

FLESSIBILITÀ DEL GIUDICATO PENALE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

di Paolo Troisi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La «funzione costituzionale» del giudicato. – 3. L’opzione codicistica per un giudicato «flessibile». – 4. Gli interventi sul giudicato per effetto di sentenze della Corte europea: a) l’incidente di esecuzione. – 5. *Segue: b)* il ricorso straordinario per cassazione. – 6. *Segue: c)* la revisione «europea». – 7. La «risoluzione» del giudicato in casi analoghi a quelli decisi dalla Corte europea. – 8. Gli effetti sul giudicato della declaratoria di incostituzionalità di norme penali sostanziali e processuali. – 9. La «forza di resistenza del giudicato» in presenza di violazioni dei diritti fondamentali non accertate in sede europea e non oggetto di declaratoria di illegittimità costituzionale. – 10. Considerazioni conclusive: la correzione dell’errore di diritto *post iudicatum*.

1. Premessa.

Inteso, nel pensiero liberale, come limite all’intervento dello Stato nella sfera individuale e, quindi, come garanzia di libertà contro il rischio di ulteriore persecuzione per il medesimo fatto¹, il giudicato penale assurgeva, nell’ideologia del codice del ventennio fascista, a simbolo dell’autorità dello Stato, dell’infallibilità della pretesa punitiva esercitata contro il singolo e dell’ineccepibilità della conoscenza acquisita attraverso il processo.

Una visione, questa, che, incurante della possibile ingiustizia del *dictum* promanante dal titolo cognitivo, elevava la «irrevocabilità» delle sentenze non più soggette ad impugnazioni ordinarie a «valore assoluto» (di fronte al quale sbiadiva ogni altra concorrente o contrapposta esigenza)² e, pervicacemente, resisteva alle pur autorevoli doglianze sul *deficit* di verifica di errori giudiziari che attentavano alle prerogative individuali poi riconosciute dal sopravvenuto impianto costituzionale³.

¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1977, p. 732. Sul tema v., *amplius*, E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, pp. 5 ss.

² In proposito, v. ART. ROCCO, *La cosa giudicata come causa di estinzione dell’azione penale*, in *Opere giuridiche*, II, Roma, 1932, pp. 243 ss. Sul modo di concepire il giudicato nel codice del 1930, v. A. SCALFATI, *L’esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995, pp. 14 ss.

³ Cfr. F. CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, pp. 293 ss.; A. JANNITI PIROMALLO, *La revisione dei giudicati penali*, in *Riv. dir. pen. e proc. pen.*, 1954, p. 165; G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1956 pp. 197 ss.

Il mutamento di prospettiva realizzato in Costituzione, in favore della centralità della persona e dei suoi diritti inviolabili, riceveva effettiva traduzione legislativa con la scelta, operata in sede di riforma codicistica, per la «flessibilità» del giudicato, assicurata dai precetti normativi in tema di revisione e dagli altri istituti legittimanti interventi revocatori o modificativi del titolo esecutivo⁴.

La crescente consapevolezza della portata assunta, nell'architettura processuale, dai diritti fondamentali, per effetto di una sempre più matura coscienza, sociale e giuridica, del valore delle garanzie sostanziali e processuali, ha tuttavia reso palese, nel tempo, l'inadeguatezza della nuova disciplina apprestata.

Dinamiche innovative, attivate e costantemente alimentate dai moniti e dalle richieste provenienti dagli organi deputati a verificare il rispetto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (C.e.d.u.), hanno indotto la prassi giurisprudenziale – in presenza di un legislatore pressoché inerte ed «insensibile alle sollecitazioni del giudice sovranazionale in ordine ad una più incisiva tutela dei diritti fondamentali»⁵ – ad esplorare, in sintonia con lo sviluppo dei parametri ideologici di riferimento, inediti sentieri attraverso i quali incidere su vicende definitivamente concluse.

Tutela dell'equità processuale e salvaguardia della legalità penale sono divenuti, così, terreno fertile per sperimentazioni in grado di porre costantemente in crisi il dogma del giudicato.

Gli equilibri faticosamente raggiunti sono stati messi in discussione – come si vedrà – da affermazioni di ampio respiro e contenuto valoriale sul rapporto tra giudicato e diritti della persona, che hanno scandito l'evolversi di una multiforme vicenda giurisprudenziale, tuttora in atto, divenuta emblema dell'imprescindibile necessità di rimediare a violazioni delle garanzie individuali accertate *post iudicatum*.

Il pericolo delle ricadute di ordine sistematico connesso ad interventi pretori – benché motivati da indiscutibili esigenze di giustizia sostanziale – capaci di «scardinare quel poco che resta della stabilità della *res iudicata*»⁶ invita, ancora oggi, ad interrogarsi sui limiti di stabilità di un valore ampiamente in discussione o, se si vuole, sulla possibilità di accettare, in nome della «certezza dei rapporti giuridici», acclamate lesioni a primari diritti riconosciuti dalla Costituzione e dalle Carte internazionali⁷.

2. La «funzione costituzionale» del giudicato.

Rilevante è, in argomento, il valore che s'intende riconoscere o riservare al giudicato penale, categoria giuridica che, concettualmente ed inevitabilmente, involge

⁴ Sul tema, v. A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2013, p. 706.

⁵ Così si esprime Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, in *C.E.D. Cass.*, n. 258649, su cui si tornerà più ampiamente *infra*, § 7.

⁶ V. G. ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, in *questa Rivista*, 16 aprile 2012, p. 9.

⁷ Cfr. F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte edu in Scoppola c. Italia*, in *questa Rivista*, 10 aprile 2012, p. 16.

certezza del diritto e stabilità delle decisioni giudiziarie⁸, e rinviene inequivoci referenti in plurime previsioni costituzionali, afferenti alla tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), al «ruolo di supremo giudice di legittimità» rivestito dalla Corte di cassazione (art. 111, comma 7, Cost.), alla ragionevole durata del procedimento penale (art. 111, comma 2, Cost.)⁹.

Conseguire un accertamento definitivo è, del resto, il fine ultimo dell'attività giudiziaria¹⁰.

Tutto il processo è diretto al giudicato: è «nella natura delle cose e nei limiti delle umane possibilità che ad un certo momento – esperiti tutti i rimedi predisposti a rimuovere le cause di ingiustizia – il processo si blocchi nella decisione irrevocabile, come le onde agitate anelano a sfociare nella riposante quiete dell'estuario»¹¹. La «certezza delle situazioni giuridiche» richiede che, percorsi i diversi gradi di giudizio, «il processo si concluda irretrattabilmente, restando assorbiti nella definitività delle decisioni eventuali vizi *in procedendo* o *in iudicando*»¹².

Se detta certezza, in ambito civilistico, è volta a salvaguardare la «pace sociale» e la stabilità delle relazioni umane, nel processo penale assume una pregnanza affatto peculiare, rispondendo, altresì, all'obiettivo di garantire la sicurezza dei diritti e la libertà del singolo¹³, sottraendolo – per il tramite del divieto di statuire nuovamente su ciò che è stato già definitivamente deciso – ad una teoricamente illimitata ed arbitraria persecuzione penale¹⁴.

Emerge, quindi, la essenziale funzione individual-garantista del giudicato penale, quale momento conclusivo della situazione di incertezza generatasi con l'avvio

⁸ Al riguardo, v. Corte cost., 20 maggio 1980, n. 74, in *www.giurcost.org*; Corte cost., 5 marzo 1969, n. 28, in *Giur. cost.*, 1969, p. 391. Che la *res iudicata* sia espressiva «dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti» è stato ribadito da Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *Cass. pen.*, 2013, p. 890 (punto 9, cons. in dir.).

⁹ Sul fondamento costituzionale del giudicato v., anche per ulteriori spunti bibliografici, M. GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Milano, 2005, pp. 46 ss.; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., pp. 25 ss.; P. MOSCARINI, *L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato*, Padova, 2005, pp. 56 ss. In senso contrario, F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, pp. 146 ss.

¹⁰ Così Corte cost., 5 luglio 1995, n. 294, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3244. Cfr. anche M. SCARDIA, *Relazione*, in AA. VV., *Errore giudiziario e riparazione pecuniaria*, in Atti del Convegno Lecce 1962, Galatina, 1963, p. 35, secondo cui è necessario «che le controversie abbiano un fine. Se fosse consentito rinnovarle continuamente sotto il pretesto di errore, si perpetuerebbero in modo che il mondo sarebbe pieno di liti».

¹¹ Sono le parole di G. LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., p. 179. Risponde, del resto, ad un'esigenza logica, prima che giuridica, che le linee del procedimento siano tracciate in modo che esse abbiano a progredire verso la soluzione finale attraverso la concatenazione di atti aventi valore definitivo (v. Corte cost., 21 gennaio 1999, n. 11, in *Giur. cost.*, 1999, p. 69; Corte cost., 3 luglio 1996, n. 224, *ivi*, 1996, p. 2089; Corte cost., 4 febbraio 1982, n. 21, *ivi*, 1982, I, p. 206).

¹² Così Corte cost., 12 luglio 1972, n. 136, in *www.giurcost.org*.

¹³ G. DE LUCA, voce *Giudicato (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 2. Per analoghe considerazioni, v. A.A. DALIA, *Le nuove norme sulla revisione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, p. 799.

¹⁴ In tal senso, G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 90; G. LOZZI, voce *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 913. Sulla valenza garantistica del principio del *ne bis in idem*, sia consentito il rinvio a P. TROISI, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, pp. 719 ss.

della vicenda processuale: non sarebbe tranquilla una società governata da leggi capaci di esporre i cittadini al pericolo di rinascenti processi¹⁵.

In questo fondersi delle prospettive, collettiva ed individuale, si compendia la «funzione costituzionale»¹⁶ del giudicato, istituto teso a preservare la certezza del diritto e a porre un limite alla perpetuazione dei giudizi, sia nella forma del nuovo esercizio dell'azione penale nei confronti dello stesso soggetto e per il medesimo fatto, sia *sub specie* di rinnovazione del processo a seguito di impugnazioni straordinarie¹⁷.

Nella trama di garanzie recepite dal tessuto costituzionale, la stabilità delle decisioni giudiziarie non assume, però, valore assoluto, emergendo prepotentemente (a partire dall'art. 2 Cost.) la necessità di tutelare i diritti inviolabili dell'individuo.

Che questa tutela non si dissolva con il formarsi del giudicato è conclusione resa evidente dal disposto dell'art. 24, comma 4, Cost. che, nel devolvere alla legge la disciplina delle condizioni e dei modi della riparazione dell'«errore giudiziario», rende ineludibile l'apprestamento di rimedi all'ingiusta condanna definitiva¹⁸.

In una lettura evolutiva del sistema dei diritti approntato dalla Carta fondamentale¹⁹, la previsione costituzionale dell'«errore giudiziario» è il crocevia dei valori su cui si regge l'intera architettura processuale e, quale garanzia di chiusura delle prerogative della persona, manifesta la necessità di una loro protezione anche *post iudicatum*²⁰.

Lo stesso principio racchiuso nell'art. 27, comma 2, Cost., inquadrato nel contesto di riferimento (artt. 13, 24, comma 4, e 111 Cost.), proietta indiscutibilmente la sua luce anche oltre la soglia del giudicato²¹.

¹⁵ F. CARRARA, *Della regudicata criminale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, VII, Firenze, 1911, p. 290.

¹⁶ L'espressione è utilizzata da Corte cost., 30 aprile 2008, n. 129, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1506.

¹⁷ Parte della dottrina esclude, invece, l'esistenza di un rapporto tra divieto di *bis in idem* e rivisitazione delle pronunce penale irrevocabili (cfr. A. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, cit., p. 52. Più di recente, nello stesso senso, v. F. CALLARI, *La revisione*, Torino, 2012, pp. 70 ss.).

¹⁸ Nella previsione dell'art. 24, comma 4, Cost. è stato rinvenuto, sia in dottrina (cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale*, Padova, 2003, p. 198; M. GIALUZ, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 82; P. MOSCARINI, *L'omessa valutazione*, cit., p. 86), che in giurisprudenza (v., per tutte, Cass., Sez. un., 26 settembre 2001, n. 624, Pisano, in *C.E.D. Cass.*, n. 220443), il fondamento costituzionale della revisione. In senso contrario, v. F. CALLARI, *La revisione*, cit., pp. 56 ss.; A. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, cit., p. 34, n. 131. Sul tema sia consentito il rinvio a P. TROISI, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Padova, 2011, pp. 100 ss.

¹⁹ Indotta anche dalla rinnovata sensibilità sociale e giuridica che, sul tema, è maturata per effetto della progressiva integrazione dell'ordinamento interno con la C.e.d.u.

²⁰ Già Corte cost., 24 gennaio 1969, n. 1, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1, aveva considerato l'art. 24, comma 4, Cost. come coerente «sviluppo del più generale principio “dei diritti inviolabili dell'uomo” (art. 2), assunto in Costituzione tra quelli che stanno a fondamento dell'intero ordinamento repubblicano e specificantesi a sua volta nelle garanzie costituzionali apprestate ai singoli diritti individuali di libertà, ed anzitutto e con più spiccata accentuazione a quelli tra essi che sono immediata e diretta espressione della libertà umana».

