

La flessibilità del giudicato penale nella recente evoluzione giurisprudenziale

di Paolo Troisi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La declaratoria di ineseguibilità del giudicato nel caso «Dorigo». – 3. La riapertura del giudizio di legittimità nella vicenda «Drassich». – 4. La modifica del trattamento sanzionatorio iniquo nell'*affaire* «Scoppola». – 5. L'intervento della Corte costituzionale e l'introduzione della revisione «europea». – 6. La problematica dei c.d. «fratelli minori di Scoppola» (le Sezioni unite «Ercolano»). – 7. La rideterminazione della pena «incostituzionale» (le Sezioni unite «Gatto»). – 8. La correzione della pena *ab origine* illegale (le Sezioni unite «Basile»). – 9. Conclusioni.

1. Premessa.

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

La visione totalitaria dei rapporti tra Stato e individuo aveva trasfigurato il regime di «irrevocabilità» delle sentenze non più soggette ad impugnazioni ordinarie, al punto da affermare il «valore assoluto» della intangibilità del giudicato², di fronte al quale sbiadiva ogni altra concorrente o contrapposta esigenza. Era, insomma, la solenne proclamazione della forza statale nei confronti del singolo, non più nel senso di un illimitato potere inquisitorio, concretantesi nella possibilità di una teoricamente continua persecuzione penale, bensì nella direzione della supremazia della potestà punitiva e dell'interesse collettivo alla «sicurezza» e alla «quiete sociale»³.

Risultato ne era l'abnorme compressione degli strumenti tendenti a rilevare la latente ingiustizia del *dictum* promanante dal titolo cognitivo⁴.

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

² In proposito, v. ART. ROCCO, *La cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, in *Opere giuridiche*, II, Roma, 1932, pp. 243 ss.

³ Sul modo di concepire il giudicato nel codice del 1930, v. A. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995, pp. 14 ss.

⁴ Oltre che l'estromissione dal sistema di qualsiasi forma di revisione *in peius*, pure compatibile con un'ideologia di stampo autoritario, ma contrastante con il preminente rilievo sociale del giudicato.

Autorevoli voci in dottrina si erano levate per denunciare il *deficit* di giustizia che connotava un sistema così configurato, che finiva col rendere pressoché nulli gli spazi di verifica dell'errore giudiziario e col legittimare, in nome di asseriti valori comunitari, l'ingiustificato sacrificio delle prerogative individuali⁵.

E nonostante non fossero mancati sforzi normativi e giurisprudenziali per adattarne il contenuto al sopravvenuto impianto costituzionale, la logica di fondo del codice «Rocco», nella concezione del giudicato, non era, nella sostanza, significativamente variata.

È solo con la nuova codificazione che si è avuta la traduzione legislativa del mutamento di prospettiva realizzato dalla Costituzione nel porre la centralità della persona e la tutela dei suoi diritti inviolabili a fondamento dell'ordinamento giuridico di uno Stato democratico.

Imprescindibile conseguenza è stata la scelta in favore della «flessibilità» del giudicato⁶, attuata attraverso una più compiuta disciplina della revisione e degli altri istituti legittimanti interventi revocatori o modificativi del titolo esecutivo, funzionali ad accordare rimedio a situazioni di ingiustizia che, qualora si rivelino *post iudicatum*, meritano considerazione anche a discapito delle esigenze di stabilità e certezza sottese al regime di irrevocabilità delle pronunce giurisdizionali, in quanto collegate alla salvaguardia di primari diritti individuali.

All'erosione del «principio di intangibilità» hanno contribuito anche successivi interventi novellistici. Si pensi all'introduzione del ricorso straordinario per cassazione per errore di fatto (art. 625-*bis* c.p.p.)⁷, all'ampliamento della sfera di operatività (per effetto del d.l. n. 17 del 2005) della restituzione nel termine per proporre impugnazione a favore del contumace (art. 175, comma 2, c.p.p., nella versione anteriore alle modifiche introdotte dalla l. n. 67 del 2014)⁸ ed alla riforma in tema di processo *in absentia* (l. n. 67 del 2014), che ha inserito nel *corpus* codicistico il rimedio della «rescissione del giudicato» (art. 625-*ter* c.p.p.)⁹.

⁵ Cfr. F. CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, pp. 293 ss.; A. JANNITI PIROMALLO, *La revisione dei giudicati penali*, in *Riv. dir. pen. e proc. pen.*, 1954, p. 165; G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1956 pp. 197 ss.

⁶ Sul tema, v. A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2013, p. 706.

⁷ Si tratta di istituto finalizzato a risolvere il giudicato e a riaprire il processo (o, comunque, modificarne l'esito) allorché, a causa di un errore di tipo percettivo (l'«errore di fatto»), sia stato leso il diritto dell'imputato, condannato con sentenza passata in giudicato, alla effettività del giudizio di legittimità

⁸ Tale istituto, come regolato dall'art. 175, comma 2, c.p.p., nel testo anteriore alle modifiche introdotte dalla l. n. 67 del 2014, continua ad applicarsi nei procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore della detta legge, sia stato pronunciato il dispositivo della sentenza di primo grado o vi sia stata dichiarazione di contumacia (e non sia stato adottato il decreto di irreperibilità) (art. 15-*bis* l. n. 67 del 2014). Nell'attuale versione dell'art. 175, comma 2, c.p.p., la restituzione nel termine per impugnare è riservata all'imputato condannato con decreto penale, che non abbia avuto tempestivamente effettiva conoscenza del provvedimento, salvo che vi abbia volontariamente rinunciato.

⁹ Tale rimedio consente alla Corte di cassazione, su richiesta del condannato o del sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto «in assenza» per tutta la durata del processo, di revocare la sentenza e disporre la trasmissione degli atti al giudice di primo

Ulteriore fattispecie di «cedevolezza» del giudicato, rispetto a valori con esso collidenti, è stata introdotta sul terreno della disciplina penale sostanziale, stabilendosi la «conversione immediata» – ad opera del giudice dell’esecuzione – della pena detentiva, inflitta all’esito del processo, nella corrispondente pena pecuniaria, qualora la legge sopravvenuta abbia previsto, per l’ipotesi di reato oggetto di giudicato, esclusivamente la sanzione pecuniaria (art. 2, comma 3, c.p.)¹⁰.

Ma più che il legislatore, è stata la prassi applicativa, nell’ultimo decennio, nel tentativo di garantire la conformità dell’ordinamento interno alle Carte internazionali sui diritti dell’uomo e, in particolare, alla C.e.d.u., a condurre ad ulteriori sviluppi la scelta codicistica per la «flessibilità del giudicato».

In mancanza di interventi legislativi adatti allo scopo, più volte sollecitati dal Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa, la giurisprudenza si è fatta portavoce della necessità di assicurare l’esecuzione, nel nostro ordinamento, di sentenze della Corte europea che avevano accertato la violazione di fondamentali prerogative riconosciute all’imputato, quali il diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico¹¹, il diritto all’effettività della difesa tecnica¹², il diritto di essere informato non solo del motivo dell’accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data ai fatti oggetto di imputazione¹³, il principio di legalità della pena e il diritto al riconoscimento dei vantaggi connessi a procedure che comportano la rinuncia ad essenziali garanzie del processo equo¹⁴.

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

grado, qualora sia fornita la prova che «l’assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo». La natura di mezzo di impugnazione straordinario, finalizzato al «travolgimento del giudicato» ed alla «instaurazione *ab initio* del processo», è stata confermata da Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848, Burba, in *C.E.D. Cass.*, n. 259990. Trattandosi, inoltre, di impugnazione straordinaria a favore dell’interessato, deve ritenersi che l’esito del rinnovato giudizio non potrà mai essere peggiorativo delle statuizioni consacrate nel giudicato, revocato sì, ma al solo fine di porre rimedio ad una «ingiustizia procedurale».

¹⁰ Ciò avviene, è bene evidenziarlo, in deroga al principio generale previsto dall’art. 2, comma 4, c.p., secondo cui la legge più favorevole trova il limite di retroattività nella sentenza irrevocabile.

