

L'INCIDENZA SUL GIUDICATO INTERNO DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA CHE ACCERTANO VIOLAZIONI ATTINENTI AL DIRITTO PENALE SOSTANZIALE (*)

di Giovanni Grasso e Fabio Giuffrida

Abstract. *Il presente contributo affronta la problematica questione dell'esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel nostro ordinamento. In particolare, dopo alcuni cenni sulla sentenza n. 113/11 della Corte costituzionale e sulle soluzioni giurisprudenziali elaborate in precedenza, l'attenzione è stata limitata alle ipotesi in cui la Corte di Strasburgo rinvenga una violazione attinente al diritto penale sostanziale: di conseguenza, ci si è soffermati sull'art. 7 CEDU e, brevemente, sull'art. 10 CEDU. Mentre nelle ipotesi di violazioni di natura processuale il rimedio più idoneo per garantire al ricorrente un'adeguata restitutio in integrum è, di solito, la "revisione europea" (come introdotta e disciplinata dalla Corte costituzionale), nei casi di violazioni sostanziali, invece, si è maturata la convinzione che il rimedio più efficace sia, di norma, quello dell'incidente di esecuzione, anche sulla base di alcuni recenti approdi delle Sezioni Unite che hanno sensibilmente valorizzato la fase esecutiva. Si tratta, comunque, di una conclusione la cui validità dovrà essere saggiata in ogni singola occasione, alla luce delle peculiarità del caso di specie. Nell'affrontare la questione, inoltre, si è accennato ai possibili rimedi esperibili da coloro i quali, pur versando nella medesima situazione del ricorrente vittorioso a Strasburgo, non abbiano però presentato il ricorso alla Corte Europea. Nel complesso, è emerso in modo inequivocabile che, nelle ipotesi di conclamata violazione dei diritti umani, la res iudicata tende oggi a perdere l'aura di intangibilità che l'ha tradizionalmente caratterizzata.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'adeguamento alle sentenze della Corte EDU prima del 2011: percorsi giurisprudenziali. – 3. La sentenza n. 113/11 della Corte costituzionale. – 3.1. Ulteriori profili della sent. n. 113/11. Cenni sulle (prospettate ma inattuata) soluzioni normative. – 4. La problematica esecuzione delle sentenze della Corte EDU che accertano violazioni di diritto penale sostanziale. Considerazioni introduttive. – 5. Violazione dell'art. 7 (I): la *lex mitior*. – 5.1. I "fratelli minori". – 5.2. La consacrazione dell'incidente di esecuzione quale rimedio all'illegittimità (*lato sensu*) della pena: la sentenza *Gatto* delle Sezioni Unite e gli effetti della sent. n. 32/14 della Corte costituzionale. – 6. Violazione dell'art. 7 (II):

* Il presente lavoro costituisce la rielaborazione della relazione svolta all'incontro tenuto presso la Corte di Cassazione il 29 ottobre 2014, dal titolo "Le questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti supreme nazionali e le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo", ed è frutto delle considerazioni congiunte dei due autori, che hanno redatto insieme i parr. 1 e 9. In particolare, i parr. 2, 3 e 3.1 sono da attribuire a Giovanni Grasso, i parr. 4, 5, 5.1, 5.2, 6, 7 e 8 a Fabio Giuffrida.

irretroattività e divieto di analogia. Cenni sul caso *Contrada*. – 7. Violazione dell’art. 7 (III): tassatività e colpevolezza. – 8. Violazione dell’art. 10 CEDU: il caso *Belpietro*. – 9. Conclusioni.

1. Introduzione.

L’incidenza delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sulla *res iudicata* si potrebbe definire – con le parole della Corte regolatrice – un fenomeno inevitabile, fisiologico e “istituzionale”¹. Infatti, il par. 1 dell’art. 35 CEDU, rubricato “condizioni di ricevibilità”, sancisce che la Corte può essere adita solo dopo l’esaurimento delle vie di ricorso interne ed entro un periodo di sei mesi dalla data della decisione interna *definitiva*².

Il fenomeno della recessività del giudicato, d’altro canto, non è nuovo nel nostro ordinamento, in cui si conoscono già delle ipotesi di «*flessione dell’intangibilità del giudicato*, sul cui valore costituzionale *prevalgono* [...] *altri valori*, ai quali il legislatore assicura un primato³». La stessa Corte regolatrice, nella sentenza da ultimo citata, ricorda infatti tre ipotesi in cui il giudicato è destinato a soccombere a fronte di istanze diverse e più meritevoli di tutela: a) *abolitio criminis*, ex art. 2, comma 2 c.p. (cui corrisponde, sul piano processuale, l’art. 673 c.p.p.); b) declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice ex art. 30, comma 4 l. 87/53; c) sostituzione della pena detentiva con quella esclusivamente pecuniaria, per effetto di una normativa successiva (anche) all’eventuale passaggio in giudicato della sentenza, ex art. 2, comma 3 c.p.

In un’altra pronuncia, la Suprema Corte annovera giustamente tra i casi di “fisiologica” recessività del giudicato quelli in cui si procede con la revisione del giudizio ex artt. 629 ss. c.p.p. ovvero quelli in cui si esperisce il rimedio del ricorso straordinario ex art. 625 *bis* del codice di rito⁴. Potrebbe altresì ricordarsi l’introduzione del recentissimo art. 625 *ter* nel codice di procedura penale, significativamente rubricato “*rescissione del giudicato*”.

Peraltro, la fisiologica “retrocessione” del giudicato a fronte di istanze provenienti dal diritto sovranazionale era già stata sottolineata più di un ventennio fa, in particolare in quelle ulteriori ipotesi in cui il giudice avesse fatto erroneamente applicazione di una norma interna la cui incompatibilità con il diritto comunitario era già stata dichiarata dalla Corte di Giustizia (nell’ambito di una precedente procedura di infrazione ovvero di rinvio pregiudiziale). Si trattava di ipotesi diverse da quelle di cui all’art. 2, comma 2 c.p. (e, quindi, 673 c.p.p.) in quanto il giudice faceva *erroneamente*

¹ Così Cass. pen., sez. I, 3 ottobre 2006 (ud. 12 luglio 2006), n. 32678, Somogyi, par. 11.

² Il periodo di sei mesi verrà ridotto a quattro con l’entrata in vigore del Protocollo n. 15 alla CEDU.

³ Cass. pen., Sez. Un., 7 maggio 2014 (ud. 24 ottobre 2013), n. 18821, Ercolano, par. 7.3 (in diritto), corsivi aggiunti, in *questa Rivista*, 12 maggio 2014, con commento di VIGANÒ, [Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola](#).

⁴ Vd. Cass. pen., 3 ottobre 2006 (ud. 12 luglio 2006), Somogyi, cit., par. 11.

ricorso a una norma *già inapplicabile*, laddove l'art. 2, comma 2 c.p. e l'art. 673 c.p.p. alludono a ipotesi in cui la norma viene abrogata o dichiarata incostituzionale *successivamente* all'applicazione della stessa da parte del giudice⁵. In questi casi, come anche in quelli in cui la dichiarazione della Corte del Lussemburgo era mancata ma non v'erano dubbi che la norma interna fosse incompatibile con il diritto comunitario, il rimedio che la giurisprudenza riteneva pacificamente applicabile era quello dell'incidente di esecuzione, al quale si è fatto talvolta ricorso – come vedremo – anche per dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU.

Orbene, il quadro così delineato in materia di recessività del giudicato va oggi integrato con quelle ipotesi in cui la sentenza definitiva sia tale da comportare una (accertata) violazione dei diritti fondamentali della persona, sicché in ultima analisi può condividersi la posizione di chi allude alla forza preclusiva del giudicato come a una sorta di “*mito*”⁶, che deve necessariamente essere ridimensionato. Insomma, «v'è certezza del diritto [...] *fintantoché e dove v'è garanzia dei diritti*»⁷.

Per quel che concerne le violazioni della CEDU, si ricordi che l'art. 46 della stessa Convenzione (“Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze”) è piuttosto carente nell'identificare le modalità con cui a esse deve riparsi, in quanto si limita a sancire, al par. 1, che «le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti». In effetti, il Protocollo n. 14 (entrato in vigore nel 2010) ha modificato l'art. 46 per garantire al meglio l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo, introducendo sia la possibilità per il Comitato dei Ministri di richiedere alla Corte EDU una pronuncia interpretativa circa l'esatta latitudine della sentenza di condanna, al fine di una sua più agevole esecuzione da parte degli Stati (par. 3), sia il potere dello stesso Comitato di mettere in

⁵ Per queste e altre riflessioni sul punto, si rinvia a GRASSO, *Comunità europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, 305-308. Nelle ipotesi in cui oggi una disposizione incriminatrice venga dichiarata contrastante con il diritto dell'Unione Europea dalla Corte di Giustizia, invece, deve trovare applicazione la disciplina di cui agli artt. 2, comma 2 c.p. e 673 c.p.p.: si tratta di un dato ormai assolutamente pacifico in dottrina e in giurisprudenza (si pensi, a mero titolo esemplificativo, a quanto avvenuto nel nostro ordinamento all'indomani della sentenza *El Dridi* del 28 aprile 2011).

⁶ UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *questa Rivista*, 5 luglio 2012. Peraltro, una simile espressione era già stata utilizzata più di un cinquantennio fa da Giovanni Leone nella sua prolusione al corso di Procedura penale nell'Università di Roma dell'aprile 1956, tra le cui righe si scorge già un'embrionale apertura a favore della recessività del giudicato a fronte delle esigenze di tutela dei diritti dell'uomo: «se democrazia è il regime della più ampia tutela della personalità umana, è evidente che non può tollerare che in situazioni strettamente inerenti alla personalità possa un'esigenza politica, una esigenza cioè afferente all'organizzazione della società, *schacciare una esigenza di giustizia che tocca interessi fondamentali della persona* e per ciò stesso un interesse generale della società» (citazione ripresa da SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova, 2012, XIII, corsivo aggiunto). Lo stesso Leone, assieme a Calamandrei, in sede di Assemblea Costituente era stato uno dei più appassionati patrocinatori dell'inserimento di una norma *ad hoc* – nel testo costituzionale – relativa all'intangibilità del giudicato.

⁷ RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione Europea dei Diritti Umani... ovvero quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 2/2011, p. 15.

mora lo Stato che si rifiuti di adeguarsi ai *dicta* della Corte, la quale può essere investita della questione qualora lo Stato interessato persista nel suo inadempimento (par. 4); in questa ipotesi, se la Corte constata una violazione dell'obbligo di cui al summenzionato art. 46, par. 1, essa rinvia il caso al Comitato dei Ministri «affinché questo esamini le misure da adottare» (art. 46, par. 5 CEDU). Questa procedura, in ogni caso, non dà alcuna indicazione sulle modalità con cui gli Stati condannati possano o debbano riparare alla violazione intervenuta⁸.

Questa lacuna è stata parzialmente colmata dalla Corte Europea che si è talvolta fatta carico di indicare le misure di carattere individuale e/o generale che gli Stati devono adottare per adempiere l'obbligo di conformarsi al *decisum* della Corte stessa: mentre le prime tendono a garantire la *restitutio in integrum* al ricorrente, le misure generali sono invece necessarie quando la condanna dello Stato contraente è dovuta a un *deficit* sistematico dell'ordinamento interno⁹. Proprio con riferimento a queste ipotesi si è sviluppata la prassi, oggi istituzionalizzata nel Regolamento interno della Corte, delle cdd. “sentenze pilota”¹⁰, con cui i giudici di Strasburgo indicano le misure “di sistema” che andrebbero adottate per evitare il ripetersi delle medesime violazioni in casi futuri analoghi.

Con riguardo alle violazioni dell'art. 6 CEDU, in particolare, la Corte Europea suggerisce solitamente la revisione o comunque la riapertura del processo, sì da consentire all'imputato di fruire di un nuovo processo “depurato” dalla violazione riconosciuta dal Giudice di Strasburgo: e in effetti, questa è la soluzione proposta anche in una Raccomandazione del 2000 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, espressamente dedicata al riesame o alla riapertura dei procedimenti interni all'esito delle pronunce della Corte Europea¹¹. Come noto, questa via è stata di recente battuta anche nel nostro ordinamento. Per lungo tempo, infatti, la giurisprudenza aveva cercato di garantire nei modi più disparati l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU, stante l'inerzia del legislatore italiano sul punto, fin quando è intervenuto il Giudice costituzionale con la sent. n. 113/2011, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di consentire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *ex* art. 46, par. 1 CEDU.

Nel prosieguo della trattazione si procederà con l'analisi delle soluzioni prospettate dalla giurisprudenza di legittimità prima della sentenza del 2011 (par. 2), quindi si valuteranno gli effetti e i profili problematici della sentenza stessa (par. 3). In

⁸ A differenza, ad esempio, di quanto previsto dall'Accordo istitutivo della Camera dei diritti dell'uomo per la Bosnia e l'Erzegovina: per un'attenta disamina della tematica *de qua*, vd. SCALIA, *Profili penalistici e obblighi di tutela nella giurisprudenza della Camera dei diritti dell'uomo per la Bosnia e l'Erzegovina*, Torino, 2009, 43 ss.

⁹ Vd. per esempio C. eur. dir. uomo, 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, in particolare parr. 188-194.

¹⁰ Vd. art. 61 del Regolamento interno della Corte Europea, entrato in vigore nel 2011.

¹¹ *Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights*.

seguito, si affronterà il problema dell'incidenza sul giudicato delle decisioni della Corte EDU nelle particolari ipotesi in cui vengano accertate violazioni attinenti al diritto penale sostanziale (parr. 4-8). Infine, verranno tratte delle brevi conclusioni (par. 9).

2. L'adeguamento alle sentenze della Corte EDU prima del 2011: percorsi giurisprudenziali.

Già alcuni anni prima della rivoluzionaria sent. n. 113/11 della Corte costituzionale, la giurisprudenza di legittimità aveva identificato dei meccanismi che consentissero – in via pretoria – l'ottemperamento agli obblighi derivanti dal summenzionato art. 46 CEDU. In particolare, come noto, viene in rilievo un trittico di pronunce particolarmente significative, alle quali qui di seguito si accennerà brevemente.

Innanzitutto, la vicenda di Tamas Somogyi, cittadino ungherese condannato in contumacia dal Tribunale di Rimini in data 22 giugno 1999. Con la sentenza del 18 maggio 2004, la Corte EDU aveva riconosciuto la violazione dell'art. 6 della Convenzione, nella misura in cui esso impone un obbligo, in capo alle autorità giudicanti, di valutare se l'imputato abbia avuto la possibilità di essere a conoscenza del procedimento contro di lui instaurato, nelle ipotesi in cui si abbiano fondate ragioni di ritenere che, in effetti, questi ne sia ignaro¹². Nel caso di specie, era dubbio che il signor Somogyi avesse avuto adeguata conoscenza del processo a suo carico, ma i giudici interni, pur investiti della questione da parte dell'avvocato di fiducia del ricorrente, non avevano effettuato l'attento scrutinio che l'art. 6 CEDU impone in tal senso, omettendo così di provare oltre ogni ragionevole dubbio che c'era stata un'effettiva rinuncia del signor Somogyi a partecipare al proprio processo: ciò aveva determinato, pertanto, una violazione del diritto all'equo processo del cittadino ungherese¹³.

Sulla base di questa pronuncia della Corte di Strasburgo, il ricorrente indirizzava quindi alla Corte d'appello di Ancona un'istanza di revisione del suo processo, chiedendo la revoca della summenzionata condanna del Tribunale di Rimini; l'istanza veniva dichiarata inammissibile, con ordinanza impugnata in Cassazione. Così adita, la Corte Suprema pronunciava la sentenza già più volte citata, in cui si afferma che il giudice italiano è tenuto «a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche se ciò comporta la necessità di *mettere in discussione*, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, *l'intangibilità del giudicato*¹⁴». Ciò è d'altronde imposto dall'art. 46 CEDU, sul quale la Corte regolatrice incentra il suo discorso, «aderendo espressamente alla dottrina che lo intende diretto non solo allo Stato-persona, bensì anche ai suoi organi, *giudici compresi*¹⁵».

¹² C. eur. dir. uomo, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*, par. 72.

¹³ *Ivi*, parr. 73-74.

¹⁴ Cass. pen., 3 ottobre 2006 (ud. 12 luglio 2006), *Somogyi*, cit., par. 11 (corsivo aggiunto).

¹⁵ Così GUAZZAROTTI-COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, disponibile su www.forumcostituzionale.it, 2006, 1 (corsivo aggiunto). In tal senso si è

In questa pronuncia, viene ribadito il principio della precettività in Italia delle norme della Convenzione Europea, richiamandosi alla pronuncia *Polo Castro* delle Sezioni Unite del 1988, la quale così statuiva: «le norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, salvo quelle il cui contenuto sia da considerarsi così generico da non delineare specie sufficientemente puntualizzate, sono di immediata applicazione nel nostro Paese e vanno concretamente valutate nella loro incidenza sul più ampio complesso normativo che si è venuto a determinare in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano [...] (Cass., SS.UU., 23 novembre 1988 n. 15, dep. 8 maggio 1989, *Polo Castro*, CED-181288 [...])¹⁶».

Oltre a ciò, la Corte ricorda anche come, di recente, si sia affermato il principio per cui il giudice nazionale italiano è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte Europea, la quale sempre più spesso ha richiesto agli Stati membri di adoperarsi per garantire la *restitutio in integrum* nei confronti dei ricorrenti che abbiano subito una violazione del diritto di cui all'art. 6 CEDU. Se la riapertura del processo costituisce solitamente la forma migliore di *redress*, nel caso *Somogyi*, tuttavia, il problema della mancata previsione nel nostro ordinamento di un'apposita procedura di revisione o di riesame non si poneva, in quanto era stato introdotto – tra la pronuncia della Corte EDU e quella della Corte Suprema in commento – un istituto *ad hoc* per consentire un'adeguata tutela dei diritti del contumace: si fa riferimento alla restituzione in termini di cui al (vecchio) art. 175, comma 2 c.p.p., introdotto dal d.l. 17 del 2005 (conv. con l. 60/05) con l'espresso intento di adeguare il nostro ordinamento alla giurisprudenza CEDU¹⁷. Pertanto, la stessa Corte Suprema restituiva il ricorrente nel termine per proporre appello avverso la sentenza del 22 giugno 1999 del Tribunale di Rimini, disponendo la trasmissione degli atti alla Corte d'appello di Bologna per il giudizio di secondo grado.

L'intervento legislativo del 2005 consentiva dunque una facile soluzione tanto nel caso *Somogyi* quanto in quelli eventualmente analoghi, in cui fosse stata accertata una violazione dei principi in materia di processo *in absentia*. Peraltro, la recente riforma introdotta con l. 67 del 2014 ha formalmente soppresso l'istituto della contumacia, cercando così di allinearsi agli *standard* europei in materia¹⁸, sicché una coerente e corretta applicazione della nuova normativa, nonostante alcuni evidenti profili di problematicità, dovrebbe garantire il nostro Paese da ulteriori sentenze di condanna della Corte EDU, almeno sotto questo aspetto.

espressa anche la Corte regolatrice in diverse occasioni (vd., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 28 maggio 2010 (ud. 28 aprile 2010), n. 20514).

¹⁶ Cass. pen., 3 ottobre 2006 (ud. 12 luglio 2006), *Somogyi*, cit., par. 11 (corsivo aggiunto).

¹⁷ La *voluntas legis* cui si fa cenno nel testo è chiaramente indicata nella Relazione che accompagna il disegno di legge per la conversione del d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, nella quale si richiama anche il caso *Somogyi*. A detta Relazione si riferisce anche la Corte di Cassazione, al par. 13 della sua motivazione.

¹⁸ Si pensi, in particolare, all'introduzione del summenzionato art. 625 *ter* nel codice di rito, il quale prevede che il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può chiedere la rescissione del giudicato qualora provi che l'assenza è stata dovuta a una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo.

Più delicata, invece, era la situazione affrontata dalla Corte regolatrice nell'*affaire Dorigo*. In questo caso, l'imputato era stato condannato a tredici anni e sei mesi di reclusione, all'esito di un processo in cui la Commissione EDU aveva accertato la violazione, da parte delle autorità giudiziarie italiane, dell'art. 6, par. 1 CEDU, in combinato disposto con l'art. 6, par. 3, lett. d) CEDU¹⁹. La pronuncia di condanna di Paolo Dorigo era stata ritenuta lesiva dei diritti del ricorrente in quanto fondata sulle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da parte di tre coimputati, i quali poi in dibattimento si erano avvalsi della facoltà di non rispondere. Il P.M. competente aveva pertanto proposto incidente di esecuzione *ex art. 670 c.p.p.*, al fine di garantire l'esecuzione della decisione di condanna della Commissione, in assenza di uno specifico rimedio che consentisse la riapertura del processo. A fronte del diniego della Corte d'appello, il P.M. adiva la Suprema Corte, che ne accoglieva il ricorso²⁰.

Ancora una volta, nell'assenza di un apposito meccanismo di riesame o di revisione del processo per riparare le accertate violazioni della CEDU, la Corte Suprema si è trovata costretta a dover utilizzare un altro rimedio, che consentisse comunque la cessazione della violazione dei diritti di Paolo Dorigo: sulla falsariga della requisitoria del Procuratore Generale, detto rimedio è stato identificato nell'incidente di esecuzione. Infatti, la decisione della Corte d'appello che aveva respinto l'istanza del P.M. aveva indebitamente obliterato non solo le valutazioni attinenti alla (già ricordata) precettività delle disposizioni della CEDU nel nostro ordinamento, ma anche gli obblighi derivanti dall'art. 46 della Convenzione: da queste premesse, non può che discendere l'obbligo per il giudice nazionale di conformarsi alle sentenze della Corte EDU, anche se ciò si scontra con le esigenze di certezza del diritto sottese all'intangibilità del giudicato e anche in assenza di un mezzo processuale per la rinnovazione del processo. Infatti, «se è innegabile che gli effetti della sentenza della Corte [...] sono costitutivi di *diritti e di obblighi operanti anche all'interno dell'ordinamento nazionale*, è consequenziale riconoscere che il diritto alla rinnovazione del giudizio, sorto per effetto di quella sentenza, è concettualmente incompatibile con la persistente efficacia del giudicato, che resta, dunque, neutralizzato sino a quando non si forma un'altra decisione irrevocabile a conclusione del nuovo processo»²¹. Poiché, quindi, la detenzione inflitta al sig. Dorigo era illegale ai sensi dell'art. 5, par. 4 CEDU, era necessario disporre la scarcerazione con l'unico strumento che consentisse al giudice nazionale di accertare la legalità della detenzione e, in caso di esito negativo, disporre la liberazione del condannato: l'incidente di esecuzione, appunto.

Peraltro, continua la Corte regolatrice, il peculiare rango della Convenzione Europea all'interno del nostro ordinamento è altresì sancito da alcune disposizioni della legge sul mandato d'arresto europeo (l. 69/05), ai sensi delle quali l'Italia darà

¹⁹ Comm. eur. dir. uomo, 9 settembre 1998, *Dorigo c. Italia*. La Commissione ha cessato di operare con l'entrata in vigore dell'Undicesimo Protocollo alla CEDU (1 novembre 1998), con il quale si è sancita la definitiva giurisdizionalizzazione del sistema di tutela dei diritti umani nell'ambito del Consiglio d'Europa.

