

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/09/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35470-divieto-di-un-secondo-giudizio-analisi-e-commento-dell-art-649-cpp>

Autore: Sammarco Angelo Alessandro

Divieto di un secondo giudizio (analisi e commento dell'art. 649 cpp)

Angelo Alessandro Sammarco

Divieto di un secondo giudizio (analisi e commento dell'art. 649 cpp)

1. L'imputato prosciolti o condannati con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345.

2. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo.

SOMMARIO: I. *Ne bis in idem*. II. Interpretazioni giurisprudenziali. III. In caso di erronea dichiarazione di morte dell'imputato. IV. In caso di archiviazione o di sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere. V. Violazione del divieto di *bis in idem*. Interpretazioni giurisprudenziali. Prospettive di superamento del concetto di giudicato. VI. Giudicato "ingiusto" tra pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, Cassazione e Corte costituzionale.

I. *Ne bis in idem*.

L'art 649 contiene una regola prettamente processuale: divieto di un secondo processo significa improcedibilità.

I presupposti di applicazione della regola sono:

- irrevocabilità ossia una sentenza o un decreto penale divenuti irrevocabili
- medesima persona: l'imputato prosciolti o condannati.
- medesimo fatto

Non è necessario che la vicenda processuale si sia conclusa con un proscioglimento o con una condanna, la disposizione prevede che riguardi la medesima persona (imputato), che la sentenza o il decreto penale siano divenuti irrevocabili e riguardino il medesimo fatto ") [CORDERO; 1123; DALIA-FERRAIOLI MDPP⁷; 812; GALANTINI (3) 12; NORMANDO, *Il valore e gli effetti del giudicato penale*, in SPANGHER, *Trattato*, VI, 34; TONINI¹²; 894].

La regola contenuta nell'art 649 apparentemente molto chiara è stata, come si dirà nel prosieguo, completamente modificata dalle interpretazioni giurisprudenziali.

Medesima persona: ha un significato abbastanza chiaro che non riguarda la questione della distonia tra sentenze che riguardano lo stesso fatto, ma persone diverse.

Si immagini, ad esempio, una stessa rapina fatta da due persone diverse, Tizio e Caio.

Lo stesso identico episodio viene visto in un modo nel processo di Tizio e in altro modo nel processo di Caio. Qui non c'è *bis in idem*. Se Tizio venisse sottoposto a procedimento penale in relazione a quella tale rapina che fosse stata già definita con sentenza definitiva a carico di Caio, Tizio non potrebbe invocare l'applicazione dell'art 649, ma potrebbe avvalersi di altre disposizioni (artt. 238 bis, 620 lettera b) 630 lettera a).

Non è irrilevante che vi siano più sentenze o più procedimenti sul medesimo fatto concernente persone diverse ma, in tal caso, non c'è un problema di *bis in idem*.

Si realizza la situazione di *bis in idem* solo quando la medesima persona abbia già in precedenza subito un processo per il medesimo fatto.

Medesimo fatto: ha un significato meno chiaro. Del resto nello stesso art. 649 ci sono delle specificazioni “*neppure se questo (cioè il fatto) viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze... ..*”.

Tradotto, significa che il divieto del *bis in idem* opera anche se viene cambiato il “titolo del reato”, o se questo viene diversamente considerato per il “grado” o per le “circostanze”.

Occorre tenere presente che il “fatto” non è il “diritto”, che viene in considerazione solo con riferimento al “titolo” del fatto.

Il “titolo” è infatti la qualificazione giuridica di un certo fatto. Dunque, fatto e diritto sono due aspetti diversi.

Occorre prendere in considerazione una nozione “processuale” di fatto. Il discorso è molto ampio ma vanno effettuate delle specificazioni perché sono fatti anche i fatti naturali cioè quelli che accadono nel mondo dei fenomeni naturali e alcuni eventi avvenuti in natura possono essere rilevanti nel processo.

Innanzitutto bisogna distinguere il “medesimo fatto” da tutti i fatti che sono processualmente rilevanti. I fatti processualmente rilevanti (o fatti giuridici processuali) sono tutti quelli che hanno un effetto processuale.

Ma il comma 1 dell'art. 649 consente di ben comprendere quale, tra tutti i “fatti” processualmente rilevanti, è quello preso in considerazione ai fini del *bis in idem*. Il medesimo fatto è, innanzitutto, il fatto che viene addebitato all'imputato (*sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto*) e che costituisce reato.

Il fatto che costituisce reato è dunque qualcosa di diverso dal reato che è composto da una “condotta” e da una “qualificazione giuridica” ed è il risultato della sussunzione della condotta sotto la fattispecie normativa prevista dal legislatore.

A livello processuale la prima “sussunzione” è quella che opera il pubblico ministero, quando ipotizza, già in sede di iscrizione nel registro delle notizie di reato, sino alla formulazione dell'imputazione, che una determinata condotta, posta in essere da una determinata persona, possa essere ricondotta ad una fattispecie incriminatrice.

Dunque, il *bis in idem*, si configura quando la “stessa condotta” sia nuovamente addebitata alla medesima persona, anche in sede provvisoria, di mera iscrizione nel registro delle notizie di reato.

Ecco come si dimostra che per fatto, a norma dell'art. 649, si debba intendere il “fatto condotta”, addebitato alla persona sottoposta al procedimento.

La “condotta”, dunque, è la “condotta storica” ossia l'azione posta in essere da un soggetto nella realtà storica. Tutti gli altri fatti, pur rilevanti nel processo, non rilevano ai fini del concetto di medesimo fatto e ai fini dell'applicazione dell'art 649 [CORDERO; 1224; MASSA (4) 143; PAGLIARO (6) 964].

Con il termine “titolo” si indica la qualificazione giuridica del fatto; sicché, ad esempio, non potrebbe essere sottoposto ad un nuovo procedimento per il reato di violenza privata (art. 611 c.p.) colui che fosse stato giudicato con sentenza divenuta

irrevocabile, in relazione alla medesima condotta, per il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone (art. 393 c.p.).

