

Se così è, nel mentre ci si conforta nel notare che ivi « si riconosce e si rafforza il necessario parallelismo che sussiste fra motivazione della sentenza e motivo di impugnazione, richiedendo per entrambi, un pari rigore logico-argomentativo », non ci si può non chiedere perché un atto di appello aspecifico debba dirsi inammissibile, mentre una sentenza che difetti dei requisiti di cui all'art. 546, co. 1, lett. e), c.p.p. debba dirsi — se non totalmente carente di motivazione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 125 co. 3 c.p.p. — soltanto “mal motivata” ma non invalida.

Il Supremo Collegio, per vero, si è incidentalmente incaricato di risolvere anche il nodo problematico rappresentato dalla riproposizione, attraverso l'appello, di questioni già dedotte in prima istanza; al riguardo, il Giudice di legittimità ha rimarcato la diversità strutturale del giudizio d'appello rispetto al giudizio di cassazione, per « escludere che la riproposizione di questioni già esaminate e

disattese in primo grado sia di per sé causa di inammissibilità dell'appello. Il giudizio di appello ha, infatti, per oggetto la rivisitazione integrale del punto di sentenza oggetto di doglianza, con i medesimi poteri del primo giudice ed anche a prescindere dalle ragioni dedotte nel relativo motivo»; non così nel giudizio di cassazione, « con la conseguenza che il motivo di ricorso non può, per definizione, costituire una mera riproposizione del motivo di appello ».

Ciò nonostante, nel mentre si assiste al tentativo di applicare, in forza della citata sentenza, la mannaia dell'inammissibilità fin dal giudizio di appello, non si assiste, invece, ad una tendenziale decrescita delle sentenze di appello nelle quali, nel motivare la reiezione dell'impugnazione, si esordisce con l'affermazione per cui l'atto d'appello altro non è che la riproposizione di questioni già esaminate e disattese dal giudice di primo grado, come se ciò rappresentasse il fondamento di una preliminare delibazione dell'atto di appello, seppur non in termini di inammissibilità, quantomeno in termini di infondatezza.

Se il senso generale della pronuncia sopra esaminata viene meditato tenendo a mente che ivi si tratta di ridefinire le caratteristiche dell'atto introduttivo del secondo grado della giurisdizione di merito e mettendola in relazione a quanto si è inteso proporre, con riferimento al giudizio di legittimità, con il *Protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense sulle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia penale* del 17 dicembre 2015 e con il *Provvedimento sulla motivazione semplificata di sentenze penali* del Primo Presidente della Corte Suprema del 28 aprile 2016, non si potrà non avere la percezione di una spinta coordinata verso un radicale mutamento — rispetto al passato — dei due diversi giudizi di impugnazione: l'adozione di forme più vincolate per la celebrazione del giudizio di appello e la creazione di una prassi caratterizzata dalla adozione di uno schema tendenzialmente predefinito di ricorso per cassazione (con qualche inevitabile assonanza con il formulario del ricorso proponibile alla Corte europea dei diritti dell'uomo). Una spinta tanto più effettiva, quanto più sollecitata dalla ferrea applicazione della sanzione processuale della inammissibilità in entrambi gli ambiti di impugnazione.

Risulta difficile non cogliere, infatti, come il giudizio di appello — quantomeno in materia di assunzione e di valutazione del materiale probatorio, per come realizzata in primo grado o per come replicabile in quella seconda sede — si stia progressivamente spostando verso un ambito analogo a quello delineabile *ex art. 606, co. 1, lett. d), e, ancor di più, lett. e) c.p.p.*, per come interpolata dalla legge n. 46 del 20 febbraio 2006 mediante il riferimento agli *altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame*.

Non si colloca, infatti, molto distante dal disposto delle norme citate « l'enunciazione specifica, a pena di inammissibilità: [...] delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione; [...] delle richieste, anche istruttorie; [...] dei motivi, con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta », per come imposta dall'art. 581 c.p.p., in specie avverso una sentenza caratterizzata

dalla *concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto* e dalla *enunciazione delle ragioni* di cui all'art. 546, co. 1, lett. e), c.p.p.³.