²⁰ Cass. pen., sez. I, 25 gennaio 2007 (ud. 1 dicembre 2006), n. 2800, Dorigo.

²¹ *Ivi*, par. 6 (in diritto), corsivo aggiunto.

esecuzione al mandato d'arresto europeo nel rispetto, *inter alia*, dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e si rifiuterà di procedere alla consegna del condannato se risulta *ex actis* che il processo al cui esito essa viene richiesta sia stato celebrato in violazione dell'art. 6 della Convenzione. Pertanto, la pregiudiziale opzione del giudice dell'esecuzione per la salvaguardia del giudicato viene sconfessata dalla Corte di Cassazione, in quanto non sarebbe stato adeguatamente tenuto in considerazione «il 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»²². Né potrebbe rilevare l'assenza di un idoneo mezzo processuale per la riapertura del processo, perché negare un intervento in via di esecuzione, quale quello prospettato nel caso di specie, significherebbe far ricadere sul soggetto ingiustamente condannato le colpe dell'inerzia legislativa, oltre che rinnegare la precettività della CEDU e la forza vincolante della decisione della Corte Europea.

Sulla base delle suesposte considerazioni, pertanto, la Corte conclude enunciando il seguente principio di diritto: «il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea [...] abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia omesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo»²³.

La sentenza, com'era prevedibile, ha dato l'abbrivio a un intenso dibattito dottrinale, in cui sono emerse valutazioni contrastanti dell'arresto della Corte di Cassazione, la quale si è evidentemente assunta la "responsabilità" – nelle more di un auspicabile e auspicato intervento legislativo – di garantire una, seppur parziale, conformità agli obblighi discendenti dal sistema giuridico del Consiglio d'Europa. In effetti, l'attenzione della Corte Suprema alla tutela dei diritti umani, e alla loro "giustiziabilità" in via pretoria pur in presenza di un giudicato, è assolutamente pregevole e dimostra una spiccata, moderna, sensibilità nei confronti di istanze che diventano sempre più pressanti e centrali nel nostro ordinamento. Peraltro, non v'è dubbio che lo strumento dell'art. 670 c.p.p. sia stato utilizzato, in questa ipotesi, nel rispetto della normativa processuale, sicché è da condividersi la posizione di chi ha sostenuto che le sentenze *Dorigo* e *Somogyi* della Corte Suprema, «lungi dallo scardinare l'esclusività del sistema penale italiano, confermano che la Convenzione e le pronunce rese dalla Corte europea, al pari di ogni altra norma di diritto internazionale, ricevono attuazione fin dove l'ordinamento lo permette»²⁴.

²² *Ibid.*, corsivo aggiunto.

²³ *Ivi*, par. 8 (in diritto), corsivo aggiunto.

²⁴ BARTOLONI, *L'efficacia interna delle sentenze della Corte EDU per il giudice italiano: in margine alle sentenze della Cassazione Somogyi e Dorigo*, in BIN-BRUNELLI-PUGIOTTO-VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, 36.

Infine, in ipotesi di altre peculiari violazioni processuali, si è ritenuto di poter offrire adeguato rimedio ricorrendo a un istituto ancora diverso dalla restituzione in termini e dall'incidente di esecuzione: il ricorso straordinario *ex art. 625 bis c.p.p.* Rinviano l'analisi della sentenza *Scoppola* al par. 5, è qui possibile accennare a un'altra nota vicenda in cui detto strumento è stato impiegato. Nel caso *Drassich*, l'imputato era stato condannato in primo e in secondo grado per una serie di reati col vincolo della continuazione: tra questi, quello di corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio. In sede di ricorso di legittimità, la Corte di Cassazione lo aveva riqualificato come "corruzione in atti giudiziari", non dichiarandone dunque l'estinzione per prescrizione, attesa la più grave qualificazione adottata. Orbene, adita dal signor Drassich, la Corte Europea dichiarava la violazione del diritto a un equo processo di questi, *ex art. 6, par. 1 e par. 3, lett. a) e b) CEDU*, statuendo ancora una volta che un nuovo processo (o la riapertura di quello già conclusosi) rappresentava, in linea di principio, un mezzo appropriato per riparare le violazioni accertate²⁵.

Sulla base di questa pronuncia, il ricorrente proponeva istanza *ex art. 670 c.p.p.* al giudice dell'esecuzione (Corte d'appello di Venezia), che si rifiutava tuttavia di invalidare l'intero titolo esecutivo, procedendovi invece solo per quella porzione di pena connessa all'operazione di riqualificazione *in peius* realizzata dalla Corte di Cassazione. Questa "scissione" degli effetti della decisione della Corte EDU non incontra però il favore della Corte regolatrice che, investita dal ricorso del signor Drassich avverso l'ordinanza della Corte d'appello veneta, *revoca essa stessa* la precedente sentenza della Cassazione nei confronti dell'imputato (limitatamente ai fatti qualificati come corruzione in atti giudiziari) e dispone che si proceda a nuova trattazione in Cassazione del ricorso contro la sentenza emessa dalla Corte d'Appello in sede di giudizio di merito²⁶.

La Corte regolatrice, in motivazione, ribadisce nuovamente la forza vincolante delle sentenze della Corte EDU *ex art. 46 della Convenzione* e per corroborare questo assunto richiama (come aveva già fatto nei casi *Dorigo* e *Somogyi*) anche la l. 400 del 1988 che, all'esito della modifica introdotta con la l. 12/2006, prevede tra i compiti del Presidente del Consiglio dei Ministri quello di promuovere gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte EDU nei confronti dello Stato italiano e di comunicare tempestivamente alle Camere dette pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari²⁷. Continua poi la Corte rilevando che – nel caso di specie – non è necessaria la riapertura del processo, perché ciò che si chiede è «di "rescindere" la sentenza resa all'esto di un "giudizio di legittimità iniquo" e di eliminare l'anomalia già individuata e definita, mettendo in condizione l'imputato e la sua difesa di esercitare il diritto di interloquire sulla diversa definizione giuridica del fatto²⁸». Sulla base di questa premessa, lo strumento idoneo

²⁵ [C. eur. dir. uomo, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia](#), par. 46.

²⁶ Cass. pen., sez. VI, 11 dicembre 2008 (ud. 12 novembre 2008), n. 45807, Drassich.

²⁷ Vd. art. 5, comma 3, lett. a) *bis*, l. 400/88. Per una significativa conseguenza della modifica legislativa del 2006, in termini di legittimazione processuale del Presidente del Consiglio dei Ministri, vd. *infra*, par. 7.

²⁸ Cass. pen., 11 dicembre 2008 (ud. 12 novembre 2008), Drassich, cit., par. 2 (in diritto).

per procedere in questa direzione è stato identificato nel ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, posto che la *ratio* alla base dell'art. 625 *bis* c.p.p. è analoga a quella del caso di specie: in entrambe le ipotesi, infatti, vi è la necessità di rimediare a "difetti" (*lato sensu* intesi) occorsi nell'ambito del giudizio di legittimità.

La Corte è ben consapevole di procedere in via analogica, ma ciò è giustificato dal fatto che non si è in presenza di una norma di diritto penale sostanziale e che, comunque, l'operazione analogica ridonda *in bonam partem* sulla situazione giuridica del soggetto condannato. Inoltre, la norma non ha natura eccezionale perché è stata introdotta con l'intenzione di colmare una precedente lacuna del nostro ordinamento ed è relativa a eventuali errori materiali o di fatto intervenuti nel processo dinanzi alla Suprema Corte: ciò consente di rendere inoperante il divieto di cui all'art. 14 delle preleggi e di procedere, pertanto, con la parziale "rimozione" del giudicato, nei termini già visti.

Comprensibilmente, l'operazione ermeneutica così delineata ha prestato il fianco a diverse critiche, in particolare nella misura in cui la Corte regolatrice, a voler tacer d'altro, ha inspiegabilmente (o volutamente?) trascurato uno dei principi fondanti del nostro sistema processualpenalistico, ossia quello della tassatività delle impugnazioni²⁹. Ciononostante, ancora una volta, deve riconoscersi alla Corte il merito di aver garantito, in via pretoria, un'adeguata tutela dei diritti del soggetto condannato, a fronte di un'accertata violazione dei diritti di questi e all'esito di un'attenta ponderazione delle circostanze del caso di specie, le quali escludevano – come si è visto – la necessità della riapertura *tout court* del procedimento.

Ma la soluzione giurisprudenziale certamente più coraggiosa è senz'altro rappresentata dalla sent. n. 113/11 della Corte costituzionale, sulla quale è ora opportuno spendere qualche considerazione.

3. La sentenza n. 113/11 della Corte costituzionale.

La questione che la Corte costituzionale è stata chiamata a risolvere riguardava la prospettata illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo quando la Corte Europea abbia sancito una violazione dell'art. 6 CEDU e, quindi, riconosciuto l'iniuità del processo celebrato a danno del soggetto condannato. Una simile questione era già stata proposta al Giudice delle Leggi nel 2008 (peraltro dallo stesso giudice *a quo*), ma era stata dichiarata non

²⁹ Così, tra gli altri, CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, II edizione, Torino, 2012, 278-279. Per un comprensivo quadro delle posizioni della dottrina nei confronti della sentenza in commento, si veda LONATI, *Il "caso Drassich": continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 1/2011, 271-272. Lo stesso Autore ricorda, tuttavia, come dalla casistica giurisprudenziale sull'art. 625 *bis* c.p.p. emergerebbero alcune ipotesi assimilabili a quelle del caso *Drassich*. Adesivo, su questo ultimo punto, anche CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art. 625-bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 4/2009, 1468-1469.

fondata³⁰. La differenza delle due questioni di costituzionalità, apparentemente simili, riguardava sia il *thema decidendum* (art. 630, comma 1, lett. a) c.p.p. nella sentenza del 2008, art. 630 c.p.p. nel suo complesso nella decisione del 2011), sia – soprattutto – il parametro di costituzionalità invocato: artt. 3, 10 e 27 Cost. nel caso della sent. n. 129/08, art. 117 Cost. – con l’art. 46 CEDU come norma interposta – nella decisione n. 113/11.

Alla conclusione secondo la quale l’art. 630 c.p.p. è incostituzionale nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di consentire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte EDU ex art. 46, par. 1 CEDU, la Corte costituzionale giunge innanzitutto ricordando come spesso la Corte EDU imponga agli Stati di garantire una vera e propria *restitutio in integrum* al soggetto un cui diritto sia stato violato. Nelle ipotesi di violazioni dell’art. 6 CEDU, il Giudice costituzionale dimostra di condividere la posizione già vista, secondo la quale è la «riapertura del processo il meccanismo più consono ai fini della restitutio in integrum³¹». Ovviamente, la Corte non può non riconoscere che – per procedere in tal senso – «occorre poter rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda giudiziaria sanzionata³²».

Orbene, come si è visto *supra*, posto che il legislatore non era intervenuto per regolare la materia, la giurisprudenza aveva cercato – piegando «*le ragioni del diritto ad esigenze di giustizia sostanziale*³³» – di garantire al meglio l’adeguamento del nostro sistema agli obblighi provenienti dal sistema del Consiglio d’Europa. Tuttavia, le tre soluzioni escogitate sono state ritenute insufficienti dalla Corte costituzionale³⁴. Limitato è infatti il campo dell’applicazione del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto di cui all’art. 625 *bis* c.p.p., in quanto con esso si possono rimediare solo eventuali violazioni occorse in sede di Cassazione. Altresì inadeguato è l’istituto della rimessione in termini per la proposizione dell’impugnazione ex art. 175, comma 2

³⁰ Corte cost., sent. n. 129/08, in cui il Giudice delle Leggi concludeva comunque nel senso di «non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un *pressante invito* ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all’ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall’art. 6 della CEDU» (par. 7, corsivo aggiunto).

³¹ Corte cost., sent. n. 113/11, par. 4 (in diritto).

³² *Ivi*, par. 5 (in diritto), corsivo aggiunto.

³³ LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all’obbligo di conformarsi alle condanne europee: l’inserimento delle sentenze della Corte Europea tra i casi di revisione*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1560 (corsivo aggiunto).

³⁴ Le notazioni critiche del Giudice delle Leggi sono condivise anche dai più attenti commentatori della sentenza: vd., ad esempio, CANZIO, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 2/2011, 3-4, il quale sottolinea comunque «la coraggiosa apertura della giurisprudenza di legittimità, lungo percorsi ermeneutici diversificati e comunque coerenti con l’intento di rinvenire la *regula iuris* – pur parziale e inadeguata (di tipo “pretorio”) – per la soluzione di specifiche e contingenti situazioni processuali pervenute al suo esame, non addicendosi al ruolo della Suprema Corte un comodo “*non liquet*” [...]» (*ivi*, 4). Adesive sul punto le considerazioni di CONTI, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell’ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 9/2011, 1253.

c.p.p., perché esso può venire in gioco per i vizi del solo processo contumaciale. Infine, insoddisfacente è la soluzione praticata nel caso *Dorigo*, in quanto l'incidente di esecuzione «“congela” il giudicato, impedendone l'esecuzione, ma non lo elimina, collocandolo a tempo indeterminato in una sorta di “limbo processuale”³⁵», non consentendo neppure l'auspicata *restitutio in integrum* cui spesso la Corte Europea allude.

Poiché quindi queste soluzioni, per quanto apprezzabili, non costituiscono un utile rimedio in tutte le possibili situazioni ipotizzabili, la Corte si fa carico di individuare essa stessa quale possa essere lo strumento che consenta di ottemperare agli obblighi discendenti dall'art. 46 CEDU: la revisione, per l'appunto. O meglio, una revisione “atipica”, come si chiarirà nel seguito, sicché parte della dottrina ritiene che questa pronuncia possa considerarsi non semplice “*additiva di principio*”, ma addirittura “*additiva di istituto*”³⁶.

Alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. nei termini già visti, la Corte giunge per il tramite del parametro costituzionale di cui all'art. 117, comma 1 Cost., in relazione al quale le disposizioni della CEDU – dalle “sentenze gemelle” in poi – costituiscono norma interposta, purché esse, in quanto avente rango sub-costituzionale, non si pongano in conflitto con altre norme della Costituzione. Poiché non è questo il caso di specie, e poiché, «posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio³⁷», essa rileva il vizio di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p., da un lato, e, dall'altro, conclude la sua valutazione circa l'idoneità dello strumento della revisione a garantire il rispetto dell'art. 46 CEDU con la notazione secondo la quale spetterà «ai giudici comuni trarre dalla decisione i *necessari corollari sul piano applicativo*, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione³⁸». Queste parole sibilline celano, in realtà, una pluralità di problemi.

Innanzitutto, va segnalato che la pronuncia della Corte crea un istituto del tutto nuovo, solo in parte riconducibile alla revisione tradizionale³⁹. Come ricordato dagli stessi giudici costituzionali, infatti, la finalità del mezzo di impugnazione di cui all'art. 629 c.p.p. è quella di ricomporre lo «iato tra “verità processuale” e “verità storica”, emergente da *elementi “esterni” al processo* già celebrato⁴⁰»; nel caso della “revisione europea”, invece, non solo è sulla base di elementi “interni” al processo concluso che la Corte EDU lo ha ritenuto iniquo, ma non v'è neppure alcun contrasto tra verità storica e verità processuale da risolvere: semmai, la contrapposizione sussiste tra il processo “com'è stato celebrato” e il processo “come avrebbe dovuto essere celebrato”. Ecco

³⁵ Corte cost., sent. n. 113/11, par. 5 (in diritto).

³⁶ Così GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”*, in *Cass. pen.*, 10/2011, 3308 ss.

³⁷ Corte cost., sent. n. 113/11, par. 8 (in diritto).

³⁸ *Ibid.* (corsivo aggiunto)

³⁹ Così anche CALLARI, *op. cit.*, 281.

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 113/11, par. 8 (in diritto), corsivo aggiunto.

perché la riconduzione alla revisione tradizionale è stata correttamente scolpita come «“pseudo-analogia” [...] *teleologicamente* più che *logicamente* fondata⁴¹».

In secondo luogo, si pone il problema di identificare i *presupposti* in presenza dei quali potrà procedersi con il nuovo istituto “creato” con la sent. n. 113/11. A tal proposito, la Corte costituzionale chiarisce che la «necessità della riapertura andrà apprezzata [...] in rapporto alla *natura oggettiva* della violazione accertata⁴²»: per esempio, continua il Giudice delle Leggi, è di solare evidenza che non potrà procedersi con la riapertura del processo se la violazione constatata attiene alla ragionevole durata del processo, posto che la prosecuzione delle attività processuali comporterebbe solo un’ulteriore compromissione del diritto *de quo*. Dunque, potranno ben esservi dei casi in cui non si palesi come necessaria una nuova celebrazione del processo ma potrà essere opportuno, per esempio, intervenire sul solo titolo esecutivo. Peraltro, oltre alla “*natura oggettiva della violazione accertata*”, la Corte ricorda che vanno anche tenute in debito conto, ovviamente, le «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 CEDU⁴³».

In altri termini, non potendo trascurarsi l’approccio “casistico” della Corte Europea, è evidente che le peculiarità del caso concreto vanno sempre tenute in massima considerazione nell’ottica di decidere se procedere o meno con la riapertura del processo o con la nuova celebrazione dello stesso. In tal senso, infatti, è stato correttamente ricordato come, talvolta, lo stesso Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa abbia ritenuto che l’obbligo di cui all’art. 46 CEDU sia stato adeguatamente assolto nonostante la decisione delle autorità interne di non garantire la revisione del processo, contrariamente a quanto suggerito dalla Corte Europea⁴⁴: così, ad esempio, nell’epilogo del noto caso *Öcalan c. Turchia*, in cui il rifiuto delle autorità turche di procedere con il riesame del caso si ritiene sia stato adeguatamente giustificato, tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie⁴⁵.

In terzo luogo, si pone il problema di *quali norme* i giudici interni dovranno applicare nelle ipotesi in cui si debba procedere con questa nuova forma di revisione. In tal senso, un primo spunto di riflessione è offerto dalla stessa Corte costituzionale, la quale chiarisce che «il giudice dovrà procedere a un *vaglio di compatibilità* delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione⁴⁶». Non solo, ma la Corte specifica anche non potranno di certo applicarsi quelle norme tradizionalmente preordinate al proscioglimento del condannato, come l’art. 631 c.p.p. e l’art. 637, commi 2 e 3 c.p.p.: infatti, *l’ubi consistam* della nuova “revisione europea” è quello di garantire un nuovo processo non affinché il soggetto (ingiustamente) condannato possa essere prosciolto,

⁴¹ SCARABBA, *op. cit.*, 69.

⁴² Corte cost., sent. n. 113/11, par. 8 (in diritto), corsivo aggiunto.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”*, *op. cit.*, 3316.

⁴⁵ Vd. *Resolution CM/ResDH(2007)1. Execution of the judgment of the European Court of Human Rights Öcalan against Turkey*, adottata dal Comitato dei Ministri il 14 febbraio 2007.

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 113/11, par. 8 (in diritto), corsivo aggiunto.

quanto piuttosto affinché questi possa essere messo nella condizione in cui si sarebbe trovato qualora il suo diritto non fosse stato violato (*restitutio in integrum*), con la conseguenza che l'esito del giudizio di revisione così instaurato potrà essere «non solo conferma della condanna o proscioglimento dell'imputato, ma anche condanna ad una pena più favorevole⁴⁷».

In effetti, parte della dottrina ha ritenuto dubbia l'esclusione *tout court* dell'applicazione della regola di cui all'art. 631 c.p.p. ai casi di "revisione europea", specialmente quando siano in gioco violazioni attinenti alla prova: in questi casi, infatti, «è ben vero che non necessariamente la revisione europea conduce al proscioglimento; ma è altrettanto indubbio che la racc. R(2000)2 subordina la riapertura alla presenza di vizi di tale gravità da far sorgere seri dubbi sull'esito del processo nazionale⁴⁸»; quindi, la preordinazione al proscioglimento sembra in un certo senso implicita nella (e implicata dalla) stessa richiesta di revisione.

In generale, è evidente che la cernita delle norme codicistiche sulla revisione da applicare volta per volta sarà effettuata tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, a cominciare dalla tipologia e dagli effetti della violazione intervenuta.

In quarto luogo, la Corte costituzionale conclude le sue brevi indicazioni circa il nuovo istituto da essa delineato con la specificazione che esso deroga al «principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato. In questa prospettiva, il giudice della revisione valuterà anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in *vizi degli atti processuali* alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli⁴⁹». Questo profilo è stato attentamente scandagliato da Roberto Kostoris, che, nel suo commento alla sentenza n. 113/11, ha innanzitutto operato una distinzione tra "*violazioni probatorie*" e "*violazioni difensive*⁵⁰". Alle prime, sostiene l'Autore, potrebbe riparsi "traducendo" la condanna della Corte EDU in regole di valutazione della prova, come quando la violazione sia consistita nell'attribuire un peso determinante alle dichiarazioni non ripetibili rese fuori dal contraddittorio con la difesa: in questa specifica ipotesi, «il giudice sembrerebbe [...] vincolato soltanto a non basare il suo convincimento in modo decisivo su quegli elementi⁵¹».

Per quanto riguarda le violazioni difensive, invece, si pongono ulteriori problematiche: *quid iuris* se la violazione rilevata dalla Corte non corrisponde a una

⁴⁷ TROISI, [Flessibilità del giudicato e tutela dei diritti fondamentali](#), in questa Rivista, 2 aprile 2015, 15.

⁴⁸ GIALUZ, Una sentenza "additiva di istituto", op. cit., 3316.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 113/11, par. 8 (in diritto), corsivo aggiunto.

⁵⁰ KOSTORIS, La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne, in Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti, 2/2011, 10.

⁵¹ *Ibid.* Tuttavia, altresì condivisibile è la considerazione che segue la conclusione esposta nel testo, e cioè che «tenendo conto del fatto che il sindacato sulla decisività della prova da parte della Corte europea avviene esclusivamente sulla base della motivazione della sentenza e non sulla base degli atti del processo, che sono invece a disposizione del giudice della riapertura, per quest'ultimo potrebbe essere facile aggirare in concreto il divieto ponendo a fondamento dello stesso giudizio altri elementi eventualmente presenti» (*ibid.*).

previsione codicistica di nullità?⁵² Se non è possibile procedere con l'interpretazione "convenzionalmente orientata" della norma interna, le vie prospettabili per non rassegnarsi alla semplice irrilevanza della violazione constatata dalla CEDU sarebbero due: diretta applicazione della stessa e conseguente non applicazione della norma interna contrastante ovvero la formulazione di una questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117, comma 1 Cost., con l'articolo della Convenzione violato nel caso di specie quale norma interposta. È evidente che entrambe le soluzioni prospettate coinvolgono la problematica del "rango" che la CEDU ricopre oggi nel sistema delle fonti del nostro ordinamento. Posto che – *rebus sic stantibus* – essa non può considerarsi "comunitarizzata"⁵³, sicché essa non è idonea a comportare la non applicazione della normativa interna eventualmente contrastante con essa, Roberto Kostoris conclude nel senso che l'unica vera soluzione resterebbe quella della questione di costituzionalità *ex art. 117, comma 1 Cost.* della «norma presa in considerazione, nella parte in cui impedisca – per la mancanza di una previsione di nullità – un pieno ripristino dell'equità violata⁵⁴».

