

Editoriale del Dossier “Giudicato penale, principio di legalità, principio di colpevolezza”


Editorial of Dossier “Criminal res iudicata, principle of legality, principle of culpability”


Editorial do dossiê “Trânsito em julgado penal, princípio de legalidade, princípio de culpabilidade”

Francesco Caprioli¹

Università degli Studi di Torino/Italia

francesco.caprioli@unito.it

 <http://lattes.cnpq.br/4231343800121534>

 <http://orcid.org/0000-0003-4038-809X>

ABSTRACT: Che significato ha l'espressione “medesimo fatto” contenuta nell'art. 649 del codice italiano di procedura penale, che regola il principio del *ne bis in idem* (divieto di secondo giudizio)? Il fatto oggetto del secondo procedimento deve essere considerato nella sua dimensione esclusivamente naturalistica, indipendentemente dalla sua qualificazione penalistica? In che misura opera il divieto di secondo giudizio quando la legge penale tollera la duplicazione del trattamento sanzionatorio, o quando l'ordinamento prevede per lo stesso fatto, in aggiunta alle sanzioni penali, sanzioni civili o amministrative di rilevante gravità? In che misura può attribuirsi forza esecutiva alle sentenze irrevocabili che abbiano condannato l'imputato per un fatto non previsto dalla legge come reato, o abbiano inflitto una pena illegale? L'autore riflette su queste e altre simili tematiche – ampiamente discusse nell'ordinamento processuale penale italiano –, nell'intento di stimolare il dibattito sul tema della *res iudicata*, sia in una prospettiva di carattere generale, sia,

¹ Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale – Università degli Studi di Torino. *Associate editor* RBDPP, volume 4 numero 3.

più specificamente, nei suoi rapporti con i principi di colpevolezza e di legalità penale.

PAROLE CHIAVE: Giudicato; principio del *ne bis in idem*; principio di legalità.

ABSTRACT: *What's the meaning of the locution "medesimo fatto" in the Art. 649 of the Italian Criminal Procedure Code, that regulates the ne bis in idem principle (double jeopardy clause)? The fact object of the second judgment must be considered on its exclusively naturalistic dimension, no matter what the juridical qualification is according to the criminal law rules? In which measure the prohibition of second judgment operates when the criminal law rules tolerate the duplication of the sanctioning treatment, or when the legal system determines for the same fact, beyond penalty sanctions, administrative or civil punishment of considerable gravity? In which measure the conviction by definitive sentence is subject to revision based on wrong facts evaluation about the responsibility of the accused? Do the criminal sentences which inflict an illegal penalty or that condemn the accused for a fact that is not provided by law as a crime, have execution power? The author deals with these and other similar issues - widely discussed on Italian criminal procedure - in order to stimulate the debate about the theme of criminal res iudicata, on the general perspective and, more specifically, focusing on its relations with the principles of culpability and legality.*

KEYWORDS: *res iudicata; double jeopardy clause; rule of law.*

RESUMO: *Que significado tem a expressão "mesmo fato" contida no art. 649 do código italiano de processo penal, que regulamenta o princípio do ne bis in idem (proibição de segundo julgamento)? O fato objeto do segundo procedimento deve ser considerado em sua dimensão exclusivamente naturalística, independentemente de sua qualificação penal? Em que medida opera a proibição de segundo julgamento quando a lei tolera a duplicação do tratamento sancionatório, ou quando o ordenamento prevê para o mesmo fato, além de sanções penais, sanções civis ou administrativas de relevante gravidade? Em que medida se pode atribuir força executiva às sentenças irrevogáveis que tenham condenado o imputado por um fato não previsto pela lei como crime, ou que tenham infligido uma pena ilegal? Neste editorial, reflete-se sobre estas e similares temáticas - amplamente discutidas no ordenamento processual penal italiano -, com a intenção de estimular o debate sobre o tema da res iudicata, seja em uma perspectiva de caráter geral, seja,*

mais especificamente, em suas relações com os princípios de culpabilidade e legalidade penal.

PALAVRAS-CHAVE: *res iudicata; princípio do ne bis in idem; princípio de legalidade.*

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Il concetto di “*same offence*” nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e i suoi riflessi sull’ordinamento italiano. – 2. *Segue: Ne bis in idem* e “doppio binario sanzionatorio”. – 3. Giudicato e principio di legalità penale.

INTRODUZIONE

Sul tema del giudicato penale e dei suoi margini normativi di stabilità si sono recentemente aperti, nell’ordinamento processuale italiano, almeno tre delicati fronti problematici.

Il primo investe – sull’onda di un drammatico caso giudiziario – il tradizionale tema dei limiti oggettivi del principio *ne bis in idem*. Cosa intende la legge italiana (art. 649 c.p.p.) quando vieta di procedere *ex novo* per il “medesimo fatto”? Il fatto oggetto del secondo giudizio deve essere considerato nella sua dimensione esclusivamente naturalistica, al netto della qualificazione giuridica che ne offre l’ordinamento? In che misura opera il divieto di secondo giudizio quando la legge penale sostanziale tollera la duplicazione del trattamento sanzionatorio (cioè tollera il *bis in idem* sostanziale)?