¹¹ Cfr., tra le altre, Corte eur., 18 maggio 2010, *Ogaristi c. Italia*; Corte eur., 19 ottobre 2006, *Majadallah c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1344; Corte eur., 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*, *ivi*, 2006, p. 2987. V., anche, Corte eur., 7 giugno 2005, *Jerinò c. Italia*. Con riferimento a fattispecie anteriori alle modifiche dell’art. 111 Cost., cfr. Corte eur., 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1080; Corte eur., 27 febbraio 2001, *Luca c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2836; Corte eur., 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*, *ivi*, 2000, p. 2483. Occorre richiamare anche il rapporto della Commissione europea del 9 settembre 1998, in relazione al ben noto caso *Dorigo c. Italia*, poi sfociato nella *Interim Resolution* 15 aprile 1999, n. DH (1999) 258 del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa.

¹² V. Corte eur., 27 aprile 2006, *Sannino c. Italia*, in *Guida dir.*, 2006, n. 24, p. 86.

¹³ Corte eur., 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1646.

¹⁴ Corte eur., 17 settembre 2009, Grande Camera, *Scoppola c. Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 356.

Gli scenari che si sono aperti hanno contribuito, e non poco, al raggiungimento, nel vigente sistema processuale, di più elevati livelli di tutela dei diritti individuali.

Le affermazioni di principio, che hanno orientato la giurisprudenza nella soluzione delle problematiche concernenti l'esecuzione delle decisioni sovranazionali tese a prescrivere il «riesame della causa» o «la riapertura del processo», hanno determinato, come si dirà, un notevole salto di qualità culturale, elevando a vero e proprio «paradigma di sistema» il principio per cui l'intangibilità del giudicato debba cedere il passo a più pregnanti esigenze di tutela dell'imputato e dei suoi diritti fondamentali¹⁵.

2. La declaratoria di ineseguibilità del giudicato nel caso «Dorigo».

Significativo il ruolo riconosciuto, dalla giurisprudenza interna, al giudice dell'esecuzione nel ben noto caso «Dorigo», in cui era stata accertata in sede europea la «iniquità» del processo a causa della inosservanza del principio sancito dall'art. 6, par. 3, lett. *d*), C.e.d.u. (in quanto non era stato garantito all'accusato l'esercizio del diritto di interrogare o di fare interrogare i testimoni a carico) ed era stata prescritta, come forma di riparazione, la riapertura del processo, avendo la violazione avuto un'influenza determinante sull'esito del giudizio¹⁶.

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

Di conseguenza, ha ritenuto non compatibile il diritto alla riapertura del giudizio – riconosciuto in sede europea – con la persistente efficacia del giudicato, la cui esecutività deve, dunque, essere neutralizzata dal giudice dell'esecuzione (attraverso l'applicazione dell'art. 670 c.p.p.) sino a quando non si sia formata un'altra decisione irrevocabile a conclusione di un nuovo processo¹⁷.

Ora, è chiaro che la soluzione volta a far cessare – nella forma della non esecutività del titolo – le conseguenze negative derivanti dall'ingiusta sentenza, pur apprezzabile per le finalità perseguite, presenta il limite di non dare attuazione ai *dicta*

¹⁵ Cfr. F. VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, pp. 3 ss.

¹⁶ Si tratta del rapporto della Commissione europea del 9 settembre 1998, relativi al caso *Dorigo c. Italia*, a cui sono seguite plurime risoluzioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. Cfr. *Interim Resolution* 15 aprile 1999, DH (1999) 258; *Interim Resolution* 19 febbraio 2002, DH (2002) 30; *Interim Resolution* 10 febbraio 2004, DH (2004) 13; *Interim Resolution* 12 ottobre 2005, DH (2005) 85; *Final Resolution* 20 giugno 2007, DH (2007) 83.

¹⁷ Così Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, p.m. in proc. Dorigo, in *C.E.D. Cass.*, n. 235447.

europei, nella misura in cui non conduce né alla riapertura del processo, né all'eliminazione del giudicato¹⁸. Crea, all'opposto, una situazione di «limbo», in cui l'accertamento giurisdizionale condensato nella pronuncia divenuta definitiva, pur se reso innocuo in termini di esecuzione della pena, resta comunque in piedi¹⁹.

E tuttavia, ciò che merita di essere evidenziato è che, già con questa prima presa di posizione, la giurisprudenza di legittimità, pur nell'impossibilità, in carenza dei necessari congegni processuali, di rimuovere il giudicato «iniquo», ha cercato e individuato nell'ordinamento le ragioni che impediscono di mantenere in vita una pronuncia irrevocabile giudicata «ingiusta» dalla Corte europea per violazione dei diritti minimi dell'imputato.

Tali ragioni vanno rinvenute nel «ruolo privilegiato attribuito ai diritti e alle libertà fondamentali riconosciuti dalla stessa Convenzione, le cui garanzie sono elevate al rango di principi generali dell'intero sistema». Di conseguenza, «in presenza del radicale conflitto tra giudicato interno e sentenza della Corte europea», non può essere assolutamente attribuita «prevalenza al primo affermando l'efficacia esecutiva della sentenza nazionale di condanna pur se pronunciata in un processo dichiarato non equo per violazione dell'art. 6 della Convenzione»²⁰.

Insomma, oltre alla necessità di assicurare il rispetto degli impegni assunti con la sottoscrizione della Convenzione europea e garantire la piena attuazione delle sentenze rese dai giudici di Strasburgo, sullo sfondo del superamento del giudicato si staglia l'esigenza di porre rimedio a violazioni di diritti e libertà che si collocano al vertice dell'ordinamento processuale.

3. La riapertura del giudizio di legittimità nella vicenda «Drassich».

Altro parametro normativo di cui si è servita la giurisprudenza di legittimità per affermare la preminenza dei diritti dell'imputato rispetto alle esigenze di certezza sottese al giudicato è il ricorso straordinario per cassazione per errore di fatto, regolato dall'art. 625-bis c.p.p.

¹⁸ Sul tema, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, v. M. GIALUZ, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, pp. 1860 ss.

¹⁹ Senza considerare, poi, che, attraverso il percorso esegetico seguito dalla Corte, l'istituto di cui all'art. 670 c.p.p. è stato «quanto meno manipolato nel suo significato sia letterale, sia funzionale» (così P. TONINI, *Il testimone irreperibile: la cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 887), trattandosi di un rimedio che consente di accertare che non vi è una sentenza irrevocabile, o perché manca il titolo, o perché non si è perfezionata l'esecutività a causa di una notifica non validamente effettuata. Fenomeno certamente diverso è, invece, quello del giudicato, ritualmente perfezionatosi, ma processualmente «ingiusto».

²⁰ Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, p.m. in proc. Dorigo, cit. (punto 6, cons. in dir.).

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

Accertata la violazione, aveva individuato in «un nuovo processo o una riapertura del procedimento, su richiesta dell'interessato» il mezzo appropriato per porvi rimedio²¹.

Reinvestita della questione²², la Corte di cassazione ha, per un verso, ritenuto di dover procedere ad un'interpretazione dell'art. 521 c.p.p. conforme alla Costituzione ed alla C.e.d.u.²³ e, per altro verso, di dover individuare nell'art. 625-*bis* c.p.p. lo strumento per rescindere la sentenza resa all'esito del giudizio di legittimità «iniquo» e disporre una nuova trattazione del ricorso, limitatamente al punto della diversa definizione giuridica del fatto.

Evidente è, anche in tal caso, la «forzatura interpretativa»²⁴ volta ad estendere analogicamente – *bypassando* il principio di tassatività delle impugnazioni – il concetto di errore di fatto (pacificamente ricondotto nella categoria degli errori meramente percettivi) fino a ricomprendervi le lesioni dei diritti dell'imputato occorse nell'ambito del giudizio di legittimità.