Con il termine "grado" si indica la progressione della condotta criminosa; sicché, ad esempio, non potrebbe essere sottoposto ad un nuovo procedimento per il delitto di omicidio (art. 575 c.p.) colui che fosse stato giudicato con sentenza divenuta irrevocabile, in relazione alla medesima condotta, per il reato di tentato omicidio (art. 56 c.p.).

Con il termine "circostanze", infine, si indicano le circostanze aggravanti del reato.

L'applicazione di tali criteri alle varie possibili situazioni concrete ha generato difficilissimi problemi interpretativi.

Immaginiamo, due casi diversi con riferimento al concorso formale di reati (più reati commessi con la stessa azione).

Caso A: un soggetto spara e uccide due persone perché il proiettile fuoriesce dal corpo di una persona rimbalza e uccide l'altra. Si tratta di stabilire se il soggetto possa essere nuovamente sottoposto a procedimento penale per il secondo omicidio.

Caso B: un soggetto vuole conseguire certi contributi da un ente pubblico, falsifica i documenti, presenta i documenti falsi e ottiene il finanziamento. In questo caso ci sono due reati: il falso e la truffa. Si tratta di stabilire se il soggetto, sottoposto a processo per il falso o per la truffa, possa essere nuovamente sottoposto a processo per il secondo reato commesso con un'unica condotta.

Da un punto di vista naturalistico la condotta (cioè il fatto storico dell'azione commessa) è unica, ma sul piano giuridico si configurano due reati: nel primo caso un secondo omicidio che si aggiunge al primo; nel secondo caso un diverso reato che pure si aggiunge al primo.

Stando alla formula letterale del comma 1 dell'art. 649, in entrambe le situazioni si dovrebbe configurare il divieto di instaurazione del secondo processo, posto che la disposizione normativa non fa riferimento ad alcun criterio diverso o ulteriore rispetto all'identità del fatto condotta che, appunto, funziona come unico discrimine tra procedibilità e improcedibilità (del secondo processo).

Per distinguere tra le due ipotesi, si è immaginato di ricorrere al criterio della diversità dell'oggetto materiale della condotta [CORDERO; 1227].

Tuttavia, una simile soluzione non sembra sorretta da convincenti agganci normativi.

Immaginiamo, infine, un terzo caso: un soggetto induce un altro a dargli somme di denaro; viene sottoposto a processo per il reato di estorsione e viene prosciolto perché nel processo si accerta che non ha usato, né la violenza, né la minaccia, richieste per la qualificazione della condotta nel reato di estorsione per farsi dare o promettere denaro o altra utilità. Successivamente, emerge che quel soggetto era un pubblico ufficiale. Per il pubblico ufficiale non è necessaria la violenza o la minaccia, essendo sufficiente l'abuso della qualità di pubblico ufficiale (semplicemente il pubblico ufficiale, "sfrutta" la propria posizione, inducendo nella vittima del reato il c.d. *metus publicae potestatis*). In questo caso, si tratta di stabilire se Tizio, prosciolto per estorsione proprio per l'assenza di violenza o minaccia, possa essere nuovamente sottoposto a processo per concussione che in astratto consentirebbe la condanna.

Da un punto di vista normativo questa situazione sembrerebbe chiaramente risolta con riferimento alla combinazione del criterio dell'identità del fatto condotta con il criterio del "titolo" del reato: condotta unica, riqualificata con un "titolo" diverso.

Ma anche questa soluzione, apparentemente agevole e lineare, in realtà, non troverebbe necessariamente conforto in giurisprudenza che in questo settore ha adottato prassi interpretative, modificative o addirittura abrogative del dettato normativo sulla base di argomenti prevalentemente di natura analogica, certamente non consentite, rispetto ad una disposizione eccezionale come quella prevista nel comma 1 dell'art. 649.

II. Interpretazioni giurisprudenziali.

Si riportano alcune massime di recenti sentenze della Corte di Cassazione.

1) *"Ai fini della preclusione connessa al principio ne bis in idem, l'identità del fatto sussiste solo quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo di luogo e di persona. Nel caso in esame è di tutta evidenza che non trattasi dello stesso 'fatto', tanto che non trattasi nemmeno dello stesso 'reato'; vale a dire che il nomen juris è mutato (da lesioni volontarie a omicidio preterintenzionale) proprio perché doveva rispecchiare la diversità del fatto. E che per fatto – come precisato dalla appena ricordata giurisprudenza e come affermato dalla dottrina – debba intendersi tanto la condotta, quanto l'evento, quanto il nesso causale, non può esservi dubbio"* [C V 1.7. 2010, CED 28548.]

2) *"Il principio del 'ne bis in idem' impedisce al giudice di procedere contro la stessa persona per il medesimo fatto su cui si è formato il giudicato, ma non di prendere in esame lo stesso fatto storico e di valutarlo in riferimento a diverso reato, dovendo la vicenda criminosa essere valutata alla luce di tutte le sue implicazioni penali"* [C V 14.10.2009, CED 16556].

Leggendo le massime riportate si rimane sbalorditi dal criterio adottato per verificare la duplicazione del giudizio. In sostanza, se il "reato" è diverso allora, vuol dire che anche il "fatto" è diverso e quindi non opera il divieto di procedibilità previsto nell'art. 649.

L'argomento è giuridicamente e logicamente inesatto, posto che, come è ovvio, il "reato" è figura giuridica che già comprende il "fatto"; se, poi, per "fatto" si intendesse il "fatto reato", allora si incorrerebbe in una tautologia ancora più completa.

Inoltre, il ragionamento non soltanto non consente di definire un parametro che possa condurre ad una certezza applicativa, ma perviene ad un'evidente negazione del disposto normativo espressamente previsto nel comma 1 dell'art. 649 che, come detto, qualifica come "irrilevante" ai fini della verifica della diversità/identità del fatto, il "titolo" del reato; dunque, è proprio la diversità di "titolo" che non consente di escludere l'identità del "fatto" che, anzi, ancorché diversamente qualificato o qualificabile sotto un diverso *nomen juris*, non per questo cessa di essere il "medesimo".

Siamo in presenza di un evidente caso di *interpretatio abrogans*, che ha reso inoperativo il dettato normativo previsto dalla legge processuale.