Il secondo attiene alle caratteristiche che deve possedere il primo giudizio perché operi la preclusione di cui all’art. 649 c.p.p. Deve trattarsi necessariamente di un giudizio che la legge interna qualifica come penale, o il divieto di *bis in idem* è destinato a operare anche quando l’imputato abbia già subito, per il medesimo fatto, un processo finalizzato all’irrogazione di sanzioni amministrative o civili di rilevante afflittività?

Il terzo concerne i limiti di tenuta del giudicato penale a fronte di palesi violazioni dei principi *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine culpa*. Hanno realmente forza esecutiva le

sentenze penali irrevocabili che infliggano una pena illegale o condannino l'imputato per un fatto non previsto dalla legge come reato? In che misura sono suscettibili di revisione le sentenze definitive di condanna basate su erronee valutazioni in fatto in ordine alla responsabilità dell'imputato?

Su questi interrogativi sono stati invitati a riflettere – nello specifico dell'ordinamento italiano e non solo – gli autori del presente *dossier*. Aleggiano sullo sfondo più ampie tematiche, che hanno inevitabilmente guadagnato la scena dell'analisi critica: il rapporto tra giudice e legge processuale, tra certezza del diritto e certezza dei diritti, tra legalità e giustizia.

1. IL CONCETTO DI “SAME OFFENCE” NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E I SUOI RIFLESSI SULL'ORDINAMENTO ITALIANO

La Corte europea dei diritti dell'uomo intende in chiave marcatamente storico-naturalistica la nozione di “*offence*” intorno alla quale ruota il precetto contenuto nell'art. 4 del Settimo Protocollo addizionale alla Convenzione europea («*no one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State*»). Stando a una giurisprudenza ormai consolidata, riferita prevalentemente a fattispecie di “doppio binario” sanzionatorio amministrativo-penale, ma applicabile anche all'ipotesi della duplicazione di giudizi che siano entrambi formalmente penali, la norma convenzionale – espressione del principio del *ne bis in idem* processuale e non solo del principio del *ne bis in idem* sostanziale, in quanto posta a garanzia del diritto dell'imputato a non essere ripetutamente perseguito e giudicato, e non solo del diritto a non essere ripetutamente condannato² – andrebbe intesa come «divieto di perseguire e giudicare una persona per un secondo reato quando all'origine di questo vi siano fatti identici o fatti

² Corte eur., 23 giugno 2015, Butnaru e Bejan-Piser c. Romania, in <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{“itemid”:\[“001-155355”\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{“itemid”:[“001-155355”]}>). Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

“sostanzialmente” uguali a quelli all’origine del primo reato»³; ai fini dell’accertamento della sussistenza del *bis in idem*, non si tratterebbe dunque di verificare «se gli elementi costitutivi degli illeciti siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti [nei due contesti processuali] siano riconducibili alla stessa condotta»⁴; il divieto opererebbe in presenza di fatti «sostanzialmente identici», avuto riguardo alla «inestricabilità nel tempo e nello spazio» delle «concrete circostanze» che coinvolgono il medesimo imputato⁵.

Esisteva dunque, fino a poco tempo fa, un palese contrasto tra l’opinione espressa dalla Corte europea circa i limiti oggettivi di operatività del principio del *ne bis in idem* convenzionale (tendenzialmente riconducibili all’equazione *same offence* = medesima condotta) e l’opinione espressa dalla Corte di cassazione italiana circa i limiti oggettivi di operatività del principio del *ne bis in idem* interno. Per quest’ultima, il “medesimo fatto” *ex art. 649 c.p.p.* avrebbe dovuto leggersi come sinonimo di medesima condotta e *medesimo evento*, da intendersi anche come medesimo evento in senso giuridico, ossia come lesione del medesimo bene giuridico protetto: con la conseguenza che il *ne bis in idem* processuale non avrebbe avuto ragione di operare quando l’imputato non corresse il rischio di un indebito *bis in idem* sostanziale. «Ai fini dell’applicazione del principio del *ne bis in idem* – si affermava –, per medesimo fatto deve intendersi identità degli elementi costitutivi del reato e cioè condotta, evento e nesso di causalità, considerati non solo nella loro dimensione storico-naturalistica, *ma anche in quella giuridica, potendo una medesima condotta violare contemporaneamente diverse disposizioni di legge*»⁶; «poiché

³ Corte eur., Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotukhine c. Russia, in <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-91222"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

⁴ Corte eur., 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, in <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-146249"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

⁵ Corte eur., 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia, in <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-148184"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Ultimo accesso: 30 settembre 2018; Corte eur., 27 gennaio 2015, Rinas c. Finlandia, in <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-150668"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

⁶ Per tutte Cass., Sez. V, 11 dicembre 2008, Palanza, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 243330. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

all'unicità di un determinato fatto storico può far riscontro una *pluralità di eventi giuridici* (come si verifica nell'ipotesi di concorso formale di reati), il giudicato formatosi con riguardo ad uno di tali eventi non impedisce l'esercizio dell'azione penale in relazione ad un altro (inteso sempre in senso giuridico) pur scaturito da un'unica condotta»⁷. Non sfugga il paradosso: nell'interpretazione dell'art. 4 del Settimo protocollo addizionale alla Convenzione europea, la Corte di Strasburgo intende sostanzialmente la parola "reato" (*offence*) come sinonimo di fatto; nell'interpretazione dell'art. 649 c.p.p., la Corte di cassazione intendeva sostanzialmente la parola "fatto" come sinonimo di reato.