²¹ La vicenda è nota: condannato in primo e secondo grado per il reato di corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio, l'imputato aveva proposto ricorso per cassazione chiedendo, tra l'altro, la declaratoria di estinzione dell'illecito corruttivo per intervenuta prescrizione. La Suprema Corte aveva rigettato il ricorso, ritenendo che i fatti andassero riqualificati come corruzione in atti giudiziari ai sensi dell'art. 319-ter c.p. ed affermando che tale riqualificazione — operata in forza dell'art. 521 c.p.p. — non potesse essere considerata una *reformatio in pejus*, nella misura in cui la pena inflitta non veniva aggravata (si tratta di Cass., Sez. VI, 4 febbraio 2004, Drassich, in *C.E.D. Cass.*, n. 230440). Tale soluzione è stata censurata dalla Corte europea (11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, cit.), secondo cui, se i giudici di merito dispongono, quando tale prerogativa è loro riconosciuta nel diritto interno, della possibilità di riqualificare i fatti per i quali sono stati regolarmente aditi, essi devono, però, assicurarsi che gli imputati abbiano avuto l'opportunità di esercitare i loro diritti di difesa su questo punto in maniera concreta ed effettiva. Ciò implica che essi vengano informati in tempo utile non solo del motivo dell'accusa, cioè dei fatti materiali che vengono loro attribuiti e sui quali si fonda l'accusa, ma anche, ed in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti. Di conseguenza, con riferimento alla fattispecie concreta, la Corte ha rilevato che il ricorrente era stato condannato per un reato, la corruzione in atti giudiziari, che non era menzionato nel suo rinvio a giudizio e che non gli era stato comunicato in nessuna fase del procedimento.

²² Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *C.E.D. Cass.*, n. 241753.

²³ La Corte ha sostenuto che la difesa debba essere messa in grado «di interloquire sulla eventualità di una diversa definizione giuridica del fatto là dove essa importi conseguenze in qualunque modo deteriori per l'imputato così da configurare un suo concreto interesse a contestarne la fondatezza». Tale impostazione è stata recepita dalla prevalente prassi interpretativa (v., per tutti, Cass., sez. II, 17 ottobre 2014, n. 47413, in *C.E.D. Cass.*, n. 260960).

²⁴ F. ZACCHÉ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 784.

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

È, dunque, la riconosciuta prevalenza dei diritti fondamentali dell'imputato a giustificare, in ultima analisi, la «rimozione» del giudicato²⁵.

4. La modifica del trattamento sanzionatorio iniquo nell'affaire «Scoppola».

La prospettiva è stata addirittura ampliata dalla successiva prassi interpretativa, che ha ritenuto legittimo il ricorso all'impugnazione di cui all'art. 625-bis c.p.p. per rimediare – in ottemperanza alla sentenza della Grande Camera della Corte europea nella ben nota vicenda «Scoppola»²⁶ – a violazioni sostanziali e procedurali, non solo non riconducibili alla categoria dell'«errore di fatto», ma non aventi neanche una diretta genesi nel giudizio di cassazione.

La situazione, in estrema sintesi, era quella di un imputato che, a causa del sopravvenire del disposto dell'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000 (modificativo dell'art. 442 c.p.p.)²⁷ e dell'erronea interpretazione, come norma di diritto processuale, di tale previsione, era stato condannato alla pena dell'ergastolo, anziché a quella massima di anni trenta di reclusione, prevista al momento della scelta del giudizio abbreviato.

Su ricorso dell'interessato, la Corte di Strasburgo – sul presupposto che la disposizione di cui all'art. 442, comma 2, c.p.p. costituisce norma di diritto penale sostanziale, contribuendo a determinare la pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato²⁸ – aveva, innanzitutto, rilevato la lesione del principio di

²⁵ Tale prevalenza sta alla base dell'introduzione del ricorso straordinario *ex art. 625-bis c.p.p.*, la cui *ratio*, ad avviso della Corte, è ovviare «a violazioni del diritto di difesa occorse nell'ambito del giudizio di legittimità e nelle sue concrete e fondamentali manifestazioni che rendono invalida per iniquità la sentenza della Corte della cassazione». Ed è proprio questa *ratio* ad aver suggerito alla Suprema Corte di utilizzarlo, per dare esecuzione al *dictum* europeo, anche oltre la sua piattaforma oggettiva di operatività, vale a dire l'«errore di fatto» in cui siano incorsi i giudici di legittimità.

²⁶ Per una ricostruzione dei passaggi essenziali della vicenda, si rinvia, per tutti, a C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, pp. 263 ss.

²⁷ Tale disposizione, con una norma definita di «interpretazione autentica», aveva stabilito che l'espressione «pena dell'ergastolo», contenuta nel comma 2 dell'art. 442 c.p.p., dovesse intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno (comma 1); aveva, poi, inserito all'interno dello stesso comma un ulteriore periodo, teso a prescrivere che «alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo» (comma 2).

²⁸ Corte eur., 17 settembre 2009, Grande Camera, *Scoppola c. Italia*, cit. Ad avviso della Corte, inoltre, il disposto dell'art. 7, comma 1, del d.l. n. 341 del 2000, nello stabilire che l'espressione «pena dell'ergastolo», contenuta nel comma 2 dell'art. 442 c.p.p., dovesse intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno, doveva essere considerata – nonostante la qualifica formale di «norma di interpretazione autentica» – disposizione innovativa di diritto sostanziale e, dunque, operante solo per il

legalità penale di cui all'art. 7 C.e.d.u., che sancisce non solo il principio di irretroattività delle leggi penali più severe, ma altresì il principio della retroattività della legge penale più favorevole tra tutte quelle entrate in vigore dal momento del fatto a quello della sentenza definitiva (nella specie la previsione inserita dall'art. 30 l. n. 479 del 1999)²⁹. Aveva, altresì, accertato la violazione del diritto al giusto processo (art. 6 C.e.d.u.), nella misura in cui era stata lesa l'aspettativa dell'imputato di ottenere, a fronte della rinuncia a fondamentali garanzie processuali, lo sconto di pena previsto dalla legge vigente al momento della scelta del rito abbreviato.

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

La Corte di cassazione – preso atto «dell'iniquità e dell'ineseguibilità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte dei diritti dell'uomo», «che ha accertato che la sua formazione è avvenuta in violazione dei principi *ex* artt. 6 e 7 della Convenzione» – ha ritenuto, anche per ragioni di economia processuale, di poter dare esecuzione alla pronuncia europea e, dunque, sostituire la pena inflitta con la sentenza passata in giudicato proprio attraverso il meccanismo disciplinato dall'art. 625-*bis* c.p.p.

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

L'ampliamento delle «maglie operative dell'istituto» è stato necessitato da «ragioni di coerenza interna dell'ordinamento, che impediscono di considerare legittima la quantificazione della sanzione inflitta [...] con una sentenza di condanna pronunciata in un giudizio nel quale sia stata violata una regola del giusto processo, accertata dalla Corte europea»³⁰.

futuro. I giudici italiani, invece, ritenendola norma di interpretazione autentica – e, dunque, applicabile retroattivamente – e di natura processuale, l'avevano applicata anche agli imputati già ammessi al giudizio abbreviato.

²⁹ Va rilevato che, così facendo, la Corte ha modificato la propria precedente giurisprudenza, affermando che l'art. 7, par. 1, C.e.d.u. «non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato» (punto 109 della motivazione).

³⁰ Così si esprime Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, in *C.E.D. Cass.*, n. 247244.

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

5. L'intervento della Corte costituzionale e l'introduzione della revisione «europea».

La situazione di incertezza generata da soluzioni giurisprudenziali completamente disancorate dalla lettera della legge, ma imposte dall'esigenza di dare esecuzione alle decisioni europee, ha indotto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 113 del 2011, a dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 630 c.p.p. – per violazione del dovere dello Stato di adeguarsi agli «obblighi internazionali» posti dall'art. 46 C.e.d.u. (art. 117, comma 1, Cost.) – nella parte in cui non consente la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi ad una pronuncia definitiva dei giudici di Strasburgo.

Nell'*iter* motivazionale, imperniato essenzialmente sulla portata dell'art. 46 C.e.d.u. e sugli obblighi che derivano allo Stato per effetto delle decisioni della Corte europea, campeggia l'affermazione secondo cui, «pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata», «non può ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza – quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla vicenda giudiziaria nel suo complesso – delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 Cost.»³¹.

Detto *a contrario*, la tutela dei diritti della persona, nella gerarchia costituzionale, è valore preminente rispetto alla salvaguardia della certezza e della stabilità della cosa giudicata³².

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

L'istituto cui ha dato vita la declaratoria di incostituzionalità³³, pur inserendosi nell'alveo della disciplina della revisione e condividendone la natura di impugnazione

³¹ Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1523 (punto 8, cons. in diritto).