²¹ Non v'è dubbio, infatti, che la presunzione di non colpevolezza, in quanto regola di allocazione sullo Stato del rischio connesso alla fisiologica fallibilità dell'attività giurisdizionale, incide inevitabilmente sulla forza di resistenza delle sentenze irrevocabili di condanna. Sul tema, v. D. CARPONI SCHITTAR, *Al di là del ragionevole dubbio e oltre*, Milano, 2008, p. 65; M. D'ORAZI, *La revisione*, cit., pp. 127 ss. Non è condivisibile, dunque, quanto affermato da Corte cost., 30 aprile 2008, n. 129, cit., secondo cui «la presunzione di

La «condanna definitiva» – quale condizione posta dall’art. 27, comma 2, Cost. per superare la presunzione di non colpevolezza e legittimare l’inflizione della pena e la limitazione della libertà personale – non può che intendersi come condanna resa al termine di un processo legale rispettoso dei diritti costituzionali dell’imputato (*in primis* quelli sanciti dagli artt. 24, comma 2, e 111 Cost.), che abbia raggiunto un esito non lesivo di fondamentali prerogative sostanziali e costantemente ancorato su un accertamento idoneo ad eliminare ogni ragionevole dubbio sulla penale responsabilità.

Di conseguenza, l’ingiustizia processuale o sostanziale della decisione di condanna, manifestatasi dopo il formarsi del giudicato, segnala la violazione del precetto di cui all’art. 27, comma 2, Cost. e pone, in linea con quanto statuito dall’art. 24, comma 4, Cost., l’esigenza di correzione dell’errore che abbia inficiato, anche per il tramite della lesione delle garanzie processuali, l’esito del giudizio.

Di fronte all’ingiusta limitazione della libertà personale e all’ingiusto superamento della presunzione di non colpevolezza, la Carta costituzionale non pone, dunque, alcun vincolo, anzi impone (proprio ai sensi dell’art. 24, comma 4, quale estremo baluardo di tutela dei diritti sanciti dagli artt. 13, 27, comma 2, e 111 Cost.) la previsione di rimedi attivabili *post iudicatum*, funzionali a ripristinare una situazione di legalità e giustizia.

Il divieto di *bis in idem*, in quest’ottica, se costituisce limite invalicabile alla reiterazione dell’azione penale ed alla previsione di impugnazioni straordinarie sfavorevoli²², non impedisce, di certo, modifiche *in melius* del giudicato, quando giustificate dalla necessità di salvaguardare diritti che si collocano al vertice della gerarchia costituzionale.

Il problema si pone, piuttosto, sul piano della disciplina positiva, trattandosi di congegnare meccanismi e procedure che consentano di rilevare e porre rimedio a rilevanti situazioni di ingiustizia, senza con questo estromettere dall’ordinamento l’istituto del giudicato, con gravissime ripercussioni sulla funzionalità del sistema nel suo complesso.

La questione, pertanto, è di ordine non già ideologico, bensì pragmatico, non potendosi ammettere che la certezza fissata dal giudicato sia messa, continuamente e in carenza di ragionevoli motivi, in discussione. E se si vuole, anche di ordine pratico, essendo necessario, comunque, porre un limite alle risorse, economiche e umane, che lo Stato può impiegare per accertare i reati e le relative responsabilità²³.

Si tratta, insomma, di realizzare un adeguato bilanciamento tra la tutela dei diritti costituzionali e sovranazionali e le esigenze di certezza collegate alla definitività della pronuncia conclusiva del giudizio.

innocenza, in sé e per sé, non ha dunque nulla a che vedere con i rimedi straordinari destinati a purgare gli eventuali *errores, in procedendo o in iudicando* che siano».

²² Tendenti, cioè, a rimuovere un’assoluzione ritenuta erronea o a sostituire una pronuncia di condanna con altra a pena più elevata.

²³ Così [F. VIGANÒ, Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali, in questa Rivista, 18 aprile 2012](#), p. 5.

Ma che la stabilità del giudicato sia recessiva rispetto alla necessità di tutelare i diritti inviolabili, la cui violazione divenga manifesta dopo la formazione del giudicato, non è revocabile in dubbio²⁴.

Mantenere in vita un giudicato lesivo di essenziali prerogative individuali non giova né alla collettività né tantomeno al singolo.

3. L'opzione codicistica per un giudicato «flessibile».

Connotazione ineliminabile di un sistema accertativo ispirato ai diritti fondamentali della persona, l'opzione per un giudicato «flessibile» sfocia nella predisposizione di istituti che consentono di intervenire sulle statuizioni decisorie adottate all'esito del processo di cognizione²⁵.

In tale direzione opera certamente la revisione, impugnazione straordinaria che, in presenza di sintomi, giuridicamente rilevanti, di una probabile ingiustizia sostanziale (art. 630 c.p.p.), permette l'accertamento e la correzione *post iudicatum* di una specifica tipologia di errore: l'errore nel giudizio sul fatto che abbia condotto alla condanna di un soggetto che doveva essere prosciolto²⁶.

Rimedi all'ingiusta sentenza sono stati apprestati anche in sede di disciplina della fase dell'esecuzione, attraverso il riconoscimento, all'organo giurisdizionale deputato ad intervenire in tale fase, del potere cognitivo necessario per revocare o modificare *quoad penam*, con le forme e le garanzie tipiche del giudizio giuridico, la decisione definitiva resa a conclusione della vicenda processuale (cfr. artt. 669-673 c.p.p.). In tali fattispecie, il giudicato viene travolto semplicemente perché non rispondente a valori fondamentali e preminenti, che impediscono l'ulteriore accettazione della sentenza irrevocabile.

All'erosione del «principio di intangibilità» hanno contribuito anche successivi interventi novellistici.

Si pensi al ricorso straordinario per cassazione (art. 625-bis c.p.p.), finalizzato a risolvere il giudicato e a riaprire il processo (o, comunque, modificarne l'esito) allorché,

²⁴ Già Corte cost., 9 aprile 1987, n. 115, in *Riv. pen.*, 1987, p. 719, rimarcava la necessità che il principio dell'intangibilità del giudicato fosse «rettamente inteso»: «è proprio l'ordinamento stesso che è tutto decisamente orientato a non tenere conto del giudicato, e quindi a non mitizzarne l'intangibilità, ogniquale volta dal giudicato resterebbe sacrificato il buon diritto del cittadino». Che l'intangibilità del giudicato, il cui fondamento è di natura «eminentemente partica», possa essere sacrificato in nome di esigenze che rappresentano l'espressione di superiori valori costituzionali, è ben evidenziato da Cass., Sez. un., 26 settembre 2001, n. 624, Pisano, cit.

²⁵ In tal senso v., per tutti, A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, loc. cit.

²⁶ Il fondamento giuridico della revisione è identificato, dalla prevalente dottrina, nella funzione di rimediare all'errore giudiziario (cfr., per tutti, G.P. AUGENTI, *Lineamenti del processo di revisione*, Padova, 1949, pp. 1 ss.; R. VANNI, voce *Revisione del giudicato*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 159 ss.). Nota è, d'altro canto, la tesi di A. CRISTIANI, *La revisione del giudicato nel sistema del processo penale italiano*, Milano, 1970, pp. 82 ss., secondo cui l'istituto della revisione è posto a tutela della coerenza dell'ordinamento, sicché tutti i casi di revisione si caratterizzano per porre rimedio alla crisi della certezza giuridica.

a causa di un errore di tipo percettivo (l'«errore di fatto»), sia stato leso il diritto dell'imputato, condannato con sentenza passata in giudicato, alla effettività del giudizio di legittimità.

Si accerta, qui, una «ingiustizia procedurale», collegata alla lesione di una prerogativa costituzionalmente garantita (art. 111, comma 7, Cost.), che giustifica il superamento del giudicato.

Analogamente è a dirsi per la restituzione nel termine per proporre impugnazione a favore del contumace (art. 175, comma 2, c.p.p., nella versione anteriore alle modifiche introdotte dalla l. n. 67 del 2014)²⁷, che pure è rimedio risolutivo di un giudicato affetto da «ingiustizia procedurale», *sub specie* della violazione del diritto dell'imputato ad essere informato della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico ed a partecipare al processo qualora non abbia né rinunciato a comparire ed a difendersi, né avuto l'intenzione di sottrarsi alla giustizia.

Ad identica *ratio* risponde la «rescissione del giudicato» (art. 625-ter c.p.p.), introdotta unitamente alla disciplina del processo *in absentia* (l. n. 67 del 2014), che consente alla Corte di cassazione, su richiesta del condannato o del sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto «in assenza» per tutta la durata del processo, di revocare la sentenza e disporre la trasmissione degli atti al giudice di primo grado, qualora sia fornita la prova che «l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo».

In siffatta evenienza, all'accertamento di una «iniquità procedurale» consegue, non più una mera restituzione nel termine per impugnare, ma una vera e propria *restitutio in integrum*, attraverso la revoca della sentenza divenuta irrevocabile, la riapertura del processo di primo grado e, dunque, la reintegrazione dell'imputato nel diritto al doppio grado di giurisdizione del merito²⁸.

²⁷ Tale istituto, come regolato dall'art. 175, comma 2, c.p.p., nel testo anteriore alle modifiche introdotte dalla l. n. 67 del 2014, continua ad applicarsi nei procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore della detta legge, sia stato pronunciato il dispositivo della sentenza di primo grado o vi sia stata dichiarazione di contumacia (e non sia stato adottato il decreto di irreperibilità) (art. 15-bis l. n. 67 del 2014). Nell'attuale versione dell'art. 175, comma 2, c.p.p., la restituzione nel termine per impugnare è riservata all'imputato condannato con decreto penale, che non abbia avuto tempestivamente effettiva conoscenza del provvedimento, salvo che vi abbia volontariamente rinunciato.

²⁸ La natura di mezzo di impugnazione straordinario, finalizzato al «travolgimento del giudicato» ed alla «instaurazione *ab initio* del processo», è stata confermata da Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848, Burba, in *C.E.D. Cass.*, n. 259990. Trattandosi, inoltre, di impugnazione straordinaria a favore dell'interessato, deve ritenersi che l'esito del rinnovato giudizio non potrà mai essere peggiorativo delle statuizioni consacrate nel giudicato, revocato sì, ma al solo fine di porre rimedio ad una «ingiustizia procedurale». In dottrina, sulle problematiche poste dall'istituto di nuovo conio, v., tra gli altri, [M. BARGIS, La rescissione del giudicato ex art. 625-ter c.p.p.: un istituto da rimeditare, in questa Rivista, 16 gennaio 2015](#), pp. 1 ss.; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, pp. 103-104; C. CARVELLI, *Rescissione del giudicato e reformatio in peius*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, pp. 1039 ss.; S. CHIMICHI, *Art. 625 ter: la rescissione del giudicato*, in AA. VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, a cura di C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO, Padova, 2014, pp. 321 ss.;

Ulteriore fattispecie di «cedevolezza» del giudicato, rispetto a valori con esso collidenti, è stata inserita sul terreno della disciplina penale sostanziale, stabilendosi la «conversione immediata» – ad opera del giudice dell’esecuzione – della pena detentiva, inflitta all’esito del processo, nella corrispondente pena pecuniaria, qualora la legge sopravvenuta abbia previsto, per l’ipotesi di reato oggetto di giudicato, esclusivamente la sanzione pecuniaria (art. 2, comma 3, c.p.)²⁹.

L’impostazione accolta dal legislatore della riforma e confermata dalle successive novelle è, insomma, nel senso di considerare l’esigenza di certezza connessa al giudicato recessiva rispetto alla necessità di garantire il rispetto di fondamentali diritti individuali, quali il divieto di *bis in idem* (art. 669 c.p.p.), il principio di legalità penale (artt. 671, 672 e 673 c.p.p. e art. 2, comma 3, c.p.), il diritto all’effettività del giudizio di legittimità (art. 625-*bis* c.p.p.), il diritto ad essere informati della natura e dei motivi dell’accusa (artt. 175, comma 2, 670, comma 3, e 625-*ter* c.p.p.) e, più in generale, il diritto dell’imputato alla «giustizia sostanziale della decisione», quante volte emergano *post iudicatum* fatti nuovi in grado di palesare l’erroneità della condanna del soggetto che doveva essere prosciolto (artt. 630 e ss. c.p.p.).

4. Gli interventi sul giudicato per effetto di sentenze della Corte europea: a) l’incidente di esecuzione.

La necessità di conformare l’ordinamento interno alle Carte sovranazionali sui diritti dell’uomo ha dato vita ad ulteriori sviluppi in favore della «flessibilità del giudicato».

In carenza di interventi legislativi adatti allo scopo (più volte sollecitati dal Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa), la giurisprudenza si è fatta portavoce dell’esigenza di assicurare l’esecuzione di sentenze della Corte europea attestanti la violazione del diritto dell’imputato di interrogare o far interrogare i testimoni a carico³⁰, del diritto alla effettività della difesa tecnica³¹, del diritto di essere informato

D. CHINNICI, *La sospensione del processo e il rito degli irreperibili tra novità e ambiguità*, in www.archiviopenale.it, pp. 9-10; C. CONTI-P. TONINI, *Il tramonto della contumacia, l’alba radiosa della sospensione e le nubi dell’assenza “consapevole”*, in *Dir. pen. proc.*, pp. 516 - 517; A. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in www.archiviopenale.it, pp. 23 ss.; [I. DELLA TORRE, Le Sezioni unite sulla rescissione del giudicato: nonostante i primi chiarimenti l’istituto rimane problematico, in questa Rivista, 5 dicembre 2014](#), pp. 1 ss.; A. DIDI, *Novità in materia di impugnazioni e di restitutio in integrum*, in AA. VV., *Il giudizio in assenza dell’imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino, 2014, pp. 224 ss.; B. NACAR, *Il processo in absentia tra fonti internazionali, disciplina codicistica e recenti interventi riformatori*, Padova, 2014, pp. 108 ss.; [S. QUATTROCCOLO, Il contumace cede la scena processuale all’assente, mentre l’irreperibile l’abbandona, in Dir. pen. cont., Riv. trim., 2/2014](#), pp. 101 ss.

