

**GENNARO GAETA**

**Le cautele terapeutiche e la eccezionalità  
perenne possono superare la legalità? Ancora  
sull'inammissibilità del ricorso per cassazione**

**SOMMARIO:** 1. Inammissibilità, decadenza e controllo di legalità europea nelle impugnazioni 2. Quando la legalità europea prevale sulla forma. 3. (...) e quando no. 4. Superare la forma solo per assicurare una decisione "giusta".

1. *Inammissibilità, decadenza e controllo di legalità europea nelle impugnazioni.* L'avvento dell'Europa ha educato lo studioso del processo penale all'esigenza del ri-pensamento, in chiave evolutiva, anche dei più basilari principi, dove ciò sia necessario per assicurare il rispetto dei meccanismi di funzionamento dell'equo processo che hanno dignità superiore e devono trovare quotidiana applicazione nelle aule di giustizia. È così accaduto che alcuni ingranaggi dalla rilevanza indiscussa sono stati "ristrutturati" dalla dottrina e dalla giurisprudenza allo scopo di adeguare il prodotto giudiziario complessivo alle esigenze di tutela della Convenzione europea, nella consapevolezza che i dogmi devono cedere il passo all'effettività dei diritti soggettivi, come conseguenza diretta e immediata del posizionamento gerarchico di valori previsto dall'art. 2 Cost.

Questa chiave di lettura ha permesso l'abbandono di molti indiscussi 'miti' del giudizio penale e ha prodotto la demolizione di alcune regole basilari del sistema: è sufficiente richiamare il giudicato e l'esecuzione penale quali esempi significativi di come l'interazione tra Corti superiori abbia prodotto il superamento di categorie dall'importanza indiscussa, determinando il tramonto di quel sistema rigido che prediligeva l'irretrattabilità della decisione e la marginalità della sua fase esecutiva a favore di un ordinamento in cui vi è sempre la possibilità di controllare la corrispondenza del *decisum* ai valori irrinunciabili per la giurisdizione penale, anche a processo esaurito (v. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 1 e ss.).

In questo contesto rinnovato, l'attenzione si sposta sulle fasi che compongono la procedura e sull'esigenza di assicurare in ogni momento del suo progredire la possibilità, per il giudice, di un intervento correttivo, quando la legalità superiore lo imponga e a prescindere dal pur necessario rispetto di tempi e modi per introdurre questioni ed eccezioni, specie con riguardo ai limiti propri di ciascun mezzo di impugnazione. Si rende necessario, cioè, consentire che la tassatività e la tipicità quali principi informativi del procedimento ce-

dano il passo all'introduzione di correttivi a tutela della legalità europea del giudizio anche (e soprattutto) in corso d'opera, in grado di prevenire la formazione di decisioni contrarie ai diritti superiori.

Su queste basi, occorre chiedersi come sia possibile conciliare il controllo di legalità europea, in costanza di giudizio, con le preclusioni che nascono dalla decadenza dal potere di introdurre questioni e, segnatamente, quale sia lo spazio per una verifica di tal genere quando il rilievo di illegalità del procedere è formulato al di là del termine di riferimento, come nel tipico caso in cui la doglianza di rango europeo sia contenuta solo nei motivi nuovi previsti dagli artt. 585, co. 4 per le impugnazioni in generale e 611, co. 1 per la fase di legittimità. Si pone, dunque, il problema di conciliare il divieto di estendere il *petitum* attraverso un impiego irrituale dei motivi nuovi, da un lato, con la necessità, dall'altro, di permettere ugualmente lo scrutinio sulla legalità della pena quando la violazione presupposta esporrebbe, a seguito dell'esaurimento delle vie di ricorso interne, la decisione finale al controllo diretto della Corte europea, con possibile condanna per l'Italia per quanto non è stato possibile introdurre proprio a causa di preclusioni e decadenze. Trattasi di un problema ineludibile se riferito, in particolare, al grado di legittimità, per l'assenza di un'ulteriore impugnazione ordinaria con cui contestare l'errore contenuto nella decisione di secondo grado.

2. *Quando la legalità europea prevale sulla forma.* Giudicato flessibile e adozione del modello "bifasico" cognizione/esecuzione rappresentano solo due componenti di un più ampio fenomeno di adeguamento del processo oltre le forme tipiche e tassative dell'intervento giudiziario, superabili non al vietato fine di liberare il potere di decidere dal vincolo della legge ma quando la forma rappresenta un ostacolo insormontabile alla realizzazione del giusto processo o all'adeguamento del trattamento sanzionatorio alle regole dell'art. 7 della Convenzione europea, persino riconoscendo, ove necessario, penetranti poteri di accertamento e di valutazione al giudice dell'esecuzione e anche se il suo intervento non ha un contenuto predeterminato (così Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, P.M. in proc. Gatto, in *Mass. Uff.*, n. 260697).

