

Il Giudicato penale

GIUDICATO PENALE E LEX MITIOR EX ART. 7 CEDU: ARGOMENTI A DIFESA DELLA STABILITÀ DELLA PRECLUSIONE In Defense of the Res Judicata Principle. How to Strike a Bargain with the Retrospectiveness of the more Lenient Criminal Law?

Documenti correlati

Sommario 1. Introduzione. — 2. Ricognizione delle fonti sul giudicato penale. — 3. Fondamento e limiti della stabilità del giudicato penale. — 4. Ragioni dell'attuale instabilità del giudicato penale: identità e poteri istruttori del giudice dell'esecuzione. — 5. (Segue) Interventi legislativi e arresti giurisprudenziali. — 6. Fondamento e limiti della lex mitior: CEDU e ordinamento interno. — 7. Stabilità del giudicato penale a fronte della lex mitior in sette argomenti. — 7.1. Argomento empirico: fiat iustitia et pereat mundus? — 7.2. Argomento assiologico: mcdonaldizzazione dei diritti umani? — 7.3. Argomento sistematico: la CEDU non è più norma interposta? — 7.4. Argomento concettuale: quale margine di apprezzamento? — 7.5. Argomento processuale: la revisione è ancora mezzo di impugnazione straordinario? — 7.6. Argomento comparatistico: autorité de la chose jugée e Rechtskraft. — 7.7. Argomento politico: scelte libere nei fini? — 8. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

Present fears are less than horrible imaginings (1), così il Thane of Cawdor immagina impellenti scenari funesti. Fuor di metafora ammettiamo che ribadire la stabilità del giudicato penale, a fronte di alcuni casi, può apparire una rigidità eccessiva che mostra il diritto penale quale *ius terribile*. Tuttavia il suo abbandono definitivo conduce a horrible imaginings, che, se realizzati, rischiano di compromettere irrimediabilmente un sistema già in estrema difficoltà.

2. RICOGNIZIONE DELLE FONTI SUL GIUDICATO PENALE

Nel presente paragrafo si analizzano le fonti interne e sovranazionali dell'autorità della cosa giudicata. Va preliminarmente osservato che i vari nomina iuris ad essa riferiti, implicano precise Weltanschauungen(2) per la descrizione dello stesso fenomeno. Nella presente trattazione, si sceglie di utilizzare la formula “stabilità del giudicato penale” perché la si ritiene più appropriata, in quanto abbandona il mito delle blasonate espressioni come *firmitas iudicati* ed *irrevocabile robur*, ma al tempo

stesso esprime l'idea di relativa immutabilità. Tale tendenziale immutabilità, infatti, deve restare una caratteristica coesistente della cosa giudicata, per diverse ragioni che si esporranno. Le fonti interne che espressamente si occupano dell'istituto sono l'art. 624 c.p.p. rubricato «annullamento parziale», l'art. 648 c.p.p. «irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali» ed infine l'art. 649 c.p.p. che stabilisce il «divieto di un secondo giudizio». Sebbene il linguaggio comune spesso confonda termini come irrevocabilità, passaggio in giudicato ed esecutività, il rigor iuris impone di differenziarli (3), descrivendo caratteristiche diverse riferibili ad un unico provvedimento giudiziario: la sentenza o il decreto penale di condanna. In realtà nella prassi si usa anche il termine “giudicato cautelare” o “giudicato esecutivo”, ma formalmente essi sono scorretti, in quanto i provvedimenti, vista la loro forma, non sono irrevocabili, cfr. artt. 299-665 c.p.p. Va detto che il codice di procedura penale vigente utilizza come sinonimi i termini «irrevocabile» e «autorità di cosa giudicata», che trovano riscontro nel «definitiva» (riferita alla condanna) ex art. 27, comma 2, Cost. Dalla irrevocabilità della condanna, intesa come esaurimento dei mezzi di impugnazione, eccettuata la revisione ex art. 629 c.p.p., conseguono due diversi effetti (4): il giudicato formale (la tendenziale stabilità della decisione) e il giudicato sostanziale (la vincolatività in ambito penale ed extra-penale). A questi si accosta la doppia funzione del giudicato: quella positiva che consiste nell'obbligo nel processo civile e amministrativo, nonché nel procedimento disciplinare, di decidere in conformità a quanto accertato nella decisione penale (artt. 651-654 c.p.p.); quella negativa che vieta di sottoporre a nuovo procedimento penale per il medesimo fatto un soggetto già definitivamente giudicato (art. 649 c.p.p.). L'esecutività è invece prevista ex art. 650 c.p.p. ed è l'idoneità della sentenza o del decreto penale irrevocabili a essere eseguiti. Questa funzione ex art. 655 c.p.p. spetta al pubblico ministero «presso il giudice indicato nell'art. 665 c.p.p. [che] cura di ufficio l'esecuzione dei provvedimenti». Ancora una precisazione sulla struttura della sentenza. Essa si compone di capi (che trattano dell'imputazione di un reato) e di punti (statuizioni autonomamente considerabili come, ad esempio, il nesso eziologico, le circostanze, la colpevolezza, la pena, ecc.) e può essere monocefala, cumulativa o mista. È lecito chiedersi se l'irrevocabilità sia un concetto unitario, che caratterizza la sentenza integralmente, o possa essere frazionata. La giurisprudenza di legittimità (5) afferma che, nel codice di procedura penale del 1988, coabitano due nozioni di irrevocabilità: dall'art. 648 c.p.p. emerge un concetto unitario, necessariamente collegato all'esecutività nel suo significato materiale; diversamente, dall'art. 624 c.p.p. emerge un concetto frazionato collegato al giudicato, inteso come l'esaurirsi del potere decisorio del giudice di cognizione. Tale differenza ammette il c.d. giudicato a formazione progressiva che interessa anche i singoli punti della

sentenza. La ricognizione delle fonti sovranazionali, che trattano della materia in oggetto, impone di considerare l'art. 50 CDFUE, l'art. 4 del VII Protocollo CEDU, l'art. 14, comma 7, Pidcp. Va innanzitutto notato che i tre articoli trattano del giudicato limitatamente al principio di ne bis in idem che è assunto a "diritto". Infatti l'art. 50 CDFUE è rubricato «diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato» e lo stesso dicasi per l'art. 4 del VII Protocollo: «diritto di non essere giudicato o punito due volte». Non parla di "diritto", invece, l'art. 14, comma 7, Pidcp e volendo cogliere tra le fonti sovranazionali altre differenze, solo il comma 2 dell'articolo relativo al Protocollo ammette la «riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta». Si segnala, inoltre, la particolare forza del divieto enunciato, visto che nessuna deroga è ammessa, nemmeno in caso di stato di urgenza ex art. 15 CEDU. Il principale elemento di novità insito nella CDFUE sta nel fatto che si ampliano gli orizzonti: visto che la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie ex art. 82 TFUE, il principio del ne bis in idem non è limitato ai confini interni degli Stati membri, ma si estende in tutta l'Unione europea.

3. FONDAMENTO E LIMITI DELLA STABILITÀ DEL GIUDICATO PENALE

Svolta la panoramica sulle fonti, si riportano le statuizioni della giurisprudenza di legittimità sul giudicato penale. Esso consiste nella «somma preclusione, cui è affidata la funzione di garantire l'intangibilità del risultato del processo (6)». Sussiste, inoltre, per la Corte costituzionale «l'interesse fondamentale in ogni ordinamento, alla certezza e stabilità delle situazioni giuridiche ed all'intangibilità delle pronunce giurisdizionali di condanna che siano passate in giudicato (7)»; al tempo stesso occorre non «mitizzare l'intangibilità, ogniqualvolta dal giudicato resterebbe sacrificato il buon diritto del cittadino (8)». Si tratta di affermazioni che, se scisse dal caso originario, rischiano di apparire contraddittorie e pertanto vanno meglio sistematizzate. Alla luce di questi approdi giurisprudenziali sorge spontaneo l'interrogativo se il principio della stabilità della cosa giudicata abbia rilievo costituzionale. Occorre ricapitolare alcuni punti fermi: le fonti sovranazionali non trattano del giudicato lato sensu, ma limitatamente al principio del ne bis in idem(9)che per il diritto dell'Unione europea e per il sistema CEDU è un diritto fondamentale; inoltre la Costituzione italiana non offre disposizioni ad hoc. Secondo alcuni Autori (10)la Carta fondamentale tutelerebbe implicitamente il solo divieto del bis in idem in malam partem, visto il principio personalista coesistente alla Costituzione e il generale favor rei apprestato dall'ordinamento. L'interpretazione

prevalente, tuttavia, intende il giudicato in senso unitario perché considera gli interessi non solo dell'imputato, ma anche del soggetto passivo. A nostro sommo avviso, lasciando da parte le speculazioni sul fatto che la Carta fondamentale accosti un orientamento vittimo-centrico a quello reo-centrico, alla persona offesa non interessa certo che un condannato scontasse una pena eccessiva o sproporzionata (a meno di sadiche vendette che esulano da qualsiasi concezione di giustizia). Conseguentemente è condivisibile il pensiero secondo il quale «l'intangibilità del giudicato penale non rappresenta un principio di rango costituzionale, bensì un principio del sistema processuale, volto ad assicurare un valore costituzionalmente protetto, ossia l'esigenza di certezza giuridica» (11).

Prima di passare a un breve excursus di alcune posizioni dottrinali, si permetta una rapida incursione nel campo della filosofia del diritto. Fin dagli albori della civiltà giuridica si coglie la necessità politica di gestire le controversie e i comportamenti umani, limitando i casi di autotutela: *ubi civitas, ibi ius*. Laddove ciò non avvenisse, si avrebbero conseguenze che Cicerone mordacemente così descrive: «*perditae civitates desperatis iam omnibus rebus hos solent exitus exitialis habere, ut damnati in integrum restituantur, vincti solvantur, exules reducantur, res iudicatae rescindantur*(12)». Oltre all'Arpinate anche Platone ha sottolineato l'importanza della *ισχύς* delle sentenze (13).

La stabilità del giudicato ha quindi anche una funzione sociale, oltre che prettamente giuridica. Cerchiamo ora di ordinare le suggestioni proposte attraverso l'analisi di alcuni Autori.

È attribuito ad Ulpiano il noto brocardo «*res iudicata pro veritate accipitur*(14)», massima espressione della autorità della cosa giudicata. I glossatori, poi, inserivano questa formula nello statuto della prova considerando il giudicato come una presunzione assoluta. I giuristi moderni a seguito, consci del possibile scollamento della realtà dal processo, la intendono come *fictio veritatis*(15). Già questi passaggi rivelano un qualche sentore di crisi delle ragioni giuridiche del giudicato. È poi il massimo esponente del tecnicismo-giuridico (16) a denunciare che il fondamento dell'intangibilità del giudicato penale non avrebbe natura giuridica, bensì politica, perché esso cristallizza la «verità umanamente conseguibile» (17) che, pertanto, una volta accertata, va rispettata, ma difendere irragionevolmente la sua irrefragabilità significherebbe giustificare in qualche modo l'errore giudiziario. Già questa consapevolezza era propria del Carrara, il quale affermava che «il sistema della *rejudicata in criminale* non è a mantenersi per la sola considerazione dei danni che ne conseguirebbero dall'abolirlo, ma è buono in radice perché si compenetra coi cardini

della penalità (18)»; al tempo stesso, però, ammetteva deroghe soprattutto in casi di discrasia del dictum penale con la verità reale (ciò in piena aderenza all'impostazione della Scuola Classica). Per Giovanni Leone la firmitas iudicati poggia su due basi: l'autorità dello Stato e la sicurezza giuridica. La prima sottolinea la forza del potere costituito, unico legittimato all'esercizio dello ius terribile qual è il diritto penale; la seconda, estremamente pragmatica, evita lo scivolamento verso forme incontrollate ed incontrollabili di autotutela oltre che lo svilimento della funzione generalpreventiva della pena. In sostanza il giudicato penale «placa l'aspettativa della società nei confronti di una notitia criminis, placa l'aspettativa di giustizia dei soggetti del reato e di quegli altri individui sui quali il reato incide direttamente (19)».

Nessun dubbio, quindi, che l'autorità del dictum penale abbia come fondamento l'esigenza di certezza del diritto che implica ragioni politiche e sociali: «se ogni affare deciso fosse riesumabile, sarebbe turbato l'equilibrio socio-psichico collettivo (20)».

Summing up, si ritiene che la ratio della stabilità del giudicato penale sia la certezza del diritto in senso soggettivo (divieto di un peggioramento della situazione giuridica del soggetto già condannato o prosciolto) e oggettivo (contenimento e razionalizzazione dei tempi e delle risorse processuali). In questo quadro la certezza del diritto diviene certezza dei diritti.

4. RAGIONI DELL'ATTUALE INSTABILITÀ DEL GIUDICATO PENALE: IDENTITÀ E POTERI ISTRUTTORI DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

A nostro sommo avviso due paiono le ragioni principali dell'attuale instabilità del giudicato penale: la crisi di identità del giudice dell'esecuzione che si ripercuote sulla difficile delimitazione dei suoi poteri istruttori e l'ampliamento di alcuni istituti processuali. Con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, il giudice di esecuzione da «giudice degli incidenti» diventa il giudice che «conosce dell'esecuzione del provvedimento» ex art. 665 c.p.p. Questo cambiamento non è solo formale, ma contenutistico. Secondo l'impianto del codice abrogato il carattere incidentale delle decisioni post rem iudicatam si reggeva su due considerazioni: la stabilità della cosa giudicata e la funzione retributiva della pena. In questo quadro la fase esecutiva era interessata soltanto da sporadici interventi clemenziali. La Costituzione, ex art. 27, comma 3, sancisce la finalità rieducativa della pena e, pertanto, il condannato ha diritto a un esame periodico della pretesa punitiva (21). La sensazione, in definitiva, è che «la vocazione panaccusatoria tradita dall'art. 111 Cost. abbia provocato nella giurisdizione esecutiva una crisi di identità non facilmente risolvibile» (22), prova ne è la difficile definizione dei suoi poteri istruttori ex artt. 666,

comma 5, c.p.p. e 185 att. c.p.p. C'è un favor per la prova precostituita che emerge dal richiamo ai documenti e l'assunzione delle altre prove è subordinato a una valutazione di opportunità. Proprio su questa opportunità la giurisprudenza è divisa, consideriamola, a titolo esemplificativo, nell'ambito dell'art. 673 c.p.p. (23). A fronte del complesso fenomeno dell'abolitio criminis, due sono i punti fermi: il giudice dell'esecuzione (i) non può rivalutare il fatto con un nuovo giudizio di merito (24), ma (ii) può rivisitarlo o interpretarlo sulla base dell'imputazione e del contenuto della sentenza (25). Tra questi due estremi sta la zona grigia (26). Si constatano due orientamenti: il primo concede al giudice dell'esecuzione, una volta considerata l'imputazione e la motivazione della sentenza, di scendere all'esame diretto degli atti processuali. Afferma la suprema Corte che qualora «la norma incriminatrice non sia stata interamente abrogata, ma “riscritta,, riducendone l'ambito di operatività, il giudice dell'esecuzione può analizzare il capo di imputazione e, qualora non sia sufficiente, può scendere all'esame – financo – delle carte processuali per verificare ed accertare attraverso di esse la consistenza ed i contorni della condotta, [...] senza mai spingersi fino ad una rivalutazione del fatto stesso, che concretterebbe un non consentito giudizio di merito» (27). Ma c'è di più: «l'acquisizione di atti del procedimento di cognizione non costituisce attività istruttoria, dal momento che nella fase di esecuzione il fascicolo del procedimento di cognizione deve ritenersi sempre a disposizione del Giudice dell'esecuzione, che lo può (e, il più delle volte, deve) costantemente consultare» (28). Stupisce la perentorietà della presa di posizione, che, ad onor del vero, è contraddetta da altre pronunce della medesima Sezione della Corte di cassazione. Secondo un orientamento divergente, infatti, il giudice in executivis può solo interpretare il giudicato e valutare se in esso siano presenti elementi che precedentemente erano irrilevanti per l'accertamento del reato e ora siano divenuti fondamentali nella nuova incriminazione. Il fatto che siano presenti in sentenza assicura che essi siano stati assunti nel contraddittorio delle parti e, quindi, non si verifichi alcuna violazione del diritto di difesa: «nel caso di abrogazione anche solo parziale di una norma incriminatrice non è consentita la completa rivisitazione del giudizio di merito o l'esecuzione di accertamenti ulteriori, al fine di stabilire se il fatto per cui era stata pronunciata la condanna costituisca o meno reato, ma deve limitarsi a interpretare il giudicato e, quindi, ad accertare se nella contestazione fatta all'imputato risultano anche tutti gli elementi costituenti la nuova categoria dell'illecito» (29). Laconica un'altra massima: «imputazione e sentenza [sono] i soli strumenti di lavoro del giudice dell'esecuzione» (30). La suprema Corte più recentemente ha confermato questa linea ribadendo che l'indagine del giudice dell'esecuzione deve muovere dalla sentenza ed essere rivolta alla valutazione dei soli elementi che già hanno formato oggetto dell'accertamento del giudice di merito

senza che egli possa procedere ad un nuovo e diverso esame degli atti del giudizio stesso, al fine dell'affermazione della continuità normativa tra la fattispecie per cui è intervenuta la condanna e quella nuova introdotta dalla norma successiva. In definitiva è indubbio che il dato normativo-processuale, che ripensa il giudice dell'esecuzione e i suoi poteri istruttori, abbia ricadute sulla stabilità del giudicato penale (31).