²⁹ Ciò avviene, è bene evidenziarlo, in deroga al principio generale previsto dall’art. 2, comma 4, c.p., secondo cui la legge più favorevole trova il limite di retroattività nella sentenza irrevocabile.

³⁰ Cfr., tra le altre, Corte eur., 18 maggio 2010, *Ogaristi c. Italia*; Corte eur., 19 ottobre 2006, *Majadallah c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1344; Corte eur., 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*, *ivi*, 2006, p. 2987. V., anche, Corte eur., 7 giugno 2005, *Jerinò c. Italia*. Con riferimento a fattispecie anteriori alle modifiche dell’art. 111 Cost., cfr. Corte eur., 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1080; Corte eur., 27 febbraio 2001,

del motivo dell'accusa e, in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data ai fatti oggetto di imputazione³², del principio di legalità della pena e del diritto al riconoscimento dei vantaggi connessi a procedure che comportano la rinuncia ad essenziali garanzie del processo equo³³.

Ciò è avvenuto attraverso la valorizzazione della *ratio* sottesa a taluni meccanismi processuali, utilizzati, anche oltre le possibilità esegetiche offerte dalla *littera legis*, come «contenitori» nei quali far confluire le istanze garantistiche provenienti dai giudici di Strasburgo.

Le affermazioni di principio, che hanno orientato la giurisprudenza nella soluzione dei problemi in tema di esecuzione delle decisioni sovranazionali tese a prescrivere il «riesame della causa» o «la riapertura del processo», hanno determinato un notevole salto di qualità culturale, elevando a «paradigma di sistema» il principio per cui l'intangibilità del giudicato deve cedere il passo a più pregnanti esigenze di tutela dell'imputato e dei suoi diritti fondamentali³⁴ e dischiudendo inediti scenari sul versante processuale.

Significativo il ruolo riconosciuto al giudice dell'esecuzione, in forza del disposto di cui all'art. 670 c.p.p.³⁵.

Prendendo le mosse dalla stretta ed essenziale correlazione tra l'art. 6 e l'art. 5, par. 2, lett. a), C.e.d.u., la Suprema Corte – nella nota vicenda «Dorigo» – ha escluso che potesse essere considerata legittima e regolare una detenzione fondata su una sentenza di condanna pronunciata in un giudizio nel quale siano state poste in essere violazioni delle regole del giusto processo accertate dalla Corte europea, sì da rendere non *equitable* non soltanto la procedura seguita, ma anche la pronuncia di condanna.

Di conseguenza, ha ritenuto non compatibile il diritto alla riapertura del giudizio – riconosciuto in sede europea – con la persistente efficacia del giudicato, la cui esecutività deve, dunque, essere neutralizzata dal giudice dell'esecuzione (attraverso l'applicazione dell'art. 670 c.p.p.) sino a quando non si sia formata un'altra decisione irrevocabile a conclusione di un nuovo processo³⁶.

Ora, è chiaro che la soluzione volta a far cessare – nella forma della non esecutività del titolo – le conseguenze negative derivanti dall'ingiusta sentenza, pur

Luca c. Italia, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2836; Corte eur., 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*, *ivi*, 2000, p. 2483. Occorre richiamare anche il rapporto della Commissione europea del 9 settembre 1998, in relazione al ben noto caso *Dorigo c. Italia*, poi sfociato nella *Interim Resolution* 15 aprile 1999, n. DH (1999) 258 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa.

³¹ V. Corte eur., 27 aprile 2006, *Sannino c. Italia*, in *Guida dir.*, 2006, n. 24, p. 86.

³² Corte eur., 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1646.

³³ Corte eur., 17 settembre 2009, Grande Camera, *Scoppola c. Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 356.

³⁴ Cfr. F. VIGANÒ, *Giudicato penale*, cit., pp. 3 ss.

³⁵ Tale norma, com'è noto, consente al giudice dell'esecuzione, attraverso la procedura camerale regolata dall'art. 666 c.p.p., di verificare l'esistenza o meno di un provvedimento dotato del carattere dell'esecutività, nei casi in cui ricorra un vizio – come, ad esempio, la violazione delle norme relative alle notificazioni – tale da impedire lo stesso passaggio in giudicato della sentenza, conferendogli il potere di sospendere l'esecuzione ed ordinare, ove occorre, la liberazione dell'interessato e la rinnovazione della notifica non validamente eseguita.

³⁶ Così Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, p.m. in proc. Dorigo, in *C.E.D. Cass.*, n. 235447.

apprezzabile per le finalità perseguite, presenta il limite di non dare attuazione ai *dicta* europei, nella misura in cui non conduce né alla riapertura del processo, né all'eliminazione del giudicato³⁷. Crea, all'opposto, una situazione di «limbo», in cui l'accertamento giurisdizionale condensato nella pronuncia divenuta definitiva, pur se reso innocuo in termini di esecuzione della pena, resta comunque in piedi³⁸.

E tuttavia, già con questa prima presa di posizione, la giurisprudenza di legittimità – pur nell'impossibilità, in carenza dei necessari congegni processuali, di rimuovere il giudicato «iniquo» – ha individuato nel «ruolo privilegiato attribuito ai diritti e alle libertà fondamentali riconosciuti dalla stessa Convenzione, le cui garanzie sono elevate al rango di principi generali dell'intero sistema», la ragione che impedisce di mantenere in vita una pronuncia irrevocabile reputata «ingiusta».

Di conseguenza, «in presenza del radicale conflitto tra giudicato interno e sentenza della Corte europea», non può essere attribuita «prevalenza al primo affermando l'efficacia esecutiva della sentenza nazionale di condanna pur se pronunciata in un processo dichiarato non equo per violazione dell'art. 6 della Convenzione»³⁹.

Il rispetto degli impegni assunti con la sottoscrizione della Convenzione europea dà, insomma, spazio alla piena attuazione delle sentenze dei giudici di Strasburgo, lasciando prevalere, sul giudicato, la primaria esigenza di porre rimedio a violazioni di diritti e libertà che si collocano al vertice dell'ordinamento processuale.

5. *Segue: b) il ricorso straordinario per cassazione.*

Altro parametro normativo utile ad affermare la preminenza dei diritti dell'imputato sulle esigenze di certezza sottese al giudicato è stato il ricorso straordinario per cassazione per errore di fatto, regolato dall'art. 625-*bis* c.p.p.

Nel dichiarare l'iniquità della procedura con la quale la Corte di cassazione aveva *ex officio* riqualificato, in termini più gravi per il ricorrente, il fatto contestato, la Corte di Strasburgo (nel noto affare «Drassich») aveva rilevato l'inosservanza dell'art. 6, par. 3, lett. *a*), C.e.d.u., inteso a riconoscere all'imputato «il diritto di essere informato non solo del motivo dell'accusa, ossia dei fatti materiali che gli vengono attribuiti e sui quali si basa l'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica

³⁷ Sul tema, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, v. M. GIALUZ, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, pp. 1860 ss.

³⁸ Senza considerare, poi, che, attraverso il percorso esecutivo seguito dalla Corte, l'istituto di cui all'art. 670 c.p.p. è stato «quanto meno manipolato nel suo significato sia letterale, sia funzionale» (così P. TONINI, *Il testimone irreperibile: la cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 887), trattandosi di un rimedio che consente di accertare che non vi è una sentenza irrevocabile, o perché manca il titolo, o perché non si è perfezionata l'esecutività a causa di una notifica non validamente effettuata. Fenomeno certamente diverso è, invece, quello del giudicato, ritualmente perfezionatosi, ma processualmente «ingiusto».

³⁹ Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, p.m. in proc. Dorigo, cit. (punto 6, cons. in dir.).

data a tali fatti», in funzione del diritto di preparare la propria difesa di cui alla lett. b) del par. 3 del medesimo articolo.

Accertata la violazione, aveva individuato in «un nuovo processo o una riapertura del procedimento, su richiesta dell'interessato» il mezzo appropriato per porvi rimedio⁴⁰.

Reinvestita della questione⁴¹, la Corte di cassazione ha, per un verso, ritenuto di dover procedere ad un'interpretazione dell'art. 521 c.p.p. conforme alla Costituzione ed alla C.e.d.u.⁴² e, per altro verso, di dover individuare nell'art. 625-bis c.p.p. lo strumento per rescindere la sentenza resa all'esito del giudizio di legittimità «iniquo» e disporre una nuova trattazione del ricorso, limitatamente al punto della diversa definizione giuridica del fatto.

Evidente è, anche in tal caso, la «forzatura interpretativa»⁴³ volta ad estendere analogicamente – *bypassando* il principio di tassatività delle impugnazioni – il concetto di errore di fatto (pacificamente ricondotto, come già evidenziato, nella categoria degli errori meramente percettivi) fino a ricomprendervi le lesioni dei diritti dell'imputato occorse nell'ambito del giudizio di legittimità.

Ma è la motivazione di questa scelta – di natura, chiaramente, «emergenziale» – ad assumere rilevanza: «nel bilanciamento di valori costituzionali, da un lato, quello della funzione costituzionale del giudicato e, dall'altro, quello del diritto a un processo “equo” e a una decisione resa nel rispetto di principi fondamentali e costituzionali posti a presidio del diritto a interloquire sull'accusa, non può che prevalere quest'ultimo».

È, dunque, la riconosciuta prevalenza dei diritti fondamentali dell'imputato a giustificare, in ultima analisi, la «rimozione» del giudicato⁴⁴.

La prospettiva è stata addirittura ampliata dalla successiva prassi interpretativa, che ha ritenuto legittimo il ricorso all'impugnazione di cui all'art. 625-bis c.p.p. per rimediare – in ottemperanza alla sentenza della Grande Camera della Corte europea nella ben nota vicenda «Scoppola»⁴⁵ – a violazioni sostanziali e procedurali,

⁴⁰ Corte eur., 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, cit.

⁴¹ Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, *Drassich*, in *C.E.D. Cass.*, n. 241753.

⁴² La Corte ha sostenuto che la difesa debba essere messa in grado «di interloquire sulla eventualità di una diversa definizione giuridica del fatto là dove essa importi conseguenze in qualunque modo deteriori per l'imputato così da configurare un suo concreto interesse a contestarne la fondatezza». Tale impostazione è stata recepita dalla prevalente prassi interpretativa (v., per tutti, Cass., sez. II, 17 ottobre 2014, n. 47413, in *C.E.D. Cass.*, n. 260960)

⁴³ F. ZACCHÉ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 784.

⁴⁴ Tale prevalenza sta alla base dell'introduzione del ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p., la cui *ratio*, ad avviso della Corte, è ovviare «a violazioni del diritto di difesa occorse nell'ambito del giudizio di legittimità e nelle sue concrete e fondamentali manifestazioni che rendono invalida per iniquità la sentenza della Corte della cassazione». Ed è proprio questa *ratio* ad aver suggerito alla Suprema Corte di utilizzarlo, per dare esecuzione al *dictum* europeo, anche oltre la sua piattaforma oggettiva di operatività, vale a dire l'«errore di fatto» in cui siano incorsi i giudici di legittimità.

⁴⁵ Per una ricostruzione dei passaggi essenziali della vicenda, si rinvia, per tutti, a C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, pp. 263 ss.

non solo non riconducibili alla categoria dell'«errore di fatto», ma non aventi neanche una diretta genesi nel giudizio di cassazione.

La situazione, in estrema sintesi, era quella di un imputato che, a causa del sopravvenire del disposto dell'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000 (modificativo dell'art. 442 c.p.p.)⁴⁶ e dell'erronea interpretazione, come norma di diritto processuale, di tale previsione, era stato condannato alla pena dell'ergastolo, anziché a quella massima di anni trenta di reclusione, prevista al momento della scelta del giudizio abbreviato.

Su ricorso dell'interessato, la Corte di Strasburgo – sul presupposto che la disposizione di cui all'art. 442, comma 2, c.p.p. costituisce norma di diritto penale sostanziale, contribuendo a determinare la pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato⁴⁷ – aveva, innanzitutto, rilevato la lesione del principio di legalità penale di cui all'art. 7 C.e.d.u., che sancisce non solo il principio di irretroattività delle leggi penali più severe, ma altresì il principio della retroattività della legge penale più favorevole tra tutte quelle entrate in vigore dal momento del fatto a quello della sentenza definitiva (nella specie la previsione inserita dall'art. 30 l. n. 479 del 1999)⁴⁸. Aveva, altresì, accertato la violazione del diritto al giusto processo (art. 6 C.e.d.u.), nella misura in cui era stata lesa l'aspettativa dell'imputato di ottenere, a fronte della rinuncia a fondamentali garanzie processuali, lo sconto di pena previsto dalla legge vigente al momento della scelta del rito abbreviato.

Aveva, di conseguenza, dichiarato l'iniustizia del trattamento sanzionatorio, essendo stata applicata una pena (l'ergastolo) più severa di quella massima irrogabile nel momento in cui era stato ammesso il giudizio abbreviato (anni trenta di reclusione), ed ordinato allo Stato di sostituire la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente con una pena non superiore alla reclusione di anni trenta.