Al di là dell'irrevocabilità, infatti, il raccordo delle forme tipiche dell'agire processuale ai principi costituzionali ha coinvolto anche le fasi di gravame e, segnatamente, quella di legittimità che, per via dell'alto tasso di astrazione che quello scrutinio di legalità presuppone, ha dovuto predisporre importanti adeguamenti evolutivi.

Ci riferiamo ai casi in cui, nel giudizio dinanzi alla Corte regolatrice, nel bi-

lanciamento tra il rispetto dei termini decadenziali e di inammissibilità del ricorso, da un lato, e le ragioni di giustizia sostanziale, dall'altro, si da prevalenza al secondo aspetto, anche alla luce del progresso che, su quel fronte, è stato "imposto" dal formante giurisprudenziale europeo.

È noto, ad esempio, che una deroga importante alla regola per cui l'inammissibilità del ricorso impedisce la regolare instaurazione del rapporto processuale e, quindi, l'attivazione del potere di controllo della SC si ha quando la sentenza impugnata contiene un trattamento sanzionatorio basato su una norma dichiarata incostituzionale (ad es. Cass., Sez. V, 22 gennaio 2020, Lucarelli, *ivi*, n. 278387), sul presupposto che la rimozione dell'errore è principio imperante e non negoziabile con riguardo alla pena inflitta quando la legge presupposta si pone in contrasto con le regole costituzionali, in consonanza, peraltro, con le affermazioni che altro diritto pretorio fa in riferimento alla conservazione della legalità della pena *in executivis* (Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, *ivi*, n. 258649).

Questa prospettiva è in linea, d'altronde, con le coordinate della giurisprudenza europea a proposito del diritto dell'imputato di beneficiare di una procedura capace di garantire un esame efficace degli argomenti di doglianza proposti e di ottenere motivazioni che consentano di comprendere le ragioni del rigetto (Corte E.D.U., 6 febbraio 2020, Felloni c. Italia, in *questa Rivista* (web), 2020, 4, con nota di DINACCI, *L'obbligo di motivazione come antidoto ad espansionismi interpretativi in tema d'inammissibilità delle impugnazioni*; *ivi*, 2020, 1, con nota di TARALLO, *La CEDU interviene sulla falce della inammissibilità dei ricorsi per cassazione: nota alla sentenza Felloni contro Italia*).

Ancora sul piano delle deroghe alla tassatività giustificate perché funzionali alla rimozione dell'errore di rilievo costituzionale e convenzionale, la prevalenza della legalità materiale della condanna sui limiti della fase di legittimità si manifesta anche nel suo eventuale rinvio prosecutorio, notoriamente condizionato nelle attività istruttorie e negli esiti possibili dalla necessità di rispettare il principio di diritto illustrato con la sentenza rescindente.

Ebbene, in tema di annullamento con rinvio della condanna d'appello che riforma l'assoluzione in primo grado basata su prova dichiarativa, il diritto vivente ha chiarito che, allo scopo di assicurare che *l'overturning in malam partem* dell'assoluzione sia preceduto dalla riapertura del dibattimento sulle prove orali decisive, anche nelle fasi di merito dell'impugnazione successive all'appello occorre che il giudizio di rinvio assicuri una rinnovazione istruttoria in linea con i *dicta* europei (v. Corte E.D.U., 10 novembre 2020, Dan c.

Moldavia (n. 2), in *questa Rivista*, 2020, 3, e il relativo *Confronto di idee*), anche prescindendo, se del caso, dai limiti del comando rescindente: si afferma, cioè, che lo statuto di metodo indicato dalla Corte europea per l'impugnazione della sentenza assolutoria non può subire una deroga, in fase di recepimento, dovuta alle peculiarità del giudizio di rinvio, poiché il rapporto di immediatezza dev'essere instaurato con ogni prova potenzialmente rilevante per la decisione e senza che a ciò possano ostare le indicazioni istruttorie del provvedimento di annullamento con rinvio, poiché quel giudice ha il potere di «*valutare la necessità di estendere la rinnovazione anche a prove diverse da quelle cui si riferisce il mandato [...] qualora ritenga sussistenti i presupposti di legge per disporla [...]*» (Cass., Sez. V, 24 novembre 2020, Marino, punto 12 del *Considerato in diritto*, in *questa Rivista* (web), 2021, 1).

In sintesi l'esigenza di rimuovere l'errore consente, alle indicate condizioni, la flessibilizzazione del filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione che, insieme con quella del giudicato, contribuisce nel complesso alla definizione di un procedimento che, pur erodendo progressivamente gli spazi di contestazione grazie ai congegni dell'inammissibilità e decadenza, apre al controllo di legalità del provvedimento di condanna, quando questo presuppone un'illegittimità di dignità superiore perché tange i canoni degli artt. 6, 7 C.E.D.U. e 111 Cost.

