

CONFRONTO DI IDEE SU: Modello processuale penale europeo e resistenze interne

ALFREDO GAITO, GENNARO GAETA

La corrispondenza al modello nelle decisioni di legittimità: profili evolutivi*

Lo scritto prende le mosse dai principali pronunciamenti con cui le Corti europee hanno sindacato, direttamente o indirettamente, l'effettività del sistema dei controlli e la sua idoneità a rimuovere l'errore, per ripensare i limiti del controllo di legittimità e superare le resistenze che la giurisprudenza oppone ad un mutamento funzionale alla concreta tutela dei diritti.

Correspondence to the model in legitimacy judgments: new trends

The paper starts from the main judgements with which the European Courts have reviewed, directly or indirectly, the effectiveness of the control system and its suitability to remove the error, to rethink the limits of the last degree of judgement and the resistance that jurisprudence opposes to the real protection of fundamental rights.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. I limiti all'introduzione della fase di legittimità. 3. La scansione della fase. 4. L'effettività del controllo sull'errore di procedura capace di compromettere la tenuta della prova a carico. 5. Il controllo della motivazione e il suo possibile "completamento" in sede di legittimità. 6. La quantificazione della pena tra discrezionalità e arbitrio nell'ultimo grado di giudizio. 7. In prospettiva di sintesi.

1. *Premessa.* L'indagine sulla tipologia di controllo che viene svolto dalla nostra Corte di cassazione non passa solo attraverso la dicotomia tradizionale interna (e per molti versi stantia e in via di superamento) tra legittimità e merito¹ ma comincia ad estendersi, a causa del formante sovranazionale, ad una prospettiva diversa, meno teorica e più concreta, che prende le mosse dal principio della c.d. effettività in materia processuale penale².

^{*} Lo scritto è il frutto di una riflessione comune ai due Autori. I §§ 1, 2 e 7 sono stati materialmente redatti da Alfredo Gaito, mentre i restanti da Gennaro Gaeta.

¹ Per i termini tradizionali entro i quali viene ricostruito il problema del controllo nomofilattico sulla motivazione di merito, cfr. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 181; BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004, 1; BARGIS, *Rettificazione e merito nel giudizio di cassazione penale*, Milano, 1988, 206; GARAVELLI, sub art. 606, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, IV, Torino, 1991, 225; LATTANZI, *Il controllo del diritto e del fatto da parte della cassazione nel giudizio penale*, in *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, in *Dem. e dir.*, suppl. n. 1, 1992, 71; SPAN- GHER, *Impugnazioni*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 1996, 702; VALENTINI, *Ricorso per cassazione*, in *Dig. Pen., Agg.*, VI, Torino, 2011, 526.

² Un'effettività che richiede di apprestare sostanziali rimedi ripristinatori, in corso di giudizio ed eventualmente anche dopo la sua conclusione, laddove si ravvisi una decisione "ingiusta", cioè - in tempi di giusto processo costituzionale ed europeo - contraria alle regole minime che descrivono un processo

La prospettiva d'indagine consueta sull'evoluzione dello scrutinio di ultima istanza deve, infatti, fare i conti con le puntuali (anche se frammentarie) indicazioni provenienti dall'Europa sull'esigenza - segnalata con crescente frequenza - di prevenire infrazioni delle Carte dei diritti fondamentali capaci di produrre una controversia sul modo complessivo con cui è stata amministrata la giustizia nel caso singolo³ e segnatamente, per quanto di interesse, sul ruolo che hanno avuto i giudici di ultima istanza nell'uniformare le decisioni nazionali ai principi dello *ius commune* europeo⁴.

S'intende dire che, ad oltre un ventennio dall'apertura effettiva dell'ordinamento alle regole della Convenzione europea, non è sufficiente la chiave di lettura incentrata unicamente sulla valorizzazione degli "spazi di merito" che, attraverso il controllo sui vizi della motivazione impugnata, entrano nel grado di legittimità e ne condizionano la natura, occorrendo un ribaltamento di prospettiva che tenga conto della capacità effettiva del modello di scrutinio, per come concretamente individuato in sede interpretativa e nella prassi, di adempiere alle sempre più cogenti e innovative obbligazioni europee.

Non è, cioè, più il tempo di misurare le trasformazioni con esclusivo riferimento ai concetti classici dell'impugnazione di legittimità, poiché emerge dal confronto con il piano sovranazionale l'esigenza di integrare l'approccio alla luce dell'effettività dello scrutinio e del dovere di prevenire violazioni dei diritti fondamentali nel processo.

In questa direzione, infatti, diverse sentenze della Corte di Strasburgo hanno stigmatizzato, direttamente o indirettamente, la capacità concreta dei giudici di cassazione di verificare l'esistenza di violazioni superiori ed impedire, con l'esercizio dei propri poteri, il consolidamento dell'errore in via definitiva⁵.

come equo. Cfr. sul tema GAITO, *La cultura della legalità e l'approccio allo studio del diritto processuale penale*, in *Procedura penale*, Torino, 2016, 6; Id., *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, Trattato diretto da Gaito, Torino, 1998, 1, in particolare 15 e ss.

³ Nell'ottica di assicurare che la prassi giudiziaria nazionale risponda al minimo di tutela richiesto dal nascente statuto europeo del processo penale: v. GAITO, TRAPPELLA, *Premesse per una discussione sul Modello processuale penale europeo e resistenze interne*, in questa *Rivista* (web), 2021, 3.

⁴ Circa l'evoluzione dell'approccio multilivello alla costruzione dei diritti processuali nello spazio europeo, fino all'emersione di un insieme di principi consolidati e comuni agli Stati d'Europa v. la ricostruzione efficace di FALATO, *Sistema integrato di fonti e di interpretazioni*, in *Scritti di cooperazione giudiziaria penale*, a cura di Caringella, Falato, Roma, 2018, 3.

⁵ In parallelo, simili indicazioni provengono dalla Corte del Lussemburgo, che richiede agli Stati membri di consentire il ricorso alla tutela giurisdizionale per denunciare la violazione del diritto dell'Unione,

Ciò si giustifica, in particolare, con l'adozione di un'ottica di scopo, volta a prediligere, tra le varie interpretazioni possibili, quella in grado di procurare il più ampio spazio di applicazione alla libertà fondamentale in gioco⁶.

2. *I limiti all'introduzione della fase di legittimità.* Una prima sequenza di riflessioni coinvolge il filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione, nella misura in cui tale preliminare vaglio delle doglianze di parte sia in grado di condizionare, nel complesso, l'effettività dei controlli sulla denuncia di viola-

con strumenti che siano effettivi ed equivalenti rispetto a quelli a cui è possibile ricorrere per denunciare la violazione del diritto interno.

Quanto alla possibilità di investire un giudice di ultima istanza, come la Corte regolatrice, della violazione del diritto UE contenuta in una decisione dell'organo di vertice della giustizia amministrativa, ricorribile in Cassazione per i soli motivi inerenti la giurisdizione, la Corte di Giustizia ha chiarito, da ultimo, che la mancata previsione di un motivo di ricorso di tal genere, nell'ambito di quella tipologia di controllo, non contrasta con la regola della tutela giurisdizionale effettiva, purché sia impregiudicata la facoltà dei singoli di far valere la responsabilità risarcitoria dello Stato, ricorrendone le condizioni V. Corte Giust. UE, Gr. Sez., 21 dicembre 2021, C-497/20.

⁶ Nell'ottica della prevenzione del contenzioso sovranazionale, d'altronde, muovono le recenti attribuzioni alle Corti costituzionali albanese e spagnola di una competenza a conoscere della violazione dei diritti fondamentali da parte di autorità pubbliche, comprese quelle giudiziarie. L'art. 131 della Cost. albanese e l'art. 44 della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, sia pure con diversità di accenti, hanno inaugurato nei rispettivi ordinamenti un istituto che consente l'accesso diretto al Giudice costituzionale per eccepire la violazione dei diritti umani contenuta in decisioni giurisdizionali, purché siano state previamente esaurite le vie d'impugnazione di ciascun provvedimento. La regola del controllo di ultima istanza sul rispetto delle garanzie che attengono alla persona rende lo strumento particolarmente efficace, poiché consente di evitare che l'errore in materia di diritti umani si consolidi definitivamente ed assicura, in misura ancora maggiore, che questi siano pratici ed effettivi.

Al confronto, il nostro sistema sembra ben lontano dall'introdurre un'attribuzione simile alla Consulta, la cui sfera d'intervento, in esecuzione di giudicati di condanna della Corte europea per lesioni dei diritti nel processo, è ancora disegnata dalla nota pronuncia additiva n. 113 del 2011. Nell'ottica di promuovere l'evoluzione della tutela dei diritti, molto potrebbe l'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, anche se è dato riscontrare una certa discrezionalità, nelle aule di giustizia, sulla necessità di formulare un quesito al giudice europeo, nonostante questi abbia ribadito, a più riprese, la dottrina dell'"atto chiaro" e la conseguente interpretazione espansiva dell'obbligo di rinvio (da ultimo Corte Giust. UE, Gr. Sez., 6 ottobre 2021, C-561/19, in questa *Rivista*).

Un colpo di coda al processo di adeguamento potrebbe, inoltre, provenire dal recente recepimento della Direttiva UE 2016/343 in materia di presunzione di innocenza, attuata con l'introduzione di norme che rendono più serrato il rapporto tra attività investigativa e informazione e che, in caso di violazione, possono condurre a sanzioni penali, disciplinari o risarcitorie (v. d. lgs. 8 novembre 2021, n. 188): resta da vedere, dunque, se queste regole riusciranno a sortire un effetto dissuasivo della prassi delle autorità inquirenti di anticipare, in occasioni pubbliche, giudizi di colpevolezza nonostante l'accertamento processuale sia ben lontano dall'essere instaurato.

zioni dei diritti fondamentali nel processo ⁷. Di recente, infatti, la tecnica di accertamento dell'ammissibilità dell'atto di ricorso è stata sottoposta a critica dal Collegio europeo, a causa di alcuni approdi di legittimità che hanno conferito portata sempre più ampia a questo tipo di scrutinio proemiale in grado di impedire l'instaurazione del rapporto processuale, con funzione deflativa del contenzioso.