Della questione è stata recentemente investita la Corte costituzionale italiana. Chiamato a pronunciarsi in un delicato processo per omicidio doloso plurimo a carico di un imputato che, in un precedente processo, era già stato definitivamente prosciolto per le medesime condotte, qualificate come omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro e come disastro colposo (c.d. processo "Eternit"), il giudice per l'udienza preliminare di Torino ha in primo luogo osservato come nulla astrattamente impedisse una lettura convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p. volta a far coincidere il medesimo fatto con la medesima condotta, ma come una simile lettura avrebbe assunto – al cospetto della granitica giurisprudenza di segno contrario della Corte di cassazione – i connotati «di un'isolata ed eccentrica interpretazione adeguatrice», destinata a «un ben prevedibile "capovolgimento" nei gradi di giudizio successivi».

Ciò premesso, il giudice ha ritenuto che per adeguare l'ordinamento interno ai dettami della Corte europea non rimanesse altra via che sollevare un'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui limitava l'applicazione del principio del *ne bis in idem* «all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico" così come delineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost. in relazione all'art. 4 Protocollo 7 CEDU»⁸.

⁷ Cass., Sez. IV, 11 novembre 2004, Antoci, <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 231134. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

⁸ G.U.P. Torino, 24 luglio 2015, Schmidheiny, in <<https://www.penalecontemporaneo.it>>, 27 novembre 2015. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

Il giudice delle leggi italiano ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 649 c.p.p. «nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale fra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale»⁹. In questo modo la Corte ha opportunamente ribadito che il principio del *ne bis in idem* processuale può e deve operare anche laddove l'imputato non rischi un'indebita duplicazione di sanzioni. Essa tuttavia ha avuto il torto di avallare l'orientamento giurisprudenziale che identifica il fatto – sia pure nella sua dimensione naturalistica, non giuridica – con i tre elementi della condotta, del nesso di causalità e dell'evento in senso naturalistico (con la conseguenza che, mutando l'evento, muta il fatto e il secondo giudizio non è precluso). La Corte non si è fatta carico delle due obiezioni che si fanno solitamente al riguardo: così ragionando, che significato può attribuirsi alla clausola “*neppure se diversamente considerato per il grado*” contenuta nell'art. 649 c.p.p.? E soprattutto, che cosa succede se *post rem iudicatam* si aggrava l'offesa nei confronti della medesima persona? Ad esempio, Tizio ferisce Caio e viene condannato per lesioni gravissime: si può nuovamente procedere a suo carico se Caio, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, muore a causa delle ferite riportate? Sembrerebbe di sì, secondo la stessa Corte costituzionale, perché muta l'evento e quindi muta il fatto: tant'è che la stessa Corte riconosce che l'impostazione del giudice rimettente (fatto = condotta pura e semplice) avrebbe «rassicurato al massimo grado l'imputato già giudicato in via definitiva, che per tale via si [sarebbe sottratto] a un nuovo processo penale [...] nei casi in cui si [fosse] aggravata l'offesa nei confronti della medesima persona». Ma che ne sarebbe, in un simile caso, della pena già inflitta? Si potrebbe applicare nel secondo giudizio – senza violare il principio di legalità penale – una seconda pena diminuita della prima? E inoltre, che ne sarebbe dell'esigenza, sottesa al principio del *ne bis in idem*, di consentire al soggetto già giudicato, come afferma la stessa Corte costituzionale, di «sottrarsi alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto», cioè di sviluppare liberamente

⁹ Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, in <<https://www.cortecostituzionale.it>>. Ultimo accesso: 30 settembre 2018. Il “concorso formale di reati”, nell'ordinamento italiano, si ha quando un soggetto tiene una condotta riconducibile a due diverse figure di reato, e la legge consente che sia punito per entrambi i reati.

la propria personalità al riparo da ulteriori riattivazioni della macchina giudiziaria con riferimento a quell'episodio della sua vita?