³² Cfr. A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Leg. pen.*, 2011, pp. 481 ss., secondo cui «la certezza del diritto deve farsi da canto, nella scala costituzionale dei valori, davanti alla certezza dei diritti costituzionali, vale a dire alla loro effettività, quale risulta in forza dei riconoscimenti fatti a beneficio dei diritti stessi dalla Corte europea».

³³ Che si tratti di un vero e proprio «istituto nuovo» è stato ben messo in evidenza da M. GIALUZ, *Una*

straordinaria deputata ad «aggregare» il giudicato, se ne discosta profondamente quanto a finalità perseguite e, dunque, a dinamiche operative.

È stata la stessa Corte costituzionale a voler introdurre un rimedio dal carattere, per così dire, «flessibile», teso essenzialmente a consentire, qualora ciò risulti necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea³⁴, la «riapertura del processo», «intesa, quest'ultima, come concetto di genere, funzionale anche alla rinnovazione di attività già espletate, e, se del caso, di quella integrale del giudizio».

Il concreto atteggiarsi del rimedio dipende, dunque, dalla tipologia di violazione accertata in sede sovranazionale³⁵, a seconda che sia di carattere processuale (tale richiedere una nuova attività procedimentale volta a garantire la *restitutio in integrum*, a restituire, cioè, all'interessato le prerogative che gli sono state ingiustamente negate) o di natura sostanziale (impositiva in quanto tale di una mera rivalutazione del contenuto decisorio della sentenza o, addirittura, della eliminazione della stessa)³⁶.

Il nuovo istituto si presenta, pertanto, come strumento che consente di rimediare, *post iudicatum*, ad *errores in procedendo* che abbiano determinato la non equità della procedura e siano stati ritenuti idonei a condizionare la decisione conclusiva del processo³⁷, ma anche come meccanismo per correggere errori di diritto in cui siano incorsi i giudici nazionali nell'applicare norme interne in violazione ai diritti sostanziali consacrati dalla C.e.d.u.

Gli esiti del giudizio di revisione «europea» potranno, di conseguenza, essere più ampi rispetto a quelli ordinari della revisione: non solo conferma della condanna o proscioglimento dell'imputato, ma anche condanna ad una pena più favorevole, qualora

sentenza “additiva di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”, in Cass. pen., 2011, pp. 3308 ss., il quale osserva che si tratta non di un semplice nuovo caso di revisione, ma di «una nuova impugnazione straordinaria».

³⁴ La Corte cost. ha precisato che «la necessità della riapertura andrà apprezzata – oltre che in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata (è di tutta evidenza, così, ad esempio, che non darà comunque luogo a riapertura l'inosservanza del principio di ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6, paragrafo 1, CEDU, dato che la ripresa delle attività processuali approfondirebbe l'offesa) – tenendo naturalmente conto delle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta, nonché nella sentenza “interpretativa” eventualmente richiesta alla Corte di Strasburgo dal Comitato dei ministri, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 3, della CEDU» (punto 8, cons. in dir.).

³⁵ Al riguardo, per un approfondimento del tema, v. M. GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”, cit.*, p. 3313; R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Leg. pen.*, 2011, pp. 473 ss.

³⁶ Pur essendo la motivazione della sentenza incentrata sul tema delle violazioni del giusto processo, tuttavia la declaratoria di incostituzionalità, a differenza delle varie proposte legislative succedutesi nel tempo, non pone limiti alla tipologia del vizio – acclarato in ambito europeo – a cui è possibile porre rimedio.

³⁷ In quest'ottica si pone sulla stessa lunghezza d'onda, almeno come ragion d'essere, del ricorso straordinario per cassazione, della restituzione in termini a favore del contumace e della rescissione del giudicato a favore dell'imputato incolpevolmente assente. Di conseguenza, non sarà attivabile, laddove la violazione processuale rientri nell'ambito di operatività di uno di questi rimedi. E così, in caso di violazione del diritto di presenziare al processo, saranno gli istituti della restituzione del termine e della rescissione del giudicato, per il principio di specialità, a trovare applicazione.

le nuove prerogative esercitate dall'imputato nel rinnovato processo o le indicazioni provenienti dalla Corte europea impongano una rivalutazione in tal senso della decisione³⁸.

Né può considerarsi operativo il divieto di proscioglimento «esclusivamente sulla base di una diversa valutazione delle prove assunte nel precedente giudizio» (art. 637, comma 2, c.p.p.), non essendosi più in presenza di elementi esterni o fatti nuovi idonei a sovvertire l'esito decisorio, ma di un vizio interno alla procedura o al giudizio che, interferendo con i diritti consacrati dalla Convenzione, va rimosso³⁹.

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

6. La problematica dei c.d. «fratelli minori di Scoppola» (le Sezioni unite «Ercolano»).

Risolto il problema, attraverso la revisione europea, della rinnovazione del giudizio o della riapertura del processo a favore del condannato che abbia ottenuto dalla Corte europea una sentenza che accerta iniquità del processo o la violazione di diritti sostanziali, in giurisprudenza si è posto un ulteriore interrogativo: *quid iuris* per i soggetti che hanno subito una violazione identica a quella già accertata in sede europea, ma che non abbiano proposto tempestivo ricorso alla Corte di Strasburgo?⁴⁰

La problematica attiene all'ipotesi in cui i giudici europei abbiano accertato, a carico dello Stato, una violazione strutturale, una violazione, cioè, non limitata al singolo caso di specie, ma che evidenzia un contrasto – generato da una norma di legge

³⁸ Ad avviso della Corte rimarrà, dunque, «inoperante la condizione di ammissibilità, basata sulla prognosi assolutoria, indicata dall'art. 631 cod. proc. pen.» (punto 8, cons. in dir.).

³⁹ La Corte, nel tentativo di plasmare i contorni di un istituto per molti versi inedito nel nostro sistema, non ha mancato di evidenziare che l'ipotesi di revisione in parola comporta, nella sostanza, una deroga al principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato. Il giudice della revisione sarà, dunque, chiamato a valutare come le cause della non equità del processo, rilevate dalla Corte europea, si debbano tradurre in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli.

⁴⁰ In una fattispecie di violazione del diritto al contraddittorio sulla qualificazione giuridica del fatto, analoga a quella affrontata nella vicenda «Drassich», la Suprema Corte aveva escluso l'ammissibilità dell'incidente di esecuzione, proposto ai sensi dell'art. 670 c.p.p., per ottenere la declaratoria di ineseguibilità della condanna, a causa dell'assenza di una sentenza della Corte europea che avesse accertato la violazione (Cass., Sez. I, 18 gennaio 2011, Raffaelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 249328).

o da orientamenti interpretativi divenuti «diritto vivente» – tra l’ordinamento interno e la normativa convenzionale.

La stessa Corte europea, in caso di violazione strutturale, si è riconosciuta il compito di indicare allo Stato, oltre alle misure individuali finalizzate alla *restitutio in integrum* della situazione della vittima, anche quelle generali dirette a rimuovere gli impedimenti che, nella legislazione nazionale o nella prassi interpretativa, si frappongono all’obiettivo di far cessare il conflitto tra il sistema nazionale e la Convenzione europea⁴¹.

Allorché ciò avvenga, sorge l’obbligo – *in primis* in capo al legislatore, ma anche a carico dei singoli giudici (attraverso lo strumento della interpretazione conforme e della questione di legittimità costituzionale)⁴² – di prevenire il verificarsi di violazioni dello stesso tipo, nonché di porre rimedio a situazioni in cui sia possibile riscontrare una lesione dei diritti convenzionali analoga a quella oggetto di accertamento in sede sovranazionale⁴³. E ciò senza che sia necessario che ogni singola vittima ottenga una propria sentenza dalla Corte di Strasburgo⁴⁴.

