

CLELIA IASEVOLI

Professore associato di Procedura penale – Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Il giudice delle leggi nelle strettoie processuali del ricorso per manifesta infondatezza

The judge of the laws in the procedural bottlenecks of the appeal for manifest groundlessness

La Corte costituzionale riconosce l'inammissibilità per manifesta infondatezza come causa preclusiva della declaratoria di non punibilità perché il fatto non costituisce reato, secondo il mutato orientamento giurisprudenziale. Si vuole dimostrare che, pure se il ricorso fosse stato ammissibile, ancorché infondato, la questione di costituzionalità non poteva essere risolta in via interpretativa, trattandosi di una norma invalida *ab origine*.

The Constitutional Court recognizes the inadmissibility for manifest groundlessness as a preclusive cause of the declaration of non punishment because the fact does not constitute a crime, according to the changed jurisprudential orientation. We want to demonstrate that, even in the hypothesis in which the appeal had been admissible, even if groundless, the question of constitutionality could not be resolved by way of interpretation, since it is an invalid rule ab origine.

I LIMITI DELL'INTERPRETAZIONE ADEGUATRICE

Come epilogo naturale di un dialogo 'disteso' tra le Corti, si è pervenuti alla pronuncia del giudice delle leggi¹, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nella parte in cui prevede come delitto la violazione delle prescrizioni, inerenti alla misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi». In relazione a tale fattispecie si era già pronunciata la Corte di Strasburgo², che ne aveva 'censurato' l'eccessiva indeterminatezza e, quindi, l'imprevedibilità delle conseguenze.

Eppure, l'argine alla componente prognostica del giudizio di prevenzione è costituito proprio dalla descrizione normativa delle condotte: la sola fonte giustificatrice delle limitazioni dei diritti inviolabili implicati, che presuppone la tassatività e la definizione precisa dei contenuti giuridici. Tra i presupposti per la legittimità delle misure restrittive della libertà vi è, appunto, la conformità alla legge, congiuntamente alla necessità di assicurare la tutela di una delle esigenze, elencate dall'art. 2, comma 3, Prot. n. 4 ed alla realizzazione di un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico ed i diritti dell'individuo³.

È, dunque, la delicata funzione del mezzo a richiedere tecniche di redazione legislativa, quanto più connotate da chiarezza, essendo quest'ultima essenziale al coordinamento dei testi, all'orientamento dei comportamenti e, quindi, all'efficienza del controllo.

Sicché il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla giurisprudenza europea consolidatasi ovvero, ai sensi dell'art. 8 del Prot. 14 alla Cedu, a quella giurisprudenza uniformemente applicata dalla Corte europea, qualora sulla questione di principio si sia pronunciata la Grande Camera.

¹ C. cost., sent., 27 febbraio 2019, n. 25, in www.giurcost.org.

² Corte e.d.u., Grande camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in www.giustizia.it. In dottrina, V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1039 ss.; A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2017, p. 15.

³ Corte e.d.u., Steel c. Gran Bretagna, n. 67/97; Corte e.d.u., Achour c. Francia, 29 marzo 2006.

La sentenza de Tommaso⁴ ne costituisce una pregnante esemplificazione: essa è apprezzabile, soprattutto sotto il profilo del *vulnus* di determinatezza, accertato con riferimento alla legge n. 1423 del 1956 (oggi, in parte, trasfusa nel d.lgs. 159 del 2011) per la genericità della prescrizione di «vivere onestamente e di rispettare le leggi».

Su questo fronte, le Sezioni Unite⁵ hanno adempiuto all'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata, attività subordinata al prioritario compito di un'attività esegetica compatibile con i principi costituzionali⁶. In quest'ottica, la Cassazione⁷ ha affermato che «il difetto di precettività, insito nel generico obbligo di rispettare le leggi, impedisce alla norma di influire sul comportamento del destinatario, in quanto non sono individuate quelle condotte socialmente dannose, che devono essere evitate, e non sono prescritte quelle socialmente utili, che devono essere perseguite».

Per questa via, si è giunti alla costatazione secondo cui la situazione di incertezza è tale che il sorvegliato speciale non è posto in condizione di conoscere e prevedere le conseguenze della violazione di una regola così indefinita: sicché l'ordinamento non può pretenderne l'osservanza.

Vero è che non si tratta di *abolitio criminis* per successione nel tempo della legge penale, bensì di interpretazione sopravvenuta non riconducibile ad uno *ius superveniens*; questo dato è sufficiente a giustificare la domanda se la fattispecie penale, 'schermata' dal solo orientamento giurisprudenziale, sia conforme al principio di legalità costituzionale e convenzionale.

Come è noto, l'art. 25 comma 2 Cost. affida il potere di normazione in materia penale all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: il Parlamento. Parimenti l'abrogazione di una fattispecie criminosa, al pari della sua creazione, non può dipendere dall'attività ermeneutica della Cassazione, ma soltanto da un atto di volontà legislativa.

Ed è qui che il principio di stretta legalità manifesta la sua forza; laddove l'art. 7 Cedu, riconoscendo il diritto giurisprudenziale come fonte di orientamento dei comportamenti degli individui⁸, svela la propria debolezza. La nostra idea è che – su questo fronte – non siano ammessi cedimenti di determinatezza/tassatività⁹.

LA RILEVANZA DELLA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE.

Dunque, non si vuole mettere in discussione la rilevanza della questione di legittimità costituzionale; né potrebbe essere altrimenti, essendo per noi insuperabile il margine rappresentato dalle inderogabili esigenze di legalità/prevedibilità, cioè, dalla linea segnata dagli articoli 25 commi 1, 2; 27 commi 1, 2 e 3; e 111 Cost.

Oltre questa linea, sarebbe difficile evitare una violazione all'uguaglianza di trattamento di cui all'art. 3 Cost.; quest'ultimo, tra tanto altro, esige che l'interpretazione giudiziale sia costante e che, nello stesso arco temporale, non muti da caso a caso, da giudice a giudice: la garanzia dell'uguaglianza implica la prevedibilità dell'interpretazione¹⁰.

⁴F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. e cont.*, 2017, p. 370; F.P. Lasalvia, *Il sasso nello stagno: luci "europee" e ombre "nazionali" su una sentenza storica? Appunti su Cedu De Tommaso c. Italia*, in *Arch. pen. online*, 2017, p. 1; A. Dello Russo, *La Corte edu sulle misure di prevenzione. Altro conflitto istituzionale?*; in *Cass. pen.* 2017, p. 2071.

⁵Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 40076, in *CED Cass.*, n. 270496. G. Biondi, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75 comma 2, D. lgs. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*.