Consideriamo la diversa questione dei limiti di applicabilità della regola del divieto del *bis in idem*, quando un determinato fatto-condotta sia stato oggetto di un precedente giudizio.

Viene così in risalto il tema sopra accennato della “rilevanza” dei fatti oggetto dell’accertamento processuale.

In altre parole, occorre stabilire se il divieto di procedibilità previsto nel comma 1 dell’art. 649 scaturisce dall’accertamento comunque processualmente realizzato di un fatto (condotta) storicamente accaduto oppure se l’accertamento processuale debba aver avuto ad oggetto soltanto il fatto condotta descritto o comunque implicato (come si dirà nel prosieguo) nel capo di imputazione.

Anche se non chiarissima, l’espressione normativa “*processo per il medesimo fatto*”, che allude al contenuto dell’accusa che ha dato origine al processo, lascia senz’altro propendere per la soluzione interpretativa più restrittiva.

Ne deriva che l’improcedibilità rispetto ad un successivo giudizio si realizza soltanto quando, in un precedente giudizio, quello stesso fatto-condotta sia stato oggetto dell’imputazione (ovviamente, nei confronti della medesima persona).

Certamente il contrasto o comunque la sovrapposizione tra accertamenti processuali reiterati su un “medesimo” fatto, ma non riguardanti la stessa persona, oppure, come detto, riguardanti la stessa persona, ma non la “medesima imputazione”, ha certamente “rilevanza” processuale, riguardante però altri istituti e principi [si parla in proposito di conflitto teorico o logico di giudicati, cfr. *supra*, sub artt. 238 bis, 620 lettera h, 630 lettera a].

Anche a livello giurisprudenziale si è affermata l’operatività dell’art. 649 a condizione che la condotta oggetto della duplicazione di giudizio sia quella rilevante rispetto alla fattispecie criminosa.

Non basta che un determinato fatto sia stato accertato o comunque sia stato oggetto di valutazione in un precedente giudizio, per far scattare l’applicazione dell’art. 649; occorre, piuttosto, che quel fatto configuri una condotta giuridicamente rilevante ai fini dell’applicazione di una fattispecie incriminatrice.

E così si è ritenuto che “*l’insussistenza del fatto "associativo" non comporta tout court che il soggetto non abbia realizzato le condotte criminoso per le quali l’asserito "gruppo criminale" è stato costituito. Si tratta di "fatti diversi" che possono essere realizzati al di là dell’esistenza o meno dell’associazione, per la cui configurazione è sufficiente la prova dell’esistenza di un programma generico di attività criminali. Al riguardo, questa Corte si è espressa nel senso che, nel caso di procedimento per il delitto di cui all’art. 416 bis c.p. e di separato procedimento per i reati fine realizzati, non sussiste la preclusione del ne bis in idem ricorrendo l’ipotesi del concorso materiale di reati perché per il primo la condotta necessaria e sufficiente sta nella prestazione della propria adesione alla organizzazione già costituita, mentre per i secondi la condotta necessaria è quella tipica, fissata nella fattispecie criminosa (Sez. 1, 12 ottobre 1992, dep. 18 dicembre 1992, n. 4014; Sez. 1 23 ottobre 2000, dep. 15 febbraio 2001, n. 6244; Sez. 6, 28 marzo 2003, dep. 9 maggio 2003, n. 20708). Altrettanto accade per la corruzione poiché, anche qui, l’evento può essere costituito tanto dall’accettazione della promessa quanto dalla ricezione all’utilitas, ed è da escludere che vi sia violazione della regola più volte richiamata qualora intervenga assoluzione dell’imputato dall’addebito di corruzione per atti contrari ai doveri d’ufficio, dalla cui configurazione esula il fatto di avere in concreto realizzato l’atto contrario per il quale si proceda poi separatamente. Per medesimo fatto, ai fini dell’applicazione del*

principio del ne bis in idem ex art. 649 c.p.p., deve intendersi identità degli elementi costitutivi del reato, e cioè di condotta, evento e nesso causale, considerati non solo nella loro dimensione storico-naturalistica ma anche in quella giuridica” [C VI 16.2.2012, CED 13906].

Il problema interpretativo risulta più complesso, con riferimento a fatti condotte che, pur non esplicitamente contestati in una formale imputazione, siano tuttavia implicitamente compresi nella fattispecie incriminatrice oggetto dell'imputazione stessa.

Siamo ai confini con il segnalato e diverso tema dell'inconciliabilità logica dei giudicati, ma se il fatto, ancorché non formalmente contestato, costituisce tuttavia un “antecedente giuridico” della fattispecie incriminatrice, nel senso che la sussistenza del reato dipende dall'esistenza o meno del fatto presupposto, allora si deve ritenere operante la regola del comma 1 dell'art. 649. In questo caso, infatti, viene in considerazione la rilevanza giuridica dell'identità del fatto condotta, rispetto all'imputazione oggetto del processo.

E così si è ritenuto in giurisprudenza che *“l'avvenuto passaggio in giudicato della sentenza che ha accertato la responsabilità dei prevenuti per il reato di ricettazione degli animali provenienti dalla rapina perpetrata in data (OMISSIS), preclude che gli stessi possano essere sottoposti a giudizio per rispondere della medesima rapina, in quanto trattasi del reato presupposto. Secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite: "ai fini della preclusione connessa al principio ne bis in idem, l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona" (Cass. Sez. U, Sentenza n. 34655 del 28/06/2005 Cc. (dep. 28/09/2005) Rv. 231799). Nel caso di specie, non può dubitarsi dell'identità del fatto di rapina contestato agli imputati con il fatto di rapina, reato presupposto della ricettazione per la quale hanno ricevuto condanna passata in giudicato. Di conseguenza la condanna per il reato di rapina di cui al capo A) dell'imputazione deve essere annullata per l'esistenza di un precedente giudicato” [C II 27.5.2010, CED 26251].*

III. In caso di erronea dichiarazione di morte dell'imputato.

Il comma 2 dell'art. 69 costituisce è espressamente indicato quale eccezione al divieto di duplicazione del giudizio nei confronti della stessa persona per il medesimo fatto.