In realtà, la questione impone una precisazione. È indubbio che la Convenzione Europea non possa determinare la non applicazione della normativa interna con essa contrastante alla stregua di quanto accade, invece, con il diritto dell'Unione Europea *self-executing*; ma è altresì vero che la CEDU non è solo rilevante per la sua idoneità a integrare il parametro costituzionale dell'art. 117, comma 1 Cost. quale norma interposta, ma è altresì a tutti gli effetti "norma interna", in quanto recepita con legge dello Stato⁵⁵. Come si è visto, chiara in tal senso è anche la giurisprudenza di legittimità, che più volte ha ribadito la "precettività" della CEDU nel nostro ordinamento.

A tal proposito, una recente pronuncia delle Sezioni Unite ha ribadito che «dall'art. 6, per come costantemente e vincolativamente interpretato dalla Corte di Strasburgo, discende una *norma specifica e dettagliata*, una *vera e propria regola di diritto* – recepita nel nostro ordinamento tramite l'ordine di esecuzione contenuto nella L. 4 agosto 1955, n. 848, art. 2 [...] la norma in questione [l'art. 6 CEDU, NdA], essendo stata recepita con un atto avente forza di legge, ha anch'essa, quanto meno, *forza e valore di legge*, anche se poi, sotto altri profili, funge anche da parametro di costituzionalità,

⁵² Addirittura, potrebbero prospettarsi ipotesi in cui «il giudice nazionale ha proceduto in modo formalmente rituale, ma, nondimeno, si è consumata una situazione concretamente lesiva delle garanzie difensive: si pensi solo all'ipotesi in cui venga concesso il termine prescritto dalla legge, ma questo si riveli, nel caso concreto, del tutto inadeguato a una difesa effettiva» (*ibid.*).

⁵³ Vd. in tal senso le inequivocche conclusioni della Corte cost., sent. n. 80/11.

⁵⁴ KOSTORIS, *op. cit.*, 12.

⁵⁵ In effetti, è stato sottolineato che la Corte costituzionale avrebbe perso «un'occasione preziosa per riconsiderare l'idoneità astratta alla diretta applicazione [...] della Cedu – idoneità che certamente va poi verificata dall'interprete nel caso singolo dinanzi a lui dedotto, ma spesso riconosciuta negli studi della dottrina internazionalistica e nella stessa giurisprudenza della Corte di cassazione, e che potrebbe discendere anzitutto dall'adattamento alla Cedu mediante ordine di esecuzione emanato in forma di legge ordinaria [...]» (MALFATTI, *Quando perseverare non è diabolico. Dalla vicenda Dorigo un fondamentale stimolo alla possibile "revisione" del giudicato interno*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 4/2011, 11).

ossia da norma interposta, ai sensi dell'art. 117 Cost., comma 1 [...] Inoltre, non si tratta di una norma-principio, ossia di una norma generica ed aspecifica [...], bensì di una norma che è stata resa specifica e dettagliata dalla giurisprudenza della Corte EDU, sicché *non vi sono ostacoli alla sua immediata operatività ed alla sua diretta applicabilità* da parte del giudice italiano [...]»⁵⁶.

Ciò premesso, è pertanto forse preferibile l'impostazione di chi ritiene che possano esserci margini di manovra per tentare di "integrare" le norme interne con il diritto di matrice convenzionale, come interpretato dalla Corte EDU, senza che ciò possa risolversi in una violazione del principio di tassatività delle nullità: se la CEDU e la sua interpretazione giurisprudenziale fanno parte del nostro ordinamento in quanto recepite con legge dello Stato, le violazioni della Convenzione potrebbero rientrare tra quei «casi previsti dalla legge» di cui all'art. 177 del codice di rito⁵⁷. Solo nelle ipotesi di contrasto insanabile tra la normativa convenzionale e quella costituzionale dovrebbe quindi procedersi con l'incidente di costituzionalità.

Ovviamente, si tratta di una ricostruzione cui fare ricorso *cum grano salis*, onde evitare di sacrificare ingiustamente e integralmente il principio della certezza del diritto; in ogni caso, le soluzioni esperibili dipenderanno in massima parte dalle peculiarità del caso concreto e dalle precipue violazioni rilevate dal Giudice di Strasburgo.

3.1. Ulteriori profili della sent. n. 113/11. Cenni sulle (prospettate ma inattuato) soluzioni normative.

Quanto detto finora deriva – in modo più o meno diretto – dalle considerazioni della stessa Corte costituzionale, ma non può dimenticarsi che su alcuni profili essa non si è pronunciata affatto, né d'altronde avrebbe potuto farlo. L'istituto della revisione, infatti, è stato scelto perché, come correttamente rilevato dal giudice *a quo*, «presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale al parametro evocato⁵⁸». Tuttavia, la Corte non si sarebbe potuta spingere sino al punto di dettare con precisione le regole da applicare alla nuova ipotesi di revisione da essa coraggiosamente introdotta.

⁵⁶ Cass. pen., sez. un., 14 luglio 2011 (ud. 25 novembre 2010), n. 27918, parr. 11 e 14 (in diritto), corsivi aggiunti.

⁵⁷ Così in particolare IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in Cass. pen., 2/2011, 815. Una simile impostazione sembra condivisa anche da quella dottrina che ritiene che ancora «non sia sufficientemente penetrata presso la nostra giurisprudenza la consapevolezza che la Convenzione è *diritto vigente* nel nostro ordinamento, ed è parte di quella "legge" che il giudice – anche il giudice ordinario – è tenuto a interpretare e ad applicare nei casi concreti ai sensi dell'art. 101 Cost.» (VIGANÒ, [Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali](#), in questa Rivista, 18 aprile 2012, 7).

⁵⁸ Corte cost., sent. n. 113/11, par. 8.

La procedura applicabile, tuttavia, risulta carente sotto alcuni profili, a cominciare dall'assenza di un *termine* entro il quale andrebbe presentata l'istanza di revisione⁵⁹. Si tratta, ovviamente, di profili che il legislatore dovrà meglio disciplinare, fermo restando che esso, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, potrebbe anche discostarsi dalle conclusioni del Giudice delle Leggi e introdurre un rimedio diverso per garantire un'adeguata esecuzione delle sentenze della Corte EDU, come chiarito nella chiosa conclusiva della sent. n. 113/11⁶⁰.

Orbene, benché il legislatore non abbia ancora ritenuto di dover dar seguito alle parole della Corte costituzionale, va tuttavia segnalato che sono stati presentati negli ultimi anni diversi disegni di legge volti a regolare un meccanismo *ad hoc* per garantire l'esecuzione delle sentenze della Corte Europea. Alcuni, in effetti, hanno optato per il meccanismo della revisione, proponendo l'inserimento di un articolo 630 *bis* nel codice di procedura⁶¹ o di un'ulteriore lettera all'elencazione dei motivi di revisione di cui all'art. 630 c.p.p.⁶².

Nel settembre 2013, invece, è stata presentata una proposta di legge che, riprendendo un d.d.l. del 2007, ha previsto l'introduzione di un meccanismo diverso dalla revisione (il "riesame"⁶³): come si ricorda nella relazione a detta proposta, sembra sistematicamente più apprezzabile l'introduzione di un *nuovo* mezzo di impugnazione con una disciplina *ad hoc*, la quale, peraltro, farebbe venir meno anche le problematiche connesse al delicato vaglio di compatibilità delle regole della revisione, cui il giudice comune è chiamato volta per volta.

Tra le peculiarità della proposta di legge del 2013, va in particolare ricordata la previsione di un *sistema bifasico*: la Corte di Cassazione, cui la richiesta di riesame deve essere indirizzata entro un anno da quando la sentenza della Corte EDU è divenuta definitiva, ne valuta l'ammissibilità; se il giudizio è positivo, il caso è trasmesso alla

⁵⁹ Sulla necessità di individuare un termine entro il quale richiedere la revisione si sono espressi – tra gli altri – KOSTORIS, *op. cit.*, 9 (che ipotizza un termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza della Corte EDU) e ROMBI, *Riflessioni in tema di revisione del giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 5/2011, 1175, la quale, oltre alle peculiari condizioni di ammissibilità della richiesta di revisione nei casi *de quibus*, ritiene si debba altresì affrontare il profilo della «sospensione del termine di prescrizione in pendenza del giudizio volto a dare esecuzione alla sentenza della Corte di Strasburgo» (*ibid.*).

⁶⁰ Vd. Corte cost., sent. n. 113/11, par. 9.

⁶¹ Vd. d.d.l. A.S. n. 2441/2003 (che riprende i d.d.l. A.C. 1447/2001 e 1992/2001), d'iniziativa dei deputati Pepe e altri; d.d.l. A.C. n. 1538/2008 d'iniziativa dei deputati Pecorella e Costa.

⁶² Vd. d.d.l. A.C. 1992/2001, d'iniziativa del deputato Cola; d.d.l. del Consiglio dei Ministri del 6 febbraio 2009 (art. 9).

⁶³ Proposta di legge d'iniziativa del deputato Gozi, A.C. 1635/2013, la quale riprende il d.d.l. A.S. 1797/2007, presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri Prodi e dal Ministro della Giustizia Mastella. Altresì analoghe risultano la proposta di legge d'iniziativa dei deputati Di Pietro e altri, A.C. 1780/2008, la proposta di legge d'iniziativa dei deputati Zeller e Brugger, A.C. 2163/2008, e la proposta di legge d'iniziativa dei deputati Ferranti e Tenaglia, A.C. 2871/2009. Tuttavia, va segnalato come tutte le proposte – ad eccezione di quella del 2013 – continuano a qualificare il rimedio azionabile nelle ipotesi *de quibus* come "revisione". Nella bozza di delega legislativa al Governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale elaborata dalla Commissione Riccio (2006), invece, si precisa che il rimedio per dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU dovrebbe essere diverso dalla revisione (par. 104.8).

Corte d'appello competente *ex art. 11 c.p.p.* È evidente che un simile meccanismo, inapplicabile nella revisione “europea” come sagomata dalla Corte costituzionale, concorre a promuovere l'uniformità interpretativa e applicativa delle sentenze della Corte EDU⁶⁴.

In ogni caso, tutte le proposte di legge avanzate nel corso degli anni hanno previsto il meccanismo della revisione o del riesame *solo nelle ipotesi di violazione dell'art. 6 CEDU* o, ancora più limitatamente, dell'*art. 6, par. 3 CEDU*. Questa impostazione si espone a critiche nella misura in cui, in realtà, potrebbero aversi anche altre ipotesi di violazioni della CEDU tali da giustificare la revisione o il riesame della sentenza di condanna. In effetti, in tal senso sembra essersi pronunciata anche la Corte costituzionale nella sent. n. 113/11, posto che, nel dispositivo, l'*art. 630 c.p.p.* è dichiarato illegittimo nella misura già vista quando ciò sia necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte EDU *ex art. 46 della Convenzione*. Poiché il richiamo è a questo ultimo articolo, che sancisce in generale l'obbligo per gli Stati contraenti di dare esecuzione alle sentenze della Corte Europea, non v'è dubbio che il meccanismo introdotto dalla Corte costituzionale in via pretoria riguardi *tutte* le possibili violazioni della Convenzione, e non solo quelle di cui all'*art. 6*⁶⁵. Semmai, il problema che potrebbe porsi qualora vengano presi in considerazione altri parametri, come ad esempio l'*art. 7 CEDU*, attiene alla eventuale non necessità della revisione o del riesame, posto che potrebbe essere sufficiente un intervento (solo) in via esecutiva.

Infatti, anticipando quanto si vedrà meglio in seguito, le conseguenze sul nostro ordinamento di una condanna della Corte EDU vanno diversificate a seconda che la violazione riscontrata sia ordine processuale o di ordine sostanziale. Nel primo caso, infatti, il rimedio della revisione (o analogo mezzo di impugnazione) è solitamente necessario e sufficiente per garantire quella *restitutio in integrum* cui più volte i giudici di Strasburgo hanno fatto riferimento: se il processo è stato – per varie ragioni – iniquo, si dovrà procedere a una nuova celebrazione dello stesso⁶⁶, salvi i casi in cui detta nuova celebrazione non apporterebbe alcun beneficio o, addirittura, aggraverebbe la violazione del diritto già accertata (come nel menzionato caso della ragionevole durata).

Se, invece, la violazione attiene al diritto sostanziale non è sempre indispensabile procedere alla riapertura del procedimento: si dovrà procedere in tal senso solo quando la violazione è tale che – per essere riparata – è necessaria un'ulteriore, approfondita, attività cognitiva del giudice. Al di là di queste limitate

⁶⁴ In dottrina, una simile ricostruzione era stata condivisa per esempio da KOSTORIS, *op. cit.*, 8; GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”*, *op. cit.*, 3320; MUSIO, *La riapertura del processo a seguito di condanna della Corte EDU: la Corte costituzionale conia un nuovo caso di revisione*, in *Cass. pen.*, 10/2011, 3328-3329. Il “sistema bifasico” cui si è accennato nel testo, peraltro, è vigente in Francia dal 2000 e in Belgio dal 2007 (vd. CANZIO, *op. cit.*, 6).

⁶⁵ Pacifica in tal senso anche la posizione della dottrina: vd. ad esempio GERACI, *La revisione quale rimedio interno dopo le condanne della Corte di Strasburgo: un avanzamento di tutela e molte incognite*, in *Proc. pen. e Giust.*, 4/2011, 99-100 e MUSIO, *op. cit.*, 3329.

⁶⁶ Adesivo sul punto TROISI, *op. cit.*, 28.

ipotesi, tuttavia, sarà il più delle volte sufficiente intervenire in sede di esecuzione, con le precisazioni che si vedranno *infra*.

La natura della violazione riscontrata, inoltre, assume importanza anche sotto un altro profilo, quello relativo alla possibilità che della sentenza di condanna della Corte EDU possano valersi anche quei soggetti che si trovano nella medesima condizione del ricorrente vittorioso a Strasburgo ma che – contrariamente a quest’ultimo – non hanno adito la Corte Europea (i cdd. “fratelli minori”⁶⁷). Per il momento, si ricordi però che i rimedi configurati nelle varie proposte legislative summenzionate, così come la “revisione europea” nella struttura configurata dalla Consulta, sono esperibili *solo* dal soggetto la violazione dei cui diritti sia stata accertata con decisione definitiva della Corte Europea. A fronte di questa impostazione restrittiva, qualche autore ha proposto una soluzione antitetica, ipotizzando la necessità di consentire il ricorso al rimedio della “revisione europea” anche a chi – trovandosi nella medesima situazione del ricorrente vittorioso – non abbia proposto ricorso alla Corte⁶⁸.

In ogni caso, come si accennava, i rimedi cui i “fratelli minori” potrebbero fare ricorso sono inevitabilmente influenzati dalla natura della violazione accertata dalla Corte Europea: quando si tratta di violazione del diritto all’equo processo, poiché essa viene solitamente riscontrata sulla base delle *specificità del caso concreto*, sarebbe probabilmente eccessivo garantire la revisione a chi, pur trovandosi in una condizione analoga a quella del ricorrente, non abbia adito la Corte Europea.

Viceversa, se la violazione attiene al diritto sostanziale, è tendenzialmente possibile – con le precisazioni che seguono *infra* nel testo – che anche i “fratelli minori” del ricorrente a Strasburgo possano avvalersi della pronuncia di condanna della Corte Europea, chiedendo che si intervenga a loro favore in sede di esecuzione⁶⁹. Infatti, le infrazioni commesse dallo Stato contraente attinenti al diritto penale sostanziale si saranno solitamente verificate – in maniera pressoché identica – anche in casi diversi da quelli da cui origina la pronuncia della Corte Europea: infatti, poiché si tratterà – per lo più – di vizi “strutturali”, la violazione non è stata subita solo dal ricorrente vittorioso, ma da tutti coloro ai quali – ingiustamente, nell’ottica di Strasburgo – la norma censurata sia stata applicata. Se l’errore non è puntuale e occasionale, ma ciclico e cronico, tutti coloro che versano nelle medesime condizioni del ricorrente vittorioso dovrebbero avere diritto a un’adeguata *restitutio in integrum*.

⁶⁷ Così ROMEO, [L’orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore](#), in *questa Rivista*, 16 aprile 2012. Nel prosieguo, si userà l’espressione così coniata per indicare, appunto, coloro i quali non hanno adito la Corte Europea, pur versando nella medesima situazione del ricorrente vittorioso a Strasburgo.

⁶⁸ Si vedano le notazioni di UBERTIS, *op. cit.*, 6, il quale addirittura ritiene che detto rimedio dovrebbe essere esperibile nelle ipotesi in cui la violazione accertata dalla Corte EDU riguardi un *altro* Stato contraente, «subordinatamente all’applicazione della dottrina del margine di apprezzamento nazionale» (*ibid.*) e purché, ovviamente, la situazione sia identica.

⁶⁹ Così anche SCARABBA, *op. cit.*, 196 ss., che sottolinea come in alcuni Paesi del Consiglio d’Europa (Svezia, Belgio, Olanda, Moldavia) la revisione può essere richiesta anche dai “fratelli minori”; si tratta, comunque, di una minoranza.

Ovviamente, una tutela “*erga omnes*” dovrebbe essere garantita anche nelle ipotesi in cui la violazione dell’art. 6 CEDU sia dovuta non a un mal governo delle norme processuali da parte dei giudici, quanto alla necessaria applicazione di una legge processuale che – *ex se* e per qualche specifico profilo – viola i diritti dell’individuo. Ma in questo caso, comunque, la violazione processuale dovrebbe imporre non un semplice intervento in via esecutiva, quanto piuttosto una nuova celebrazione del processo, benché un simile strumento non sia ancora previsto nel nostro ordinamento per i “fratelli minori”: risulta necessario, dunque, un intervento in tal senso del legislatore.

Peraltro, non va dimenticato che, quando entrerà in vigore il Protocollo n. 16 alla CEDU, potranno sensibilmente ridursi le ipotesi in cui sarà necessario garantire un adeguamento al sistema convenzionale solo *post rem iudicatam*, poiché detto Protocollo introduce la facoltà per le autorità nazionali di ultima istanza di richiedere – nel corso del processo interno – un’opinione della Corte Europea sull’esatta interpretazione o applicazione della Convenzione. Si tratta, evidentemente, di un istituto simile al rinvio pregiudiziale in ambito UE, benché all’opinione della Corte EDU venga espressamente riconosciuto un valore non vincolante (art. 5 Protocollo n. 16). Una simile possibilità di investire “preventivamente” i giudici di Strasburgo, congiuntamente alla summenzionata precettività delle norme CEDU e ai margini di manovra consentiti dal principio dell’interpretazione conforme, dovrebbe portare a prevenire le violazioni della Convenzione e a ridurre, conseguenzialmente, gli interventi di rimozione del giudicato “convenzionalmente illegittimo”.

Tenendo in mente simili considerazioni, è ora possibile affrontare più da vicino la problematica relativa all’incidenza sul giudicato interno delle pronunce della Corte EDU che riconoscono una violazione attinente al diritto penale sostanziale.

4. La problematica esecuzione delle sentenze della Corte CEDU che accertano violazioni di diritto penale sostanziale. Considerazioni introduttive.

L’analisi degli effetti delle sentenze di condanna della Corte EDU sul giudicato interno, qualora vengano in gioco violazioni attinenti al diritto penale sostanziale, non può che iniziare dalle prospettabili trasgressioni dell’art. 7 CEDU, rubricato “*Nulla poena sine lege*”. Benché la norma si riferisca espressamente alla (sola) irretroattività della norma penale, per ciò che concerne sia la definizione dell’illecito, sia l’inflizione della pena, la Corte Europea ha ritenuto – da tempo – di poterne enucleare altri principi: innanzitutto, quelli di determinatezza, accessibilità e prevedibilità della legge penale, definiti da autorevole dottrina come i “corollari storico-universali”⁷⁰ del principio di legalità. Senza alcuna pretesa di completezza, posta l’ampiezza e la

⁷⁰ Così BERNARDI, “*Riserva di legge*” e fonti europee in materia penale, in *Ann. Univ. Ferrara-Sc. giur.*, Nuova serie, vol. XX, 2006, 39.

complessità della tematica, ci si limita a svolgere solo un duplice ordine di precisazioni sul punto.

In primo luogo, è opportuno ricordare che l'art. 7, par. 1 CEDU non menziona espressamente la "legge" come fonte della previsione del reato o della pena, ma fa un più generico riferimento al "diritto interno o internazionale"⁷¹. La dizione non deve sorprendere, posto che nel Consiglio d'Europa coesistono sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*: l'espressione "diritto interno", quindi, «non si riferisce [...] al solo diritto nazionale che trova fondamento nelle leggi emanate dal Parlamento, ma in generale a quello che deriva da una *qualsiasi delle fonti del diritto riconosciute nel singolo ordinamento*, ivi compreso il diritto non scritto di origine giurisprudenziale e persino consuetudinaria⁷²».

In secondo luogo, posto che dunque non rileva la fonte da cui una norma (penale, per quel che qui interessa) promana, ciò che rileva ai fini del rispetto dell'art. 7 della Convenzione è che la norma in questione risulti "accessibile" ("*accessible*") e le sue conseguenze "prevedibili" ("*foreseeable*"). Il rispetto di questi due parametri consente di ritenere soddisfatto, in ambito convenzionale, il principio di legalità, evidentemente inteso in chiave "sostanziale", piuttosto che meramente formale.

Pertanto, emerge chiaramente come – nell'ottica convenzionale – le differenze fra i tradizionali corollari del principio di legalità (e le rispettive infrazioni) tendono a svanire: ad esempio, il perimetro della violazione del principio di irretroattività finisce spesso per sovrapporsi e coincidere con quello della violazione del principio di tassatività. Infatti, se la base legale per una condanna è eccessivamente imprecisa, è come se – in chiave sostanziale – non esistesse, sicché può ben dirsi che il fatto non costituiva reato nel momento in cui è stato commesso. Com'è stato acutamente sottolineato, «i contorni di ciò che specificamente attiene alla legalità, alla precisione, alla determinatezza, alla tassatività e all'irretroattività si perdono e tutto confluisce nel valore garantistico fondamentale dell'*esclusione d'imprevedibili sorprese* da parte delle autorità pubbliche, giudici compresi, nei confronti dei diritti e delle libertà individuali⁷³».

Nonostante la sua evidente poliedricità, tuttavia, per lungo tempo si è ritenuto che l'art. 7 CEDU non implicasse anche il principio della *lex mitior*⁷⁴. Con un clamoroso *revirement*, questa impostazione è stata definitivamente abbandonata con la sentenza *Scoppola* del 2009, in cui si legge che «l'articolo 7 § 1 della Convenzione sancisce [...] anche, e implicitamente, il principio della *retroattività della legge penale meno severa*.