5. (SEGUE) INTERVENTI LEGISLATIVI E ARRESTI GIURISPRUDENZIALI

Consideriamo ora l'ampliamento di alcuni istituti processuali: per opera legislativa (art. 625-bis c.p.p. ed art. 2 comma 3 c.p.) o giurisprudenziale (la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena a seguito di revoca parziale della condanna, la cosiddetta "revisione europea" e la revoca della sentenza di condanna per un reato la cui norma è incompatibile con il diritto comunitario (32)).

Un primo intervento si registra con la l. n. 128 del 2001 che introduce l'art. 625-bis c.p.p., rubricato «ricorso straordinario per errore materiale o di fatto» (33), anche se la straordinarietà del rimedio contribuisce a mitigare l'eccezione all'intangibilità del giudicato.

Una seconda modifica che destabilizza l'auctoritas rei iudicatæ è la l. n. 85 del 2006 che ha introdotto l'attuale comma 3 dell'art. 2 c.p. Il Legislatore, valorizzando la differenza sussistente tra pena restrittiva della libertà personale e pena pecuniaria, ha stabilito che in caso di successione di legge in cui la successiva preveda la sola pena pecuniaria, quella detentiva «si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 135». Si introduce quindi una deroga alla preclusione del giudicato, che, tuttavia, resta la regola generale ex art. 2, comma 4, c.p.

È certamente l'intervento giurisprudenziale ad essere il più significativo (34). In primis la suprema Corte ha ammesso che il giudice dell'esecuzione possa concedere la sospensione condizionale della pena se ad essere revocata è stata quella parte di sentenza (necessariamente oggettivamente cumulativa o mista) che nel giudizio di cognizione la aveva esclusa. Si argomenta che nel caso di abolitio criminis ogni effetto penale deve cessare ex art. 2, comma 2, c.p., ivi compreso l'ostacolo alla concessione del beneficio che rientrerebbe negli "altri provvedimenti" stabiliti dall'art. 673 c.p.p.

Prima di analizzare la cosiddetta "revisione europea" premettiamo che, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, il "conformarsi" di cui all'art. 46 CEDU, letto in combinato disposto con l'art. 41 CEDU, ha due implicazioni. Da un lato lo Stato soccombente deve porre «il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione

equivalente a quella in cui si troverebbe se la violazione della Convenzione non si fosse registrata» (35); in altri termini si tratta di una vera e propria restitutio in integrum a favore dell'interessato. Dall'altro lato lo Stato deve «rimuovere quegli impedimenti che, a livello di legislazione nazionale, si frappongono al conseguimento dell'obbiettivo» (36), per tale intendendosi il rispetto della Convenzione.

La Corte costituzionale ravvisa nella riapertura del processo il meccanismo più idoneo per la restitutio in integrum (che, però, non è una soluzione univoca, v. l. n. 89 del 2001 e sue modificazioni) sancendo 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 conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo». Tale pronuncia supplisce all'inerzia del Legislatore, tuttavia presta il fianco ad alcune critiche che è la stessa Consulta, oltre ad alcuni Autori (37), a porre in luce. In effetti la revisione è quell'istituto che tradizionalmente rimedia al contrasto tra la verità processuale, consacrata nel giudicato, e verità storica, risultante dai fatti esterni al giudicato stesso. In altri termini essa è la soluzione «al difettoso apprezzamento da parte del giudice del fatto storico-naturalistico: difetto che può emergere per contrasto con fatti stabiliti a fondamento di decisioni distinte da quelle oggetto di denuncia; per insufficiente conoscenza degli elementi probatori al momento della decisione; o per effetto di dimostrata condotta criminosa» (38). È quindi evidente che, tra i casi previsti dalla disposizione ex art. 630 c.p.p., la revisione della sentenza per conformarsi alle decisioni di Strasburgo è una vera forzatura. A questo si aggiunga che tra le condizioni per accedere al ricorso straordinario c'è la prognosi di proscioglimento, che è completamente ignorata in relazione alle violazioni della Convenzione. Ciò nonostante la revisione è quel rimedio straordinario che permette la riapertura del processo esteso anche alla nuova assunzione di prove tale da costituire «l'istituto, tra quelli attualmente esistenti nel sistema processuale penale, che presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale al parametro evocato» (39)(vale a dire il giusto processo ex art. 6 CEDU). Con questa sentenza “additiva di principio” la Corte costituzionale offre uno strumento adoperabile per la quasi totalità di violazioni processuali della Convenzione, non soltanto per quanto stabilito dall'art. 6 CEDU. «Tale flessibilità è il vero pregio della revisione europea» (40), al punto che le soluzioni legislative insabbiare nei lavori parlamentari risultano essere molto più rigide. A nostro avviso, tuttavia, l'intervento del Legislatore è quanto mai urgente per evitare che un uso disinvolto dell'istituto divenga quella slippery slope capace di compromettere irrimediabilmente la stabilità del giudicato penale: se un tempo la revisione era

descritta come «la necessaria ed eccezionale ferita da infliggere alla cosa giudicata» (41), restando nella metafora, si rischia che quest'ultima oggi divenga un Cesare che soccombe per progressive pugnalate. Infine consideriamo due quæstiones iuris attinenti la revoca della sentenza penale. La suprema Corte ha ammesso (42), a seguito di pronuncia di incostituzionalità di una circostanza aggravante (43), la revoca parziale della condanna in base alla disciplina generale degli effetti della dichiarazione d'illegittimità costituzionale. In altri termini si afferma che l'art. 673 c.p.p. è uno dei modi di calare nel sistema processuale gli effetti dell'art. 2 c.p., ma non è l'unico: il giudice dell'esecuzione deve dichiarare non eseguibile quella porzione di pena inflitta sulla scorta dell'aggravante divenuta incostituzionale sulla base degli artt. 136 Cost. e 30 l. n. 87 del 1953. Si segnala che questa operazione è stata criticata perché non sarebbe un'interpretazione adeguatrice, bensì un vero e proprio atto nomopoietico. Non ci sarebbero margini di percorribilità eccettuata la questione di costituzionalità dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede che la revoca della sentenza possa esserci anche per le porzioni delle condanne interessate da aggravanti dichiarate incostituzionali (44).

In un altro caso, invece, si è operato direttamente sull'art. 673 c.p.p., con un'interpretazione a nostro avviso di analogia legis. La suprema Corte (45) ha ammesso, infatti, che il giudice in executivis revochi la condanna pronunciata in base a una fattispecie incriminatrice dichiarata dalla Corte di Lussemburgo contrastante con il diritto dell'Unione europea. Si trattava del delitto di permanenza illegale nel territorio dello Stato per inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore previsto ex art. 14, comma 5-ter, d.lg. n. 286 del 1998 che nella sentenza “El Dridi” (46) è stato considerato contrastante con il diritto dell'Unione, in particolare con l'effetto utile della Direttiva 2008/115/CE, la cosiddetta Direttiva Rimpatri (47). Alla pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea sono collegati, secondo la giurisprudenza di legittimità, «effetti sostanzialmente abolitivi». Tale espressione, a nostro avviso, considera gli interventi della CGUE come ius superveniens, in linea con l'orientamento della Corte costituzionale (48).

Per completezza, infine, si segnala che un punto d'arresto dell'interpretazione sempre più ampia dell'art. 673 c.p.p. è stato dato dalla Consulta (49). Essa ha sancito che il mutamento giurisprudenziale in bonam partem (50) relativo a norme incriminatrici, non comporta la revoca della sentenza in cui esse sono state applicate nella precedente sfavorevole interpretazione. Con questa pronuncia, è evidente, si vuole rinsaldare la stabilità del giudicato.

6. FONDAMENTO E LIMITI DELLA LEX MITIOR : CEDU E ORDINAMENTO INTERNO

Accennati i fondamenti della stabilità del giudicato penale e i suoi momenti di maggior crisi, a seguito si tratta della sua tenuta rispetto al principio di retroattività della legge penale più favorevole. Prima però è necessario tracciare per sommi capi la posizione della CEDU nel sistema delle fonti, la portata e gli effetti delle decisioni della Corte di Strasburgo nell'ordinamento giuridico italiano e ciò che pare essere il fondamento e l'oggetto del principio della retroattività della legge penale più favorevole.

La CEDU nel sistema delle fonti (51), dopo diversi approdi, è stata gerarchicamente considerata norma sub-costituzionale: un *quid pluris* rispetto alla fonte ordinaria, un *quid minus* rispetto alla Costituzione. Il riferimento è alle cosiddette sentenze gemelle (52) secondo le quali: (i) le norme CEDU dispiegano effetti nell'ordinamento giuridico italiano in conformità alla Costituzione, (ii) la CEDU vive dell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo (53), (iii) esiste per i giudici ordinari l'obbligo di interpretazione conforme (54) delle disposizioni normative interne rispetto alla CEDU (55), (iv) il giudice ordinario non può disapplicare le norme interne per contrasto alla Convenzione, ma deve sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. Questo approccio, pur con qualche fuga in avanti, poi subito smentita (56), è rimasto immutato (57) anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. L'art. 6 TUE, infatti, stabilisce che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», ma questa risulta essere una dichiarazione di intenti che diverrà effettiva solo con l'adesione formale, ad oggi non avvenuta. Ciò è confermato dalla CGUE: «il rinvio ex art. 6 TUE alla CEDU [...] non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta Convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa» (58). Un punto da chiarire consiste nella portata delle decisioni della Corte di Strasburgo. L'art. 46 CEDU sancisce che «le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo nelle controversie nelle quali sono Parti. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione». Dopo l'entrata in vigore del Protocollo n. 14, a partire dal 1° giugno 2010, si aggiungono tre paragrafi che affermano che il Comitato dei Ministri può chiedere alla Corte di tornare su una sua sentenza per fornirne l'esatta interpretazione al fine della sua piena esecuzione e può chiedere alla Corte un'ulteriore pronuncia per accertare l'avvenuta violazione dell'obbligo di conformarsi alle decisioni: si tratta di uno specifico procedimento di infrazione, che intende essere un incisivo metodo di pressione nei confronti dello Stato inadempiente. Da chiarire sono il significato e le conseguenze del verbo

“conformarsi” ex art. 46 CEDU. Certamente la decisione della Corte di Strasburgo dispiega effetti sul caso concreto, ma nel corso degli anni si è assistito a un progressivo ampliamento delle conseguenze, inducendo lo Stato a rimuovere dal sistema giuridico quelle strutture che avrebbero portato a nuove violazioni della Convenzione. È la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo a precisare che in caso di «violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico, non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione, ma anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie» (59). Si assiste a una forza espansiva delle pronunce di Strasburgo, tale da portare ad “effetti de facto erga omnes”, sebbene sembri più opportuno parlare di effetti ultra partes. Il trend è confermato dalla presenza dei pilot-judgments(60).

A seguito si distingue tra fondamento e oggetto del principio della lex mitior. Fondamento. Il principio di eguaglianza-ragionevolezza (61) è la base (e il limite) su cui poggia la retroazione della lex mitior se si considerano le fonti interne dell'ordinamento giuridico italiano. Aprendo a quello convenzionale, essa assurge a parametro interposto per effetto dell'art. 117 Cost., avendo riguardo dell'art. 7 CEDU nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo nella sentenza Scoppola c. Italia (che lo poggia sulla proporzionalità-necessità della pena) (62). Giova ricordare la distinzione di detto principio con quello dell'irretroattività della legge penale. Quest'ultimo, infatti, permette al soggetto di determinare liberamente le sue azioni, sulla base della previa calcolabilità delle conseguenze che il suo agire comporterà: di qui la sua assolutezza e inderogabilità a qualsiasi altro valore costituzionale (63). Diversamente la retroattività della legge penale più favorevole non ha nulla a che vedere con la libertà di determinazione del soggetto, per l'ovvia ragione che il cambiamento normativo avviene dopo il tempus commissi delicti. Sempre in tema di fondamento della lex mitior è opportuno ricordare che essa è espressamente contenuta all'art. 49 CDFUE, rubricato «principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene». È in quella sede, in particolare nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, che potrebbe trovare una piena teorizzazione.

Oggetto. In questo campo occorre prestare estrema attenzione. La retroattività della lex mitior nel quadro giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea è “ferma” al «principle of the retroactive application of the more lenient penalty» (64), formula impiegata nella sentenza della CGCE del 2005 (come obiter dictum) e ribadita in questa accezione nella sentenza El Dridi (65) del 2011. La retroattività della lex mitior nel sistema della CEDU è più ampia: the retrospectiveness of the more lenient criminal law(66). Prima facie il principio ricomprende soltanto il precetto e la pena (e, pertanto, avrebbe un contenuto più ristretto rispetto a quello di diritto interno, che

ex art. 2, comma 4, c.p. riguarda «**ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche in melius, di qualunque genere, alla disciplina di una fattispecie criminosa**» (67)). Questa è la portata attuale, ma visto l'approccio sostanzialistico e il concetto di *matière pénale* elaborato dalla Corte di Strasburgo, è innegabile il potenziale espansivo che potrebbe un domani ricomprendere anche, a titolo esemplificativo, i mutamenti giurisprudenziali in *bonam partem*(68); le sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali; le interdizioni professionali con una portata essenzialmente afflittivo-punitiva, etc. La retroattività della *lex mitior* nell'ordinamento interno ricomprende non solo le disposizioni concernenti la misura della pena, ma tutte le norme sostanziali che, pur riguardando profili diversi della sanzione in senso stretto, incidono sul complessivo trattamento del reo (69).

7. STABILITÀ DEL GIUDICATO PENALE A FRONTE DELLA LEX MITIOR IN SETTE ARGOMENTI

Fatte queste debite considerazioni, a seguito le ragioni del perché, a nostro sommo avviso, il giudicato penale debba rimanere stabile a fronte della *lex mitior*(70) e solo eccezionalmente possa riaprirsi la decisione. Si offrono speculazioni circa la sua natura, valutazioni giuridiche *tout court* e considerazioni principalmente politiche; esse sono contenute in sette argomenti (empirico, assiologico, sistematico, concettuale, processuale, comparatistico e politico).