⁶Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 40076, cit. L'obbligo, per il giudice comune, di interpretare la legislazione interna in modo conforme alla *ratio decidendi* del giudice convenzionale, facendo ricorso ad ogni strumento ermeneutico disponibile, deriva dalla natura dei principi convenzionali, così come interpretati dalla giurisprudenza europea, quale fonte *interposta* tra il piano costituzionale e quello delle leggi ordinarie; una fonte, cioè, del diritto interno di rango sovralegislativo, ma subcostituzionale.

⁷Cass., sez. un., 27 aprile 2017, 40076, cit.

⁸O. Mazza, *La giustizia penale in ambito europeo. La procedura penale*, in *spec. Dir. pen. proc.*, 2011, p. 3; già F. Ruggieri, *Di un «processo penale europeo» ovvero di una «civitas magna» in costruzione*, in P. Corso – E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Piacenza, La Tribuna, p. 529 ss.

⁹Per il richiamo al valore forte della legalità sancita nella nostra Costituzione, G. Garuti, *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in www.archiviopenale.it, 3, 2017.

¹⁰Sul tema, A. Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 11 e ss.

A non convincere è l'impostazione della questione: essa presenta un vizio di metodo, essendo radicata nelle strettoie processuali dell'inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza.

Ma v'è di più. Il giudice delle leggi, addirittura, ha precisato che «solo se il ricorso fosse stato ammissibile, ancorché infondato, le questioni di costituzionalità avrebbero potuto essere risolte in via interpretativa e sarebbero risultate prive di rilevanza perché il giudice di legittimità ben avrebbe potuto rilevare che, secondo il mutato orientamento giurisprudenziale, la condotta contestata non costituisca reato»¹¹. Il che significa che l'inammissibilità per manifesta infondatezza è stata ricostruita – anche dalla Corte costituzionale – come causa preclusiva della declaratoria di non punibilità perché il fatto non costituisce reato secondo la mutata ricostruzione esegetica.

Eppure, altro è il problema. La carenza di legalità non è suscettibile di essere sanata con l'interpretazione adeguatrice, perché – qualora si applicasse questo strumento – si eleverebbe il diritto convenzionale a causa di abrogazione della fattispecie penale, prevista dall'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011¹². Ciò se, per un verso, sarebbe compatibile con il principio di legalità di cui all'art. 7 Cedu, non lo sarebbe, invece, con gli artt. 3 e 25 comma 2 Cost. Si ricorda che il precedente giurisprudenziale, anche se proveniente dalle Sezioni Unite, non è direttamente vincolante, salvo che per il giudice di rinvio.

Va posto, poi, in debito risalto che l'interpretazione convenzionalmente orientata è un meccanismo a vocazione casistica, non in grado né di garantire uno *standard* di certezza del diritto sufficiente, né di definire l'area delle condotte penalmente rilevanti, né di produrre una *vis* abrogativa tale da travolgere il giudicato. Essa si pone come obbligo di 'risultato', laddove l'incidente di legittimità costituzionale rappresenta l'*ultima ratio* ed è il solo che «ha la capacità di incidere sulla legge con efficacia retroattiva e può assegnare alla condotta prevista dall'art. 75 comma 2 del d.lgs. n. 159 del 2011 la connotazione "stabile" necessaria per garantire la prevedibilità della sanzione ed il sostanziale rispetto del principio di legalità»¹³.

Sicuramente il sindacato di costituzionalità è il meccanismo predisposto dall'ordinamento per rimediare alle carenze dell'attività legislativa, ogni qual volta si traducano in una violazione della Costituzione.

Sorprende, invece, che il giudice delle leggi abbia riconosciuto forza abrogatrice al principio di diritto nell'ipotesi di infondatezza del ricorso e negata la stessa efficacia nell'ipotesi di manifesta infondatezza: un'evidente sperequazione trattamentale, determinata dalla vaghezza della locuzione.

Questo è il *punctum dolens!*

Inoltre, l'omessa previsione di criteri normativi, idonei a guidare la discrezionalità del giudice, non consente l'identificazione del punto di discriminazione, evidenziando un *vulnus* al principio di uguaglianza¹⁴. Il solo dato non opinabile è che un motivo infondato sia tale, indipendentemente dal "peso" dell'infondatezza, ammesso che essa sia suscettibile di una valutazione quantitativa: qui la prospettiva è classificatoria non ordinatoria. Si può risalire, invece, all'*iter* logico attraverso cui il giudice opera il sindacato di merito, essendo esso connotato da passaggi razionali, che si ripetono costantemente.

LO SCIVOLOSO CRINALE TRA MANIFESTA INFONDATEZZA DEI MOTIVI E MERA INFONDATEZZA.

A ciò si aggiunga che l'infondatezza rinvia, concettualmente, ad un'accezione inerente alla 'sostanza' della doglianza: il rilievo non è alterato dalla qualificazione legislativa 'manifesta'.

Eppure, il vaglio di ammissibilità dell'impugnazione ha natura preliminare, essendo volto a verificare le condizioni per l'accesso alla giurisdizione di controllo: una verifica che precede, necessariamente, la fase del merito¹⁵.

Il legislatore, nell'ottica meramente deflattiva, ammette la commistione fra le due sequenze, antici-

¹¹ Così, Cass., sez. VI, 21 giugno 2018, n. 28825, in www.giustizia.it.

¹² Su questo punto è già in tal senso, sia consentito il rinvio al nostro *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, Esi, 2018, p. 99 e ss.

¹³ Cass., sez. II, 26 ottobre 2017, n. 1, in www.giustizia.it.

¹⁴ P. Ferrua, *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto 'vigente' e diritto 'vivente'*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3008.

¹⁵ O. Mazza, *La nuova cultura dell'inammissibilità fra paradossi e finzioni legislative*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3472.

pando la valutazione di merito alla fase preliminare inerente alla forma dell'atto impugnatorio.

Da qui si origina la contraddittorietà intrinseca. Se l'inquadramento sistematico dell'inammissibilità, nell'ambito delle sanzioni processuali, è opinione condivisa¹⁶, soprattutto per l'efficacia preclusiva rispetto al merito, essa diventa – eccezionalmente – un connotato intrinseco del motivo a causa della manifesta infondatezza, riscontrata, però, soltanto dopo averne valutato il contenuto. La sequenza della successione teleologica degli atti non differisce da quella che conduce all'accoglimento o al rigetto del ricorso.

E se il versante di legittimità formale dell'impugnazione ha ad oggetto la verifica dell'idoneità dell'atto introduttivo a determinare l'accesso alla giurisdizione di controllo, l'inammissibilità, quale vizio dell'atto, impedisce la progressione processuale: non si può provvedere nel merito a causa della mancanza delle condizioni di instaurazione del procedimento, essendo i presupposti e i requisiti processuali posti a garanzia della legalità del procedere.