3. (...) e quando no. All'opposto, resistono in giurisprudenza interpretazioni del filtro di ammissibilità del ricorso *de legitimitate* in grado di ostacolare la rimozione dell'*error iuris*.

È il caso dell'inammissibilità o manifesta infondatezza del ricorso per cassazione quale causa di impedimento all'instaurazione del rapporto processuale presso la Corte regolatrice, che impedisce qualunque forma di intervento di quel giudice anche a fronte di sicure violazioni della legalità, persino nel caso in cui l'azione penale non potrebbe essere proseguita dato che il decorso tempo ha determinato l'estinzione del reato per prescrizione intervenuta tra il pronunciamento della sentenza impugnata e l'esame del ricorso (è affermazione ricorrente quella per cui l'inammissibilità del ricorso preclude il rilievo della eventuale prescrizione maturata successivamente alla sentenza impugnata: Cass., Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca, in *Mass. Uff.*, n. 217266).

Con riguardo ai motivi aggiunti al ricorso, in particolare, tradizionalmente si afferma che il solido vincolo che esiste tra questi e quelli alla base dell'impugnazione principale (Cass., Sez. un., 25 febbraio 1998, Bono ed altri, *ivi*, n. 210529; Id., Sez. II, 17 gennaio 2018, Corbelli, *ivi*, n. 272821) fa sì

che il vizio di cui sono affetti questi ultimi in nessun caso può essere sanato dai motivi nuovi (cfr. Cass., Sez. II, 29 aprile 2014, Cennamo e altri, *ivi*, n. 260851; Id., Sez. VI, 30 ottobre 2008, Arruzzoli e altri, *ivi*, n. 242129) che perciò non saranno scrutinati anche dove, in ipotesi, siano in grado di superare le mancanze di quelli originari (Cass., Sez. V, 22 gennaio 2020, Lucarelli, *cit.*; Id., Sez. II, 13 novembre 2020, Rannesì, *non mass.*).

Nell'escludere che coi motivi nuovi sia possibile estendere l'oggetto dell'impugnazione, la giurisprudenza di legittimità non riconosce eccezioni alla regola indicata per il caso in cui con essi la parte denunci l'illegalità del trattamento sanzionatorio, nemmeno per il caso in cui questa dipenda dalla violazione del diritto della Convenzione, valendo in termini assoluti il principio della connessione funzionale tra i motivi iniziali e quelli nuovi, ragion per cui qualunque asimmetria dei secondi rispetto ai primi impedisce lo scrutinio della relativa censura, persino quando questa attiene al controllo di legalità della pena alla luce delle fonti superiori (Cass., Sez. II, 6 ottobre 2020, Loprete e altri, in *Mass. Uff.*, *non mass.*).

#### 4. *Superare la forma solo per assicurare una decisione "giusta".*

Nel caso dei motivi nuovi, dunque, la sanzione dell'inammissibilità per assenza di connessione funzionale tra denuncia di illegalità della pena e il ricorso principale impedisce la rimozione anche dell'errore in ipotesi determinante per la condanna a Strasburgo.

Eppure dovrebbe intendersi come irrinunciabile la riconduzione alla legalità della pena e del processo ai principi degli artt. 6 e 7 della Convenzione, specie considerando che alcuni di essi hanno portata universale ed operano pur in assenza di sanzioni criminali (da ultimo Corte E.D.U., 19 gennaio 2021, Timofeyev e Postupkin c. Russia, disponibile in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), per cui il principio della parità delle armi di cui all'equo processo dell'art. 6, § 1 C.E.D.U. opera in ogni procedimento che incida sui diritti fondamentali, a prescindere dalla *matere pénale*).

Sarebbe perciò opportuno fornire una soluzione opposta al quesito di partenza, consentendo lo scrutinio dei motivi nuovi "asimmetrici" rispetto all'oggetto dell'impugnazione di legittimità quando questi contengono denunce d'illegalità sostanziale della pena, in omaggio alla concezione per cui, superata l'idea dell'infalibilità del giudice inquisitore, al tempo del giusto processo accusatorio qualsiasi errore dovrebbe poter essere eliminato senza opporre limitazioni di sorta (v. CARINI, voce *Errore e rimedi*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, Torino, 2008, 258; GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una deci-*

*sione giusta*, in ID., (diretto da), *Le impugnazioni penali*, Torino, 1998, 1 e ss.), quantomeno considerando che il monitoraggio della legalità della pena è un principio in grado di superare persino la più ampia delle preclusioni, quella che deriva dal giudicato.