7.1. Argomento empirico: *fiat iustitia et pereat mundus* ?

Innanzitutto è bene ricordare la mole di arretrato pendente (71) che grava sulla giustizia italiana: si avverte la difficoltà di combinare le ragioni di principio in un contesto empirico gestibile con sempre maggiore difficoltà. Rifiutiamo il brocardo *fiat iustitia et pereat mundus*: la giustizia in esso espressa non è altro che un'illusione, perché quella autentica si realizza solo in un ambito collettivo, senza sperequazioni, con il raggiungimento della pace sociale, infatti *opus iustitiae pax*. La massima è attribuita a Ferdinando I d'Asburgo e non stupisce che scaturisca da un uomo politico, perché pone in luce gli ostacoli insiti nella realizzazione pratica dei valori ideali. «La grande arte dell'uomo di Stato sta nel riconoscere i propri limiti e di preferire il modesto frutto della laboriosa riforma politica al frutto dorato dell'immaginazione dell'idealista» (72). Non si tratta di abbandonare l'empireo dei principi nell'amara rassegnazione della prassi, ma di considerare la realtà in cui detti principi si inseriscono. Il naturale imbarazzo dell'interprete a operare queste scelte e questi bilanciamenti è segno che egli non è deputato a questa funzione. Infatti solo il

Legislatore è legittimato a compierla. Ecco che un mero dato empirico, interpretato con una particolare chiave di lettura, può assumere un peso specifico rilevante nell'argomentazione giuridica.

7.2. Argomento assiologico: mcdonaldizzazione dei diritti umani?

Confrontiamo ora le considerazioni svolte sul fondamento assiologico della retroattività della legge penale più favorevole e della stabilità della cosa giudicata. È bene ricordare il momento originario di tale dibattito, ovvero la sentenza Scoppola, e cercare di coglierne l'autentica portata, visto che lo Stato Italiano è tenuto al rispetto della CEDU nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo. Ebbene in essa si legge che il principio di retroattività della legge penale più favorevole «is embodied in the rule that where there are differences between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and subsequent criminal laws enacted before a final judgment is rendered (73), the courts must apply the law whose provisions are most favourable to the defendant» (74). La pronuncia è, quindi, pienamente rispettosa della stabilità del giudicato. Tuttavia, questa affermazione altro non è che la conseguenza di precise premesse. L'approccio a un bilanciamento assiologico tra la stabilità del giudicato, *rectius* la certezza del diritto e la pace sociale, e la *lex mitior* deve essere particolarmente prudente. A detta di alcuni Autori una posizione definitiva non è possibile fintantoché non si sarà stabilito con chiarezza il fondamento della retroattività della legge penale più favorevole (75) che, attualmente, pare essere quello dell'eguaglianza-ragionevolezza e quello della proporzionalità.

Il principio di eguaglianza-ragionevolezza è stato esplorato dal giudice costituzionale italiano: esso è sia fondamento che limite alla *lex mitior*, che può essere derogata, purché le ragioni giustificative siano in grado di superare un vaglio positivo di ragionevolezza; in altri termini la scelta del Legislatore deve presentare un *quid pluris* che la non manifesta irragionevolezza. Un esempio di tale *quid* è il limite del giudicato. Ad onor del vero la Corte costituzionale (76) ha recentemente derogato la *lex mitior* ragionando sui controinteressi dell'«efficienza del processo» e della «salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale», senza operare però una precisa gerarchia. Come dire *nihil sub sole novi* (77) e, al tempo stesso, evitare lo scontro assiologico diretto tra principi. Al di là delle soluzioni compiute questi due parametri sono stati considerati sufficienti ad escludere la retroazione in *mitior* della legge penale, la cui applicazione era invocata nella fase di cognizione, addirittura nel grado di merito (78). Coerentemente, a fortiori, va esclusa in caso di pronunce passate in giudicato (79). Veramente tale soluzione di prudente bilanciamento è *summa iniuria* (80)? A nostro avviso non è così perché la sentenza è ingiusta solo quando è

inficiata da un errore giudiziario che giustifica il ricorso alla revisione ex art. 629 ss. c.p.p.

È proprio la Corte europea dei diritti dell'uomo a precisare che «intendere il principio di eguaglianza nell'applicazione della legge, nel senso che ciò che risulta dalle decisioni posteriori implica la revisione di tutte le decisioni definitive anteriori che siano contraddittorie con quelle più recenti, sarebbe contrario al principio di sicurezza giuridica» (81). Tale principio è stato definito come «la condizione di intima tranquillità di chi si trova in una situazione giuridicamente rilevante che gli consente di sentirsi al riparo da pericoli derivanti da una norma ovvero da un'azione o una decisione giudiziale» (82). In realtà questa affermazione è seriamente indebolita dalla possibile controargomentazione volta a relegarla nell'ambito del diritto privato. È vero che le ragioni a sostegno del giudicato civile e penale sono diverse, ma al tempo stesso vi è un denominatore comune: se la cosa decisa non è tendenzialmente immutabile, ne è turbato l'equilibrio sociopsichico collettivo ed è irrimediabilmente compromessa la richiesta hobbesiana *pax est quaerenda*. Si segnala poi che proprio il principio di sicurezza giuridica è stato richiamato in una recente pronuncia della Consulta, in materia penale, per escludere la revoca della sentenza ex art. 673 c.p.p. a fronte di un mutamento giurisprudenziale in *bonam partem*(83). La certezza del diritto è stata poi inclusa dalla Corte di Lussemburgo «tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario» (84), mostrando una particolare forza di resistenza nel bilanciamento con il principio di leale collaborazione ex art. 4, comma 3, TUE.

In realtà il principio di retroattività della legge penale più favorevole, come consegnatoci da Strasburgo, è lungi dall'aver una disciplina compiuta (85). La teorizzazione nell'ambito dell'art. 7 CEDU lo assurge a “diritto fondamentale dell'uomo”, ma che cosa significa appartenere a questa categoria? Attiene al contenuto essenziale della norma convenzionale? I diritti fondamentali dell'uomo sono il luogo della comunanza etica e oggi richiamano a sé un *overlapping consensus*, derivante da tradizioni culturali differenti. Tuttavia c'è il rischio, secondo una caustica espressione, della loro *mcdonaldizzazione*(86); pertanto, per contrastare tale trend dequalificante, è la stessa giurisprudenza ad ammetterne la derogabilità (non tutti sono, quindi, assoluti) nella soluzione degli *hard cases*, applicando la tecnica del bilanciamento.

Ancora una riflessione sul punto. Si va configurando la tesi per cui tutte le preclusioni formali dovrebbero cedere per rimuovere la presenza di “violazioni strutturali” della CEDU, gravi e persistenti. In linea di massima si può convenire con essa. Ma ancora una volta si tratta di definire i termini della questione. Davvero, come si è sostenuto,

la mancanza di pubblicità nei procedimenti per la riparazione della ingiusta detenzione rappresenta una violazione strutturale del giusto processo e, quindi, di un diritto dell'uomo? Davvero in questo caso è necessario superare il limite del giudicato perché è mera preclusione relativa all'*ordo iudicium*(87)?

7.3. Argomento sistematico: la CEDU non è più norma interposta?

Si consideri ora un argomento che si potrebbe definire sistematico. Si è accennato al rango subcostituzionale che caratterizza le norme CEDU e alle molteplici pronunce della Consulta volte a stoppare “fughe in avanti” della giurisprudenza amministrativa, che le equiparava alla Carta fondamentale. È significativo il fatto che tale tesi sia stata ribadita un'ennesima volta, in questo caso dall'Avvocatura dello Stato, e che la Corte, imperterrita, l'abbia smentita (88). Ciò detto, se si ammette che la *lex mitior* produce effetti anche sulla cosa giudicata, occorre individuare lo strumento processuale più idoneo a recepire il cambiamento. A nostro parere si tratterebbe dell'istituto della revoca ex art. 673 c.p.p., che è stato, non senza critiche, recentemente ampliato nel suo ambito applicativo, tanto da comprendere anche la rimozione di parte della condanna emessa in virtù di una norma poi dichiarata incompatibile, con il diritto dell'Unione europea, da una sentenza della Corte di Lussemburgo ex art. 267, lett. b), TFUE. Va ricordato che le norme comunitarie entrano direttamente negli ordinamenti nazionali in virtù del c.d. “effetto diretto”, della “dottrina dei poteri impliciti”, del “principio di prevalenza” e “di immediata applicabilità”. Inoltre la Corte costituzionale considera la giurisprudenza dell'Unione come *ius superveniens* e, in quanto tale, capace di attivare quei rimedi che l'ordinamento presenta per il suo recepimento. Alla giurisprudenza della CGUE è riconosciuta tale forza proprio grazie al principio di primauté che caratterizza le norme comunitarie. Risulta quindi difficile ipotizzare che le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo abbiano i medesimi effetti, ma le disposizioni che interpretano siano di un rango inferiore nella gerarchia delle fonti. Quale differenza? Occorre essere consapevoli che sostenere l'inderogabilità della *lex mitior*, implicitamente, significa assurgere la CEDU a norma equiordinata alla Costituzione (89).

7.4. Argomento concettuale: quale margine di apprezzamento?

L'orizzonte del diritto, però, oggi si apre a nuovi sistemi di valori: il pluralismo delle fonti porta a ordinamenti giuridici complessi e quindi necessariamente incoerenti. In questo contesto non si tratta tanto di ricondurre a sistema ciò che unitario non è, ma di aggirare le incoerenze (90) secondo concetti inediti, vista l'impraticabilità dei classici

canoni per la risoluzione delle antinomie normative: in una metafora si passa dalla mossa della torre a quella del cavallo (91). Ebbene, riteniamo che anche in questo bilanciamento, non più assiologico, ma concettuale, vi siano valide ragioni per affermare la stabilità del giudicato. La *lex mitior* consegnata da Strasburgo a Roma, infatti, va considerata con «un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi» (92). Vero è che il margine di apprezzamento è tanto più ampio, quanto meno si registra consenso giuridico e sociale del principio enunciato dalla giurisprudenza di Strasburgo; tuttavia esso non rappresenta l'unico strumento praticabile dalla Consulta: qui si apre alla dottrina dei contro-limiti, o meglio dei contro-limiti “allargati (93)”, dal momento che la CEDU è norma sub-costituzionale e, quindi, interamente rispettosa della Carta del 1948 e non solo dei «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana» (94). Poiché, però, si ritorna sul piano assiologico, è intuibile comprendere perché la Consulta non vi abbia mai fatto ricorso: rischierebbe di porre la parola fine, perlomeno al tema in discussione, nel dialogo tra le Corti. In realtà pare che il vero interlocutore interno sia il giudice ordinario (perché armonizza capillarmente la tutela giurisdizionale delle libertà fondamentali); la Corte costituzionale, si passi l'espressione, è “tagliata fuori”, intervenendo soltanto a fronte di questioni di legittimità, giocando così un ruolo più *destruens* che *costruens*.

A questo proposito si impone una riflessione sugli effetti che le sentenze di Strasburgo hanno sull'ordinamento interno. Si è molto discusso se la sentenza Scoppola sia una “sentenza pilota”. Così è stata considerata dalla Corte di cassazione al punto che «eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, devono, dunque, essere rimossi 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 per il caso Scoppola» (95). Di diverso avviso è la Corte costituzionale ove precisa che il riferimento al *pilot judgement* in questo caso «non è puntuale, dato che sono le stesse parole della sentenza Scoppola a segnare un distacco da tale modello» (96). La mancanza di precise indicazioni permette il recepimento della pronuncia di Strasburgo con un margine di apprezzamento ancora più ampio. Sic *stantibus rebus* non si può certo sostenere che istanze europee conducano alla teorizzazione di un principio assoluto di retroattività della legge penale più favorevole al punto da violare il giudicato. L'obbligo di conformazione ex art. 46 CEDU impone allo Stato italiano non solo di operare sul caso concreto, ma di adottare tutte le misure necessarie per rimuovere le violazioni della Convenzione. Le sentenze d'Oltralpe hanno, quindi,

effetti ultra partes⁽⁹⁷⁾, ma non erga omnes. Infatti il principio di retroattività della lex mitior può estendersi, anche quando la decisione è passata in giudicato, verso i soggetti in una situazione analoga a quella del sig. Scoppola (vedi sentenza di accoglimento, C. cost. n. 210 del 2013), ma non ai casi simili (vedi l'ordinanza di inammissibilità, C. cost. n. 235 del 2013). Non è chiaro chi possa valutare la somiglianza tra i casi, ma è certo che la Consulta attraverso le pronunce segnalate ha avallato il *modus operandi* tipicamente di common law della Corte europea dei diritti dell'uomo: il giudice interno dovrà rimuovere le violazioni del diritto fondamentale anche se il suo titolare non avrà presentato ricorso individuale ex art. 34 CEDU, purché il suo caso sia analogo a un altro già deciso al Palazzo dei Diritti dell'Uomo. Spingendoci oltre su questa chiave di lettura, l'ordinanza di inammissibilità richiamata è il prodotto della tecnica del *distinguishing*.

7.5. Argomento processuale: la revisione è ancora mezzo di impugnazione straordinario?

Si espone ora l'argomento processuale. La riapertura di un numero sempre maggiore di pronunce porterebbe a uno stato di incertezza tipico dell'*Ancien Régime*; per questo una fine del giudizio è necessaria, altrimenti, come è stato acutamente osservato, si mina «la ratio stessa dell'esistenza del processo» (98). La verità reale, pur restando un obiettivo etico imprescindibile, non è un risultato sicuro: si parla, infatti, di verità processuale, perché essa è necessariamente prospettica, ma ciò non significa che sia minore, formale o meramente convenzionale (99). «Il giudice deve porre in essere tutti gli atti per la ricerca della verità», così affermava l'art. 299 del Codice di procedura penale del 1930 che significativamente non è stato riproposto nel Codice del 1988. In altri termini, l'errore processuale può verificarsi, ma l'ordinamento prevede lo strumento della revisione per emendarlo (100). È bene intendersi: «non sembra corretto affermare che la revisione trae fondamento dall'errore del giudice che ha pronunciato la condanna, perché, se così fosse, risulterebbe già dimostrato ciò che il rimedio straordinario punta a dimostrare: la revisione, insomma, non servirebbe a verificare un'ipotesi, bensì a ratificare una tesi» (101). Tuttavia essa è ammessa soltanto se gli elementi in base ai quali è chiesta sono «tali da dimostrare, se accertati, che il condannato deve essere prosciolto» ex art. 631 c.p.p. Inoltre la giurisprudenza di legittimità (102) prescrive che questo vaglio preliminare, circa la non manifesta infondatezza, si limiti a una sommaria delibazione degli elementi di prova adottati. Ne risulta quindi che, a fronte del possibile errore giudiziario, il rimedio straordinario della revisione riapre il giudicato solo in presenza di ipotesi tassative e a condizioni stringenti. Di più: la revisione parziale non è ammessa. Volendo proporre qualche esempio, né la prova scoperta che porterebbe

al riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, né quella che configurerebbe un'imputazione per un reato meno grave sono in grado di aprire un processo di revisione. Anche chi introdurrebbe la revisione parziale, in ogni caso, richiede un nuovo dato fattuale perché «è comunque necessario che la reità debba risultare dall'insussistenza del fatto in cui consiste la ragione di aggravamento e non dal mero diverso apprezzamento del valore giuridico dello stesso» (103). Orbene ammettere la retroattività della legge penale più favorevole in violazione del giudicato è in palese contraddizione con l'impianto normativo ex artt. 629 ss. c.p.p. Delle due l'una: o si ammette la derogabilità del principio della *lex mitior* oppure occorre rifondare integralmente l'istituto della revisione della sentenza penale. Essa, come esposto, è stata recentemente oggetto di intervento della Consulta per rimediare alla latitanza legislativa circa gli strumenti di recepimento interno delle decisioni della Corte di Strasburgo, pur non essendo una soluzione coerente con l'impianto tradizionale dell'istituto; per questo, a nostro avviso, resta un frutto della supplenza giudiziaria, ma non l'inizio di una sua riforma (104). Il rapporto antitetico tra revisione e giudicato pare oggi essere superato e composto visto il medesimo scopo a cui essi sono ordinati: la revisione punta alla (tendenziale) coerenza dell'ordinamento e la stabilità del giudicato alla certezza giudiziaria; entrambe sono quindi finalizzate alla certezza del diritto capace di cedere a fronte di condanne che in base a un giudizio prognostico, su determinati elementi, sono destinate a ribaltarsi in proscioglimento. Ecco che la concezione democratica del potere statale "demitizza" il giudicato, ma al tempo stesso deve mantenerlo stabile per conservare l'efficacia e l'obbligatorietà della legge penale ex art. 3 c.p. La mancata apertura del giudizio per una revisione parziale prova che non ogni discrasia tra la verità processuale e quella reale va emendata; sulla scorta degli esempi precedenti ne consegue che la qualificazione del fatto in un titolo di reato più grave, il mancato riconoscimento di una circostanza attenuante, etc. sono tollerabili e giustificano il mantenimento dello status quo. Lungi dal voler sostenere una giustizia kafkiana in cui «non ci si può difendere da questo tribunale, bisogna confessare» (105), riteniamo che la revisione, come ogni istituto giuridico, ha dei limiti intrinseci, spesso frutto di ponderate valutazioni di sistema. L'obiezione per cui la revisione comporta un nuovo giudizio ex art. 636, comma 2, c.p.p. e, diversamente, la retroattività della norma penale più favorevole sarebbe applicabile nell'incidente di esecuzione è poco rilevante: infatti il suo impiego, secondo quanto affermato dalla Consulta è *ultra partes*, cioè ai casi analoghi, ma la loro ricerca e la definizione di questo concetto apre, indubbiamente, a meccanismi valutativi difficilmente compendiabili in *executivis*.