Si tratta della situazione, veramente particolare, del processo conclusosi con sentenza irrevocabile di proscioglimento per estinzione del reato in seguito alla morte dell'imputato (ex art. 150 c.p.). In questo caso non è impedita (anzi, si deve intendere, è “dovuta”) una nuova azione per il medesimo fatto nei confronti della stessa persona, quando si sia successivamente accertato che la morte dell'imputato è stata erroneamente dichiarata.

Al di là dell'eccezionalità della fattispecie e quindi dell'improbabilità di un accadimento processuale, davvero difficile ad immaginare come concreto (sembra infatti quasi impossibile che possa svolgersi un processo, magari snodatosi in più gradi di giudizio, nei confronti di un imputato colpito da “morte apparente”), il disposto normativo tuttavia suscita alcune problematiche interpretative.

Sotto un primo aspetto, se è evidente che l'evento giuridico della "morte dell'imputato" è certamente diverso e non sovrapponibile agli eventi dell'"errore di persona" (art. 667) e all'"errore di nome" (art. 668), è pur vero che il riferimento normativo contenuto nel comma 1 dell'art. 649 è ad un "errore" della dichiarazione di morte dell'imputato.

Si pone quindi un problema di coordinamento rispetto alla disciplina normativa concernente i sopra indicati casi dell'errore di nome e dell'errore di persona.

In altre parole, si tratta di stabilire se per ottenere la "rimozione" del divieto di *bis in idem*, occorra passare obbligatoriamente per la tassativa ed inderogabile "procedura" prevista negli artt. 667 e 668, oppure, se, viceversa, il pubblico ministero, che debba esercitare una nuova azione penale nei confronti della stessa persona per il medesimo fatto, possa semplicemente avvalersi del richiamo alla clausola di eccezione prevista nel comma 1 dell'art. 649.

Se da un lato l'errore nella dichiarazione di morte dell'imputato, non può che dipendere o da un errore di persona o da un errore di nome, dall'altro, la disciplina espressamente prevista negli artt. 667 e 668 per il "superamento" del giudicato (e quindi del divieto del *bis in idem*) riguarda esclusivamente l'esecuzione di pena detentiva derivante dalla sentenza di condanna dell'imputato, certamente diversa dalla sentenza di proscioglimento pronunciata per morte del reo ex art. 150 c.p.

Resta però il problema delle modalità dell'accertamento dell'erroneità della dichiarazione di morte dell'imputato che, stante la laconicità del disposto del comma 2 dell'art. 69, sembrerebbe affidato al solo pubblico ministero che potrebbe nuovamente esercitare l'azione penale per lo stesso fatto nei confronti della medesima persona, sulla base di valutazioni, verifiche o comunque indagini, non assistite da garanzie giurisdizionali.

Potrebbe risultare quindi preferibile immaginare un "percorso" processuale garantito, quanto meno mediante l'attivazione della procedura ex art. 667 [vedi *infra*].

Sotto un diverso aspetto, occorre considerare che il tema dell'erroneità della dichiarazione di morte dell'imputato ha un'indubbia dimensione "sostanziale", posto che riguarda uno dei presupposti della responsabilità penale (essendo infatti la "morte del reo" prevista dall'art. 150 c.p., come causa di estinzione del reato).

Si potrebbe immaginare che, in effetti, le cause di estinzione del reato, per loro natura, impediscono l'accertamento di fatto, operando immediatamente al momento del loro verificarsi (ex art. 129), e quindi la *ratio* dell'inoperatività del divieto del *bis in idem*, una volta venuta meno la causa estintiva del reato, si spiegherebbe proprio con riferimento al fatto che in questi specifici casi non vi è stato un accertamento di fatto, in quanto appunto impedito, ex art. 129, dal sopraggiungere della causa estintiva del reato.

Anche questo argomento è soggetto ad obiezioni, posto che la morte dell'imputato può avvenire in qualsiasi momento della vicenda processuale, anche, cioè, quando siano già stati accertati (in senso positivo o negativo, ovviamente) i fatti oggetto del capo di imputazione.

Va inoltre considerato che l'erroneità della declaratoria di estinzione del reato, può ipotizzarsi anche con riferimento ad altre cause estintive, le quali, però, essendo "di diritto", come ad esempio la prescrizione (ex art. 157 c.p.), potrebbero lasciare immaginare una sorta di presunzione assoluta di "infallibilità della

giurisdizione”, sulla base del principio generale, *iura novit curia*, che giustificerebbe la non rimovibilità del giudicato, generato (in ipotesi) da un errore “di diritto”, in quanto tale non rimediabile *post rem iudicatam*. Infatti, il giudicato non può essere rimosso se la sentenza di condanna divenuta definitiva è affetta da un errore, valutativo, di diritto, come si argomenta dall’art. 625 bis, che consente il ricorso straordinario per Cassazione solo in caso di errore materiale o di fatto [C I, 25.1.2001, CED, 4783].

In ogni caso, posto che il comma 2 dell’art. 69 evoca un caso di “erroneità” nell’accertamento, si possono immaginare anche altre ipotesi di errori in sede di accertamento da cui potrebbe essere scaturita una decisione a sua volta “erronea”.

Se da un lato appare dunque non del tutto razionalmente giustificabile, quale unica eccezione, quella prevista nel comma 2 dell’art. 69, dall’altro, si potrebbero prospettare soluzioni interpretative che, quindi, non in chiave necessariamente *de iure condendo*, potrebbero giustificare un “recupero” del tema dell’errore di giudizio (*in iudicando* o *in procedendo*) all’interno della più generale questione del “superamento” del giudicato (sul punto, vedi *infra*).

IV. In caso di archiviazione o di sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere.

Questa disposizione prevede espressamente l’inoperatività del divieto del *bis in idem*, quando siano stati emessi il provvedimento di archiviazione, la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, anche se non più impugnabili, pronunciati per difetto di una condizione di procedibilità che successivamente si sia invece realizzata.

In tali casi, il pubblico ministero può (deve) esercitare l’azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona.

Il comma 1 si occupa espressamente della querela, l’istanza o la richiesta di autorizzazione a procedere quando siano successivamente proposte o quando sia concessa l’autorizzazione ovvero sia venuta meno la condizione personale che rendeva necessaria l’autorizzazione.