Se al mancato esperimento del ricorso alla Corte europea si collegasse l’impossibilità di far valere la violazione convenzionale, si finirebbe sostanzialmente per sostituire al giudicato interno un «giudicato europeo» o, comunque, si costruirebbe una fattispecie a formazione progressiva, che determinerebbe la preclusione a rimuovere

⁴¹ Ciò avviene, innanzitutto, con le c.d. sentenze pilota, con le quali la Corte evidenzia un vero e proprio problema di carattere strutturale dell’ordinamento dello Stato, individuando le misure più idonee per risolverlo (in dottrina, v. F.M. PALOMBINO, *La “procedura di sentenza pilota” nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, pp. 91 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Violazioni “strutturali” e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Dir. unami e dir. int.*, 2008, n. 1, pp. 5 ss.). Ma anche allorché la sentenza europea non enunci esplicitamente le misure generali da adottare, non v’è dubbio che la sua efficacia vincolante vada oltre quanto emerge dal dispositivo, ogni qual volta la violazione non sia confinata alla peculiare vicenda processuale sottoposta all’attenzione della Corte, bensì dovuta a «difetti» della legislazione nazionale o ad orientamenti della giurisprudenza interna (v. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2915, punto 7.2, cons. in dir.).

⁴² La Corte costituzionale, con la sentenza n. 49 del 2015, nel ricostruire i rapporti tra ordinamento interno e Convenzione europea, così come scolpiti dalle sentenze gemelle del 2007 (n. 348 e 349 del 2007), ha, però, precisato che l’obbligo del giudice italiano di recepire la norma convenzionale nell’interpretazione datane dalla Corte europea, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale, sussiste solo nel caso in cui ci si trovi in presenza di un orientamento «consolidato» della Corte di Strasburgo o di una «sentenza pilota».

⁴³ Cfr. Corte eur., 22 giugno 2004, Grande Camera, *Broniowski c. Polonia*, in *Dir. uomo e libertà fondamentali*, 2007, p. 793, in cui si è affermato il principio per cui, una volta constatata dalla Corte una violazione strutturale, spetta alle autorità nazionali, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, adottare, retroattivamente se occorre, le misure di riparazione necessarie conformemente al principio di sussidiarietà della Convenzione, di modo che la Corte non debba reiterare la sua constatazione di violazione in una lunga serie di casi analoghi (cfr. punti 189-193).

⁴⁴ In dottrina, v. L. DE MATTEIS, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo e revoca del giudicato*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1481.

lesioni a diritti fondamentali (già ravvisate in casi analoghi) allo spirare dei termini per attivare la giurisdizione di Strasburgo.

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

All'esito di un complesso percorso giurisprudenziale (caso «Ercolano»), le Sezioni unite – dopo aver chiesto ed ottenuto la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 7, comma 1, d.l. n. 341 del 2000 (vale a dire la norma che aveva generato la lesione dei diritti convenzionali riscontrata dalla Corte europea con la sentenza «Scoppola») – hanno riconosciuto la possibilità di rimediare alla violazione anche «in fattispecie identiche» a quella esaminata dai giudici di Strasburgo, pur in assenza, nel caso concreto, di una sentenza europea a cui dare esecuzione⁴⁵.

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

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

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

⁴⁵ I passaggi fondamentali della vicenda sono stati scanditi dal succedersi di tre pronunce: Cass., sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3969; Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, cit.; Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, in *C.E.D. Cass.*, n. 258649. Per una ricostruzione dell'intera vicenda e delle problematiche sottese, v., per tutti, E. LAMARQUE-F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014, pp. 1 ss.; F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, *ivi*, 2014, pp. 1 ss.

s'impone, pertanto, in questo caso di emendare “dallo stigma dell'ingiustizia” una tale situazione»⁴⁶.

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

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

In presenza di una violazione del principio di legalità convenzionale (art. 7 C.e.d.u.), resa manifesta dalla giurisprudenza europea, «è l'esigenza imprescindibile di porre fine agli effetti negativi dell'esecuzione di una pena *contra legem* a prevalere sulla tenuta del giudicato, che deve cedere, anche *in executivis*, alla “più alta valenza fondativa dello statuto della pena”»⁴⁷.

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

E tuttavia, anziché trarre dalle chiare proclamazioni di principio le dovute conseguenze in tema di «“correzione convenzionalmente orientata” dei giudicati illegittimi per violazione del principio della *lex mitior*»⁴⁸, le Sezioni unite, consapevoli della delicatezza dell'operazione ermeneutica posta in essere e preoccupate probabilmente delle ricadute sul piano sistematico derivanti dal generalizzato riconoscimento al giudice dell'esecuzione del potere di incidere sul giudicato anche in vicende non direttamente investite da decisioni della Corte europea, hanno richiesto l'intermediazione della Corte costituzionale⁴⁹.

In tal modo, hanno preferito percorrere la più tranquillizzante strada dell'incidente di costituzionalità, al fine di rendere la sostituzione della pena *post iudicatum* diretta

⁴⁶ Cass., sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit. (punto 2, cons. in dir.).

⁴⁷ Cass., sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit. (punto 5, cons. in dir.).

⁴⁸ L'espressione è di C. CONTI, *La preclusione*, cit., p. 299.

⁴⁹ E lo hanno fatto sul presupposto dell'impossibilità di procedere all'interpretazione conforme delle disposizioni dettate in tema di giudizio abbreviato dal d.l. n. 341 del 2000, a causa della qualifica formale di «norme di interpretazione autentica». In sostanza, le Sezioni unite hanno ritenuto che il giudice penale non può affermare direttamente la reale natura innovativa della legge di interpretazione autentica, limitandone in questo modo l'efficacia retroattiva, perché così finirebbe per disapplicare la legge in contrasto con la sua autorità imperativa (per un approfondimento del tema, v., tra gli altri, M. GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza “Scoppola”*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3981 ss.). Di contrario avviso è F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte edu in Scoppola c. Italia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012, p. 22.

conseguenza dell'illegittimità costituzionale della norma di diritto sostanziale che prevedeva il trattamento sanzionatorio in contrasto con l'art. 7 C.e.d.u.

Reinvestite della vicenda all'esito dello scrutinio del giudice delle leggi⁵⁰, le Sezioni unite, però, andando oltre le aspettative, non si sono limitate, come poteva lasciar prevedere l'ordinanza di rimessione, a far discendere la modifica del titolo esecutivo dalla declaratoria di illegittimità costituzionale, ma hanno ribadito le enunciazioni di ordine generale sul carattere recessivo del giudicato⁵¹.

Sono, dunque, la riconosciuta prevalenza del diritto all'inviolabilità della libertà personale⁵² e il carattere oggettivo e generale della violazione a far sorgere la necessità di rimuovere la lesione intervenendo sul giudicato anche in «casi identici»⁵³.

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

In altre parole, per le Sezioni unite, non è dalla normativa legislativa che si devono trarre – sia pure per via interpretativa – le deroghe al giudicato⁵⁴, ma è direttamente dal tessuto costituzionale che è possibile ricavare la prevalenza dei diritti fondamentali e, in particolare, della libertà personale sulla stabilità del giudicato, sicché compito dell'interprete diviene quello di rinvenire nel sistema processuale i meccanismi

⁵⁰ Si tratta di Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, cit., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, d.l. n. 341 del 2000, conv. in l. n. 4 del 2001.

⁵¹ Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, cit. (punto 7, cons. in dir.).

⁵² Le Sezioni unite rimarcano l'esigenza di «un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo» (punto 7, cons. in dir.).

⁵³ In effetti, «il *novum* introdotto dalla sentenza della Corte EDU “Scoppola e Italia” sulla portata del principio di legalità convenzionale, con i conseguenti riflessi sulla legalità della pena, in quanto sopravvenuto al giudicato e rimasto quindi estraneo all'orizzonte valutativo del giudice della cognizione, impone alla giurisdizione – in forza dell'art. 46 della CEDU e degli obblighi internazionalmente assunti dall'Italia – di riconsiderare il punto specifico dell'adottata decisione irrevocabile, proprio perché non in linea con la norma convenzionale nella interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo». E ciò, data la valenza generale del principio affermato, anche a favore di «coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo» (punto 7.1, cons. in dir.).

⁵⁴ Questa era la posizione assunta da Corte cost. n. 210 del 2013 che, al contrario dell'ordinanza di rimessione delle Sezioni unite, aveva escluso un generale carattere recessivo della certezza del giudicato di fronte alla lesione di diritti fondamentali, ritenendo affidata all'esclusiva valutazione del legislatore la prevalenza, sulla stabilità del giudicato, di opposti valori, come la tutela della libertà personale. Ad avviso del giudice delle leggi, quindi, solo in presenza di un'espressa previsione legislativa si potrebbe intervenire su una condanna passata in giudicato (sulla differenza tra le due impostazioni, v. M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014, p. 3; G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte Cost. n. 210 del 2013*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2013, n. 4, p. 263).

per realizzare un effetto costituzionalmente dovuto: la correzione del giudicato lesivo di prerogative individuali.

