



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

CORSO DI DOTTORATO IN
SCIENZE GIURIDICHE “CESARE BECCARIA”

XXXI CICLO

SENTENTIA MITIOR E LIMITI DEL DECISUM:
UN CONFINE INVALIDICABILE?

IUS/17

Tesi di dottorato di:

Sofia Confalonieri

Tutor:

Prof. Marco Maria Scoletta

Coordinatore del dottorato:

Prof. Claudio Luzzati

ANNO ACCADEMICO 2017 - 2018

«Non proprio come gocce d'acqua, benché l'acqua, in verità, sia capace di forare il granito più duro; ma piuttosto come gocce di ceramica liquida, gocce che aderiscono, s'incrostano, s'immedesimano col corpo su cui cadono, finché in ultimo la roccia è tutta una massa scarlatta.»

Aldous Huxley, *Il mondo nuovo*.

INDICE

Capitolo I - Prolegomeni della ricerca.

I 'modelli di gestione' dell'efficacia della decisione più favorevole

tra principio di legalità e principio della lex mitior.

1. Oggetto della ricerca.....	1
1.1. Metodo di ricerca.....	3
2. L'occasione della ricerca: l'evoluzione giurisprudenziale nell'interpretazione del reato di omessa esibizione di documenti da parte dello straniero.	4
2.1. Il primo arresto giurisprudenziale: la posizione di chiusura della Corte Costituzionale.....	9
2.2. Il secondo arresto giurisprudenziale: la posizione di apertura della Corte di Cassazione a Sezioni Unite.....	13
2.2.1. La questione di diritto procedurale: l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p. quando l' <i>abolitio criminis</i> è intervenuta prima del giudicato.	15
3. Considerazioni preliminari: i diversi paradigmi esplicativi adottati dalle due Corti..	18
3.1. Il 'modello' della Corte Costituzionale: giudice creatore di diritto e applicazione del principio della <i>lex mitior</i>	19
3.1.1. Evoluzione e involuzione del principio della <i>lex mitior</i>	20
3.1.2. Il confronto con la garanzia convenzionale.....	24
3.2. Il modello esplicativo adottata dalla Corte di Cassazione.....	26
4. Gli atteggiamenti della dottrina sulle soluzioni adottate.	29
4.1. Sulla possibilità di estendere il principio della <i>lex mitior</i> al diritto giurisprudenziale. Argomenti a favore.	30
4.1.1. Argomenti contrari: la difesa del monopolio parlamentare.....	34
4.2. Sulla possibilità di travolgere il giudicato in caso di <i>abolitio criminis</i> non rilevata. Argomenti contrari.	35
4.3. Argomenti a favore.....	38

5. Rilievi conclusivi.....	40
----------------------------	----

Capitolo II - Sulla decisione più favorevole:

l'interpretazione giurisprudenziale tra invenzione e creazione del diritto.

0. Ambientamento.....	43
1. Il piano sovranazionale: la giurisprudenza di Strasburgo sulla portata dell'art. 7 CEDU. Il principio di legalità e l'inammissibilità dell'interpretazione <i>contra legem</i> . ..	46
1.2. Il principio di irretroattività e il formante giurisprudenziale: spazi di ammissibilità dell'interpretazione <i>praeter legem</i>	50
1.3. Il ruolo del formante giurisprudenziale a livello sovranazionale.....	52
2. Il livello giurisprudenziale costituzionale: il c.d. "diritto vivente".....	54
2.1. Il contributo (limitato) della dottrina del c.d. diritto vivente alla ricerca.....	57
3. Il formante giurisprudenziale ordinario.....	59
3.1. La sentenza delle Sezioni Unite penali: giudice con funzione di integrazione del diritto.....	60
3.2. La sentenza delle Sezioni Unite civili: giudice con funzione meramente ricognitiva (o semmai adeguatrice) del diritto.....	63
4. Il piano legislativo: la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione.....	66
4.1. La riforma Orlando: il vincolo <i>procedurale</i> del precedente.....	69
5. Rilievi conclusivi: ruolo della giurisprudenza e significato dell' <i>overruling</i>	72
5.1. Il prosieguo della ricerca.....	75

Capitolo III - Sul limite del giudicato in materia penale:

oltre il "mito", la funzione anche oggettiva della "certezza del diritto".

0. Motivi dell'indagine sulla <i>resistività</i> del giudicato penale.....	79
0.1. Articolazione dell'indagine.....	81

1. Il giudicato nell'attuale sistema codicistico: gli interventi legislativi <i>contra</i> il giudicato penale.....	82
1.1. L'impianto codicistico.....	82
1.2. Gli interventi successivi al nuovo codice.....	86
2. L'opera della giurisprudenza: la recessività del giudicato nell'attuale panorama giurisprudenziale.....	89
2.1. Sull'illegalità del <i>processo</i> : la revisione europea.....	91
2.1.1. Il perimetro applicativo attuale della c.d. revisione europea. I soggetti attivi.....	93
2.1.1.1. Il perimetro applicativo attuale della c.d. revisione europea. Le violazioni deducibili.....	96
2.2. Sull'illegalità del precetto.....	99
2.2.1. I nuovi casi di precetto illegale. L'espansione in senso comunitario.....	99
2.2.1.1. La mancata espansione in senso convenzionale.....	101
2.2.2. I nuovi poteri del giudice dell'esecuzione.....	103
2.2.2.1. La revoca parziale della condanna.....	103
2.2.2.2. La concessione del beneficio della sospensione condizionale <i>in executivis</i>	104
2.3. Sull'illegalità della sanzione.....	106
2.3.1. L'illegittimità convenzionale della sanzione.....	107
2.3.2. L'illegittimità costituzionale della sanzione.....	112
2.3.3. L'illegalità <i>stricto sensu</i> intesa della sanzione.....	116
2.3.3.1. La possibilità di intervenire <i>in executivis</i>	117
2.3.3.2. I limiti dell'intervento <i>in executivis</i>	118
3. Considerazioni conclusive: il giudicato tra tutela soggettiva (<i>dal</i> diritto) e tutela oggettiva (<i>del</i> diritto).....	122
3.1. Conclusioni provvisorie in punto di decisione successiva più favorevole e giudicato.....	125

*Capitolo IV - La retroattività della decisione più favorevole e il limite del giudicato
nell'ordinamento di common law: gli Stati Uniti d'America.*

Sezione I - Un'introduzione: l'habeas corpus writ.

0. L'indagine di tipo comparatistico: motivi e articolazione.....	127
1. Il diritto di <i>habeas corpus</i> . Nozione, origine storica e disciplina.....	129
2. Definizione e collocazione sistematica dell' <i>habeas corpus</i>	130
2.1. La natura dell' <i>habeas corpus</i> : un rimedio civile atto a garantire la libertà del condannato.....	132
3. Origine ed evoluzione storica del Grande Diritto di Libertà.....	133
3.1. La fase storica delle origini. Agli albori del diritto punitivo pubblico: la funzione <i>punitiva</i> del comando di <i>habeas corpus</i>	134
3.2. La fase storica dell'evoluzione. La lotta al potere esecutivo: il diritto di sindacare la legittimità dell'incarcerazione.....	136
3.3. La fase storica dell'assestamento L' <i>habeas corpus act</i> : l'affermazione del diritto di libertà.....	137
4. Fonti dell' <i>habeas corpus</i> : la c.d. <i>Suspension Clause</i> e la disciplina di legge.....	139
5. La disciplina: i requisiti procedurali.....	141
5.1. Il pre-requisito della custodia.....	142
5.2. Il tipo di <i>claim</i> : la violazione di una legge federale.....	144
5.3. Il precedente giudizio: <i>claims foreclosed by state procedural defaults</i>	146
5.4. Il tempo della <i>petition</i> : la richiesta prematura, tardiva o susseguente.....	150
6. La disciplina: il diritto applicabile in <i>executivis</i>	156
6.1. L'evoluzione della disciplina in punto di retroattività <i>costituzionale</i> : coordinate essenziali.....	157
6.2. Primo periodo. La Corte Warren e l' <i>habeas corpus</i> : l'implementazione dei diritti costituzionali.....	159
6.2.1. La regola della retroattività secondo la Corte Warren: la disciplina fluida.....	161
6.3. Il secondo periodo. La Corte Rehnquist e l' <i>habeas corpus</i> : una brusca frenata nell'evoluzione dei diritti fondamentali.....	162

6.3.1. La regola della retroattività secondo la Corte Rehnquist: la disciplina rigida.....	165
6.3.1.1. Il concetto di <i>new rule</i>	167
6.3.1.2. Le eccezioni.....	171

Sezione II - La retroattività della decisione più favorevole negli Stati Uniti.