Il frazionamento tra la valutazione di ammissibilità e l'accertamento della fondatezza dell'impugnazione è strumentale al riscontro di ogni fatto essenziale alla decisione, primo fra tutti, l'osservanza delle forme.

L'evoluzione esegetica ha subito una battuta di arresto sul piano delle garanzie, riscontrabile nel principio di diritto secondo cui l'inammissibilità del ricorso per cassazione per 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., ivi compresa la prescrizione intervenuta nelle more del procedimento di legittimità»¹⁷.

Si tratta ora di verificare in quali termini l'asserzione sia sostenibile.

Occorre partire dal dato che la sentenza rappresenta il momento terminativo di un rapporto validamente costituito e, contestualmente, il fondamento per l'ulteriore sviluppo di quel rapporto, quando sia possibile una successiva fase dello stesso. Sicché la decisione costituisce una situazione giuridica idonea tanto a consolidare il rapporto giuridico processuale, esaurendone l'oggetto, quanto a determinarne lo sviluppo. Nel primo caso, essa assumerà forza di cosa giudicata; nel secondo, produrrà la stabilità di tutte le situazioni antecedenti, che non ammettano ulteriori modificazioni, dando adito soltanto a quelle modificazioni consentite nei limiti di efficacia dei poteri, conferiti dalla legge alle parti per impedire il definitivo rafforzamento della situazione stessa. Anche le attività, volte a mantenere talune situazioni giuridiche allo stato fluido, sono tassativamente prescritte, non essendo altro che estrinsecazione di un onere, ovvero di un potere giuridico tendente ad ostacolare la definitività delle stesse.

Su questo versante si rilevano, sovente, tatticismi difensivi a fini dilatori, volti a procrastinare il passaggio in giudicato formale della sentenza ed a propiziare la decorrenza dei termini di prescrizione. Di recente, è stata rafforzata la natura afflittiva della condanna al pagamento di una somma da 1.000 a 5.000 euro, che può essere aumentata fino al doppio, in base alla causa di inammissibilità del ricorso (art. 616 c.p.p.); tale criterio di proporzionalità conferma il nesso intrinseco tra inammissibilità e tipizzazione delle vie di accesso alla Cassazione, nell'intento di contenerne l'assedio¹⁸.

Ed in quest'ottica si muove la *fictio* strumentale al distinguo tra l'infondatezza, che determina il rigetto del ricorso, e quella manifesta, che, non a caso, rende il ricorso inammissibile con un duplice ordine di conseguenze negative: l'inoperatività – secondo la Corte – dell'obbligo di immediata declaratoria delle cause di non punibilità (art. 129 c.p.p.) e la condanna al pagamento di una somma in favore della cassa delle ammende, *ex art. 616 c.p.p.*

Nell'ambito della dottrina risalente, vi era stato chi¹⁹, in una prospettiva limitatrice, aveva posto in evidenza taluni contenuti possibili della valutazione inerente alla manifesta infondatezza: come la verifica dei motivi che non avessero negli elementi di fatto, quali risultassero dalla sentenza impugnata,

¹⁶ R. Fonti, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, Cedam, 2008, p. 88.

¹⁷ Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 32, in *CED Cass.*, n. 217266. Nel caso di specie, l'inammissibilità del ricorso era dovuta alla manifesta infondatezza dei motivi e la prescrizione del reato era maturata successivamente alla data della sentenza impugnata con il ricorso. In senso conforme: Cass., sez. un., 2 marzo 2005, n. 23428, in *CED Cass.*, n. 231164; Cass., sez. un., 28 febbraio 2008, n. 1960, in *CED Cass.*, n. 23940.

¹⁸ O. Mazza, *La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)*, in *questa rivista*, 2014, p. 1 ss.

¹⁹ U. Aloisi, *Manuale pratico di procedura penale*, vol. III, *Delle impugnazioni, disciplina generale, impugnazioni istruttorie, appello, ricorso per cassazione*, Milano, Giuffrè, 1932-1952, p. 504.

quelle premesse che ne giustificassero la proposizione; ovvero quando, pur esistendo tali premesse, le conseguenze che, in linea di diritto, il ricorrente pretendesse di trarne, fossero in pieno e palese contrasto con le disposizioni implicate *dal* o *nel* provvedimento impugnato.

Seguendo tale impostazione, Giuseppe Sabatini²⁰, tra gli altri, dimostrò che la manifesta infondatezza non potesse essere affermata, se non attraverso l'indagine relativa al contenuto dei motivi, giungendo ad alcune esemplificazioni paradigmatiche, concernenti le ipotesi in cui: *a)* si richiedesse la applicazione di norme non pertinenti alla fattispecie o, apertamente, contrastanti con l'elemento di riscontro; *b)* l'inconferenza oppure l'incompatibilità fossero rilevabili *ictu oculi* e non fossero contestati con l'elemento di riscontro; *c)* nel concorso di più motivi di ricorso l'infondatezza fosse propria di ciascuno di essi e fosse constatabile per tutti.

Non passa inosservata l'attualità delle riflessioni; ed altrettanto può ritenersi per le conseguenze che da esse discendono: *a)* in relazione a motivi di mancanza o contraddittorietà di motivazione del provvedimento impugnato, l'infondatezza non è mai rilevabile *ictu oculi*, essendo sempre necessario un procedimento logico complesso, richiedente l'esame di tutti gli elementi di giudizio per fermare quelli utili e necessari, nonché per escludere quelli inutili ed erronei; *b)* parimenti, qualora i motivi ripropongano questioni più volte decise con giurisprudenza costante, va sottolineato che esse possono essere decise in maniera differente a seguito di nuovo dibattito; inoltre, per il solo fatto che la questione sia sorta e sia stata decisa resta ferma la rilevanza delle norme di cui si chiede l'applicazione.

«Sarebbero invece manifestamente infondati: il motivo che deduca la nullità per mancata sottoscrizione del verbale di udienza, quando il verbale risulta al contrario sottoscritto; il motivo che deduca la nullità per mancata sottoscrizione della decisione, quando al contrario la sottoscrizione esiste; il motivo che deduca la mancanza o l'incompletezza del dispositivo quando il dispositivo esiste ed è completo»²¹.

L'EROSIONE GIURISPRUDENZIALE DEGLI SPAZI OPERATIVI DELL'ART. 129 C.P.P.

Quanto al distinguo, di matrice giurisprudenziale, tra cause d'inammissibilità originarie e cause sopravvenute²², esso si radica, strutturalmente, nella peculiare configurazione dell'atto impugnatorio secondo l'esperienza giuridica previgente, in cui l'atto si perfezionava secondo una precisa scansione temporale: prima la dichiarazione di impugnazione (artt. 197 e 199) e, poi, la presentazione dei motivi (art. 201).