In breve, c'erano forse le condizioni perché la Corte costituzionale si schierasse con quella dottrina (ormai maggioritaria) che fa coincidere il "fatto" ex art. 649 c.p.p. con la condotta e con il suo oggetto materiale anziché con l'evento (naturalistico e giuridico). Tanto più che è la stessa sentenza costituzionale ad ammettere che nella giurisprudenza europea sull'art. 4 del Protocollo aggiuntivo «vi sono indizi» per ritenere che la Corte europea intenda lo "stesso fatto" come comprensivo dell'oggetto fisico della condotta, mentre non ce ne sono per ritenere che la Corte intenda lo stesso fatto come comprensivo dell'evento (alla luce della giurisprudenza europea, tutto ciò che può dirsi è che «non si può escludere» che nel fatto rientri l'evento, «purché recepito con rigore nella sola dimensione materiale»). Sulla base di questa premessa – e in ossequio alla clausola "neppure se diversamente considerato per il grado" –, il secondo giudizio deve ritenersi precluso nei casi di passaggio dal tentativo al reato consumato e nei casi di reato progressivo (percosse-lesioni-omicidio e simili): ma, nel caso Eternit, si sarebbe potuto comunque procedere per omicidio con riferimento, quanto meno, alle morti e alle lesioni non giudicate nel processo per disastro doloso¹⁰.

La sentenza costituzionale merita dunque sicuro apprezzamento nella parte in cui ripudia l'equazione "fatto = condotta + evento in senso giuridico": né, del resto, la Corte costituzionale avrebbe potuto decidere altrimenti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ma anziché avallare l'equazione giurisprudenziale "fatto = condotta + nesso causale + evento in senso naturalistico", il giudice italiano delle leggi avrebbe dovuto aderire all'interpretazione dell'art. 649 c.p.p. che fa coincidere il fatto con la condotta e il suo oggetto materiale.

¹⁰ Nel primo processo, le condotte di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro e di disastro colposo erano state contestate all'imputato con l'aggravante di avere cagionato la malattia o il decesso di circa duemila persone per effetto dell'esposizione all'amianto (lavoratori operanti presso gli stabilimenti dell'imputato, loro familiari, cittadini abitanti nelle zone limitrofe agli stabilimenti). Nel processo per omicidio plurimo, l'imputato doveva invece rispondere di 258 decessi, 72 dei quali non erano stati contestati in precedenza.

2. *SEGUE: NE BIS IN IDEM* E “DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO”

A partire dal *leading case* costituito dalla sentenza della Grande Camera 10 febbraio 2009, *Zolotukhine c. Russia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione del divieto convenzionale di *bis in idem* sancito dall'art. 4 del Settimo Protocollo addizionale alla Convenzione, ribadisce costantemente l'irrilevanza della qualificazione giuridica attribuita al fatto per cui si procede: la nozione di “*same offence*”, come abbiamo già accennato, viene rigidamente ancorata al dato storico-naturalistico (stesso fatto) anziché al dato formale-giuridico (stesso reato).

Sulla base di questa premessa, la Corte europea è giunta a ritenere violato il principio del *ne bis in idem* convenzionale anche quando il soggetto venga giudicato in sede penale dopo essere stato giudicato per il medesimo fatto in sede amministrativa, quanto meno laddove la sanzione qualificata come amministrativa dall'ordinamento interno possa definirsi “sostanzialmente penale” alla luce dei criteri elaborati dalla stessa Corte europea (*in primis*, la natura dell'illecito e l'afflittività della sanzione), e, conseguentemente, debba riconoscersi natura penale anche alla relativa procedura accertativa. Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, va segnalata in particolare, a quest'ultimo riguardo, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sezione 2, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, che ha condannato lo Stato italiano per violazione del *ne bis in idem* convenzionale in un caso in cui i ricorrenti, ritenuti responsabili di condotte di manipolazione del mercato finanziario, erano stati condannati prima dalla Consob in sede amministrativa – con sentenza passata in giudicato – per violazione dell'art. 187-ter del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico della Finanza), e poi dal giudice penale – con sentenza non ancora passata in giudicato al momento della presentazione del ricorso – per violazione dell'art. 185 del medesimo testo unico¹¹.

¹¹ Ricontrata la violazione del divieto di doppio giudizio, la Corte, oltre a condannare l'Italia alla rifusione delle spese processuali e al risarcimento del danno morale, aveva stabilito che il procedimento penale ancora aperto nei confronti dei ricorrenti avrebbe dovuto concludersi nel più breve tempo possibile e senza conseguenze pregiudizievoli per questi ultimi: ma nel frattempo la Corte di cassazione aveva già dichiarato l'intervenuta prescrizione del reato.

Successivamente alla sentenza Grande Stevens, la Corte europea è tornata a occuparsi del problema del “doppio binario” sanzionatorio nella sentenza della Grande Camera 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia, che ha introdotto notevoli limitazioni alla regola dell’operatività del divieto di secondo giudizio. Tale divieto opererebbe infatti solo in presenza di uno “stretto legame materiale e temporale” tra le due procedure sanzionatorie. In applicazione del criterio del legame materiale, la duplicazione dei giudizi e delle sanzioni andrebbe considerata tollerabile allorché: 1) le due procedure (con le relative sanzioni formalmente o sostanzialmente penali) perseguano “finalità sociali differenti” o investano “diversi aspetti della medesima condotta”; 2) la doppia sanzione sia prevedibile e proporzionata al disvalore del fatto; 3) esistano adeguate interazioni tra le procedure (nei termini, ad esempio, di una possibile sospensione di un processo in attesa della definizione dell’altro, di circolazione delle prove, di pregiudizialità tra le decisioni); 4) sia prevista qualche forma di presa in carico dei risultati sanzionatori della prima procedura da parte del procedimento che si conclude per ultimo, al fine, appunto, di rendere il trattamento sanzionatorio complessivo proporzionato al disvalore del fatto.