1. Analisi degli effetti temporali della decisione più favorevole negli Stati Uniti. Premesse di metodo.....	173
2. La retroattività della decisione più favorevole nel primo periodo: la sentenza <i>Davis</i>	175
2.1. La soluzione della Corte Warren: la ritenuta violazione di legge e i requisiti processuali.....	177
3. La retroattività della decisione più favorevole nel secondo periodo: la decisione <i>Bousley</i>	179
3.1. La decisione della Corte Suprema nel caso <i>Bousley</i> : l'inapplicabilità di <i>Teague</i> e la violazione della <i>due process clause</i>	181
3.1.1. I limiti procedurali e il ruolo dell' <i>actual innocence</i>	184
3.1.2. L'opinione dissenziente: il valore assoluto del giudicato.....	187
3.1.3. Ulteriori applicazioni di <i>Bousley</i>	189
3.2. La retroattività della decisione <i>statale</i> più favorevole: una questione ancora aperta.....	192
3.2.1. Il primo <i>tipo</i> : la decisione <i>statale</i> più favorevole meramente chiarificatrice del dettato legislativo. Il caso <i>Fiore v. White</i>	194
3.2.1.1. La decisione della Corte Suprema: l'estensione dei principi espressi in <i>Bousley</i>	195
3.2.2. Il secondo <i>tipo</i> : la decisione <i>statale</i> più favorevole nel contesto di una giurisprudenza <i>evolutiva</i> . Il caso <i>Bunkley v. Florida</i>	196
3.2.2.1. <i>Background</i> : la giurisprudenza <i>evolutiva</i>	197
3.2.2.2. La decisione della Corte Suprema: un'ulteriore applicazione della <i>Due Process Clause</i>	201

4. La retroattività della decisione più favorevole oltre la custodia: il diritto di <i>coram nobis</i> . Un confronto.....	203
4.1. Definizione di <i>coram nobis</i> : base giuridica e requisiti (cenni).....	204
4.2. La retroattività della decisione più favorevole in <i>coram nobis</i>	206
4.2.1. Prima di <i>Teague</i> : il caso <i>Lo Schiavo</i> e l'applicazione dei principi di <i>Davis</i>	207
4.2.2. Dopo <i>Teague</i> : la decisione <i>Sawyer</i> e i principi di <i>Bousley</i>	209
5. Considerazioni conclusive.....	213
5.1. Le soluzioni adottate: i <i>tipi</i> di decisione favorevole e la tutela del <i>Due Process</i>	215
5.2. I valori implicati: <i>finality</i> in <i>criminal law</i> , <i>actual innocence</i> e <i>legal innocence</i>	219
5.3. Il ruolo dei giudici nel sistema statunitense (cenni).	221

*Capitolo V - La decisione più favorevole e il limite del giudicato
in materia penale. I modelli di gestione possibili.*

1. Sintesi dei risultati d'indagine.	225
1.1. Prolegomeni della ricerca: i modelli di gestione elaborati dalla giurisprudenza interna.	225
1.2. Il ruolo del formante giurisprudenziale.	227
1.3. Il limite del giudicato in materia penale.	228
1.4. Il raffronto con l'ordinamento di <i>common law</i>	229
2. Risultati dell'indagine. Premessa.	230
2.1. I possibili modelli di gestione della decisione più favorevole <i>post rem iudicatam</i>	231
2.1.1. «Giudice-interprete dichiaratore del diritto preesistente».	232
2.1.2. «Giudice-interprete creatore del diritto» e «giudice-interprete come solutore di conflitti».	233
2.1.3. «Giudice-interprete cauto adeguatore del diritto».	235
2.2. Adozione del modello del «giudice-interprete cauto adeguatore del diritto». ..	236

2.2.1. Precisazioni sul modello adottato. La <i>sententia mitior</i> come espressione della legalità.	239
3. Implicazioni del modello adottato.	244
3.1. Implicazioni sul piano interno. Gli interessi in gioco: la legalità.	246
3.1.1. Gli interessi: in gioco il giudicato.	246
3.1.2. Il possibile bilanciamento costituzionalmente imposto dal <i>tertium comparationis</i> : la revisione.	247
3.1.3. I caratteri del bilanciamento: i limiti legislativi della revisione.	249
3.1.4. Ulteriori considerazioni sulla revisione per <i>legal innocence</i>	254
3.2. Implicazioni sul piano esterno.	256
3.2.1. La possibilità di trasportare i risultati della ricerca comparatistica.	256
3.2.2. La possibile violazione della <i>Due Process Clause</i> , <i>rectius</i> del diritto all'equo processo.	257
3.2.3. Ulteriori precisazioni: <i>time limits for filing petitions</i> ; giudicato e violazione processuale; la posizione dei c.d. "fratelli minori"	260
4. Una riflessione conclusiva.	262
 BIBLIOGRAFIA	 267

Capitolo I - Prolegomeni della ricerca.

I 'modelli di gestione' dell'efficacia della decisione più favorevole tra principio di legalità e principio della lex mitior.

SOMMARIO - 1. Oggetto della ricerca. - 1.1. Metodo della ricerca - 2. L'occasione della ricerca: l'evoluzione giurisprudenziale nell'interpretazione del reato di omessa esibizione di documenti da parte dello straniero. - 2.1. Il primo arresto giurisprudenziale: la posizione di chiusura della Corte Costituzionale. - 2.2. Il secondo arresto giurisprudenziale: la posizione di apertura Corte di Cassazione. - 2.2.1. La questione di diritto procedurale: l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p. quando l'*abolitio criminis* è intervenuta prima del giudicato.- 3. Considerazioni preliminari: i diversi paradigmi esplicativi adottati dalle due Corti. - 3.1. Il 'modello' della Corte Costituzionale: tra diritto giurisprudenziale e *lex mitior*. - 3.1.1. Evoluzione e involuzione del principio della *lex mitior* - 3.1.2. Il confronto con la garanzia convenzionale - 3.2. Il modello esplicativo adottata dalla Corte di Cassazione. - 4. Gli atteggiamenti della dottrina sulle soluzioni adottate. - 4.1. Sulla possibilità di estendere il principio della *lex mitior* al diritto giurisprudenziale. Argomenti a favore. - 4.1.1. Argomenti contrari: la difesa del monopolio parlamentare. - 4.1.2. Il confronto con la garanzia convenzionale. - 4.2. Sulla possibilità di travolgere il giudicato in caso di *abolitio criminis* non rilevata. Argomenti contrari. - 4.3. Argomenti a favore. - 5. Rilievi conclusivi.

1. Oggetto della ricerca.

Oggetto precipuo della ricerca è la possibilità di *rivedere* (ossia: revocare o modificare) la condanna passata in giudicato al sopraggiungere di un nuovo orientamento giurisprudenziale, in virtù del quale il fatto ascritto deve considerarsi lecito ovvero punito meno severamente.

Per indicare tale tematica, si utilizzerà nel percorso dell'indagine la formula "*retroattività della decisione più favorevole*", avvertendosi sin d'ora, tuttavia, che tale espressione sarà qui impiegata esclusivamente in maniera *sintetica* (ossia per rinviare alla problematica menzionata) e non, viceversa, in un'accezione propriamente *tecnica*.

Se utilizzato nel suo significato tecnico, infatti, il sintagma implicherebbe di per sé una presa di posizione rispetto alla tematica che si intende affrontare, riferendo la *retroattività* (la *possibile applicazione retroattiva*) al nuovo orientamento giurisprudenziale più favorevole. In tal modo, il nuovo indirizzo giurisprudenziale

verrebbe assunto quale uno *ius novum* (alla stregua, ad esempio, di una legge sopravvenuta) di cui si dovrebbe esaminare l'efficacia nel tempo.¹

Di contro, la ricerca intende prendere le mosse proprio dal vaglio critico di tale impostazione, considerando se il nuovo orientamento giurisprudenziale debba effettivamente ritenersi un *quid novi* dotato di autonoma rilevanza rispetto alla legge a suo tempo applicata, ovvero se, piuttosto, sia sempre quest'ultima a venire in considerazione, seppur diversamente interpretata dopo il giudicato. Se nel primo caso sarebbe corretto parlare di retroattività della decisione più favorevole, nel secondo, di contro, risulterebbe rilevante solo ed esclusivamente il principio di legalità *stricto sensu* inteso, quale garanzia che si punisca (o si continui a punire) solo fatti che la legge abbia individuato come reati e solo con pene da essa stabilite.

Tale essendo precisamente il nodo problematico da cui l'indagine prende le mosse, di "retroattività" del nuovo orientamento giurisprudenziale si parlerà pertanto solo in senso *allusivo*, senza alcuna presa di posizione rispetto al quesito iniziale.

Operata tale premessa di carattere lessicale, pare altresì doveroso precisare l'oggetto dell'indagine anche dal punto di vista *contenutistico*, considerando quali "decisioni più favorevoli" saranno oggetto d'analisi.

Anzitutto, con riguardo alla *fonte* della decisione favorevole, deve precisarsi che la ricerca si concentrerà esclusivamente sulle sentenze *interne*, con esclusione dunque del pronunce derivate dal formante giurisprudenziale comunitario e sovranazionale (su cui, tuttavia, v. *infra* §§ III, 2 ss.).