La Corte di cassazione – preso atto «dell'iniustizia e dell'ineseguibilità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte dei diritti dell'uomo»,

⁴⁶ Tale disposizione, con una norma definita di «interpretazione autentica», aveva stabilito che l'espressione «pena dell'ergastolo», contenuta nel comma 2 dell'art. 442 c.p.p., dovesse intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno (comma 1); aveva, poi, inserito all'interno dello stesso comma un ulteriore periodo, teso a prescrivere che «alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo» (comma 2).

⁴⁷ Corte eur., 17 settembre 2009, Grande Camera, *Scoppola c. Italia*, cit. Ad avviso della Corte, inoltre, il disposto dell'art. 7, comma 1, del d.l. n. 341 del 2000, nello stabilire che l'espressione «pena dell'ergastolo», contenuta nel comma 2 dell'art. 442 c.p.p., dovesse intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno, doveva essere considerata – nonostante la qualifica formale di «norma di interpretazione autentica» – disposizione innovativa di diritto sostanziale e, dunque, operante solo per il futuro. I giudici italiani, invece, ritenendola norma di interpretazione autentica – e, dunque, applicabile retroattivamente – e di natura processuale, l'avevano applicata anche agli imputati già ammessi al giudizio abbreviato.

⁴⁸ Va rilevato che, così facendo, la Corte ha modificato la propria precedente giurisprudenza, affermando che l'art. 7, par. 1, C.e.d.u. «non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato» (punto 109 della motivazione).

«che ha accertato che la sua formazione è avvenuta in violazione dei principi *ex artt.* 6 e 7 della Convenzione» – ha ritenuto, anche per ragioni di economia processuale, di poter dare esecuzione alla pronuncia europea e, dunque, sostituire la pena inflitta con la sentenza passata in giudicato proprio attraverso il meccanismo disciplinato dall'art. 625-*bis* c.p.p.

Il ricorso straordinario per cassazione è, dunque, divenuto il «contenitore normativo» entro cui far confluire l'esigenza di rimuovere *post iudicatum*, in esecuzione di una sentenza della Corte europea, l'iniquità del trattamento sanzionatorio conseguente alla violazione delle garanzie del giusto processo (art. 6 C.e.d.u.) ed alla lesione del principio sostanziale di legalità penale (art. 7 C.e.d.u.).

L'ampliamento delle «maglie operative dell'istituto» è stato necessitato da «ragioni di coerenza interna dell'ordinamento, che impediscono di considerare legittima la quantificazione della sanzione inflitta [...] con una sentenza di condanna pronunciata in un giudizio nel quale sia stata violata una regola del giusto processo, accertata dalla Corte europea»⁴⁹.

Sullo sfondo si staglia, dunque, ancora una volta, l'affermazione dell'impossibilità di mantenere in vita un giudicato reso in violazione di diritti fondamentali dell'individuo.

6. Segue: c) la revisione «europea».

La dilatazione degli spazi di «flessibilità» del giudicato è stata portata ad ulteriori traguardi dalla Corte costituzionale, in occasione della pronuncia di illegittimità dell'art. 630 c.p.p. – per violazione del dovere dello Stato di adeguarsi agli «obblighi internazionali» posti dall'art. 46 C.e.d.u. (art. 117, comma 1, Cost.) – nella parte in cui non consente la riapertura del processo in conformità ad una sentenza resa in sede europea.

Nell'*iter* motivazionale, imperniato essenzialmente sulla portata dell'art. 46 C.e.d.u. e sugli obblighi che derivano allo Stato per effetto delle decisioni della Corte europea, campeggia l'affermazione secondo cui, «pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata», «non può ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza – quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla vicenda giudiziaria nel suo complesso – delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 Cost.»⁵⁰.

⁴⁹ Così si esprime Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, in *C.E.D. Cass.*, n. 247244.

⁵⁰ Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1523 (punto 8, cons. in diritto).

Detto *a contrario*, la tutela dei diritti della persona, nella gerarchia costituzionale, è valore preminente rispetto alla salvaguardia della certezza e della stabilità della cosa giudicata⁵¹.

Ed in effetti, è proprio la necessità di rimediare a violazioni di prerogative fondamentali dell'imputato a giustificare, sia pure in esecuzione di una sentenza europea, la possibilità di rimuovere il giudicato.

L'istituto cui ha dato vita la declaratoria di incostituzionalità⁵², pur inserendosi nell'alveo della disciplina della revisione e condividendone la natura di impugnazione straordinaria deputata ad «aggreddire» il giudicato, se ne discosta profondamente quanto a finalità perseguite e, dunque, a dinamiche operative.

È stata la stessa Corte costituzionale a voler introdurre un rimedio dal carattere, per così dire, «flessibile», teso essenzialmente a consentire, qualora ciò risulti necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea⁵³, la «riapertura del processo», «intesa, quest'ultima, come concetto di genere, funzionale anche alla rinnovazione di attività già espletate, e, se del caso, di quella integrale del giudizio».

Il concreto atteggiarsi del rimedio dipende, dunque, dalla tipologia di violazione accertata in sede sovranazionale⁵⁴, a seconda che sia di carattere processuale (tale richiedere una nuova attività procedimentale volta a garantire la *restitutio in integrum*, a restituire, cioè, all'interessato le prerogative che gli sono state ingiustamente negate) o di natura sostanziale (impositiva in quanto tale di una mera rivalutazione del contenuto decisorio della sentenza o, addirittura, della eliminazione della stessa)⁵⁵.

⁵¹ Cfr. A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... overosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Leg. pen.*, 2011, pp. 481 ss., secondo cui «la certezza del diritto deve farsi da canto, nella scala costituzionale dei valori, davanti alla certezza dei diritti costituzionali, vale a dire alla loro effettività, quale risulta in forza dei riconoscimenti fatti a beneficio dei diritti stessi dalla Corte europea».

⁵² Che si tratti di un vero e proprio «istituto nuovo» è stato ben messo in evidenza da M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 3308 ss., il quale osserva che si tratta non di un semplice nuovo caso di revisione, ma di «una nuova impugnazione straordinaria».

⁵³ La Corte cost. ha precisato che «la necessità della riapertura andrà apprezzata – oltre che in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata (è di tutta evidenza, così, ad esempio, che non darà comunque luogo a riapertura l'inosservanza del principio di ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6, paragrafo 1, CEDU, dato che la ripresa delle attività processuali approfondirebbe l'offesa) – tenendo naturalmente conto delle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta, nonché nella sentenza "interpretativa" eventualmente richiesta alla Corte di Strasburgo dal Comitato dei ministri, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 3, della CEDU» (punto 8, cons. in dir.).

⁵⁴ Al riguardo, per un approfondimento del tema, v. M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto"*, cit., p. 3313; R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Leg. pen.*, 2011, pp. 473 ss.

⁵⁵ Pur essendo la motivazione della sentenza incentrata sul tema delle violazioni del giusto processo, tuttavia la declaratoria di incostituzionalità, a differenza delle varie proposte legislative succedutesi nel tempo, non pone limiti alla tipologia del vizio – acclarato in ambito europeo – a cui è possibile porre rimedio.

Il nuovo istituto si presenta, pertanto, come strumento che consente di rimediare, *post iudicatum*, ad *errores in procedendo* che abbiano determinato la non equità della procedura e siano stati ritenuti idonei a condizionare la decisione conclusiva del processo⁵⁶, ma anche come meccanismo per correggere errori di diritto in cui siano incorsi i giudici nazionali nell'applicare norme interne in violazione ai diritti sostanziali consacrati dalla C.e.d.u.

Gli esiti del giudizio di revisione «europea» potranno, di conseguenza, essere più ampi rispetto a quelli ordinari della revisione: non solo conferma della condanna o proscioglimento dell'imputato, ma anche condanna ad una pena più favorevole, qualora le nuove prerogative esercitate dall'imputato nel rinnovato processo o le indicazioni provenienti dalla Corte europea impongano una rivalutazione in tal senso della decisione⁵⁷.

Né può considerarsi operativo il divieto di proscioglimento «esclusivamente sulla base di una diversa valutazione delle prove assunte nel precedente giudizio» (art. 637, comma 2, c.p.p.), non essendosi più in presenza di elementi esterni o fatti nuovi idonei a sovvertire l'esito decisorio, ma di un vizio interno alla procedura o al giudizio che, interferendo con i diritti consacrati dalla Convenzione, va rimosso⁵⁸.

Spetterà, chiaramente, alla prassi giurisprudenziale – o all'eventuale intervento del legislatore – definire con maggiore puntualità le problematiche lasciate inevitabilmente aperte dalla pronuncia di incostituzionalità. E tuttavia, la fisionomia di strumento «duttile», da modellare, in relazione al suo effettivo operare, in ragione del contenuto della decisione europea, sembra rispondere all'esigenza di dare esecuzione alle sentenze della Corte di Strasburgo che abbiano accertato violazioni dei diritti primari dell'imputato.

⁵⁶ In quest'ottica si pone sulla stessa lunghezza d'onda, almeno come ragion d'essere, del ricorso straordinario per cassazione, della restituzione in termini a favore del contumace e della rescissione del giudicato a favore dell'imputato incolpevolmente assente. Di conseguenza, non sarà attivabile, laddove la violazione processuale rientri nell'ambito di operatività di uno di questi rimedi. E così, in caso di violazione del diritto di presenziare al processo, saranno gli istituti della restituzione del termine e della rescissione del giudicato, per il principio di specialità, a trovare applicazione.

⁵⁷ Ad avviso della Corte rimarrà, dunque, «inoperante la condizione di ammissibilità, basata sulla prognosi assolutoria, indicata dall'art. 631 cod. proc. pen.» (punto 8, cons. in dir.).

⁵⁸ La Corte, nel tentativo di plasmare i contorni di un istituto per molti versi inedito nel nostro sistema, non ha mancato di evidenziare che l'ipotesi di revisione in parola comporta, nella sostanza, una deroga al principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato. Il giudice della revisione sarà, dunque, chiamato a valutare come le cause della non equità del processo, rilevate dalla Corte europea, si debbano tradurre in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli.

7. La «risoluzione» del giudicato in casi analoghi a quelli decisi dalla Corte europea.

La ricostruzione effettuata attesta una rinnovata sensibilità, maturata all'interno del nostro sistema, per i diritti della persona soggetta a procedimento penale, da tutelare anche a seguito del perfezionarsi del giudicato.

E se è vero che gli itinerari giurisprudenziali sopra ripercorsi concernono casi in cui il condannato aveva ottenuto una pronuncia favorevole da parte della Corte europea, che accertava la violazione e che, per di più, ordinava allo Stato di porvi rimedio, è anche vero che è dato evincerne il principio secondo cui il sistema non può accettare che sia eseguita una condanna «ingiusta», perché resa in violazione di principi riconosciuti a livello sovranazionale.

Apertis verbis, trattasi di pronunce motivate alla luce dell'obbligo di rispettare gli impegni sovranazionali, ma anche in ragione della necessità di far cessare lesioni in atto di diritti fondamentali.

L'ulteriore passaggio che occorre, a questo punto, compiere consiste nell'interrogarsi sul se la tutela delle prerogative inviolabili dell'imputato debba necessariamente passare attraverso l'esperimento di un ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo⁵⁹.

Solo uno sguardo miope ai richiamati precedenti giurisprudenziali potrebbe indurre a rispondere affermativamente all'interrogativo ed escludere qualsiasi rilevanza *post iudicatum* a lesioni delle garanzie sostanziali e processuali subite dal condannato che, per le più svariate ragioni, non abbia adito la Corte europea⁶⁰.

Il vigente sistema processuale, del resto, già regola rimedi risolutivi del giudicato – alcuni dei quali (artt. 175, comma 2, e 625-ter c.p.p.) inseriti proprio sotto la spinta propulsiva della giurisprudenza europea – diretti a consentire la riapertura del processo a fronte di violazioni accertate con meccanismi che non contemplano interventi dei giudici di Strasburgo.

Ma v'è di più. Subordinando la tutela dei diritti alla proposizione del ricorso sovranazionale si finirebbe, inevitabilmente, per trasformare la Corte di Strasburgo in una sorta di «quarta istanza di giudizio», quando, invece, il suo ruolo dovrebbe essere garantire l'uniformità interpretativa (e conseguentemente applicativa) della

⁵⁹ In una fattispecie di violazione del diritto al contraddittorio sulla qualificazione giuridica del fatto, analoga a quella affrontata nella vicenda «Drassich», la Suprema Corte ha escluso l'ammissibilità dell'incidente di esecuzione, proposto ai sensi dell'art. 670 c.p.p., per ottenere la declaratoria di ineseguibilità della condanna, a causa dell'assenza di una sentenza della Corte europea che avesse accertato la violazione (Cass., Sez. I, 18 gennaio 2011, Raffaelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 249328).

⁶⁰ Chiaro è, infatti, nella citata prassi giurisprudenziale, il riconoscimento della natura recessiva delle esigenze sottese alla stabilità del giudicato rispetto alla tutela dei diritti inviolabili, la cui violazione divenga manifesta dopo l'irrevocabilità della sentenza. In quest'ottica, negare la riapertura del processo necessaria per ottenere la *restitutio in integrum* a favore di chiunque abbia subito la lesione di un diritto fondamentale nell'esercizio della giustizia penale significherebbe trasgredire la «trama strutturale dei principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost., le due gambe a mezzo delle quali la dignità ha modo di portarsi avanti e farsi valere» (così, A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata*, cit., p. 486; [G. UBERTIS, Diritti umani e mito del giudicato, in questa Rivista, 5 luglio 2012](#), p. 6).

Convenzione in tutti gli Stati parte, attraverso la fissazione delle coordinate ermeneutiche a cui gli organi giurisdizionali devono attenersi⁶¹.