Ci si riferisce, in particolare, alla ben nota teorica dell'inammissibilità come sanzione per lo scostamento del motivo di censura dai canoni del controllo, consolidati nella giurisprudenza precedente, o dall'effettivo confronto con la motivazione avversata e la sua tenuta argomentativa: per questa via, invero, la Corte regolatrice ha delineato un filtro di ammissibilità con ampie incursioni nel campo della fondatezza, quantomeno considerando la crescente tendenza a trattare come inammissibile quel ricorso che risulta manifestamente infondato: di qui la redazione di motivazioni di legittimità secondo schemi semplificati e che evitano, per conseguenza, il confronto insopprimibile con gli argomenti del ricorrente ⁸.

L'incremento di questa tecnica di filtraggio ⁹ ha prodotto, come si diceva, sonora censura da parte della Corte di Strasburgo, che ha rinvenuto un abuso

⁷ Col rischio, peraltro, di determinare un'inversione dei rapporti tra legge ed interpretazione, nella misura in cui il diritto vivente finisce talvolta per dilatare a dismisura il dato normativo che interpreta: cfr. FERRUA, *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Inammissibilità sanzione o deflazione?*, Milano, 2018, 21; DINACCI, *Legalità processuale e nomofilachia tra limiti ermeneutici e diritto giurisprudenziale*, in questa *Rivista* (web), 2019, 3, 2; in prospettiva generale v. anche CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme giuridiche*, Milano, 1967, 2. In tema di ammissibilità, rappresentativa di questo fenomeno è, per certi versi, Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2016, Galtelli, in *Dir. pen. contemporaneo*, 22 marzo 2017, con le osservazioni critiche di BELLUTA, *Inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi: le Sezioni unite tra l'ovvio e il rivoluzionario*, laddove ha arricchito le condizioni di ammissibilità di cui all'art. 581 c.p.p. prevedendo l'obbligo per l'atto d'appello di procedere ad un confronto diretto con le argomentazioni della sentenza gravata, in aggiunta alla specificità intrinseca degli argomenti. Sul punto v. DINACCI, *L'essere ed il dover essere dell'inammissibilità delle impugnazioni tra dato positivo, costituzione ed azione giurisprudenziale*, in questa *Rivista* (web), 2020, 1.

⁸ In argomento v. le considerazioni di MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Torino, 2004, 159 segg.; MAZZA, *La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014, 1; ID., *La nuova cultura dell'inammissibilità fra paradossi e finzioni legislative*, in *Cass. pen.*, 2017, 10, 3472.

⁹ Cfr. GIUNCHEDI, SASSANI, *La cruna dell'ago (a proposito del principio di autosufficienza)*, in questa *Rivista*, 2021, 2, 417 e segg.; MORSELLI, *Inammissibilità: la Cassazione muta natura, ora Corte autoregolatrice che dissimula la denegata giustizia "purgando" i ricorsi*, in questa *Rivista* (web), 2021, 2; GAETA, *Le cautele terapeutiche e la eccezionalità perenne possono superare la legalità? Ancora sull'inammissibilità del ricorso per cassazione*, ivi, 2021, 1.

dello strumento in parola tutte le volte in cui conduca all'elusione dell'obbligo, di matrice convenzionale, del controllo sulla serietà e fondatezza della denuncia d'infrazione della Convenzione e.d.u.¹⁰.

L'argomentazione prende le mosse dalla declinazione dell'art. 6 Conv. europea quale presidio al diritto dell'accusato a che il giudice investito dell'affare svolga un esame effettivo delle argomentazioni allegate, a cui deve seguire, come corollario, l'esposizione di ragioni documentate e comprensibili che gli consentano di comprendere il perché della reiezione del gravame.

Alla luce di questo diverso parametro di controllo, può accadere che l'esercizio del potere di filtrare l'ammissibilità del ricorso, prima dell'esame nel merito, conduca a distorsioni diminutive/ /erosive/ /elusivo del diritto all'effettività del controllo, quando il potere di selezione delle questioni da esaminare viene usato in modo da espellere una questione di legalità sovranazionale dal perimetro del giudizio.

In questa dimensione, cioè, la *potestas* di valutazione preventiva dell'ammissibilità e, segnatamente, di classificare un motivo di ricorso come elusivo dei limiti posti dall'art. 606 c.p.p. può diventare strumento con cui aggirare l'obbligo di esaminare e motivare adeguatamente sulle denunce d'infrazione della legalità superiore - su entrambi i versanti degli artt. 6 e 7 C.e.d.u. - e condurre ad un provvedimento d'inammissibilità che produce una peculiare forma di diniego di giustizia, in chiave europea¹¹.

Per questa via non si contesta la natura del sindacato di legittimità, ma l'inasprimento dei limiti della fase se funzionale ad escludere un accertamento pieno sulla violazione di principi fondanti come l'equità della procedura e il controllo di legalità della pena inflitta¹².

L'ulteriore elemento di rilievo, in questo contesto, è dato dal fatto che il Collegio sovranazionale punta in misura crescente l'attenzione anche sulla tenuta della motivazione di ultimo grado, che deve fornire adeguata giustificazione

¹⁰ Cfr. Corte E.D.U., 28 ottobre 2021, Succi ed altri c. Italia, n. 55064/11, in questa *Rivista*.

¹¹ Sulla differenziazione tra infondatezza-rigetto e manifesta infondatezza-inammissibilità, con ricadute in termini di declaratoria della prescrizione v., in prospettiva generale, GAITO, *In tema di confini tra inammissibilità e rigetto del ricorso per cassazione*, in *Giur. It.*, 1996, II, 129; SANTORIELLO, *"La Cassazione è giudice della sentenza e non del processo": un'affermazione equivoca e pericolosa*, in questa *Rivista*, 2016, 2, 407 e segg.

¹² Corte EDU, 6 febbraio 2020, Felloni c. Italia, n. 44221/14, §§ 24-31, in questa *Rivista* (web), 2020, 1, con le osservazioni di DINACCI, *L'obbligo di motivazione come antidoto ad expansionismi interpretativi in tema d'inammissibilità delle impugnazioni*, e TARALLO, *La CEDU interviene sulla falciatura dell'inammissibilità dei ricorsi per cassazione: nota alla sentenza Felloni contro Italia*.

del come abbia approfondito le doglianze di parte nel rispetto dell'art. 6 Conv. e.d.u., al di là della correttezza tecnica della prospettazione dell'*applicant*¹³.

Non si intende sostenere l'esistenza di doveri di puntuale replica a fronte di ogni possibile argomentazione della parte, ma si vuole evidenziare un ineludibile dovere di risposta che grava su ogni giudicante al quale vengano presentati motivi di contestazione della sentenza impugnata¹⁴.

Si tratta di una statuizione generale che viene ulteriormente puntualizzata con riguardo ai diritti e alle libertà assicurati dalla Convenzione europea, la cui portata è in relazione diretta con le regole di giudizio nel senso che impone al decidente nazionale di esaminare con particolare attenzione una ragione di doglianza quando questa coinvolga i diritti fondamentali dell'accusato nel processo¹⁵. E non dimentichiamo che in ultimo grado è inficiante l'omessa pregiudiziale europea alla Corte del Lussemburgo, obbligatoria e non più facoltativa come nei giudizi di merito¹⁶.

¹³ Sembra esaurito il tempo in cui si ripeteva con stanca rassegnazione che nessuno cassa la Cassazione, e si evocava in funzione di retorica provocazione la metafora del "giudice a Berlino", con largo abuso del brocardo *quis custodiet custodes ipsos*? Sembra che, oramai, l'oggetto della critica debba essere spostato in avanti, dalle Corti Supreme nazionali alle Corti sovranazionali, dove l'attenzione si concentra, in misura sempre maggiore, sulla capacità dei giudici di ultima istanza di emendare l'errore segnalato dalla difesa sul piano della violazione della Convenzione.

Questa prospettiva, apertamente denunciata dalla Corte europea nella vicenda "Felloni c. Italia", è stata approfondita anche in altre decisioni. In materia di idoneità del giudice, è stato chiarito che laddove si prospetta una violazione del principio di legalità nell'investitura del tribunale, tra gli elementi rilevanti per la condanna a Strasburgo occorre anche considerare se, nell'ambito delle procedure di controllo, il giudicante di ultima istanza abbia preso in considerazione l'infrazione e la sua portata sull'equità della procedura (Corte E.D.U., Gr. Cam., 1 dicembre 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda, n. 26374/18, in questa *Rivista*). In perfetta aderenza, altrove è stato segnalato che il consolidamento, in via definitiva, dell'infrazione maturata nel processo è dipeso dalla portata del controllo di legittimità, laddove la Corte di cassazione, limitandosi alle verifiche sulla motivazione, ha escluso la violazione della C.e.d.u. con un'interpretazione opinabile (Corte E.D.U., 17 giugno 2021, Morzenti c. Italia, n. 67024/13, *ivi*).

¹⁴ Corte EDU, Gr. Cam., 11 luglio 2017, Moreira Ferreira c. Portogallo (n. 2), n. 19867/12, § 84; Id., 9 dicembre 1994, Ruiz Torija c. Spagna, § 29, serie A n. 303-A.