Si ritiene, infatti, che l'impatto nell'ordinamento interno delle decisioni sovranazionali ponga problematiche affatto differenti, relative anche al rapporto tra ordinamenti; per tale ragione, per completezza d'analisi, si è ritenuto opportuno perimetrare la ricerca

¹ In teoria generale, la retroattività è possibile attributo dell'effetto giuridico riconosciuto al fatto giuridico, concependosi la retroattività quale «sorta di anticipazione dell'effetto rispetto al momento in cui si completa il fatto» giuridico; in questo senso A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Varese, 1973, p. 487.

In dottrina, sulla retroattività della legge penale, cfr. a mero titolo esemplificativo: C. PODO, *Successione di leggi penali* (voce) in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, Torino, 1971, p. 643 ss.; A. PAGLIARO, *La legge penale nel tempo* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973(c), p. 1064; nonché tra i lavori monografici: G. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi.*, Milano, 2008; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012; C. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008; D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006; M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013.

con esclusivo riguardo all'orientamento giurisprudenziale consolidatosi - *post rem iudicatam* - all'interno della giurisprudenza nazionale.

Quanto, invece, al *tipo* di decisione più favorevole, l'indagine intende riferire il problema della 'retroattività' (si ricordi, qui soltanto in accezione *a-tecnica*) alla decisione sopraggiunta al giudicato che offra un'interpretazione della disposizione rilevante capace di incidere *in bonam partem* sulla sentenza definitiva, determinando o la cessazione della condanna o la rideterminazione della pena.

In tal senso 'decisione più favorevole' è espressione atta a ricomprendere nello spettro della ricerca non solo il fenomeno dell'*overruling* favorevole (inteso quale mutamento di un precedente indirizzo giurisprudenziale, avvenuto in un ben preciso tempo), bensì, anche l'orientamento interpretativo affermatosi a seguito di un'*evoluzione giurisprudenziale graduale*, ovvero il un nuovo indirizzo esegetico che interpreti *per la prima volta* un elemento rilevante per il condannato - con rimando, evidentemente, ai medesimi elementi rilevanti per ritenere la legge più favorevole *ex art. 2 co. 4 c.p.*

1.1. Metodo di ricerca.

Così delineato l'oggetto precipuo dell'indagine, pare opportuno considerare anche il *metodo* della ricerca.

A tal proposito, si è ritenuto opportuno principiare l'indagine esaminando i casi giurisprudenziali che nel nostro ordinamento hanno posto la questione oggetto d'analisi al centro del dibattito giurisprudenziale e scientifico.

Esaminando le pronunce sul punto succedutesi, in uno con le posizioni espresse in merito da parte della dottrina più autorevole, si è ritenuto infatti di poter individuare i principali nodi problematici della questione e, conseguentemente, le direttrici di indagine capaci di dirigere la ricerca.

All'uopo, peraltro, pare opportuno evidenziare come la vicenda giurisprudenziale che si andrà a esaminare rappresentati soltanto l' '*occasione*' della ricerca, un piano di lavoro da cui pare utile cominciare per 'toccare con mano' i problemi posti dalla questione oggetto d'analisi.

La discussione sul tema, tuttavia, è stata propiziata, da un rinnovato clima giuridico-culturale, che, ponendo la tutela dei diritti fondamentali al centro del dibattito

scientifico, ha sollecitato altresì una maggior attenzione per il fondamento e l'estensione del principio di retroattività.

Con l'adozione di tale prospettiva, correlata evidentemente alle ricadute che nel nostro ordinamento ha avuto la giurisprudenza di Strasburgo, l'attenzione di giuristi e studiosi è venuta inevitabilmente a investire anche il ruolo che di fatto la giurisprudenza esercita nel sistema delle fonti del diritto, nonché il valore e la forza di resistenza del giudicato di fronte all'imperante necessità di garantire, anche a processo concluso, l'intangibilità dei diritti fondamentali.

2. L'occasione della ricerca: l'evoluzione giurisprudenziale nell'interpretazione del reato di omessa esibizione di documenti da parte dello straniero.

Prima di esaminare le pronunce menzionate, pare opportuno analizzare la vicenda *normativa* - e cioè, nella nota dicotomia *crisafulliana*², concernente esattamente la *norma* - su cui sono intervenute sia la Corte Costituzionale, sia la Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

La vicenda riguardava precipuamente il reato di omessa esibizione di documenti da parte dello straniero di cui all'art. 6, comma 3 del d.lgs. n. 286 del 1998 (t.u. imm.), successivamente modificato con la legge n. 94 del 2009.

Tale disposizione, precedentemente alla modifica legislativa del 2009, incriminava:

«Lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non esibisce, senza giustificato motivo, il passaporto o altro documento di identificazione, ovvero il permesso o la carta di soggiorno».³

² V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, XIII, p. 196 ss.

³ In dottrina, sulle modifiche così apportate cfr.: V. DI PEPPE, *Il reato dello straniero che non ottempera all'ordine di esibizione dei suoi documenti identificativi: considerazioni in margine all'intervento della "legge sicurezza" 2009*, in *Cass. pen.*, 1, 2011, p. 0341B ss.; G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 59 ss.; L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il "pacchetto sicurezza 2009"*, a cura di Mazza-Viganò, Torino, 2009; G. BARBUTO, *Inottemperanza all'ordine di esibizione di documenti di identificazione e del permesso di soggiorno*, in Corbetta-Della Bella-Gatta (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 229 ss.; G. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1336; A. PALMA, *Disciplina dell'immigrazione e contrasto alla clandestinità*, in *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, a cura di Giunta-Marzaduri, Torino, 2010, p. 290 ss.

Rispetto a tale ipotesi contravvenzionale, le Sezioni unite della Corte di Cassazione intervennero inizialmente a dirimere un contrasto interpretativo concernente i soggetti attivi del reato, ritenendo che la fattispecie operasse sia nei confronti dello straniero *regolare* - munito di titolo valido di soggiorno -, sia anche rispetto al soggiornante *irregolare* - sprovvisto del permesso o della carta di soggiorno.

In particolare, le Sezioni Unite rilevarono come la disposizione in parola, utilizzando tra i due *tipi* documentali esatti la disgiuntiva “ovvero”, richiedesse la *alternativa* (e non la concorrente) esibizione del documento identificativo (passaporto o documento equipollente), *oppure* - in mancanza del primo - del titolo di soggiorno.

La *ratio* della norma, pertanto, doveva ritenersi non già quella di verificare la regolarità della presenza dello straniero sul territorio italiano, ma soltanto quella di consentire alle forze dell'ordine la *documentale identificazione* dei soggetti transitanti o soggiornanti sul territorio nazionale.

Da tali rilievi, conseguiva che anche lo straniero irregolare poteva considerarsi destinatario del precetto legislativo, ben potendo ottemperare all'ordine di esibizione dei documenti richiesti mostrando unicamente il proprio passaporto; a nulla valeva dunque che egli fosse materialmente sprovvisto del titolo di soggiorno e dunque che fosse di fatto impossibilitato a mostrarlo.⁴

Per tali motivi, la disposizione doveva ritenersi «rivolta sia al soggiornante regolare (che potrà esibire uno dei quattro tipi di documenti indicati), sia al soggiornante irregolare, cui non è preclusa la possibilità, ancorché non sia in possesso - né possa esserlo, per tale qualità - di permesso o carta di soggiorno, di esibire uno degli altri due documenti indicati, il passaporto o altro documento di identificazione».

⁴ In questi termini si erano espresse le Sezioni unite con sentenza n. 45801 del 29/10/2003, Mesky, le quali, rilevando da una parte che la norma richiedeva l'esibizione di uno qualsiasi dei documenti e, dall'altra, che i primi due documenti non avevano alcun rilievo ai fini del regolare o meno ingresso/presenza nel territorio dello Stato da parte dello straniero, erano pervenute alla seguente conclusione: “La *ratio* della norma, allora, non è quella di consentire agli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza di verificare, *illico et immediate*, la regolarità o meno della presenza dello straniero in territorio nazionale (se così fosse sarebbe improduttiva di ogni effetto al riguardo la mera esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione), ma solo quella di procedere alla sua esatta e compiuta, documentale, identificazione”. A commento della sentenza v. M. GAMBARDELLA, *Lo straniero clandestino e la mancata esibizione del documento di identificazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 776 ss. e F. PALAZZO, *Destinatari e limiti dell'obbligo di esibizione di documenti previsto dal testo unico sull'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2004, 4, p. 791 ss.

Successivamente a tale pronuncia, in cui la Corte di Cassazione aveva adottato evidentemente una soluzione ermeneutica *estensiva* della cerchia dei soggetti attivi del reato (in cui venivano ricompresi tanto lo straniero regolare, tanto quello *irregolare*), il legislatore intervenne a riscrivere la fattispecie esaminata, richiedendo (non più la alternativa, ma ora) la *concorrente esibizione* dei due tipi documentali: lo straniero era chiamato infatti a mostrare non solo il passaporto o documento equipollente, ma altresì *necessariamente - in aggiunta - anche* il titolo di soggiorno⁵.