⁷¹ Quanto meno nella versione italiana e in quella francese ("*droit national ou international*"), posto che in quella inglese si parla di "*internal or international law*".

⁷² NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 59 (corsivo aggiunto).

⁷³ ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES-ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 107.

⁷⁴ Così Comm. eur. dir. uomo, 6 marzo 1978, *X. c. Repubblica Federale di Germania*, *Décisions et Rapports* (DR), 13, 70-72; C. eur. dir. uomo, (dec. sull'ammissibilità) 6 marzo 2003, *Zaprianov c. Bulgaria*; C. eur. dir. uomo, (dec. sull'ammissibilità) 5 dicembre 2000, *Le Petit c. Regno Unito*.

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'imputato⁷⁵».

Benché si tratti di uno degli approdi più recenti e innovativi in materia, è opportuno prendere le mosse proprio da questo caso, per la ricchezza di spunti di riflessione che esso ha offerto in merito all'incidenza delle sentenze della Corte EDU sul giudicato interno, qualora siano rilevate violazioni attinenti al diritto penale sostanziale.

5. Violazione dell'art. 7 (I): la *lex mitior*.

Prima di valutare nel dettaglio come il nostro ordinamento si è adeguato alla nota sentenza *Scoppola*, è necessario ricostruire brevemente il caso di specie da cui origina detta sentenza.

Il 2 settembre 1999, dopo una lite in famiglia, il signor Franco Scoppola uccise la moglie e ferì uno dei figli. Il signor Scoppola, arrestato il giorno successivo, fu rinviato a giudizio per omicidio, tentato omicidio, maltrattamenti in famiglia e porto abusivo di armi. Nell'udienza preliminare, tenutasi il 18 febbraio 2000, il ricorrente richiese di avvalersi del giudizio abbreviato. Com'è noto, una delle conseguenze più significative derivanti dalla scelta di questo rito consiste nella riduzione della pena, ai sensi dell'art. 442 comma 2 c.p.p., il cui testo era così formulato nel momento in cui il processo ebbe inizio: «In caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita di un terzo. Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta».

Il 24 novembre 2000 il GUP di Roma condannò dunque il signor Scoppola a trent'anni di reclusione. Lo stesso giorno entrò in vigore il d.l. 341/00 (poi convertito con l. 4/01), il cui art. 7 prevedeva: «1. Nell'articolo 442, comma 2, ultimo periodo, del codice di procedura penale, l'espressione "pena dell'ergastolo" deve intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno. 2. All'articolo 442, comma 2, del codice di procedura penale, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo"». La norma venne definita come *interpretativa autentica* e resa applicabile ai processi in corso ai sensi dell'art. 8 del medesimo decreto⁷⁶. In particolare, detto ultimo articolo riconosceva agli imputati la facoltà di revocare la richiesta di essere

⁷⁵ C. eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* (n. 2), par. 109, corsivo aggiunto (traduzione italiana a cura del Ministero della Giustizia).

⁷⁶ L'art. 7, con gli artt. 7-bis e 8, è incluso nel capo III del d.l. 341/00, rubricato «Interpretazione autentica dell'articolo 442 comma 2 del codice di procedura penale e disposizioni in materia di giudizio abbreviato nei processi per i reati puniti con l'ergastolo».

giudicati con rito abbreviato per far proseguire il processo con le forme di quello ordinario.

Avverso la summenzionata decisione del GUP propose ricorso per Cassazione la procura generale presso la Corte d'appello di Roma per errore di diritto, dal momento che il giudice non aveva applicato le nuove regole dettate dal decreto legge summenzionato. Nel febbraio 2001, il ricorrente fece appello, domandando, a titolo principale, di essere prosciolto per mancanza di elemento soggettivo o di capacità di intendere e di volere al momento del fatto e, a titolo subordinato, una riduzione di pena. Convertito il ricorso in appello, la Corte d'assise d'appello di Roma si pronunciò nel gennaio 2002 condannando il signor Scoppola all'ergastolo: applicò dunque il principio *tempus regit actum* e sottolineò come, pur avendone facoltà, il ricorrente non aveva ritirato la richiesta di farsi giudicare con il rito abbreviato.

Nel febbraio del 2002, il ricorrente propose ricorso per Cassazione, senza però contestare il profilo dell'applicazione della nuova normativa al caso di specie, ma continuando piuttosto a perseverare sulla linea della mancanza di imputabilità e/o di elemento soggettivo. Nel settembre del 2002, con decisione depositata nel gennaio 2003, la Cassazione respinse il ricorso (sent. n. 2592/2003).

Pochi mesi dopo, il ricorrente propose ricorso straordinario per errore di fatto ex art. 625-bis c.p.p., sostenendo, *inter alia*, che l'applicazione retroattiva del d.l. 341/00 violava i principi sanciti dagli artt. 6 e 7 CEDU e che la rinuncia alle garanzie processuali, concretatasi nella scelta del rito abbreviato, non era stata poi compensata dallo Stato che lo aveva condannato all'ergastolo. Nel maggio 2004 il ricorso venne dichiarato inammissibile dalla Corte di Cassazione. Già prima, però, nel marzo 2003, il signor Scoppola aveva adito la Corte EDU sostenendo la violazione dei due summenzionati articoli della Convenzione. Il ricorso, dichiarato parzialmente ricevibile, è stato poi rimesso alla Grande Camera, che nel settembre 2009 ha adottato il clamoroso *revirement* summenzionato, giustificato dall'approccio «dinamico ed evolutivo» che la Corte deve tenere, per far sì che le garanzie previste dalla Convenzione siano «concrete ed effettive, non teoriche e illusorie⁷⁷».

Ai fini del presente lavoro, è importante ricordare che la Corte non ritiene opportuno indicare delle misure generali da adottare, ma ritiene che il nostro Paese debba «assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente sia sostituita con una pena conforme ai principi enunciati nella presente sentenza, ossia una pena non superiore a quella della reclusione di anni trenta⁷⁸».

Orbene, nel caso di specie, il signor Scoppola ha ottenuto adeguata tutela dei propri diritti ricorrendo, dopo la sentenza di Strasburgo, alla Suprema Corte ex art. 625 bis c.p.p. e chiedendo innanzitutto la revoca della sentenza della Corte di Cassazione del settembre 2002 conclusiva del processo, e, quindi, la rideterminazione della pena a opera della Corte stessa, ovvero mediante rinvio ad altra sezione della Corte d'assise d'appello. La Corte regolatrice, dopo aver ricordato le varie soluzioni prospettate dalla

⁷⁷ C. eur. dir. uomo, *Scoppola c. Italia* (n. 2), cit., par. 104.

⁷⁸ *Ivi*, par. 154.

giurisprudenza per dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU e già passate in rassegna *supra*, ritiene che non sia necessario procedere a un nuovo giudizio di merito, in quanto sarebbe stato sufficiente procedere alla sola modifica della sanzione inflitta. La stessa Corte ritiene plausibile che ciò avvenga per il tramite dell'*incidente di esecuzione*: essa, infatti, ricorda che «la procura generale presso questa Corte ha trasmesso gli atti alla procura generale presso la corte di appello di Roma, “per quanto di competenza”, nell’evidente prospettiva di sollecitare il giudice dell’esecuzione all’adempimento dell’obbligo di conformarsi alla decisione della Corte Europea. Affidare al giudice dell’esecuzione il compito di *sostituire la pena inflitta* con la sentenza 10.1.2002 della corte di assise di appello di Roma è *pienamente conforme* alla normativa vigente⁷⁹».

Ciononostante, con un singolare avvitamento argomentativo, facendo leva sui principi dell’economia dei mezzi processuali e della ragionevole durata del processo, la Corte stessa procede sia alla revoca della precedente sentenza del settembre 2002 sia all’annullamento senza rinvio della sentenza della Corte d’assise d’appello limitatamente al trattamento sanzionatorio, che i medesimi giudici di legittimità rideterminano in anni trenta di reclusione. Si tratta di una decisione che è stata giustamente definita “singolare⁸⁰”, in quanto la Corte finisce inevitabilmente per forzare lo strumento di cui all’art. 625 *bis* c.p.p. pur di garantire una celere, ma comunque efficace, riparazione dei diritti violati del ricorrente.

Peraltro, lo “scollamento” tra soluzione prospettata come idonea (incidente di esecuzione) e quella effettivamente praticata (rideterminazione della pena in sede di decisione di un ricorso straordinario) emerge anche dalla Risoluzione con cui il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa dichiara chiuso l’esame del caso, ritenendo che l’Italia abbia ottemperato agli obblighi discendenti dall’art. 46 CEDU⁸¹. Infatti, alla Risoluzione è allegato in appendice un documento in cui il Governo italiano indica le misure individuali adottate nel caso di specie: ivi si legge che gli atti del procedimento sono stati trasmessi al giudice dell’esecuzione affinché provveda, con l’incidente di esecuzione, a modificare il *quantum* della sanzione. Subito dopo, si chiarisce però che è stata la Corte di Cassazione stessa a provvedere in tal senso.

⁷⁹ Cass. pen., sez. V, 28 aprile 2010 (ud. 11 febbraio 2010), n. 16507, Scoppola (corsivi aggiunti). Peraltro, nel provvedimento con cui il Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, all’indomani della sentenza *Scoppola* della Corte EDU, aveva trasmesso gli atti alla Procura Generale presso la Corte d’appello di Roma si leggeva che «tra i mezzi disponibili nell’ordinamento interno per assicurare la restitutio in integrum è compreso il rimedio dell’incidente di esecuzione» e che «tra i poteri del giudice dell’esecuzione la giurisprudenza annovera anche quello di *modificare la pena inflitta in virtù di fatto sopravvenuto al giudicato*, nella specie costituito dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo pronunciata il 17 settembre 2009 nel caso *Scoppola*» (Provvedimento del 29 ottobre 2009 a firma del Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione Eugenio Selvaggi, con cui si trasmettono gli atti alla Procura Generale presso la Corte d’appello di Roma quale organo di esecuzione della sentenza pronunciata nei confronti di Scoppola Franco, pubblicato in *Cass. pen.*, 10/2010, 3393-3394, corsivo aggiunto).

⁸⁰ MUSIO, *Il “caso Scoppola” dalla Corte europea alla Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 1/2011, 218.

⁸¹ *Resolution CM/ResDH(2011)66. Execution of the judgment of the European Court of Human Rights Scoppola against Italy*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa in data 8 giugno 2011.

In ogni caso, appaiono opportune due notazioni sul punto. In primo luogo, al di là della peculiare soluzione escogitata nella vicenda *de qua*, sembra plausibile sostenere che, nelle future ipotesi di eventuale violazione della *lex mitior* accertata dalla Corte Europea, qualora si debba poi rideterminare la pena comminata per conformarsi all'obbligo *ex art. 46 CEDU*, il ricorrente vittorioso potrà ottenere adeguata tutela delle sue ragioni per il tramite dell'incidente di esecuzione: la revisione del processo non sembra necessaria per procedere alla sola modifica della sanzione. Se la *restitutio in integrum* del ricorrente può essere ugualmente ottenuta con un altro, più celere, strumento è a questo (nella specie, l'incidente di esecuzione) che dovrà farsi ricorso.

In secondo luogo, e più in generale, la sentenza della Cassazione con cui si chiude il caso *Scoppola* conferma che, per riparare alle violazioni attinenti al diritto penale sostanziale, il ricorrente può servirsi del procedimento *ex artt. 666 e ss. c.p.p.*, quantomeno nelle ipotesi in cui non residuino dei margini di discrezionalità che sia opportuno riservare al giudice interno mediante la revisione del processo⁸². Il caso *Scoppola*, sotto questo ultimo profilo, non rivelava particolari complessità, in quanto la sostituzione dell'ergastolo con la pena di reclusione trentennale si configurava come obbligata per garantire il rispetto del dettato convenzionale.

Tuttavia, potrebbero anche verificarsi ipotesi in cui alla violazione dell'art. 7 CEDU debba rimediarsi con una nuova rideterminazione discrezionale della pena, senza che il giudice interno possa adottare una soluzione secca come nel caso del sig. Scoppola. Ad esempio, ciò sembra prospettabile nel prosieguo del caso *Maktouf e Damjanović c. Bosnia Erzegovina*, in cui si legge che «*the Court considers that there has been a violation of Article 7 of the Convention in the particular circumstances of the present case. This conclusion should not be taken to indicate that lower sentences ought to have been imposed, but simply that the sentencing provisions of the 1976 Code should have been applied in the applicants' cases*»⁸³. *Quid iuris* in questi casi? Alla luce dei principi emersi in alcune recenti pronunce delle Sezioni Unite (vd. *infra*), qualora una simile situazione si verificasse nel nostro ordinamento sembrerebbe limitatamente praticabile la via dell'incidente di esecuzione, nonostante gli inevitabili margini residui di discrezionalità in capo al giudice interno.

Come si vedrà, infatti, alla luce dell'interpretazione estensiva delle regole *ex art. 666 ss. c.p.p.* fornita dalla Corte regolatrice, nei casi in cui fosse sufficiente l'esercizio di limitati poteri valutativi per adeguarsi al *dictum* della Corte EDU, si potrebbe procedere in via esecutiva, con l'unico limite per il giudice dell'esecuzione di non adottare decisioni contraddittorie rispetto a quelle del giudice della cognizione. Qualora, invece, si rivelasse necessaria una complessiva rivalutazione di tutte le

⁸² Così anche GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte Europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in Cass. pen., 5/2010, 2030, il quale, peraltro, ritiene condivisibile la soluzione praticata dalla Suprema Corte nel caso *de quo*.

⁸³ C. eur. dir. uomo, 18 luglio 2013, *Maktouf e Damjanović c. Bosnia Erzegovina*, par. 76, in questa Rivista, con nota di MAZZACUVA, [La Corte europea torna sul principio di legalità della pena e chiarisce la portata della c.d. formula di Radbruch](#), 17 settembre 2013.

circostanze del caso di specie, sembrerebbe obbligato il ricorso alla “revisione europea”.

5.1. I “fratelli minori”.

Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente attengono alla posizione del signor Scoppola e alle possibilità di questi di ottenere l’esecuzione della sentenza della Corte Europea nel nostro ordinamento. La sentenza *Scoppola*, però, ha aperto degli interessanti scenari anche per quanto concerne il rimedio esperibile dai “fratelli minori”. All’indomani della sentenza di Strasburgo, infatti, i giudici italiani vennero investiti da una serie di ricorsi da parte di questi soggetti, i quali chiedevano anch’essi la rideterminazione della pena in anni trenta di reclusione. La giurisprudenza sembrava orientata nel senso di garantire una modifica *in executivis* qualora la situazione prospettata fosse assolutamente identica a quella del sig. Scoppola⁸⁴. D’altronde, nella summenzionata appendice alla Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa del 2011 sul caso *Scoppola*, le autorità italiane avevano sottolineato che le eventuali violazioni dei diritti di coloro che si trovassero nella medesima situazione del ricorrente avrebbero ottenuto adeguata riparazione proprio con lo strumento dell’incidente di esecuzione. Evidentemente, ciò deve essere sembrato sufficiente anche al Comitato dei Ministri, che ha appunto chiuso il caso. Questa via era stata anche prospettata da una parte della dottrina⁸⁵, laddove altri avevano ritenuto che l’unico rimedio esperibile fosse quello di chiedere la grazia al Presidente della Repubblica⁸⁶. Peraltro, si ricordi che la via della grazia era stata sondata come possibile soluzione (poi non praticata) anche nel caso *Dorigo*; tuttavia, era stata ritenuta in prima battuta non sufficiente, *da sola*, a riparare alle sofferenze sofferte dal ricorrente⁸⁷.

In ogni caso, per ottenere maggiore certezza sulla soluzione da adottare per i “fratelli minori”, le Sezioni Unite vennero chiamate a pronunciarsi sulla seguente questione di diritto: «se il giudice dell’esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte EDU con la sentenza 17/09/2009, *Scoppola c. Italia*, possa sostituire la pena

⁸⁴ Ad esempio, la Corte d’assise di Caltanissetta aveva respinto una simile istanza di un condannato sulla base della duplice considerazione che questi non aveva adito la Corte Europea e che, comunque, la sua situazione era molto diversa da quella del sig. Scoppola (la decisione è pubblicata in *questa Rivista*, con la serrata nota critica di 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). Nel senso che la difformità del caso di specie non consentiva l’acritica trasposizione dei principi enucleati dalla sentenza del giudice di Strasburgo si era espressa anche, tra le altre, Cass. pen., sez. I, 9 febbraio 2012 (ud. 11 gennaio 2012), n. 5134. Vd. anche Cass. pen., sez. I, 26 giugno 2012 (ud. 10 gennaio 2012, n. 25227), che conferma la correttezza della decisione della Corte d’assise d’appello di Catanzaro, quale giudice dell’esecuzione, di modificare la pena dell’ergastolo in quella della reclusione trentennale per un condannato che si era trovato in una situazione identica a quella del sig. Scoppola.

⁸⁵ VIGANÒ, *op. ult. cit.*

⁸⁶ ROMEO, *L’orizzonte dei giuristi*, *op. cit.*

⁸⁷ Vd. il Memorandum preparato dal Dipartimento Generale dei Diritti Umani a proposito delle misure individuali da adottare nel caso *Dorigo*.

dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi intervenute in materia, di quella più favorevole⁸⁸».

Tuttavia, benché nella prima parte della sua decisione la Corte sembri alludere alla possibilità che il giudice dell'esecuzione, debitamente adito dai “fratelli minori” di Scoppola, possa procedere a rideterminare la pena senza ulteriori difficoltà, essa non giunge effettivamente a questa decisione⁸⁹: non risponde direttamente al quesito, ma solleva questione di legittimità costituzionale dei summenzionati artt. 7 e 8 d.l. 341/00, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1 Cost. (quest'ultimo in riferimento all'art. 7 CEDU). Pertanto, la Corte Suprema, nella sua massima composizione, non ha ritenuto opportuno accogliere *de plano* il summenzionato orientamento “aperturista” delle sezioni semplici, che aveva dato luogo a una «soluzione più radicale di quella assunta, nell'aprile del 2012, dalle Sezioni unite e coerentemente applicativa, *omisso medio*, della sentenza europea: soluzione, peraltro, propugnata anche nella requisitoria scritta rassegnata all'udienza del 19 aprile 2012 dinanzi alle Sezioni unite dalla Procura generale della Repubblica presso la Corte di cassazione⁹⁰».

La Corte costituzionale, con la sent. n. 210/13, ritiene fondata la questione sollevata dalle Sezioni Unite e coglie ancora una volta l'opportunità di chiarire alcuni profili problematici inerenti al rapporto tra il nostro ordinamento e quello convenzionale. Come anche la Corte Suprema nell'ordinanza di rimessione, la Corte costituzionale ribadisce innanzitutto la *fisiologica flessibilità del giudicato*, prevista in diverse ipotesi nel nostro ordinamento, e chiarisce che – nel caso alla sua attenzione – non è certamente idoneo il rimedio della revisione. Poiché deve solo procedersi alla sostituzione della pena irrogata, peraltro nei limiti precisi già indicati dal legislatore (trent'anni al posto dell'ergastolo), è possibile procedere con l'incidente di esecuzione «specie se si considera l'ampiezza dei poteri ormai riconosciuti dall'ordinamento processuale a tale giudice, che non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, a incidere su di esso⁹¹».

Affinché si possa procedere *in executivis*, dunque, la Corte ha ritenuto giustamente necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1 d.l. 341/00, di cui viene riconosciuta la natura solo apparentemente interpretativa, che ne ha consentito una (altrimenti illegittima) applicazione retroattiva. Poiché un simile effetto retroattivo ha incontrato la censura della Corte Europea nel caso *Scoppola*, la Consulta ha dunque accolto la questione di legittimità sollevata per violazione dell'art. 117, comma 1 Cost., con l'art. 7 CEDU quale norma interposta. D'altronde, non era evidentemente praticabile la via dell'interpretazione conforme, posto che la

⁸⁸ Cass. pen., sez. un., 10 settembre 2012 (ud. 19 aprile 2012), n. 34472, par. 1 (in diritto).

⁸⁹ Per questa apparente contraddittorietà della pronuncia vd. GAMBARELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza “Scoppola”*, in Cass. pen., 12/2012, 3392.

⁹⁰ 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, 263 (corsivo aggiunto).

⁹¹ Corte cost., sent. n. 210/13, par. 8 (in diritto), corsivo aggiunto.

disposizione in questione aveva un contenuto inequivoco ed era in patente contrasto con la Convenzione Europea.

Interessante è, in particolare, un passo della sentenza in commento in cui la Corte – allineandosi alla soluzione prospettata dal giudice *a quo* – ritiene rilevante la questione sottopostale poiché viene in gioco «una decisione della Corte europea *in materia sostanziale*, relativa ad un caso che sia *identico a quello deciso* e *non richieda la riapertura del processo*, ma possa trovare un rimedio direttamente in sede esecutiva»⁹². Se, invece, la Corte EDU rileva una violazione dell'art. 6 della Convenzione, l'*error in procedendo* accertato imprime alla sentenza di Strasburgo una natura così “specificata” (nel senso di indissolubilmente legata al caso di specie) che diventa difficile – solitamente – estenderne gli effetti al di là della vicenda concreta che l'ha originata. In altri termini, poiché ogni processo è una storia a sé, i “fratelli minori” non potranno trovare tutela ricorrendo all'incidente di esecuzione, ma dovranno adire essi stessi la Corte EDU per ottenere adeguata tutela dei propri diritti.

Insomma, anche la Corte costituzionale conferma il quadro che si è delineato finora: un intervento in via di esecuzione è solitamente la soluzione migliore per far fronte a intervenute violazioni di diritto penale sostanziale, che hanno per loro natura una “vocazione” *erga omnes*. Dunque, se simili infrazioni si sono verificate anche nei confronti di soggetti che non abbiano fatto ricorso a Strasburgo, questi potranno (e dovrebbero) ottenere una maggiore tutela rispetto a quella che potrebbero ricevere qualora la violazione rilevata dalla Corte di Strasburgo attenesse all'art. 6 CEDU (e, quindi, allo svolgimento – iniquo – del processo⁹³).

Questa soluzione trova nuova conferma nella sentenza delle Sezioni Unite relativa al medesimo caso nel cui ambito era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale e pronunciata dopo la risposta del Giudice delle Leggi⁹⁴. La Corte, infatti, nella sentenza *Ercolano* detta specificamente le quattro condizioni in presenza delle quali è possibile che i “fratelli minori” di Scoppola attivino la procedura dell'incidente di esecuzione per ottenere adeguata tutela dei propri diritti: a ben vedere, in realtà, le indicazioni della Cassazione sembrano essere dettate anche per casi diversi da quelli relativi alla violazione del principio della *lex mitior*, ma pur sempre attinenti al diritto penale sostanziale; insomma, come spesso accade nelle ipotesi di pronunce a Sezioni Unite, la Corte sembra aver colto l'occasione per adottare una decisione che assume i tratti – per usare un'espressione mutuata dall'ambito CEDU – di una “sentenza pilota”.