Le prime esplicavano efficacia nel momento genetico, impedendo non solo l'instaurazione del nuovo grado di giudizio, ma anche l'operatività di disposizioni più favorevoli all'imputato, come le cause di non punibilità di cui all'art. 152 c.p.p. del 1930. Viceversa, le seconde derivavano da circostanze esterne e successive alla dichiarazione d'impugnazione ammissibile (es. l'omessa o irregolare presentazione dei motivi): esse non precludevano l'applicabilità dell'art. 152 c.p.p. del 1930, giacché non ponevano in discussione la valida instaurazione del rapporto d'impugnazione.

Di conseguenza, la deroga all'obbligo di immediata declaratoria di non punibilità era da rinvenirsi nell'esito negativo dell'accertamento dei requisiti minimi prescritti per l'atto introduttivo. La presentazione di un ricorso difforme dal modello legale ritardava soltanto il giudicato formale, essendo quello sostanziale formatosi contestualmente alla proposizione dell'atto invalido, con l'ulteriore conseguenza dello sbarramento a qualsiasi verifica giudiziale, diversa da quella preliminare, e assorbente, di inammissibilità. Altrettanto non poteva ritenersi per l'ipotesi di conformità del ricorso alla forma prescritta, ipotesi compatibile con l'esercizio della giurisdizione e dei poteri cognitivi ovvero con l'immediata declaratoria di cause di non punibilità da parte del giudice *ad quem*.

Ma v'è di più. Si assumeva che l'obbligo di proscioglimento avesse carattere prioritario rispetto ad ogni altra valutazione; ne derivava, pertanto, la sua pregiudizialità rispetto alla declaratoria di inammissibilità nei seguenti casi: *a)* mancanza di interesse; *b)* esposizione non specifica dei motivi; *c)* proposizione di motivi non consentiti dalla legge; *d)* proposizione di motivi manifestamente infondati. Si ri-

²⁰ G. Sabatini, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, Utet, 1953, p. 386.

²¹ G. Sabatini, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., p. 387.

²² Cass., sez. un., 10 gennaio 1976, n. 2553, in *CED Cass.* n. 132542.

conosceva, cioè, l'inderogabilità della giurisdizione a condizione dell'ammissibilità strettamente formale dell'impugnazione, quanto all'osservanza della legittimazione soggettiva, dell'impugnabilità oggettiva e dei termini.

Dunque: il giudizio di inammissibilità per infondatezza, sia pure palese, implicava ed implica – a nostro avviso – come atto necessitato l'ammissibilità *stricto sensu* del ricorso. Se le cose stanno in questi termini, gli effetti vanno riconsiderati alla luce del dato secondo cui la sentenza invalidamente impugnata diventa intangibile sin dal momento in cui si concretizza la causa di inammissibilità, che va apprezzata in un'ottica sostanzialistica della dinamica impugnatoria e delle relative conseguenze sul piano delle preclusioni processuali. La successiva declaratoria d'inammissibilità della impugnazione da parte del giudice *ad quem* ha carattere meramente ricognitivo di una situazione già esistente e determina la formazione del giudicato formale.

Siffatti rilievi, unitamente alle regole di organizzazione e di struttura dell'impugnazione, evidenziano le interrelazioni tra le categorie di giudicato, di giurisdizione e di processo, rafforzate oggi dall'unità della forma dell'atto impugnatorio (art. 581 c.p.p.). Il testo vigente dispone che «l'impugnazione si propone con atto scritto nel quale sono indicati il provvedimento impugnato, la data del medesimo e il giudice che lo ha emesso, con l'enunciazione specifica, a pena di inammissibilità: a) dei capi o dei punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione; b) delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o erronea valutazione; c) delle richieste, anche istruttorie; d) dei motivi, con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta». L'innovata formulazione si inserisce nel contesto delineato dall'art. 591 c.p.p., che attribuisce al giudice la competenza di dichiarare l'inammissibilità con ordinanza, anche d'ufficio, e di disporre l'esecuzione del provvedimento impugnato.

A fronte dell'eterogeneità delle situazioni, a cui rinvia l'art. 591 c.p.p., la giurisprudenza ha gradualmente esteso l'ambito delle cause di inammissibilità originaria, erodendo lo spazio cognitivo del giudice, fino ad affermare il carattere desueto della differenziazione.

Volendo ripercorrere i passaggi decisivi di tale operazione ermeneutica, va segnalato che nel 1994 le Sezioni Unite²³ hanno stabilito che l'omissione degli elementi indicati dall'art. 581 c.p.p., non esclusa la specificità dei motivi, rende l'impugnazione inidonea ad introdurre il nuovo grado di giudizio, ostacolando qualsivoglia pronuncia diversa dalla dichiarazione di inammissibilità. Viceversa, l'atto introduttivo, conforme al modello di cui all'art. 581 c.p.p., è idoneo a determinare il giudizio di legittimità; sicché i motivi di ricorso, diversi da quelli consentiti, o manifestamente infondati, o concernenti violazioni di legge non dedotte in appello (art. 606 c.p.p., comma 3), sono stati annoverati tra le cause sopravvenute, ammettendone la compatibilità con una pronuncia, ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

Successivamente, i giudici di legittimità²⁴ hanno spostato in avanti il confine mobile tra le due specie di inammissibilità, annoverando tra le cause originarie i casi elencati nell'art. 591 comma 1 c.p.p., fatta eccezione per la rinuncia all'impugnazione, e non escluse le ipotesi di motivi di ricorso diversi da quelli consentiti o concernenti violazioni di legge non dedotte in appello (art. 606, comma 3, c.p.p.). Si è avuto così l'ampliamento delle situazioni inadeguate ad introdurre il nuovo grado di giudizio, pure con riguardo a fattispecie che implicano un'attività cognitiva più approfondita degli atti processuali.

Per la manifesta infondatezza la Cassazione ha fatto un discorso diverso, in quanto la delibazione sulla fondatezza della censura comporta necessariamente un'incursione nell'area delle statuizioni di merito, il cui esito non impedisce che vengano rilevate e dichiarate eventuali cause di non punibilità, ai sensi dell'art. 129 c.p.p., norma che esprime un valore di garanzia, insito nel principio del *favor rei*, e che prevale sulla declaratoria d'inammissibilità, recessiva rispetto all'operatività della prima.

Un anno dopo si ritorna sul tema²⁵: si sostiene che il ricorso contrassegnato da motivi manifestamente infondati configuri una causa originaria di inammissibilità; la nozione è ormai deprivata da ogni valore designante.

Partendo da quest'assunto la Cassazione, con la sentenza Ricci²⁶, perviene all'unitarietà della cate-

²³Cass., sez. un., 11 novembre 1994, n. 21, in *CED Cass.*, n. 199903; l'orientamento è stato ripreso da Cass., sez. un., 24 giugno 1998, n. 11493, in *CED Cass.*, n. 211469.