Risulta altrettanto difficile, in parallelo, ricavare uno spazio di effettiva ed appagante applicazione del disposto dell'art. 606, co. 1, lett. e), c.p.p. dinnanzi al Supremo Collegio, in ispecie laddove si voglia dedurre un vizio di impugnazione legato ad ipotesi di travisamento della prova.

La tendenza a restringere gli spazi di un tal genere di censura, ben si coglie nelle pronunce del Giudice Supremo in ordine al principio di autosufficienza del ricorso: talvolta si richiede la precisa indicazione topografica, all'interno degli atti del processo, della prova travisata o omessa; talaltra, l'indicazione non basta, risultando necessaria la trascrizione, all'interno del ricorso, dei brani della prova a cui si fa riferimento; talvolta, invece, occorrono sia la trascrizione, che la materiale allegazione del verbale di prova, sia pure in copia semplice; talaltra ancora — seppure, per fortuna, raramente — non è bastata l'allegazione della copia semplice, perché era necessaria la copia conforme. Come negare di essere di fronte ad una vera e propria tagliola processuale?

Né si potrà sottacere, ancora, che dal 2006 ad oggi sia stata realizzata una progressiva erosione del significato dell'innovativo riferimento agli *altri atti del processo*, costituendo portato dell'esperienza professionale di qualunque difensore cassazionista la circostanza che il proposito di implementare il perimetro del vizio di motivazione con riferimento alla categoria concettuale della "contraddittorietà" — per come voluto dal Legislatore del 2006 — sia man mano naufragato proprio mediante una corposa sequenza di pronunce di inammissibilità per l'asserita deduzione di "questioni di merito".

Secondo gli auspici del già Primo Presidente della Suprema Corte, « la novellata disposizione, non confermando l'indeclinabilità della regola preclusiva dell'esame degli atti processuali ed ammettendo un sindacato esteso a quelle forme di patologia del discorso giustificativo riconoscibili solo all'esito di una *cognitio facti ex actis*, sembra[va] ricollocare correttamente il fenomeno del 'travisamento della prova', cioè della prova omessa o travisata, rilevante e decisiva, nel peculiare contesto del vizio motivazionale, attesa la storica inerenza di esso al tessuto argomentativo della *ratio decidendi*. Il vizio conseguente alla mancata corrispondenza tra il risultato probatorio a base dell'argomentazione del giudice e l'atto processuale o probatorio (definito in termini di 'contraddittorietà processuale', diversa e distinta da quella 'logica') non [doveva] soggiacere[re] più al limite di rilevabilità testuale dalla motivazione del provvedimento impugnato, potendo esso essere segnalato, in forza della oggi consentita 'etero-integrazione', anche da altri atti di natura processuale o probatoria, purché specificamente indicati dal ricorrente »².

² Cfr. *La motivazione della sentenza penale: i vizi di motivazione della sentenza di appello e il sindacato di legittimità*, Atti del Convegno di Studi del Consiglio Superiore della Magistratura intitolato *La motivazione della sentenza penale*, Roma, 15 settembre 2009.

Oggi, di tutto questo residua ben poco: basta ricordare, al riguardo, come la seconda Sezione penale del Supremo Collegio si sia recentemente incaricata³ di riassumere « i limiti del sindacato di legittimità sulla motivazione », premurandosi, oltre che di declinare partitamente i singoli snodi attraverso i quali deve articolarsi — a pena di inammissibilità — un ricorso che voglia far valere il vizio di “travisamento della prova”, soprattutto di ribadire che « la mancanza, l'illogicità e la contraddittorietà della motivazione, come vizi denunciabili in sede di legittimità, devono risultare di spessore tale da risultare percepibili *ictu oculi*, dovendo il sindacato di legittimità al riguardo essere limitato a rilievi di macroscopica evidenza, restando ininfluenti le minime incongruenze e considerandosi disattese le deduzioni difensive che, anche se non espressamente confutate, siano logicamente incompatibili con la decisione adottata, purché siano spiegate in modo logico ed adeguato le ragioni del convincimento senza vizi giuridici » (conservando validità in tal senso e meritando ancora condivisione i principi affermati dalle Sezioni unite anteriormente alla riforma legislativa di cui si tratta⁴); in sostanza, il Giudice di legittimità, ai sensi del novellato art. 606 c.p.p., ha il compito di accertare « la sussistenza di una prova omessa od inventata, e del c.d. ‘travisamento del fatto’, ma solo qualora la difformità della realtà storica sia evidente, manifesta, apprezzabile *ictu oculi* ed assuma anche carattere decisivo in una valutazione globale di tutti gli elementi probatori esaminati dal Giudice di merito ».