Si trattava di criteri giudicati, non a torto, troppo vaghi dal giudice Pinto de Albuquerque nella sua opinione dissenziente. Sull’operatività del legame temporale – si era fatto osservare – potrebbero incidere fattori casuali; quanto al criterio delle differenti finalità della sanzione, il rischio è smentire il parametro della natura “sostanzialmente penale” della sanzione amministrativa; mentre il criterio delle sanzioni rivolte a “diversi aspetti della medesima condotta” sembrerebbe configgere con il presupposto stesso dell’*idem factum*. Non è un caso che la Corte europea sia pervenuta, in seguito, a conclusioni che si direbbero ridimensionare significativamente l’inatteso *revirement* contenuto nel precedente arresto. La connessione essenziale tra i procedimenti è stata ritenuta assente in ragione della limitata sovrapposizione cronologica dei medesimi (il processo penale si era concluso molto tempo dopo quello amministrativo), e del fatto che la raccolta e la valutazione delle prove era stata in larga misura indipendente nei due processi. Si è dunque ravvisata una violazione dell’art. 4 del Settimo protocollo aggiuntivo: e ciò, nonostante la Corte Suprema islandese,

nel determinare la pena per gli imputati, avesse tenuto conto della già avvenuta irrogazione della sanzione amministrativa (Corte europea 18 maggio 2017, Jóhannesson e a. c. Islanda).

Dopo la sentenza Grande Stevens, la giurisprudenza italiana aveva nel frattempo dovuto confrontarsi con altri casi di doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale potenzialmente lesivi del *ne bis in idem* convenzionale. Per adeguarsi ai dettami della Corte europea erano stati intrapresi diversi percorsi esegetici. Talora si era ritenuta praticabile una interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p. (benché nella norma codicistica il divieto di secondo giudizio sia testualmente riferito solo a chi sia stato "prosciolto o condannato *con sentenza o decreto penale* divenuti irrevocabili"). Talora si era ipotizzata una diretta vigenza dei principi espressi dalla Corte Edu nell'ordinamento interno, in quanto il giudice italiano, si era sostenuto, dovrebbe applicare e tenere conto delle decisioni Cedu certamente come interpretazione conforme, ma anche, se necessario, in via diretta. Talora, ritenuto insuperabile in via interpretativa il riferimento testuale contenuto nell'art. 649 c.p.p. alle sentenze e ai decreti penali, si era optato per l'eccezione di legittimità costituzionale della norma codicistica per violazione dell'art. 117 Cost. (in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 Cedu) nella parte in cui consente di sottoporre nuovamente a giudizio l'imputato che abbia già subito un procedimento formalmente amministrativo ma sostanzialmente penale: ma le eccezioni erano state dichiarate inammissibili dalla Corte costituzionale¹². Talora,

¹² Di particolare interesse Corte cost., 12 maggio 2016, n. 102 (in <<http://www.giurcost.org/decisioni/2016/0102s-16.html>>. Ultimo accesso: 30 settembre 2018), che ha dichiarato inammissibile per il carattere perplesso della motivazione sulla non manifesta infondatezza un'eccezione sollevata da Cass., Sez. V, 10 novembre 2014, Chiarion, in <<https://www.penalecontemporaneo.it>>, 17 novembre 2014, ultimo accesso: 30 settembre 2018, in materia di abuso di informazioni privilegiate (in via subordinata rispetto a un'eccezione concernente l'art. 187-bis T.U.F., il giudice *a quo* dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Cedu e dei relativi Protocolli»). L'eccezione è stata dichiarata inammissibile in quanto – ha osservato la Corte costituzionale – «il giudice *a quo* investe l'art. 649 cod. proc. pen. pur nella convinzione che tale via conduca a una

infine, si era sostenuto che, quanto meno nelle materie afferenti al diritto dell'Unione Europea, il giudice penale potesse prosciogliere l'imputato per *bis in idem* applicando non già l'art. 649 c.p.p. ma direttamente l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, di immediata applicabilità nel nostro ordinamento («*no one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law*»), tenuto conto anche del fatto che l'art. 52 § 3 della CDFUE impone di attribuire ai diritti riconosciuti dalla Carta, quanto meno, lo stesso «significato» e la stessa «portata» dei «corrispondenti» diritti riconosciuti dalla Convenzione europea e dai suoi Protocolli («*in so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection*»).