La disposizione non suscita particolari problematiche interpretative ed è tradizionalmente interpretata come espressione di un evidente principio processuale secondo il quale la preclusione rispetto ad un nuovo esercizio dell’azione penale non opera quando, in effetti, nel precedente processo non sia stato svolto alcun accertamento di fatto, impedito dall’improcedibilità.

Soltanto nel momento in cui sopravvengano le condizioni di procedibilità, potrà compiersi l’accertamento dei fatti-condotta oggetto del capo di imputazione che giustifica il divieto di duplicazione di giudizio [RIVELLO in *Comm Chiavario*, 420].

In questo schema interpretativo il divieto del *bis in idem*, quale divieto di un secondo “giudizio”, presuppone, logicamente e giuridicamente, che un giudizio, in quanto tale, cioè avente ad oggetto i fatti-condotta descritti nel capo di imputazione, si sia effettivamente realizzato; evento questo che può compiersi solo quando il processo si sia potuto svolgere e non sia stato quindi impedito da situazioni di improcedibilità. Ecco, dunque, che il venir meno dell’improcedibilità, giustifica il nuovo processo che realizza, non un “secondo” giudizio”, ma il “primo” giudizio (di merito) sui fatti oggetto dell’imputazione.

Questa *ratio* che si fonda sulla distinzione tra improcedibilità e giudizio di merito è certamente esatta in generale, ma non è sistematicamente perfetta, posto che l'accertamento della mancanza di una condizione di procedibilità potrebbe avvenire anche in uno stadio avanzato della vicenda processuale, magari quando fosse già perfettamente compiuto l'accertamento dei fatti di reato (condotte) oggetto del capo di imputazione. Dalla natura stessa dell'improcedibilità, di situazione processuale rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, deriva, infatti, la possibilità di una simile evenienza [GAITO (2) 734; ORLANDI, *sub art.* 345, in *Comm Chiavario*, 99].

Il comma 2 dell'art. 345 esclude l'applicazione del divieto del *bis in idem* anche quando sia stata accertata la mancanza di una condizione di procedibilità diversa da quelle indicate nel comma 1 (e quindi successivamente verificatasi).

V. Violazione del divieto di *bis in idem*. Interpretazioni giurisprudenziali. Prospettive di superamento del concetto di giudicato.

Il comma 2 dell'art. 649 stabilisce che nel caso in cui venga instaurato un nuovo giudizio in violazione del divieto previsto nel comma 1, il giudice "*in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo*".

E' quindi prevista, come sanzione processuale per la violazione del divieto del *bis in idem*, l'improcedibilità, rilevabile in ogni stato e grado del processo, secondo il disposto generale dell'art. 129.

Coordinando questa disposizione con quella già considerata del comma 1, si desume che l'obbligo di declaratoria di improcedibilità scatta soltanto quando sia divenuta "irrevocabile" la sentenza "precedente" che costituisce il presupposto dell'operatività del divieto di *bis in idem*.

A livello letterale, il legislatore ha dunque immaginato la possibilità di un paradosso processuale e cioè che Tizio possa essere sottoposto a più processi per lo stesso fatto e non poter eccepire nulla finché almeno uno dei due processi non si sia concluso con sentenza definitiva.

A questo problema le Sezioni unite della Cassazione penale [28.6.2005, CED 34655] hanno dato una soluzione di tipo sistematico importante, anche se non del tutto soddisfacente, come si dirà.

La Cassazione ha immaginato che la regola del *ne bis in idem* non sia altro che l'espressione specifica e particolare del principio generale della "preclusione" che trova applicazione in altri casi, quali, la litispendenza, il conflitto tra giurisdizioni, il conflitto di competenza (propri o impropri, positivi o negativi), il contrasto tra giudicati (rilevante ai fini della revisione ex art. 630 lettera a, o del giudizio di cassazione ex art. 620 lettera h).

Quindi, dal complesso delle indicazioni normative concernenti la disciplina di prevenzione sanzione della duplicazione della regiudicanda, la Cassazione ha dedotto che: "*la figura della preclusione - consumazione offre la chiave per risolvere la questione relativa all'applicabilità della regola del ne bis in idem alle situazioni di litispendenza, in fasi o in gradi diversi, di procedimenti dinanzi ad uffici della stessa sede giudiziaria. Insuperabili esigenze di ordine logico e sistematico impongono di ritenere che lo stesso ufficio del pubblico ministero che ha esercitato l'azione penale in relazione ad una determinata imputazione non possa successivamente promuovere un*

nuovo processo contro la stessa persona per il medesimo fatto, per la semplice ragione che, restando immutati i termini oggettivi e soggettivi della regiudicanda, è definitivamente consunto il potere di azione di cui quell'ufficio è titolare. Di talché, sussistendo tali condizioni, il vincolo di legalità insito nel carattere di obbligatorietà ex art. 112 della Costituzione rende l'azione penale non solo irretrattabile, ma anche non reiterabile, se non nei casi previsti dalla legge, ad opera del medesimo ufficio della pubblica accusa”.

Dunque, si è immaginato che “il divieto di cui all'art. 649 è esso stesso nient'altro che una preclusione” (rectius l'effetto di una preclusione) rispetto ad un secondo giudizio sia generale ed è stato agganciato non tanto alla sentenza definitiva, quanto, piuttosto, all'azione penale.

Gli argomenti utilizzati, ancorché approfonditi e per molti versi apprezzabili sul piano sistematico, sono tuttavia viziati da un salto logico evidente, posto che le previsioni dell'art. 649 c.p.p. non si riferiscono all'azione penale.

E' pur vero che l'esistenza di una “sentenza”, presuppone l'esercizio dell'azione penale, ma è altrettanto vero che l'art 649 non collega il divieto del *bis in idem* all'avvenuto esercizio dell'azione penale, quanto, alla qualità della sentenza che, come detto, deve essere “irrevocabile”.

Seguendo invece un percorso “creativo”, svincolato dall'espresso disposto normativo, la Cassazione è giunta a concepire l'azione penale come un potere-dovere che può essere esercitato una sola volta e soggetto ad estinzione una volta esercitato.