²⁴Cass., sez. un., 30 giugno 1999, n. 30, in *CED Cass.*, n. 213981.

²⁵Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 32, cit.

²⁶Cass., sez. un., 25 marzo 2016, n. 12602, in *CED Cass.*, n. 266821.

goria di inammissibilità, si annullano, cioè, gli indici differenziali e si ritiene che tutte le ipotesi previste, in via generale, dall'art. 591 c.p.p., comma 1, lett. a), b), c), e, con riferimento al ricorso per cassazione, dall'art. 606 c.p.p., comma 3, vizino geneticamente l'atto, provocando la reazione dell'ordinamento con la corrispondente sanzione, come risposta ad un potere di parte non correttamente esercitato. Sotto questo profilo le cause di invalidità diventano tutte, ugualmente, intrinseche alla struttura dell'atto, sì da renderlo idoneo ad investire il giudice, del grado successivo, della piena cognizione del processo. Parimenti, per la fattispecie più discussa della manifesta infondatezza, figura che nell'elaborazione giurisprudenziale ha perso ormai qualsiasi elemento caratterizzante rispetto alle altre, con la conseguenza dirompente che «la porzione di processo che si svolge tra il momento in cui si sollecita l'instaurazione del grado superiore di giudizio e quello in cui tale sollecitazione è dichiarata inammissibile rimane circoscritta al solo accertamento della questione processuale relativa alla sussistenza del presupposto di ammissibilità e, in difetto di questo, non riserva spazio ad altre decisioni»²⁷. Ne discende che soltanto l'accertata ammissibilità dell'impugnazione, per l'effetto propulsivo che la connota, investe il giudice del potere decisorio sul merito del processo.

L'orientamento non convince del tutto, dal momento che la manifesta infondatezza richiede una valutazione non scindibile dai contenuti delle doglianze²⁸.

Prima della 'virata' in senso efficientista, la stessa Cassazione aveva richiamato l'attenzione sul dato secondo cui, superato il vaglio formale, ogni ulteriore passaggio valutativo implicasse un'indagine inerente al merito. In buona sostanza, il motivo infondato, pure se palesemente infondato, è sempre ammissibile, essendo il profilo di ammissibilità dell'atto impugnatorio logicamente antecedente al momento accertativo.

La previsione di cui all'art. 606, comma 3, c.p.p. è stata interpretata come un meccanismo a fini deflattivi, azionabile dal giudice a seconda dei casi, con lo spostamento arbitrario del sottile confine tra il proscioglimento e la conferma della condanna.

La consapevolezza dell'incertezza di tale confine²⁹ si rintraccia anche nella giurisprudenza di legittimità, che non si è sottratta al tentativo di delimitarne l'ambito definitorio attraverso parametri affidabili³⁰.

Sicuramente non si traduce in un apporto di chiarezza, l'osservazione secondo cui manifestamente infondata è quella doglianza che si presenta «*ictu oculi* priva di ogni consistenza», ovvero che riproponga una questione già dichiarata non fondata in difetto «di nuovi motivi che possano indurre a modificare la precedente decisione», in quanto essa non si presta a restringere un ambito casistico, che, in quanto eccezionale, non è suscettibile di estensioni.

Che si tratti di un'attività di pura e semplice costatazione giudiziale è opinione condivisa³¹, dal momento che l'aggettivo "manifesta" evoca «la significazione di palese inconsistenza delle censure»; si pensi alla «proposizione di censure caratterizzate da evidenti errori di diritto nell'interpretazione della norma posta a sostegno del ricorso, il più delle volte contrastata da una giurisprudenza costante e senza addurre motivi nuovi o diversi per sostenere l'opposta tesi, ovvero invocando una norma inesistente nell'ordinamento, solo per indicare le più frequenti ipotesi di applicazione dell'art. 606, comma 3, secondo periodo, c.p.p.. Fino a profilare – sul piano funzionale – come costante la pretestuosità del gravame, non importa se conosciuta o no dallo stesso ricorrente»³².

In particolare, si è precisato che: a) qualora i motivi deducano inosservanza od erronea applicazione di leggi, il giudice di legittimità è tenuto a valutare se essi risultino caratterizzati da evidenti errori di diritto nell'interpretazione della norma posta a sostegno del ricorso, come accade quando si invochi una norma inesistente nell'ordinamento; si pretenda di disconoscere l'esistenza oppure il senso assolutamente univoco di una determinata disposizione di legge; si ripresenti una questione già costantemente decisa dal Supremo collegio in senso opposto a quello sostenuto dal ricorrente, senza addurre motivi

²⁷ Cass., sez. un., 25 marzo 2016, n. 12602, cit.

²⁸ In tal senso, già A. Bargi, *Inammissibilità dell'impugnazione ed immediata declaratoria di cause di non punibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 2, p. 171.

²⁹ Cass., sez. un., 11 novembre 1994, n. 21, cit.

³⁰ In dottrina, v. L. Marafioti, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 159 ss.

³¹ A. Scella, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 195.

³² Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 32, cit.

nuovi o diversi per sostenere l'opposta tesi; b) nell'ipotesi in cui i motivi deducano vizi di motivazione, consentiti e dotati della specificità necessaria, ex art. 581 comma 1, lett. c) c.p.p., e muovano sul fatto, sullo svolgimento del processo, sulla sentenza impugnata, all'attenzione del giudice non possono sfuggire censure o critiche sostanzialmente vuote di significato in quanto manifestamente contrastate dagli atti processuali; ne costituisce una chiara esemplificazione il motivo di ricorso che attribuisca alla motivazione della decisione impugnata un contenuto letterale, logico e critico radicalmente diverso da quello reale.

Dal canto suo, il giudice delle leggi³³ ha asserito che la locuzione «possa essere contrassegnata, sempre sul piano funzionale, da una pretestuosità oggettiva, prescindente dalla deliberata volontà dell'interessato di ritardare la formazione del titolo esecutivo».

Non sfugge, dunque, la delicatezza della tematica, considerata la molteplicità delle sfumature, che si rinvencono nell'espressione normativa, divenendo fonte di disuguaglianze di trattamento, poiché il giudice è posto di fronte ad una scelta, la cui opinabilità non è tollerabile, considerate le ricadute negative sull'operatività dell'art. 129 c.p.p.

Da qui la convinzione che l'operazione di accertamento dell'infondatezza dei motivi – mera o manifesta – risenta, inevitabilmente, di soggettivismi non sindacabili, che incidono, ad esempio, sull'estinzione del reato per prescrizione³⁴. Quest'ultima verrebbe ad essere determinata non soltanto dal decorso del tempo e dal susseguirsi degli eventi che possano sospenderla od interromperla, ma da una valutazione giurisdizionale, tendenzialmente, non suscettibile di controllo.