¹⁵ Corte EDU, 10 maggio 2012, Magnin c. Francia (dec.), n. 26219/08; Id., 28 giugno 2007, Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo, n. 76240/01, § 96.

¹⁶ Cfr. ancora Corte Giust. UE, Gr. Sez., 6 ottobre 2021, C-561/19, in questa *Rivista*, dove il Giudice dell'Unione, a fronte di un quesito che suggeriva un parziale ripensamento dei rigori dell'obbligo di rinvio, ha ribadito la concezione forte dell'obbligo per i giudici di ultima istanza. È stato chiarito, segnatamente, che il giudicante interno si sottrae al dovere di investire la Corte soltanto qualora il significato da attribuire alla norma sia evidente tenendo conto, in particolare, della conclusione a cui ragionevolmente giungerebbe qualunque altro giudice all'interno dell'UE: per l'effetto, a fronte del semplice ri-

In questo senso, dunque, guadagna importanza la motivazione di legittimità nella parte in cui ha valutato preliminarmente il rispetto dei limiti di fase per l'introduzione del gravame: non è sufficiente il richiamo teorico/astratto alla distinzione tra fatto/merito e legittimità/diritto ma occorre, nel rispetto dell'equità, che il provvedimento sia in grado di dimostrare effettività di giudizio nella vicenda specifica e, cioè, che risulti che le parti siano state ascoltate prima della decisione di rigettare ovvero di dichiarare inammissibile l'impugnazione¹⁷ e che la Corte nazionale non sia incorsa – per eccesso di semplificazione – in un vizio di infedeltà rispetto agli atti del processo.

All'effettività del controllo, dunque, fa da *pendant* l'idoneità concreta del verdetto ad interloquire, nella parte motiva, con il soggetto soccombente, che dovrà poter riscontrare un esame reale delle questioni sottoposte al vaglio della legittimità, così contribuendo la sentenza della Corte di cassazione ad una migliore accettazione dell'esito giudiziario.

Ancora sul versante dell'ammissibilità delle doglianze, di non secondaria importanza è il tema delle sopravvenienze alla sentenza impugnata col ricorso principale, quando queste siano in grado di interagire con la fondatezza dei motivi di gravame.

S'intende far riferimento ai fatti sopravvenuti che sono capaci di condizionare l'accertamento svolto dal giudice territoriale, *sub specie* del giudizio di legittimità del capitolato di prova sul quale era stata deliberata la condanna.

L'argomento si pone, in particolare, nell'ambito dell'impugnazione per il motivo di cui all'art. 606, co. 1, lett. c, c.p.p. cioè per la denuncia di un *error in procedendo* che attiva, notoriamente, i più incisivi poteri di scrutinio del fatto processuale in capo alla Corte regolatrice.

Regola generale vuole che il grado di legittimità sia insensibile alle circostanze ulteriori rispetto alla sentenza impugnata e non rappresentate dai documenti inclusi nel fascicolo di causa e allegati al ricorso¹⁸, altrimenti rischiando il sindacato di legittimità di essere trascinato, per questa via, sul terreno del merito,

schio di divergenze interpretative tra Stati membri, riemerge la portata dell'obbligazione di rinvio pregiudiziale. Rispetto al pericolo di variazioni interpretative tra tribunali, in altri termini, il significato della norma è, per ciò solo, non evidente, con conseguente doverosa investitura della Corte del Lussemburgo.

¹⁷ Corte EDU, Gr. Cam., 16 novembre 2010, Taxquet c. Belgio, n. 926/05, § 91; Id., 15 febbraio 2007, Boldea c. Romania, n. 19997/02, § 30; Id., 19 dicembre 1997, Helle c. Finlandia, § 60.

¹⁸ Sulla sorte dei "documenti nuovi" v., in questo senso, Cass., Sez. III, 7 gennaio 2016, Sanvitale, in *Mass. Uff.*, n. 266390; Id., Sez. I, 6 maggio 2016, Tulli, *ivz*, n. 267801.

se del caso con un possibile *vulnus* al diritto di difesa, qualora l'allegazione provenisse dalla pubblica accusa. E con scivolamento sul comodo *escamotage* dell'abuso del processo¹⁹.

Lo stesso diritto, tuttavia, rappresenta la giustificazione teorica che la giurisprudenza di ultima istanza ha posto a fondamento di alcuni temperamenti alla regola indicata, consentendo alla parte interessata, a determinate condizioni, di allegare dati successivi alla pronuncia del provvedimento portato al veglio del giudizio di legittimità per evitare che i limiti di fase si traducano in una privazione della *chance* effettiva di difendersi²⁰.

Oltre alle sopravvenienze di diritto²¹, infatti, si permette l'allegazione al ricorso di documentazione comprovante emergenze in fatto ulteriori quando queste siano in grado d'integrare il parametro del controllo di legittimità con riferimento a dati presupposti, di immediata evidenza o che, comunque, comportano una mera "presa d'atto" da parte della Corte regolatrice, al fine di rilevare, ad esempio, la carenza di una condizione di procedibilità o il profilarsi di un contrasto di giudicati²².

In questo senso, si è ritenuto possibile produrre atti della p.a. oppure un giudicato esterno per consentire di rilevare l'incompatibilità tra la decisione avversata e una circostanza sopravvenuta che, a rigore, non ne determina l'erroneità, rispetto al tempo in cui è stata adottata, ma che è comunque in grado di incidere sul rapporto processuale in senso favorevole all'imputato.

Ciò risponde al principio di equiparazione del fatto sopravvenuto alle sopravvenienze di diritto, che consente entro certi limiti di estendere la produzione documentale per supportare le censure già formulate col ricorso, rispetto a fatti capaci di incidere sulla validità del verdetto anche se non attinenti alle sue condizioni di sostanza e di forma.

Queste aperture, tuttavia, non condizionano la natura del controllo di ultima istanza, poiché resta la condizione dell'evidenza del fatto allegato e dell'immediatezza dimostrativa del documento accluso: l'atto prodotto, in altri termini, anche se sopravvenuto alla decisione impugnata e rientrando nell'eccezione al divieto, deve essere dotato di una precisa efficacia probante

¹⁹ V. SANTORIELLO, *L'abuso del processo*, Pisa, 2018.

²⁰ Sul punto v. Cass., Sez. I, 15 luglio 2021, Nikolli, n.m.

²¹ Rilevabili pur a fronte di un ricorso inammissibile: *ex multis* Cass., Sez. II, 10 settembre 2018, Barsotti, in *Mass. Uff.*, n. 27424.

²² Su onere di allegazione e autosufficienza v. Cass., Sez. V, 26 novembre 2020, Straface, n.m.

e non richiedere valutazioni di sorta per essere scrutinato; in caso contrario, vale l'ostacolo derivante dal sindacato di puro diritto²³.

In questo senso, l'equiparazione del fatto sopravvenuto allo *ius superveniens* si giustifica nel senso di assicurare effettività alla difesa e, al tempo stesso, risponde alla logica della ragionevole durata del processo, ma ciò non può rappresentare, secondo il diritto vivente, la strada per trasformare la morfologia del giudizio di cassazione, pur quanto la Corte disponga di poteri di accertamento diretto quando conosce dell'errore di procedura.

Proprio tale "limite ultimo" di configurabilità del controllo sulla sopravvenienza nel giudizio di cassazione ha suggerito, di recente, un'apertura verso la revisione come strumento adeguato a fornire una sede di verifica della legalità processuale mancata²⁴, la cui prova sia emersa quando il processo era in fase di legittimità e, dunque, il relativo fatto si presentava come sopravvenuto e precluso alla Corte regolatrice.

Qualora il *factum superveniens* riguardi proprio la dimostrazione dell'illegalità probatoria o di altro atto in grado di sovvertire l'esito del giudizio e, tuttavia, non poteva essere rappresentato al Collegio di legittimità perché occorreva una valutazione di merito, per le considerazioni già svolte tale sopravvenienza decisiva sul piano dell'*error in procedendo* resterebbe lettera morta, anche se capace di incidere significativamente sulla validità della condanna.

Si pensi al caso in cui la difesa abbia nel frattempo acquisito elementi da cui emerga, previa apposita valutazione di merito, l'inutilizzabilità della prova a carico, oppure l'invalidità non sanabile di un atto in grado di comportare la retrocessione della sequenza processuale.

In tali circostanze le esigenze valutative impediscono l'allegazione del relativo documento dimostrativo al giudizio di cassazione e, dunque, l'ottenimento di un annullamento con rinvio.

Ad evitare un vuoto di tutela, tuttavia, una recente apertura delle Sezioni Unite civili ha segnalato la possibilità, in ambito disciplinare, di ricorrere alla revi-

²³ Cfr. Cass., Sez. II, 11 ottobre 2012, p.c. in proc. Platamone, in *Mass. Uff.*, n. 254302.

²⁴ Sui termini generali di operatività dell'istituto cfr. ASTARITA, *Revisione*, in *Dig. Pen., Agg.*, III, 2005, 1356; CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, Torino, 2012, 331; DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966, 528; DEAN, *La revisione*, Padova, 1999, 10; MARCHETTI, *La revisione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, V, *Impugnazioni*, a cura di Spangher, Torino, 2009, 927; VANNI, *Revisione del giudicato penale*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 165.

sione per le ipotesi del contrasto di giudicati e della prova “nuova” in grado di dimostrare l’insussistenza dell’incolpazione.

Si tratta di un’ulteriore evoluzione del sentiero ermeneutico che aveva già portato la Consulta ad ampliare i casi di revisione²⁵ e la Corte di cassazione, sotto lo schema dell’art. 630, co. 1, lett. c, c.p.p., a dilatare la nozione di novità della prova per ragioni di giustizia sostanziale²⁶ e che, ora, per la medesima sensibilità, suggerisce di equiparare alla prova dell’innocenza la dimostrazione tardiva dell’illegittimità/illegalità processuale, quando in grado di sovvertire l’esito della controversia, perché tale da ribaltare il giudizio di utilizzabilità della prova a carico o di altro atto condizionante l’esito in maniera diretta²⁷.