Trattandosi, nella fattispecie considerata, non di dar vita ad una «riapertura del processo» funzionale ad un nuovo giudizio di cognizione sul merito della vicenda, bensì di rideterminare un trattamento sanzionatorio rivelatosi *ex post* convenzionalmente e costituzionalmente illegittimo, il «meccanismo procedurale da utilizzare non può che essere individuato nell'incidente di esecuzione» e, in particolare, nella previsione dell'art. 670 c.p.p., a cui le Sezioni unite riconoscono un ambito applicativo ben più ampio di quello che il mero dato letterale lascia trasparire, trattandosi di istituto per far valere tutte le questioni relative «non solo alla mancanza o alla non esecutività del titolo, ma anche quelle che attengono alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo». Vi rientrano, pertanto, anche «tutti quei vizi che, al di là delle specifiche previsioni espresse, non potrebbero farsi valere altrimenti, considerata l'esigenza di garantire la permanente conformità a legge del fenomeno esecutivo»⁵⁵.

Del resto, è alla giurisdizione esecutiva che occorre rivolgersi ogni qualvolta si tratti di rideterminare, a favore del reo, la pena applicata con sentenza definitiva sia per effetto di modifiche legislative (nella speciale ipotesi di cui all'art. 2, comma 3, c.p.), sia in conseguenza della declaratoria di incostituzionalità di norme che incidono sul trattamento sanzionatorio (art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953)⁵⁶.

Per tale via, le Sezioni unite hanno costruito il rimedio che consente di rimuovere, anche al di fuori del caso deciso, le violazioni del principio di legalità accertate in sede sovranazionale, rimedio attivabile in quanto ricorrano le seguenti condizioni: *a*) la questione controversa deve essere identica a quella decisa dalla Corte europea; *b*) 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*; *c*) la possibilità d'interpretare la normativa interna in senso convenzionalmente orientato ovvero, se ciò non è praticabile, la declaratoria d'incostituzionalità della medesima normativa (com'è accaduto nella vicenda affrontata); *d*) l'accoglimento della questione sollevata deve essere l'effetto di una operazione sostanzialmente ricognitiva e non deve richiedere la riapertura del processo⁵⁷.

⁵⁵ Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, cit. (punto 9, cons. in dir.).

⁵⁶ Su quest'ultimo tema v., *infra*, § 7.

⁵⁷ Al termine della loro disamina, le Sezioni unite, al fine probabilmente di scongiurare che si aprissero le porte per la presentazione di una valanga di ricorsi per ritenute violazioni del processo equo, non solo hanno escluso dai confini operativi del rimedio le ipotesi di «pena rivelatasi illegittima esclusivamente perché irrogata all'esito di un giudizio ritenuto dalla Corte EDU non equo, ai sensi dell'art. 6 CEDU», ma hanno altresì sostenuto che in questo caso «l'apprezzamento, vertendo su eventuali *errores in procedendo* e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non può che essere compiuto caso per caso, con l'effetto che il giudicato interno può essere posto in discussione soltanto di fronte a un vincolante *dictum* della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie e attraverso lo strumento della revisione *ex art.* 630 c.p.p. (come integrato dalla sentenza n. 113 del 2011 Corte cost.), che comporta la

7. La rideterminazione della pena «incostituzionale» (le Sezioni unite «Gatto»).

L'opera delle Sezioni unite, tesa a dischiudere nuovi spazi di flessibilità del giudicato, è stata portata avanti anche su un altro fronte, relativo agli effetti della declaratoria di incostituzionalità di norme diverse dalla previsione incriminatrice, ma incidenti sul trattamento sanzionatorio.

La fattispecie è quella della pena, applicata con sentenza passata in giudicato, la cui misura ed entità siano state determinate sulla base di una legge successivamente dichiarata incostituzionale⁵⁸.

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

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

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

Le potenzialità della disposizione sono divenute oggetto di contrasto interpretativo. Si è, da una parte, osservato che, riferendosi alle sole norme incriminatrici, sarebbe stata implicitamente abrogata dall'art. 673 c.p.p., che ne avrebbe completamente assorbito la disciplina⁵⁹. In senso contrario, si è sostenuto che il suo ambito applicativo non è limitato alla fattispecie incriminatrice *stricto sensu* intesa, ma riguarda qualunque parte della condanna pronunciata in applicazione di una norma poi dichiarata costituzionalmente illegittima⁶⁰.

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

⁵⁸ Per una rapida elencazione delle più recenti sentenze con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di norme incidenti sul trattamento sanzionatorio, v. G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior*, cit., pp. 264 ss.; F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato*, cit., pp. 5 ss.

⁵⁹ V., per tutte, Cass., sez. I, 19 gennaio 2012, n. 27640, in Cass. pen., 2013, p. 1866.

⁶⁰ Tra le altre, Cass., sez. I, 25 maggio 2012, n. 26899, in *C.E.D. Cass.*, n. 253084; Cass., sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, in *Riv. pen.*, 2012, p. 652.

Sullo sfondo si staglia, come pare evidente, il tema dell'efficacia preclusiva del giudicato, se cioè la determinazione della pena con sentenza passata in giudicato cristallizzi una «situazione esaurita», insensibile alla naturale proiezione retroattiva della pronuncia di incostituzionalità⁶¹.

Già affrontata e risolta dalle Sezioni unite «Ercolano», sia pure in una fattispecie di violazione del principio di legalità accertata dalla Corte europea⁶², la questione è stata oggetto di un successivo e specifico intervento del Supremo Collegio (nella vicenda «Gatto»).

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

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

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

Il progressivo maturare e diffondersi dei valori costituzionali ha «posto in primo piano la necessità di apprestare adeguate tutele ai diritti della persona, preminenti rispetto all'autorità formale del giudicato, fondata sull'esigenza pratica di assicurare stabilità e certezza agli esiti dei procedimenti penali»⁶³.

Prendendo le mosse da queste considerazioni e ripercorrendo, con una lucida analisi, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha segnato l'abbandono del «“mito” dell'intangibilità», figlio dell'«affermato ed egemone primato del potere

⁶¹ Per la tesi secondo cui l'efficacia retroattiva della sentenza di illegittimità costituzionale incontra un limite nei rapporti esauriti, per tali dovendo intendersi quelli che hanno trovato la loro definitiva e irretrattabile conclusione mediante sentenza passata in giudicato, i cui effetti non vengono intaccati dalla successiva pronuncia di incostituzionalità, v. Corte cost., 7 maggio 1984, n. 139, in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 933

⁶² *Supra*, § 6.

⁶³ Cass, sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, p.m. in proc. Gatto, in *C.E.D. Cass.*, n. 260696 (punto 6, cons. in dir.).

statuale su qualsiasi diritto della persona», le Sezioni unite hanno ribadito che «il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell'intangibilità del giudicato».

Se questo è, devono, allora, «essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all'applicazione [della] norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile»⁶⁴.

A tale risultato, secondo il Supremo Collegio, deve pervenirsi per il tramite dell'art. 30 l. n. 87 del 1953, di cui s'impone una «nuova lettura», in sintonia con la più «generale tendenza verso la flessibilità del giudicato»⁶⁵.

Dal punto di vista procedurale, le Sezioni unite hanno pienamente recepito le conclusioni della sentenza «Ercolano» e, senza neanche il richiamo di facciata dell'art. 670 c.p.p., hanno individuato nel giudice dell'esecuzione il «garante della legalità della pena», cui compete, se richiesto *ex art. 666 c.p.p.*, ricondurre la pena inflitta a legittimità⁶⁶.

Del resto, rimarca la Corte, al giudice dell'esecuzione già sono attribuiti dall'ordinamento processuale penetranti poteri di accertamento e valutazione finalizzati alla rideterminazione della pena inflitta con la sentenza passata in giudicato⁶⁷. A tale scopo, non solo può esaminare gli atti processuali, ma anche acquisire documenti e informazioni, nonché assumere, nel rispetto del principio del contraddittorio, i mezzi di prova necessari per l'operazione valutativa diretta a rimuovere il vizio di legittimità della sanzione applicata (art. 666, comma 5, c.p.p.).