La Corte europea svolge una funzione profondamente diversa da quella dei giudici nazionali, in quanto non è chiamata a decidere il caso concreto o a verificare la conformità della sentenza alla legge, bensì ad accertare il rispetto da parte del legislatore e della giurisprudenza dei diritti fondamentali di chi subisce il processo.

La stessa Corte, in caso di accertata violazione, si è riconosciuta il compito di indicare allo Stato, oltre alle misure individuali finalizzate alla *restitutio in integrum* della situazione della vittima, anche quelle generali dirette a rimuovere gli impedimenti che, nella legislazione nazionale o nella prassi interpretativa, si frappongono all'obiettivo di far cessare il contrasto tra ordinamento interno e normativa convenzionale⁶².

Allorché ciò avvenga, sorge l'obbligo – *in primis* in capo al legislatore, ma anche a carico dei singoli giudici (attraverso lo strumento della interpretazione conforme e della questione di legittimità costituzionale) – di prevenire il verificarsi di violazioni dello stesso tipo, nonché di porre rimedio a situazioni in cui sia possibile riscontrare una lesione dei diritti convenzionali analoga a quella oggetto di accertamento in sede sovranazionale⁶³. E ciò senza che sia necessario che ogni singola vittima ottenga una propria sentenza dalla Corte di Strasburgo⁶⁴.

⁶¹ Cfr. F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore?*, cit., pp. 9-10. Sul tema, v., tra gli altri, M. CAIANIELLO, *Profili critici e ipotesi di sviluppo nell'adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA. VV., *La Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 567; F.M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 795. È ben nota, inoltre, la posizione di P. FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, n. 4, p. 121, secondo cui le interpretazioni della normativa convenzionale fornite dalla Corte europea «non dovrebbero costituire vincolo giuridico né per la Corte costituzionale né per i giudici ordinari, se non in rapporto alla specifica controversia decisa».

⁶² Ciò avviene, innanzitutto, con le c.d. sentenze pilota, con le quali la Corte evidenzia un vero e proprio problema di carattere strutturale dell'ordinamento dello Stato, individuando le misure più idonee per risolverlo (in dottrina, v. F.M. PALOMBINO, *La "procedura di sentenza pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, pp. 91 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Dir. unami e dir. int.*, 2008, n. 1, pp. 5 ss.). Ma anche allorché la sentenza europea non enunci esplicitamente le misure generali da adottare, non v'è dubbio che la sua efficacia vincolante vada oltre quanto emerge dal dispositivo, ogni qual volta la violazione non sia confinata alla peculiare vicenda processuale sottoposta all'attenzione della Corte, bensì dovuta a «difetti» della legislazione nazionale o ad orientamenti della giurisprudenza interna (v. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2915, punto 7.2, cons. in dir.).

⁶³ Cfr. Corte eur., 22 giugno 2004, Grande Camera, *Broniowski c. Polonia*, in *Dir. uomo e libertà fondamentali*, 2007, p. 793, in cui si è affermato il principio per cui, una volta constatata dalla Corte una violazione strutturale, spetta alle autorità nazionali, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, adottare, retroattivamente se occorre, le misure di riparazione necessarie conformemente al principio di sussidiarietà della Convenzione, di modo che la Corte non debba reiterare la sua constatazione di violazione in una lunga serie di casi analoghi (cfr. punti 189-193).

⁶⁴ In dottrina, v. L. DE MATTEIS, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1481.

Se al mancato esperimento del ricorso alla Corte europea si collegasse l'impossibilità di far valere la violazione convenzionale, si finirebbe sostanzialmente per sostituire al giudicato interno un «giudicato europeo» o, comunque, si costruirebbe una fattispecie a formazione progressiva, che determinerebbe la preclusione a rimuovere lesioni a diritti fondamentali (già ravvisate in casi analoghi) allo spirare dei termini per attivare la giurisdizione di Strasburgo.

La problematica è stata, in realtà, affrontata da ben due sentenze delle Sezioni unite, inframmezzate da un intervento della Corte costituzionale, in relazione alla posizione dei c.d. «fratelli minori di Scoppola», dei soggetti, cioè, vittima della medesima violazione accertata dalla Corte europea nell'*affaire Scoppola*, che non avevano tempestivamente proposto il ricorso sovranazionale.

All'esito di un complesso percorso giurisprudenziale (caso «Ercolano»), le Sezioni unite – dopo aver chiesto ed ottenuto la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 7, comma 1, d.l. n. 341 del 2000 (vale a dire la norma che aveva generato la lesione dei diritti convenzionali riscontrata dalla Corte europea con la sentenza «Scoppola») – hanno riconosciuto la possibilità di rimediare alla violazione anche «in fattispecie identiche» a quella esaminata dai giudici di Strasburgo, pur in assenza, nel caso concreto, di una sentenza europea a cui dare esecuzione⁶⁵.

La vicenda merita di essere, sia pur rapidamente, esaminata, per l'elevato contenuto di garanzia delle affermazioni di principio poste a base del ragionamento in ordine al valore del giudicato penale, anche se, come si dirà, la conclusione lascia insoddisfatti, in quanto tesa sostanzialmente a ridimensionarne la portata operativa.

Investite della questione di chiarire se rientri nei poteri del giudice dell'esecuzione sostituire *post iudicatum* la pena dell'ergastolo con la reclusione di anni trenta in casi identici a quello oggetto della sentenza «Scoppola», le Sezioni unite hanno affermato che «di fronte a pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già in precedenza stigmatizzate in sede europea, il mancato esperimento del rimedio di cui all'art. 34 CEDU (ricorso individuale) e la conseguente mancanza, nel caso concreto, di una sentenza della Corte EDU cui dare esecuzione non possono essere di ostacolo ad un intervento dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso la giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale, anche sacrificando il valore della certezza del giudicato, da ritenersi recessivo rispetto ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona».

Ad avviso del Supremo Collegio, «la preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorché risulti pretermesso, con effetti negativi perduranti, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà:

⁶⁵ I passaggi fondamentali della vicenda sono stati scanditi dal succedersi di tre pronunce: Cass., sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3969; Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, cit.; Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, cit. Per una ricostruzione dell'intera vicenda e delle problematiche sottese, v., per tutti, [E. LAMARQUE-F. VIGANÒ, Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola, in questa Rivista, 31 marzo 2014](#), pp. 1 ss.; [F. VIGANÒ, Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola, in Dir. pen. cont., Riv. trim., 1/2014](#), pp. 1 ss.

s'impone, pertanto, in questo caso di emendare "dallo stigma dell'ingiustizia" una tale situazione»⁶⁶.

Insomma, una volta appurata dalla Corte europea una lesione che presenti valenza generale, «in quanto determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato», è obbligo del sistema rimuoverne gli effetti pregiudizievoli «anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo».

E ciò «anche a costo di porre in crisi il "dogma" del giudicato», non potendo essere tollerata «l'esecuzione di una pena ritenuta, oggettivamente e quindi ben al di là della *species facti*, illegittima dall'interprete autentico della CEDU» e non potendosi accettare «una patente violazione del principio di parità di trattamento tra condannati che versano in identica situazione».

In presenza di una violazione del principio di legalità convenzionale (art. 7 C.e.d.u.), resa manifesta dalla giurisprudenza europea, «è l'esigenza imprescindibile di porre fine agli effetti negativi dell'esecuzione di una pena *contra legem* a prevalere sulla tenuta del giudicato, che deve cedere, anche *in executivis*, alla "più alta valenza fondativa dello statuto della pena"»⁶⁷.

La Suprema Corte ha, così, riconosciuto, nella sua più autorevole composizione, il carattere recessivo del giudicato di fronte a rilevanti lesioni di diritti fondamentali.

E tuttavia, anziché trarre dalle chiare proclamazioni di principio le dovute conseguenze in tema di «"correzione convenzionalmente orientata" dei giudicati illegittimi per violazione del principio della *lex mitior*»⁶⁸, le Sezioni unite, consapevoli della delicatezza dell'operazione ermeneutica posta in essere e preoccupate probabilmente delle ricadute sul piano sistematico derivanti dal generalizzato riconoscimento al giudice dell'esecuzione del potere di incidere sul giudicato anche in vicende non direttamente investite da decisioni della Corte europea, hanno richiesto l'intermediazione della Corte costituzionale⁶⁹.

In tal modo, hanno preferito percorrere la più tranquillizzante strada dell'incidente di costituzionalità, al fine di rendere la sostituzione della pena *post iudicatum* diretta conseguenza dell'illegittimità costituzionale della norma di diritto sostanziale che prevedeva il trattamento sanzionatorio in contrasto con l'art. 7 C.e.d.u.

⁶⁶ Cass., sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit. (punto 2, cons. in dir.).

⁶⁷ Cass., sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit. (punto 5, cons. in dir.).

⁶⁸ L'espressione è di C. CONTI, *La preclusione*, cit., p. 299.

⁶⁹ E lo hanno fatto sul presupposto dell'impossibilità di procedere all'interpretazione conforme delle disposizioni dettate in tema di giudizio abbreviato dal d.l. n. 341 del 2000, a causa della qualifica formale di «norme di interpretazione autentica». In sostanza, le Sezioni unite hanno ritenuto che il giudice penale non può affermare direttamente la reale natura innovativa della legge di interpretazione autentica, limitandone in questo modo l'efficacia retroattiva, perché così finirebbe per disapplicare la legge in contrasto con la sua autorità imperativa (per un approfondimento del tema, v., tra gli altri, M. GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3981 ss.). Di contrario avviso è F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore?*, cit., p. 22.

Reinvestite della vicenda all'esito dello scrutinio del giudice delle leggi⁷⁰, le Sezioni unite, però, andando oltre le aspettative, non si sono limitate, come poteva lasciar prevedere l'ordinanza di rimessione, a far discendere la modifica del titolo esecutivo dalla declaratoria di illegittimità costituzionale, ma hanno ribadito le enunciazioni di ordine generale sul carattere recessivo del giudicato⁷¹.

Sono, dunque, la riconosciuta prevalenza del diritto all'inviolabilità della libertà personale⁷² e il carattere oggettivo e generale della violazione a far sorgere la necessità di rimuovere la lesione intervenendo sul giudicato anche in «casi identici»⁷³.

E, a fronte dell'inerzia del legislatore, spetta alla giurisdizione «farsi carico, una volta preso atto della insussistenza delle condizioni che giustificano l'esecuzione della pena nei confronti del condannato, di riportare la stessa in una dimensione di legittimità, utilizzando spazi di operatività della normativa vigente, che, benché non chiaramente evidenziati, sono in essa impliciti».

In altre parole, per le Sezioni unite, non è dalla normativa legislativa che si devono trarre – sia pure per via interpretativa – le deroghe al giudicato⁷⁴, ma è direttamente dal tessuto costituzionale che è possibile ricavare la prevalenza dei diritti fondamentali e, in particolare, della libertà personale sulla stabilità del giudicato, sicché compito dell'interprete diviene quello di rinvenire nel sistema processuale i meccanismi per realizzare un effetto costituzionalmente dovuto: la correzione del giudicato lesivo di prerogative individuali.

Trattandosi, nella fattispecie considerata, non di dar vita ad una «riapertura del processo» funzionale ad un nuovo giudizio di cognizione sul merito della vicenda,

⁷⁰ Si tratta di Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, cit., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, d.l. n. 341 del 2000, conv. in l. n. 4 del 2001.

⁷¹ Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, cit. (punto 7, cons. in dir.).

⁷² Le Sezioni unite rimarcano l'esigenza di «un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo» (punto 7, cons. in dir.).

⁷³ In effetti, «il *novum* introdotto dalla sentenza della Corte EDU "Scoppola e Italia" sulla portata del principio di legalità convenzionale, con i conseguenti riflessi sulla legalità della pena, in quanto sopravvenuto al giudicato e rimasto quindi estraneo all'orizzonte valutativo del giudice della cognizione, impone alla giurisdizione – in forza dell'art. 46 della CEDU e degli obblighi internazionalmente assunti dall'Italia – di riconsiderare il punto specifico dell'adottata decisione irrevocabile, proprio perché non in linea con la norma convenzionale nella interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo». E ciò, data la valenza generale del principio affermato, anche a favore di «coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo» (punto 7.1, cons. in dir.).

⁷⁴ Questa era la posizione assunta da Corte cost. n. 210 del 2013 che, al contrario dell'ordinanza di rimessione delle Sezioni unite, aveva escluso un generale carattere recessivo della certezza del giudicato di fronte alla lesione di diritti fondamentali, ritenendo affidata all'esclusiva valutazione del legislatore la prevalenza, sulla stabilità del giudicato, di opposti valori, come la tutela della libertà personale. Ad avviso del giudice delle leggi, quindi, solo in presenza di un'espressa previsione legislativa si potrebbe intervenire su una condanna passata in giudicato (sulla differenza tra le due impostazioni, v. [M. BIGNAMI, Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano, in questa Rivista, 16 maggio 2014](#), p. 3; [G. ROMEO, Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte Cost. n. 210 del 2013, in Dir. pen. cont., Riv. trim., 4/2013](#), p. 263).

bensi di rideterminare un trattamento sanzionatorio rivelatosi *ex post* convenzionalmente e costituzionalmente illegittimo, il «meccanismo procedurale da utilizzare non può che essere individuato nell'incidente di esecuzione» e, in particolare, nella previsione dell'art. 670 c.p.p., a cui le Sezioni unite riconoscono un ambito applicativo ben più ampio di quello che il mero dato letterale lascia trasparire, trattandosi di istituto per far valere tutte le questioni relative «non solo alla mancanza o alla non esecutività del titolo, ma anche quelle che attengono alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo». Vi rientrano, pertanto, anche «tutti quei vizi che, al di là delle specifiche previsioni espresse, non potrebbero farsi valere altrimenti, considerata l'esigenza di garantire la permanente conformità a legge del fenomeno esecutivo»⁷⁵.