È opportuno soffermarsi su questa apertura poiché:

a)- risolve il problema dell’effettività del controllo di legittimità proponendo una soluzione che supera, sia pure *ex post*, i tradizionali limiti di contenimento dello scrutinio in Cassazione,

b)- recupera il peso specifico dell’illegalità processuale - in direzione opposta, come si vedrà, rispetto ad una tendenza alla dequotazione del vizio procedimentale²⁸ - e

c)- risponde all’esigenza, segnalata con sempre maggiore frequenza dal formante sovranazionale, di emendare senza eccezioni e senza formalistiche preclusioni di sorta ogni infrazione di rilevanza convenzionale.

La regolare formazione del capitolato di prove viene ad essere valorizzata in funzione di recupero della giustizia sostanziale del verdetto anche quando, per ragioni diverse - tra cui, in questa ipotesi, l’esigenza di valutazioni di merito attorno alla sopravvenienza - l’indagine sul fatto processuale non consente di giungere ad un esito demolitorio della decisione impugnata, ogni qualvolta la violazione della legge processuale non è sanzionata a pena d’invalidità oppure perché la parte non è ancora in grado, allo stato, di dimostrare mediante indagini difensive in fatto l’esistenza del vizio.

²⁵ Corte cost., sent. 113 del 2011, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 630 c.p.p. nella parte in cui non consente la riapertura del processo per ottemperare ad un giudicato di condanna proveniente da Strasburgo. Cfr. sul tema UBERTIS, *La revisione successiva a condanna della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, 1542; GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte Costituzionale crea la revisione europea*, in *Cass. pen.*, 2011, 3308.

²⁶ Cass., Sez. Un., 26 settembre 2001, p.m. in proc. Pisano, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 194.

²⁷ Cass., Sez. Un. civili, 8 giugno 2021, P., in questa *Rivista*, punto 10.7 del Considerato in diritto.

²⁸ V. *Infra*, § 6.

A fronte di che, la revisione subisce un'ulteriore dilatazione applicativa allo scopo di consentire il recupero della fondatezza della denuncia di cui all'art. 606, co. 1, lett. c, c.p.p. e così diventa, in prospettiva, la sede di controllo di infrazioni della procedura in grado di incidere sul bilancio complessivo della condanna²⁹.

L'ottica del recupero postumo del fatto processuale favorevole alla difesa e incidente sul capitolato probatorio viene ammessa, infatti, soltanto per l'illustrazione dell'innocenza dell'imputato: nell'ipotesi, cioè, che lo scostamento dalla regola colpisca una prova che, se espulsa, priva il fascicolo dell'elemento probante in grado di sostenere la dichiarazione di responsabilità.

3. *La scansione della fase.* Lo sviluppo del sindacato di legittimità, è noto, richiede esatta corrispondenza, in termini di perimetro della cognizione, tra il devoluto del ricorso principale e l'approfondimento argomentativo dei motivi nuovi, essendo precluso introdurre per la prima volta e con questi ultimi, questioni di legalità assenti nell'atto d'impugnazione³⁰: in tal senso, infatti, i motivi nuovi devono essere collegati ai capi e ai punti della sentenza coinvolti dall'impugnazione già interposta, sulla base del criterio della connessione funzionale rispetto a quelli principali, a pena d'inammissibilità.

La regola in parola consente il funzionamento del meccanismo di controllo - di legittimità, per quanto di interesse - impedendo una patologica elasticità

²⁹ Le tendenze espansive che hanno interessato, in tempi recenti, i presupposti della revisione, hanno fatto riemergere, talvolta, il dibattito attorno all'attualità del divieto di rivisitare *in peius* la pronuncia irrevocabile, allo scopo di riformare l'assoluzione adducendo l'emersione di nuove prove a carico; si tratta di una prospettiva in qualche modo stimolata dall'intervento additivo della Consulta per introdurre l'istituto della c.d. revisione europea e che ha suggerito alcuni tentativi - peraltro subito rigettati - di impiegare l'istituto in danno dell'accusato e della stabilità dell'accertamento a lui favorevole (App. Catanzaro, Sez. II, 23 marzo 2021, n. 603 in *Giurisprudenza penale*). Ripercorre le tradizionali e fondate ragioni ostative ad una revisione peggiorativa CALLARI, *La rivisitazione in malam partem del giudicato penale: dal contrasto del terrorismo e della criminalità organizzata ad orizzonti futuribili*, in *Criminalia*, 2018, 475. Per una prospettiva comparata sul tema v. MANGIARACINA, *La revisione contra reum nell'ordinamento inglese*, in *Leg. pen.*, 2006, 312; PARLATO, *La revisione del giudicato penale a seguito di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo. II) L'esperienza della Repubblica federale tedesca e di altri paesi dell'Europa continentale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 1010; PATANÈ, *Processo penale inglese*, in *Enc. dir.*, Annali II, I, 2008, 777; RAFARACI, *Processo penale tedesco*, *ivi*, 858.

³⁰ Cass., Sez. Un., 25 febbraio 1998, Bono ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 210529; Id., Sez. II, 29 aprile 2014, Cennamo e altri, *ivi*, n. 260851.

del *petitum* capace di nuocere alla funzione giudicante e alla stessa articolazione in fasi del processo.

È tuttavia possibile che questa rigida scansione finisca per impedire l'esame di questioni essenziali promosse attorno alla legalità del trattamento sanzionatorio, se e quando coinvolgono i principi europei e richiedono un intervento di rettifica della sentenza impugnata per evitare, all'esito, l'esecuzione di una pena illegale.

A fronte di una situazione di tal genere, la giurisprudenza ha adottato un atteggiamento rigoroso che non conosce eccezioni, laddove non è la qualità della questione sottoposta a determinare l'ammissibilità dei motivi nuovi, ma il principio della connessione funzionale già indicato, per cui persino a fronte di segnalazioni d'illegalità convenzionale della pena inflitta, il giudice della legittimità non potrà esaminare la questione se non ritualmente proposta con l'atto principale³¹.

In tal modo viene a determinarsi una frattura nel sistema interno rispetto alla legalità sostanziale della sanzione secondo l'art. 7 C.e.d.u., specie dopo importanti evoluzioni che hanno portato ad affermare l'obbligo di un perdurante controllo di legalità della pena, persino in fase esecutiva e prescindendo dalla barriera del giudicato.

La negazione di possibili eccezioni al principio della connessione, infatti, determina l'impossibilità di attivare, per la prima volta coi motivi nuovi, un accertamento sul rispetto dei limiti di legge per la definizione del trattamento sanzionatorio³².

Eppure, si tratta di un tema ad alta sensibilità costituzionale e che ha conosciuto, in tempi recenti, determinanti aperture a favore della possibilità, costituzionalmente necessaria, di un vaglio sulla pena in ogni tempo e comunque libero da preclusioni processuali, perfino da quella massima che è l'irrevocabilità.

A partire dalla vicenda "Scoppola c. Italia" il problema del rapporto con la legalità europea del trattamento sanzionatorio è stato risolto nel senso che il valore della certezza del diritto, di cui è espressione l'istituto del giudicato³³,

³¹ Cass., Sez. II, 6 ottobre 2020, Loprete e altri, in *Mass. Uff.*, n. 280509.

³² Sul tema cfr. CASCINI, *Disorientamenti a proposito della ammissibilità dei motivi nuovi*, in questa *Rivista* (web), 2021, 1; FILIPPI, *I "motivi nuovi" secondo le sezioni unite della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 1999, 71.

³³ V. sul tema CORDERO, *Procedura penale*, ed. VII, Milano, 2003, 1202; DE LUCA, *Giudicato* (dir. proc. pen.), in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 1; DELLA MONICA, *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*,

non può prevalere sulla necessaria conformità della pena ai parametri superiori, da assicurare in ogni momento in cui la pretesa punitiva trovi concreta attuazione: in questa ottica, dunque, frapporre impedimenti di tipo processuale alla realizzazione concreta di tale gerarchia dei valori significherebbe far dipendere il rispetto dei diritti fondamentali dalle cadenze della procedura³⁴.

Perciò nacque l'esigenza di un profondo ripensamento del giudicato alla luce dei diritti fondamentali della persona, mediante il riconoscimento che *in executivis* la pena può subire ogni aggiornamento necessario che sia funzionale a mantenerla all'interno degli argini di legalità quando sopravvengono elementi ulteriori che ne impongono un ripensamento, così abbandonando la concezione del giudicato come valore assoluto dell'ordinamento³⁵.

In questa oramai standardizzata prospettiva il controllo di compatibilità della sanzione inflitta con lo statuto di cui agli artt. 25, co. 2, 27, co. 3, Cost. e 7, § 1, C.e.d.u. si presenta come necessario e insensibile a limitazioni di sorta: di qui l'orientamento per cui, a fronte di violazioni della Convenzione europea di portata generale, ulteriori rispetto al caso concreto, nasce un dovere di intervento che incombe sulla giurisdizione, che resta obbligata a riparare a una situazione di illegalità convenzionale anche sacrificando il valore della intan-

Agg., IV, Torino, 2008, 406; FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, in questa *Rivista* (web), 2013, 2; LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1987, 63; MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis, Voena, Milano, 2012, 39 e ss.; NORMANDO, *Il giudicato: forza esecutiva ed effetti*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di Spangher - Marandola - Garuti - Kalb, Milano, 2015, IV, 503; RUGGERI, *Giudicato penale*, in *Enc. Dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 433.