La rigorosa puntualizzazione degli strettissimi spazi entro i quali si può tentare di inserire una censura basata sull'impiego fatto, dai giudici di merito, del materiale probatorio acquisito agli atti del processo rivela chiaramente l'esigenza (avvertita in modo pressante) di arginare il fenomeno dei ricorsi per vizio di motivazione per travisamento della prova.

4. Da ultimo, va ricordato il passaggio della sentenza Galtelli in cui le Sezioni unite evidenziano come il sindacato sull'ammissibilità dell'appello non possa ricomprendere — a differenza di quanto avviene per il ricorso per

³ Cass. pen., Sez. II, 28.6.2016, n. 46288, in *Cass. pen.*, 2017, III, 1021..

⁴ Cass. pen., Sez. un., 24 settembre 2003, n. 47289 (*rectius*, n. 18), in *Cass. pen.*, 2004, III, 795; Cass. pen., Sez. un., 31 maggio 2000, n. 12, in *Cass. pen.*, 2000, XII, 3255; Cass. pen., Sez. un., 24 novembre 1999, n. 24, in *Cass. pen.*, 2000, IV, 862; laddove, tuttavia, l'affermazione di principio riguardava la sola *illogicità* della motivazione e non si estendeva anche alla sua *mancanza* ed alla sua *contraddittorietà logica* o, a maggior ragione, alla sua *contraddittorietà processuale*; tale affermazione di principio, soprattutto, si basava sul rilievo per cui « l'indagine di legittimità sul discorso giustificativo della decisione [aveva] un orizzonte circoscritto, dovendo [all'epoca] il sindacato demandato alla Corte di cassazione essere limitato — per espressa volontà del legislatore [prima della riforma del 2006] — a riscontrare l'esistenza di un logico apparato argomentativo sui vari punti della decisione impugnata, senza possibilità di verificare l'adeguatezza delle argomentazioni di cui il giudice di merito si è avvalso per sostanziare il suo convincimento, o la loro rispondenza alle acquisizioni processuali »: trattandosi — e pare incredibile doverlo ricordare — di limitazioni normativamente superate.

cassazione ai sensi dell'art. 606, co. 3, c.p.p. — la valutazione della manifesta infondatezza dei motivi di appello, non trattandosi di una causa di inammissibilità dell'impugnazione espressamente menzionata dagli artt. 581 e 591 c.p.p.: « dunque, il giudice d'appello non potrà fare ricorso alla speciale procedura prevista dall'art. 591 c.p.p., comma 2, in presenza di motivi che siano manifestamente infondati e però caratterizzati da specificità intrinseca ed estrinseca ».

Ad un primo approccio, la lettura di questo passaggio motivazionale suscita una reazione positiva, ma poi risulta davvero arduo non concordare con chi⁵ ci ricorda come l'infondatezza dei motivi, più o meno marcata, attenga alla fisiologia dell'impugnazione, risultando del tutto incongrua la *voluntas legis* che l'ha codificata come causa di inammissibilità: la doglianza, infatti, se infondata, risulterà inaccoglibile ma non per questo potrà definirsi invalida.

Qual è, del resto, il modo per determinare la quantità dell'infondatezza, laddove un motivo meramente infondato è ammissibile, mentre un motivo manifestamente infondato è inammissibile?