7.6. Argomento comparato: *autorité de la chose jugée* e *Rechtskraft*

In un contesto sempre più paneuropeo, di multilevel cooperation system, di Rechtsprechungsverbund, di coopération sur plusieurs niveaux, occorre interrogarsi sulle situazioni nazionali d'Oltralpe. Non si tratta di un'analisi approfondita, ma di un'istantanea di quanto avviene in Francia e in Germania nella consapevolezza che la comparazione, specie dei sistemi processuali, necessita cautela e, pertanto, in questa sede, non può che essere sommaria. Tre le domande amletiche: quale rango la CEDU riveste nella gerarchia delle fonti, quale significato ha l'obbligo di conformazione ex art. 46 CEDU derivante da una sentenza della Corte di Strasburgo e quale sorte per il giudicato penale. Va preliminarmente osservato che la CEDU riveste posizioni diverse a seconda dell'ordinamento nazionale in cui si inserisce, anche se si registra un trend volto a riconoscerle un'importanza sempre maggiore. Se in Germania e in Italia la situazione è simile, perché è la giurisprudenza costituzionale a definire la sua portata, in Francia essa ha un rango superiore alla legge ordinaria ex art. 55 Cost. (106). Da questa disposizione risulta che l'ordinamento giuridico francese è formalmente monista e, pertanto, i trattati internazionali sono integrati in esso per la semplice pubblicazione nel Journal officiel. Sul piano gerarchico queste norme sono un quid pluris rispetto alla legge ordinaria, anche se sub-costituzionali. Sulla base del principio di separazione dei poteri, per molto tempo, i giudici nazionali si sono rifiutati di vagliare il rispetto della Convenzione da parte della legge interna e le antinomie normative erano risolte con i classici canoni ermeneutici. Questo principio, che è nato in Francia, ha oggi perso l'originario vigore e può succedere che una legge inizialmente rispettosa degli obblighi internazionali, a seguito della sua applicazione, sia successivamente considerata incompatibile con essi a causa di cambiamenti in fatto o in diritto che devono essere accertati dal giudice nazionale. Nel tal caso «the judge will refuse to enforce (disapply) the application of the law in question, a power historically denied to courts» (107): si tratta del controllo di conventionnalité. Tale approdo resta controverso al punto che si è affermato che la CEDU in questo modo diviene una fonte di legale evasione per il giudice (108).

La riflessione circa l'autorité de la chose jugée è particolarmente ampia: garantisce la definitività delle controversie decise ed assicura, così, la paix sociale e la paix juridique. Essa rileva soprattutto come presunzione legale ed è definita dall'art. 1351 del Code civil(109). Alcuni Autori (110)la descrivono propriamente come una présomption légale de vérité, rispondente alla massima aristotelica per cui la verità è dire di ciò che è, che è, e di ciò che non è, che non è.

Sul piano processuale penale (111)il legislatore francese ha introdotto recentemente (112)il Réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour

européenne des droits de l'homme. Non tutte le sentenze penali pronunciate in violazione della Convenzione sono revocabili; difatti l'art. 626-1 del Code de procédure pénale prevede delle stringenti condizioni formali e sostanziali (113). Quanto alle prime, si deve presentare la demande en réexamen a una particolare commissione istituita presso la Cour de cassation entro un anno dalla pronuncia della Corte di Strasburgo; mentre per le altre occorre che la satisfaction équitable sia insufficiente a rimuovere la violazione della CEDU riscontrata al Palazzo dei Diritti dell'Uomo e par sa nature et sa gravité lo Stato debba attivarsi con un apposito rimedio, conformandosi pienamente all'art. 46 CEDU (114). Il problema dei casi analoghi pare essere sconosciuto: in effetti la novella legislativa configura la possibilità di presentare la domanda di riesame solo sulla base di una violazione CEDU accertata da una specifica sentenza. La Commission de réexamen ha dichiarato, infatti, irricevibile il ricorso che lamentava la violazione della CEDU basandosi sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (115); inoltre il compito di detta Commissione non è quello di accertare la violazione, ma di valutare se l'equa soddisfazione sia insufficiente a rimuoverla (116). In altri termini à chacun son métier.

Per quanto riguarda la Germania innanzitutto si segnala che la CEDU è stata recepita con legge federale e non ha rango costituzionale (117). Come avviene in Italia, al di là delle classificazioni formali, è sugli effetti concreti che si misura la sua portata, ciò non senza difficoltà. Infatti la trasposizione delle istanze della CEDU nell'ordinamento tedesco è stata dibattuta a lungo. Si condivide il fatto che le pronunce della Corte di Strasburgo non siano direttamente esecutive, né annullino una decisione interna: accertata una violazione della Convenzione, sta allo Stato contraente condannato intervenire per rimuoverla. L'obbligo di conformazione prevede, quindi, «to redress as far as possible the effects» (118). Se da un lato la giurisprudenza di Strasburgo non ha effetti diretti (119), dall'altro essa va considerata dall'ordinamento interno (Berücksichtigungspflicht). A tale riguardo occorre essere più precisi. «On the one hand, an arbitrary interpretation and application of the ECHR is an infringement of the Basic Law's ban of arbitrariness, and hence a violation of Article 3 (1) GG. The federal Constitutional Court's case law on arbitrariness regards the ECHR as statute law. On the other hand, according to the Federal Constitutional Court's Görgülü decision rendered in 2004, the failure to take into account a decision of the ECtHR can be challenge via the rule-of-law principle under Article 20 (3) GG in conjunction with the fundamental right that is relevant in the respective case» (120). Di qui la necessità che i giudici nazionali tedeschi privilegino le interpretazioni delle leggi interne che siano conformi alla Convenzione. Ne deriva indirettamente che gli effetti delle decisioni del Palazzo dei Diritti dell'Uomo non valgono soltanto inter partes, ma condizionano tutti gli altri procedimenti in cui si discuta di quella libertà fondamentale

o di quel diritto dell'uomo. «The judgements of the ECtHR may, however, not be applied to other cases in a schematic manner» (121), in altri termini si raccomanda quel margine di apprezzamento necessario a tradurre il diritto CEDU nell'ordinamento nazionale. Se in Italia vige il concetto dell'interpretazione conforme, in Germania vale quello della *methodisch vertretbare Auslegung*(122), che permette il rispetto della Convenzione nei futuri processi. La tutela dei diritti umani non è così un'esclusiva di singole giurisdizioni, ma ne coinvolge diverse e su differenti livelli; emblematico è che si parli di *European common law of human rights*(123). Nessuna Corte è la “pietra d'angolo” nella protezione dei diritti, ma una “colonna” di una più complessa architettura (124).

Un problema centrale si pone relativamente ai “casi analoghi”, attuale tanto in Italia quanto in Germania e corrente sotto il nome dei *vergleichbare Fälle*(125) o *parallel cases*. Con essi si intendono quei soggetti che non hanno presentato un ricorso a Strasburgo, ma la loro situazione ricalca quella descritta in una sentenza che condanna lo Stato membro (126). Qui lo scenario si apre agli obblighi di conformazione (*Durchsetzung, implementation/enforcement*), alla rimozione delle violazioni (*Verstöße, infringements*), etc. e si anticipa che non esistono soluzioni definitive. Un caso paradigmatico è rappresentato dalla disciplina tedesca della *Sicherungsverwahrung*(127) o *preventive detention*. È significativo che la Corte di Strasburgo, forte del suo approccio sostanzialistico alla materia penale, abbia considerato parte della disciplina in esame lesiva degli artt. 5 e 7 CEDU (128). Di qui il dubbio se la situazione di coloro che sono sottoposti a tali misure, essendo una perdurante violazione dei diritti dell'uomo, sia da rimuovere previo intervento legislativo o attraverso l'immediata attivazione dei giudici nazionali. Diverse le reazioni della giurisprudenza: da un lato si sono prodotte delle decisioni volte a far cessare la violazione riscontrata a Strasburgo anche nei casi analoghi, dall'altro si osserva un atteggiamento più prudente, maggioritario, in linea con l'orientamento del *Bundesverfassungsgericht*, nella consapevolezza che «the deviating interpretations of the ECtHR's jurisprudence bear the risk of creating legal uncertainty» (129). La prima impostazione, pur minoritaria, è supportata da alcuni Autori che, in base all'art. 1 CEDU, teorizzano per lo Stato contraente un generale obbligo di rimuovere tutte le violazioni riscontrate a Strasburgo, non solo per i casi futuri, ma anche, e soprattutto, per quelli che continuano a perpetrare una violazione, è la *praktisch bindende Orientierungswirkung*(130). Oggi la situazione di incertezza è stata risolta dal Legislatore che ha modificato la disciplina in esame (131), recependo i rilievi di Strasburgo. Anche in Germania, quindi, l'intervento del Bundestag è ritenuto necessario, non per osservare una mera procedura formale, ma per calare nel sistema giuridico il rispetto della Convenzione (e della sua giurisprudenza). Del resto sarebbe

impensabile che essa prescriva puntuali obblighi per gli Stati, dal momento che potenzialmente si rivolge a 800 milioni di persone; difatti, anche nel caso delle decisioni-pilota, le misure imposte restano comunque generali. Ne risulta che l'opera dei Parlamenti nazionali è imprescindibile: siccome la Corte di Strasburgo garantisce i diritti dell'uomo, the paramount concern is effectiveness, not uniformity(132), la necessaria trasposizione (Umsetzung) della CEDU nell'ordinamento interno spetta al legislatore, tutt'al più coadiuvato dalla Corte costituzionale nazionale. Sul piano processuale (133), il codice di procedura penale tedesco prevede al § 359 n. 6 StPO (134) uno specifico caso della Wiederaufnahme des Verfahrens(135). Si tratta di uno strumento simile alla revisione ex art. 629 c.p.p., il quale è stato innovato (136), già dal 1998, per rimuovere una sentenza passata in giudicato laddove la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia accertato una violazione della Convenzione. Come avviene in Italia questo istituto è in grado di riaprire una decisione definitiva, anche se la manualistica tedesca sottolinea che si può ricorrere ad esso solo in casi particolari (137)e i principali commentari la ammettono soltanto se il ricorrente ha ottenuto una decisione a lui favorevole a Strasburgo (138). La sua eccezionalità dipende dalla preclusione difficilmente vincibile dell'auctoritas rei iudicatae. La capacità di sintesi della lingua tedesca supera quella della lingua latina, compendiandola nell'unico vocabolo Rechtskraft. Esso esprime essenzialmente tutta la forza dell'autorità della cosa giudicata. «Die Rechtskraft liegt in der Sicherung der Endgültigkeit von Streitbeilegungen» e ha come finalità (Zielsetzungen) la Rechtssicherheit, il Rechtsfrieden e la allgemeine Funktionsfähigkeit der Justiz. Al tempo stesso si riconoscono come sue limitazioni (Begrenzungen) l'effektiver Rechtsschutz, la Justizgewähr e la materielle Gerechtigkeit(139). Si discute se il Rechtskraftprinzip abbia natura sostanziale o processuale e, al pari dell'Italia, si riconosce che esso è posto in discussione dal recepimento delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche se tendenzialmente resiste contro le violazioni del diritto comunitario e quelle della Convenzione (140). È stata poi teorizzata un'ipotesi (che ha forti assonanze con una recente sentenza della giurisprudenza di legittimità (141)) secondo la quale in tema di diritti umani garantiti dalla CEDU, le strukturelle oder besonders schwere Konventionsverstöße potrebbero comunque portare a vincere la forza della res iudicata. Tuttavia, non essendovi margini di percorribilità all'interno della Wiederaufnahme des Verfahrens, data la tassatività del § 359 StPO, Alcuni auspicano gegebenenfalls ungeschriebene Rechtsbehelfe(142). Al di là di queste soluzioni minoritarie, pur suggestive, una vera tutela dei diritti umani necessita di essere tradotta dal Legislatore nell'ordinamento interno: la vicenda della Sicherungsverwahrung è emblematica. Certo, si dirà che il Legislatore italiano è meno solerte di quello tedesco, per questa ragione si potrebbe introdurre la virtuosa prassi

di adottare uno strumento simile alla cosiddetta Legge Comunitaria: una “Legge CEDU” che possa, criticamente ed oculatamente, rimuovere proprio quelle violazioni strutturali interne che si risolvono in persistenti violazioni della Convenzione. Resta il fatto, sul piano comparatistico, che tanto l'autorité de la chose jugée, quanto la Rechtskraft mantengono il loro vigore: non si tratta di preclusioni assolute, perché esse possono essere superate, ma solo in via eccezionale in presenza di stringenti condizioni. È importante sottolineare che questo assetto deriva da tradizioni sostanziali e processuali consolidate da lungo tempo, ma che non è un cimelio di archeologia giuridica perché è stato confermato recentemente da specifiche scelte legislative (si pensi al Réexamen o alla Wiederaufnahme per rimuovere le violazioni CEDU accertate dalle decisioni di Strasburgo).

7.7. Argomento politico: scelte libere nei fini?

Infine l'argomento politico. La stessa Costituzione prevede espressamente dei diritti fondamentali con un nucleo inderogabile (contenuto essenziale (143)) e con corollari o ulteriori implicazioni bilanciabili (144). Si pensi a quello della salute ex art. 32 Cost. declinato nel suo duplice contenuto del diritto all'integrità fisica e nel diritto ad essere curati. Il secondo, inevitabilmente, è limitato dal principio di realtà ed economicità nell'impiego delle risorse ex art. 1, comma 2, d.lg. n. 502 del 1992. La tutela della salute, infatti, è garantita ad ogni persona come diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il Legislatore ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse di quel diritto con gli altri costituzionalmente protetti (145); detto «bilanciamento deve tenere conto dei limiti oggettivi che il Legislatore incontra in relazione alle risorse finanziarie ed organizzative di cui dispone, restando salvo, in ogni caso, quel nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (146). La Consulta, agganciando i livelli essenziali di assistenza alla dignità umana, evita che i diritti sociali siano degradati a meri diritti legali, in balia di decisioni a maggioranza o, peggio, di calcoli economici. La salute non è certo un diritto meno importante di quello della libertà personale ex art. 13 Cost.; pertanto anche quest'ultimo deve contemperarsi con il corretto impiego di risorse, si badi non solo economiche, ma anche umane e temporali. In ogni caso devono essere assicurati i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili (tra cui la libertà personale) e i diritti sociali (tra cui il diritto alla salute). Come è facilmente desumibile si tratta di questioni attinenti all'esercizio del potere legislativo, perché, in quanto libero nei fini, è legittimato nella scelta. Non si ignora certo il principio personalista che innerva l'intera Costituzione: la persona deve restare il fine (147) dell'azione legislativa, senza deformazioni economicistiche perché essa «non è il soggetto che agisce nel sociale e che come homo oeconomicus pretende

dal diritto tutela e garanzia dei suoi interessi» (148). Tuttavia si contesta che l'allocazione delle risorse per l'apertura del giudicato sia univocamente la strada più favorevole al reo e non, ad esempio, quella degli investimenti in trattamenti rieducativi.