Del resto, è alla giurisdizione esecutiva che occorre rivolgersi ogni qualvolta si tratti di rideterminare, a favore del reo, la pena applicata con sentenza definitiva sia per effetto di modifiche legislative (nella speciale ipotesi di cui all'art. 2, comma 3, c.p.), sia in conseguenza della declaratoria di incostituzionalità di norme che incidono sul trattamento sanzionatorio (art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953)⁷⁶.

Per tale via, le Sezioni unite hanno costruito il rimedio che consente di rimuovere, anche al di fuori del caso deciso, le violazioni del principio di legalità accertate in sede sovranazionale.

Al momento di descriverne gli ambiti applicativi, nel Supremo Collegio è, però, riaffiorato il timore dei contraccolpi sistematici che il riconoscimento del potere di incidere sul giudicato in casi analoghi potrebbe produrre.

Così, per un verso, i presupposti di attivazione del rimedio sono stati modellati precipuamente sull'esigenza di risolvere la problematica dei c.d. «fratelli minori di Scoppola»⁷⁷.

Per altro verso, al fine evidentemente di scongiurare che si aprissero le porte per la presentazione di una valanga di ricorsi per ritenute violazioni del processo equo, le Sezioni unite – recuperando un'opinione dottrinale già ripresa dall'ordinanza di remissione e dalla sentenza della Corte costituzionale⁷⁸ – non solo hanno escluso dai confini operativi del rimedio le ipotesi di «pena rivelatasi illegittima esclusivamente perché irrogata all'esito di un giudizio ritenuto dalla Corte EDU non equo, ai sensi dell'art. 6 CEDU», ma hanno altresì sostenuto che in questo caso «l'apprezzamento, vertendo su eventuali *errores in procedendo* e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non può che essere compiuto caso per caso, con l'effetto che il giudicato interno può essere posto in discussione soltanto di fronte a un vincolante *dictum* della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie e attraverso lo strumento della revisione *ex art. 630 c.p.p.* (come integrato dalla sentenza n. 113 del 2011 Corte cost.), che comporta la riapertura del processo».

⁷⁵ Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, cit. (punto 9, cons. in dir.).

⁷⁶ Su quest'ultimo tema v., *infra*, § 8.

⁷⁷ Le conclusioni sono riportate nel punto 9.3, del cons. in dir.

⁷⁸ Si tratta di F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore?*, cit., p. 25. Sul tema v., anche, G. LATTANZI, *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte edu*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 3209 ss.

L'asserzione, chiaramente di politica giudiziaria, appare, però, in aperto contrasto con le affermazioni di principio rinvenibili in motivazione.

Ben possibile è, infatti, che violazioni strutturali siano acclarate dalla Corte europea anche sul fronte delle garanzie del giusto processo⁷⁹. La riscontrata violazione, d'altro canto, è idonea a palesare l'ingiustizia procedurale della condanna pure in tutti i casi analoghi, e ciò si riflette inevitabilmente sulla legittimità della privazione della libertà personale, allorché il vizio di procedura abbia condizionato la decisione *merito causae*.

Sono, dunque, le considerazioni più sopra svolte che, anche in tali ipotesi, impediscono di negare la *restitutio in integrum* alla vittima di una lesione identica a quella già accertata in sede europea a causa, semplicemente, del mancato esperimento del ricorso⁸⁰. Né, date le premesse poste dalle Sezioni unite, a questa conclusione potrebbe ostare la «salvaguardia» del giudicato.

È chiaro che congegno idoneo ad assicurare la riapertura del processo non potrebbe essere il ricorso al giudice dell'esecuzione *ex art. 670 c.p.p.*, se non per sospendere l'esecuzione della pena, come avvenuto nel caso «Dorigo».

Non riceverebbe avallo giurisprudenziale neanche il tentativo di utilizzare lo strumento della revisione «europea», essendo quest'ultimo diretto, almeno nelle intenzioni della Corte costituzionale, a dare esecuzione alle sentenze sovranazionali esclusivamente nei casi su cui sono intervenute⁸¹.

Di qui, l'auspicio che, con un provvedimento legislativo o un nuovo intervento del giudice delle leggi, si provveda ad «ampliare il risultato della sent. cost. n. 113 del 2011 così da tutelare i diritti umani, senza la necessità di un previo ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, nei casi analoghi a quelli in cui la stessa sia già intervenuta con una pronuncia di condanna»⁸².

⁷⁹ Si pensi, ad esempio, alla sentenza del 2007 *Drassich c. Italia* (*supra*, § 5), con la quale i giudici di Strasburgo avevano addebitato al nostro ordinamento una violazione strutturale della Convenzione, nella parte in cui la disciplina codicistica, come interpretata dalla giurisprudenza, non garantiva il contraddittorio sulla qualificazione giuridica del fatto (cfr. la Risoluzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa CM/ResDH(2009)87).

⁸⁰ Vi è, d'altronde, l'esigenza di evitare un sovraccarico di lavoro alla Corte di Strasburgo, che altrimenti sarebbe chiamata ad intervenire a ripetizione su un elevato numero di casi, tutti simili l'uno all'altro (cfr. Cfr. anche M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, a cura di A. Balsamo e R.E. Kostoris, Torino, 2008, p. 60).

⁸¹ In realtà, una recente pronuncia della Suprema Corte, in una fattispecie abbastanza complessa in cui si richiedeva la revisione del processo alla luce della sentenza della Corte europea *Ocalan c. Turchia* del 12 marzo 2003, nell'evidenziare che il caso di specie non fosse equiparabile a quello deciso dai giudici di Strasburgo, ha, comunque, affermato in motivazione che il presupposto per attivare la revisione europea è una violazione accertata dalla Corte europea «nel caso specifico oggetto della richiesta di revisione o in un caso definibile come effettivamente affetto dal medesimo vizio, derivante da situazione di oggettivo contrasto della normativa interna con la Convenzione» (così, in parte motiva, Cass., sez. I, 18 novembre 2014, n. 52981).

⁸² Così G. UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, *loc. cit.*, il quale ritiene che, allo stesso modo, subordinatamente all'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento nazionale, si dovrebbe poter provvedere nei casi analoghi a quelli in cui la Corte europea sia già intervenuta con una pronuncia

8. Gli effetti sul giudicato della declaratoria di incostituzionalità di norme penali sostanziali e processuali.

Nel verificare i limiti di tenuta del giudicato di fronte ad acclamate lesioni dei diritti individuali, occorre, altresì, interrogarsi sugli effetti delle sentenze di incostituzionalità, che abbiano accertato la violazione dei principi regolanti la giurisdizione penale, sulle statuizioni irrevocabili rese in processi in cui l'applicazione della norma dichiarata costituzionalmente illegittima abbia condizionato l'esito del giudizio.

Il tema è stato affrontato, di recente, in giurisprudenza, in relazione ai casi di declaratoria di incostituzionalità di disposizione diversa dalla previsione incriminatrice, ma incidente sul trattamento sanzionatorio.

La fattispecie è quella della pena, applicata con sentenza passata in giudicato, la cui misura ed entità siano state determinate sulla base di una legge successivamente dichiarata incostituzionale⁸³.

Non è revocabile in dubbio che, in tale ipotesi, la sentenza costituzionale renda manifesta la violazione del principio di legalità e l'eventuale ingiusto sacrificio della libertà personale ai danni di chi sia stato destinatario della pena rivelatasi illegittima. Sorge, dunque, l'esigenza di porvi rimedio, rideterminando *post iudicatum* la sanzione «incostituzionale», previo accertamento, nel caso concreto, dell'irrogazione di una pena più grave di quella legittima.

Il problema è che nessuna previsione codicistica autorizza espressamente tale operazione. Neanche l'art. 673 c.p.p. la consente, essendo la sua piattaforma operativa chiaramente confinata ai casi di *abolitio criminis* e di incostituzionalità della norma incriminatrice.

L'attenzione si è, dunque, incentrata sulla portata del disposto dall'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953, a tenore del quale «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

Le potenzialità della disposizione sono divenute oggetto di contrasto interpretativo. Si è, da una parte, osservato che, riferendosi alle sole norme incriminatrici, sarebbe stata implicitamente abrogata dall'art. 673 c.p.p., che ne avrebbe completamente assorbito la disciplina⁸⁴. In senso contrario, si è sostenuto che il suo ambito applicativo non è limitato alla fattispecie incriminatrice *stricto sensu* intesa, ma

di condanna di altri Stati parte della Convenzione di Roma e dei suoi protocolli.

⁸³ Per una rapida elencazione delle più recenti sentenze con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di norme incidenti sul trattamento sanzionatorio, v. G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior*, cit., pp. 264 ss.; F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato*, cit., pp. 5 ss.

⁸⁴ V., per tutte, Cass., sez. I, 19 gennaio 2012, n. 27640, in Cass. pen., 2013, p. 1866.

riguarda qualunque parte della condanna pronunciata in applicazione di una norma poi dichiarata costituzionalmente illegittima⁸⁵.

Sullo sfondo si staglia, come pare evidente, il tema dell'efficacia preclusiva del giudicato, se cioè la determinazione della pena con sentenza passata in giudicato cristallizzi una «situazione esaurita», insensibile alla naturale proiezione retroattiva della pronuncia di incostituzionalità⁸⁶.

Già affrontata e risolta dalle Sezioni unite «Ercolano», sia pure in una fattispecie di violazione del principio di legalità accertata dalla Corte europea⁸⁷, la questione è stata oggetto di un successivo e specifico intervento del Supremo Collegio (nella vicenda «Gatto»).

Il fulcro della motivazione, con cui i giudici di legittimità hanno riconosciuto il potere del giudice dell'esecuzione di mitigare il trattamento sanzionatorio in conseguenza della declaratoria di incostituzionalità di una norma penale diversa da quella incriminatrice, è imperniato proprio sul rapporto tra giudicato e tutela dei diritti fondamentali.

Ad avviso delle Sezioni unite, l'affermazione per cui «il giudicato rappresenta il punto di arresto all'espansione della retroattività delle sentenze della Corte costituzionale, salvo che concernano la norma incriminatrice» finisce «con il riproporre una concezione "assolutistica" del giudicato, come norma del caso concreto, insensibile alle evenienze giuridiche successive all'irrevocabilità della sentenza», concezione che «ha dominato incontrastata per decenni nella giurisprudenza e nella cultura giuridica penalistica», ma «ha cominciato a essere posta in discussione con la proclamazione dei diritti fondamentali, che ha dato l'avvio ad una mutazione del fondamento e della stessa forza della cosa giudicata».

La Costituzione, prima, e il nuovo codice, poi, «hanno ridimensionato profondamente il significato totalizzante attribuito all'intangibilità del giudicato quale espressione della tradizionale concezione autoritaria dello Stato e ne hanno, per contro, rafforzato la valenza di garanzia individuale», quale «limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale», che si «esprime essenzialmente nel divieto di *bis in idem*».

Il progressivo maturare e diffondersi dei valori costituzionali ha «posto in primo piano la necessità di apprestare adeguate tutele ai diritti della persona, preminenti rispetto all'autorità formale del giudicato, fondata sull'esigenza pratica di assicurare stabilità e certezza agli esiti dei procedimenti penali»⁸⁸.

⁸⁵ Tra le altre, Cass., sez. I, 25 maggio 2012, n. 26899, in *C.E.D. Cass.*, n. 253084; Cass., sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, in *Riv. pen.*, 2012, p. 652.

⁸⁶ Per la tesi secondo cui l'efficacia retroattiva della sentenza di illegittimità costituzionale incontra un limite nei rapporti esauriti, per tali dovendo intendersi quelli che hanno trovato la loro definitiva e irretrattabile conclusione mediante sentenza passata in giudicato, i cui effetti non vengono intaccati dalla successiva pronuncia di incostituzionalità, v. Corte cost., 7 maggio 1984, n. 139, in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 933

⁸⁷ *Supra*, § 7.

⁸⁸ Cass, sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, p.m. in proc. Gatto, in *C.E.D. Cass.*, n. 260696 (punto 6, cons. in dir.).

Prendendo le mosse da queste considerazioni e ripercorrendo, con una lucida analisi, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha segnato l'abbandono del «“mito” dell'intangibilità», figlio dell'«affermato ed egemone primato del potere statale su qualsiasi diritto della persona», le Sezioni unite hanno ribadito che «il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell'intangibilità del giudicato».

Se questo è, devono, allora, «essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all'applicazione [della] norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile»⁸⁹.

A tale risultato, secondo il Supremo Collegio, deve pervenirsi per il tramite dell'art. 30 l. n. 87 del 1953, di cui s'impone una «nuova lettura», in sintonia con la più «generale tendenza verso la flessibilità del giudicato»⁹⁰.

Dal punto di vista procedurale, le Sezioni unite hanno pienamente recepito le conclusioni della sentenza «Ercolano» e, senza neanche il richiamo di facciata dell'art. 670 c.p.p., hanno individuato nel giudice dell'esecuzione il «garante della legalità della pena», cui compete, se richiesto *ex art. 666 c.p.p.*, ricondurre la pena inflitta a legittimità⁹¹.