⁹² *Ibid.* (corsivo aggiunto).

⁹³ Critico, sul punto, TROISI, *op. cit.*, 22, il quale sottolinea che, anche nelle ipotesi di violazioni del principio del giusto processo, dovrebbe essere consentito a chi versi in una situazione analoga a quella del ricorrente vittorioso di ottenere adeguata tutela dei propri diritti, rimettendo in discussione il giudicato: tuttavia, lo stesso Autore riconosce che, *rebus sic stantibus*, manca uno strumento idoneo per procedere in tal senso, poiché l'incidente di esecuzione si limita a “congelare” l'esecuzione della pena, mentre la “revisione europea” non è attivabile dai “fratelli minori”.

⁹⁴ Cass. pen., 7 maggio 2014 (ud. 24 ottobre 2013), *Ercolano*, cit.

La prima delle summenzionate quattro condizioni attiene alla necessaria *identità* tra la questione controversa e quella decisa dalla Corte EDU: è evidente che questo requisito serve per superare, in radice, la classica obiezione secondo la quale la Corte di Strasburgo è “giudice del caso concreto”, le cui conclusioni non potrebbero pertanto essere estese oltre la vicenda specifica su cui essa si è pronunciata. In realtà, è ormai evidente che la Corte Europea abbia perso questa limitata (e limitante) caratterizzazione: nel momento in cui la prassi di suggerire “misure generali” per riparare alle violazioni dei diritti umani occorre viene addirittura formalizzata nell’istituto delle “sentenze pilota”, si assiste a un’evoluzione profonda, ma in definitiva apprezzabile, della missione della Corte stessa. Al di là di ciò, è evidente che questa tendenza a “espandersi”, oltre il caso concreto, a tutte le altre ipotesi a esso assimilabili, sia diventata un’esigenza anche pratica della Corte Europea, che è “vittima del suo successo”: il numero dei casi sottoposti alla sua attenzione, infatti, è aumentato vertiginosamente nel corso degli anni, sicché l’istituto delle sentenze pilota dovrebbe consentire un alleggerimento del carico di lavoro⁹⁵.

Il secondo requisito enucleato dalla Corte regolatrice è così formulato: «la decisione sovranazionale, alla quale adeguarsi, deve avere rilevato un vizio strutturale della *normativa interna sostanziale*, che definisce le pene per determinati reati, in quanto non coerente col principio di retroattività in *mitius*⁹⁶». Si è già più volte chiarita la *ratio* sottesa a questo requisito, ricollegabile alla diversità “fisiologica” delle violazioni di diritto penale sostanziale rispetto a quelle di diritto processuale. Peraltro, la natura “*strutturale*” del vizio riscontrato dal giudice di Strasburgo implica che esso sia frutto di una «cronicità sistemica» dell’ordinamento⁹⁷: pertanto, ciò dovrebbe suggerire un intervento riparatore del legislatore, in mancanza del quale e in presenza dei presupposti qui elencati, potrà intervenire la giurisprudenza. Ancora a proposito del requisito in commento, si può ben ritenere che esso – formulato con evidente riferimento alla *lex mitior* – resti valido anche per “*vizi strutturali della normativa interna sostanziale*” che non abbiano necessariamente a oggetto la retroattività della norma penale più favorevole: potrebbero, ad esempio, venire in considerazione profili sostanziali attinenti alla sanzione prevista per un certo reato, ritenuta sproporzionata dal giudice di Strasburgo (vd. *infra*, par. 8).

⁹⁵ Che la sentenza della Corte EDU abbia un’“efficacia espansiva” che trascende il caso concreto sembra essere definitivamente acquisito anche dalla nostra Corte costituzionale, che con la sent. n. 135/2014 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 666, comma 3, 678, comma 1, e 679, comma 1 c.p.p., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l’applicazione delle *misure di sicurezza* si svolga, davanti al magistrato di sorveglianza e al tribunale di sorveglianza, nelle forme dell’udienza pubblica: l’accoglimento della questione di legittimità costituzionale – per violazione degli artt. 111, comma 1 e 117, comma 1 Cost. – è frutto della trasposizione dei principi enucleati dalla Corte EDU nei procedimenti per l’applicazione delle *misure di prevenzione* e per la *riparazione dell’ingiusta detenzione* (per una simile riflessione vd. PETRALIA, *Il principio di sussidiarietà nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, intervento all’incontro di formazione “Il ricorso alla Corte europea dei diritti dell’uomo e gli effetti delle sentenze della Corte”, Catania, 3 ottobre 2014).

⁹⁶ Cass. pen., 7 maggio 2014 (ud. 24 ottobre 2013), Ercolano, cit., par. 9.3 (in diritto), corsivo aggiunto.

⁹⁷ *Ivi*, par. 3.1 (in diritto).

Il terzo requisito elencato dalla Corte per poter procedere, in via di esecuzione, alla riparazione dei diritti violati dei “fratelli minori” del ricorrente vittorioso, consiste nella possibilità d’interpretare la normativa interna in senso *convenzionalmente orientato*; qualora ciò non fosse possibile, dovrà invece procedersi con la *declaratoria d’incostituzionalità* della medesima normativa (com’è accaduto nella vicenda di specie)⁹⁸. Con questo requisito, pertanto, la Corte di Cassazione sembra – naturalmente – confermare il suo orientamento prudenziale espresso nell’ordinanza di rimessione del 2012: nelle ipotesi dei “fratelli minori”, il giudice dell’esecuzione non può procedere *direttamente* alla modifica della pena che contrasta con l’ordinamento convenzionale, ma dovrà innanzitutto valutare se esistono margini per una interpretazione “convenzionalmente” conforme della normativa interna lesiva delle garanzie della CEDU; in caso negativo, dovrà quindi chiedere al Giudice delle Leggi che la norma censurata a Strasburgo venga espunta dal nostro sistema legale. D’altronde, la mera uguaglianza di condizioni in cui versano il ricorrente vittorioso e i “fratelli minori” non è sufficiente, nell’ottica della Corte, per consentire a questi ultimi di ottenere *automaticamente* un’adeguata riparazione dei propri diritti: «v’è, infatti, una *radicale differenza* tra chi, a fronte di un giudicato interno di condanna ritenuto convenzionalmente illegittimo, propone tempestivamente ricorso alla Corte di Strasburgo con esito positivo e chi, invece, non si avvale di tale facoltà, con l’effetto che il decisum nazionale non è più suscettibile del rimedio giurisdizionale previsto dal sistema convenzionale Europeo⁹⁹».

Infine, ultimo requisito per poter imboccare la via descritta finora, è che la riparazione dei diritti violati non debba richiedere la riapertura del processo: sostiene infatti la Corte che «l’accoglimento della questione sollevata deve essere l’effetto di una *operazione sostanzialmente ricognitiva* e non deve richiedere la riapertura del processo»¹⁰⁰. Si tratta di una valutazione molto delicata, che impone di tenere in debito conto le indicazioni contenute nella sentenza della Corte Europea, nonché le peculiarità della violazione da essa riscontrata. Non è sempre detto, infatti, che l’infrazione commessa dallo Stato sia riconducibile a casi come quelli del sig. Scoppola e dei suoi fratelli minori, in cui le norme in gioco prevedono seccamente la pena da applicare. Quando, pertanto, all’esito del giudizio della Corte di Strasburgo residuano al giudice interno margini di discrezionalità per la rideterminazione della pena, i fratelli minori non potrebbero né richiedere un intervento del giudice di esecuzione né optare per la “revisione europea” (che la sent. n. 113/11 configura come esperibile solo dal ricorrente vittorioso): l’unica soluzione, pertanto, sembrerebbe quella di adire la Corte Europea, purché vengano rispettati i termini previsti dalla Convenzione. Come si vedrà *infra*, l’inequivocabilità di una simile impostazione potrebbe considerarsi limitatamente mitigata da alcune considerazioni delle stesse Sezioni Unite in una (di poco) successiva pronuncia.

⁹⁸ *Ivi*, par. 9.3 (in diritto), corsivo aggiunto.

⁹⁹ *Ivi*, par. 7 (in diritto), corsivo aggiunto.

¹⁰⁰ *Ivi*, par. 9.3 (in diritto), corsivo aggiunto.

In ogni caso, è evidente che – nel futuro – molto dipenderà dalle peculiarità della violazione di volta in volta riscontrata dalla Corte Europea, così come è evidente che non potrebbe comunque tollerarsi che, a fronte di violazioni patenti dei diritti umani accertate (direttamente o indirettamente) dalla Corte Europea, continui a eseguirsi una pena (convenzionalmente, e quindi costituzionalmente) illegittima. A ciò si aggiunga, d'altro canto, che è ormai pacifico che «*i margini di manovra che l'ordinamento processuale riconosce alla giurisdizione esecutiva sono molto ampi*. I poteri di questa non sono circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, ma possono incidere, in vario modo, anche sul contenuto di esso, allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza, lo esigano¹⁰¹».

La sentenza *Ercolano* contiene poi delle ulteriori, interessanti notazioni. Come si è visto (vd. *supra*, par. 1), le Sezioni Unite elencano una serie di ipotesi in cui il giudicato è recessivo di fronte ad altre istanze: in particolare, all'ipotesi di cui all'art. 2, comma 3 c.p. è accostata – in via analogica – «*il novum dettato dalla Corte EDU in tema di legalità convenzionale della pena [...]: in entrambi i casi [...] 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 alla più "alta valenza fondativa" dello statuto della pena, la cui legittimità deve essere assicurata anche in executivis, fase in cui la sanzione concretamente assolve la sua funzione rieducativa, in una dimensione ovviamente dinamica e, quindi, in termini di attualità*»¹⁰². Per queste ragioni, la sede ideale per rimuovere le violazioni accertate è riconosciuta nell'incidente di esecuzione. Non è invece necessario invocare, continua la Corte, la disciplina di cui all'art. 673 c.p.p., che si applica solo nelle ipotesi di abrogazione o di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice. Questa disposizione, infatti, «non lascia spazio per essere interpretata anche nel senso di legittimare un intervento selettivo del giudice dell'esecuzione sul giudicato formale nella sola parte relativa all'aspetto sanzionatorio ad esso interno e riferibile al titolo di reato non attinto da perdita di efficacia»¹⁰³.

È sufficiente, invece, richiamarsi all'art. 30, comma 4 l. 87/53, il quale prevede che, quando in applicazione di una norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali. Questa disposizione ha un maggiore ambito di applicazione dell'art. 673 c.p.p. (che invece riguarda solo le modifiche della norma incriminatrice, e non quelle relative al *quantum* della sanzione): dunque, «non è estraneo alla ratio del richiamato L. n. 87 del 1953, art. 30, comma 4, l'impedire che anche una sanzione penale, per quanto inflitta con una sentenza divenuta irrevocabile, venga ingiustamente sofferta sulla base di una norma dichiarata successivamente incostituzionale: la conformità a legge della pena, e

¹⁰¹ *Ivi*, par. 9 (in diritto), corsivo aggiunto. Una simile posizione, come si è visto, è stata accolta anche dalla Corte costituzionale nella sent. n. 210/13 (vd. *supra* nel testo).

¹⁰² Cass. pen., 7 maggio 2014 (ud. 24 ottobre 2013), *Ercolano*, cit., par. 7.3 (in diritto), corsivo aggiunto.

¹⁰³ *Ivi*, par. 9.2 (in diritto).

in particolare di quella che incide sulla libertà personale, deve essere costantemente garantita dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione»¹⁰⁴.

La specificazione della Corte sull'art. 673 c.p.p. è interessante nella misura in cui si ricordi che, in effetti, alcuni autori avevano prospettato un ricorso al rimedio della revoca della sentenza per consentire un'adeguata esecuzione delle sentenze della Corte EDU. Si era, ad esempio, suggerita una modifica dell'art. 673 c.p.p. nel senso di consentire al giudice dell'esecuzione di revocare una sentenza ritenuta non equa dai giudici di Strasburgo, anche nelle ipotesi in cui le violazioni attengano – come nel caso Scoppola – alla (sola) determinazione della pena: nella vicenda del signor Scoppola, ciò avrebbe consentito al giudice dell'esecuzione di revocare la sentenza di appello, facendo “rivivere” le statuizioni del giudice di primo grado che aveva correttamente condannato il sig. Scoppola a trent'anni di reclusione¹⁰⁵. Non sembrerebbe, comunque, che una modifica di questo tipo autorizzi i “fratelli minori” a servirsi del medesimo strumento per ottenere adeguata tutela dei propri diritti¹⁰⁶. In ogni caso, come si è visto *supra*, né un simile intervento sull'art. 673 c.p.p. è stato mai contemplato in alcuna proposta di legge finora elaborata né le Sezioni Unite hanno ritenuto opportuno battere questa via.

La sentenza *Ercolano* è dunque di fondamentale importanza, in quanto fornisce le coordinate essenziali che nel futuro potranno e dovranno guidare gli interpreti nei casi in cui la sentenza di condanna della Corte Europea attenga a profili di diritto penale sostanziale. Tuttavia, dalle considerazioni che precedono sembrano emergere delle ipotesi in cui i “fratelli minori” non possano ottenere alcun adeguato rimedio delle violazioni subite: nonostante il limitato ampliamento delle prospettive di tutela in sede esecutiva – garantito dalla sentenza *Gatto* (vd. immediatamente *infra*) – risulta comunque necessario e auspicabile un intervento del legislatore, ovvero, in mancanza di questo, una nuova pronuncia additiva della Corte costituzionale.

5.2. La consacrazione dell'incidente di esecuzione quale rimedio all'illegittimità (lato sensu) della pena: la sentenza *Gatto* delle Sezioni Unite e gli effetti della sent. n. 32/14 della Corte costituzionale.

Le considerazioni svolte dalla Corte di Cassazione nella sentenza *Ercolano* hanno trovato conferma in un'altra recente pronuncia delle Sezioni Unite¹⁰⁷, altrettanto rilevante ai fini della presente trattazione, benché relativa a una questione non

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Così ICHINO, *L'“affaire Scoppola c. Italia” e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2/2010, 849.

¹⁰⁶ *Contra* tuttavia GAMBARDILLA, *Il caso “Scoppola”, op. cit.*, 2030, il quale auspica una modifica dell'art. 673 c.p.p. o per via normativa o per il tramite di una pronuncia additiva della Corte costituzionale.

¹⁰⁷ *Cass. pen.*, sez. un., 14 ottobre 2014 (ud. 29 maggio 2014), n. 42858, *Gatto*, in *questa Rivista*, [L'attesa sentenza delle Sezioni Unite sulla rideterminazione della pena in executivis](#), 16 ottobre 2014.

affidente ai rimedi giurisdizionali praticabili nelle ipotesi di accertata violazione della CEDU.

La questione di diritto affrontata dalla Corte nel caso in questione era la seguente: «Se, successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, possa comportare una rideterminazione della pena in sede di esecuzione»¹⁰⁸. Il problema era stato sollevato per le inevitabili ricadute della sentenza n. 251/12 della Corte costituzionale, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 69, comma 4 c.p., come sostituito dall'art. 3 della legge 251/05, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5 d.P.R. 309/1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4 c.p.: *quid iuris* per i soggetti già condannati in via definitiva?

Le conclusioni della Corte di Cassazione confermano quanto già da essa statuito nella sentenza *Ercolano*, in quanto le Sezioni Unite giungono a enunciare il principio di diritto secondo cui «successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la rideterminazione della pena, che non sia stata interamente espiata, da parte del giudice dell'esecuzione»¹⁰⁹. Il percorso argomentativo che conduce la Corte regolatrice a questa conclusione è di estremo interesse ai fini della tematica in discussione, ed è quindi necessario ripercorrerlo brevemente.

Innanzitutto, le Sezioni Unite svolgono un'ampia e dettagliata opera ricognitiva della giurisprudenza successiva alla sent. n. 249/10 della Corte costituzionale, che aveva dichiarato l'incostituzionalità della circostanza aggravante della clandestinità, e aderiscono a quell'orientamento maggioritario che riteneva possibile rideterminare la sanzione comminata *in sede di esecuzione*, con l'eliminazione del solo incremento di pena legato all'applicazione dell'aggravante stessa. La Corte ribadisce, infatti, che il fondamento di un simile potere del giudice dell'esecuzione non va identificato nell'art. 673 c.p.p., bensì nel già menzionato art. 30, comma 4 l. 87/53, che quindi deve trovare applicazione anche nei casi in cui a essere dichiarata incostituzionale sia non una norma incriminatrice, bensì una norma diversa che incida comunque sulla determinazione della pena.

I motivi di una simile opzione ermeneutica sono minuziosamente descritti nella pronuncia in commento, e possono qui essere brevemente ricondotti a tre ordini di ragioni. *In primis*, la Corte sottolinea la fondamentale distinzione che intercorre tra abrogazione e declaratoria di incostituzionalità di una norma penale: mentre la prima ne fa cessare gli effetti *ex nunc*, l'intervento ablativo della Corte costituzionale produce (e deve produrre) effetti *ex tunc*, perché la norma rimossa era affetta da un'invalidità originaria. Detta norma «deve dunque considerarsi *tamquam non fuisset*, perciò inidonea a fondare atti giuridicamente validi, per cui tutti gli effetti pregiudizievoli

¹⁰⁸ *Ivi*, par. 1 (in diritto).

¹⁰⁹ *Ivi*, par. 13 (in diritto).

derivanti da una sentenza penale di condanna fondata, sia pure parzialmente, sulla norma dichiarata incostituzionale devono essere rimossi dall'universo giuridico, ovviamente nei limiti in cui ciò sia possibile, non potendo essere eliminati gli effetti irreversibili perché già compiuti e del tutto consumati»¹¹⁰.

Se la pena è *ancora in corso di espiazione*, infatti, è evidente che gli effetti della condanna “ingiusta” non si sono del tutto compiuti e consumati: chiarisce la Corte che l'esecuzione della pena «implica esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena. 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»¹¹¹.

Questa specificazione è di fondamentale importanza, poiché è indubbio che una declaratoria di incostituzionalità non può produrre i suoi effetti su situazioni ormai “esaurite”: un certo orientamento giurisprudenziale, richiamato e sconfessato dalle Sezioni Unite, riteneva però esauriti «quei rapporti che hanno trovato la loro definitiva e irretrattabile conclusione mediante sentenza passata in giudicato», i cui effetti non verrebbero «intaccati dalla successiva pronuncia di incostituzionalità»¹¹². L'erroneità di una simile impostazione, dunque, è stata definitivamente sancita dalle Sezioni Unite, quanto meno con riferimento al diritto penale sostanziale¹¹³.

Insomma, una coerente applicazione dell'art. 30, comma 4 l. 87/53 impone che si revochi la condanna fondata – anche se solo relativamente a un aspetto circostanziale – su una norma dichiarata incostituzionale, nonostante l'eventuale passaggio in giudicato e finché la pena non sia stata integralmente scontata.

Infatti, ed è questo il secondo ordine di ragioni cui le Sezioni Unite fanno ricorso, non è più ammissibile una «concezione “assolutistica” del giudicato, come norma del caso concreto, insensibile alle evenienze giuridiche successive all'irrevocabilità della sentenza»¹¹⁴: si tratta di una interpretazione tradizione (e tradizionalistica) dell'istituto *de quo*, fortemente ridimensionata nel corso degli anni dalla dottrina, dalla giurisprudenza e soprattutto dal legislatore. Interessante è, a questo proposito, la moderna “rilettura” offerta dalla Corte del valore del giudicato nell'ottica penalistica: «[...] in ambito penale la forza della cosa giudicata nasce certamente dall'ovvia necessità di certezza e stabilità giuridica [...] ma essa deriva soprattutto dall'esigenza di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale e si esprime

¹¹⁰ *Ivi*, par. 5.1 (in diritto).

¹¹¹ *Ivi*, par. 8.1 (in diritto).

¹¹² *Ivi*, par. 6 (in diritto).

¹¹³ Infatti, nel diritto civile sembra essere ancora valida l'equazione tra “rapporto esaurito” e “accertamento passato in giudicato”; tuttavia, la stessa Corte regolatrice non può fare a meno di sottolineare come, anche in quest'ambito, il dogma dell'intangibilità del giudicato sia stato recentemente posto in crisi da alcune importanti pronunce della Corte di Giustizia del Lussemburgo: in particolare, sono richiamati i noti casi *Lucchini* (Corte Giust. CE, 18 luglio 2007, C-119/05) e *Olimpiclub* (Corte Giust. CE, 3 settembre 2009, C-2/08).

¹¹⁴ Cass. pen., 14 ottobre 2014 (ud. 29 maggio 2014), Gatto, cit., par. 6 (in diritto), corsivo aggiunto.

essenzialmente nel *divieto di bis in idem*, che assume nel vigente diritto processuale penale la portata e la valenza di principio generale [...]»¹¹⁵.

Ulteriore riprova di questa interpretazione “garantistica” del valore del giudicato è appunto rappresentata tanto dalla sentenza *Ercolano* quanto dalla sentenza n. 113/11. A tal proposito, la chiosa delle Sezioni Unite è estremamente interessante, in quanto sembra realizzare un “circolo virtuoso” nel dialogo interordinamentale tra Corti: si legge, infatti, che «non esiste alcuna ragione per ritenere flessibile e cedevole il giudicato (quanto al trattamento sanzionatorio) fondato su norme nazionali violatrici della CEDU e, per contro, intangibile quello fondato su norme dichiarate illegittime per violazione della Costituzione»¹¹⁶.

Infine, il terzo ordine di ragioni su cui si fondano le conclusioni della sentenza attiene alla già menzionata possibilità di consentire la commutazione della pena – irrogata sulla base di norme poi dichiarate incostituzionali – in una pena equa grazie ad apposito incidente di esecuzione ritualmente proposto. La Corte infatti ricorda – a titolo esemplificativo – che, benché sia assente una «specifica norma processuale per modificare il giudicato nei casi previsti dall’art. 2 c.p., comma 3 [...] nessuno dubita che [...] sia necessaria un’ordinanza del giudice dell’esecuzione ai sensi dell’art. 666 c.p.p. Non si vede perchè la stessa soluzione non possa adottarsi nella situazione di condanna pronunciata sulla base di una norma, incidente sul trattamento sanzionatorio, dichiarata incostituzionale dopo l’irrevocabilità della sentenza»¹¹⁷.