Le modifiche in tal senso operate dal legislatore sembravano dunque a prima vista minare la validità dell'approdo esegetico precedentemente raggiunto dalle Sezioni Unite, avendo queste fondato la possibilità di ritenere responsabile altresì il soggiornante *irregolare* considerando (tra gli altri elementi, anche) la possibilità - ora venuta meno - di ottemperare al comando legislativo esibendo il solo documento identificativo.

Nonostante tale rilievo, le prime - e poche - decisioni della Corte di Cassazione non valorizzarono affatto la *mutatio legis* e non reputarono di dover rivedere le conclusioni cui era giunta in precedenza la giurisprudenza di legittimità; considerarono, infatti, la novella legislativa come un mero mutamento di tipo lessicale, che in nulla aveva variato sostanzialmente la fattispecie penale⁶.

A queste prime decisioni, tuttavia, fece seguito l'intervento delle Sezioni Unite (sentenza *Alacev*⁷), le quali riconobbero viceversa valore *sostanziale* alle modifiche

⁵ In particolare il legislatore sostituì alla avversativa "ovvero", che prima coniugava le due categorie di attestati ("il passaporto o altro documento di identificazione, *ovvero* il permesso di soggiorno o la carta di soggiorno"), la copulativa "e".

⁶ Così, ad esempio, secondo Cass. pen., sez. , 23 settembre 2009 n. 44157, Calmus, la novella avrebbe comportato solo "un mutamento lessicale nella descrizione della fattispecie" con "valore pressoché esclusivamente formale".

In senso conforme, anche le pronunce Cass. pen. sez. I, 20/01/2010, n. 6343; Cass. pen. sez. III, 26/11/2009, n. 601 e Cass. pen. sez. I, 23/09/2009, n.44157; per un primo commento, M. GAMBARDELLA, *Ancora sulla mancata esibizione dei documenti da parte del cittadino straniero "irregolare"*, in *Questione giustizia*, 2010, 3, 173; cfr. anche V. DI PEPPE, *Il reato dello straniero*, cit.

⁷ Si tratta di Cassazione penale sez. un. 24 febbraio 2011 n. 16453, così massimata "Il reato di inottemperanza all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o dell'attestazione della regolare presenza nel territorio dello Stato è configurabile soltanto nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, e non anche degli stranieri in posizione irregolare, a seguito della modifica dell'art. 6, comma 3, d.lg. 25 luglio 1998 n. 286, recata dall'art. 1, comma 22, lett. h), l. 15 luglio 2009 n. 94, che ha comportato una "abolitio criminis", ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p., della preesistente fattispecie per la parte relativa agli stranieri in posizione irregolare". In *Cass. pen.*, 9, 2011, 2881, con nota di G. SANTALUCIA e V. DI PEPPE; in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1348 ss., con nota di G. GATTA, *Inottemperanza del "clandestino" all'ordine di esibire i "documenti": davvero abolitio criminis?*.

apportate dal legislatore, ritenendo che attraverso la *novatio legis* il parlamento avesse operato una vera e propria *abolitio criminis*, nel segno di un *restringimento del novero dei soggetti attivi* del reato.

Alla variazione del dato testuale, infatti, sarebbe conseguita l'esclusione dai soggetti attivi del reato proprio dello *straniero irregolare*, il quale, sprovvisto per definizione del permesso di soggiorno, si sarebbe trovato nell'impossibilità materiale di ottemperare al comando legislativo (non si può pretendere da taluno l'esibizione di un documento che materialmente non ha).

Tale conclusione, secondo le Sezioni Unite, peraltro, doveva ritenersi giuridicamente imposta anche in considerazione della nuova *ratio* della disposizione, che, valutata alla luce del nuovo quadro normativo, doveva ora reputarsi volta ad assicurare *la verifica della regolare presenza* dello straniero sul territorio dello Stato, al fine ultimo di porre un freno all'uso di titoli di soggiorno falsi o contraffatti.

Ruolo dirimente, inoltre, nella determinazione dei soggetti attivi della contravvenzione, assumeva anche l'introduzione, con la medesima novella legislativa, del c.d. reato di clandestinità: «Con la modificazione dell'art. 6, comma 3 [...], e con l'inserimento nell'art. 5, comma 8-bis della punizione dell'utilizzazione dei documenti di soggiorno falsi o contraffatti, il legislatore ha inteso facilitare, innanzitutto per le forze di polizia, la distinzione tra le due categorie di stranieri (regolari e irregolari), allo scopo di sottoporre quelli in posizione irregolare (la cui condotta integra il reato di cui all'art. 10-bis d. lgs. 286 del 1998) a sanzione pecuniaria, inflitta dal giudice di pace, a seguito di rapido e semplificato processo penale, finalizzato alla più veloce estromissione dal territorio dello Stato»⁸.

Per tali motivi, le Sezioni Unite riconobbero che la novella del 2009 avesse operato un restringimento del novero dei soggetti attivi del reato di omessa esibizione dei documenti da parte dello straniero, rilevando come, alla luce del nuovo testo normativo,

Prima della sentenza *Alacev* si erano espresse nei medesimi termini talune pronunce di merito; v. Trib. Bologna, 19 ottobre 2009, Han Bing, in *Cass. pen.*, 2011, 378; Trib. Bologna, 28 ottobre 2009, in *Questione Giustizia*, 2010, 3, 182, con nota di M. GAMBARDELLA e Trib. Milano, 19 gennaio 2010, in *Corriere del Merito*, 2010, 529, con annotazione di G. GATTA.

⁸ Sent. *Alacev*, cit., §10.

il soggiornante *irregolare* non potesse più ritenersi destinatario del comando legislativo.⁹

La conclusione raggiunta con la sentenza *Alacev*, tuttavia, come già anticipato, si poneva evidentemente in contrasto con - o se si preferisce, *superava* - le prime pronunce con cui la medesima Corte di Cassazione aveva di contro ritenuto che la modifica legislativa in nulla avesse innovato la fattispecie contravvenzionale.

Per tale ragione, all'indomani della decisione *Alacev*, si pose la questione se fosse possibile, alla luce dell'interpretazione da ultimo adottata dalla Corte di Cassazione, rimediare a quelle condanne che, seguendo il primo orientamento, avevano ritenuto responsabile del anche lo straniero irregolare e che, nel frattempo, erano già divenute definitive.

In particolare, ci si trattava di valutare la possibilità di estendere anche a tale ipotesi la disposizione di cui all'art. 673 c.p.p., ai sensi della quale è possibile revocare la condanna definitiva «Nel caso di abrogazione [o di dichiarazione di illegittimità costituzionale] della norma incriminatrice».

⁹ Si noti, rispetto al reato di omessa esibizione dei documenti da parte dello straniero irregolare, si potrebbe configurare un caso di *abrogatio sine abolizione*, «in quanto la mancata esibizione della carta d'identità o di un documento equipollente da parte dello straniero irregolare sarebbe sanzionabile penalmente ex art. 294 reg. T.U.L.P.S. e art. 221 T.U.L.P.S. (relativo all'obbligo gravante su ogni cittadino - italiano o straniero - di esibire la carta d'identità o documento equipollente, a richiesta degli ufficiali o agenti di P.S.), con la conseguenza che l'intervenuta abrogazione della norma speciale quanto agli stranieri irregolari avrebbe determinato una "riespansione" della portata applicativa della disposizione generale» (Cass., sez. un. pen., sent. 29 ottobre 2015, n. 26259, § 2).

In realtà contro una simile ricostruzione si è detto (Cass. pen., sez. I, 19 gennaio 2015, n.4461) che «secondo la giurisprudenza prevalente la condotta di cui all'art. 294 citato va riferita alle ipotesi di cui all'art. 4 dello stesso decreto e presuppone quindi la qualifica di persona sospetta o pericolosa dell'intimato», difettando dunque tra le due fattispecie considerate un autentico rapporto di specialità.

Si badi, peraltro, che, anche ritenendo avvenuta una mera successione di leggi nel tempo, la riespansione dell'art. 294 T.U.L.P.S. comunque non assumerebbe rilievo ai fini dell'art. 673 c.p.p., che, anche in tal caso, risulterebbe cionondimeno applicabile. Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, infatti, «a fronte della abolitio criminis del reato contestato e per il quale è intervenuta condanna, al giudice dell'esecuzione non soltanto non è consentito modificare l'originaria qualificazione o accertare il fatto in modo difforme da quello ritenuto in sentenza, ma neppure è comunque consentito di affermare che la condotta del condannato è sussumibile sotto fattispecie diversa se la riconducibilità della condotta a detta fattispecie non ha mai formato oggetto di accertamento e di formale contestazione nel giudizio di cognizione» (cfr. di nuovo Cass. pen., sez. I, 19 gennaio 2015, n.4461).

2.1. Il primo arresto giurisprudenziale: la posizione di chiusura della Corte Costituzionale.

Come noto, della problematica menzionata è stata dapprima investita la Corte Costituzionale (decisione n. 230 del 2012)¹⁰, chiamata a decidere della questione di legittimità dell'articolo 673 del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna (o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti) in caso di mutamento giurisprudenziale – intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato».