³⁴ Un'apertura in tal senso si era avuta, a rigore, già sul rapporto tra giudicato e reato continuato, quando il tradizionale indirizzo che riconosceva al giudicato idoneità a spezzare l'unità del disegno criminoso, nell'ambito dell'art. 81 c.p., ha ceduto il passo a un'interpretazione che espelle, tra i criteri di quantificazione della pena, ogni riferimento ad istituti processuali in grado di impedire il cumulo giuridico e, dunque, un'attenuazione della sanzione; con la conseguenza che l'unità del progetto delinquenziale può essere accertata anche se uno degli illeciti è già stato accertato con una decisione irrevocabile. Cfr. Cass., Sez. Un., 21 giugno 1986, Nicolini, in *Mass. Uff.*, n. 173419; Corte cost., sent. n. 96 del 1996.

³⁵ Tale orientamento è culminato in Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2013, Ercolano, in www.penalecontemporaneo.it, con note di BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano* e VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*. Sul tema cfr. l'analisi di SCACCIANOCE, *Pena "illegale", giudicato, Corte europea: dall'affare "Scoppola c. Italia" alle Sezioni Unite "Ercolano"*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Chimmici, Gaito, II ed., Milano, 2018, 387.

gibilità del giudicato ³⁶ mediante l'accrescimento dei poteri del giudice d'esecuzione ³⁷.

Di qui la considerazione che ogni interpretazione dei modi di funzionamento della fase procedimentale dovrebbe incontrare un limite nel dovere di controllo in parola, consentendo sempre alle parti di illustrare una questione che coinvolge quei principi sostanziali a prescindere dalla cadenza dei termini codificati. Diversamente, si giungerebbe al paradosso di una pena che è sempre suscettibile di essere apprezzata nella sua legalità superiore, anche dopo la conclusione del processo, ma che resta, nel frattempo, subordinata al rispetto delle tempistiche della fase di legittimità, condizionata in via esclusiva dal perimetro disegnato col ricorso principale.

In breve, anche da questo punto di vista si riscontra un irrigidimento formalistico del funzionamento del grado di legittimità, capace di frapporre un serio ostacolo alle ragioni del formante sovranazionale che, come illustrato, predilige un approccio di tutela sostanziale della legalità, se del caso anche rinunciando a schemi consolidati quando siano in grado d'impedire l'effettività dei diritti.

4. *L'effettività del controllo sull'errore di procedura capace di compromettere la tenuta della prova a carico.* L'apertura delle Sezioni Unite civili alla revisione come mezzo di espulsione della prova illegittimamente, illegalmente o comunque irrivalentemente formata e, dunque, l'accertamento che gli atti non sono quantitativamente in grado di sorreggere la condanna, con conseguente proscioglimento postumo al giudicato ³⁸, impone riflessioni sull'effettività del

³⁶ Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, Gatto, in *www.penalecontemporaneo.it*, con notazioni di ROMEO, *Le Sezioni Unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di una pena "incostituzionale"* e di RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona. Una breve riflessione su norma, giudicato e ordinamento a margine di Cass. pen., sez. un., sent. 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858, Pres. Santacroce, Est. Ippolito, ric. P.G. Napoli in proc. Gatto, ivi, 22 dicembre 2014.* Da ultimo, in senso conforme, Id., Sez. Un., 25 marzo 2021, De Falco, in *Sistema Penale*.

³⁷ In adesione ad una prospettiva da tempo già segnalata in letteratura: v. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004; volendo GAITO, *Dagli interventi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bilasico?*, in *Giur. cost.*, 1996, 892; ID., *Incidente di esecuzione e procedimenti incidentali*, in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, a cura di Carpino, Napoli, 1989, 27; ID., *Poteri di integrare il merito "post rem iudicatam"*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 1318.

³⁸ Ancora Cass., Sez. Un. civili, 8 giugno 2021, P., cit.

sindacato di legittimità nel rapporto tra violazioni della legge processuale e riflessi sulla sufficienza del quadro probatorio a puntellare la condanna.

Si tratta di un tema che sottopone all'ennesimo *test* di resistenza i tradizionali limiti della tipologia di sindacato effettuato dalla Corte di cassazione e che pare destinato ad aumentare in importanza, se si considera che le Corti europee stanno valorizzando, con crescente frequenza, le ricadute dell'errore di procedura, sia sul versante dell'importanza dell'illegittimità nell'economia generale della decisione conclusiva³⁹, sia su quello dell'idoneità dei sistemi nazionali di controllo a rilevarla ed espellerla in maniera ortodossa e rapida⁴⁰.

Nelle coordinate della giurisprudenza sovranazionale viene posto con regolarità il problema del rapporto tra l'infrazione della norma procedurale e gli effetti sull'equità globale del giudizio, con un'equazione che porta i giudici europei a verificare in quale misura l'errore abbia condizionato il verdetto

³⁹ Cfr. Corte Giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, C-746/18, in questa *Rivista*, sul divieto per il p.m. di accedere ai *servers* di stoccaggio dei tabulati telefonici in assenza di una preventiva autorizzazione del giudice e, nella medesima direzione di valorizzare il peso specifico dell'illegalità processuale, Id., Sez. IV, 17 gennaio 2019, C-310/16, *ivi*, per cui devono essere esclusi da un procedimento penale elementi di prova, quali le intercettazioni telefoniche, che richiedono una preventiva autorizzazione giudiziaria, qualora l'autorizzazione di cui trattasi sia stata rilasciata da un'autorità giudiziaria non competente, persino quando siano gli unici a dimostrazione della fondatezza dell'accusa, ciò poiché lo scopo sanzionatorio è subvalente rispetto al principio di legalità e dello Stato di diritto, che costituisce uno dei principali valori su cui si fonda l'Unione ai sensi dell'art. 2 T.U.E. In senso contrario, all'indomani del pronunciamento europeo sul divieto di accesso ai tabulati telefonici in assenza di una preventiva autorizzazione di un'autorità indipendente, la giurisprudenza di legittimità ha adottato una posizione restrittiva, valutando troppo generica la formulazione del precetto da parte della Corte di Giustizia e, per altro verso, assimilabile il p.m. ad un'autorità indipendente, in senso europeo (Cass., Sez. II, 2 luglio 2021, Avram, in questa *Rivista*, 2021, 3). Consapevole dell'ampiezza dello scontro, col d.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito nella l. 23 novembre 2021, n. 178 il legislatore ha risolto il problema sul piano del diritto positivo, modificando l'art. 132 del Codice della *privacy* e consentendo l'accesso ai *servers* solo per gravi e specifici reati e, comunque, previa autorizzazione legislativa. Sul tema v. LA ROCCA, *Dopo la Corte di Giustizia in materia di tabulati: applicazioni e disapplicazioni interne*, in questa *Rivista* (web), 2021, 2.

⁴⁰ Il riferimento va a Corte EDU, 6 febbraio 2020, Felloni c. Italia, cit. che ha censurato l'uso del filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione in maniera tale da precludere l'esame della fondatezza di una denuncia di violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, nella medesima direzione, Id., 17 giugno 2021, Morzenti c. Italia, n. 67024/13, *ivi* che, in materia di *overturning* sfavorevole della condanna in appello, senza instaurazione di un contatto diretto tra il giudice e il teste decisivo per il ripensamento, ha condannato la classificazione formalistica che la Corte regolatrice aveva proposto del vizio europeo al fine di escluderlo rigettando il ricorso, ritenendo che si trattasse di una mera riformulazione del giudizio di complessiva tenuta della piattaforma probatoria, con conseguente esclusione di applicabilità, nel caso di specie, del principio di cui alla nota vicenda "Dan c. Moldavia".

complessivo e, ancora, quanto il sistema dei controlli sia stato in grado di emendare la decisione non conforme.

Sul primo versante, il riscontro del disallineamento interno rispetto ai criteri di formazione e valutazione della prova decisiva, nell'ambito dell'art. 6, § 1, C.e.d.u. ha portato la Corte europea a superare il tradizionale atteggiamento di *self restraint* rispetto a fatti e prove per come prospettati dal giudice nazionale⁴¹, sul presupposto che il *vulnus* all'equità, dove accertato, apra la strada alla verifica della tenuta della motivazione di condanna rispetto ai revisionati risultati di prova.

In questa direzione si sostiene che la violazione della Convenzione è condizione necessaria ma non sufficiente per concludere nel senso della condanna a Strasburgo, poiché occorre l'ulteriore requisito della ripercussione pratica di quell'infrazione sul bilancio complessivo di equità. Su questo crinale si annidano penetranti poteri di controllo del Collegio europeo, che ancora di recente vengono configurati in modo da superare la ripartizione dei compiti storicamente riconosciuta rispetto al giudice interno⁴².

Il sindacato sull'adeguatezza del trattamento giudiziario ricevuto dall'accusato rispetto al parametro dell'art. 6 Conv. comporta l'abbandono di un automatismo di condanna dello Stato membro, basato sul solo riscontro della singola violazione nel processo, ma al tempo consente, secondo i più recenti orientamenti, uno scrutinio ad ampio raggio: accertato il contrasto tra un atto del processo e la Convenzione, si apre una fase di verifica ad ingerenza diretta sulla capacità dimostrativa delle prove rispetto alla colpevolezza.

In questa prospettiva, l'arretramento dei giudici sovranazionali è solo apparente: all'affermazione che una violazione isolata della C.e.d.u. non giustifica la condanna a Strasburgo, se manca un *deficit* di equità globale del processo, si accompagna l'adozione di un approccio rigoroso, che apre al controllo di merito sui modi dell'accertamento e sulla tenuta effettiva del discorso motivazionale.