8. CONCLUSIONI

Summing up gli argomenti forniti danno nuovo vigore alla stabilità del giudicato penale. Sul piano empirico e politico, in modo lineare, si raggiungono risultati di buon senso. Sul piano assiologico e concettuale pare che alcune posizioni dottrinali e giurisprudenziali salutino, forse, con eccessivo entusiasmo le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. A detta loro il principio della *lex mitior* andrebbe applicato lato sensu (anche oltre il dettato realmente consegnatoci da Strasburgo). La Corte costituzionale, tuttavia, resta salda nel limitarne la portata attraverso il bilanciamento tra i principi e il margine di apprezzamento. Anche su questo fronte, quindi, la stabilità del giudicato penale esce ulteriormente rafforzata. Lo stesso dicasi circa l'ambito processuale dove disinvolute interpretazioni degli istituti inevitabilmente si riflettono sull'intero ordinamento, col rischio di scardinarlo. Ma è l'analisi comparatistica, pur breve, a dare un sorprendente contributo. Infatti il sistema francese e tedesco appartengono all'area di *civil law* e sono relativi a Paesi di primaria importanza nel contesto europeo. Quindi l'ordinamento giuridico italiano non può non confrontarsi con essi. In entrambi i casi la problematica circa la forza del giudicato penale e l'efficacia delle decisioni di Strasburgo si è posta, si è esaminata e si è risolta. Inutile dire che l'esito è di particolare favore per la stabilità della *res iudicata*. L'*esprit de géométrie* francese pare avere sistematizzato la questione in modo granitico e anche in Germania, pur con qualche tentennamento, la *Rechtskraft* è quanto mai solida. In definitiva affermare la stabilità del giudicato a fronte della retroattività della *lex mitior* non sembra essere un'isterica scelta reazionaria, ma una coraggiosa valutazione di sistema, suffragata da rilevanti argomenti indagati tramite la *scientia iuris*; detta opzione, tra l'altro, è l'unica lecita per gli operatori ed è volta a garantire la certezza del diritto e la pace sociale. Considerazioni diverse spettano soltanto al Legislatore.

GIURISPRUDENZA

Cassazione penale sez. un., 29/10/2015, n.26259

ESECUZIONE PENALE - Giudice dell'esecuzione - - abolizione del reato e revoca della sentenza

Sentenza Documenti correlati

ESECUZIONE - Revoca della sentenza per abolizione del reato - Art. 673 c.p.p. - Ambito applicativo - Sentenza di condanna successiva all'entrata in vigore di una legge abrogativa del reato - Revocabilità della sentenza - Condizioni.

Il giudice dell'esecuzione può revocare, ai sensi dell'art. 673 c.p.p. una sentenza di condanna pronunciata dopo l'entrata in vigore della legge che ha abrogato la norma incriminatrice, allorché l'evenienza di "abolitio criminis" non sia stata rilevata dal giudice della cognizione. (In motivazione, la S.C. ha precisato che la revocabilità della sentenza deve invece essere esclusa nella diversa ipotesi in cui, in assenza di interventi del legislatore, si verifichi un mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale di una disposizione rimasta invariata, in quanto tale mutamento – anche se sancito dalle Sezioni unite della Corte di cassazione – non determina alcun effetto abrogativo della disposizione interpretata).

Fonte:

Cassazione Penale 2016, 11, 4009

CED Cassazione penale 2016

Guida al diritto 2016, 29, 35

Archivio della nuova procedura penale 2016, 5, 477

Note giurisprudenziali

La sentenza in esame si inserisce nel trend giurisprudenziale recente della suprema Corte mirante ad affermare l'inapplicabilità di una pena irrogata dal giudice di cognizione ma che si riveli per qualsiasi ragione illegittima, con conseguente superamento del principio dell'intangibilità del giudicato e correlativa estensione dei poteri di modifica o revoca del medesimo attributi al giudice dell'esecuzione (v. per tutti Sez. un., 12 febbraio 2015, n. 6240, Basile, in questa rivista, 2015, p. 2564, con nota di Costantini, L'intervento in executivis per erronea applicazione di una pena accessoria tra principio di legalità e intangibilità del giudicato: la decisione delle Sezioni unite).

In particolare, con la decisione in commento le Sezioni unite risolvono il contrasto giurisprudenziale sorto in ordine alla possibilità per il giudice dell'esecuzione di revocare per abolitio criminis una sentenza di condanna.

Nel caso di specie la condanna era stata emessa nei confronti di uno straniero irregolare per il reato di cui all'art. 6, comma 3, T.U. immigrazione, successivamente alle modifiche apportate a tale articolo dalla legge n. 94/2009 ed all'interpretazione fornita dalle Sezioni unite, per le quali soggetto attivo del reato può ormai essere il

solo straniero regolarmente soggiornante (Sez. un., 24 febbraio 2011, Alacev, n. 16453, in questa rivista, 2011, p. 2876 con nota di Santalucia e Di Peppe). In dottrina Gambardella, Lo straniero clandestino e la mancata esibizione del documento di identificazione, in questa rivista, 2004, p. 776; Palazzo, Destinatari e limiti dell'obbligo di esibizione di documenti previsto dal testo unico sull'immigrazione, in *Questione giustizia*, 2004, n. 4, p. 791; Vigoni, Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva, Giuffrè, 2009, p. 197.

A seguito di quest'ultima pronuncia delle Sezioni unite, si è determinato un contrasto interpretativo in ordine alla possibilità di revocare in sede esecutiva ex art. 673 c.p.p. le sentenze di condanna emesse dopo l'entrata in vigore della novella legislativa. Tale questione, dalla Sezione rimettente riferita alle sole ipotesi relative ai fatti commessi da stranieri irregolari, è, secondo i giudici di legittimità, da ricollegare sul piano più generale dei rapporti tra l'esigenza di stabilità del giudicato e la tutela dei principi costituzionalmente rilevanti della parità del trattamento punitivo e della legalità della pena.

Un primo orientamento sosteneva l'inapplicabilità dell'art. 673 c.p.p. nel caso di abrogazione implicita derivante da un mutamento giurisprudenziale, il quale non può costituire *iuris superveniens*, anche se conseguente a pronuncia delle Sezioni unite: un orientamento giurisprudenziale, pur autorevolmente espresso dalle Sezioni unite, difetta di vincolatività nei confronti dei giudici chiamati ad occuparsi di analoghe fattispecie e, pertanto, l'abrogazione di una norma avvenuta in via interpretativa non può equivalere all'abrogazione avvenuta per scelta legislativa ovvero per eliminazione dall'ordinamento per contrasto con i principi della Carta costituzionale (Sez. I, 21 febbraio 2013, n. 13411, in *C.E.D. Cass.*, n. 255364; Sez. I, 13 luglio 2006, n. 27858, in questa rivista, 2007, p. 2560; Sez. I, 11 luglio 2006, n. 27121, in *C.E.D. Cass.*, n. 235265).

Secondo altro orientamento, condiviso dalle Sezioni unite, l'art. 673 c.p.p. deve applicarsi, indipendentemente dal tempo in cui è emessa la sentenza di condanna, se prima o dopo l'abrogazione della stessa, in quanto espressione del superiore interesse dell'ordinamento a che nessuno risulti condannato per un reato non più previsto come tale dalla legge e, quindi, anche nel caso di giudicato formatosi successivamente al tempo dell'intervenuta abrogazione. La sentenza infatti deve essere revocata per abolizione del reato e non per mero mutamento giurisprudenziale (Sez. I, 29 gennaio 2014, n. 12982, *inedita*; Sez. I, 29 gennaio 2014, n. 16738, *inedita*; Sez. I, 15 luglio 2013, n. 37976, *inedita*; Sez. I, 15 gennaio 2014, n. 13621, *inedita*).

Sul tema si ravvisano anche in dottrina differenti posizioni. Secondo un primo indirizzo la revoca della sentenza di condanna in fase esecutiva non può essere concessa

rispetto alle condanne irrevocabili successive alla novella normativa del 2009, sulla base del mutato indirizzo giurisprudenziale intervenuto con la pronuncia delle Sezioni unite "Alacev". «La disposizione dell'art. 673 c.p.p., infatti, dà rilievo nella prospettiva del superamento del giudicato di condanna soltanto a fatti successivi che si concretizzino nell'intervento legislativo di abrogazione della norma incriminatrice o nella declaratoria di illegittimità costituzionale della stessa. Se, però, il fatto abolitivo del reato non sia successivo, e sia stato già considerato, sia pure implicitamente, dalla decisione del giudice della cognizione che, pronunciando condanna, abbia all'evidenza negato a quell'intervento di modifica legislativa l'efficacia abolitiva, poi invece riconosciuta dal più alto collegio giurisdizionale, non residua spazio alcuno per il giudice dell'esecuzione» (Santalucia, osservazioni a Sez. un., 24 febbraio 2011, Alacev, cit., p. 2885; Vigoni, Relatività del giudicato, cit., p. 197).

A diversa conclusione giunge un secondo indirizzo per cui quando la vicenda abolitiva già verificatasi è sfuggita del tutto al giudice della cognizione allora l'art. 673 c.p.p. sarebbe in questo caso rimedio esperibile (Caprioli-Vicoli, Procedura penale dell'esecuzione, Giappichelli, 2011, p. 281; Corbi-Nuzzo, Guida pratica all'esecuzione penale, Giappichelli, 2003, p. 278).

Infine, un ultimo indirizzo ritiene che il giudice dell'esecuzione può liberamente accertare e valutare la sussistenza di una abolitio criminis, ancorché non sia stata rilevata o sia stata esclusa dal giudice della cognizione (Kalb, Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere, in Trattato di procedura penale, diretto da Spangher, Utet, 2009, p. 232). Per una analisi dettagliata sulle diverse tesi in dottrina cfr. per tutti Gambardella, Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole, in www.penalecontemporaneo.it.

Sul tema anche Gatta, Inottemperanza del 'clandestino' all'ordine di esibire i 'documenti': davvero abolitio criminis?, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1352; Gambardella, Abolitio criminis: casi e regole processuali, in questa rivista, 2005, p. 1757; Gambardella, Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola", *ivi*, 2012, p. 3981.

Corte cost., 24/02/2017, n. 43

SANZIONI AMMINISTRATIVE E DEPENALIZZAZIONE Questioni di legittimità costituzionale

PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE - Dichiarazione di illegittimità costituzionale - Effetti retroattivi - Deroga all'intangibilità del giudicato penale di condanna - Inapplicabilità ai casi di sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità di sanzioni amministrative qualificabili come "penali" ai sensi della cedu - Denunciata violazione del principio convenzionale di legalità penale e conseguente inosservanza dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali - Insussistenza - Non ascrivibilità della deroga prevista dalla norma censurata alle garanzie convenzionali - Non fondatezza della questione

È dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. [30, quarto comma](#), della [legge n. 87 del 1953](#), censurato dal Tribunale di Como - in riferimento [all'art. 117, primo comma, Cost.](#), per contrasto con gli artt. 6 e 7 della CEDU - nella parte in cui esclude che la deroga all'intangibilità del giudicato, da esso prevista in caso di sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità di norme penali (incriminatrici o sanzionatorie), si applichi alle sentenze irrevocabili di condanna con le quali sono state inflitte sanzioni amministrative qualificabili come "penali" ai (soli) fini dell'ordinamento convenzionale. Alle sanzioni sostanzialmente "penali" secondo i c.d. criteri Engel elaborati dalla Corte EDU - quali, ad avviso del rimettente, devono ritenersi le sanzioni amministrative previste dall'art. [18-bis, comma 4](#), del [d.lgs. n. 66 del 2003](#), dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sentenza n. 153 del 2014 - si applicano tutte e soltanto le garanzie stabilite per la materia penale dalla CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo. Nessuna affermazione di quest'ultima avvalorata, allo stato, esplicitamente o implicitamente, una interpretazione dell'art. 7 della CEDU tale da esigere che gli Stati aderenti sacrificino il principio dell'intangibilità del giudicato nel caso di sanzioni amministrative inflitte sulla base di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime (o altrimenti invalide ex tunc). Il concetto di base legale convenzionale della sanzione comminata - che ad avviso del rimettente verrebbe meno per effetto della declaratoria di incostituzionalità della norma sanzionatrice - è stato perlopiù riferito dalla giurisprudenza convenzionale ai requisiti di accessibilità e prevedibilità che devono connotare il diritto penale e al profilo della successione delle leggi nel tempo, senza intaccare il valore del giudicato, l'eventuale cedevolezza del quale rispetto alla lex mitior è consentita (secondo quanto affermato nei casi più recenti) in quanto prevista dall'ordinamento interno, e non in quanto imposta dall'art. 7 della Convenzione. Lungi dal rientrare fra le garanzie imposte agli Stati aderenti dalle pertinenti disposizioni delle CEDU, come elaborate dalla Corte di Strasburgo, la peculiare tutela prevista dalla norma censurata costituisce, dunque, una tutela ulteriore predisposta dal diritto nazionale, la definizione del cui ambito applicativo rimane nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato.

FONTI

Sito uff. Corte cost., 2018

La risoluzione della cosa giudicata penale tra etica e diritto.

Otello Lupacchini

1. La cosa giudicata in senso sostanziale e l'esigenza etica della giustizia. - La cosa giudicata in senso sostanziale - la quale, almeno nel nostro ordinamento penalprocessuale (1), presuppone la cosa giudicata formale, cioè l'immutabilità della sentenza, comprensiva tanto della sua irrevocabilità da parte del giudice, tanto della sua non impugnabilità ad opera delle parti (2) - è l'efficacia normativamente riconosciuta dell'accertamento giurisdizionale (3). Poiché la legge ammette e disciplina l'istituto della cosa giudicata, l'accordo sull'esistenza del relativo fenomeno è completo. Piena è, infatti, la consapevolezza, che là dove ogni caso sia indefinitivamente giudicabile, ogni lite diventi un focolaio cronico e che nessun corpo sociale possa tollerare simili tensioni (4).

Ma, se nessuno più dubita che la cosa giudicata sia un vincolo, che lega le parti e ogni futuro giudice, atteso che, in forza di esso, ciò che s'è deciso è diritto, accade di cogliere qualche resistenza ad accettare completamente che la cosa giudicata tronca e rende inutili le discussioni sulla giustizia e l'ingiustizia della pronuncia.

Questa caratteristica della cosa giudicata - che sarebbe difficilmente contestabile là dove, individuata in essa una manifestazione del generale fenomeno dell'autorità degli atti creativi del diritto emanati dallo Stato, ci si potesse spingere oltre, sino a ravvisarvi più che un *Rechtsgeltung* un *Geltungsdauer* (5) - non viene sempre pacificamente accettata proprio perché un'efficacia permanente del giudicato, almeno nel nostro ordinamento penalprocessuale, non è postulabile (6) : esso conta delle *Anfechtungsklagen*, dirette a far valere, in via straordinaria, determinati vizi da cui sia affetta la sentenza passata in giudicato, constando i quali, deve essere annullata e, all'atto rescindente, è possibile debba seguire uno *iudicium rescissorium*, inteso a sostituirla. Simili meccanismi rispondono ad una fondata istanza di politica del diritto che, per i contrasti tra etica e diritto, siano approntate garanzie, il più possibile efficaci, sotto forma di più esatte valutazioni e di rimedi permanenti (7) . Il che non autorizza, però, la confusione tra i due piani, i quali devono restare rigorosamente separati, ancorché - sia pur nei limiti in cui il contrasto tra l'etica ed il diritto, tenuto conto della contrapposta esigenza di economia processuale, non possa essere eliminato - vengano forniti correttivi giuridici dell'ingiustizia, quali, ad esempio, l'azione per la riparazione dell'errore giudiziario o l'azione di danni per l'errata condanna.