La Corte Costituzionale, nel valutare la questione alla medesima sottoposta, ha adottato anzitutto la premessa iniziale formulata dal giudice rimettente, considerando «non [...] implausibile l'assunto sulla cui base il giudice *a quo* reputa rilevante la questione sollevata: ossia che la richiesta di revoca sottoposta al suo vaglio si basa sulla successione nel tempo, non già di leggi, ma di diverse interpretazioni giurisprudenziali della medesima norma di legge».

¹⁰ A commento della sentenza v. *ex multis* T.E. EPIDENDIO, *Brevi impressioni e spunti a margine del dibattito su mutamento giurisprudenziale "in bonam partem" e giudicato*, in www.drittopenalecontemporaneo.it, 14 dicembre 2012; C. SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in www.archiviopenale.it; A. BALSAMO - S. DE FLAMMINEIS, *Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole*, in www.archiviopenale.it; O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, fasc. 5, p. 3464 ss.; A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale*, in www.diritticomparati.it; V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, in *Giur. cost.*, 2012, fasc. 5, p. 3474 ss.; S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica. (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, in www.archiviopenale.it; A. RUGGERI, *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in www.diritticomparati.it; U. RESCIGNO, *Intorno a interpretazione, interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di cassazione di disposizioni penali incriminatrici, principio della lex mitior in diritto penale e sentenze penali di condanna definitive*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3795 ss.; V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 ottobre 2012; A. MARI, *Mutamento sopravvenuto di giurisprudenza e giudicato: la consulta dichiara infondata la questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 3, p. 945 ss.

Su tali fundamenta - e cioè assumendo che l'*abolitio criminis* fosse derivata da un *overruling* giurisprudenziale e non da una modifica legislativa -, la Corte Costituzionale ha esaminato le censure di incostituzionalità proposte, concernenti precipuamente l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 5, 6 e 7 CEDU, nonché gli articoli 3, 13, 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost.

La decisione è ampiamente nota; per questo motivo si ritiene opportuno ripercorrerne la motivazione solo per sommi capi.

Anzitutto, rispetto alla violazione di stampo convenzionale, il giudice *a quo* riteneva che la *retroattività* del mutamento giurisprudenziale dovesse considerarsi imposta in virtù della disposizione di cui all'art. 7 CEDU.

La norma in parola, infatti, nell'interpretazione datante dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, da una parte, impone l'applicazione retroattiva della norma penale favorevole, dall'altra si applica non solo al diritto di fonte legislativa, bensì anche a quello di tipo precipuamente giurisprudenziale. Cossichè, nella visione 'sincretica' del giudice rimettente, dalla combinazione di tali (diversi) aspetti, deriverebbe la necessaria retroattività, oltre il giudicato, del mutamento giurisprudenziale favorevole.

La Corte Costituzionale, al riguardo, ha rilevato tuttavia come una simile conclusione non appaia affatto imposta dalla giurisprudenza di Strasburgo.

I giudici sovranazionali, infatti, hanno enucleato il principio della *lex mitior* unicamente con specifico riguardo alle modifiche di natura legislativa, considerando il diritto di matrice giurisprudenziale - per lo meno sino ad oggi - unicamente ai fini del diverso 'versante' dell'art. 7 CEDU riguardante il principio di legalità, *sub specie* di *prevedibilità* dell'incriminazione penale.

A ciò si aggiunge inoltre la considerazione per cui la giurisprudenza di Strasburgo non ha mai interpretato la retroattività della norma penale *in mitius* sino al punto di derivarne addirittura il dovere di travolgere il giudicato ogni qual volta sopraggiunga una disposizione favorevole al reo.

Ritenuta infondata per tali ragioni la questione di natura ‘convenzionale’, la Corte ha esaminato altresì le censure di matrice interna, valutando anzitutto la possibile violazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza.

Il giudice *a quo*, infatti, aveva rilevato come il mancato riconoscimento della capacità di travolgere il giudicato all’*overruling* giurisprudenziale avrebbe potuto considerarsi contraddittorio a fronte della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione ampiamente valorizzata nel nostro ordinamento.

A tal proposito, la Corte Costituzionale ha considerato di contro *non irragionevole* - e dunque legittima - la scelta operata dal nostro legislatore di distinguere, quanto a effettivi retroattivi oltre il giudicato, l’insegnamento (se si vuole, il ‘precedente’) della Corte di Cassazione dalle ipotesi, viceversa capaci di travolgere *ex lege* la condanna definitiva, dell’*abolitio criminis* legislativa e della dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice: tra le due classi di eventualità considerate, infatti, soltanto le seconde sarebbero dotate di quel carattere di «generale vincolatività» che giustifica l’effetto *iperretroattivo*.

«L’orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite “aspira” indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma – come lo stesso rimettente riconosce – si tratta di connotati solo «tendenziali», in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente “persuasivo”. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell’organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica.

Al fine di porre nel nulla ciò che, di per sé, dovrebbe rimanere intangibile – il giudicato, appunto – il legislatore esige, non irragionevolmente, una vicenda modificativa che determini la caduta della rilevanza penale di una determinata condotta con connotati di generale vincolatività e di intrinseca stabilità (salvo, nel caso di legge abrogatrice, un eventuale nuovo intervento legislativo di segno ripristinatorio): connotati che la vicenda considerata dal giudice *a quo*, di contro, non possiede»¹¹.

Per le medesime ragioni, inoltre, la Corte Costituzionale ha respinto altresì la censura riguardante la violazione - in quanto non estesa anche al precedente giurisprudenziale -

¹¹ Corte Cost., sent. n. 230 del 2012, cit., §9.

del principio di retroattività della norma penale *in mitius*, che, a parere della Consulta, rimane nel nostro ordinamento esclusivamente riferibile alle sole innovazioni *legislative* (non anche giurisprudenziali).

A una simile estensione del principio in parola, invero, si opporrebbero non solo le caratteristiche proprie del ‘precedente’ giurisprudenziale (i.e. il difetto di generale vincolatività) ma ancor di più la stessa *struttura portante* del nostro ordinamento costituzionale, che, saldamente ancorata al principio di separazione dei poteri, impedirebbe di considerare «la consecutio tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali equival[ente] ad un atto di produzione normativa»¹².

In virtù del principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto di cui all’art. 101, secondo comma, Cost., il giudice è soggetto (soltanto) alla legge, non anche ai *dicta* dell’organo della nomofilachia.

Tali rilievi ed essenzialmente l’impossibilità di equiparare l’orientamento giurisprudenziale a un atto normativo vincolante, in violazione della separazione dei poteri – motivano infine ulteriori considerazioni che ostano affatto all’accoglimento della questione di legittimità costituzionale.

La Corte, infatti, ha rilevato altresì come l’intervento richiesto dal giudice *a quo* sarebbe foriero di aporie intollerabili, prevedendo l’art. 673 c.p.p. un intervento *obbligato* del giudice dell’esecuzione, che, in caso di accoglimento del *petitum*, si estenderebbe anche all’ipotesi del mutamento giurisprudenziale sopravvenuto: «con la conseguenza che il giudice dell’esecuzione sarebbe senz’altro tenuto a rimuovere il giudicato di condanna contrastante col dictum dell’organo della nomofilachia, anche qualora non lo condividesse. In questo modo, tuttavia, la richiesta pronuncia additiva comporterebbe una vera e propria sovversione “di sistema”, venendo a creare un generale rapporto di gerarchia tra le Sezioni unite e i giudici dell’esecuzione [...] - In sede esecutiva, il giudice sarebbe tenuto, infatti, ad uniformarsi alla decisione “favorevole” delle Sezioni unite, revocando il giudicato di condanna»¹³.

¹² *Ibidem*, §11.

¹³ *Ibidem*, §10.

2.2. Il secondo arresto giurisprudenziale: la posizione di apertura della Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

Per i motivi sopra descritti, dunque, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 230 del 2012, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale concernente l'art. 673 c.p.p., diretta sostanzialmente a estendere l'operatività della norma in parola anche all'ipotesi di *mutamento giurisprudenziale* favorevole.

Come anticipato, tuttavia, in seguito alla decisione della Consulta, la problematica concernente la possibilità di rimediare alle condanne divenute definitive *prima* della pronuncia *Alacev*, si è riproposta, a distanza di pochi anni, davanti alla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sentenza n. 26259 del 2015, *Mraidi*).

La Prima sezione della Cassazione, infatti, rilevando un contrasto giurisprudenziale sul punto, aveva posto alle Sezioni Unite il seguente quesito:

«Se è consentivo al giudice dell'esecuzione revocare, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., una sentenza di condanna pronunciata dopo l'entrata in vigore di una legge che ha abrogato la fattispecie incriminatrice, allorché detta legge non è stata oggetto di esame da parte del giudice della cognizione».