⁴¹ Sulla sussidiarietà del controllo della Corte europea rispetto al giudice nazionale v. Corte EDU, 9 aprile 2013, *Flueras c. Romania*, n. 17520/04, § 46; Id., 27 giugno 2017, *Chiper c. Romania*, n. 22036/10, §§ 52-53; Id., 22 novembre 2012, *Tseber c. Repubblica Ceca*, n. 46203/08, § 42.

⁴² Corte EDU, *Dan c. Moldavia* (n. 2), 10 novembre 2020, n. 57575/14, §§ 47-55, in particolare § 54, in questa *Rivista*, 2020, 3, 699 e segg., con le osservazioni GIUNCHEDI, *In claris non fit interpretatio. "Dan c. Moldavia 2" impone rinnovazioni effettive*; MANGIARACINA, *Dan v. Moldavia 2: la rinnovazione in appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi*; GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest... oltre il giudizio d'appello*; LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*.

Questo nuovo filone giurisprudenziale europeo, di approfondimento delle ragioni effettive della condanna nazionale mediante l'intrusione nella gestione del materiale di prova, si è avuto proprio valorizzando la portata dell'errore di procedura: il nuovo corso dei poteri di verifica piena della legalità europea della condanna è sorto, cioè, a seguito di una riconsiderazione dell'importanza della violazione della legalità procedurale di cui all'art. 6 C.e.d.u.

Così, ad esempio, la Corte europea ha sottoposto a verifica la potenziale decisività delle dichiarazioni dei testi non citati rispetto a quanto argomentato con la motivazione conclusiva⁴³ o, ancora, ha messo a confronto il tenore dell'impugnazione di legittimità col provvedimento della Corte regolatrice per accertare se, effettivamente, i Giudici di cassazione avevano replicato con adeguatezza alle censure di potenziale rilievo convenzionale⁴⁴.

In altri termini, grazie alla crescente importanza del vizio procedurale a Strasburgo, si assiste ad una variazione della tipologia di giudizio, che passa dalla revisione dell'atto - le motivazioni di condanna - alla verifica dell'intero rapporto, grazie alla logica del controllo di equità complessiva della procedura.

Perciò, sul secondo profilo, guadagna d'importanza la capacità della fase di legittimità di emendare l'errore procedurale, se del caso anche ripensando i tradizionali limiti di operatività della Corte regolatrice, solo considerando che, in una situazione di tal genere, la giurisprudenza sovranazionale ammette ormai ampie incursioni nel merito del rapporto processuale allo scopo di sondare la tenuta della motivazione, rispetto ai protocolli di causa, quando, appunto, l'illegalità procedimentale ricade nel cono d'ombra dell'art. 6 Conv. e.d.u.

Diventa dirimente, in una situazione di tal genere, configurare i poteri del giudice di ultimo grado in modo da assicurare il rispetto del principio di effettività del controllo e, per questa strada, evitare che l'illegalità convenzionale si consolidi in via definitiva, col conseguente rischio di condanna a Strasburgo per l'incapacità della motivazione di colpevolezza di resistere al *test* di equità complessiva, una volta rilevato l'*error proceduralis*.

In tal senso utili indicazioni si rinvengono in plurime decisioni della Corte europea che hanno segnalato, ad alcune Corti superiori nazionali, l'esigenza di prevenire la maturazione dell'illegittimità procedurale in cui sono incorsi i

⁴³ *Ivi*, §§ 62-65.

⁴⁴ Ancora Corte EDU, 6 febbraio 2020, Felloni c. Italia, cit.

giudici territoriali, con l'effetto di violare la regola dell'equità *sub specie* del diritto dell'accusato a un trattamento giudiziario prevedibile, secondo le interpretazioni consolidate nel diritto vivente ⁴⁵.

Si è affermato, in questo contesto, che la legalità europea impone la necessaria prevedibilità non solo delle decisioni penali ma anche dei modi di svolgimento del processo, essendo necessario prevenire il rischio concreto di una lesione inaccettabile del principio della certezza del diritto, quale diritto dell'imputato alla uniformità del trattamento giuridico rispetto al dettato della legge che regola i procedimenti giudiziari e all'esegesi che ragionevolmente ci si può attendere ⁴⁶.

Si è così ritenuto che la non omogeneità di trattamento giuridico, alla luce delle norme processuali e dell'interpretazione usuale delle stesse, costituisce una violazione del diritto a un equo processo previsto dall'art. 6, § 1, C.e.d.u., il quale richiede di prevenire le contraddizioni cui va incontro la giurisprudenza e conferire stabilità e prevedibilità alla vicenda processuale e al suo esito complessivo, non dovendo l'accusato essere esposto a circostanze processualmente imprevedibili che, se opportunamente prevedute, avrebbero suggerito scelte diverse ⁴⁷.

A fronte di che, precise indicazioni vengono impartite ai giudici di ultima istanza, gravati dall'obbligazione di prevenire il consolidarsi di violazioni irreversibili della Convenzione ⁴⁸, specie nei contesti di *civil law*, nei quali l'esclusiva sottoposizione del giudice alla legge può produrre, in certa misura fisiologicamente, scollamenti interpretativi attorno alla medesima regola e su base territoriale. Per contro, quando una Corte di ultimo grado sviluppa prassi interpretative contrastanti, invece di assolvere al proprio obbligo di assicurare - in assenza di appositi meccanismi preventivi come quello dello *stare decisis* - uniformità di esegesi, si pone in contrasto col principio di certezza

⁴⁵ A proposito della prevedibilità del trattamento giudiziario, cfr. la ricostruzione di ADDANTE, *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, in questa *Rivista* (web), 2019, 2.

⁴⁶ Si afferma molto nettamente che l'incertezza - sia essa legislativa, amministrativa o giudiziaria - è un fattore importante di cui tener conto nella valutazione della condotta dello Stato: v. Corte EDU, Gr. Cam., 22 giugno 2004, Broniowski c. Polonia, n. 31443/96, § 151 e Id., 1 dicembre 2005, Păduraru c. Romania, n. 63252/00, § 92.

⁴⁷ Cfr. Corte EDU, 12 gennaio 2016, Borg c. Malta, n. 37537/16; Id., 24 gennaio 2012, Torri e altri e Bucciarelli c. Italia, n. 26433/95; Id., 2 luglio 2009, Jordan Iordanov e altri c. Bulgaria, n. 23530/02; Id., 6 dicembre 2007, Beian c. Romania, n. 30658/05.

⁴⁸ A partire da Corte EDU, Gr. Cam., 28 ottobre 1999, Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c. Francia, nn. 24846/94 e a., § 59.

del diritto, implicito in tutti le disposizioni della Convenzione e che costituisce uno degli elementi fondamentali dello Stato di diritto ⁴⁹.

Tirando le fila del discorso, l'infrazione della procedura interna che, allo stesso tempo, determina la violazione di una previsione della Convenzione comporta, secondo i più recenti intendimenti della Corte europea, l'accesso agli atti di causa e il confronto coi materiali di prova per una verifica di tenuta della motivazione di condanna particolarmente penetrante, anche mettendo in discussione, se del caso, le valutazioni in fatto già svolte dai giudici territoriali. In seconda battuta, la Corte sovranazionale procede a un controllo ulteriore, volto a verificare, questa volta, se il sistema interno dei controlli sia stato in grado, nel suo complesso, di rilevare l'errore ed assicurare, al di là della singola violazione, l'equità complessiva. Perciò l'affermazione che un'infrazione isolata della Carta sovranazionale non comporta la condanna dello Stato membro non conduce alla conclusione dell'arretramento della tutela dell'accusato nel processo a Strasburgo: questo, al contrario, viene sottoposto a scrutinio maggiore per verificare, per quanto di interesse in questa sede, se i congegni di verifica ed emenda abbiano funzionato e se, ancora, la Corte di ultima istanza sia stata in grado di rilevare l'errore ⁵⁰ e, ancora, di esercitare i propri poteri allo scopo di assicurare l'effettività della cognizione ⁵¹.

5. Il controllo della motivazione e il suo possibile "completamento" in sede di legittimità. Si è detto che l'effettività è principio guida nella gestione dei poteri di verifica in sede di impugnazione, dovendosi assicurare una rivisitazione critica della decisione precedente, funzionale all'esigenza di porre rimedio all'errore rilevante a Strasburgo.

⁴⁹ Corte EDU, 28 marzo 2000, Baranowski c. Polonia, n. 28358/95, § 56; nello stesso senso Id., Sovtransavto Holding c. Ucraina, 25 luglio 2002, n. 48553/99, § 97 e Id., Păduraru c. Romania, cit., § 98.

⁵⁰ Senza portare all'estremo la logica dell'ammissibilità del ricorso a fronte di possibili violazioni dei diritti fondamentali dell'imputato: Corte EDU., Felloni c. Italia, cit. Per un'applicazione pratica della regola opposta si veda Cass., Sez. II, 1 aprile 2021, Aieta e altri, in *Mass. Uff.*, n. 281463 che ha posto l'accento, in chiave aversativa al motivo di ricorso, sul fatto che coi motivi d'appello erano stati dedotti argomenti diversi da quello inserito nell'atto di gravame di legittimità a proposito della medesima violazione di legge processuale (punto 32.1 del *Considerato in diritto*).

⁵¹ Sulla necessaria profilassi dell'errore quale strumento per assicurare, mediatamente, il rispetto dei diritti fondamentali, oltre che la conoscenza del fatto nel processo v. anche le considerazioni di CARINI, voce *Errore e rimedi*, in *Dig. Pen., Agg.*, IV, Torino, 2008, 258.

Può darsi, per contro, che i medesimi poteri vengano intesi in maniera sì elastica, ma al fine di colmare lacune implicite della motivazione di merito ed integrare surrettiziamente il discorso sulla colpevolezza, prescindendo dai limiti della fase ma *contra reum*, con conseguenti problemi di contraddittorio⁵² e di diritto di difesa.