Non di meno, il modo peculiare in cui si manifesta la resistenza ad accettare che il problema della giustizia della pronuncia trascende la cosa giudicata, è possibile coglierlo proprio negli argomenti addotti a sostegno delle due costruzioni che si contrappongono a proposito del fondamento di quella tipica azione di annullamento che, nel nostro processo penale, è la revisione del giudicato: l'una, molto diffusa, per la quale la revisione sarebbe predisposta per eliminare l'errore giudiziario; l'altra, che rappresenta una posizione senz'altro minoritaria, per la quale prioritaria sarebbe, invece, l'esigenza di assicurare, attraverso l'istituto, la coerenza dell'ordinamento.

2. Dispute sul fondamento della revisione. - Se, sulle orme di chi vide segnata dall'errore giudiziario la differenza tra lo scopo ed il risultato del processo (8) , si sostenne che «il concetto di revisione postula quello di errore, in senso lato, come falsa rappresentazione della realtà», di tal che l'istituto non sarebbe altro che «l'opposizione violenta tra forma e realtà» (9) , ancora di recente, nella fase di transizione dal vecchio al nuovo codice di procedura penale, si è posto in risalto che «non è extra ordinem consentire che, nella contrapposizione tra fatti stabiliti nella sentenza di condanna e accertamenti di nuovi fatti, si ponga rimedio, al di là del limite del giudicato, alla sentenza ingiusta perché errata» e, con particolare riguardo all'ipotesi di sentenza di condanna le cui premesse storiche siano incompatibili con quelle da cui discende altro giudicato penale irrevocabile, si è anche affermato che

«la revisione ha chiaro punto di contatto con la teoria del giudicato, che viene a limitare nel suo attributo di immutabile, in ragione di un errore che la contraddittorietà delle sentenze non tanto reclama sia corretto, quanto chiama ad accertarne la portata in concreto» (10) .

Al fondo di simili proposizioni, traspare l'idea che il giudicato penale debba, comunque, essere visto in funzione di prevalente attuazione di giustizia (11) , sul presupposto che, nel processo penale, «non si controverte intorno ad un bene della vita, secondo l'espressione chiovendiana, che entra a far parte del commercio giuridico, bensì, intorno al valore di un uomo, che è il vero protagonista del dramma penale» (12) . L'altra costruzione, per la quale la revisione mirerebbe a garantire la «certezza dei comandi che è solo un aspetto della certezza giuridica in generale che finisce per servire alla coerenza dell'ordinamento, se non per identificarvisi», mentre l'errore sarebbe da relegare sullo sfondo delle sue ragioni politiche, premesso che i dati di fatto non ignorabili dalla teoria della revisione sono, da un lato, la realtà di un giudicato, dall'altro una crisi della certezza, che il giudicato stava a garantire, ne fa discendere che la revisione sarebbe destinata a porre nel nulla il valore del giudicato penale, allorché, per cause sopravvenute, gli effetti del giudicato non sembrano coincidere più, per essersi rivelata un'antinomia, con la certezza giuridica ed il giudice della revisione sia chiamato perciò a stabilire se questi effetti debbano essere eliminati (13) .

Ma anche nell'economia di questa seconda impostazione, il problema della giustizia non trascende il giudicato come certezza, poiché, si sottolinea, non sarebbe esatto credere che «fra giustizia e certezza ci sia quasi una soluzione di continuo», infatti, «se è vero che la certezza non (è) fine a sé stessa, ma mezzo per assicurare il bene comune e la giustizia», dovrebbe trarsene la conseguenza che, «di norma, certezza e giustizia vanno di pari passo; e sotto ogni crisi della certezza finisce per esserci una crisi della giustizia, in guisa che risolvendo la prima si finisce fatalmente per sanare la seconda» (14) . A ben vedere, dunque, entrambe le ricordate costruzioni, in un modo o nell'altro, finiscono per attribuire una funzione di prevalente attuazione di giustizia alla cosa giudicata, mentre il vero punto di dissenso tra di esse si riduce alla diversa rilevanza che attribuiscono, rispettivamente, all'errore giudiziario. Da questa tendenza a confondere i piani del diritto e dell'etica, finiscono per essere condizionate le stesse argomentazioni, volta a volta, addotte a sostegno dell'una o dell'altra impostazione, con la paradossale conseguenza di prestarsi ad essere utilizzate, oltre che avverso l'opposta costruzione, anche contro quella di chi se ne avvale. Valgano, in proposito, alcune esemplificazioni.

A sostegno della tesi che individua il fondamento dell'istituto nell'esigenza di coerenza dell'ordinamento si adduce il fatto che alla revisione si possa far ricorso proprio ogniqualvolta la sentenza di condanna si fondi su premesse storiche che ne contraddicano un'altra irrevocabile. Tale argomento, ai fini per i quali viene mobilitato, è privo di forza dimostrativa, mentre potrebbe, addirittura, costituire premessa di un ragionamento formidabile proprio contro la stessa tesi che vorrebbe la revisione fondarsi sull'esigenza di coerenza dell'ordinamento: se è rilievo ovvio quello per il quale se due sentenze su fatti connessi contengono premesse storiche incompatibili, almeno una è sbagliata, di tal che è su tale sintomo che va rigiudicato il caso dedotto in revisione, fermarsi ad esso significa non trarre tutte le conseguenze dal fatto che, pur in presenza di giudicati a premesse storiche inconciliabili, di cui l'uno non vincola l'altro, il procedimento di revisione annovera tra i suoi possibili epiloghi anche il rigetto della richiesta, a cui consegue la sopravvivenza dei giudicati contraddittori. Proprio muovendo dalla premessa che se si attribuisse al giudicato lo scopo d'impedire l'insorgere di decisioni contraddittorie sul piano logico, si dovrebbe pervenire inevitabilmente alla conclusione che esso spieghi un'efficacia *ultrapartes* tutte le volte in cui in un separato processo si presenti la stessa questione di fatto o di diritto già irrevocabilmente decisa, si è sostenuto che, per contro, da un lato, il giudicato tende a prevenire «un conflitto pratico e più precisamente l'inconveniente pratico determinato dalla contemporanea inapplicabilità di comandi tra loro incompatibili: se l'imputato fosse condannato e prosciolto con due sentenze irrevocabili per lo stesso fatto, l'organo dell'esecuzione non saprebbe a quale dei due comandi dare la prevalenza» e, dall'altro, che «Se invece le due pronunce contengono apprezzamenti di fatto e di diritto tra loro logicamente inconciliabili, le dette pronunce possono coesistere» (15). Agevole è, dunque, comprendere perché coloro che vorrebbero fosse l'errore giudiziario il fondamento della revisione si appaghino della constatazione che l'inconciliabilità logica tra giudicati penali è «sintomo della presenza di un errore che dovrà essere in concreto rilevato e accertato» (16): far leva sulla possibilità di una decisione ribadita, se servirebbe a negare in radice che fondamento della revisione sia l'esigenza di coerenza dell'ordinamento, finirebbe anche per contraddire irrimediabilmente l'assunto che fondamento dell'istituto sia l'insopprimibile esigenza di correggere l'errore giudiziario. Meglio, allora, limitarsi ad investire nella disputa l'argomento, ad alto grado di suggestione, sebbene privo di forza dimostrativa, per il quale «Accettato l'errore come un accadimento naturale, la soluzione più equilibrata è quella di disciplinarlo», di tal che «A certe condizioni, l'errore diviene fonte di nuovo accertamento» (17). Non a caso, il risultato di mettere a nudo il difetto capitale della tesi che vorrebbe ancorata la revisione all'esigenza di correggere l'errore giudiziario, viene conseguito appieno da chi aderisce all'opposta

concezione, argomentando che l'errore della sentenza definitiva «ben può cadere su una gamma di valutazioni in fatto e in diritto virtualmente illimitata e non limitabile», mentre nel caso della revisione la rilevanza dell'errore stesso è, comunque, limitata, di tal che, se veramente l'errore fosse la base concettuale dell'istituto, i limiti della revisione, dal punto di vista logico, non potrebbero neppure essere concepiti (18) .A ben vedere, però, questo argomento è anch'esso a doppio taglio: postulato che la revisione tenda a soddisfare la coerenza dell'ordinamento implicante la certezza, nessun limite dovrebbe contrapporsi alla risoluzione dei conflitti tra giudicati, sia che il contrasto cada tra i comandi o tra i fatti accertati che non poterono coesistere storicamente, sia che nasca dal venir meno delle conseguenze tipiche di un fatto giuridico. Entrambi le costruzioni qui esaminate, insomma, mostrano la loro insufficienza, di fronte all'«evento deplorabile, il quale pregiudica la serietà e la credibilità delle istituzioni processuali» (19) che possano continuare a coesistere pronunce fondate su premesse inconciliabili. Né l'una né l'altra, insomma, fornisce adeguata spiegazione del perché la revisione sia ammessa solo rispetto alle pronunce di condanna e non anche alle sentenze d'assoluzione, là dove, in caso di decisioni ribadite, il conflitto tra giudicati è destinato a rimanere insoluto e viziate da errore risultano essere proprio le seconde (20) .

3. Una polemica risalente. - Assai istruttiva è una vecchia polemica che ebbe ad oggetto il giudicato penale, tra chi ne auspicava l'abolizione e chi a tale proposta si opponeva fermamente. Si trattava di una questione di coerenza, per chi aveva impostato l'antitesi tra processo civile e processo penale nei termini di una contrapposizione tra avere ed essere, tra proprietà e libertà, il prospettare, de iure condendo, accanto alla conservazione dell'istituto del giudicato civile, l'abolizione tout court del giudicato penale, e ciò fece ponendo i seguenti interrogativi: «quando la posta in giuoco non è la proprietà, tua o mia, ma puramente la mia libertà, qual'è la contropartita del sacrificio che l'immutabilità impone alla giustizia della decisione?» (21) ; ovvero: «Se un lebbroso, sfuggito a una prima diagnosi, circola liberamente nella società basta il sospetto dello sbaglio per riacciuffarlo e sottoporlo a un nuovo esame e, viceversa, quando si scopre che il ricoverato in un lebbrosario non è lebbroso, nessun ostacolo si oppone alla sua liberazione; ma qual differenza passa, nei campi rispettivi del corpo e dello spirito, tra lebbroso e delinquente? » (22) .

Questa opinione venne sottoposta a critica, tanto pertinente quanto corrosiva: per un verso, non si mancò di sottolineare il «semplicismo... notevole» del ragionamento, dimostrando come «l'antitesi, solamente brillante, tra essere ed avere non significhi più nulla, anzi se mai debba essere invertita», sol che si pensi «all'accertamento di

uno status familiare nel processo civile, e di una contravvenzione punibile con esigua ammenda, nel processo penale» (23) ; e, per altro verso, non solo si stigmatizzò la concezione farmaceutica della pena su cui la proposta abolizionista pretendeva di fondarsi, ma si pose anche in luce come «tutto un lato del problema, vale a dire la funzione di strumento di libertà, che è insita nel giudicato penale (fosse) sfuggito all'autore» di essa, per nulla preoccupato dell'esigenza di evitare che l'innocente, semel suspectus e tuttavia assolto, resti, finché viva, «lo zimbello dei pubblici poteri, magari tirannici, parziali, a (lui) nemici» (24) . Come è dato vedere, però, almeno a questo livello, la diatriba non investiva un problema dogmatico de iure condito, dal momento che gli interlocutori erano ben consapevoli di disputare sui futuribili della cosa giudicata penale; a contrapporsi, piuttosto, erano due diverse sensibilità: da un lato, quella di chi partiva da un programma di diritto penale cristiano, per approdare alla ben diversa realtà di un diritto penale della tortura e della pena di morte, dall'altro, la sensibilità di chi difendeva, invece, il giudicato penale come istituto di libertà; due modi, insomma, d'intendere la giustizia.

4. «Giustizia» e «diritto». - A questo punto, se viene spontaneo chiedersi cosa sia la «giustizia», al tempo stesso, si deve constatare che la risposta a questo ineludibile interrogativo, non può spingersi oltre l'asserto che essa è un preteso ideale di perfezione morale, che il diritto positivo, per quanto teso a realizzare la migliore condizione possibile di convivenza tra i cittadini, per se stesso non realizza. Del resto, comunque si voglia intenderla (25) , l'uso della parola «giustizia» adombra sempre un'esigenza reale dello spirito umano, quella di superare l'astrattezza, la rigidità, la durezza del diritto, fino a consumarle. Di qui la tensione fra giustizia e diritto, la cui coscienza non è limitata ad aristocrazie intellettuali; né è il risultato di meditazioni di filosofi, i quali avvertano l'irrealtà dell'astratto volere voluto rispetto al concreto volere volente o di teologi che scorgano in qualunque Stato non conforme alla volontà divina un magnum latrocinium, perché ivi è perciò remota iustitia; è anzi un comune, quasi istintivo sentimento delle masse popolari, le quali «non hanno la passione della legalità», mentre hanno sempre avuto «la sete di giustizia».c.d «hanno ognora diffidato del diritto positivo» (26) .

Definita - o meglio non definita - la giustizia come valore al quale si riferisce il diritto positivo ma che gli è superiore, essa si riduce, per dirla con le parole di un sacerdote cattolico, non privo di cultura, specie storica, ad una sorta di «ragion naturale», che «la speriencia ci fa conoscere essere... nome che si torce in varie maniere; e se voi dimandate a due avvocati contrari e a due giudici di contraria opinione, ognun d'essi sosterrà, stare la ragion naturale dal canto suo» (27) . Tutte le concezioni della

giustizia esprimono, infatti, sistemi di valori relativi, poiché concepiti fuori dalla storia e che esistono nell'immaginazione di qualcuno e sembrano perfetti, sicché si riducono ad altrettante ideologie. In prospettiva de iure condendo, vale a dire di proposta di riforma dell'esistente per renderlo conforme al sistema di valori immaginato come perfetto, ben possono le ideologie condizionare le scelte, senza che in ciò vi sia nulla di scandaloso o semplicemente sconveniente. Ma da questo non può farsi conseguire che l'ideologia ispiratrice di scelte tradottesi in disposizioni di diritto positivo possa avere accesso nell'universo concettuale del diritto. Pertanto, tornando alla cosa giudicata e alla revisione quale strumento per la sua risoluzione, nella prospettiva del diritto positivo conta soltanto che l'immutabilità della prima è incondizionata, soltanto, nei confronti del pienamente assolto.

Riconoscere, correttamente, che tale immutabilità possa essere stata posta a salvaguardia dell'esigenza di certezza non solo oggettiva, ma anche soggettiva, intesa come sicurezza del titolare che il diritto subiettivo riferitogli non è prevedibile che sia aggredito, in un contesto di «esigenza di tutela della libertà» (28) , là dove si pretenda di inferirne che il giudicato possa riguardarsi in funzione di prevalente attuazione di giustizia, magari sull'ineccepibile presupposto della perfettibilità della ricerca storica (29) , significa non tenere distinti, per come, invece, dovrebbero, i due piani del pensiero naturale e del pensiero giuridico, delle valutazioni morali e delle valutazioni giuridiche.

5. L'errore giudiziario come specifico caso di illecito. - Il negare l'accesso nell'universo concettuale del diritto alla giustizia e, conseguentemente, l'escludere che la cosa giudicata assolve ad una funzione d'attuazione di giustizia, significa che non possa essere questa la premessa dalla quale far discendere, alternativamente, la conclusione che la revisione trovi il suo fondamento in una crisi di certezza giuridica alla quale la necessità di coerenza dell'ordinamento reclama si rimedi, ovvero che la revisione si fondi sull'insopprimibile esigenza di correggere l'errore giudiziario.