Per questa via sono state riversate nel processo opzioni di politica criminale, con risultati di notevolissimo rilievo: l'erosione delle garanzie mediante operazioni intrasistemiche, cioè, mediante relazioni tra concetti e categorie, armonizzati sulla base di un deludente criterio teleologico: il fine giustifica i mezzi.

Tuttavia, definire il rapporto tra garanzie, effettività, efficacia ed efficienza della giurisdizione è questione complessa, che tende a modellare, secondo criteri di opportunità, il fatto al diritto, ottenendo un risultato "pratico". Si tratta, però, di stabilire in cosa debba risolversi questa conformazione del fatto al diritto, dal momento che le ragioni della speditezza processuale non sono necessariamente coincidenti con quelle della migliore tutela possibile³⁵; inoltre, tra effettività ed efficienza vi è un rapporto di presupposizione, che fa della seconda la *condicio sine qua non* della prima.

L'esigenza, dunque, è quella di trovare, sia pure nel contingente storico, un momento di sintesi, una ragionevole prevedibilità di esiti. Qui si manifesta la centralità del caso, in cui si elevano e si consolidano interessi e valori, diversamente destinati ad un'incomprensibile conflittualità; ed è qui che emerge il problema politico del funzionamento della macchina processuale, quale presupposto del corretto assolvimento della funzione, problema che non può essere risolto rinunciando alla tutela del diritto dell'imputato alla prescrizione³⁶.

Eppure, l'art. 1, co.1, lettere d), e) ed f) della l. 9 gennaio 2019, n. 3, stabilisce che il corso della prescrizione del reato rimanga "sospeso" dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino all'esecutività della sentenza o all'irrevocabilità del decreto, sacrificando la presunzione di non colpevolezza. Si ignora che la ragionevole durata costituisce un valore nella misura in cui è funzionale all'effettività della tutela giurisdizionale, la quale non si identifica esclusivamente con la celerità del giudizio, essendo una locuzione di sintesi comprensiva delle situazioni soggettive protette³⁷.

E se con l'entrata in vigore di tale disposizione non sarà più necessario l'abuso della manifesta infondatezza al solo scopo di neutralizzare la prescrizione, resta comunque il problema dello scivoloso crinale a cui essa dà adito; non a caso, la Corte costituzionale ha riconosciuto al principio di diritto forza

³³ C. cost., sent., 13 giugno 2000, n. 186, in *www.giurcost.org*.

³⁴ In merito, Cass., sez. un., 25 marzo 2016, n. 12602, cit., secondo cui in caso di ricorso inammissibile non è rilevabile la prescrizione, non dedotta né rilevata in appello, né oggetto di ricorso per cassazione.

³⁵ In tal senso, già R. Orlandi, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in AA.VV., *Studi in memoria di Gian Domenico Pisapia*, Milano, Giuffrè, 2000, 558 ss.

³⁶ G. Spangher, *Una sanzione sulla carta, in Inammissibilità: sanzione o deflazione?*, Atti del convegno di Roma, 19-20 maggio 2017, Milano, Giuffrè, 2018, p. 15.

³⁷ P. Ferrua, *La ragionevole durata del processo penale tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. giustiz.*, 2017, 109 ss.; D. Putilanò, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 507 ss.

abrogatrice nell'ipotesi di infondatezza del ricorso, negandola nell'ipotesi di manifesta infondatezza. E' evidente la sperequazione trattamentale!

Ciò, a nostro avviso, pone le premesse per un'altra questione di legittimità costituzionale: quella inerente all'art. 606, comma 3, c.p.p., con peculiare riferimento agli artt. 25, 27 e 111 Cost. Ma non solo. Essa si colloca nel sistema multilivello dei diritti, ovvero all'interno dell'area di rispetto dei principi del processo *equo*, della presunzione di innocenza, della certezza del diritto, presidiati dall'art. 6, paragrafi 1 e 2, della Convenzione EDU.

LA DIFFERENZIAZIONE DELLA METODICA DI ACCERTAMENTO

Va, peraltro, posto in debito risalto che con la riforma Orlando è venuto meno uno dei perni fondamentali su cui si basava la ricostruzione, in termini di unitarietà, della categoria di inammissibilità: la comune metodica di accertamento delle eterogenee situazioni.

Più specificamente, l'interpolazione normativa del comma 5-*bis*, all'interno della disposizione di cui all'art. 610 c.p.p., prevede un modulo di declaratoria di inammissibilità «senza formalità di procedura»³⁸. L'ambiguità della locuzione non è discutibile: essa lascia margini eccessivamente ampi di interpretazione in ordine alla successione teleologica degli atti, affidandola alla prassi; nè vi sono dubbi che si traduca nell'attestazione della superfluità del contraddittorio, sia pure cartolare, con riferimento a specifiche inosservanze. Si tratta di vizi formali di facile accertamento e di difficile contestazione, identificati sulla base del modello delineato dall'art. 591 c.p.p.

Il comma 5 *bis* rinvia alla carenza di legittimazione, al provvedimento non impugnabile, alla violazione delle disposizioni degli artt. 582, 583, 585 e 586 c.p.p., alla rinuncia all'impugnazione, aggiungendo a queste ultime il ricorso contro la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, per motivi diversi da quelli prescritti dall'innovata formulazione dell'art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p., ed il ricorso contro la sentenza pronunciata *ex art.* 599-*bis* c.p.p. A queste previsioni segue la norma di chiusura, che prevede la possibilità di impugnare la pronuncia di inammissibilità con il rimedio straordinario di cui all'art. 625-*bis* c.p.p.

Dal punto di vista sistematico, essa è orientata a comprendere tutte le situazioni rappresentate nel comma 5-*bis*.

A ciò si aggiunga che la sezione c.d. filtro, che ha il compito di procedere allo smistamento dei ricorsi, non è dotata di un organico adibito esclusivamente a tale funzione, né di un ufficio centralizzato alle dirette dipendenze del Primo Presidente. Si è mantenuta, cioè, l'organizzazione degli uffici-spglio, presenti nelle sei sezioni penali e formati da magistrati, che provvedono ad una prima selezione, su delega del Primo Presidente³⁹. L'assegnazione alle singole sezioni competenti avviene *ratione materiae*, con il duplice rischio di perdita di imparzialità e di valutazioni disomogenee.

Tale circolarità non appare virtuosa, anzi, si presta ad elusioni del contraddittorio. Ora, se l'operatività del modulo differenziato si fonda sulla possibilità di distinguere le cause di inammissibilità, in ragione della loro complessità di verifica, non si spiega perché il legislatore non sia intervenuto sull'indeterminatezza della locuzione "motivi manifestamente infondati", dal momento che essa si presta ad aggirare la regola della procedura più garantita, cioè, quella dell'udienza pubblica, prevista per i ricorsi infondati (art. 610, comma 3, c.p.p.), ma spesso ricondotti alla prima locuzione con effetti dirompenti sul diritto di difesa.