soluzione di incerta compatibilità con la stessa Costituzione. [Esso infatti] evidenzia che l'accoglimento [dell'eccezione proposta] determinerebbe un'incertezza quanto al tipo di risposta sanzionatoria – amministrativa o penale – che l'ordinamento ricollega al verificarsi di determinati comportamenti, in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente. Infatti, l'intervento additivo richiesto non determinerebbe un ordine di priorità, né altra forma di coordinamento, tra i due procedimenti – penale e amministrativo – cosicché la preclusione del secondo procedimento scatterebbe in base al provvedimento divenuto per primo irrevocabile, ponendo così rimedio – come osserva la Corte rimettente – ai singoli casi concreti, ma non in generale alla violazione strutturale da parte dell'ordinamento italiano del divieto di *bis in idem*, come censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso Grande Stevens». In questo modo la Corte costituzionale – e la stessa Corte di cassazione in veste di giudice rimettente – toccavano il nervo scoperto del problema. Intervenire solo sul *ne bis in idem* processuale (in sede interpretativa ma anche normativa) per risolvere il problema del doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale – senza regolare in alcun modo i rapporti tra i due procedimenti (in termini di necessaria sospensione dell'uno in pendenza dell'altro, di pregiudizialità ecc.) – espone l'ordinamento al rischio di rendere aleatoria e irragionevole la risposta sanzionatoria ai comportamenti puniti nei due diversi contesti. La sentenza della Corte costituzionale conteneva dunque un forte invito – rivolto agli interpreti e al legislatore – a spostare l'attenzione sul versante del *ne bis in idem* sostanziale amministrativo-penale.

Per questa via, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale di interpretazione di cui all'art. 267 TFUE, la questione è giunta in più di un'occasione sul tavolo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Interpellata dai giudici italiani con tre questioni pregiudiziali, la Corte del Lussemburgo¹³ si direbbe avere scelto una linea compromissoria. Ad avviso del giudice europeo, il principio del *ne bis in idem* potrebbe essere limitato con l'obiettivo di tutelare gli interessi e i mercati finanziari dell'Unione, purché in misura non eccedente quella strettamente necessaria per il raggiungimento di tali obiettivi. Il cumulo fra "procedimenti/sanzioni penali" e "procedimenti/sanzioni amministrativi di natura penale" a carico della medesima persona per i medesimi fatti non rappresenterebbe *tout court* una violazione del divieto di *bis in idem* europeo, ma una semplice "limitazione" tollerabile alle condizioni dettate dall'art. 52 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere diritti e le libertà altrui»). In particolare, una normativa nazionale che autorizzi un cumulo di procedimenti e di sanzioni con natura penale nei confronti dell'*eadem persona* e con riferimento all'*idem factum*, dovrebbe: a) essere finalizzata ad un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni, fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari; b) stabilire regole chiare e precise che consentano al soggetto accusato di prevedere quali atti e omissioni possano costituire oggetto di siffatto cumulo di procedimenti e di sanzioni; c) garantire che i procedimenti siano coordinati tra di loro per limitare a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che un cumulo di procedimenti comporta per gli interessati; d) garantire che

¹³ Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, Menci; Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, Garlsson Real Estate e a.; Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Zecca (le suddette pronunce sono reperibili in <https://curia.europa.eu/en/content/juris/c2_juris.htm>. Ultimo accesso: 30 settembre 2018).

la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto è strettamente necessario rispetto alla gravità dell'illecito in questione. Spetterebbe inoltre al giudice nazionale accertare volta per volta, «tenuto conto del complesso delle circostanze del procedimento principale, che l'onere risultante concretamente per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento principale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso»¹⁴.

Difficile sottrarsi a un'impressione di grande incertezza. Lungi dal tracciare coordinate interpretative univoche e stabili, la Corte di Giustizia, così come la Corte Europea dei diritti dell'uomo, finisce per condizionare l'operatività del divieto di secondo giudizio a una diagnosi affidata caso per caso al giudice nazionale, da compiersi sulla base di indici sintomatici di estrema vaghezza. Difficile ritenere, in un simile contesto, che il principio del *ne bis in idem* possa conservare la sua funzione di garanzia fondamentale per l'individuo sottoposto a processo.

3. GIUDICATO E PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE

Ancora meno univoci e stabili sono gli esiti cui la giurisprudenza italiana è pervenuta in tema di resistenza del giudicato penale alla accertata illegalità della condanna inflitta o della pena irrogata.

Il riferimento è alla condanna divenuta irrevocabile per un fatto che non era *più* previsto dalla legge come reato al momento della sua commissione¹⁵ o al momento del passaggio in giudicato della sentenza¹⁶; alla condanna divenuta irrevocabile per un fatto che non era *ancora* previsto dalla legge come reato al momento della sua commissione¹⁷;

¹⁴ Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, Menci, cit.