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

Nel rispetto di tale limite, spetta al giudice dell'esecuzione rimuovere la situazione di «illegittimità» resa palese dalla declaratoria di incostituzionalità di una norma

⁶⁴ Cass, sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, p.m. in proc. Gatto, cit. (punto 12, cons. in dir.).

⁶⁵ Il terzo comma, nel codificare il divieto di applicazione della norma dichiarata incostituzionale, impone di rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli del giudicato, non divenuti del frattempo irreversibili: «sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e, dunque, possono e devono essere rimossi». Il quarto comma, il cui operativo è ben più ampio di quello dell'art. 673 c.p.p., prescrive di far «cessare l'esecuzione della pena o della parte di pena che ha trovato fondamento nella norma dichiarata incostituzionale».

⁶⁶ Hanno, altresì, individuato nel magistrato del pubblico ministero l'organo cui compete, nell'ambito delle sue funzioni istituzionali (art. 73 ord. giud.), promuovere l'incidente di esecuzione.

⁶⁷ Si pensi alla previsione dell'art. 671 c.p.p., che riconosce al giudice dell'esecuzione il potere di rivalutare, *post iudicatum*, l'elemento soggettivo dei reati della serie criminosa, ai fini dell'applicazione della disciplina del reato continuato, e di rideterminare la pena applicata con più sentenze divenute irrevocabili, concedendo, se ne sussistono i presupposti, la sospensione condizionale e la non menzione della condanna.

penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, rideterminando la pena che non sia stata interamente espiata⁶⁸.

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

8. La correzione della pena *ab origine* illegale (le Sezioni unite «Basile»).

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

Già nel vigore del codice «Rocco» non erano mancati arresti giurisprudenziali diretti a ritenere «rilevabile anche in sede di esecuzione l'applicazione di una pena illegittima non prevista dall'ordinamento giuridico o eccedente per specie o quantità il limite legale, dato che il principio di legalità della pena, enunciato dall'art. 1 c.p., ed implicitamente dall'art. 25 Cost., comma 2, informa di sé tutto il sistema penale e non può ritenersi operante solo in sede di cognizione»⁶⁹.

Tale orientamento si è rafforzato, sia pure con diversi accenti, con il nuovo codice.

⁶⁸ In giurisprudenza, piuttosto, con specifico riferimento agli effetti della sentenza della Corte cost. n. 32 del 2014 (che, come ben noto, ha ripristinato, per le fattispecie previste dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, il trattamento sanzionatorio previsto prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 272 del 2005), è sorto un contrasto interpretativo in ordine al concetto di «pena illegale». Si discute se tale sia solo la pena base superiore al massimo edittale ora in vigore in conseguenza della declaratoria di incostituzionalità; oppure se la violazione del principio di legalità (e, dunque, il dovere di rideterminazione) sussista anche quando la pena base inflitta, pur rientrando nella forbice edittale ripristinata dal giudice delle leggi, sia stata in concreto determinata alla luce dei più elevati limiti edittali previsti dalla norma dichiarata illegittima. In realtà, una tutela sostanziale del principio di legalità e della libertà personale renderebbe doveroso l'intervento correttivo in tutti i casi in cui l'entità della sanzione sia effetto diretto dell'applicazione della norma incostituzionale, anche se, da un punto di vista meramente aritmetico, si collochi nella cornice edittale ritornata in vigore. Ulteriori interrogativi, che hanno dato luogo a divergenti orientamenti esegetici in seno alla giurisprudenza di legittimità (sempre con riferimento agli effetti della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale), attengono al se debba essere rivisto anche l'aumento di pena a titolo di continuazione, allorché la declaratoria di illegittimità costituzionale abbia riguardato il trattamento sanzionatorio previsto per il reato-satellite, e se debba essere rideterminata e con quale criterio la pena oggetto dell'accordo delle parti e, quindi, applicata con una sentenza di patteggiamento. Le Sezioni unite, con tre sentenze pronunciate in data 26 febbraio 2015, hanno riconosciuto, in merito alle dette problematiche, che, a seguito della citata sentenza n. 32 del 2014, per i delitti previsti dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 in relazione alle droghe c.d. leggere, le pene devono essere rideterminate anche nel caso in cui rientrino nella nuova cornice edittale applicabile; deve essere oggetto di specifica rivalutazione, alla luce della più favorevole cornice edittale, anche l'aumento di pena irrogato a titolo di continuazione; nel caso di pena applicata su richiesta delle parti, essa deve essere rideterminata attraverso la «rinegoziazione» dell'accordo tra le parti (ratificato dal giudice dell'esecuzione, investito attraverso l'incidente di esecuzione attivato dal condannato o dal pubblico ministero) e, in caso di mancato accordo, direttamente dal giudice dell'esecuzione in base ai criteri di cui agli artt. 132 e 133 c.p.

⁶⁹ Cfr. Cass, sez. V, 29 aprile 1985, n. 809, in *C.E.D. Cass.*, n. 169333.

La Corte di legittimità ha, in più occasioni, riconosciuto che, tra i poteri del giudice dell'esecuzione, attribuitigli dal complesso delle norme che disciplinano il relativo procedimento, si colloca anche quello – discendente dalla logica del sistema dell'incidente di esecuzione e analogicamente argomentabile dall'art. 671 c.p.p. – di rideterminare la pena da eseguire segnatamente allorché una frazione di essa sia affetta da illegittimità intrinseca, perché non prevista dalla legge o perché ecceda, per specie o quantità, il limite legale⁷⁰.

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

Tale «profonda valenza costituzionale», pertanto, pur in assenza di una norma specifica per il processo di esecuzione, presuppone ed anzi impone – ad avviso dei giudici di legittimità – l'immediata operatività della norma superiore (art. 25 Cost., comma 2, e art. 7 C.e.d.u.) «da attivare *ex art. 670 c.p.p.*, come opzione interpretativa necessaria rispetto all'invocazione alla Corte costituzionale di un intervento additivo, in tal caso, per la fase esecutiva del processo penale»⁷¹.

La pena illegale, «frutto di palese errore giuridico o materiale», deve, dunque, essere corretta da parte del giudice dell'esecuzione⁷², e ciò perché la forza cogente del principio di legalità travalica i limiti del giudicato.

Si è, però, escluso che alla rideterminazione in fase esecutiva possa addivenirsi nei casi in cui l'irrogazione della pena illegale con sentenza ormai irrevocabile sia non già il frutto di un errore macroscopico non giustificabile, bensì la conseguenza di una argomentata valutazione, pur discutibile, del giudice della cognizione⁷³. Allo stesso modo, alcuna rivalutazione può essere compiuta in *executivis* allorché la pena in concreto inflitta rientri nei limiti edittali, pur essendo il risultato di un ragionamento sbagliato (trattandosi di errore censurabile solo attraverso gli ordinari mezzi di

⁷⁰ Cass., sez. VI, 28 gennaio 1998, n. 315, in *C.E.D. Cass.*, n. 210374.

⁷¹ Così, in parte motiva, si esprime Cass., sez. I, 3 marzo 2009, n. 12453, in *C.E.D. Cass.*, n. 243742.

⁷² V., in tal senso, in parte motiva, Cass., sez. I, 20 gennaio 2014, n. 14677, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2014, n. 4, p. 358, che, in una ipotesi in cui con decreto penale di condanna divenuto esecutivo era applicata la pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda in relazione ad una contravvenzione per la quale la legge stabilisce la pena alternativa, ha ritenuto legittima la correzione operata dal giudice dell'esecuzione nel senso di escludere la pena detentiva e determinare la pena da eseguire nella sola sanzione pecuniaria dell'ammenda, in quanto più favorevole al condannato.

⁷³ Così Cass., sez. I, 3 marzo 2009, n. 12453, cit., in relazione ad una fattispecie in cui il giudice della cognizione, sulla base dell'orientamento prevalente all'epoca della pronuncia della sentenza di condanna, non aveva riconosciuto la diminuzione prevista dalla circostanza attenuante di cui all'art. 8 l. n. 203 del 1991. Cfr., anche, Cass., sez. I, 6 luglio 2000, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2410.

impugnazione)⁷⁴, salvo che si sia in presenza di un palese errore di calcolo, non supportato da alcun apparato argomentativo e in grado di comportare la sostanziale illegalità della sanzione applicata⁷⁵.