In una prospettiva antiformalistica, infatti, deve rilevarsi che l'indagine sulla violazione di legge e sul correlato vizio di motivazione può essere piegata al fine di svolgere considerazioni solo apparentemente lontane dal merito ma che, invece, contribuiscono all'apprezzamento del fatto per superare le censure del ricorrente.

Pur essendo noto che il perimetro di cognizione in sede di legittimità sulla motivazione impugnata è circoscritto - dovendo il controllo della Corte di cassazione essere limitato al riscontro di un apparato argomentativo logico, senza accesso al merito delle giustificazioni spese dal provvedimento per fondare la conclusione raggiunta o all'apprezzamento dei risultati di prova⁵³ - nel caso di considerazioni sulla tenuta del materiale di prova rispetto al verdetto raggiunto si pone un problema di prevedibilità del mutamento improvviso delle regole di celebrazione della fase, ogni volta che vengono superati i limiti tipici del giudizio di Cassazione per colmare il discorso motivazionale del provvedimento impugnato, pur rispettando formalmente la terminologia delle decisioni di legittimità⁵⁴.

⁵² La flessibilizzazione dei limiti cognitivi della fase di legittimità, a tacer d'altro, fa nascere il problema della mancata previa instaurazione del contraddittorio su tale inedita forma di approfondimento dei fatti di causa, facendo emergere criticità non trascurabili se solo si considera che il contraddittorio, specie a seguito della riforma dell'art. 111 Cost., oltre ad essere un metodo di conoscenza si presenta anche come una garanzia individuale per l'accusato. Circa il ruolo del contraddittorio processuale in generale, cfr. COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 1; CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 405; CONTI, *L'attuazione del giusto processo con la legge sulla formazione e valutazione della prova*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 5, 581; CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in *Ideologia del processo penale*, Milano, 1996, 167; DOMINIONI, *Parte (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 942; GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in *La prova penale*, Trattato diretto da Gaito, I, *Il sistema della prova*, Milano, 2008, 95; GIOSTRA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 1; TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 10, 1388; VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1997, 445.

⁵³ Sin da Cass., Sez. Un., 30 aprile 1997, Dessimone, in *Mass. Uff.*, n. 207944.

⁵⁴ Quanto al tema del fondamento dell'obbligo di motivazione ed alla funzione che questo è in grado di svolgere nel sistema v. in prospettiva generale AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, cit., 185; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1985, 965; MASSA, *Motivazione della sentenza (dir. proc. pen.)*,

Un mutamento di tal genere, quando si verifica, oltre a violare i limiti di cui all'art. 606 c.p.p. determina un *deficit* di tutela per l'accusato, che ha strutturato il ricorso nella consapevolezza del divieto di censura in fatto del provvedimento avverso e che, successivamente, si trova esposto a considerazioni implicite sul merito - sviluppate nella decisione terminativa - rispetto alle quali non ha avuto un'occasione di confronto. In questa ipotesi alla violazione di legge processuale si accompagna un trattamento giudiziario non prevedibile alla luce dell'art. 6, § 1, C.e.d.u. poiché è mancato un contraddittorio su tale anomala modalità di gestione delle regole di valutazione della prova, elaborata successivamente al confronto delle parti in udienza, cioè in sede di elaborazione della decisione, quando è oramai interdetta ogni interlocuzione col Collegio.

Perciò l'esercizio in sede di ultimo grado di poteri di merito, occultati nelle pieghe del sindacato sulla motivazione impugnata, determina il duplice risultato della non prevedibilità e della lesione del diritto di difendersi, producendo una situazione analoga a quella già censurata dalla Corte europea con la vicenda "Drassich c. Italia" sulla compatibilità europea del potere di riqualificazione del fatto⁵⁵.

È noto che sul piano del diritto di difesa occorre offrire all'accusato ogni informazione relativa alla natura e al motivo dell'accusa, per consentirgli di preparare la propria difesa per tempo e con le facilitazioni adeguate⁵⁶, con una serie di conseguenti obblighi di trattamento in capo ai soggetti pubblici in termini di accesso agli atti d'indagine e al fascicolo di causa in grado di compromettere, se elusi in concreto, l'equità complessiva⁵⁷.

in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 1; MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, 28. Rispetto al legame tra motivazione, tutela dell'individuo ed esercizio della giurisdizione nel contesto democratico, v. GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 49.

⁵⁵ In quella occasione, infatti, la giurisprudenza europea aveva evidenziato che il giudice, nell'esercizio dei poteri officiosi di riqualificazione del fatto, deve rispettare il limite ultimo dei diritti dell'imputato, in particolare quello ad essere informato in modo dettagliato della natura della contestazione e a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la difesa, secondo le regole di cui all'art. 6, co. 1 e 3, lett. a e b, C.e.d.u. Cfr. Corte EDU, 11 dicembre 2017, Drassich c. Italia, n. 25575/04, § 34.

⁵⁶ Corte EDU, Gr. Cam., 25 marzo 1999, Pélissier e Sassi c. Francia, n. 25444/94, §§ 52-54.

⁵⁷ Corte EDU, 8 novembre 2012, Neziraj c. Germania, n. 30804/07, § 45; Id., 14 gennaio 2010, Tsonyo Tsonev c. Bulgaria (n. 2), n. 2376/03, § 34.

Oltre alla conoscenza effettiva delle cadenze del procedimento⁵⁸, in materia di prova si richiede di offrire una *chance* di replica ad ogni questione nuova, così permettendo di modellare la linea difensiva adeguata all'andamento del procedimento⁵⁹: tuttavia interpretare il diritto di difesa come limitato all'accesso materiale agli atti probatori sarebbe riduttivo, se poi non si riconoscesse, quale naturale corollario, il diritto di accedere, per tempo e con adeguate facoltà di contraddittorio, ad ogni regola che venga adottata sulla gestione e valutazione della prova, sia pure atipica e innovativa.

Adottando un approccio sostanzialistico, secondo l'insegnamento del diritto della Convenzione per cui non vi è un automatismo tra infrazione della legalità sovranazionale e condanna dello Stato responsabile, in una situazione di tal genere i giudici della cassazione sarebbero quantomeno tenuti ad interloquire con le parti, nel contraddittorio, sulle ragioni del superamento dei limiti propri della fase, offrendo alla difesa l'occasione di produrre ulteriori motivi di contestazione in fatto del provvedimento impugnato, alla luce delle differenti regole del gioco che si è inteso adottare.

Pare imprescindibile, cioè, mettere il difensore in condizione di pronunciarsi sul mutamento in atto, consentendogli di illustrare, conseguentemente, le ragioni di merito che invece aveva omesso nel ricorso principale, consapevole dei limiti imposti dall'art. 606 c.p.p., per come tradizionalmente interpretato.

La soluzione pare obbligata: la prevedibilità del trattamento giudiziario è tema ormai di primo piano nell'indagine sul rispetto dei diritti dell'accusato ed espone a censura qualsiasi ipotesi d'incursione del controllore di legittimità nel merito, in funzione di completamento del quadro valutativo delle prove mascherato dal sindacato sulla motivazione, qualora avvenga in violazione dei diritti soggettivi in elusione delle cadenze del rapporto processuale.

6. La quantificazione della pena tra discrezionalità e arbitrio nell'ultimo grado di giudizio. La linea d'indagine dell'effettività richiede ulteriori considerazioni a proposito dell'approccio maggioritario in Cassazione sui ristretti margini di censura della quantificazione della pena, sia quanto all'osservanza "motivazionale" dei parametri di cui agli artt. 132 e 133 c.p. sia, ancora, rispetto alla concessione della diminuzione di cui all'art. 62-*bis* c.p.

⁵⁸ Corte EDU, 26 luglio 2018, Dridi c. Germania, n. 35778/11, § 37.

⁵⁹ V. Corte EDU, 24 aprile 2007, Matyjek c. Polonia, n. 38184/03, §§ 59 e 63 e Id., 15 gennaio 2008, Luboch c. Polonia, n. 37469/05, §§ 64 e 68.

Nell'approfondire la corrispondenza al modello delle decisioni di legittimità, si riscontra un consolidato orientamento volto a dequalificare i vizi del provvedimento impugnato nella parte in cui definisce il trattamento sanzionatorio, in favore di una sommaria e diminutiva valutazione di congruità e tenuta del discorso sulla pena, con conseguente reiezione (con declaratoria di inammissibilità o sentenza di rigetto: è lo stesso) del corrispondente motivo di ricorso volto a sollecitare un controllo sulle ragioni, ad esempio, del diniego delle circostanze attenuanti generiche o di altri elementi in grado di incidere sulla sua entità.

In controtendenza rispetto alla giurisprudenza sovranazionale che, come illustrato, procede a penetranti raffronti tra la decisione terminativa e gli atti di causa, trasformando il controllo sull'atto in un giudizio sul rapporto dai margini sempre più ampi, il diritto vivente nazionale tende, viceversa, a riconoscere una sorta di discrezionalità giudiziaria, in sede di legittimità, rispetto alla dinamica della quantificazione della pena.

Attraverso una opportuna sistemazione concettuale si sostiene che valutazioni quali la sussistenza di circostanze che ricadono nell'art. 62-*bis* c.p. rappresentano un giudizio di fatto e il giudice territoriale può escluderle con una motivazione che ha il solo limite della logica e correttezza formale, senza che, segnatamente, possa avere peso decisivo per la sua riforma il fatto che non contenga uno specifico apprezzamento dei pretesi fattori attenuanti⁶⁰.