La questione sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite, dunque, pur riferita alla medesima vicenda normativa già oggetto della pronuncia della Corte Costituzionale, si è presentata in termini sostanzialmente diversi da quelli esaminati in precedenza.

In questo caso, infatti, la sezione rimettente principiava dall'assunto che la Corte di Cassazione, con la sentenza *Alacev*, lungi dall'aver operato un'abolizione di reato, avesse meramente riconosciuto un'*abrogatio legislativamente intervenuta* (peraltro, intervenuta *prima* della commissione del fatto imputato).

Identificata la fattispecie in esame non più come una successione di orientamenti giurisprudenziali, ma esattamente come un'*abolitio criminis* legislativa, la Prima Sezione ha quindi spostato il *focus* della problematica su una questione squisitamente procedurale, domandandosi (e rilevando un contrasto interpretativo sul punto) se sia consentito al giudice dell'esecuzione revocare, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., una sentenza di condanna definitiva anche nell'ipotesi in cui l'*abolitio criminis* sia intervenuta *prima* (e non, come generalmente e pacificamente ammesso, *dopo*) la conclusione definitiva del giudizio.

La questione rimessa alle Sezioni Unite, pertanto, concerneva evidentemente due problematiche differenti:

(a) anzitutto, dal punto di vista sostanziale, si trattava di riconoscere se *l'abolitio criminis* intervenuta nella vicenda esaminata fosse di derivazione *giurisprudenziale* (assunto considerato «non implausibile» dalla Corte Costituzionale) ovvero precipuamente *legislativa* (così come ritenuto dalla sezione rimettente);

(b) nel caso in cui l'abrogazione fosse dipesa effettivamente da un atto legislativo, inoltre, occorre altresì, dal punto di vista prettamente procedurale, valutare se l'art. 673 c.p.p. dovesse ritenersi limitato ai soli casi in cui l'abolizione del reato sia *susseguita* alla decisione di condanna definitiva, ovvero se fosse consentita la revoca del giudicato anche nelle ipotesi in cui l'*abrogatio* sia intervenuta prima della conclusione del giudizio (qualora ciononostante il giudice della cognizione abbia pronunciato sentenza di condanna).

Quanto alla prima questione (*sub (a)*), le Sezioni Unite hanno accolto effettivamente l'impostazione adottata dalla sezione rimettente, ritenendo che nel caso di specie venisse in considerazione non una successione di diversi orientamenti giurisprudenziali, bensì precipuamente una *abolitio criminis* legislativamente intervenuta¹⁴.

In particolare, nella prospettiva adottata dalla Corte di Cassazione, occorrerebbe distinguere tra mutamento giurisprudenziale e *abolitio criminis ex lege* a seconda che il legislatore stesso sia o meno intervenuto sulla disposizione considerata: se l'orientamento giurisprudenziale si modifica *a testo legislativo invariato*, infatti, sarebbe possibile riconoscere un vero e proprio mutamento interpretativo; viceversa, se l'orientamento delle corti muta successivamente - *in ragione di* - una riscrittura legislativa della disposizione considerata, si dovrebbe riconoscere quale fonte esclusiva di tale variazione (in questo caso, dell'*abolitio criminis*) non certo il formante giurisprudenziale ma soltanto la novella legislativa.

¹⁴ In questo senso già: Sez. 1, n. 25040 del 11/01/2012, Eddamir, con la quale è stata annullata un'ordinanza di rigetto dell'istanza di revoca, censurandosi l'omessa verifica, da parte del giudice dell'esecuzione, del mutato quadro normativo ed evidenziandosi l'errore commesso dal giudice di merito per non aver tenuto conto del fondamento della richiesta di revoca parziale della sentenza di condanna "rappresentato dalla intervenuta abrogazione della norma incriminatrice del reato"; così anche Cass. pen., sez. I, n. 545 del 21/12/2011, dep. 2012.

La conclusione circa la ‘vera’ fonte dell’abolizione del reato, peraltro, rimarrebbe valida non solo nell’ipotesi in cui il giudice abbia mutato *immediatamente* - cioè proprio all’indomani della novella di legge - l’interpretazione in precedenza adottata, ma anche qualora, esclusa inizialmente da parte della giurisprudenza di legittimità la portata abolitiva delle modifica legislativa, «le Sezioni Unite, *mutando il precedente prevalente indirizzo*, "riconoscano" l'effetto abrogativo parziale»¹⁵.

Breve: allorquando si sia di fronte a una variazione legislativa del testo *interpretato*, il susseguirsi di orientamenti giurisprudenziali di segno diverso in merito alla portata delle modifiche normative, non inciderebbe mai (anche qualora si muti un precedente indirizzo) sulla ‘vera fonte’ della variazione di senso (e qui dell’abrogazione del reato), da imputarsi pur sempre alla *voluntas legis* e mai all’*interpretatio iudicis*.¹⁶

2.2.1. La questione di diritto procedurale: l’applicabilità dell’art. 673 c.p.p. quando l’abolitio criminis è intervenuta prima del giudicato.

Riconosciuta per le ragioni suddette nel caso di specie la sussistenza di un’*abolitio criminis ex lege*, le Sezioni Unite, discostandosi dal percorso tracciato dalla Corte Costituzionale, hanno quindi esaminato la questione strettamente procedurale.

Stabilito, infatti, che in questo caso viene in rilievo una «abrogazione [...] della norma incriminatrice», e che dunque l’art. 673 c.p.p.¹⁷ diviene potenzialmente disposizione

¹⁵ Cass., Sez. Un. pen., sent. 29 ottobre 2015 (dep. 23 giugno 2016), n. 26259, Mraidi, §6.1.

¹⁶ Nel caso in esame, peraltro si noti che “Va registrata peraltro la posizione dottrinale secondo la quale con la L. n. 94 del 2009 si è verificata una abrogatio sine abolitione in quanto la mancata esibizione della carta d'identità o di un documento equipollente da parte dello straniero irregolare sarebbe sanzionabile penalmente ex art. 294 reg. T.U.L.P.S. e art. 221 T.U.L.P.S. (relativo all'obbligo gravante su ogni cittadino - italiano o straniero - di esibire la carta d'identità o documento equipollente, a richiesta degli ufficiali o agenti di P.S.), con la conseguenza che l'intervenuta abrogazione della norma speciale quanto agli stranieri irregolari avrebbe determinato una "riespansione" della portata applicativa della disposizione generale.

In una recente sentenza (Sez. 1, n. 4461 del 19/01/2015, Singh, Rv. 262535), che ha annullato l'ordinanza di rigetto della richiesta di revoca della sentenza emessa per il reato di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 6 per abolitio criminis fondata sul presupposto che il fatto fosse qualificabile ai sensi dei citati artt. 294 e 221, è stato escluso comunque che il giudice dell'esecuzione possa modificare l'originaria qualificazione o accertare il fatto in modo difforme da quello ritenuto in sentenza”.

¹⁷ In dottrina, sull’esegesi dell’art. 673 c.p.p. e sui suoi confini applicativi, v. R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996, p. 137 ss.; D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, p. 190 ss.; F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, Torino, 2009, 280; G. CIANI (a cura di), *Esecuzione*, vol. IX, in G. LATTANZI - E. LUPO, *Cod. proc. pen.*, 2003, Milano, p. 419 ss.; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell’esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 60 ss.; F. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 331 ss.; D. VICOLI, *La rivisitazione del fatto da parte del giudice dell’esecuzione: il caso dell’abolitio criminis*, in *Cass. pen.*, 4,

rilevante, occorre ancora valutare se la revoca della condanna definitiva rimanga possibile anche nel caso in cui l'abolizione del reato sia stata introdotta *prima* della formazione del giudicato.

La disposizione di cui all'art. 673 c.p.p., infatti, trova 'normale' applicazione nell'ipotesi *fisiologica* in cui, divenuta ormai irrevocabile la sentenza di condanna per un determinata fattispecie di reato, il legislatore operi successivamente una depenalizzazione della medesima condotta; in quest'ipotesi è inevitabile che sia il giudice dell'esecuzione a intervenire sul titolo della pena, avendo quello della cognizione esaurito i propri poteri prima di aver potuto considerare la *novatio legis*.

In tale eventualità *tipica*, la norma processuale in esame si pone quale *pendant* processuale della disposizione di cui all'art. 2 co. 2 c.p. («Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali»).

Diversamente, l'ipotesi in esame concerneva il caso - di contro, *patologico* - in cui l'*abolitio criminis* sia intervenuta *prima* del formarsi del giudicato e, ciononostante, non sia stata rilevata dal giudice della cognizione (il quale, pertanto avrebbe pronunciato condanna per un fatto non più previsto dall'ordinamento come reato).

In tale diversa circostanza, il giudice dell'esecuzione dovrebbe pertanto intervenire a 'emendare' un errore *lato sensu* di diritto, consumatosi nella fase della cognizione prima che la pronuncia divenisse definitiva (e già rilevabile con gli ordinari mezzi di impugnazione).