Inoltre, la Corte ricorda come la questione al suo vaglio sembri *prima facie* diversa da quella decisa con la sentenza *Ercolano*, in quanto non verrebbe in considerazione un provvedimento a *contenuto predeterminato*. Tuttavia, anche se il provvedimento del giudice dell’esecuzione non è vincolato, ciò non è sufficiente a far venire meno la sua competenza, in quanto «sarebbe del tutto irrazionale consentire la sostituzione della pena dell’ergastolo con quella di trent’anni di reclusione (come nel caso Ercolano) e ritenere “intangibile” la porzione di pena applicata per effetto di norme che mai avrebbero dovuto vivere nell’ordinamento»¹¹⁸. La Corte non risparmia ulteriori valutazioni sul punto, tanto da «ribadire che il *diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell’intangibilità del giudicato*, sicchè devono essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all’applicazione di tale norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile. Il compito di rimuovere tale illegittimità compete al giudice dell’esecuzione, che deve procedere a quel giudizio di

¹¹⁵ *Ivi*, par. 6.1 (in diritto), corsivo aggiunto. In un passo di poco successivo a quello appena citato, peraltro, la Corte richiama la summenzionata posizione di Giovanni Leone (vd. *supra*, nota 6) quale esempio di una lungimirante valutazione degli interessi complessivamente sottesi al principio di intangibilità del giudicato. Si ricordi, comunque, che la “rilettura” del valore della *res iudicata* in ambito penale operata dalla Corte regolatrice era già stata suggerita, in termini assai simili a quelli della sentenza in commento, da VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, op. cit., 5.

¹¹⁶ Cass. pen., 14 ottobre 2014 (ud. 29 maggio 2014), Gatto, cit., par. 10.1 (in diritto), corsivo aggiunto.

¹¹⁷ *Ivi*, par. 9 (in diritto).

¹¹⁸ *Ibid.*

valenza che era stato illegittimamente inibito al giudice della cognizione dal divieto ritenuto costituzionalmente illegittimo¹¹⁹».

Insomma, ed è questa la ragione per cui si è dedicata congrua attenzione a questa sentenza nella presente trattazione, la Corte finisce per riconoscere e ribadire che – nel nostro ordinamento – sono (e devono essere) riconosciuti alla giurisdizione esecutiva *ampi margini di manovra*, inclusivi di certi poteri valutativi, «giacchè, [...] *penetranti poteri di accertamento e di valutazione*, ben più complessi di quelli richiesti da un giudizio di comparazione tra circostanze, sono stati espressamente attribuiti dal legislatore a tale organo in materia di concorso formale e reato continuato (art. 671 c.p.p.). [...] La possibilità di avvalersi di *poteri valutativi* non si fonda soltanto su quanto il legislatore ha specificamente previsto con gli artt. 671 e 675 c.p.p., ma anche, come è stato già affermato dalla Corte di cassazione, sulla *razionalità del sistema processuale*: infatti, una volta “che la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all’esercizio di quella medesima funzione” (Sez. U, n. 4687 del 2006, Catanzaro, cit. ¹²⁰)».

Detti poteri valutativi del giudice non sono ovviamente illimitati, ma, alla luce della stessa razionalità del sistema processuale cui si è fatto cenno, va chiarito che «le valutazioni del giudice dell’esecuzione *non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione* risultanti dal testo della sentenza irrevocabile¹²¹». Tuttavia, detto limite è meramente “negativo”, in quanto specifica ciò che il giudice dell’esecuzione *non* deve fare; leggendo detta frase “in positivo” e *a contrario*, sembrerebbe potersene desumere che il campo di intervento del giudice dell’esecuzione può comprendere alcune limitate valutazioni discrezionali rimesse al giudice della cognizione, entro il perimetro della “non contraddizione” con quanto da questi statuito: si tratterebbe, dunque, di un incisivo potere cognitivo, che comunque non includerebbe quelle ipotesi che – per la loro complessità – richiedano una rivalutazione complessiva della fattispecie concreta ai fini di rideterminazione della pena. Senza dubbio, resta comunque estranea alla competenza del giudice dell’esecuzione ogni determinazione relativa alla sussistenza (o meno) della responsabilità penale del condannato.

In ogni caso, per quanto concernenti ipotesi diverse, i principi espressi nella sentenza in commento sono di estrema rilevanza per la problematica relativa alle modalità di esecuzione delle sentenze della Corte EDU che accertino violazioni di diritto sostanziale. Se si sono già spiegate le ragioni per cui l’incidente di esecuzione sembra essere lo strumento a ciò più idoneo nella maggioranza dei casi, infatti, la recentissima sentenza delle Sezioni Unite autorizza a ritenere che a detto rimedio potrà farsi ricorso anche quando non si debba adottare un provvedimento a contenuto predeterminato, e, quindi, residuino certi (pur sempre limitati) margini di manovra per il giudice interno.

¹¹⁹ *Ivi*, par. 12 (in diritto), corsivo aggiunto. Da ciò, peraltro, segue che è compito del pubblico ministero – in situazioni come quelle prospettate – richiedere la rideterminazione della pena inflitta.

¹²⁰ *Ibid.*, corsivo aggiunto.

¹²¹ *Ibid.*, corsivo aggiunto.

Una simile, canonizzata, interpretazione estensiva del ruolo e dei poteri del giudice dell'esecuzione, da un lato, potrà dunque garantire tanto il ricorrente vittorioso a Strasburgo, quanto (e forse soprattutto) i "fratelli minori", e, dall'altro lato, ridurrà ulteriormente le ipotesi in cui sarà necessario fare ricorso alla riapertura del processo per riparare alle violazioni accertate in sede convenzionale.

La decisione in questione sembra quindi sviluppare le conclusioni della sentenza *Ercolano* e ampliare ulteriormente le possibilità di intervento del giudice dell'esecuzione, specialmente per i "fratelli minori": come si è visto, infatti, il quarto dei requisiti enucleati dalle Sezioni Unite nella sentenza *Ercolano* per consentire ai "fratelli minori" di ottenere tutela in via esecutiva imponeva che l'accoglimento della questione sollevata dovesse essere l'effetto di una *operazione sostanzialmente ricognitiva*, laddove il riferimento ai "poteri valutativi" del giudice dell'esecuzione sembra poter ammorbidire la netta inequivocabilità di una simile affermazione. Non si dimentica, ovviamente, che la sentenza *Gatto* riguarda ipotesi ben diverse da quelle dei "fratelli minori" di un ricorrente vittorioso a Strasburgo, ma i principi da essi dettati sembrano potersi applicare anche al di là delle ipotesi di declaratoria di incostituzionalità di una norma penale diversa da quella incriminatrice, in quanto attengono alla definizione del perimetro dei poteri oggi riconosciuti al giudice dell'esecuzione.

Peraltro, i limiti entro i quali questo giudice può esercitare la sua giurisdizione sono stati ulteriormente oggetto di analisi, sotto un diverso profilo, in un'altra recentissima pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione¹²².

Nel caso *Basile* si discuteva della possibilità, per il giudice dell'esecuzione, di rilevare – anche dopo il passaggio in giudicato – l'erronea od omessa applicazione da parte del giudice della cognizione di una pena accessoria predeterminata per legge nella specie e nella durata, ovvero l'applicazione da parte del medesimo giudice di una pena accessoria *extra* o *contra legem*. In detta pronuncia, la Corte ha sottolineato acutamente il rapporto di *inversa proporzionalità* che intercorre tra il potenziamento della fase esecutiva e la "sacralità" del giudicato: tanto più vengono rafforzati i poteri del giudice dell'esecuzione, tanto meno la *res iudicata* potrà considerarsi immodificabile. La Corte indulge quindi a un *excursus* giurisprudenziale da cui emerge la progressiva erosione del principio di intangibilità del giudicato, rispetto al quale è stato ritenuto prioritario e prevalente il *valore della legalità della pena*, con la conseguente possibilità di rideterminare la sanzione in sede esecutiva.

Nel caso di specie, poi, la Corte riconosce al giudice dell'esecuzione il potere di rilevare – anche *post rem iudicatam* – l'applicazione di una pena accessoria *extra* o *contra legem* da parte del giudice della cognizione, purché detta pena sia predeterminata per legge, o comunque determinabile senza alcuna discrezionalità. Con riferimento alla questione di diritto del caso di specie, quindi, il sindacato del giudice esecutivo viene nuovamente escluso qualora non sia di natura vincolata, analogamente a quanto visto

¹²² Cass. pen., Sez. Un., 12 febbraio 2015 (ud. 27 novembre 2014), n. 6240, *Basile*, in *questa Rivista*, con nota di Manca, [*Le Sezioni unite ammettono l'intervento in executivis sulla pena accessoria extra o contra legem, purché determinata per legge nella specie e nella durata*](#), 8 marzo 2015.

nella sentenza *Ercolano* e in misura parzialmente difforme dalla sentenza *Gatto*; tale ultima discrasia sembra potersi spiegare alla luce della diversità delle questioni affrontate: la rideterminazione della pena all'esito della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 69, comma 4 c.p., infatti, sembra *ex se* caratterizzarsi per una discrezionalità più limitata rispetto alle ipotesi in cui, invece, il giudice dell'esecuzione sarebbe chiamato a decidere sulla erronea o mancata concessione di una pena accessoria non predeterminata *ex lege*.

In ogni caso, anche nella sentenza *Basile* si sottolinea che il principio ispiratore della disciplina dell'esecuzione penale è quello che, «quando il giudice della cognizione abbia espresso le sue valutazioni (a meno di errori macroscopici di calcolo o di applicazione di una pena avulsa dal sistema), non [è] possibile rimettere in discussione il giudicato¹²³». In altri termini, viene ribadito il *principio di non contraddizione* tra giudizio di cognizione e giudizio di esecuzione.

Infine, va segnalato che le sentenze delle Sezioni Unite passate in rassegna si presentano quali fondamentali approdi di un percorso che era già stato battuto dalla giurisprudenza di merito, seppure con riferimento a ipotesi diverse. Diversi giudici dell'esecuzione, infatti, si erano trovati a fronteggiare il problema di come garantire adeguata tutela a coloro che fossero stati condannati sulla base del d.P.R. 309/90, come modificato dalla l. 49/06 (cd. legge "Fini-Giovanardi"), poi dichiarata incostituzionale con la sent. n. 32/2014 nella parte in cui stabiliva una medesima cornice edittale di pena per i reati concernenti tutte le sostanze stupefacenti, senza distinzione tra "droghe leggere" e "droghe pesanti". Orbene, tutti i giudici investiti in sede di esecuzione erano giunti alla necessaria conclusione di dover dare adeguatamente seguito alla sent. n. 32/2014 e avevano pertanto rimodulato la pena.

Se, dunque, non era stato revocato in dubbio l'*an* della rimovibilità del giudicato, il problema si poneva relativamente al *quomodo*. Come noto, infatti, la pronuncia della Corte costituzionale ha determinato la reviviscenza della precedente disciplina, che prevedeva cornici edittali diverse per i reati relativi alle droghe leggere e per quelli concernenti le droghe pesanti. Se il giudice – nella vigenza della l. "Fini-Giovanardi" – avesse optato per il minimo (o il massimo) edittale, poteva in fin dei conti non essere implausibile la scelta di consentire al giudice dell'esecuzione di ridurre la pena irrogata al nuovo minimo (o al nuovo massimo) edittale (ossia a quello previsto dal d.P.R. 309/90 prima della l. 49/06).

Assai più delicata era, invece, l'ipotesi in cui il giudice della cognizione avesse optato per una pena compresa nella forbice edittale prevista dalla legge "Fini-Giovanardi": *quid iuris* all'indomani della sent. n. 32/14? Il grado di problematicità della questione, in effetti, sembra essere stato fedelmente rispecchiato dalla diversità di soluzioni prospettate in giurisprudenza¹²⁴.

¹²³ *Ivi*, par. 6.1 (in diritto).

¹²⁴ Per un comprensivo quadro delle prime pronunce dei giudici dell'esecuzione in materia – e dei relativi criteri da essi adoperati per convertire la pena – vd. DE MICHEL, [La declaratoria di illegittimità della legge "Fini-Giovanardi" e la rideterminazione della pena irrogata con sentenza irrevocabile](#), in *questa Rivista*, 15 ottobre 2014.

A tal proposito, va ricordato che vi sono state delle pronunce in cui i giudici dell'esecuzione hanno ritenuto opportuno procedere a una nuova valutazione del *quantum* di pena da irrogare, impiegando i criteri di cui all'art. 133 c.p., con un approccio che è stato definito "sostanzialistico"¹²⁵. Si tratta evidentemente di una scelta coraggiosa, perché di fatto si finisce per introdurre pregnanti elementi di cognizione in fase esecutiva. Anche in seno alla Corte regolatrice si è affermato un orientamento che «esige [...] una rinnovata valutazione del giudice di merito circa la pena più adeguata al caso concreto¹²⁶». E in effetti, questa posizione sembra essere stata condivisa anche dalle Sezioni Unite: a proposito delle condanne passate in giudicato prima della sentenza 32/2014 relative alle "droghe leggere" e adottate all'esito di patteggiamento, è stato infatti statuito che «la pena deve essere rideterminata attraverso la "rinegoziazione" dell'accordo tra le parti, ratificato dal giudice dell'esecuzione, che viene interessato attraverso l'incidente di esecuzione attivato dal condannato o dal pubblico ministero; e che in caso di mancato accordo il giudice della esecuzione provvede alla *rideterminazione della pena in base ai criteri di cui agli art. 132 e 133 cod. pen.*¹²⁷».

La compatibilità di una scelta così "oltranzista" coi principi del nostro ordinamento processuale, nonostante le summenzionate aperture, potrebbe essere non scontata; non a caso, la Suprema Corte aveva adottato una diversa impostazione nelle prime decisioni in materia¹²⁸, procedendo essa stessa alla rideterminazione della pena, sulla base però di un criterio "aritmetico proporzionale"¹²⁹: in altri termini, il calcolo del *quantum* della sanzione era avvenuto – in sede di legittimità – nel pieno rispetto degli indici di calcolo già adottati in sede di cognizione¹³⁰. In effetti, se un simile criterio venisse adottato anche dai giudici dell'esecuzione (nonostante la sua farraginosità), consentirebbe comunque di rispettare quel limite all'esercizio dei loro poteri valutativi, costituito – come si è visto – dalla "non contraddizione" con le determinazioni del giudice della cognizione¹³¹.

Ciononostante, seppure per ipotesi ben specifiche, le Sezioni Unite sembrano essersi mosse in una direzione diversa, valorizzando ulteriormente la fase esecutiva.

¹²⁵ *Ivi*, 7.

¹²⁶ Cass. pen., sez. VI, 14 gennaio 2015 (ud. 2 dicembre 2014), n. 1409.

¹²⁷ Si tratta delle [informazioni provvisorie relative alle udienze delle Sezioni Unite del 26 febbraio 2015](#), in *questa Rivista*.

¹²⁸ Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 2014 (ud. 20 marzo 2014), n. 15157; Cass. pen., sez. I, 12 dicembre 2014 (ud. 25 novembre 2014), n. 51844.

¹²⁹ DE MICHELI, *op. cit.*, 7.

¹³⁰ Questa per esempio anche la soluzione di GIP Bologna, ord. 27 maggio 2014, pubblicata in *questa Rivista*, con commento di DE MICHELI, *La declaratoria di illegittimità della legge "Fini-Giovanardi"*, *op. cit.*

¹³¹ È stato giustamente sottolineato che una simile impostazione risponde a una «condivisibile esigenza di contenimento della discrezionalità giudiziaria» (RICCARDI, [Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti](#), in *questa Rivista*, 26 gennaio 2015, 23), benché il medesimo Autore ritenga più opportuno assegnare al giudice dell'esecuzione un autonomo potere discrezionale di (ri)determinazione della pena.

Orbene, prima di procedere con l'analisi di ulteriori ipotesi in cui una pronuncia della Corte EDU possa incidere sul giudicato interno, è opportuno ricordare i passaggi essenziali del lungo *excursus* sin qui svolto, relativo al problema di identificare il *rimedio pratico* da esperire per garantire esecuzione a una sentenza della Corte EDU che accerti una violazione di diritto penale sostanziale. Per comodità espositiva, conviene distinguere la posizione del ricorrente vittorioso a Strasburgo da quella dei "fratelli minori".

Con riferimento al primo, ribadendosi che la natura delle violazioni *de quibus* non renderà solitamente necessaria una riapertura del processo, si potrà ben procedere *ex art. 666 ss. c.p.p.*, posto che il giudizio di esecuzione nel nostro ordinamento ha ormai perso la sua esclusiva caratterizzazione di fase processuale in cui «ci si limita a prendere atto della decisione resa, per darle passivamente seguito¹³²»: oggi essa è invece «destinata ad ospitare [...] attività e provvedimenti che incidono in senso modificativo sui contenuti del comando¹³³».

Va nuovamente sottolineato che la conclusione qui raggiunta è imposta da quelle *esigenze di razionalità del sistema processuale* cui la sentenza *Gatto* allude e che si ricollegano alla natura funzionale della competenza del giudice dell'esecuzione: «infatti, una volta "che la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all'esercizio di quella medesima funzione" (Sez. U, n. 4687 del 2006, Catanzaro, cit.)»¹³⁴. Infatti, per dirla nuovamente con le parole della Cassazione, la funzione del giudice dell'esecuzione è anche quella di «garantire la *permanente conformità* a legge del fenomeno esecutivo¹³⁵», laddove nel concetto di "legge" può altresì farsi rientrare anche il diritto di fonte sovranazionale.

Ma la natura funzionale della competenza del giudice dell'esecuzione va altresì valutata alla luce del finalismo rieducativo della pena (richiamato anche dalla sentenza *Ercolano*), che deve essere garantito durante tutta la fase di espiazione della pena. Ciò implica l'esigenza di rimuovere il giudicato qualora esso non si ponga in linea coi canoni di cui all'art. 27, comma 3 Cost. Orbene, poiché è dubbio che possa avere

¹³² LUCIANO, *Art. 665*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV edizione, Milano, 2010, 7802.

¹³³ CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, II edizione, Torino, 2011, 3.

¹³⁴ Cass. pen., 14 ottobre 2014 (ud. 29 maggio 2014), *Gatto*, cit., par. 12 (in diritto). A chiosa delle parole appena citate, potrebbe ricordarsi che in dottrina e in giurisprudenza si registra un'unanimità di veduta sul profilo che detta competenza funzionale del giudice dell'esecuzione «si estende ad ogni questione attinente alla fase, a prescindere dall'esistenza di una specifica previsione normativa» (CAPRIOLI-VICOLI, *op. cit.*, 263). Così anche la Corte regolatrice: «il genus delle doglianze da cui può essere investito il giudice degli incidenti *ex art. 666 c.p.p.* [...] è molto ampio ed investe tutti quei vizi che, al di là delle specifiche previsioni espresse, non potrebbero farsi valere altrimenti [...]» (Cass. pen., 7 maggio 2014 (ud. 24 ottobre 2013), *Ercolano*, cit., par. 9 in diritto).

¹³⁵ Cass., 7 maggio 2014 (ud. 24 ottobre 2013), *Ercolano*, cit., par. 9 (in diritto), corsivo aggiunto. Condivisibile, quindi, la notazione di chi ha sottolineato che «sembra pronosticabile [...] un processo di ulteriore valorizzazione e giurisdizionalizzazione della fase dell'esecuzione, sempre più momento centrale dell'individuazione della pena, e di ampliamento dei poteri del giudice dell'esecuzione, al quale, in prospettiva riconoscere maggiori possibilità di "vedere" anche il fatto e il reo» (RICCARDI, *op. cit.*, 27).

meritorie e autentiche finalità rieducative una pena che violi i diritti umani del condannato, non può che concludersi nuovamente nel senso di ritenere che l'incidente di esecuzione sia il rimedio tendenzialmente più opportuno per consentire l'adeguata esecuzione di sentenze della Corte EDU relative a violazioni di diritto penale sostanziale. Peraltro, le eventuali modifiche *in executivis* adottate su impulso della Corte Europea avvengono nel rispetto di un altro principio del nostro ordinamento penale e costituzionale, quello del *favor rei*, sicché la percorrenza del percorso tracciato dagli art. 666 ss. c.p.p. non pone profili problematici di compatibilità sistemica neppure sotto questo aspetto.

Per quanto riguarda, invece, il profilo della corretta perimetrazione dei poteri del giudice dell'esecuzione, deve ritenersi che, coerentemente con la più volte menzionate razionalità del nostro sistema processuale, detti poteri non possano comunque spingersi sino al punto di consentire al giudice dell'esecuzione una (ri)valutazione della responsabilità penale dell'imputato, di esclusiva competenza del giudice della cognizione. Per quanto riguarda la rideterminazione della pena ritenuta convenzionalmente illegittima, in sede esecutiva si potrà certamente procedere alla sua modifica, qualora i margini di discrezionalità siano ristretti, come nel paradigmatico caso del sig. Scoppola. Tuttavia, le Sezioni Unite sono andate oltre, e con la sentenza *Gatto* hanno ammesso (seppur relativamente ad altre ipotesi, ma con logica trasponibile nel caso di specie) un intervento del giudice dell'esecuzione anche quando il provvedimento da adottare non sia a contenuto predeterminato e quando, dunque, debba farsi ricorso a (pur sempre limitati) poteri valutativi. Una simile impostazione sembra essere stata confermata, seppure in ipotesi circoscritte, nella recentissima pronuncia sugli effetti della sentenza n. 32/14.

Insomma, come sottolineato dalla più attenta dottrina all'indomani della sentenza *Ercolano*, abbandonando «la presunta insuperabile refrattarietà dell'incidente di esecuzione a qualunque valutazione discrezionale del giudice in materia di commisurazione della pena¹³⁶», diviene possibile trovare gli strumenti necessari per ottemperare agli obblighi di fonte sovranazionale senza dover ipotizzare una questione di legittimità costituzionale «avente ad oggetto l'art. 630 c.p.p. (e il contiguo art. 631), mirante a introdurre una nuova ipotesi di revisione (parallela a quella introdotta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113/2011) finalizzata questa volta a conferire ad un giudice di cognizione il potere non già – come di consueto – di rivalutare il giudizio di colpevolezza dell'imputato, bensì unicamente di *modificare la commisurazione della pena*¹³⁷».

Qualora però, contrariamente alle situazioni contemplate finora, la rideterminazione della pena richieda una rivalutazione complessiva del caso di specie e delle sue peculiarità, dovrà procedersi anche in questi casi con la revisione del processo come introdotta dalla sent. n. 113/11 del Giudice delle Leggi.

¹³⁶ 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, 258.

¹³⁷ *Ivi.*, 256 (corsivo aggiunto).

Per quel che concerne la situazione dei “fratelli minori” del ricorrente vittorioso, invece, la prospettiva è simile, ma non integralmente sovrapponibile a quella descritta finora. Il mancato esperimento del ricorso a Strasburgo, infatti, li colloca in una posizione inevitabilmente diversa (e meno “qualificata”, per così dire) rispetto a quella di chi abbia adito la Corte Europea: ciononostante, nella sussistenza delle quattro condizioni previste dalla sentenza delle Sezioni Unite nel caso *Ercolano*, anch’essi potranno ottenere *adequata tutela in via d’esecuzione* (con le caratteristiche e i limiti di questo procedimento per come recentemente interpretati). Tuttavia, in quelle ipotesi in cui dovesse rivelarsi necessaria la riapertura del processo per una complessiva rivalutazione del caso di specie, essi resterebbero del tutto sforniti di un qualunque mezzo di tutela, poiché la revisione del processo – nella caratterizzazione conferita dalla Corte costituzionale con la sent. n. 113/11 – non consente il ricorso a questo rimedio da parte di soggetti diversi dal ricorrente.