Nello specifico, talvolta si finisce per attribuire al giudicante un potere di selezione, su base soggettiva e insindacabile, degli indicatori inerenti alla condotta o all'evento delittuoso di cui all'art. 133 c.p. per determinarsi sulle componenti della pena globale, con l'implicito riconoscimento di un monopolio della gestione del trattamento sanzionatorio a cui fanno da completamento valutazioni di non controllabilità intrinseca dell'apparato motivazionale⁶¹.

Eppure, la legalità della pena è il tema che, più di tutti, ha determinato capovolgimenti di prospettiva e scelte interpretative obbligate, specie alla luce di quelle decisioni della Corte europea che, lungo il crinale dell'art. 7 C.e.d.u., hanno rafforzato le esigenze di certezza e prevedibilità dei parametri interpretativi di cui è ammesso servirsi per la definizione del trattamento sanzionato-

⁶⁰ Cfr. Cass., Sez. V, 13 aprile 2017, Pettinelli, in *Mass. Uff.*, n. 271269; Id., Sez. VI, 24 settembre 2008, Caridi, *ivi*, n. 242419.

⁶¹ Così Cass., Sez. II, 18 gennaio 2011, Sermonè, in *Mass. Uff.*, n. 249163.

rio⁶². In parallelo, e a causa di tali stravolgimenti, il sistema interno è giunto a un profondo ripensamento di diversi istituti sostanziali e processuali, nell'ottica di una loro rilettura in grado di adeguare la pena alla crescente sensibilità nei confronti della finalità rieducativa e del posizionamento dei diritti della personalità rispetto all'autorità, portando anche al superamento di consolidati indirizzi ermeneutici, a partire dal rapporto tra giudicato e reato continuato⁶³.

In un contesto di tal genere, perfino il mito della *res iudicata* ha dovuto retrocedere per consentire alla pena di subire ogni modificazione necessaria che fosse imposta dal sistema di valori, se necessario trasformando l'esecuzione in una fase complementare alla cognizione e riconoscendo al relativo giudice ampie facoltà di completamento, considerata l'importanza di assicurare una sanzione conforme, in ogni momento della sua esistenza, ai principi superiori.

A fronte di che, orientamenti basati su di una discrezionalità non sindacabile, argomentata ricorrendo alla terminologia del "merito" e, ancora, sulla creazione di schemi motivazionali semplificati *in parte qua*, che sfuggono al canone di cui all'art. 546, co. 1, lett. e, n. 2), c.p.p. si pongono in contrasto con un processo evolutivo che, in chiave di protezione dei diritti soggettivi, esclude l'esistenza di spazi di non controllabilità in tema di pena, che invece deve essere sempre verificabile nei suoi elementi costitutivi e, se del caso, rettificata senza possibilità di opporre limitazioni di sorta.

7. *In prospettiva di sintesi.* Al confronto col principio di effettività della tutela, i principali filoni giurisprudenziali di legittimità che abbiamo ripercorso - a proposito di ammissibilità del ricorso e qualità del sindacato - dimostrano l'inadeguatezza di una concezione meramente formale della nomofilachia, essendo ormai necessario accedere ad altri livelli di controllo della decisione impugnata per assicurare una maggiore consonanza coi principi europei anche presso la S.C. di cassazione.

Se le verifiche di merito hanno raggiunto, con alcune eccezioni, una certa soglia di compatibilità con le regole sovranazionali in tema di contraddittorio,

⁶² Secondo il divieto di retroattività di legge e interpretazione creatrice, se sfavorevoli, delineato coi due filoni delle decisioni "Scoppola" e "Contrada": Corte EDU, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, n. 10249/03 e Id., 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, n. 66655/13.

⁶³ Cfr. Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, Gatto, in *Mass. Uff.*, n. 226488.

pubblicità e immediatezza, lo scrutinio di ultima istanza resta viceversa ancorato ad una dimensione classica, certamente non priva di ragioni (retrospettive) e fondamenti teorico-sistematici (risalenti ai tempi dell' inquisitorio garantito)⁶⁴ ma che deve fare i conti, al tempo del giusto processo europeo, con una prospettiva differente, più vicina all'idea del controllo verticistico come ultima e non rinunciabile occasione di emendare l'errore e prevenire la formazione del giudicato antieuropeo⁶⁵.

Sul tema, la Corte europea ha delineato, coi pronunciamenti più recenti⁶⁶, il ruolo che devono ricoprire le Corti supreme nell'ordinamento della Convenzione.

Occorre, in prima battuta, assicurare che, al cospetto di una denuncia puntuale della violazione di diritti fondamentali di stampo convenzionale, lo strumento di controllo preliminare che è dato dal filtro di ammissibilità non venga impiegato fino a produrre l'esito del mancato confronto con le ragioni del ricorrente.

A questo limite generale si affianca la considerazione ulteriore che, in ogni caso, la gestione del carico di lavoro e, in generale, le esigenze efficientiste di sorta non possono essere invocate per giustificare, similmente, declaratorie di inammissibilità del gravame, per la considerazione - forse ovvia - che ragioni gestorie dell'ufficio non possono prevalere sull'esigenza di attivare il controllo.

L'evoluzione maggiore, però, attiene probabilmente alla tipologia di accertamento che si chiede di condurre: ciò che conta, in prospettiva europea, è la capacità delle corti di vertice di assicurare che lo scostamento dei giudici territoriali dal parametro convenzionale venga in ogni caso rilevato ed espulso, se del caso anche prescindendo dalla capacità introduttiva del tema di giudizio che è propria del ricorso di specie, in un'ottica che privilegia l'effettività della verifica piuttosto che l'instaurazione di una contesa argomentativa sul versante dell'infondatezza - manifesta o non - dei motivi esposti.

Sono state in tal modo recuperate - per un curioso caso di eterogenesi dei fini - certe intuizioni del legislatore del 1988 a proposito del ruolo della Cor-

⁶⁴ Valga per tutti il riferimento ad AMODIO, voce *Motivazione*, cit.

⁶⁵ Quanto ai modelli possibili delle giurisdizioni di vertice, si veda TARUFFO, *Le funzioni delle corti supreme. Cenni generali*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, 11.

⁶⁶ Cfr. ancora Corte EDU, 6 febbraio 2020, Felloni c. Italia, cit.; 28 ottobre 2021, Succi ed altri c. Italia, cit.; 17 giugno 2021, Morzenti c. Italia, cit.

te regolatrice nel processo di matrice accusatoria, successivamente sviluppate con maggiore incisività dalla legge “Pecorella” (l. 20 febbraio 2006, n. 46)⁶⁷ nel contesto rinnovato dell’equo processo costituzionale di cui all’art. 111 Cost., che ha contribuito a disegnare una Cassazione attenta alla tutela delle situazioni soggettive più che a ricoprire il ruolo di «*giudice del puro diritto*»⁶⁸ nel sistema dei controlli⁶⁹.

Ad anni di distanza, il contributo della Corte di Strasburgo consente di riprendere le fila di un discorso da tempo inaugurato⁷⁰: occorre ripensare la Corte di cassazione come il luogo esemplare in cui si assicura la coerenza della regola per cui, nel nostro ordinamento, la giurisdizione si attua esclusivamente attraverso il metodo del giusto processo⁷¹.

Per questa ragione, la funzione regolatrice deve essere interpretata e praticata dai giudici di legittimità come strumento non rinunciabile di controllo e garanzia - a tutto campo - sul rispetto delle forme essenziali del giusto processo e sulla legalità della pena, senza che ciò porti con sé il rischio di fornire alla

⁶⁷ Che ha inserito nel corpo dell’art. 606 c.c.p. le principali aperture del giudizio di legittimità al confronto col rapporto processuale nella sua interezza, contribuendo a sganciare il controllo della Corte regolatrice dal solo confronto col testo del provvedimento impugnato e, allo stesso tempo, generando un vivace dibattito. Cfr. sul tema BARGI, *I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni, dopo la ‘legge Pecorella’*, Torino, 2006, 151; MONTAGNA, *L’applicazione delle nuove regole nei procedimenti in corso*, *ivi*, 203.

Con particolare riguardo alla portata del vizio di motivazione all’esito della riforma, v. CANZIO, *Le due riforme processuali del 2006 a confronto: vizio di motivazione, autosufficienza del ricorso e accesso agli atti nei giudizi civili e penali di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 135; DI CHIARA, *Le modifiche allo spettro della ricorribilità per cassazione*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*, a cura di Bargis e Caprioli, Torino, 2007, 185; NAPPI, *Il controllo della Corte di cassazione sul ragionamento probatorio del giudice di merito*, in *Cass. pen.*, 2008, 1260; SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione*, Torino, 2008.

⁶⁸ CORDERO, *Procedura penale*, Padova, 1987, 1040.

⁶⁹ Cfr. per questi termini BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004, 2-5.

⁷⁰ Cfr. GAITO, *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità in epoca di giusto processo (tra essere e dover essere)*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 519; ID., *Il giudizio di diritto nel processo penale*, in *L’interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Atti del Congresso di Perugia, a cura di Palazzo, Napoli, 2001, 412.

⁷¹ Sul giusto processo quale unica forma concettualmente ammissibile di esercizio della giurisdizione penale, DEAN, *I principi costituzionali di terzietà e imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti, Fiorio, Padova, 2002, 3; DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 1; GAITO, ASTARITA, *Competenza e incompetenza*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, 2005, 176; GAITO, GIUNCHEDI, *La decadenza per via giurisprudenziale del diritto costituzionale al giudice naturale*, in *Giur. cost.*, 2002, V, 3373.

S.C. un lasciapassare per derogare a piacimento dai canoni formali, essendo ciò ammissibile - anzi doveroso - solo quando si tratta di ristabilire l'equità prima che la violazione dei diritti soggettivi diventi definitiva.

Ogni altra soluzione, articolata in nome di opzioni ideologiche o politiche ovvero di (più comoda) sistematica tradizionale, sarebbe anacronistica.