¹⁵ Cass., Sez. un., 29 ottobre 2015, Mraidi, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 266872. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

¹⁶ Cass., Sez. I, 2 dicembre 2014, Santiago Peralta, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 261984. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

¹⁷ Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, Dell'Utri, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 267861. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

alla condanna divenuta irrevocabile con la quale venga inflitta una pena principale o accessoria non prevista dalla legge¹⁸; alla condanna divenuta irrevocabile con la quale venga inflitta una pena prevista da una norma successivamente dichiarata incostituzionale o ritenuta dalla Corte europea contrastante con le norme della Convenzione¹⁹. Sono tutte situazioni nelle quali la legge processuale non prevede espressamente la caducazione del giudicato, benché l'esecuzione della pena possa apparire ingiusta, intollerabile, irragionevole. Che fare, dunque? In prima battuta, si dovrebbero interpretare estensivamente, nei limiti del possibile, le norme del codice che sottraggono forza esecutiva al giudicato (ad esempio l'art. 673 c.p.p., che si riferisce all'ipotesi dell'*abolitio criminis* successiva all'irrevocabilità): si potrebbe lavorare sul concetto di "non esecutività" della sentenza cui allude l'art. 670 c.p.p. e allargarne per quanto possibile le maglie. E quando l'unica soluzione praticabile sarebbe la creazione di una norma che semplicemente non esiste, si dovrebbe sollevare un'eccezione di legittimità costituzionale.

Ma non è sempre così che hanno ragionato giurisprudenza e dottrina in questi ultimi anni. Si è scelta una via più breve: ritenere immanente al sistema processuale un implicito e generale potere del giudice dell'esecuzione di rimediare a palesi casi di illegalità della pena. Il presupposto è che i diritti fondamentali contino più del diritto, vengano prima della legge, e la magistratura sia tenuta ad assicurarne la tutela indipendentemente e a prescindere da espliciti riconoscimenti legislativi. Nell'opinione delle Sezioni unite, in presenza di «evidenti e pregnanti compromissioni in atto, [...] con effetti negativi perduranti,

¹⁸ Cass., Sez. I, 3 marzo 2009, Alfieri, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 243742. Ultimo accesso: 30 settembre 2018; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2010, Di Marco, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 248300. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

¹⁹ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 258649. Ultimo accesso: 30 settembre 2018; Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 260696. Ultimo accesso: 30 settembre 2018; Cass., Sez. un., 26 febbraio 2015, Marcon, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>, Massime penali Corte Cassazione, n. 264858. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

[di] un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà», il giudicato non potrebbe dunque non cadere: sono situazioni che andrebbero «emenda[te] dallo “stigma dell’ingiustizia”»; l’ordinamento italiano non potrebbe «sottrarsi al dovere di rimuover[le]», anche «a costo di porre in crisi il “dogma” del giudicato»²⁰.

A scolpire il nuovo paradigma garantistico è una formula oggi molto in voga tra i cultori italiani dell’esecuzione penale: il giudice “garante della legalità della pena” *in executivis*²¹. La tutela dei diritti del condannato – quanto meno, dei diritti connessi ai canoni *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege* – si trasferisce interamente dalla legge processuale al giudice.

Inutile dire che, in questo modo, a uscirne compromesso è il principio di legalità processuale. Poco importa che ciò avvenga al fine di rafforzare le garanzie individuali (anziché di indebolirle, come più spesso accade): neppure in questo caso gli sconfinamenti dal dettato normativo sono tollerabili. A vietarlo è l’assetto costituzionale sottostante al principio di legalità: la separazione dei poteri, l’autonomia e l’indipendenza della magistratura. Ma non è tutto: sottratta al governo della legge e affidata al governo degli uomini, la tutela dei diritti individuali – oltre a perdere legittimazione politica – si fa estemporanea, arbitraria, effimera. Nessuna autentica certezza dei diritti interviene a rimpiazzare la (pur claudicante) certezza del diritto.

A confermare questo assunto sono proprio gli sviluppi più recenti della giurisprudenza di legittimità sul tema dei rapporti tra giudicato e legalità penale.

Alle altisonanti affermazioni di principio contenute nelle prime pronunce in argomento (il principio di legalità della pena che «non sopporta di essere sacrificato» sull’altare del giudicato, il giudice dell’esecuzione che deve farsi «garante della legalità della pena» anche oltre il dettato della legge processuale ecc.) la dottrina aveva efficacemente replicato che, in termini assiologici, il confronto tra i diritti fondamentali della persona e l’intangibilità del giudicato è indubbiamente impari,

²⁰ Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, Ercolano, cit.

²¹ Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, cit.

essendo netto il *gap* a vantaggio dei primi: ma che l'assetto complessivo dei rapporti tra gli interessi in gioco, dovendo rispondere a criteri di razionalità sistematica, non avrebbe potuto rimanere affidato all'approccio casistico della giurisprudenza. Il rischio era che, nel sanare inaccettabili disequaglianze, si finisse per alimentarne altre. Ad esempio, c'era da chiedersi perché il valore del giudicato dovesse ritenersi inevitabilmente recessivo rispetto alla violazione del principio *nulla poena sine lege* e non anche rispetto alla violazione del principio *nulla poena sine culpa*. Che dire, infatti, delle sentenze irrevocabili di condanna che siano il frutto di una valutazione grossolanamente errata delle risultanze processuali (non aggredibili, in quanto tali, con il rimedio straordinario della revisione)? Se il giudicato deve fatalmente cadere al cospetto di «evidenti e pregnanti compromissioni in atto, con effetti negativi perduranti, dei diritti di libertà dell'individuo»²², perché queste sentenze dovrebbero ritenersi intangibili? Perché rimanere vincolati, in un simile caso, al miope catalogo legale delle ipotesi di revisione?