Dunque, l'esercizio dell'azione penale per un determinato fatto-condotta nei confronti di una determinata persona genera una preclusione rispetto ad un nuovo esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto, contro la stessa persona.

Occorre infine segnalare una contraddizione nello schema argomentativo utilizzato dalla Cassazione che, avendo avuto come “obiettivo” interpretativo l'esigenza di risolvere il problema pratico della duplicazione dei processi generati dal plurimo esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto contro la medesima persona nella stessa sede giudiziaria, non ha poi coerentemente esteso la regola da essa stessa creata anche a tutti gli altri casi, altrettanto aberranti, di duplicazione dell'azione penale e quindi dei processi in sedi giudiziarie diverse.

E così, stando alle disposizioni normative previste e all'interpretazione fornita dalla Cassazione, uno stesso fatto può essere frammentato in più processi a carico della stessa persona in sedi giudiziarie diverse, senza che quest'ultima possa eccepire il divieto di *bis in idem*, o possa disporre di altro rimedio processuale tempestivo ed efficace rispetto ad un'indubbia e certamente intollerabile degenerazione processuale, nella prassi purtroppo frequente (prima dell'esercizio dell'azione penale, in fase di indagini preliminari, vi è come unico rimedio quello del contrasto di competenze ex art. 54; ma, a giudizio instaurato, non vi è altra soluzione che quella di attendere l'“irrevocabilità” delle sentenze “duplicate”).

In ogni caso, lo “sganciamento” della preclusione rispetto all'irrevocabilità della sentenza (o del decreto penale di condanna) si colloca in una prospettiva interpretativa più generale che porta a concepire il “giudicato” in termini “processuali”, piuttosto che “sostanziali” [SAMMARCO, *Il controllo del giudice dell'esecuzione sul titolo*, in SPANGHER *Trattato*, 172].

Una simile concezione è del resto in linea con la “duttività” del titolo esecutivo, direttamente legata alla dimensione processuale di una serie di situazioni che

necessariamente portano al superamento della barriera del giudicato [SAMMARCO, *Il controllo del giudice dell'esecuzione sul titolo*, in SPANGHER *Trattato*, 182].

Si pensi a vicende preesistenti, quali l'erronea dichiarazione di irreperibilità dell'imputato verificata in sede esecutiva a norma dell'art. 670; oppure alla sopravvenienza di esigenze di giustizia, di razionalità, di *favor rei*, di premialità, di rieducazione che impongono la modifica del titolo esecutivo. E' ciò che accade nelle ipotesi di revoca della sentenza di condanna o del decreto penale nei casi di dubbio sull'identità fisica del condannato, di errore di nome, di pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona, di mancanza materiale o giuridica del titolo esecutivo, di applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, di applicazione dell'amnistia o dell'indulto, di abolizione del reato; oppure si pensi, ancora, direttamente sul piano del trattamento sanzionatorio, alle varie misure sostitutive o alternative alla detenzione o ai benefici consistenti in modifiche del trattamento sanzionatorio in presenza di determinate condizioni.

Lo stesso contesto normativo favorisce dunque un concetto di giudicato "flessibile", in quanto tale soggetto a modifiche e rivisitazioni dovute a vicende processuali inevitabilmente incidenti sul contenuto di verità della sentenza irrevocabile che, avendo carattere soltanto "processuale" e dunque, "formale", non può essere concepito in termini di assolutezza e di totale immodificabilità, quale verità ipostatizzata e mitica, al di fuori del tempo.

VI. Giudicato "ingiusto" tra pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, Cassazione e Corte costituzionale.

In questa prospettiva interpretativa occorre segnalare la questione del giudicato "ingiusto", in quanto formatosi in violazione dei principi del "giusto" processo, che ha dato luogo a importanti sviluppi interpretativi.

L'antefatto che da cui occorre partire è costituito da una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) con la quale si è sancito che un processo penale svoltosi in Italia e conclusosi con una pronuncia di condanna, divenuta irrevocabile, *"era stato non equo per violazione dell'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in quanto la condanna era stata pronunciata sulla base delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da tre coimputati non esaminati in dibattimento poiché si erano avvalsi della facoltà di non rispondere"* [cfr. *Rapport de la Commission*, 9-9-1998 (*Requête n.33286/96*); sul punto, TAMIETTI (7) 1015].

La Corte di cassazione [C I 25.1.2007 G.Dir. 74], ponendosi il quesito preliminare del valore delle decisioni della CEDU all'interno dell'ordinamento italiano, ha ritenuto che *"deve considerarsi ormai acquisito il principio della immediata precettività delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4.11.1950 e resa esecutiva con L. 4 agosto 1955, n. 848"*. Riportandosi a quanto in precedenza sostenuto dalla stessa giurisprudenza di legittimità, è stata quindi affermata *"la natura sovraordinata alle norme della Convenzione che sanciscono l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto"* [CSU Civ. 23.1.2005, CED 28507].

La Corte ha quindi concluso con il principio in diritto secondo cui *“il giudice italiano è tenuto a conformarsi alle sentenze pronunciate dalla Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”*.

Questa decisione, rimasta però unica nel panorama giurisprudenziale, ha segnato una svolta importante, avendo creato, per la prima volta, un meccanismo di raccordo con il diritto giurisprudenziale comunitario, divenuto, sia pure nei limiti indicati dalla stessa Corte di cassazione, immediatamente operativo nel nostro ordinamento.

E’ stato così aperto un nuovo spazio interpretativo recepito, sia pure con molti limiti, come si dirà, anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011.

La vincolatività diretta all’interno del nostro ordinamento delle norme convenzionali, affermata dalla Corte di cassazione nella citata sentenza nel caso Dorigo [nella quale si è infatti espressamente sostenuto: *“deve considerarsi ormai acquisito il principio della immediata precettività delle norme della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”*], lascia poi pensare che l’efficacia vincolante nei confronti del giudice italiano dovrebbe scaturire, non attraverso le sentenze della Corte europea, quanto, direttamente, dalle norme CEDU.