È innegabile che si tratti di un giudizio di merito in cui il discrimine non ha carattere qualitativo, ma quantitativo: ma tant'è, giacché si tratta di un canone di inammissibilità espressamente previsto dall'art. 606, co. 3, c.p.p., sicché con esso — salva la facoltà di sostenere l'incostituzionalità della norma — occorre comunque confrontarsi.

Il problema è che il giudizio sulla manifesta infondatezza del motivo di impugnazione fa da *pendant*, ad esempio, ad una censura in punto di motivazione per travisamento della prova in un caso in cui la “contraddittorietà processuale” non sia macroscopicamente evidente, di talché — pur senza chiedersi, come sopra, quale sia il modo per predeterminare i casi in cui l'evidenza sia macroscopica — si può ben prevedere che molti dei ricorsi che si avventurino su questo terreno siano destinati alla sanzione di cui qui si tratta.

Ecco che proprio il fatto che le Sezioni unite abbiano precisato che un tal genere di preliminare valutazione non possa svolgersi ad opera del giudice dell'appello sembra rappresentare il prodromo di un progressivo confinamento di questo genere di doglianze al secondo grado di giurisdizione di merito: qui ci si potrà dolere — purché lo si faccia specificamente — di ogni profilo di irregolarità o irritualità o illegittimità in sede di assunzione della prova, ovvero di ogni profilo di omessa o errata valutazione di essa, ma lo si potrà fare ammissibilmente soltanto qui!

Tale tipologia di censure sarà destinata, viceversa, a un progressivo e inesorabile allontanamento dalla sede del giudizio di legittimità e ivi si potranno e si dovranno avanzare, nel settore delle doglianze di carattere processuale, soltanto quelle più squisitamente “formali”.

⁵ V. supra O. MAZZA, *La nuova cultura dell'inammissibilità fra paradossi e finzioni legislative*.

Non resta che chiedersi, a tal punto, che cosa ne sarebbe del sistema processuale se dovessero mai farsi spazio le istanze di coloro che, di tanto in tanto, propongono l'abolizione del giudizio d'appello, oppure, non meno amaramente, se la deriva sopra descritta sia ormai inarrestabile e se ci si debba pian piano rassegnare a rinunciare a dedurre dinnanzi alla Corte di cassazione la maggior parte delle questioni attinenti alla materia della prova.

Quello che è stato efficacemente definito il *vertice ambiguo* declina oggi le sue prerogative in base ad una nuova esigenza, quella dello smaltimento del carico di lavoro. La garanzia del comma 7 dell'art. 111 Cost., coniugata ad una debolissima opera di depenalizzazione, ad una irreversibile spinta contraria alla panpenalizzazione (oggi dotata di una nuova base ideologica) e ad una assai modesta qualità dei giudizi di cognizione, genera un *input* annuo che si attesta intorno ad una media di 50.000 ricorsi. La mannaia della inammissibilità ne falcia oltre il 70%. E il fenomeno visto in prospettiva non appare affatto in flessione. Tutt'altro. Che siano tutte addebitabili alla incapacità tecnica dei difensori risulta poco probabile.

Il dato complessivo delle inammissibilità va forse incrociato con un altro dato statistico, quello relativo alla bassissima incidenza (quasi nulla) della prescrizione nel giudizio di legittimità.

Sorge il dubbio che la macchina lavori con una finalità implicitamente deflattiva e salva-processi. Un sospetto che viene confermato da un altro dato emerso dallo studio: nei ricorsi "speciali" (incidentalmente cautelari, esecuzione, ingiusta detenzione ...), dove la tecnicità del ricorso dovrebbe essere anche più alta, l'inammissibilità incide molto meno. La macchina così impostata lavora comunque in perdita. Magari non in termini "produttivi" ma ad ogni "giro" si perde un poco di qualità complessiva del valore della giurisdizione di legittimità e così poi a scendere lungo i gradi del giudizio.

Data l'originalità del nostro modello processuale, inutile cercare rimedi in chiave comparatistica. Più utile, invece, sfuggire a facili approcci retorici scavando a fondo nei dati oggettivi che le statistiche ci offrono e, tornando alla "fatica dei remi", svelare come si atteggiino nella realtà del processo i diversi interpreti del potere giudiziario.