Del resto, rimarca la Corte, al giudice dell'esecuzione già sono attribuiti dall'ordinamento processuale penetranti poteri di accertamento e valutazione finalizzati alla rideterminazione della pena inflitta con la sentenza passata in giudicato⁹². A tale scopo, non solo può esaminare gli atti processuali, ma anche acquisire documenti e informazioni, nonché assumere, nel rispetto del principio del contraddittorio, i mezzi di prova necessari per l'operazione valutativa diretta a rimuovere il vizio di legittimità della sanzione applicata (art. 666, comma 5, c.p.p.).

L'unico limite che incontra, nel rimodulare la pena, è dato dal divieto di contraddire le valutazioni del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile. Nel rispetto di tale limite, spetta al giudice dell'esecuzione

⁸⁹ Cass, sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, p.m. in proc. Gatto, cit. (punto 12, cons. in dir.).

⁹⁰ Il terzo comma, nel codificare il divieto di applicazione della norma dichiarata incostituzionale, impone di rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli del giudicato, non divenuti del frattempo irreversibili: «sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e, dunque, possono e devono essere rimossi». Il quarto comma, il cui operativo è ben più ampio di quello dell'art. 673 c.p.p., prescrive di far «cessare l'esecuzione della pena o della parte di pena che ha trovato fondamento nella norma dichiarata incostituzionale».

⁹¹ Hanno, altresì, individuato nel magistrato del pubblico ministero l'organo cui compete, nell'ambito delle sue funzioni istituzionali (art. 73 ord. giud.), promuovere l'incidente di esecuzione.

⁹² Si pensi alla previsione dell'art. 671 c.p.p., che riconosce al giudice dell'esecuzione il potere di rivalutare, *post iudicatum*, l'elemento soggettivo dei reati della serie criminosa, ai fini dell'applicazione della disciplina del reato continuato, e di rideterminare la pena applicata con più sentenze divenute irrevocabili, concedendo, se ne sussistono i presupposti, la sospensione condizionale e la non menzione della condanna.

rimuovere la situazione di illegittimità resa palese dalla declaratoria di incostituzionalità⁹³.

Ancora una volta, dunque, nella prassi giurisprudenziale, ha trovato ampio riconoscimento l'affermazione della prevalenza dei diritti fondamentali della persona rispetto alle esigenze pratiche di certezza e stabilità sottese al giudicato.

E tuttavia, nonostante il notevole passo avanti compiuto dalle Sezioni unite, la soluzione non convince appieno nella parte in cui la Corte ha subordinato la rideterminazione della pena alla circostanza che non sia stata interamente espiata.

L'argomento è stato utilizzato, in realtà, per superare la tesi, ben radicata in giurisprudenza, che identifica nel mero perfezionarsi del giudicato la «situazione esaurita» insuscettibile di essere intaccata dalla successiva pronuncia di incostituzionalità.

A tale tesi, i giudici del Supremo Collegio hanno agevolmente obiettato che, finché l'esecuzione della pena è in atto, gli effetti della norma dichiarata incostituzionale «sono ancora perduranti e, dunque, possono e devono essere rimossi».

Non si sono avveduti, però, che l'ingiusta applicazione di una porzione di pena detentiva, come conseguenza di una legge dichiarata costituzionalmente illegittima, può produrre rilevanti effetti pregiudizievoli anche ulteriori rispetto alla privazione della libertà personale (potendo, ad esempio, impedire la concessione della sospensione condizionale in caso di successiva condanna). Sotto questo profilo, il citato art. 30, comma 4, prescrive chiaramente di far cessare sia l'esecuzione, sia «tutti gli effetti penali» della condanna e, quindi, anche quelli direttamente collegati al *surplus* di pena illegittima.

Non hanno, peraltro, considerato che, nell'ipotesi in cui la pena sia già stata interamente scontata, la rideterminazione *in melius* consentirebbe, comunque, di imputare ad eventuale altra condanna la parte di pena espiata oltre i limiti di legge, secondo il meccanismo regolato dall'art. 657, comma 2, c.p.p.⁹⁴. Sicché, anche in questa evenienza, giammai potrebbe discorrersi di «situazione esaurita».

La giurisprudenza ha da tempo riconosciuto che l'interesse del condannato ad ottenere, in sede esecutiva, la rideterminazione della pena, in conseguenza

⁹³ In giurisprudenza, piuttosto, con specifico riferimento agli effetti della sentenza della Corte cost. n. 32 del 2014 (che, come ben noto, ha ripristinato, per le fattispecie previste dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, il trattamento sanzionatorio previsto prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 272 del 2005), è sorto un contrasto interpretativo in ordine al concetto di «pena illegale». Si discute se tale sia solo la pena superiore al massimo edittale ora in vigore in conseguenza della declaratoria di incostituzionalità; oppure se la violazione del principio di legalità (e, dunque, il dovere di rideterminazione) sussista anche quando la pena inflitta, pur rientrando nella forbice edittale ripristinata dal giudice delle leggi, sia stata in concreto determinata alla luce dei più elevati limiti edittali previsti dalla norma dichiarata illegittima. In realtà, una tutela sostanziale del principio di legalità e della libertà personale rende doveroso l'intervento correttivo in tutti i casi in cui l'entità della sanzione sia effetto diretto dell'applicazione della norma incostituzionale, anche se, da un punto di vista meramente aritmetico, si collochi nella cornice edittale ritornata in vigore. Si attende, comunque, sul tema, l'intervento delle Sezioni unite.

⁹⁴ Si è in presenza, infatti, di una fattispecie di pena detentiva espiata *sine titulo* perfettamente assimilabile a quelle disciplinate dall'art. 657, comma 2, c.p.p.

dell'applicazione della disciplina del reato continuato (art. 671 c.p.p.)⁹⁵ o dell'indulto (art. 676 c.p.p.)⁹⁶, sussiste anche se l'esecuzione della pena è terminata, e ciò proprio in vista della speciale fattispecie di reintegrazione «in forma specifica» della detenzione risultata *ex post* ingiusta, prevista dal citato art. 657 c.p.p.

Analoga conclusione s'impone, a maggior ragione, allorché la rideterminazione della pena sia conseguenza della declaratoria di incostituzionalità della norma regolante il trattamento sanzionatorio.

Ma la sentenza delle Sezioni unite «Gatto» sollecita un'ulteriore riflessione.

È ben vero che il Supremo Collegio ha fatto discendere il potere del giudice dell'esecuzione di modificare il trattamento sanzionatorio *post iudicatum* dal disposto dell'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953. È altresì vero, però, che lo ha fatto nell'ambito di un contesto motivazionale imperniato, chiaramente, sul carattere recessivo, dal punto di vista costituzionale, dell'intangibilità del giudicato rispetto al diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale.

Apertis verbis, l'ampliamento della portata esegetica della disposizione legislativa è stata il frutto di una interpretazione costituzionalmente orientata, che tenesse conto dell'oramai avvenuto superamento della concezione assolutistica del giudicato alla luce dei preminenti valori recepiti dalla Carta fondamentale⁹⁷.

Da questo punto di vista, dunque, non si giustifica il tentativo della Corte di limitare l'efficacia retroattiva sul giudicato alle sole sentenze di incostituzionalità di norme di diritto penale sostanziale.

Non solo la violazione del principio di legalità penale, ma anche la lesione delle garanzie costituzionali del diritto di difesa e del giusto processo può influire, in maniera decisiva, nella fattispecie concreta, sulla pronuncia di una sentenza di condanna ed incidere, quindi, sul diritto alla libertà personale.

La declaratoria di incostituzionalità di norme processuali⁹⁸, per violazione dei diritti fondamentali dell'imputato, ben può consentire di accertare la non equità della singola vicenda processuale, nella misura in cui il diniego – per effetto della disposizione dichiarata illegittima – di prerogative insite nel diritto al giusto processo abbia condizionato l'esito del giudizio (in punto di affermazione della colpevolezza o di commisurazione della pena) e determinato l'ingiusto sacrificio della libertà personale.

Anche in questi casi il condannato «sconta una pena alla quale avrebbe potuto non essere soggetto, se solo non fosse stata applicata la disposizione incostituzionale»⁹⁹.

⁹⁵ Cfr., tra le altre, Cass., sez. I, 22 settembre 1999, n. 5097, D'Ambrosio, in *CED Cass.*, n. 214388.

⁹⁶ Cass., sez. I, 1° ottobre 2009, n. 41582, in *C.E.D. Cass.*, n. 245056.

⁹⁷ Ad avviso di M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 84, si sarebbe trattato di una «interpretazione di tipo creativo».

⁹⁸ Occorre evidenziare che la giurisprudenza ha sempre affermato che «le sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale di norme processuali penali non hanno effetto retroattivo nei confronti degli atti del processo ormai perfezionatisi sulla base delle norme in vigore al tempo in cui furono compiuti» (v., per tutte, Cass., sez. I, 13 luglio 2007, n. 35093, in *Guida dir.*, dossier 10, p. 56).

⁹⁹ Così, sia pure in senso critico, M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali*, cit., p. 8

E non si può negare che, pure in tale situazione, l'inviolabilità della libertà sia destinata a prevalere sul giudicato.

Ovviamente, nell'ipotesi considerata, rimedio non potrebbe essere il ricorso al giudice dell'esecuzione, dovendosi, invece, dar luogo alla riapertura del processo, per restituire all'imputato i diritti negati e rivedere il merito del giudizio in un contesto che sia qualificabile come «giusto processo»¹⁰⁰.

Ma, è chiaro, ad un approdo del genere – che pare, come detto, costituzionalmente dovuto – potrebbe pervenirsi, in maniera adeguata, solo attraverso uno specifico intervento legislativo¹⁰¹.

9. La «forza di resistenza del giudicato» in presenza di violazioni dei diritti fondamentali non accertate in sede europea e non oggetto di declaratoria di illegittimità costituzionale.

La tutela dei diritti fondamentali *post iudicatum*, al di fuori dei rimedi tipici regolati dal codice di rito, è stata esplorata dalla prassi giurisprudenziale anche in situazioni in cui mancava una sentenza sovranazionale o costituzionale che accertasse la lesione.

Banco di sperimentazione è risultato, ancora una volta, il principio di legalità della pena e il meccanismo processuale adoperato per porre rimedio alla violazione è stato, anche qui, il ricorso alla giurisdizione esecutiva, divenuta il centro di gravità dei tentativi di testare e «forzare» la tenuta del giudicato a fronte della evidente compromissione di prerogative individuali.

La fattispecie su cui si è cimentata la giurisprudenza è quella della pena *extra o contra legem* irrogata all'esito del processo di cognizione e consacrata nella sentenza divenuta irrevocabile.

Già nel vigore del codice «Rocco» non erano mancati arresti giurisprudenziali diretti a ritenere «rilevabile anche in sede di esecuzione l'applicazione di una pena illegittima non prevista dall'ordinamento giuridico o eccedente per specie o quantità il limite legale, dato che il principio di legalità della pena, enunciato dall'art. 1 c.p., ed implicitamente dall'art. 25 Cost., comma 2, informa di sé tutto il sistema penale e non può ritenersi operante solo in sede di cognizione»¹⁰².

¹⁰⁰ Una tale riapertura dovrebbe essere preceduta da un attento vaglio di ammissibilità, diretto a verificare in che misura la norma processuale dichiarata incostituzionale abbia, nella concreta vicenda, precluso l'esercizio di prerogative fondamentali e influito sull'esito del processo.

¹⁰¹ Ad avviso di [S. RUGGERI, Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona, in questa Rivista, 22 dicembre 2014](#), p. 7, invece, l'adozione di una prospettiva ispirata alla massima tutela dei diritti impone di dare un'interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di «norma penale» recepito dall'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953, fino a comprendervi anche la norma processuale, dichiarata incostituzionale, la cui applicazione abbia determinato una conseguenza sanzionatoria o una porzione sanzionatoria riferita a un comportamento umano.

¹⁰² Cfr. Cass, sez. V, 29 aprile 1985, n. 809, in *C.E.D. Cass.*, n. 169333.

Tale orientamento si è rafforzato, sia pure con diversi accenti e non senza il manifestarsi di orientamenti contrari, con il nuovo codice.

La Corte di legittimità ha, in più occasioni, riconosciuto che, tra i poteri del giudice dell'esecuzione, attribuitigli dal complesso delle norme che disciplinano il relativo procedimento, si colloca anche quello – discendente dalla logica del sistema dell'incidente di esecuzione e analogicamente argomentabile dall'art. 671 c.p.p. – di rideterminare la pena da eseguire segnatamente allorché una frazione di essa sia affetta da illegittimità intrinseca, perché non prevista dalla legge o perché ecceda, per specie o quantità, il limite legale¹⁰³.

Ad avviso della Suprema Corte, in mancanza di un'espressa disciplina codicistica, non può ritenersi che il sistema processuale «affidi l'osservanza della regola fondamentale dell'art. 1 c.p. al solo processo di cognizione ed in particolare alla possibilità di correzione di un eventuale siffatto errore con i rimedi dati dalle esperibili impugnazioni». Il principio della legalità della pena è, infatti, «valore di rango costituzionale che permea di sé l'intero sistema, e che per certi aspetti può dirsi la legittimazione culturale – in senso laico – del processo». Esso «non sopporta di essere costretto in tali limiti, né di essere sacrificato sull'altare del giudicato».