D’altra parte, va considerato che anche le norme costituzionali ed in particolare le disposizioni dell’art. 111 Cost., introdotte dalla l. n. 1 del 1999 che ha importato le previsioni contenute nell’art. 6 CEDU [cfr. FERRUA (1) 15], hanno, secondo un orientamento interpretativo consolidato, anch’esse efficacia diretta all’interno dell’ordinamento [FERRUA (1) 26.].

Dunque, ecco emergere il problema nella sua dimensione generale impostazione e cioè di stabilire se ed entro quali limiti possa per così dire, *“reggere”* il giudicato scaturito da un giudizio di cognizione celebratosi in violazione dei principi del giusto processo e ciò persino indipendentemente dall’esistenza di una sentenza della Corte europea che avesse riconosciuto una simile violazione [SAMMARCO, *Il controllo del giudice dell’esecuzione sul titolo*, in SPANGHER *Trattato* 198].

La questione è delicatissima e non risolvibile se non a seguito di ponderati ulteriori interventi giurisprudenziali e, probabilmente, di precisazioni normative; ma, in linea teorica, è possibile tracciare un percorso interpretativo.

Se si parte dalla premessa dell’inosservanza nel giudizio di cognizione delle regole vincolanti del giusto processo, si deve concludere sul piano logico-giuridico che anche il giudicato, ottenuto al termine del procedimento di cognizione, risulti oggettivamente *“viziato”*. Si tratta, quindi, di stabilire se un simile *“vizio”* possa avere conseguenze nella fase dell’esecuzione, ai fini della *“rimozione”* o del *“superamento”* del giudicato.

Non vi è dubbio che la fattispecie del giudicato *“ingiusto”*, in quanto formatosi in violazione delle regole sul giusto processo (nazionali, secondo l’art. 111 Cost. o internazionali, secondo l’art. 6 CEDU) costituisce una forma di invalidità processuale, a prescindere dalla classificazione in una o nell’altra delle *species* tipiche.

Del resto, sembra abbastanza evidente che, laddove non fossero state rispettate le garanzie previste negli artt. 6 CEDU e 111 Cost., il processo, sia pure terminato con sentenza formalmente divenuta irrevocabile (ex art. 648), non possa dare luogo ad un giudicato sostanzialmente efficace [cfr. la già citata, C I 25.1.2007, CED 2800, G.Dir. 74, che ha formulato il seguente principio di diritto: *“il giudice*

dell'esecuzione deve dichiarare, norma dell'articolo 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'articolo 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo"; per alcune interessanti riflessioni sulla soluzione adottata dalla cassazione cfr. NEGRI (5) 1229]. Dal punto di vista formale, invece, come si dirà nel prosieguo, il giudicato, ancorché "ingiusto", sarebbe comunque condizione valida per l'"esecutività" della sentenza.

Questi temi, tenuto conto dell'insufficiente contesto normativo e del sempre più deludente panorama giurisprudenziale, costituiscono, allo stato, soltanto spunti per riflessioni ed approfondimenti, utili più come *rationes interpretandi*, piuttosto che come criteri direttamente operativi sul piano applicativo.

In ogni caso, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su tali problematiche, ancora una volta generate dalla vicenda Dorigo, e sollevate dalla Corte di appello di Bologna [sent. 4.4.2011 n. 113], ha però fornito soluzioni e risposte insufficienti.

Innanzitutto, occorre considerare che la questione di illegittimità costituzionale ha riguardato esclusivamente l'art. 630 c.p.p. *"nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con la sentenza definitiva della Corte [europea dei diritti dell'uomo] che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo"*.

La precisazione è importante, perché, come sopra rilevato, il tema dell'inefficacia del giudicato, viziato dalla violazione delle regole del giusto processo, non sembra limitabile ad un semplice caso di revisione, entrando invece in gioco principi, regole e garanzie, proprie anche della giurisdizione esecutiva.

Resta poi perplessità la soluzione adottata dalla Corte costituzionale che ha circoscritto l'importantissima tematica in limiti davvero angusti, pervenendo alla sola dichiarazione di *"illegittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, 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, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo"*.

Sul presupposto di una simile *ratio decidendi*, la Corte costituzionale ha altresì, ovviamente, precisato che non tutte le violazioni, accertate con sentenza definitiva della CEDU, potranno dare luogo a revisione, perché la necessità della "riapertura del processo" conseguente alla revisione dovrà essere sempre apprezzata *"in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata (è di tutta evidenza, così, ad esempio, che non darà comunque luogo a riapertura l'inosservanza del principio di ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6, paragrafo 1, CEDU, dato che la ripresa delle attività processuali approfondirebbe l'offesa) – tenendo naturalmente conto delle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta, nonché nella sentenza "interpretativa" eventualmente richiesta alla Corte di Strasburgo dal Comitato dei ministri, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 3, della CEDU...S'intende, per altro verso, che, quando ricorra l'evenienza considerata, il giudice dovrà procedere a un*

vaglio di compatibilità delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione. Dovranno ritenersi, infatti, inapplicabili le disposizioni che appaiano inconciliabili, sul piano logico-giuridico, con l'obiettivo perseguito (porre l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata, e non già rimediare a un difettoso apprezzamento del fatto da parte del giudice, risultante da elementi esterni al giudicato), prime fra tutte – per quanto si è osservato – quelle che riflettono la tradizionale preordinazione del giudizio di revisione al solo proscioglimento del condannato. Così, per esempio, rimarrà inoperante la condizione di ammissibilità, basata sulla prognosi assolutoria, indicata dall'art. 631 cod. proc. pen.; come pure inapplicabili saranno da ritenere – nei congrui casi – le previsioni dei commi 2 e 3 dell'art. 637 cod. proc. pen. (secondo le quali, rispettivamente, l'accoglimento della richiesta comporta senz'altro il proscioglimento dell'interessato, e il giudice non lo può pronunciare esclusivamente sulla base di una diversa valutazione delle prove assunte nel precedente giudizio”).