Ciò non significa, però, che il problema dell'errore giudiziario sia estraneo al diritto positivo: a norma dell'art. 24, 4° comma, Cost., «La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari» e, l'art. 643, 1° comma, c. p. p., accorda un «diritto alla riparazione» a «chi è stato prosciolto in sede di revisione, se non ha dato causa per dolo o colpa grave all'errore giudiziario». A fronte di tali norme, mentre da una parte, sempre al fine di escludere che l'errore giudiziario possa costituire il fondamento giuridico della revisione, si sostiene che l'endiadi «errore giudiziario» avrebbe «rilevanza di una nozione tecnica solo per l'istituto della riparazione», negando, per il resto, che l'errore giudiziario stesso «sia un concetto tecnico-giuridico» (30) ; dall'altra, si asserisce, invece, che il diritto «contempla anche

l'ingiusto, l'errato, ne fa occasione per un nuovo controllo, fondato sulla novità (teoricamente infinita) dell'accertamento probatorio, ne fa titolo per la riparazione patrimoniale e morale» (31) .

Né l'una, né l'altra delle due prospettazioni, è, però, appagante.

Negare, come fa la prima, la rilevanza tecnico-giuridica dell'errore giudiziario, ma ammettere che, comunque, sia pur limitatamente all'istituto della riparazione, abbia «rilevanza di una nozione tecnica», denuncia una insanabile contraddizione, la quale svaluta irrimediabilmente la forza dell'argomento ai fini per i quali viene investito.

Individuare nella revisione il rimedio all'ingiustizia della cosa giudicata a causa dell'errore giudiziario, come fa, invece, la seconda, significa restare ancora prigionieri della già evidenziata commistione tra pensiero giuridico e pensiero naturale.

Se si allarga l'indagine al di là degli asfittici ambiti dell'istituto della riparazione, per investire l'intero sistema ordinamentale, si coglierà, allora, per un verso, che la formula «errore giudiziario» è idonea a ricomprendere non soltanto, come avviene di solito nel linguaggio corrente, taluni deragliamenti della giurisdizione penale, costituiti dal fatto che il giudice imputa una fattispecie che non si è affatto realizzata, o la imputa a persona diversa da quella che l'ha posta in essere, bensì qualunque errore compiuto nell'esercizio della giurisdizione, che può risiedere sia in un'inesatta qualificazione giuridica del fatto sia in una non corretta applicazione delle norme di procedura; e, per altro verso, come errori analoghi a quelli del settore della giurisdizione possano verificarsi sia nel settore dell'amministrazione - di tal che all'errore giudiziario fa riscontro l'errore amministrativo -, sia nella funzione legislativa, nella misura in cui - non diversamente da come fa per il giudice il diritto sostanziale e processuale che deve applicare - la costituzione assegna al legislatore un limite invalicabile, il quale, non di rado, singole leggi oltrepassano. In questa prospettiva, l'errore giudiziario rappresenta solo una specie particolare di errore organico e questo solo uno dei possibili aspetti dell'illecito organico, il quale, a sua volta, non è che uno specifico caso di illecito (32) .

6. I meccanismi processuali che mettono in conto gli errori. - In linea teorica, il termine errore giudiziario, dunque, esprime una *contradictio in adiecto*: poiché l'illecito costituisce l'antitesi del diritto, è inconcepibile l'ipotesi di un illecito giudiziario, in quanto illecito statale (33) . Di qui un duplice ordine di conseguenze: nessun atto di applicazione del diritto il quale riposi sopra un errore, o che sia affetto da un vizio giuridico può essere riconosciuto come atto statale; il giudice che mostri di errare, in

quanto tale non è giudice, cioè non applica il diritto e non è organo dello Stato, ma persona privata.

Occorre, tuttavia, considerare il fatto che, per gli organi statali che hanno, in senso lato, il compito di attuare il diritto, sono assai numerosi i casi di errore inconsapevole e che possono anche darsi casi di deviazione cosciente e anche intenzionale dalla norma giuridica; ovvero, per quanto più da vicino qui interessa, che nessuna garanzia di un'amministrazione della giustizia perfetta e conforme al diritto può escludere deviazioni degli uomini che svolgono la funzione di giudice. L'immanenza dell'errore implica che le sole caratteristiche formali dell'atto non consentono, da sole, di stabilire se ci si trovi o meno di fronte ad un atto statale. È gioco forza, pertanto, che ogni ordinamento positivo, più o meno perfezionato sul piano tecnico ed etico-sociale, preveda - anche nel settore giudiziario, dove l'esigenza di conformità al diritto è spinta naturalmente al massimo - di poter essere travisato, mancato in un numero più o meno elevato di casi, da parte di chi lo deve applicare, piuttosto che lasciare aperto il problema se si sia in presenza di un atto giudiziario o no, poiché ciò nuocerebbe moltissimo alla certezza del diritto. L'adeguamento all'imperativo di politica del diritto per il quale è meglio una sentenza viziata che nessuna sentenza, avviene, solitamente, mediante l'introduzione di meccanismi che mettono, appunto, in conto coscientemente il contrasto tra fenomeni giuridici di diverso livello - segnatamente tra norme di legge e atti che si presentano con la pretesa di dare applicazione alla legge - e che operano in modo caratteristico: l'atto «viziato» viene considerato sanato, perfetto, dunque atto giuridico, e l'«organo» che ha sbagliato effettivo organo statale, per il fatto che la legge presuppone che l'organo chiamato ad applicare il diritto, in questi casi, entro certi limiti, sbaglia nell'applicarlo, cada in errore, e tuttavia, in determinate circostanze, conferisce a quest'atto viziato un qualsivoglia valore giuridico, al limite la stessa validità dell'atto perfetto: l'atto previsto dalla legge ha un valore superiore, in quanto rappresenta il tipo ideale di comportamento dell'organo, quello consentito dal mettere in conto gli errori un valore inferiore, rappresentando soltanto un tipo possibile di comportamento. Il più tipico esempio di Fehlerkalkül (34) è l'impugnazione, rimedio apprestato dall'ordinamento per la correzione dei vizi di un atto che pretende di valere come atto statale.

Ove si consideri che l'impugnazione ha ad oggetto l'atto imperfetto - il quale, come si è visto, in linea rigorosamente teorica, proprio perché tale, non potrebbe essere imputato all'ordinamento - se ne deve inferire che la sua stessa predisposizione - e

non necessariamente il suo uso - fornisce l'atto impugnabile di quella rilevanza - sia pure al fine di consentirne la sostituzione con un atto migliore - necessaria perché lo si consideri inserito nell'ordinamento. Ne consegue che se le norme di procedura penale offrono un mezzo di impugnazione avverso la non corretta qualificazione giuridica di un fatto o avverso l'imputazione di un fatto insussistente o l'imputazione di un fatto a persona non colpevole, non può più parlarsi di un contrasto con l'ordinamento stesso di una sentenza penale fondata su una di queste grandi difformità dalla legge.

7. Discrepanze tra «verità legale» e «verità naturale». - L'atto viziato, in qualsiasi caso tipico di errore giudiziario, è soltanto uno pseudo atto giudiziario, ma grazie al calcolo delle imperfezioni, che si esprime nella possibilità di un'impugnazione per la rimozione del vizio, e grazie alla norma sulla cosa giudicata, per la quale, se non viene esperita l'impugnazione, anche l'atto viziato passa in giudicato, quell'atto si presenta ad ogni effetto come atto giudiziario. In questo senso, può dirsi che «Il giudicato rappresenta (...) la più vistosa e potente causa di sanatoria nei confronti delle imperfezioni verificabili in campo processuale» (35). Per altro, nel momento stesso in cui l'ordinamento consente che un atto contrastante con un altro di grado superiore conservi efficacia - indipendentemente dal fatto che lo si debba trattare come legittimo sino a che, a seguito d'impugnazione, non venga sostituito da altro più conforme al diritto, sia che, in mancanza dell'impugnazione, lo si debba trattare come tale per sempre - vengono eliminati gli effetti antiggiuridici della funzione psichica che si è allontanata dalla linea delle indicazioni normative. La norma penale, pertanto, avuto riguardo all'ordinamento processuale penale, con i suoi calcoli delle imperfezioni e le norme sulla cosa giudicata, risulta concepita nel senso che deve essere punito in un determinato modo non chi ha posto in essere un determinato atto, bensì chi, con sentenza passata in giudicato, è stato dichiarato colpevole di un atto dichiarato punibile. A ben vedere, infatti, con il passaggio in giudicato della sentenza viziata da errore che cada sulla qualificazione giuridica del fatto, si verifica una modificazione delle fattispecie delittuose tracciate dalla legge: chi sia stato dichiarato colpevole di concussione anziché di corruzione, di estorsione anziché di minaccia, di furto anziché di appropriazione indebita, sul piano giuridico è effettivamente colpevole del reato ritenuto in sentenza. Parimenti è colpevole, in senso giuridico, e, quindi, a buon diritto subisce la pena prevista dalla legge, non solo il «vero» autore dell'atto delittuoso, ma anche colui che, pur senza esserlo, sia stato dichiarato, però, colpevole con sentenza passata in giudicato. Questo è il punto di massima evidenziazione della profonda frattura tra pensiero naturale e pensiero giuridico, non potendo, per il senso comune, non apparire un'ingiustizia che grida vendetta e anche un'assurdità, imputare e punire come reato un'azione che non sia

stata compiuta, o punire, per un'azione che sia stata compiuta, chi, però, non l'ha compiuta. Ma il giurista, il quale non abbia perso la consapevolezza che il diritto è un universo concettuale a sé, non potrà non accettare che la giurisdizione, anche in ciò che può sembrare un errore, è portavoce di quella «verità legale» che talvolta diverge dalla «verità naturale».

8. L'estraneità della «verità naturale» all'universo del «diritto». - Già a cavaliere tra i secoli XVI e XVII, la massima *res iudicata pro veritate accipitur*, pur spiegando ancora una funzione essenziale nell'inquadramento del giudicato, non era, però, più intesa nel senso che la *res iudicata* si avesse per verità e creasse una presunzione di verità, bensì in quello che essa costituiva una nuova situazione giuridica che stava al posto della verità, talché, appunto, si diceva: *non est curandum qualiter se habeat veritas* (36) . Sembra, tuttavia, che «il desiderio di una logica del senso comune, più spontanea, più naturale, più facilmente comprensibile da tutti, usabile realmente nelle attività pratiche della vita sociale», il quale spinse i giuristi seguaci della Scuola eulta a «forme di ragionamento più aderenti al processo reale del pensiero» (37) , sia ancora forte in chi, oggi, fa appello all'«esperienza» e al «senso comuni» per fondare l'istituto della revisione e recupera il «valore di presunzione», sia pure *hominis tantum*, che conosce, dunque, la prova contraria, alla regola *res iudicata pro veritate habetur*, per inferirne che «con la definitività dell'accertamento, l'accusa è dispensata dal dimostrare «la permanenza» della coincidenza tra verità e certezza» ed anche che «per farsi luogo alla revisione occorrono «nuove» prove d'innocenza» (38) .

Ma la resa del giurista, il quale abdica al rigore del discorso giuridico per cedere alle suggestioni del senso comune, la si coglie, appieno là dove è dalla premessa che «verità e giustizia sono sinonimi» che si vorrebbe far discendere la conclusione per la quale fondamento della revisione sia l'esigenza insopprimibile di correggere l'errore giudiziario, il quale consisterebbe nel «non sufficiente raggiungimento della verità» ed alla cui «inevitabilità» sarebbe «più prudente arrendersi» (39) .

L'equazione verità = giustizia si fonda su un sillogismo la cui premessa maggiore («l'accertamento della verità materiale è l'obiettivo di ogni processo degno di questo nome») è contraddetta dalla premessa minore («la sentenza si fonda su un accertamento che, in chiave probabilistica, deve essere veritiero»), con ciò che ne consegue quanto alla conclusione («la sentenza errata, in quanto non conforme a verità viene intesa normalmente come sentenza ingiusta») (40) : l'ammettere che la prova in giudizio non ha, di regola, il carattere della verità assoluta, ma è recata quale elemento di probabilità e di verisimiglianza (41) , dovrebbe implicare, piuttosto, che già solo per questo, di regola, «verità materiale» e «verità giudiziale» sono concetti non destinati a coincidere. E, come s'è visto, a nulla serve addurre che «posta la non

coincidenza tra verità e certezza, se nel processo civile, che tocca interessi patrimoniali, può prevalere la seconda, nel processo penale, ove si fa questione di libertà, deve prevalere la prima, anche nella forma "relativa" o "in seconda battuta" prescelta da quasi tutte le legislazioni» (42) . Limitarsi, comunque, ad evidenziare l'illogicità del ragionamento, significherebbe non cogliere l'attentato che esso porta alla stessa autonomia dell'universo concettuale del diritto.

Un discorso giuridico che aspiri ad approdare a risultati utili, infatti, non può prescindere dalla rigorosa individuazione dello scopo del processo penale, il quale consiste nello stabilire se sussista o meno il dovere del giudice di punire, il cui conseguimento - in quanto presuppone la definizione di un fatto secondo una norma - implica che si accerti, in primo luogo, se il fatto da definire sia avvenuto, quindi, se la norma sia valida, appartenga, cioè, ad un sistema individuato da una matrice e, infine, se risulti applicata correttamente. Solo così sarà agevole cogliere come, pur essendo chiamato a lavorare sul passato, il giudice sperimenti vincoli ignoti allo storico (43) : il suo lavoro per risolvere la quaestio facti segue linee predefinite, infatti egli è interessato ai soli avvenimenti da cui discenda un qualche effetto giuridico; la prima mossa consiste, pertanto, nel porre un'ipotesi in iure; sulla figura enucleata dal testo, avvengono varie ricognizioni, ma la disciplina delle prove - regole d'ammissione e tecniche acquisitive - implica un possibile scarto dai fatti: non vale quanto il giudice sappia da fonti private, da prove inammissibili o acquisite invalidamente (44) ; l'esclusione dallo spettro conoscitivo del giudice di ogni dato ottenuto irrualmente è, dunque, la regola e, proprio in virtù di questo «diaframma», che «spiega effetti deformanti nella storia curialesca», il processo, lungi dall'aver come obiettivo l'accertamento della verità materiale, è, addirittura, per sua stessa natura, «uno specchio le cui immagini, spesso infedeli, divorano la cosa riflessa» (45) . Come quello di giustizia, anche quello di verità è, dunque, concetto estraneo al diritto (46) : lo aveva già posto esemplarmente in luce chi, in epoca ormai remota, a proposito dell'autorità della cosa giudicata, ebbe a rilevare che «Le dottrine che fanno capo alla "finzione di verità", alla "verità formale", alla «presunzione di verità» (...) hanno un grande fondamento di vero, ed è vero che nella considerazione del maggior numero di cittadini la sentenza del giudice si ritiene conforme alla verità (...). Ma ciò non spiega la natura giuridica dell'istituto e non deve assumersi per sua definizione. La cosa giudicata è essenzialmente un atto di volontà dello Stato, irrevocabilmente obbligatoria per ogni futuro giudizio. (...). Quando si parla di verità formale, di finzione, di presunzione di verità, si pensa ad un rapporto fra ciò che la sentenza è e ciò che potrebbe o dovrebbe essere. Ma questo confronto lo facciamo noi

accademicamente discutendo, non il diritto; non è già che il diritto ammetta come veri i fatti ritenuti dal giudice; sta invece che il diritto non si occupa nemmeno di sapere come essi sono andati» (47) .