Tale «profonda valenza costituzionale», pertanto, pur in assenza di una norma specifica per il processo di esecuzione, presuppone ed anzi impone – ad avviso dei giudici di legittimità – l'immediata operatività della norma superiore (art. 25 Cost., comma 2, e art. 7 C.e.d.u.) «da attivare *ex art. 670 c.p.p.*, come opzione interpretativa necessaria rispetto all'invocazione alla Corte costituzionale di un intervento additivo, in tal caso, per la fase esecutiva del processo penale»¹⁰⁴.

La pena illegale, «frutto di palese errore giuridico o materiale», deve, dunque, essere corretta da parte del giudice dell'esecuzione¹⁰⁵, e ciò perché la forza cogente del principio di legalità travalica i limiti del giudicato, trattandosi di «tema che, in fase

¹⁰³ Cass., sez. VI, 28 gennaio 1998, n. 315, in *C.E.D. Cass.*, n. 210374.

¹⁰⁴ Così, in parte motiva, si esprime Cass., sez. I, 3 marzo 2009, n. 12453, in *C.E.D. Cass.*, n. 243742.

¹⁰⁵ V., in tal senso, in parte motiva, Cass., sez. I, 20 gennaio 2014, n. 14677, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2014, n. 4, p. 358, che, in una ipotesi in cui con decreto penale di condanna divenuto esecutivo era applicata la pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda in relazione ad una contravvenzione per la quale la legge stabilisce la pena alternativa, ha ritenuto legittima la correzione operata dal giudice dell'esecuzione nel senso di escludere la pena detentiva e determinare la pena da eseguire nella sola sanzione pecuniaria dell'ammenda, in quanto più favorevole al condannato. Si è, però, escluso che alla rideterminazione in fase esecutiva possa addivenirsi nei casi in cui la pena in concreto inflitta rientri nei limiti edittali, pur essendo il risultato di erronea determinazione all'esito di un discutibile ma esistente percorso motivazionale (così Cass., sez. I, 3 marzo 2009, n. 12453, cit. Cfr., anche, Cass., sez. I, 23 gennaio 2013, n. 38712, in *C.E.D. Cass.*, n. 256879, che ha escluso l'illegalità della pena determinata sull'erroneo presupposto che l'imputato fosse recidivo), salvo che si tratti di errore macroscopico, in grado di comportarne la sostanziale illegalità (v. Cass., sez. IV, 16 maggio 2012, n. 26117, in *C.E.D. Cass.*, n. 253562, in relazione ad una fattispecie in cui con sentenza resa all'esito di giudizio abbreviato e passata in giudicato era stata applicata una diminuzione di pena inferiore a quella prevista obbligatoriamente dalla legge). Analogo principio è stato, di recente, ribadito pure in relazione alle pene accessorie. Nel superare un perdurante contrasto interpretativo, il Supremo Collegio ha riconosciuto il potere del giudice dell'esecuzione di intervenire, *post iudicatum*, sulla pena accessoria irrogata *extra* o *contra legem* (si tratta di Cass., sez. un., 27 novembre 2014, Basile).

esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice*», non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla C.e.d.u. e alla Carta fondamentale¹⁰⁶.

Come pare evidente, l'orientamento in esame rappresenta l'ennesimo punto di emersione dell'esigenza di assicurare che la tutela dei diritti primari dell'individuo non soccomba di fronte al perfezionarsi del giudicato.

Tale esigenza ha trovato nel principio di legalità della pena il terreno più fertile in cui manifestarsi, essendo la prassi operativa riuscita a rinvenire, per via interpretativa, nelle piaghe del sistema, il rimedio attivabile, vale a dire la rideterminazione ad opera del giudice dell'esecuzione¹⁰⁷.

Ma non v'è dubbio che identica necessità di tutela si ponga con riferimento alle altre prerogative, sostanziali e processuali, riconosciute e tutelate, come diritti fondamentali, dalla Costituzione e dalle Carte internazionali.

10. Considerazioni conclusive: la correzione dell'errore di diritto *post iudicatum*.

Gli itinerari normativi e giurisprudenziali passati in rassegna hanno impresso una significativa direzione all'evoluzione del vigente sistema processuale, in vista di un più elevato livello di salvaguardia delle prerogative fondamentali della persona (*in primis*, la libertà personale), la cui portata valoriale non può considerarsi, in linea di principio, recessiva rispetto alle esigenze di certezza e stabilità perseguite attraverso il regime di irrevocabilità delle pronunce giurisdizionali.

Hanno, in quest'ottica, posto le basi anche per superare uno dei *tabù* più radicati in ambito processuale: l'insidiabilità *post iudicatum* dell'errore di diritto, inteso *lato sensu* come erronea interpretazione o applicazione di norme giuridiche¹⁰⁸, da sempre estraneo all'area operativa e alla *ratio* del più tradizionale rimedio straordinario, vale a dire la revisione.

A ben vedere, le novelle normative che si sono succedute in materia di impugnazione delle sentenze della Suprema Corte (art. 625-*bis* c.p.p.) e di tutela del contumace (art. 175 c.p.p.) e dell'assente incolpevole (art. 625-*ter* c.p.p.) hanno arricchito il codice di rito di altrettante fattispecie di risoluzione del giudicato e riapertura del processo – conseguenti all'accertamento di specifiche lesioni di primari diritti dell'imputato – che consentono di emendare non solo in fatto, ma anche in diritto le statuizioni oggetto della sentenza divenuta irrevocabile e di pervenire ad esiti

¹⁰⁶ Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, cit. (punto 7, cons. in dir.).

¹⁰⁷ Va, altresì, evidenziato che la giurisprudenza ha ritenuto legittima la revoca del giudicato ai sensi dell'art. 673 c.p.p., allorché la norma incriminatrice sia stata dichiarata dalla Corte di giustizia europea incompatibile con la normativa comunitaria (cfr., tra le altre, Cass., sez. I, 29 aprile 2011, n. 20130, in C.E.D. Cass., n. 250041, conseguente alla sentenza della Corte europea, 29 aprile 2011, *El Dridi*).

¹⁰⁸ Da intendersi, ovviamente, come errore in senso oggettivo, che si traduce nell'erroneità del risultato del processo, a prescindere da un eventuale errore del giudice.

che contemplano, oltre al proscioglimento dell'ingiustamente condannato (come nella revisione), anche la riforma della condanna in senso più favorevole al reo.

Ad analoghi esiti può condurre la revisione «europea», che permette, nel rimuovere le situazioni di iniquità procedurale o le lesioni sostanziali accertate dalla Corte europea, di rivedere il merito del giudizio sia in fatto, che in diritto.

Anche le recenti prese di posizione delle Sezioni unite nei casi «Scoppola», «Ercolano» e «Gatto» hanno aperto le porte alla correzione di veri e propri errori di diritto, divenuti manifesti, successivamente al giudicato, per effetto di pronunce dei giudici di Strasburgo o della Corte costituzionale, errori consistiti nel non interpretare in senso convenzionalmente o costituzionalmente orientato norme di legge o, comunque, nel non sollevare questioni di legittimità costituzionale¹⁰⁹.

Lo stesso orientamento giurisprudenziale in tema di rideterminazione *in executivis* della pena *extra o contra legem* altro non fa che istituire, per via interpretativa, un rimedio all'*error iuris*, sia pure in caso di errori macroscopici, determinanti la sostanziale illegalità della sanzione applicata.

Del resto, l'erronea interpretazione o applicazione di norme sostanziali o processuali ben può essere causa, al pari dell'errore sul fatto, dell'ingiusta condanna e dell'ingiusto sacrificio della libertà personale o di altri primari diritti dell'imputato.

E allorché tale errore si palesi *post iudicatum*, non vi è alcuna seria ragione, logica e sistematica, per escluderne la correggibilità.

Anzi, come acutamente osservato, l'errore di diritto può essere assai più insidioso dell'errore sul fatto, in quanto, «attenendo all'imperativo generale ed astratto della norma, è pericolosamente diffusibile per contagio, trovando facile presa dello spirito imitativo»¹¹⁰.

D'altro canto, l'errore di diritto può disvelarsi in epoca successiva al perfezionarsi dell'irrevocabilità. E ciò può avvenire non solo, come più sopra visto, in conseguenza di pronunce della Corte europea o di sentenze di illegittimità costituzionale, ma, altresì, per effetto di mutamenti giurisprudenziali, specialmente allorquando siano consacrati in decisioni delle Sezioni unite¹¹¹.

¹⁰⁹ Non v'è dubbio che nella vicenda «Scoppola-Ercolano» si sia posto rimedio ad un vero e proprio errore di diritto, consistente nell'interpretazione non convenzionalmente orientata dell'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000 (erroneamente inteso come norma processuale e applicato, anche a causa dell'etichetta di «norma di interpretazione autentica», in violazione del principio di legalità convenzionale) o, comunque, nel non sollevare questione di legittimità costituzionale. Ed invero – e qui il discorso coinvolge anche la vicenda «Gatto» – ogni qual volta viene dichiarata incostituzionale una norma di legge, tale declaratoria può contenere l'implicito accertamento che, in precedenza, quella norma sia stata illegittimamente applicata, senza che ne sia stata denunciata l'incostituzionalità dinanzi al giudice delle leggi.

¹¹⁰ V. GIANTURCO, *Il ricorso per cassazione nell'interesse della legge e l'error iuris del giudicato penale*, Milano, 1958, p. 52.

¹¹¹ Le stesse Sezioni unite hanno riconosciuto, sia pure in ambito diverso dalla preclusione da giudicato, che il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata (Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, in *Cass. pen.*, 2011, p. 17).

Non c'è dubbio che l'*overruling* correttivo operato dal massimo consesso giurisdizionale¹¹², per l'autorevolezza dell'organo da cui promana, può divenire sintomo giuridicamente rilevante di un possibile errore di diritto in tutti quei processi in cui la norma sia stata interpretata o applicata in maniera difforme da come ritenuto dal Supremo Collegio¹¹³.

E allorquando tale diversa esegesi sia stata determinante nella pronuncia della condanna o nella determinazione della pena, il mutamento di giurisprudenza potrebbe consentire di accertare l'ingiustizia della sentenza.

Si pensi all'evenienza, non infrequente, in cui l'orientamento interpretativo fatto proprio dalle Sezioni unite escluda la rilevanza penale di un fatto per il quale sono intervenute sentenze di condanna passate in giudicato.

Come ben noto, il tentativo di accordare rimedio a situazioni del genere è stato percorso assimilando il fenomeno all'*abolitio criminis* e sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca, anche il «mutamento giurisprudenziale» determinato da una decisione delle Sezioni unite, in base al quale il fatto non è previsto dalla legge come reato.

La Corte costituzionale ha, tuttavia, avuto «facile gioco» nell'escludere la fondatezza del quesito, evidenziando il diverso valore, rispetto alla legge abrogativa ed alla declaratoria di incostituzionalità, delle pronunce dell'organo della nomofilachia, potenzialmente suscettibili di essere disattese da qualsiasi giudice, sia pure con l'onere di adeguata motivazione, e di essere riviste dallo stesso Supremo Collegio. Creare un generale rapporto di gerarchia tra le Sezioni unite e i giudici dell'esecuzione comporterebbe, del resto, «una vera e propria sovversione “di sistema”», stante «la estraneità della regola dello *stare decisis* alle coordinate generali dell'ordinamento¹¹⁴.

La questione va, invece, più correttamente considerata sotto il profilo dell'*error iuris* di cui, nelle singole vicende processuali, potrebbe essere rivelatore l'*overruling* correttivo delle Sezioni unite.

La previsione, *de iure condendo*, di un rimedio straordinario che consenta di rivedere, *post iudicatum* e senza alcun vincolo interpretativo, il giudizio di diritto, allorquando la sentenza di condanna sia stata resa sulla base di una opzione esegetica successivamente ritenuta erronea dalle Sezioni unite¹¹⁵, soddisferebbe essenziali

¹¹² Sul tema, v. Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *C.E.D. Cass.*, n. 617905, che distingue tra «interpretazione evolutiva» e «interpretazione correttiva», identificando, quest'ultima, in quella con la quale «il giudice torna direttamente sul significante, sul testo cioè della disposizione, per desumerne – indipendentemente da vicende evolutive che l'abbiano interessata – un significato diverso da quello consacrato in una precedente esegesi giurisprudenziale», e ciò può avvenire «perché l'interprete ritenga che la precedente lettura del testo sia errata», in quanto «frutto di non corretta applicazione dei canoni di ermeneutica della legge».

¹¹³ Cfr., sul tema, [V. NAPOLEONI, Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di \(supposto\) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo, in Dir. pen. cont., Riv. trim., 3-4/2012](#), p. 166.

¹¹⁴ Si tratta di Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3440.

¹¹⁵ Analogo discorso vale sia nei casi in cui il mutamento di giurisprudenza si limiti a rendere più mite la risposta punitiva (negando, ad esempio, l'applicabilità di circostanze aggravanti o riducendo il fatto ad un

esigenze costituzionali (tutela della libertà e principio di uguaglianza), senza produrre alcuna disarticolazione ordinamentale: né sul fronte dell'efficienza del sistema, trattandosi di regolare uno strumento agile, munito di un rigoroso filtro di ammissibilità; né tantomeno sul terreno della certezza dei rapporti giuridici, insuscettibile di prevalere, per quanto finora detto, sulla salvaguardia dei diritti inviolabili dell'individuo.

Certezza che, in ogni caso, non sarebbe tale se si nutrisse della consapevolezza dell'ingiusto sacrificio di diritti fondamentali e dell'impossibilità di porvi rimedio.

paradigma sanzionatorio meno grave), sia anche nelle ipotesi in cui la condanna sia stata pronunciata per effetto di un'interpretazione di una norma processuale ritenuta, dalla successiva prassi esegetica, erronea.