Il ritardo del legislatore nella materia in questione, quindi, è di lampante gravità e rischia di creare zone franche dell’ordinamento in cui i diritti fondamentali dell’individuo restino sforniti di qualunque adeguato mezzo di tutela.

Tutto ciò premesso, è ora opportuno passare in rassegna altre ipotesi in cui possano venire in considerazione violazioni della CEDU inerenti al diritto penale sostanziale.

6. Violazione dell’art. 7 (II): irretroattività e divieto di analogia. Cenni sul caso *Contrada*.

Innanzitutto, potrebbe aversi il caso di una violazione dell’art. 7 CEDU per quanto concerne il divieto di irretroattività della norma incriminatrice o sanzionatoria, come di recente è avvenuto nel caso *Alimuçaj*¹³⁸, in cui la Corte di Strasburgo ha condannato lo Stato albanese perché i giudici nazionali avrebbero imposto al ricorrente una pena più severa di quella che – sulla base della giurisprudenza e della dottrina assolutamente maggioritarie – era ragionevole prevedere al momento della commissione del fatto.

Orbene, ipotizzando casi come questi nel nostro ordinamento, tenendo a mente gli insegnamenti delle Sezioni Unite su cui ci si è soffermati, sembra che il ricorrente vittorioso possa ottenere adeguata tutela in via d’esecuzione, anche se la pena da applicare in luogo di quella erroneamente comminata fosse definita in modo non inequivoco dal legislatore, fermo restando che il giudice investito *ex art. 666 c.p.p.* non potrebbe comunque contraddire le valutazioni del giudice di merito. La revisione del processo secondo le indicazioni della sent. n. 113/11, invece, dovrebbe essere consentita solo qualora i margini di discrezionalità del giudizio interno fossero tali da richiedere una complessiva rivalutazione del caso. Sembra però pacifico che restano inapplicabili le norme della revisione preordinate al proscioglimento dell’imputato, in quanto non si

¹³⁸ C. eur. dir. uomo, 7 febbraio 2012, *Alimuçaj c. Albania*.

tratterebbe di rimettere in discussione la valutazione di responsabilità del ricorrente, quanto semplicemente di rideterminare la pena.

Quid iuris per i “fratelli minori” in queste ipotesi? Sulla base di quanto visto *supra*, poiché si tratterebbe di una violazione pacificamente attinente al diritto penale sostanziale, i condannati in via definitiva che si trovassero nell’identica situazione del ricorrente vittorioso potrebbero richiedere una rideterminazione della pena ricorrendo all’incidente di esecuzione, all’esito di un’interpretazione convenzionalmente orientata della normativa interna ovvero, nell’impraticabilità di una simile soluzione, in seguito a una declaratoria di incostituzionalità della norma “convenzionalmente illegittima”.

Un’altra ipotesi interessante è quella verificatasi nel caso *Pessino*¹³⁹, in cui il ricorrente aveva subito una condanna sulla base di un inaspettato e improvviso *revirement* della Corte di Cassazione francese, la quale aveva finito – nella sostanza – per introdurre retroattivamente un nuovo reato. Mentre nel caso *Alimuçaj* l’“imprevedibilità” censurata dalla Corte atteneva al profilo della sanzione, nel caso *Pessino* viene in gioco il profilo dell’incriminazione stessa.

Analogo al caso *Pessino* è il recentissimo *affaire Contrada*, in cui la Corte Europea ha riconosciuto una violazione dell’art. 7 CEDU da parte dell’Italia, in quanto la norma penale applicata nel processo interno, nel momento in cui i fatti contestati erano stati commessi, non era sufficientemente chiara e prevedibile¹⁴⁰. Il caso di specie riguardava l’ipotesi di concorso esterno in associazione mafiosa, contestata al ricorrente per fatti commessi tra il 1979 e il 1988, ossia in un’epoca antecedente a quella in cui – secondo la Corte EDU – il delitto *de quo* sarebbe stato ufficialmente “riconosciuto” dalla nostra giurisprudenza: l’infrazione in commento, infatti, sarebbe il risultato di un’evoluzione giurisprudenziale iniziata alla fine degli anni Ottanta e consolidatasi solo nel 1994 con la sentenza *Demitry*.

La Corte Europea, dunque, sembra considerare il concorso esterno come una fattispecie autonoma («*infraction*», come si legge in diversi passi della sentenza), non valorizzando adeguatamente il fatto che si tratta di un’applicazione – al più, *in malam partem* – di un istituto di parte generale. In questo caso, la violazione del principio di irretroattività sembra piuttosto dissolversi nella violazione del divieto di applicazione retroattiva di una nuova interpretazione estensiva *in malam partem*: in ogni caso, e analogamente al caso *Pessino*, ciò che non sarebbe stata garantita è la *prevedibilità* della fattispecie e delle sue conseguenze sanzionatorie.

La vicenda *Contrada*, al di là del merito delle considerazioni della Corte, sulle quali non è possibile soffermarsi ulteriormente, consente di valutare quali prospettive si aprono per consentire un’adeguata esecuzione a una pronuncia che violi l’art. 7 CEDU per il profilo in esame.

¹³⁹ C. eur. dir. uomo, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*.

¹⁴⁰ C. eur. dir. uomo, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* (n. 3), par. 75, in *questa Rivista*, con nota di CIVELLO CONIGLIARO, [La Corte EDU sul concorso esterno nell’associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada](#), 4 maggio 2015. Si segnala che, nel momento in cui il presente lavoro è licenziato, non è ancora scaduto il termine di tre mesi previsto dell’art. 43 CEDU per l’eventuale ricorso alla *Grande Chambre*.

Qualora il ricorrente si fosse trovato ancora in stato di detenzione, *nulla quaestio* circa la sua possibilità di ricorrere all'incidente di esecuzione per ottenere un'immediata scarcerazione. Tuttavia, nel caso di specie, Bruno Contrada ha terminato di espiare la pena nell'ottobre del 2012. Come si è visto, la sentenza *Gatto* delle Sezioni Unite del 2014 ha escluso che all'incidente di esecuzione possa farsi ricorso, nelle ipotesi di pena incostituzionale, qualora detta pena sia stata interamente espiata, perché il rapporto esecutivo sarebbe venuto meno. In ogni caso, è palese come l'irrogazione di una sanzione *lato sensu* "illegittima" abbia delle conseguenze negative che vanno al di là della mera esecuzione della pena stessa e che necessiterebbero di un'adeguata soluzione.

In primis, la precedente condanna a pena detentiva per delitto, anche se è intervenuta la riabilitazione, non consente di applicare, nei casi futuri, la sospensione condizionale della pena, *ex art. 164, comma 2, n. 1) c.p.* In casi come quelli di specie, in cui la condanna risulta in contrasto con la CEDU, una simile preclusione dovrebbe senz'altro essere resa inoperante.

In secondo luogo, potrebbe venire considerazione l'art. 657, comma 2 c.p.p. che, nel computo della pena detentiva nelle ipotesi di cumulo, impone di tenere in considerazione la pena *espiata* per un reato diverso, quando la condanna è stata revocata, ovvero quando siano stati concessi l'indulto (nei limiti dello stesso) o l'amnistia. A queste ipotesi dovrebbe potersi equiparare quella di pena scontata in violazione dei principi della Convenzione EDU¹⁴¹.

In terzo luogo, va segnalato che il nostro ordinamento riconosce, a favore di chi sia prosciolto in sede di revisione, il diritto alla riparazione dell'errore giudiziario, commisurato alla durata dell'eventuale espiatione della pena (art. 643, comma 1 c.p.p.). Un simile diritto dovrebbe essere riconosciuto anche al ricorrente nel caso di specie, in quanto, da un lato, è stato accertato che la detenzione è stata disposta e mantenuta in violazione dei suoi diritti e, dall'altro, il danno morale riconosciuto dalla Corte Europea è stato quantificato nell'esigua somma di 10.000 euro, pur a fronte di diversi anni di (illegittima) reclusione.

In quarto luogo, la condanna inflitta, seppur "illegittima", impone – per futuri eventuali reati – l'applicazione delle regole sulla recidiva, con la conseguente impossibilità di fruire, nei limiti degli artt. 151, ultimo comma e 174, ultimo comma c.p., di eventuali provvedimenti di amnistia o indulto. Anche simili conseguenze sembrano senz'altro sproporzionate e inaccettabili nei confronti di chi abbia subito un'ingiusta condanna.

Infine, una sentenza di condanna – non adeguatamente "rimossa" dall'ordinamento giuridico – impedirebbe di concedere, nei casi futuri, la misura della non menzione nel certificato del casellario giudiziale qualora la pena detentiva per la

¹⁴¹ Per le due considerazioni riportate, v. TROISI, *op. cit.*, 26, che le formula con riferimento a ipotesi di pena successivamente riconosciuta incostituzionale (come quelle oggetto della sentenza *Gatto* delle Sezioni Unite).

condanna successiva, sommata a quella precedente, superi i due anni di reclusione (art. 175 c.p., nell'interpretazione datane dalla Corte costituzionale).

Il caso *Contrada* pone dunque in luce una problematica di non poco momento: quando la pena inflitta, giudicata convenzionalmente illegittima, sia stata integralmente espiata, viene meno *in rerum natura* la possibilità di una soddisfacente *restitutio in integrum* del ricorrente. In queste ipotesi, infatti, lo strumento dell'incidente di esecuzione sembra essere un'arma spuntata, se non integralmente inefficace e inapplicabile, data l'estinzione del rapporto esecutivo; d'altro canto, la revisione sembra invece un rimedio non necessario, o comunque eccessivamente complesso, per la mera rimozione di una condanna illegittima, salvo il diritto alla riparazione che ne seguirebbe (diritto che, comunque, è già garantito dall'art. 41 CEDU). Potrebbe ipotizzarsi un'interpretazione estensiva (più realisticamente, "creatrice") della normativa interna in materia di riabilitazione, concedendola anche a chi abbia subito una condanna poi censurata dalla Corte Europea, qualora la pena sia stata espiata. Come si è visto, però, questa soluzione non inciderebbe ad esempio sulla possibilità di ottenere il beneficio della sospensione condizionale della pena, per l'espresso inciso eccezzuativo dell'art. 164, comma 2, n. 1) c.p.

Insomma, emerge con evidenza – e ancora una volta – l'esigenza che venga introdotto nel nostro ordinamento un rimedio che consenta di affrontare *tutte* le summenzionate problematiche in modo organico ed efficace.

Per quanto concerne le ipotesi dei "fratelli minori" di Bruno Contrada, occorre anche qui distinguere a seconda che la pena sia già stata espiata o meno. Nel primo caso, si porrebbero gli stessi problemi da ultimo elencati, per i quali manca ancora un'adequata soluzione, con l'"aggravante" che ai fratelli minori non è neppure consentito fare ricorso alla "revisione europea". Nelle ipotesi in cui, invece, un soggetto si trovi ancora in stato di detenzione in esecuzione di una condanna per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti commessi prima del 1994, sembra ammissibile che questi possa valersi del rimedio dell'incidente di esecuzione per interrompere l'esecuzione della pena.

Infatti, risulterebbero integrati i quattro summenzionati presupposti richiesti a tal fine dalla sentenza *Ercolano* (senza neppure spingersi a prendere in considerazione i "poteri valutativi" indicati dalla successiva sentenza *Gatto*): a) la situazione sarebbe *identica* a quella del ricorrente, poiché qui l'identità andrebbe valutata in relazione alla sussistenza di una condanna per un fatto che – se anteriore al 1994, e precisamente anteriore alla sentenza *Demitry* – non era disciplinato da una norma sufficientemente chiara e prevedibile; b) la decisione sovranazionale concerne senz'altro un vizio strutturale della normativa interna *sostanziale*, riguardando istituti e principi che non hanno natura processuale; c) l'accoglimento di una simile questione si paleserebbe come operazione meramente *ricognitiva*, non richiedendo la riapertura del processo, in quanto l'applicazione di una norma considerata previamente inesistente dalla Corte Europea inficerebbe alla radice il procedimento, determinandone un vizio intrinseco che una nuova celebrazione dello stesso non potrebbe in alcun modo sanare; d) in questo caso, poi, non sarebbe neppure necessario procedere con la questione di

legittimità costituzionale, essendo sufficiente un'interpretazione convenzionalmente orientata della normativa interna.

Quest'ultimo punto merita una riflessione. Nel caso *Ercolano*, come si è visto, la Corte ha preferito «percorrere la più tranquillizzante strada dell'incidente di costituzionalità¹⁴²», non ritenendo in effetti possibile fornire un'interpretazione alternativa dell'inequivoco disposto del d.l. 341/00. Tuttavia, nelle ipotesi qui in esame dei “fratelli minori” di Contrada, sembra non dover essere necessario investire della questione la Corte costituzionale, potendosi invece procedere con un'interpretazione conforme della normativa interna: in particolare, gli artt. 110 e 416 *bis* c.p. dovrebbero essere interpretati nel senso che la fattispecie di concorso esterno da essi delineata non potrebbe trovare applicazione ai fatti commessi *prima* del *cristallizzarsi* dell'interpretazione giurisprudenziale in materia, risalente al 1994. Applicare detti articoli a fatti anteriori, infatti, significherebbe violare il principio di legalità, nella declinazione convenzionale della prevedibilità/accessibilità, in quanto – prima della sentenza *Demitry* – non esisteva un orientamento consolidato in materia di concorso esterno in associazione mafiosa che consentisse ai consociati di avere adeguata contezza della rilevanza penale di simili comportamenti di contiguità.

L'interpretazione suggerita, quindi, sarebbe non solo convenzionalmente, ma anche costituzionalmente, conforme, in quanto rispettosa del principio sancito nell'art. 25, comma 2 Cost.: ciò consentirebbe ai giudici interni, quindi, di percorrere serenamente la via così indicata, nel rispetto di quanto sancito e ribadito nella recentissima sentenza n. 49/15 della Corte costituzionale. In questa pronuncia, infatti, il Giudice delle Leggi ha sottolineato una volta ancora il «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»¹⁴³, con la conseguenza che un'eventuale interpretazione convenzionalmente conforme della normativa interna non dovrebbe essere praticata qualora fosse in contrasto insanabile con la Costituzione. Nelle prospettate evoluzioni del caso *Contrada*, tuttavia, una simile tensione tra Carta costituzionale e Convenzione Europea non dovrebbe verificarsi.

Per quel che concerne il divieto di analogia, infine, la Corte Europea è costante nel ribadire che «l'article 7 consacre, de manière générale, le principe de la légalité des délits et des peines [...] il commande en outre de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie»¹⁴⁴. Una violazione dell'art. 7 CEDU sotto questo profilo si è ad esempio verificata in due casi riguardanti la Turchia, *Başkaya e Okçuoğlu* ed *E.K.*¹⁴⁵, abbastanza simili tra loro. Nel primo caso, i due ricorrenti erano rispettivamente un giornalista (*Başkaya*) e il proprietario della casa editrice (*Okçuoğlu*)

¹⁴² *Ivi*, 19.

¹⁴³ Corte cost., sent. n. 49/15, par. 4 (in diritto), corsivo aggiunto.

¹⁴⁴ Così una delle ultime pronunce della Corte EDU in cui è stata rilevata una violazione dell'art. 7, par. 1 della Convenzione (C. eur. dir. uomo, 16 settembre 2014, *Plechkov c. Romania*, par. 59), ma si tratta di una posizione ormai assolutamente consolidata e ripetuta tralattivamente in quasi tutte le pronunce relative all'art. 7 CEDU.

¹⁴⁵ C. eur. dir. uomo, 8 luglio 1999, *Başkaya e Okçuoğlu c. Turchia*; C. eur. dir. uomo, 7 febbraio 2002, *E.K. c. Turchia*.

che ne aveva pubblicato un libro; un capitolo in particolare di detta pubblicazione aveva determinato la condanna dei ricorrenti, in quanto esso era stato ritenuto espressione di propaganda contro l'indivisibilità dello Stato. Orbene, la condanna del proprietario della casa editrice venne ritenuta lesiva dell'art. 7 CEDU, in quanto la pena comminata nei confronti del signor Okçuoğlu non era espressamente prevista dalla legge per la categoria di soggetti cui questi apparteneva («*publisher*»), ma era stata applicata per analogia con quanto previsto per gli «*editor*». A conclusioni analoghe giunge la Corte nel caso *E.K.*

Qualora si verifichi una simile ipotesi nel nostro ordinamento, se l'analogia ha portato a ritenere sanzionabili comportamenti che – in realtà – non assumono rilievo penale, non v'è dubbio che il ricorrente vittorioso a Strasburgo possa poi procedere con l'incidente di esecuzione. Analogamente, se l'analogia ha portato ad applicare una pena più grave di quella prevista per il reato ascritto (come nei due casi succitati riguardanti la Turchia), sembrerebbe comunque praticabile la via indicata dagli artt. 666 ss. c.p.p. nell'interpretazione estensiva datane dalla recente giurisprudenza; tuttavia, se fossero necessarie pregnanti valutazioni discrezionali, dovrebbe invece consentirsi al ricorrente di richiedere la revisione del processo, ai fini della corretta (ri)determinazione della pena.

In entrambi i casi (analogia “creatrice” e analogia “aggravatrice”), comunque, dovrebbe trattarsi – in linea di massima – di *errores in iudicando* del giudice procedente: qualora il medesimo errore fosse stato commesso da altri organi giudicanti, i “fratelli minori” non potrebbero avvalersi della “revisione europea”, ma potrebbero esservi dei margini per ricorrere all'incidente di esecuzione, qualora la loro situazione fosse identica a quella del ricorrente vittorioso e il giudice dell'esecuzione fosse chiamato a esercitare poteri di natura ricognitiva (o, al più, limitati poteri valutativi). Ciò potrebbe dunque avvenire valorizzando i recenti approdi delle Sezioni Unite e il principio dell'interpretazione conforme ovvero, se necessario, tramite apposita questione di legittimità costituzionale. Se, invece, fosse necessario l'esercizio di incisivi poteri discrezionali di rideterminazione della pena (specialmente nelle ipotesi di analogia “aggravatrice”), i “fratelli minori” difficilmente potrebbero percorrere questa via, col rischio, dunque, di restare sforniti di adeguata tutela.

7. Violazione dell'art. 7 (III): tassatività e colpevolezza.

Per quanto riguarda il principio di tassatività, va innanzitutto ricordato che l'Italia è stata condannata dalla Corte Europea per violazione dell'art. 7 CEDU sotto questo profilo, nel caso *Sud Fondi*, relativo ai cdd. “ecomostri” di Punta Perotti: come noto, all'esito di un complesso *iter* giudiziario, gli imputati vennero assolti dai reati loro ascritti, relativi alla violazione della normativa in materia urbanistica, «in quanto essi avevano commesso un «errore inevitabile e scusabile» nell'interpretazione di disposizioni regionali «oscuri e mal formulate» e che interferivano con la legge

nazionale¹⁴⁶». Alla pessima qualità del testo legislativo si aggiungeva, peraltro, il comportamento delle pubbliche amministrazioni locali, che avevano rassicurato le società ricorrenti circa la legalità dei piani di lottizzazione e delle autorizzazioni rilasciate. Ciononostante, i terreni e le costruzioni su di essi iniziate vennero comunque fatti oggetto di confisca *ex art. 19 della l. 47/85* (oggi confluito nell'art. 44 d.P.R. 380/01), trattandosi di sanzione amministrativa che prescinde dalla condanna penale dei costruttori.

Sulla base delle circostanze del caso concreto, quindi, la Corte Europea concludeva nel senso di una violazione dell'art. 7 CEDU: «[...] dal momento che la base giuridica del reato non rispettava i criteri di chiarezza, accessibilità e prevedibilità, era impossibile prevedere che sarebbe stata comminata una sanzione»¹⁴⁷.

Come si vede, la Corte Europea non si pronuncia, letteralmente, nel senso della violazione del principio di tassatività, ma è di questo che – nella sostanza – si tratta, benché la Corte faccia ovviamente ricorso al suo tipico formulario, imperniato sulla qualità della legge che deve essere “*accessible*” e “*foreseeable*”.

Peraltro, le violazioni riscontrate dai Giudici di Strasburgo non si arrestano qui. Oltre alla violazione del diritto di proprietà delle società ricorrenti, tutelato dall'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, la Corte ritiene violato anche un altro principio, desumibile dalla *ratio* dell'art. 7 della Convenzione: il principio di colpevolezza. Con questa pronuncia, quindi, la Corte coglie il collegamento e l'interrelazione tra principio di legalità e principio di colpevolezza, già lucidamente sottolineato dalla Corte costituzionale italiana nella storica sentenza 364/88¹⁴⁸.

Al di là di questa interessante notazione, ciò che qui interessa valutare è l'effetto di una simile pronuncia nell'ordinamento interno. Nel caso di specie, in realtà, la questione si poneva in modo peculiare, poiché gli edifici costruiti erano già stati demoliti nel 2006, sicché si trattava di determinare un'equa riparazione alle ricorrenti per un verso, e per l'altro di procedere alla restituzione dei terreni confiscati. A tal proposito, la Presidenza del Consiglio dei Ministri proponeva *incidente di esecuzione* finalizzato alla revoca della confisca, ma il Giudice dell'esecuzione del Tribunale di Bari non accoglieva la richiesta. In sede di ricorso per Cassazione, promosso dall'Avvocatura dello Stato, i giudici di legittimità hanno innanzitutto ribadito l'idoneità della Convenzione Europea, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, a produrre diritti e obblighi nei confronti delle parti¹⁴⁹. Ammessa la legittimazione della Presidenza del Consiglio a promuovere incidente di esecuzione per garantire il necessario rispetto degli obblighi di matrice convenzionale¹⁵⁰, la Corte

¹⁴⁶ C. eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e a c. Italia*, par. 37 (traduzione a cura del Ministero della Giustizia).

¹⁴⁷ *Ivi*, par. 114.

¹⁴⁸ Vd., sul punto, GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV volume, Napoli, 2011, 2320-2326.

¹⁴⁹ Cass. pen., sez. III, 21 giugno 2010 (ud. 11 maggio 2010), n. 23761.

¹⁵⁰ Anche sulla base del summenzionato art. 5, comma 3, lett. a) *bis*, l. 400/88 (su cui vd. *supra*, par. 2, nota 27).

riteneva tuttavia di dover annullare con rinvio la decisione del Tribunale di Bari per violazione del principio del contraddittorio.

Il caso di specie, quindi, indirettamente conferma quanto sostenuto finora: laddove la violazione attinge a profili di diritto sostanziale, la cui riparazione esige decisioni non eccessivamente discrezionali dell'autorità giudiziaria (nella vicenda *de qua*, la revoca della confisca), lo strumento migliore è costituito dall'incidente di esecuzione.