Proprio questa diversa scansione temporale e processuale, ha dato adito al contrasto giurisprudenziale rilevato dalla sezione rimettente circa la possibilità di applicare estensivamente l'art. 673 c.p.p., paventandosi teoricamente nell'ipotesi di intervento correttivo *post rem iudicatam* il rischio di configurare *praeter legem* un ulteriore grado di giudizio, distorcendo - o trasfigurando - la fase esecutiva nelle forme di una nuova e inedita impugnazione straordinaria.

Le Sezioni Unite, invero, pronunciandosi sul punto, hanno adottato una soluzione 'di compromesso', consistente nell'ammettere in tale evenienza la revoca della sentenza di

2010, p. 1689 ss., con particolare riferimento al legame relazionale tra imputazione e diritto di difesa rispetto a quegli elementi divenuti tipici solo in seguito (abrogazione parziale e dinamiche cognitive del fatto- intangibilità del giudicato e diritto di difesa) v. A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1, 17.

condanna, ma nella sola ipotesi in cui il giudice della cognizione non abbia previamente considerato (ed escluso) l'avvenuta *abolitio criminis* (e cioè allorquando le modifiche introdotte dalla novella legislativa non abbiano formato oggetto di discussione nel previo giudizio).

In particolare, la Cassazione ha riconosciuto anzitutto la possibilità di ricorrere all'art. 673 c.p.p. anche nell'ipotesi in cui l'*abrogatio criminis* sia intervenuta prima che la sentenza divenisse definitiva, non ostandovi in proposito alcun dato di tipo letterale (non distinguendo la norma di legge il tempo dell'avvenuta abrogazione, né contemplando limiti rispetto ai poteri di accertamento e di valutazione del giudice dell'esecuzione).

Per questa prima parte della motivazione, peraltro, i giudici della Cassazione hanno valorizzato quelle esigenze di giustizia sostanziale che rendono intollerabile l'idea di punire un uomo per un fatto non più previsto dalla legge come reato, prevalendo il principio di legalità sulla certezza del diritto.

In merito, le Sezioni Unite hanno riconosciuto che «non vi è ragione di circoscrivere le ipotesi di revoca per *abolitio* disciplinate dall'art. 673 c.p.p. ai casi previsti dall'art. 2 c.p., comma 2, e non anche a quelli del comma 1 ("Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato"), che traggono valore cogente dall'art. 25 Cost., comma 2, [...] avendo l'ordinamento privilegiato il principio fondamentale secondo il quale *nessuna sanzione penale può essere eseguita in relazione ad una condotta per la quale è stata esclusa la rilevanza penale*, anche nel caso in cui si sia formato un giudicato contrario successivamente al tempo dell'intervenuta abrogazione».¹⁸

Stabilito quanto sopra, tuttavia, la Corte di Cassazione, ridimensionando di fatto tali affermazioni di principio, ha individuato in maniera più stringente i *limiti* di applicabilità dell'art. 673 c.p.p., circoscrivendo la revoca della condanna definitiva alla sola ipotesi in cui il giudice della cognizione non si sia *in alcun modo* pronunciato sulla novella legislativa (recante l'*abolitio criminis*).

¹⁸ Ammette invece la revoca della condanna (*sic et simpliciter*) Cass. pen. sez. I, 12/01/ 2012, n. 545, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 304, con annotazione di S. CORBETTA.

In particolare, le Sezioni unite, richiamandosi ai principi di diritto già espressi in precedenza nella sentenza *Basile*¹⁹, hanno rilevato come per principio generale - su cui si tornerà *infra* § II, 2.3.3. - l'intervento del giudice dell'esecuzione debba ritenersi sempre precluso in caso di errore *valutativo* e ammissibile soltanto laddove il giudice della cognizione sia incorso in un mero errore *percettivo*.

Applicando tali principi al caso di specie, le Sezioni Unite hanno escluso la possibilità di emendare la sentenza di condanna in *executivis* nell'evenienza in cui il giudice della cognizione abbia preso in considerazione la modifica legislativa e ne abbia escluso *motivatamente* l'effetto abrogativo (errore *valutativo*); di contro la Corte ha ritenuto possibile la revoca della condanna nei casi in cui il giudice della cognizione non abbia rilevato *tout court* l'intervento modificatore del legislatore e, conseguentemente, abbia ommesso di considerare l'evenienza di *abolitio criminis* (errore *percettivo*).

Per tali ragioni la Corte ha enunciato il seguente principio di diritto: «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».

3. Considerazioni preliminari: i diversi paradigmi esplicativi adottati dalle due Corti.

Prima di esaminare le opinioni espresse in dottrina sulla vicenda di diritto considerata, si ritiene opportuno sinteticamente raffrontare le decisioni sopra ripercorse al fine di evidenziare il diverso '*paradigma esplicativo*' adottato dall'una e dall'altra Corte, avuto riguardo specialmente al ruolo riconosciuto (seppur per via implicita) al formante giurisprudenziale, nonché ai principi costituzionali rilevanti nelle due prospettive.

¹⁹ Cass. pen., Sez. un., 27/11/2014, n. 6240, con cui le Sezioni unite hanno stabilito il seguente principio di diritto: «L'applicazione di una pena accessoria *extra* o *contra legem* da parte del giudice della cognizione può essere rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell'esecuzione, purché essa sia determinata per legge (o determinabile, senza alcuna discrezionalità) nella specie e nella durata, e non derivi da un errore valutativo del giudice della cognizione». A commento della sentenza v. F. COSTANTINI, *L'intervento in executivis per erronea applicazione di una pena accessoria tra principio di legalità e intangibilità del giudicato: la decisione delle Sezioni unite*, in *Cass. Pen.*, 7-8, 2015, p. 2578 ss.

3.1. Il ‘modello’ della Corte Costituzionale: giudice creatore di diritto e applicazione del principio della *lex mitior*.

Principiando dalla pronuncia costituzionale, è possibile rilevare come la Consulta sembri aver di fatto riconosciuto - quasi *esaltato* - in prima battuta il ruolo *creativo* del giudice penale, assumendo come «non implausibile» l’ipotesi di partenza del giudice *a quo*, per cui l’*abrogatio* - se si vuole, il restringimento dei soggetti attivi dal reato - fosse conseguita nel caso di specie alla mera attività giurisprudenziale.

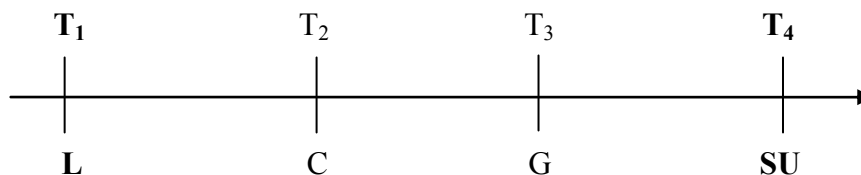
Adottando tale ipotesi di partenza, premessa indispensabile per la decisione di infondatezza della questione costituzionale, la Corte pare aver riconosciuto *indirettamente* la possibilità che nel nostro ordinamento il giudice possa assumere di fatto un ruolo quanto meno *attivo* nell’applicazione del diritto, divenendo egli stesso in talune ipotesi *fautore* dell’abrogazione del reato - già superato, evidentemente, il paradigma di matrice illuministica che lo vorrebbe mero interprete (“*bouche*”) della legge.

Solo principiando da tale assunto di base si spiega la motivazione - e soprattutto l’impegno nella stessa profuso dalla Consulta - volti a negare a una simile attività forza (e rango) di legge.²⁰

Nel modello esplicativo adottato dalla Corte Costituzionale, inoltre, quanto ai principi che governano l’efficacia delle norme penali nel tempo, viene in considerazione precipuamente il principio della retroattività *in mitius*, di cui appunto si discute l’applicabilità *anche* rispetto alla decisione (successiva e ‘più favorevole’) delle Sezioni Unite.

²⁰ Peraltro, proprio perché la questione di legittimità costituzionale concerneva precipuamente il ruolo da riconoscersi alla ‘fonte’ giurisprudenziale nel moderno diritto penale, la pronuncia della Corte Costituzionale si sviluppa secondo cadenze dal carattere fortemente istituzionale, volte chiaramente a riaffermare i principi cardine del nostro ordinamento, primo fra tutto il principio di separazione dei poteri che nega forza vincolante ‘di legge’ alle decisioni giurisprudenziali. Tale precipuo carattere della sentenza costituzionale giustifica le posizioni assunte in merito dalla dottrina, colorandosi i commenti degli studiosi spesso di una forte carica ideologica (nella contesa tra diritto penale ‘moderno’ vs. riaffermazione principi costituzionali).

Esemplificativamente, si consideri tale ricostruzione:



Dove:

L in T₁ è la novella legislativa;

C in T₂ è la condotta imputata;

G in T₃ è il formarsi del giudicato di condanna;

SU in T₄ è l'intervento delle Sezioni Unite *Alacev*.