Non stupisce, dunque, che in seguito la Corte di cassazione abbia parzialmente mutato opinione. Una prima significativa svolta si è registrata in materia di pene accessorie illegali. Le Sezioni unite hanno fatto rilevare come molte norme del codice di rito – ivi compreso l'art. 630 c.p.p. in materia di revisione delle sentenze di condanna – «consent[ano] espressamente la caducazione del giudicato, ma con il limite della intangibilità delle valutazioni compiute dal giudice della cognizione». Ciò non potrebbe non valere anche nei casi di violazione del principio di legalità penale: dunque, la condanna a una pena accessoria non prevista dalla legge si presterebbe ad essere emendata in sede esecutiva *solo quando l'errore del giudice della cognizione sia stato di tipo percettivo e non di tipo valutativo*²³. Soluzione apprezzabile, che fa diligentemente i conti con il sistema (benché il criterio possa risultare spesso di problematica applicazione): ma non può sfuggire il contrasto con le solenni affermazioni di principio contenute nelle precedenti sentenze.

²² Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, Ercolano, cit.

²³ Cass., Sez. un., 27 novembre 2014, Basile, in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1423835760SU_%206240_15_BASILE.pdf>, 8 marzo 2015. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

Alle stesse conclusioni si direbbero essere pervenute le Sezioni unite nel caso Mraidi, cioè nell'ipotesi della condanna per un fatto non più previsto dalla legge come reato al momento della sua commissione²⁴. Ma qui il giudice di legittimità richiama ambigualmente un *distinguo* già contenuto nella sentenza Basile: se quella illegalmente applicata è una pena «avulsa dal sistema», la sua emenda *in executivis* può ritenersi consentita anche quando l'errore del giudice sia stato di tipo valutativo. Le ricadute sulla questione specificamente affrontata sono alquanto nebulose: è «avulsa dal sistema» anche la pena inflitta per un fatto non più previsto dalla legge come reato? L'errore consistente nell'aver trascurato l'intervenuta *abolitio criminis* può venire corretto anche se frutto di un'erronea valutazione del giudice?

In sintesi, l'incertezza regna sovrana su chi sia stato condannato illegalmente. E non basta: nella fase ascendente della sua evoluzione giurisprudenziale, la Cassazione aveva stabilito che il giudice dell'esecuzione, per ripristinare la legalità violata, avrebbe anche potuto esercitare poteri discrezionali nel rideterminare la pena, poiché «se la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice [deve ritenersi] conferita la titolarità di tutti i poteri necessari al [suo] esercizio»²⁵. Ma anche qui la prospettiva è presto mutata: «l'intervento del giudice dell'esecuzione è ammesso *sempre che non implichi valutazioni discrezionali* in ordine alla specie e alla durata della pena»²⁶. In applicazione di questo principio, le Sezioni unite si sono spinte a ritenere irreparabile *in executivis* perfino l'errore consistente nel punire con la reclusione un reato di competenza del giudice di pace, dal momento che qui sarebbe «l'intero modello sanzionatorio a dover essere rielaborato», sulla base di un «nuovo giudizio del tutto eccentrico rispetto al pur accresciuto ambito entro

²⁴ Cass., Sez. un., 29 ottobre 2015, Mraidi, cit. («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»).

²⁵ Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, cit.

²⁶ Cass., Sez. un., 27 novembre 2014, Basile, cit.

il quale può trovare spazio l'intervento del giudice dell'esecuzione»²⁷. Ma così argomentando – e costringendo il ricorrente a varcare le soglie del carcere per un reato che la legge non punisce con la pena detentiva carceraria – non si sacrifica scandalosamente il principio di legalità «sull'altare del giudicato»²⁸? Non si consente «a uno Stato democratico di assist[ere] inerte all'esecuzione di pene non conformi [...] alla Carta fondamentale»²⁹?

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste editorial.

Declaração de autoria (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste editorial estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor declara que as considerações contidas no parágrafo terceiro são parcialmente reproduzidas de CAPRIOLI, Francesco. *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato. Indice penale*, 2017, p. 967 s. O autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

²⁷ Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, Butera, in <<http://www.italggiure.giustizia.it>>, *Massime penali Corte Cassazione*, n. 265109. Ultimo accesso: 30 settembre 2018.

²⁸ Cass., Sez. I, 3 marzo 2009, Alfieri, cit.

²⁹ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, cit.

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

CAPRIOLI, Francesco. Editoriale del Dossier “Giudicato penale, principio di legalità, principio di colpevolezza”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 933-952, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.193>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.