9. Revisione, riparazione dell'errore giudiziario, azione di danni per errata sentenza. - Sgombrato il terreno dagli equivoci indotti dalla sotterranea contestazione di una visione del diritto come strumento più che come incarnazione di un valore etico e dello Stato come ordinamento giuridico, si può anche procedere al corretto inquadramento di istituti quali la revisione, la riparazione dell'errore giudiziario e l'azione di danni per l'errata sentenza. In ogni ordinamento positivo, ai fini della soddisfazione delle esigenze di certezza dei comandi giuridici, unitamente alle impugnazioni, viene disciplinata normativamente la cosa giudicata sostanziale, intesa come vincolo delle autorità e dei privati ad una norma d'origine giudiziaria, costruita su misura per il caso singolo, la quale impone il dovere di una o alcune persone di eseguirla, il dovere di uno o alcuni giudici di usarla come regola del decidere, il dovere dello stesso o di qualsiasi altro giudice, di fronte al quale sia riproposta la eadem res nei confronti della eadem persona, di declinare il giudizio. Non sembra, per altro, sia correttamente sostenibile che imperatività ed immutabilità del giudizio siano profili che finiscono per implicarsi, «nel senso che questo non acquista forza di comando se non sia collaudato dall'acquiescenza del soccombente o, altrimenti, non passi per una certa trafila di collaudi dimodoché normalmente non è imperativo se non è immutabile e non è immutabile se non è imperativo» (48) : accanto a sentenze passate in giudicato e immutabili, nel significato della parola, altre ve ne sono, parimenti passate in giudicato, passibili di una vicenda risolutiva, cioè di un'impugnazione straordinaria, le quali, finché non intervenga l'effetto risolutivo, valgono come una *lex specialis*.

Circa la natura di impugnazione straordinaria della revisione non sembra possano sussistere dubbi: nonostante la collocazione topografica equivoca - il c. p. p. 1988 ne parla nel libro nono, dopo l'appello ed il ricorso per cassazione, fenomeni endoprocessuali dai quali dipende l'irrevocabilità -, la revisione implica condanne irrevocabili e mira alla risoluzione del giudicato; è ammessa in ogni tempo, anche a pena eseguita o estinta, né vi osta l'abolitio criminis.

Quello soggetto a risoluzione mediante revisione non è sostenibile sia un giudicato non conforme, «nei presupposti e in relazione all'esercizio della giurisdizione», all'istituto voluto dalla legge, quindi un non giudicato (49) .

Torna utile, in proposito, il rilievo che, in linea generale, per un verso, vi sono imperfezioni non altrimenti sanabili che con il formarsi del giudicato, tra le quali rientrano sia le imperfezioni deducibili in ogni stato e grado del procedimento, sia le imperfezioni proprie delle sentenze; per altro verso, «ci sono anche imperfezioni, sia proprie delle sentenze sia di atti anteriori, sulle quali il giudicato non è in grado di operare», essendosi in presenza «di vizi che, pur non sanandosi con esso, non sono di ostacolo al formarsi del giudicato» (50) .

A causa di tali ultime imperfezioni, le quali corrispondono a quelle deducibili mediante le impugnazioni straordinarie, gli effetti del giudicato «si producono sia pure in modo precario, nel senso che il vizio rimane latente», pronto a travolgere il giudicato stesso «non appena si realizzino le condizioni richieste al riguardo»: ci si trova di fronte «ad una vera e propria ipotesi di annullabilità, sul tipo di quella degli atti amministrativi accompagnata dall'esecutorietà, un'annullabilità sanabile o insanabile a seconda dei casi, a seconda, cioè, che per l'impugnazione straordinaria siano previsti o no dei limiti» (51) .

La revisione rappresenta, al pari delle impugnazioni ordinarie, un Fehlerkalkül, che, per quanto si è sopra precisato, pone fuori dubbio la validità giuridica della sentenza avverso la quale sia esperibile il rimedio, ancorché affetta da vizi insanabili.

Quanto alle azioni per riparazione dell'errore giudiziario e di danni per l'errata condanna, la loro previsione non equivale assolutamente ad un giudizio di «antigiuridicità» dell'atto, la cui validità giuridica è ratificata proprio dal fatto che è ad esso che viene collegata, come conseguenza giuridica, la concessione di tali azioni.

Finché vi saranno organi giudiziari vi sarà anche ciò che l'uso corrente indica come errore giudiziario, ma, concepito lo stato come ordinamento giuridico, dunque incapace d'illecito, occorre riconoscere che alle vittime della giustizia non è applicato altro che il «diritto» (52) .

Non è col negare la conformità al diritto degli atti che contrastano con l'ideale di giustizia, squalificandoli come errore giudiziario, che si apporta un correttivo all'ineliminabile imperfezione etica dello strumento.

Occorre, invece, prendere atto che summa iniuria, summum ius.

(1) Per l'affermazione che non sia teoricamente sostenibile che l'autorità del giudicato presupponga necessariamente il passaggio in giudicato della decisione cui si riferisce,

essendo di tipo politico la scelta di ammettere od escludere tale rapporto, cfr. Pugliese, voce «Giudicato civile (Storia)», in Enc. Dir., XVIII, Milano, 1988, 806. Cfr., altresì, Iovene, voce «Giudicato», in Digesto Pen., V, Torino, 1992, 424.

(2) Così Bötticher, *Kritische Beiträge zur Lehre von materiellen Rechtskraft*, 1930, 66 e segg.; cfr., altresì, Conso-Guariniello, *L'autorità della cosa giudicata penale*, in Riv. Dir. Proc. Pen., 1975, 45, dove si rileva come il concetto di «cosa giudicata formale» sia definibile in chiave di «irrevocabilità», con riferimento sia alle pronunce «sottratte ad ogni gravame, ordinario e straordinario», sia a quelle «inoppugnabili in via ordinaria, ma ancora passibili di impugnativa straordinaria».

Secondo De Luca, voce « Giudicato (II) Diritto processuale penale» in Enc. Giur. Treconi, XV, Roma, 1988, 1 e segg., la cosa giudicata formale opererebbe all'interno del processo, per impedire «una pluralità indefinita di sentenze sullo stesso oggetto», mentre la cosa giudicata sostanziale all'esterno, per impedire una «illimitata pluralità di processi "de eadem re"». Per una diversa prospettazione, nella quale il profilo sostanziale della cosa giudicata viene confuso con quello formale della stessa, cfr., invece, Lozzi, voce «Giudicato (dir. pen.)», in Enc. Dir., XVIII, Milano, 1969, 916-918, per il quale, «la differenza tra il cosiddetto giudicato sostanziale (vale a dire la sentenza irrevocabile contenente un accertamento sul merito dell'imputazione) e il cosiddetto giudicato formale (vale a dire la sentenza irrevocabile di non doversi procedere) non è «qualitativa», giacché «il principio che accomuna le due categorie è unico: estinzione del potere del giudice di decidere sul medesimo oggetto». In altri termini, «sia nel caso del giudicato formale che in quello di giudicato sostanziale identica è l'essenza del giudicato».

(3) Se l'applicazione del diritto è contemporaneamente produzione di diritto, la sentenza giudiziaria assume non già un carattere esclusivamente dichiarativo, bensì carattere «costitutivo», in quanto «è semplicemente la continuazione del processo di produzione del diritto» (Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, 3a ed., Torino, 1975).

(4) Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981, 604 e segg.; la Corte cost., peraltro, nella sentenza n. 2 del 1982, riconosce natura d'interesse fondamentale dell'ordinamento a quello «di evitare la perpetuazione dei giudizi al fine di garantire la definizione del procedimento».

(5) Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Wien, 1923, ravvisa nella cosa giudicata un *Geltungsdauer*, ma qui si manifesta il punto debole della sua costruzione, poiché considerare la cosa giudicata sostanziale come «permanenza d'efficacia» è preclusivo della possibilità di assimilazione della cosa giudicata con l'autorità degli altri atti statali (legge e provvedimento amministrativo), di loro essenza, invece, mutabili.

(6) L'incontrovertibilità dell'accertamento giudiziario è assicurata da un sistema che per un verso fissa i mezzi d'impugnazione, precisandone i termini per l'esercizio e gli effetti del loro esito infruttuoso, e per altro verso conferisca stabilità al giudicato prodottosi (cfr. Cordero, voce «Giudizio», in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, 885 e segg.). La costruzione di un simile sistema, comunque, nulla esclude che sia ideologicamente orientata (Coppi, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, 210), essendo l'istituto della cosa giudicata modellato sulla struttura del processo.

(7) Nel senso che proprio le esigenze della giustizia impedirebbero di conseguire il risultato massimo dell'assoluta immutabilità del giudicato, cfr. Pugliese, *op. cit.*, 778.

(8) Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, I, 94.

(9) Augenti, *Lineamenti del processo di revisione*, Padova, 1949, 1 e segg.

(10) Vanni, voce «Revisione del giudicato penale», in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 159 e 161.

(11) Era affermazione ricorrente, nella prassi, vigente l'abrogato c. p. p., che la revisione sia fondata non sull'interesse del singolo, bensì su quello pubblico e superiore, teso alla riparazione degli errori giudiziari, mediante la prevalenza della giustizia sostanziale su quella formale, ragion per cui la legge non prevede la determinazione di termini perentori o di decadenza alla presentazione delle relative istanze (cfr. Cass., Sez. I, 7 ottobre 1983, Spairani, in *Giust. Pen.*, 1984, III, 510, m. 490; *Id.*, Sez. I, 12 maggio 1983, Esposito, *ivi*, 1984, III, 308, m. 286). Tale assunto, per altro, è stato, di recente, ripreso in dottrina da Ramatoli, *Le impugnazioni penali: appello, cassazione, revisione*, Padova, 1994, 200; sulla stessa linea, per altro, cfr., altresì, Dalia-Ferraioli, *Corso di diritto processuale penale*, Padova, 1992, 583 («la revisione delle sentenze e dei decreti penali di condanna è istituto che si connota di particolarità proprie, in quanto strutturato per il controllo della giustizia e della legalità di provvedimenti giurisdizionali già "divenuti irrevocabili"») e Lozzi, *Lezioni sul processo penale*, Torino, 1994, 371 («Per porre rimedio all'errore giudiziario è prevista la revisione, vale a dire un mezzo straordinario di impugnazione (e, quindi, esperibile unicamente nei confronti di sentenze irrevocabili) avente ad oggetto le sentenze di condanna ed i decreti penali di condanna»).

(12) De Luca, *I limiti soggettivi del giudicato penale*, Milano, 1963, 92.

(13) Cristiani, *La revisione del giudicato nel sistema del processo penale italiano*, Milano, 1970, *cit.*, 82 e 104.

(14) *Id.*, *op. cit.*, 80.

(15) De Luca, voce «Giudicato», cit., 2.

(16) De Luca, I limiti, cit., 113.

(17) Vanni, op. cit., 159.

(18) Cristiani, La revisione, cit, 104.

(19) De Luca, «Giudicato», cit. 2.

(20) Id., voce «Giudicato», cit., 3.

(21) Carnelutti, Contro il giudicato penale, in Riv. Dir. Proc, 1951, I, 291.

(22) Id., Contro il giudicato penale, cit., 294.

(23) Allorio, Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato, in Id., Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato, Milano, 1957, 68 e segg.

(24) Allorio, op. cit, 69 e segg.

(25) Con la parola giustizia, in generale, si indica l'ordine dei rapporti umani o la condotta di chi si adegua a quest'ordine. In particolare, il vocabolo designa l'efficienza di una norma (o di un sistema di norme), cioè una certa misura della sua capacità di rendere possibili i rapporti tra gli uomini. D'altra parte, sia la gente comune, sia i filosofi e i giuristi tendono a misurare la giustizia delle leggi non rispetto alla loro generale efficienza nei confronti della possibilità dei rapporti umani, ma rispetto alla loro efficienza a garantire questo o quel fine riconosciuto come ultimo, cioè come valore assoluto (alla felicità hanno fatto più frequentemente ricorso i filosofi: v. Aristotele, Et. Nic., V, 1, 1129b, 4; S. Tommaso, De Regimine Principum, III, 3; identifica la giustizia con l' utilità Hume, Inq. Conc. Morals, III, 1; l'identificazione della giustizia con la libertà è stata operata da Kant, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, 1784, Tesi Ve VIII; per l'utilizzazione della pace come misura e criterio della giustizia, v. Hobbes, De Cive, I, § 15; per l'identificazione della giustizia con la razionalità, Grozio, De Jure Belli ac Pacis, Intr., § 16). Il concetto di giustizia, intesa come esercizio del giudizio, che deve essere nella possibilità di tutti gli uomini liberi, sugli ordinamenti normativi che li reggono, ha sempre avuto, per altro, la funzione di uno strumento di liberazione.

(26) Così Jemolo, Pagine sparse di diritto e storiografia, Milano, 1957, 35. Non bisogna dimenticare, a tal proposito, che la più efficace e radicale difesa di un certo ordinamento ne varietur è stata fatta non già dimostrando o tentando di dimostrare la giustizia di tale ordinamento, ma semplicemente ignorando ed eliminando la nozione stessa di giustizia (in questo senso, v. Hegei, Filosofia del diritto, § 30, dove si considera lo Stato come Dio che si è realizzato nel mondo e si nega fin la possibilità di

discutere sotto qualsiasi aspetto l'ordinamento giuridico: «Il diritto è qualcosa di sacro in genere perché è l'esistenza del Concetto di assoluto»).

(27) Muratori, Dei difetti della giurisprudenza, 1742, VIII.

(28) De Luca, I limiti soggettivi, cit., 92.

(29) Id., op. ult. cit., 63.

(30) Cristiani, La revisione, cit., 103, nota 31).

(31) Vanni, op. loc. cit.

(32) Merkl, Justizirrtum und Rechtswahrheit, in Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, 1925, 452-465.

(33) Kelsen, Über Staatsunrecht, in Grünhutsche Zeitschrift, 1914.

(34) Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, cit., 293.

(35) Conso, Il concetto e le specie d'invalidità, Milano, (ristampa) 1972, 95. Se, nel corso del giudizio, gli atti affetti da vizi, in quanto divergenti dal modello normativo, sono soggetti ai rimedi volti a farne dichiarare l'invalidità, il giudicato formale rende irrilevante la nullità. Questo non significa che il giudicato formale si ponga alla sentenza come un atto nel quale si sommano l'atto imperfetto ed una seconda fattispecie valida: l'atto conclusivo si pone come norma autonoma, la cui efficacia è prevalente rispetto all'insanabilità dell'atto.

(36) Fonti in Pugliese, «Res iudicata pro veritate accipitur», in Riv. Trini. Dir. e Proc. Civ., 1967, 533 e segg.

(37) Piano Mortari, voce «Dogmatica giuridica (premessa storica)», in Enc. Dir., XIII, Milano, 676.

(38) Vanni, op. cit, 158 e 161, nota 17.

(39) Id., op. cit., 158.

(40) Anche queste sono frasi del Vanni, op. cit, 158 e 159.

(41) Fassò, Storia della filosofia del diritto, I, Bologna, 1970, 37.

(42) Vanni, op. cit, 161, nota 17.

(43) Sul lavoro storiografico del giudice, Calamandrei, Il giudice e lo storico, in Opere giuridiche, I, Napoli, 1965, 393-414.

(44) Cordero, Riti e sapienza del diritto, cit., 588.

(45) Id., op. loc. cit.

(46) Preme precisare, a scanso di equivoci, che estraneo al diritto è il concetto di verità come corrispondenza, nel senso, cioè, che non vale per il diritto la definizione di discorso vero, formulata per la prima volta da Platone nel Cratilo (385 b): «Vero è il discorso che dice le cose come sono, falso quello che le dice come non sono».

(47) Chiovenda, Sulla cosa giudicata (prolusione tenuta a Napoli il 4 dicembre 1905), in Saggi di diritto processuale civile, II, Roma, 1931, 406 e segg.

(48) Carnelutti, Contro il giudicato penale, cit., 290.

(49) Janniti Piromallo, La revisione del giudicato penale, Roma, 1947, 20.

(50) Conso, Il concetto e le specie d'invalidità, cit., 96.

(51) Id., op. loc. ult. cit.

(52) Kelsen, Goti und Staat, in Logos, XI, 3, 278 e segg.