In un altro, recente, caso, anch'esso relativo alla disciplina della confisca urbanistica, il nostro Paese è stato nuovamente condannato. Nel caso *Varvara*, il ricorrente, alla fine delle lunghe vicende giudiziarie che lo avevano coinvolto, era stato prosciolto per prescrizione dai reati urbanistici contestatigli, ma la confisca dei terreni e delle costruzioni ivi effettuate era stata mantenuta. La Corte ha ritenuto violato il principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU per diversi profili, in ultima analisi riconducibili alle due letture che solitamente vengono date dell'art. 27 Cost. nel nostro ordinamento: divieto di responsabilità per fatto altrui e necessità di un *coefficiente di colpevolezza* che giustifichi l'irrogazione della *pena* (posto che così viene qualificata la confisca urbanistica dalla Corte EDU). La pronuncia in commento, dunque, si sofferma sulla necessaria sussistenza di un *sufficiente legame psicologico* tra l'autore e il fatto di reato, tale da giustificare la pena comminata: per queste ragioni, i giudici di Strasburgo arrivano alla conclusione che «la sanzione penale inflitta al ricorrente, quando il reato era estinto e la sua responsabilità non era stata accertata con una *sentenza di condanna*, contrasta con il [...] principio di legalità che l'articolo 7 della Convenzione impone di rispettare. La sanzione controversa non è quindi prevista dalla legge ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione ed è arbitraria¹⁵¹».

Orbene, alla luce di detta sentenza, alcuni giudici italiani hanno ritenuto di dover interpretare il già menzionato art. 44, comma 2 d.P.R. 380/01 nel senso che esso precluda «la confisca dei beni quando non viene pronunciata una condanna per il reato di lottizzazione abusiva¹⁵²», sicché hanno sollevato questione di legittimità costituzionale in quanto tale assetto «determinerebbe una forma di iperprotezione del diritto di proprietà, nonostante il bene abusivo non assolve ad una funzione di utilità sociale (artt. 41 e 42 Cost.), con il sacrificio di principi costituzionali di rango costituzionalmente superiore, ovvero del diritto a sviluppare la personalità umana in un ambiente salubre (artt. 2, 9 e 32 Cost.)¹⁵³».

La Corte costituzionale ha però dichiarato inammissibili le questioni sollevate, per una pluralità di ragioni; in particolare, da un lato, perché l'impostazione della Corte Europea non sarebbe espressione di un *orientamento consolidato* della Corte EDU: questa precisazione riveste indubbia importanza, nelle prospettive dei rapporti futuri tra le due Corti, in quanto la Corte costituzionale sancisce che «è [...] solo un "diritto

¹⁵¹ C. eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, par. 72 (traduzione a cura del Ministero della Giustizia), corsivo aggiunto, in *questa Rivista*, con nota di Mazzacuvà, [La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 Cedu](#), 5 novembre 2013.

¹⁵² Corte cost., sent. n. 49/15, par. 1 (in diritto).

¹⁵³ *Ibid.*

consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo¹⁵⁴».

Dall’altro lato, invece, le questioni sollevate sono state dichiarate inammissibili perché la Corte costituzionale, dopo aver precisato che «la questione da risolvere [...] consiste allora nel decidere se il giudice europeo, quando ragiona espressamente *in termini di “condanna”*, abbia a mente la *forma* del pronunciamento del giudice, ovvero la *sostanza* che necessariamente si accompagna a tale pronuncia [...] vale a dire l’accertamento della responsabilità¹⁵⁵», opta decisamente per questa seconda interpretazione. D’altronde, ciò risulta coerente con l’impostazione adottata dalla Corte di Cassazione (all’indomani della sentenza *Sud Fondi*), secondo la quale, anche nei casi di prescrizione del reato, l’applicazione della confisca urbanistica necessita comunque di un giudizio di colpevolezza: infatti, è stato elaborato il principio di diritto secondo il quale «nell’ipotesi di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, il giudice, per disporre legittimamente la confisca, deve svolgere tutti gli accertamenti necessari per la configurazione sia della *oggettiva* esistenza di una illecita vicenda lottizzatoria sia di una *partecipazione, quanto meno colpevole*, alla stessa dei soggetti nei confronti dei quali la sanzione venga adottata, e di ciò deve dare conto con motivazione adeguata¹⁵⁶».

Orbene, per quanto concerne gli effetti della sentenza *Varvara*, la Corte costituzionale ha dunque per il momento escluso la necessità di un qualunque ripensamento nell’interpretazione della normativa interna in materia di confisca urbanistica, confermandone la compatibilità con la CEDU; conseguentemente, non si pongono neppure problemi in termini di eventuali misure individuali da adottare *post rem iudicatam*. Semmai, potrebbero sorgere delle difficoltà qualora la Grande Camera, investita dei ricorsi avverso la sentenza *Varvara*, dovesse decidere confermando la decisione già emessa, magari specificando che il riferimento alla sentenza interna di condanna vada inteso in senso formale.

Alla luce delle due fondamentali sentenze prese in considerazione, è possibile trarre le seguenti conclusioni circa il profilo della violazione dei principi di tassatività e di colpevolezza.

In linea teorica, si tratta di violazioni che dovrebbero essere imputabili al legislatore e alla cattiva tecnica normativa di cui questi si è servito nella costruzione di

¹⁵⁴ *Ivi*, par. 7 (in diritto).

¹⁵⁵ *Ivi*, par. 6.2 (in diritto), corsivo aggiunto.

¹⁵⁶ Cass. pen., sez. III, 20 maggio 2009 (ud. 30 aprile 2009), n. 21188 (corsivo aggiunto). Per ulteriori riflessioni sul punto, vd. GRASSO, *Art. 240*, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, II edizione, Milano, 2011, 632-633, dove appunto si chiosa come sia «da rilevare che la giurisprudenza italiana, pur non rinunciando alla qualifica di «sanzione amministrativa» riconosciuta alla confisca in questione, la applica solo in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi tali da consentire di pervenire a una *affermazione di responsabilità* (anche se per ragioni esterne al reato, ad es. il decorso del tempo, non si perviene ad una condanna), ponendosi così in *sostanziale concordanza* con la giurisprudenza della Corte eur.» (corsivo aggiunto).

determinate fattispecie, ritenute non abbastanza chiare e dalle conseguenze non prevedibili, ovvero non implicanti un sufficiente legame psicologico tra l'autore e il fatto di reato. Da ciò seguirebbero le già viste conseguenze in termini di efficacia espansiva "*erga omnes*" di simili violazioni, anche per quel che concerne le prospettive di tutela dei "fratelli minori". Tuttavia, proprio i due casi menzionati sembrano andare in direzioni parzialmente diverse, ammonendo dunque l'interprete a non adagiarsi su possibili generalizzazioni ma a valutare, volta per volta, le peculiarità del caso concreto.

Nell'*affaire Sud Fondi*, infatti, le circostanze della vicenda di specie hanno influito non poco sulla decisione della Corte Europea, in particolare per quanto riguarda il già menzionato comportamento delle pubbliche amministrazioni: pertanto, la decisione sulla carenza di tassatività e colpevolezza della fattispecie sembra non poter essere agevolmente estesa al di là del caso da cui origina la sentenza, fermo restando che la pronuncia *de qua* ha comunque avuto, come si è visto, significative ricadute sull'interpretazione della normativa italiana in materia di confisca urbanistica.

Nella sentenza *Varvara*, invece, la Corte EDU sembrava aver inaugurato un orientamento che avrebbe potuto scardinare la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana, ma così non è stato, sicché la normativa interna potrà continuare – per il momento – a essere interpretata come nel più recente passato (ossia nel senso di richiedere, sulla falsariga della sentenza *Sud Fondi*, l'accertamento della partecipazione quantomeno colpevole nella illecita vicenda lottizzatoria per disporre la relativa confisca, anche nelle ipotesi di prescrizione del reato): le violazioni riscontrate, anche in questo caso, non si estendono al di là delle vicende da cui origina la decisione.

8. Violazione dell'art. 10 CEDU: il caso *Belpietro*.

Com'era già stato sottolineato dalla più attenta dottrina all'indomani della sent. n. 113/11, la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. nei termini suesposti apre la via a possibili richieste di revisione in seguito a sentenze di condanna aventi a oggetto diritti diversi da quello all'equo processo. A tal proposito, un recente caso assurto agli onori della cronaca può offrire degli interessanti spunti di riflessione.

Nel caso *Belpietro*¹⁵⁷, il noto giornalista italiano aveva fatto ricorso alla Corte EDU, all'esito di un procedimento interno in cui era stato condannato, *ex art.* 57 c.p., alla pena di quattro mesi di reclusione (sospesi condizionalmente), oltre al pagamento delle spese processuali e dei danni in favore delle parti civili, in quanto direttore della rivista su cui era stato pubblicato un articolo ritenuto diffamatorio. La Corte di Strasburgo accoglie il ricorso del ricorrente con delle interessanti considerazioni. Essa non ritiene che «una condanna nei confronti del ricorrente fosse *di per sé* contraria

¹⁵⁷ C. eur. dir. uomo, 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*.

all'articolo 10 della Convenzione¹⁵⁸», e ciò perché «la Corte considera che una pena detentiva inflitta per un reato commesso nell'ambito della stampa sia compatibile con la libertà di espressione giornalistica sancita dall'articolo 10 solo in *circostanze eccezionali*, in particolare quando altri diritti fondamentali siano stati gravemente lesi¹⁵⁹». Ciononostante, nel caso di specie, avente peraltro a oggetto un mancato controllo nell'ambito di una diffamazione (e non quindi una responsabilità diretta), la pena della reclusione (per quanto condizionalmente sospesa) – sommata alla riparazione dei danni per un importo totale di 110.000 euro – si traduceva in una «ingerenza nel diritto alla libertà di espressione [...] non [...] proporzionata agli scopi legittimi perseguiti¹⁶⁰». Quindi, la violazione è accertata dalla Corte «a causa del quantum e della natura della sanzione¹⁶¹» effettivamente imposta a Maurizio Belpietro.

Orbene, una serie di notazioni appaiono a questo punto necessarie. Innanzitutto, quali rimedi possono essere esperiti dal ricorrente per vedere tutelata la sua situazione? Com'è stato giustamente prospettato, se la pronuncia della Corte EDU fosse stata nel senso che la condanna del giornalista per diffamazione viola *tout court* l'art. 10 CEDU, in quanto lesiva del suo diritto di cronaca, *nulla quaestio* circa la possibilità di attivare il procedimento di esecuzione¹⁶². Poiché però nel caso di specie vengono censurati il *quantum* e la natura della pena, non sembra peregrino ipotizzare una richiesta di revisione, benché non venga comunque messa in discussione l'affermazione di responsabilità del ricorrente¹⁶³. Nell'assenza di un rimedio *ad hoc* più semplice e spedito, infatti, non si rinvergono altre soluzioni che consentano di riparare alla violazione occorsa; nonostante la summenzionata valorizzazione della fase esecutiva, sembra inverosimile che in questo caso possa esservi spazio per un intervento del giudice dell'esecuzione, che dovrebbe fare una valutazione *ex novo* di *tutti* gli elementi probatori sulla cui base il giudice della cognizione aveva adottato la sua decisione (poi censurata in sede convenzionale): in quanto la scelta della pena e del suo ammontare si sono rivelati non compatibili alla CEDU, in assenza di una sentenza ablativa della Corte costituzionale, sembrerebbe preferibile riservare una simile valutazione discrezionale al giudice di merito.

Poiché la valutazione della Corte nella vicenda in esame ha un marcato carattere “casistico” – nel senso che sono rilevanti e dirimenti le peculiarità del caso concreto – non sembra possibile che i “fratelli minori” di Belpietro possano richiedere una qualunque forma di tutela al giudice nazionale, sussistendo per essi l'obbligo di

¹⁵⁸ *Ivi*, par. 60, corsivo aggiunto (le citazioni sono tratte dalla traduzione italiana a cura del Ministero della Giustizia).

¹⁵⁹ *Ivi*, par. 53 (corsivo aggiunto).

¹⁶⁰ *Ivi*, par. 62.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² IACOVIELLO, *op. cit.*, 817, che così chiosa: «Si tratta di due sentenze definitive (quella interna e quella convenzionale) per il medesimo fatto contro la stessa persona. Siamo in pieno art. 669 c.p.p., senza necessità di alcuna interpretazione analogica».

¹⁶³ Così MELZI D'ERIL, [La Corte Europea condanna l'Italia per sanzione e risarcimento eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti](#), in *questa Rivista*, 12 novembre 2013, 12.

adire – se ancora in tempo – la Corte Europea. In effetti, situazioni come quelle in esame difficilmente potrebbero avere degli esatti corrispondenti in altri casi: per quanto analoghi, essi si differenzerebbero inevitabilmente per l'entità della lesione della reputazione delle persone offese, nonché per tutte le altre circostanze di contesto che rilevano nelle ipotesi di diffamazione. D'altronde, ogni pezzo giornalistico è una storia a sé.

Ciononostante, la sentenza in questione ha comunque avuto effetti per così dire *“ultra partes”*, e potrebbe averne di ulteriori. Infatti, si ricordi che, all'indomani della decisione sul caso *Belpietro*, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano ha diffuso una nota con cui ha invitato «tutti i magistrati dell'ufficio [...] a tenere nella più attenta considerazione i principi affermati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo», nonché a segnargli preventivamente «i casi nei quali potrebbero ricorrere “circostanze eccezionali” (quali quelle evidenziate dalla Corte EDU o altre che qualifichino il caso specifico) che renderebbero proporzionata la richiesta di applicazione di pena detentiva¹⁶⁴».

Se questa soluzione è stata prospettata dalla magistratura requirente, anche quella giudicante non si è sottratta ai suoi doveri di interpretazione conforme alla Convenzione, sicché nelle pronunce successive al caso *Belpietro* essa ha adottato un orientamento decisamente restrittivo in materia di pene detentive comminate per il reato di diffamazione: in alcune pronunce, infatti, essa ha annullato con rinvio le sentenze impugnate limitatamente al trattamento sanzionatorio, affinché i giudici di merito rideterminassero la pena nel rispetto delle indicazioni provenienti da Strasburgo¹⁶⁵. Una simile soluzione è sicuramente apprezzabile, perché dimostra come il corretto utilizzo degli strumenti ermeneutici da parte dell'interprete possa aiutare il nostro Paese ad allinearsi agli *standard* di tutela fissati in sede di Consiglio d'Europa. È pertanto auspicabile che al principio dell'interpretazione conforme facciano ricorso anche i giudici di merito nelle loro decisioni.

In particolare, nei casi di diffamazione, l'interpretazione convenzionalmente orientata si dovrebbe atteggiare nel senso che, nell'alternatività tra sanzione detentiva e pecuniaria *ex art. 595 c.p.*, dovrà essere preferita la seconda, almeno che non ricorrano le “circostanze eccezionali” più volte menzionate. La questione è, in realtà, un po' più complessa. Come noto, infatti, l'art. 13 l. 47/48 prevede che, nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa

¹⁶⁴ Vd. [il comunicato stampa dell'8 ottobre 2013 a firma del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano](#), Edmondo Bruti Liberati, pubblicato in *questa Rivista*.

¹⁶⁵ Si vd. ad esempio Cass. pen., sez. V, 13 marzo 2014 (ud. 11 novembre 2013), n. 12203, in cui si riporta la tralatizia espressione della Corte di Strasburgo secondo la quale alla stampa spetta il fondamentale compito di fungere da “cane da guardia” della democrazia. Il riferimento ai *“watch dog”*, e più in generale alla giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 10 CEDU, era già servito alla Corte di Cassazione come ulteriore strumento per annullare senza rinvio la sentenza di condanna inflitta a un altro noto giornalista italiano, condannato per diffamazione in primo e in secondo grado (Cass. pen., sez. V, 2 luglio 2007 (ud. 21 febbraio 2007), n. 25138, Feltri).

non inferiore a 250 euro: si tratta quindi, contrariamente all'art. 595 c.p., di *sanzioni cumulative*. Fermo restando che, per interpretazione ormai costante, l'art. 13 l. 47/48 è considerato circostanza aggravante, sicché potrà applicarsi il regime di alternatività di cui all'art. 595 c.p. qualora essa venga bilanciata con un'attenuante, è però vero che la definitiva compatibilità con il quadro convenzionale sarebbe garantita, sempre nella sottintesa inerzia del legislatore, da una sentenza della Corte costituzionale che dichiarò incostituzionale l'art. 13 l. 47/48 nella parte in cui non prevede l'alternatività delle sanzioni ivi menzionate¹⁶⁶. Questa soluzione, in effetti, consentirebbe di allinearsi a quanto disposto dalla Corte Europea: la pena detentiva potrebbe essere applicata nei "casi eccezionali", mentre per quelli "ordinari" sarebbe sufficiente procedere con la sola pena pecuniaria.

Dell'accoglimento dell'ipotetica questione nei termini così prospettati potrebbero avvantaggiarsi tutti i soggetti già condannati in via definitiva: qualora le pene irrogate non siano state espiate, infatti, è evidente che la *coesistenza* della sanzione detentiva con quella pecuniaria non sarebbe più tollerabile. Orbene, richiamandosi alle susesposte considerazioni relative all'art. 30, comma 4 l. 87/53 e ai poteri del giudice di esecuzione di intervenire sul *quantum* di pena, sembra plausibile ritenere che i soggetti condannati in via definitiva possano richiedere ex art. 670 c.p.p. la rideterminazione della pena, con la conseguenza che il giudice adito dovrebbe limitarsi a valutare, *ex actis*, la sussistenza delle menzionate "circostanze eccezionali": qualora esse ricorrano nel caso di specie, dovrebbe elidersi la pena pecuniaria; nei casi in cui invece non sussistano – la maggior parte delle volte, presumibilmente – dovrà cadere la pena detentiva. D'altronde, sembra trattarsi di valutazioni che, in ultima analisi, il giudice dell'esecuzione può ben effettuare sulla base della sentenza di merito, senza contraddirne le relative statuizioni, anzi, semmai valorizzandole ai fini della scelta della sanzione più adeguata.

Ovviamente, anche in questa ipotesi si pongono alcune problematiche: per esempio, il giudice di merito potrebbe aver optato per la sanzione pecuniaria minima proprio in virtù del cumulo con quella detentiva; venuta meno quest'ultima, potrebbe ritenersi insufficiente l'ammontare della pena pecuniaria precedentemente irrogata. Si tratta di questioni irrisolte e, allo stato della normativa, probabilmente irrisolvibili: ancora una volta, però, va segnalato che ritenere simili considerazioni ostative al ricorso – da parte dei soggetti già condannati in via definitiva – all'incidente di esecuzione implicherebbe, nella sostanza, continuare a imporre loro una pena nel complesso incostituzionale, facendo ricadere su di essi le colpe dell'inerzia legislativa.

¹⁶⁶ Così giustamente MELZI D'ERIL, *op. cit.*, 8-9. Una simile impostazione è altresì sostenuta da GIUDICI, [Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all'art. 10 CEDU](#), in *questa Rivista*, 26 settembre 2013, 3-4, il quale ritiene che la pena detentiva vada comunque mantenuta come *extrema ratio* per le ipotesi più gravi di diffamazione. Va comunque ricordato che, al momento in cui si licenzia il presente lavoro, è all'esame del Parlamento una proposta di legge che prevede – *inter alia* – la modifica dell'art. 13 l. 47/48 e dell'art. 595 c.p. nel senso di prevedere per i reati ivi previsti la sola pena della multa (A.C. n. 925-B).

9. Conclusioni.

Sulla base delle riflessioni svolte sinora è possibile trarre delle brevi conclusioni. Innanzitutto, appare evidente e drammatico il *ritardo* del legislatore nel dotare il nostro ordinamento di strumenti che consentano di dare adeguata esecuzione alle sentenze della Corte di Strasburgo: sono passati ben sette anni dal “pressante invito” della Corte costituzionale, ma il Parlamento non è ancora intervenuto a disciplinare la materia *de qua*.

A fronte di questa deprecabile ritrosia, è più che apprezzabile lo “slancio europeista” (in senso lato) della nostra giurisprudenza, che ha di volta in volta escogitato delle soluzioni che hanno consentito di ottemperare al dettato dell’art. 46 CEDU. Nessuna di esse, tuttavia, si configura come esperibile in *ogni ipotesi* di violazione accertata dalla Corte Europea, e ciò per una ragione fondamentale: poiché a ogni infrazione dei diritti umani deve seguire la *restitutio in integrum* del ricorrente vittorioso, un simile risultato potrà essere ottenuto per vie diverse, a seconda del parametro utilizzato dalla Corte nella decisione di condanna e a seconda delle peculiarità del caso concreto.

Nella presente trattazione, ci si è soffermati in particolare sulle violazioni attinenti al diritto penale sostanziale e si è sottolineato come esse, in un certo senso “fisiologicamente”, ben si prestino a essere tutelate – in linea di massima – in via esecutiva, fermo restando che nelle ipotesi in cui la pena (poi rivelatasi convenzionalmente illegittima) sia stata integralmente espiata l’incidente di esecuzione risulta comunque uno strumento impraticabile; in qualche caso, inoltre, potrebbe essere opportuno procedere con la revisione del processo, come si è visto nell’*affaire Belpietro*.

La tendenziale “vocazione” *erga omnes* delle accertate violazioni di diritto sostanziale, peraltro, può rendere più facile l’attivazione di rimedi processuali anche a favore di chi – pur non avendo adito la Corte Europea – versa in una situazione *identica* a quella del ricorrente vittorioso. La Corte costituzionale e, in particolare, la Corte di Cassazione hanno ammesso una tutela dei “fratelli minori” in via esecutiva, all’esito di un’interpretazione convenzionalmente orientata della norma interna contrastante con la CEDU ovvero, nelle ipotesi in cui detta norma interna abbia un tenore assolutamente inequivoco, a seguito di apposita questione di legittimità costituzionale.

In generale, però, il ricorso all’incidente di esecuzione presenta degli innegabili limiti dovuti alle peculiarità dell’istituto, nonostante di recente le Sezioni Unite abbiano fornito *interpretazioni di carattere estensivo* delle norme di cui agli artt. 666 ss. c.p.p.: resta infatti assai dubbia (se non esclusa) l’esperibilità di questo rimedio quando la *restitutio in integrum* del ricorrente richiederebbe l’esercizio di ampi e incisivi poteri decisorii. A *fortiori*, una simile problematica si pone nei confronti dei “fratelli minori” che, se privati di questo rimedio giurisdizionale, non potendo peraltro servirsi neppure della “revisione europea” come introdotta dalla Corte costituzionale, resterebbero privi di adeguata tutela, fintantoché non intervenga opportunamente il legislatore.

Il quadro è quindi complesso e composito. In ogni caso, in base alle considerazioni svolte finora, sembra potersi considerare ormai assodato che l'intangibilità della *res iudicata* non può più essere sbandierata come ultimo vessillo della sovranità "*tetragono ai colpi di ventura*": è dunque innegabile che «il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad *evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona*¹⁶⁷».

Parafrasando la frase di Antonio Ruggeri in precedenza menzionata, dunque, la certezza del diritto (racchiusa nell'intangibilità del giudicato) deve oggi cedere di fronte alla garanzia dei diritti.

¹⁶⁷ Cass. pen., 7 maggio 2014 (ud. 24 ottobre 2013), Ercolano, cit., par. 7.1 (in diritto), corsivo aggiunto.