La differenziazione dell'*iter* processuale non è determinata da un canone normativo di orientamento, non essendo identificata la soglia di rilevanza processuale di tale sbarramento, né tipizzate le situazioni ad essa riconducibili. Da qui le disparità trattamentali, che sacrificano le esigenze di giustizia sostanziale, pur emergendo entrambe all'esito di un controllo sul contenuto dei motivi del ricorso.

In questo contesto la genericità della 'manifesta infondatezza' si presta a fungere da filtro della *quae-stio iuris*, qualora il provvedimento impugnato abbia deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte ed il ricorrente non abbia indicato le ragioni per cui l'orientamento della

³⁸ Sia consentito il rinvio al nostro, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2297.

³⁹ G. Fidelbo, *Il regime delle inammissibilità e la sezione filtro. Esperienze e prospettive*, in *Cass. pen.*, 2013, 4748.

stessa sia erroneo, argomentando criticamente l'esigenza del mutamento. Il ricorso sarebbe considerato ammissibile, se uno o più dei suoi motivi o le circostanze del caso suscitassero nell'apposita sezione almeno il dubbio circa l'opportunità di un ripensamento della giurisprudenza di legittimità. Queste zone d'ombra evidenziano che l'atto introduttivo può non superare la soglia di ammissibilità, nonostante la sua conformità al modello legale.

La confusione tra questioni relative al regolare esercizio del potere d'impugnazione e questioni relative alla fondatezza della stessa, confusione determinata dalla mancanza di un canone normativo di orientamento, fa sì che gli effetti preclusivi, rispetto alla trattazione nel merito, travolgano anche l'atto introduttivo conforme al modello legale. Da qui si perviene di fatto – e surrettiziamente – all'eliminazione o alla limitazione *a priori* delle censure per vizio di motivazione, con l'evidente espansione dei poteri dei giudici di legittimità, espansione lesiva della fonte di legittimazione degli stessi poteri. Sicché l'ampliamento a dismisura dei margini di discrezionalità dei giudici di legittimità trasforma il *discrimen*, in punto di ammissibilità, in una 'manifesta' violazione dell'art. 111, comma 7, Cost.

Non ridimensiona il problema l'opzione legislativa di inserire nel primo comma dell'art. 610, comma 1, c.p.p., quarto periodo, la locuzione «con riferimento al contenuto dei motivi di ricorso», come ulteriore requisito dell'avviso, che indica la causa di inammissibilità rilevata; dall'altro, l'innovazione è strumentale a porre in essere la condizione necessaria per preparare l'attività difensiva. Quanto al modulo strettamente procedurale, una volta che il ricorso giunga alla settima sezione, la cancelleria comunica il deposito degli atti e la data di udienza al difensore, che può presentare memorie a sostegno dell'ammissibilità dello stesso.

La successione teleologica degli atti è quella prescritta dall'art. 611 c.p.p.; la procedura camerale non partecipata costituisce la regola, in deroga a quanto previsto dall'art. 127 c.p.p., salvo che sia diversamente stabilito, pur essendo in gioco diritti soggettivi e posizioni di rilevanza costituzionale.

Questo stato di cose non è neutrale sul piano degli effetti, ricadendo sui diritti inviolabili del ricorrente e continuando ad erodere gli spazi operativi dell'art. 129 c.p.p., pure se le modifiche normative hanno attestato la specificità dei tratti connotativi della manifesta infondatezza non suscettibile più di essere accertata attraverso una metodica comune alle altre specie di inammissibilità.

GLI EFFETTI DELLA DECLARATORIA DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

I condizionamenti di questi incisivi passaggi, giurisprudenziali e legislativi, consentono di percepire il sottile problema concernente il profilo di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, sollevata con riferimento all'art. 75, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, giacché soltanto la dichiarazione di illegittimità configura una situazione assimilabile all'*abolitio criminis*, compatibile con l'ambito di attività dell'art. 129 c.p.p., anche qualora il ricorso sia inammissibile per manifesta infondatezza dei motivi⁴⁰.

Si tratta, invero, di un precedente giurisprudenziale secondo cui l'*abolitio criminis* va rilevata indipendentemente dall'oggetto dell'impugnazione, per ragioni di economia processuale, che impongono di evitare una pronuncia di inammissibilità, il cui unico effetto sarebbe quello di rinviare la declaratoria di abrogazione del reato alla fase esecutiva⁴¹. Da qui l'anticipazione degli esiti obbligati della fase esecutiva, dal momento che i casi di *abolitio criminis* e di dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice comportano la revoca della sentenza di condanna da parte del giudice dell'esecuzione (art. 673 c.p.p.)⁴².

L'idea di fondo è che una condanna definitiva a pena illegale – soprattutto se derivante dall'abrogazione o dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice – debba essere rettificata dal giudice dell'esecuzione, per assicurare l'effettività del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* sancito dall'art. 25, comma 2, Cost. e dall'art. 7 Cedu, poiché la tutela dei diritti, costituzionalmente e convenzionalmente garantiti, non può non prevalere sull'intangibilità del giudicato. La tesi, peraltro, trova fondamento in numerose pronunce delle Sezioni Unite, con riferimento ai rapporti tra

⁴⁰ Di recente, Cass., sez. VI, 1° febbraio 2019, n. 5210, in *www.giustizia.it*.

⁴¹ Ad esempio, in tema di ingiuria si segnala: Cass., sez. V, 18 ottobre 2016, n. 44088, in *CED Cass.*, n. 267751.

⁴² Cass., sez. un., 29 ottobre 2015, n. 26259, in *CED Cass.*, n. 266872.

inammissibilità per manifesta infondatezza e abrogazione del reato⁴³.

Dal punto di vista sistematico, ne discende che le ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, riconducibili all'art. 2 c.p., resistono alla 'regola' giurisprudenziale di preclusione della rilevanza d'ufficio delle cause di non punibilità, anche in presenza di ricorso inammissibile. La cartina di tornasole è costituita dall'accezione di condanna, desumibile dall'art. 673 c.p.p., corrispondente al concetto di giudicato formale; il che significa che prima della sua formazione spetta al giudice della cognizione la competenza funzionale a prendere atto dell'intervenuta *abolitio criminis*, annullando la condanna⁴⁴.

Ci preme chiarire, tuttavia, che l'abrogazione e la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi sono categorie giuridiche autonome, implicando piani differenti, competenze diverse ed effetti altrettanto diversi. Innanzitutto, va posto in debito risalto che la prima si sostanzia in un fenomeno fisiologico dell'ordinamento giuridico; la seconda configura una situazione di patologia normativa, in virtù del dato che le conseguenze della declaratoria di incostituzionalità invalidano fin dall'origine la disposizione censurata, se si tratta, invece, di disposizioni anteriori alla Costituzione, fin dall'emanazione di questa.