Dunque, vengono tracciati una serie di distinguo che lasciano ben poco spazio alla soluzione della vera questione del giudicato “ingiusto” (per violazione delle regole del “giusto processo”) che soltanto in alcuni casi potrebbe essere rimediato da una sentenza della CEDU, comunque priva di efficacia diretta, in quanto necessariamente attuabile solo in seconda battuta, da parte del giudice italiano in sede di revisione, all'esito di una ripetizione del giudizio di merito.

E così, le problematiche importantissime e imprescindibili, concernenti l'esecuzione del giudicato “ingiusto”, non sono state minimamente affrontate dalla Corte costituzionale che pure aveva a disposizione la sopra menzionata sentenza della Cassazione [C I 25.1.2007, CED 2800] che tra l'altro riguardava la medesima vicenda processuale nella quale la prospettiva della giurisdizione esecutiva è stata ben tracciata. Sul punto, la Corte costituzionale, quasi dimenticando di avere il potere di sollevare d'ufficio dinanzi a se stessa questioni di illegittimità costituzionale, ha esplicitamente dichiarato di volersi astenere, affidandosi genericamente a futuri ed eventuali interventi legislativi: “giova ribadire e sottolineare che l'incidenza della declaratoria di incostituzionalità sull'art. 630 cod. proc. pen. non implica una pregiudiziale opzione di questa Corte a favore dell'istituto della revisione, essendo giustificata soltanto dall'inesistenza di altra e più idonea sedes dell'intervento additivo. Il legislatore resta pertanto e ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina – recata anche dall'introduzione di un autonomo e distinto istituto – il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali questa Corte non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali (quale, ad esempio, la previsione di un termine di decadenza per la presentazione della domanda di riapertura del processo, a decorrere dalla definitività della sentenza della Corte europea). Allo stesso modo, rimane affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei limiti e dei modi nei quali eventualmente valorizzare le indicazioni della Raccomandazione R (2000) 2 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, più volte richiamata, nella parte in cui prospetta la possibile introduzione di condizioni per la riapertura del procedimento, collegate alla natura delle conseguenze prodotte dalla decisione interna e all'incidenza su quest'ultima della violazione accertata (punto II, i e ii)”).

Comunque, i problemi del giudicato e dell'esigenza del suo "superamento" sono ormai inderogabili, soprattutto in un mondo giuridico come l'attuale soggetto a continue "fluttuazioni" interpretative.

Si pensi al caso dell'imputato condannato con sentenza definitiva sulla base di un determinato orientamento interpretativo, privo del diritto di vedere riconosciuta la propria innocenza, dichiarabile invece sulla base di un sopravvenuto orientamento interpretativo, adottato dalla Cassazione, magari a sezioni unite.

Qui si apprezza la drammaticità del solco tra il diritto vivente e il diritto legale, autoritativo, scaturito dalla sentenza definitiva che si afferma come "giudicato".

La giustizia legale si consolida così in un provvedimento non più modificabile che produce una verità che si colloca al di fuori del tempo e con la sua autorità si impone anche quando non è più condivisa nella realtà sociale e soprattutto non è più sostenuta dalla giurisprudenza.

Probabilmente, in un'epoca in cui anche la verità scientifica è tale solo in quanto è sempre verificabile e quindi "falsificabile" è necessario rivedere il concetto giuridico di "giudicato", rigido e antistorico.

Va infine sottolineata un'importante recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione penale che hanno sollevato la questione di illegittimità costituzionale del D.L. 24 novembre 2000, n. 341, artt. 7 e 8 convertito dalla L. 19 gennaio 2001, n. 4, in riferimento all'art. 3 Cost. e art. 117 Cost., comma 1, quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, in tema di applicazione della norma penale più favorevole succedutasi nel tempo (con riferimento alla disciplina applicabile *quoad poenam* nel caso di giudizio abbreviato) [CSU 19.4.2012, CED. 34472].

Nel citato provvedimento, con riferimento al problema dell'applicabilità del principio dell'art. 7 CEDU che stabilisce la prevalenza della disciplina penale più favorevole succedutasi nel tempo e alla luce dei criteri interpretativi fissati dalla Corte EDU nella "sentenza pilota" Scoppola, [17.9.2009 - ricorso n.10249/03 - n. 848 800 110], le Sezioni Unite della Cassazione penale, hanno espressamente enunciato il principio di diritto secondo cui: *".. di fronte a pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già in precedenza stigmatizzate in sede europea, il mancato esperimento del rimedio di cui all'art. 34 CEDU (ricorso individuale) e la conseguente mancanza, nel caso concreto, di una sentenza della Corte EDU cui dare esecuzione non possono essere di ostacolo ad un intervento dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso la giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale, anche sacrificando il valore della certezza del giudicato, da ritenersi recessivo rispetto ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona. La preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorquando risulti pretermesso, con effetti negativi perduranti, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà: s'impone, pertanto, in questo caso di emendare 'dallo stigma dell'ingiustizia' una tale situazione"*.

Il discorso non potrebbe essere più chiaro e preciso: il giudicato e le preclusioni che ne conseguono sono inefficaci in presenza di situazioni che attestano la violazione dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dalla CEDU. Un simile enunciato, indubbiamente si colloca nella direzione segnalata di un graduale e ragionevole superamento della barriera invalicabile del giudicato che, ormai, sempre più spesso, appare sorretto da un trend interpretativo irrinunciabile e inarrestabile.

Bibliografia:

(1) FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna 2005; (2) GAITO, *Procedibilità (condizioni di) dritto processuale penale* in *EdD II*, Torino, 1998 734; (3) GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*, Milano 1984; (4) MASSA, *Il giudicato penale, Carulli-Massa, Lineamenti del nuovo processo penale: le impugnazioni, la cosa giudicata, l'esecuzione, rapporti giurisdizionali con le autorità straniere*, Il Napoli 1999, 143; (5) NEGRI, *Corte europea e iniquità del giudicato penale. I confini della legalità processuale*, in *DPP*, 2007, 1229; (6) PAGLIARO, *Fatto e diritto*, in *EdD XVI*, Milano 1967, 964; (7) TAMIETTI, *Un ulteriore passo verso una piena esecuzione delle sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di equo processo: il giudicato nazionale non è di ostacolo alla riapertura dei processi*, in *Cass. pen.*, 2007, 1015