Ma, anche a prescindere dalla condivisibilità di tali esclusioni, tese sostanzialmente a tributare un estremo ossequio al giudicato, tradizionalmente insensibile agli errori di diritto in cui sia incorso il giudice della cognizione, è oramai pacifico in giurisprudenza che l'istanza di legalità della pena è «tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice*», non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla C.e.d.u. e alla Carta fondamentale⁷⁶.

L'orientamento in esame – che rappresenta l'ennesimo punto di emersione dell'esigenza di assicurare che la tutela dei diritti primari dell'individuo non soccomba di fronte al perfezionarsi del giudicato – ha ricevuto l'avallo anche dalle Sezioni unite (sentenza «Basile»), che lo hanno, altresì, esteso, superando un contrasto giurisprudenziale, alle pene accessorie⁷⁷.

Sulla scia delle conclusioni già raggiunte nelle vicende «Ercolano» e «Gatto», il Supremo Collegio ha evidenziato che «la tutela della libertà personale, garantita costituzionalmente, viene ad essere violata anche nel caso in cui debba essere eseguita una pena *ab origine* illegale». Una diversa soluzione implicherebbe, infatti, il riconoscimento della possibilità di una restrizione illegittima della libertà personale in ossequio alla «sacralità del giudicato», il che «sarebbe certamente in contrasto con i principi costituzionali», in quanto la pena determinata in spregio del dato normativo si pone in palese violazione del precetto di cui all'art. 25, comma 2, Cost.⁷⁸.

La pena inflitta *extra* o *contra legem* deve, quindi, essere rimossa non solo attraverso i rimedi previsti in sede di cognizione, ma anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, da parte del giudice dell'esecuzione.

E ciò non può che valere anche per le pene accessorie, non essendo consentita dall'ordinamento l'esecuzione di una pena (sia essa principale o accessoria) non conforme, in tutto o in parte, ai parametri legali⁷⁹.

⁷⁴ V. Cass., sez. I, 23 gennaio 2013, n. 38712, in *C.E.D. Cass.*, n. 256879, che ha escluso l'illegalità della pena determinata sull'erroneo presupposto che l'imputato fosse recidivo.

⁷⁵ Così Cass., sez. IV, 16 maggio 2012, n. 26117, in *C.E.D. Cass.*, n. 253562, in relazione ad una fattispecie in cui con sentenza resa all'esito di giudizio abbreviato e passata in giudicato era stata applicata una diminuzione di pena inferiore a quella prevista obbligatoriamente dalla legge

⁷⁶ Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, cit. (punto 7, cons. in dir.).

⁷⁷ Cass., sez. un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 395.

⁷⁸ Cass., sez. un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, cit. (punti 3 e 4, cons. in dir.).

⁷⁹ Cfr. Cass., sez. un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, cit. (punto 5, cons. in dir.), in cui si evidenzia che l'emendabilità *in executivis* di una pena accessoria illegale trova il suo fondamento non solo in norme di rango superiore, ma anche in norme del codice di rito, quale l'art. 676 c.p.p. che, prevede espressamente la competenza del giudice dell'esecuzione in tema di pene accessorie. Ulteriore conferma della possibilità per il giudice dell'esecuzione di intervenire, a modifica del giudicato irrevocabile, in tema di pene accessorie, si ricava dall'art. 183 disp. att. c.p.p., che prevede che, con determinati limiti

Ad avviso delle Sezioni unite, però, anche con riferimento alle pene accessorie l'emendabilità in *executivis* va esclusa «quando il giudice della cognizione si sia già pronunciato in proposito e sia pervenuto, anche se in modo erroneo, a conclusioni che abbiano comportato l'applicazione di una pena accessoria illegale»⁸⁰. In tal caso, alla erroneità della valutazione non può che porsi rimedio con gli ordinari mezzi di impugnazione, salvo il caso di errori macroscopici di calcolo o di applicazione di una pena avulsa dal sistema.

Ulteriore limite alla rideterminazione in sede esecutiva delle pene accessorie si ricaverebbe, secondo la Corte, dal disposto dell'art. 183 disp. att. c.p.p., che la renderebbe legittima solo allorché trattasi di pena accessoria predeterminata dalla legge nella specie e nella durata o, comunque, determinabile senza che ciò implichi alcuna discrezionalità in capo al giudice dell'esecuzione⁸¹.

Tale limite, tuttavia, se appare plausibile, ed anzi necessario, in relazione alla fattispecie regolata dall'art. 183 disp. att. c.p.p. (vale a dire l'applicazione *in executivis* della pena accessoria omessa in sede cognitiva), che altrimenti si configurerebbe come impugnazione straordinaria *in malam partem*, assolutamente inconciliabile con la funzione costituzionale del giudicato, ove, invece, riferito all'evenienza dell'applicazione, per effetto di un errore macroscopico, di una pena accessoria *extra o contra legem*, risulta distonico rispetto all'obiettivo di salvaguardare anche *post iudicatum* il diritto fondamentale alla legalità della pena.

Ma si tratta dell'ennesimo (e non ultimo) residuo di una concezione autoritativa dell'intangibilità del giudicato, che è oramai sul viale del tramonto.

9. Conclusioni.

Volendo riepilogare, alla luce delle più recenti prese di posizione della giurisprudenza di legittimità, è possibile rideterminare la pena *post iudicatum* sia quando una violazione strutturale del principio di legalità penale sia stata accertata dalla Corte europea in casi identici (Sezioni unite «Ercolano»), sia quando l'entità della pena,

(nella stessa norma esplicitati), la pena accessoria possa essere anche applicata, per la prima volta, in sede esecutiva. Se, dunque, rimarcano le Sezioni unite, «è consentito applicare in sede esecutiva una pena accessoria (la cui omissione, da parte del giudice della cognizione, non sia stata oggetto di impugnazione), addirittura in danno dell'imputato condannato, a maggior ragione tale intervento deve essere riconosciuto per emendare *in bonam partem* una pena accessoria illegale. Sarebbe incoerente ed irragionevole, una soluzione diversa, risolvendosi essa, per di più, in danno del condannato».

⁸⁰ Tale limite, secondo il Supremo Collegio, trova specifica enunciazione nell'art. 671 c.p.p. e si ricaverebbe, peraltro, anche dal disposto degli artt. 630, comma 1, lett. c), e 625-*bis* c.p.p., i quali confermano che «le valutazioni del giudice della cognizione non possano essere rimesse in discussione, dopo il passaggio in giudicato della sentenza» e, dunque, non è mai correggibile, in tale sede, l'errore valutativo del giudice (punto 6.1, cons. in dir.)

⁸¹ Analogo limite sarebbe argomentabile dalla previsione di cui all'art. 187 disp. att. c.p.p. (punto 6.2, cons. in dir.).

non ancora interamente espiata, sia stata determinata sulla base di una norma penale sostanziale dichiarata successivamente incostituzionale (Sezioni unite «Gatto»), sia, ancora, quando il giudice della cognizione, a causa di un errore macroscopico non giustificabile, abbia applicato una pena *extra* o *contra legem* e, nel caso di pena accessoria, trattasi di pena determinata per legge (o determinabile, senza alcuna discrezionalità) nella specie e nella durata (Sezioni unite «Basile»).

Come pare evidente, il principio di legalità della pena ha costituito, in giurisprudenza, il terreno più fertile in cui si è manifestata l'esigenza di assicurare che la tutela dei diritti primari dell'individuo non soccomba di fronte al perfezionarsi del giudicato. E ciò perché la prassi operativa è riuscita a rinvenire, per via interpretativa, nelle pieghe del sistema, il rimedio attivabile, vale a dire la rideterminazione ad opera del giudice dell'esecuzione⁸².

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

⁸² Va, altresì, evidenziato che la giurisprudenza ha ritenuto legittima la revoca del giudicato ai sensi dell'art. 673 c.p.p., allorché la norma incriminatrice sia stata dichiarata dalla Corte di giustizia europea incompatibile con la normativa comunitaria (cfr., tra le altre, Cass., sez. I, 29 aprile 2011, n. 20130, in *C.E.D. Cass.*, n. 250041, conseguente alla sentenza della Corte europea, 29 aprile 2011, *El Dridi*).