In definitiva: gli effetti della declaratoria di incostituzionalità non sono assimilabili a quelli dello *ius superveniens*. Se, infatti, l'applicazione della sopravvenuta legge penale più favorevole, che attiene alla vigenza normativa, trova un limite invalicabile nella sentenza irrevocabile, ciò non può valere per la sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale, che concerne il diverso fenomeno dell'invalidità. La norma costituzionalmente illegittima è espunta dall'ordinamento in quanto inficiata da una patologia originaria; da qui la proiezione retroattiva della intervenuta pronuncia di incostituzionalità sugli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi, da essa disciplinati: la pronuncia attesta, in via definitiva, l'uscita dall'ordinamento di una norma geneticamente invalida.

Stando così le cose, non possono non essere eliminate tutte le conseguenze pregiudizievoli derivanti da una sentenza penale di condanna fondata, sia pure parzialmente, su una disposizione dichiarata incostituzionale, ovviamente, nei limiti in cui ciò sia possibile, non potendo essere rimossi quegli effetti irreversibili perché già compiuti e del tutto consumati⁴⁵.

Dal quadro delineato emerge con chiarezza che l'*abolitio criminis* – per *ius superveniens* o a seguito di pronuncia di illegittimità costituzionale – è cosa diversa dallo sviluppo della giurisprudenza, essenzialmente di legittimità, che approdi all'esito (simile) di ritenere che una determinata condotta non costituisca reato. Non è un caso che in tema di esecuzione, la sentenza di condanna, passata in giudicato, non possa essere revocata (art. 673 c.p.p.), qualora si verifichi il mutamento di un precedente giurisprudenziale inerente ad una disposizione rimasta invariata, in quanto tale mutamento – anche se sancito dalle Sezioni Unite – non determina alcun effetto abrogativo della stessa⁴⁶.

D'altra parte, il discostarsi dai precedenti non costituisce il momento distruttivo della logica del precedente, bensì l'argine alla cristallizzazione giurisprudenziale e l'apertura a quei cambiamenti giuridici e sociali che impongono un adeguamento o, se del caso, un mutamento dell'esegesi giurisprudenziale consolidata, a condizione che sia possibile addurre ragioni congrue, convincenti a far venir meno l'attendibilità di un determinato indirizzo interpretativo⁴⁷.

In aderenza a tale contesto, la Corte rimettente⁴⁸ ha chiesto una pronuncia di illegittimità costituzio-

⁴³ Le recenti sentenze: Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, in *CED Cass.*, n. 264207 (pronuncia che si è espressa sul tema dell'inammissibilità e del giudicato sostanziale rispetto a fenomeni di incostituzionalità di norme incidenti sul trattamento sanzionatorio); Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 46653, in *CED Cass.*, n. 265111 (decisione emessa in tema di inammissibilità e successione di leggi più favorevoli quanto al trattamento sanzionatorio) e Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 47766, in *CED Cass.*, n. 265106 (emessa nel diverso caso di inammissibilità e illegalità ab origine della pena) sembrano aver delineato un percorso chiaro, secondo cui può vincersi il limite dell'inammissibilità qualora vi sia necessità di rilevare, anche d'ufficio, l'abolizione di un reato o la dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice, così come anche l'illegalità della pena o un trattamento sanzionatorio più favorevole e successivo, in ogni caso tranne che nell'ipotesi in cui l'inammissibilità derivi da tardività del ricorso. In linea con questi orientamenti è anche la decisione, Cass., sez. un., 25 marzo 2016, n. 12602, cit.

⁴⁴ Cass., sez. V, 22 maggio 2019, n. 22462, in *www.giustizia.it*.

⁴⁵ Cass., sez. VI, 16 febbraio 2007, n. 9270, in *www.giustizia.it*.

⁴⁶ Cass., sez. I, 15 novembre 2016, n. 11076, in *CED Cass.*, n. 269759.

⁴⁷ Sul vincolo del precedente, si rinvia al nostro, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, cit., p. 260 e ss.

⁴⁸ Cass., sez. II, ord., 26 ottobre 2017, in *www.giustizia.it*.

nale per poter rilevare d'ufficio che il fatto contestato come delitto ai sensi dell'art. 75, comma 2, d.lgs. 159 del 2011, non costituisca reato ed evitare così che si formasse un giudicato non più emendabile in sede esecutiva e, quindi, ingiustamente pregiudizievole per l'imputato ricorrente.

Dal nostro punto di vista, l'indeterminatezza di una norma è vizio di origine e di sistema, che non può essere rimediato attraverso interpretazioni giurisprudenziali. Sostenere il contrario significherebbe tradire la duplice funzione del principio di stretta legalità (art. 25, comma 2, Cost.): la prima, finalizzata a garantire la concentrazione della produzione della regola *juris* nel potere legislativo, verrebbe meno tutte le volte in cui la norma è creata o abrogata in misura più o meno ampia dai giudici; la seconda, cioè, quella di assicurare la conoscenza *ex ante* di ciò che è lecito e di ciò che è vietato, non sarebbe rispettata, dovendo sussistere tale garanzia sin dalla prima fase dell'applicazione della norma e non nel momento in cui si sia consolidata un'interpretazione, peraltro, sempre suscettibile di mutamenti.

Queste notazioni sono confermate da taluni passaggi argomentativi, riscontrabili nella decisione in commento⁴⁹, laddove si osserva che «in un ordinamento in cui il giudice è soggetto alla legge e solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), la giurisprudenza ha un contenuto dichiarativo e nella materia penale deve conformarsi al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che vuole che sia la legge a prevedere che il fatto commesso è punito come reato. L'attività interpretativa del giudice, anche nella forma dell'interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può sì perimetrare i confini della fattispecie penale circoscrivendo l'area della condotta penalmente rilevante. Ma rimane pur sempre un'attività dichiarativa, non assimilabile alla successione della legge penale nel tempo».

In linea di massima, dunque, si è accolto con favore l'intervento della Corte costituzionale sull'art. 75 comma 2 del d.lgs. n. 159, costituendo il solo rimedio per incidere sulla legge con efficacia retroattiva.

Il giurista, però, non può chiudere gli occhi di fronte alla realtà «e non può non considerare come realtà l'erosione del concetto di diritto sul piano teorico, e sul piano pratico la complessità della vita sociale, con l'affiorare di potenti e prepotenti interessi per i quali il diritto sembra un ostacolo nel cammino»⁵⁰.

⁴⁹ C. cost., sent., 27 febbraio 2019, n. 25, cit.

⁵⁰ S. Satta, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, Cedam, 1968, p. 71.