Come è evidente in questo modello esplicativo la forza abrogativa è concentrata in T₄ sulla decisione delle Sezioni Unite, delle quali dunque si chiede l'applicazione *retroattiva* alle condotte poste in essere prima dell'intervento della Cassazione (T₂) e già giudicate con sentenza definitiva (T₃).

3.1.1. Evoluzione e involuzione del principio della *lex mitior*

Da tale punto di vista, e in una prospettiva di più ampio respiro, peraltro, si noti che esaminando la portata applicativa della retroattività della norma penale più favorevole, la Corte Costituzionale, con la pronuncia in esame, ha altresì evidentemente posto un 'freno' al moto *ascendente* che aveva connotato negli anni precedenti il principio della *lex mitior*.²¹

²¹ La letteratura sul tema è molto vasta, *ex multis* v. L. DELLI PRISCOLI - F. FIORENTIN, *La Corte Costituzionale e il principio di retroattività della legge più favorevole al reo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1180 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012; V. MAIELLO, *Il rango di retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1614 ss.; G. DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di diritto intertemporale della legge penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, p. 231 ss.; D. PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 950 ss.; M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013; V. ONIDA, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in Bin-Brunelli-Pugiotto-

Come noto, infatti, a partire dalle fondamentali decisioni n. 393 e 394 del 2006, la Corte Costituzionale ha riconosciuto al principio della retroattività della norma penale favorevole *rango costituzionale*, ancorando la garanzia in parola al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.²²

Anche in considerazione del riconoscimento che il principio aveva ricevuto a livello internazionale – con riferimento in particolare all'art. 15, primo comma, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, e all'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – la Corte ha individuato la copertura costituzionale del principio di retroattività *in mitius* non già nel disposto di cui all'art. 25 co. 2 Cost.²³, ma precipuamente nel principio di

Veronesi (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, p. 285 ss.; M. SCOLETTA, *Retroattività in mitius e pronunce di incostituzionalità in malam partem*, in Bin-Brunelli-Pugiotto-Veronesi (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, p. 342 ss.; prima della costituzionalizzazione del principio, anche G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, 2006, p. 89 ss.

²² La Corte Costituzionale ha dunque non ha avallato l'esegesi proposta da autorevole dottrina di ancorare il principio della *lex mitior* al più generale principio del *favor libertatis*; in tal senso A. PAGLIARO, *La legge penale nel tempo*, (voce), in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973(c), p. 1064 ss.. Ha invece ratificato il diverso orientamento, invero consolidatosi in dottrina, di fondare la retroattività sul principio di eguaglianza-ragionevolezza; in questo senso, per tutti, v. G. VASSALLI, *Abolition criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 377 s.

Ricollega invece il principio in parola alla finalità rieducativa della pena, perché non avrebbe senso “infliggere e, a maggior ragione, eseguire la pena nei confronti del reo, quando è venuto meno il presupposto “obiettivo”, culturale della (esigenza di) rieducazione, vale a dire quel disvalore criminale del fatto commesso, del quale l'autore dovrebbe (ri)acquistare sofferta consapevolezza attraverso appunto l'esperienza della pena”, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino, 2004, p. 306.

²³ Cfr. diffusamente anche la sentenza Corte Cost. n. 236 del 2011, per cui “Questa Corte ha reiteratamente affermato che il principio di retroattività della disposizione penale più favorevole al reo - previsto a livello di legge ordinaria dall'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, cod. pen. - non è stato costituzionalizzato dall'art. 25, secondo comma, Cost., che si è limitato a sancire l'irretroattività delle norme incriminatrici e, in generale, delle norme penali più severe. Esso, dunque, ben può subire deroghe per via di legislazione ordinaria, quando ne ricorra una sufficiente ragione giustificativa (ex plurimis: sentenze n. 215 del 2008, n. 393 del 2006, n. 80 del 1995, n. 74 del 1980, n. 6 del 1978; ordinanza n. 330 del 1995).

Secondo la giurisprudenza costituzionale, infatti, «il principio di retroattività della *lex mitior* ha una valenza ben diversa, rispetto al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole. Quest'ultimo si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale. (...) In questa prospettiva, è dunque incontestabile che il principio di cui si tratta non trova diretto riconoscimento nell'art. 25, secondo comma, Cost. in tutte le sue espressioni: e, cioè, non soltanto con riferimento all'ipotesi della nuova incriminazione, sulla quale pure la formula costituzionale risulta all'apparenza calibrata; ma anche con riferimento a quella della modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di un fatto già in precedenza penalmente represso. In questi termini, il principio in parola si connota, altresì, come valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali. (...) Invece, il principio di retroattività della norma più favorevole non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, per l'ovvia ragione che, nel caso considerato, la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, al quale l'autore si

uguaglianza «che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice» (sentenza n. 394 del 2006).²⁴

La Corte Costituzionale, peraltro, ha altresì riconosciuto come l'art. 3 Cost. segni non solo il fondamento della retroattività *in mitius*, ma altresì il *limite* del medesimo principio, connotando la garanzia in parola alla stregua di un canone *relativo*, derogabile per *ragioni legittime*; lo stesso fondamento costituzionale della *lex mitior*, pertanto, consentirebbe per sua natura - a differenza del principio assoluto e inderogabile di legalità - la possibilità di operare un bilanciamento di interessi.

In particolare, quanto al giudizio costituzionale inerente al rispetto del principio in parola, si è anzitutto riconosciuto come la garanzia della *lex mitior* sia « suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo (*ex multis*: sentenze n. 215 del 2008, n. 394 del 2006, n. 74 del 1980 e n. 6 del 1978)».

Rispetto, inoltre, ai canoni concretamente impiegati dal giudice delle leggi per verificare la legittimità costituzionale di una simile deroga, si noti che la Corte Costituzionale opera, a seconda dei casi esaminati, sia un giudizio di uguaglianza di tipo *triadico* (specialmente laddove consideri i casi di *abolitio criminis*), sia un giudizio di ragionevolezza di tipo interno; con l'ulteriore precisazione che in caso di *lex mitior* il

era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo. In quest'ottica, la Corte ha quindi costantemente escluso che il principio di retroattività in *mitius* trovi copertura nell'art. 25, secondo comma, Cost.» (sentenza n. 394 del 2006).”

²⁴ Sul fondamento della *lex mitior* v. anche C. SOTIS, *Le “regole dell'incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, p. 91 ss., secondo cui “proporzione e retroattività in *mitius* sono tra loro collegate”, avanzando la proposta di fondare il principio della *lex mitior* sul principio di proporzione formale di cui all'art. 49 della Carta di Nizza. La strada ‘alternativa’, per il giurista italiano, porta a risultati particolarmente interessanti soprattutto rispetto al limite del giudicato, presentandosi il giudizio di proporzionalità come un canone “meno duttile” e, quindi, parrebbe più stringente (almeno nelle ipotesi in cui sia lo stesso legislatore a rivalutare la proporzione tra reato e pena intervenendo con una novella *in mitius*) v. p. 122 ss. Al testo si rimanda anche per una ricostruzione efficace delle tappe cronologiche della “parabola della *lex mitior*”, a p. 69 ss.

Sul fondamento costituzionale, anche con riguardo alle diverse teorie dottrinali, v. C. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008, p. 9.

criterio adottato dalla Corte appare più stringente di quello usualmente adoperato della ‘non manifesta irragionevolezza’, richiedendosi un *vaglio positivo di ragionevolezza*.²⁵

In merito, rispetto alle ragioni che possono legittimamente derogare il principio della retroattività della legge penale più favorevole, si è inoltre evidenziato come tale giudizio di bilanciamento debba - *dovrebbe* - articolarsi differentemente in ragione del diverso ‘peso’ (valore) della deroga stessa²⁶.

Laddove, infatti, venga in rilievo un caso di *abolitio criminis*, la garanzia in parola assumerebbe un significato e un valore tale da escludere l’ammissibilità di qualsivoglia ragione derogatrice, assumendo in tale ipotesi «uno statuto costituzionale fortissimo, ragionevolmente accostabile a quello del principio di legalità».

Se anche modifiche del trattamento sanzionatorio sottendono «mutamenti di valutazione circa la meritevolezza o il bisogno di pena; mutamenti meno radicali che nel caso di *abolitio criminis*, ma che possono assumere una forte consistenza rispetto agli interessi tutelati dal criterio della *lex mitior*, e pongono *prima facie* un serio problema di legittimità di eventuali deroghe»²⁷, vi sarebbero invece ipotesi di successione di leggi penali nel tempo che esprimerebbero un mutamento di valutazione del disvalore del fatto meno univoco e meno certo. Nel caso paradigmatico della contrazione dei termini di prescrizione, ad esempio, la scelta legislativa conseguirebbe solo in parte a un mutato disvalore sociale e richiederebbe, per derogare all’applicazione retroattiva, un giudizio di ragionevolezza quanto meno differente.

La verifica sulla ragionevolezza-bilanciamento di interessi, infatti, dovrebbe atteggiarsi diversamente a seconda della differente natura assiologica delle modifiche legislative *in mitius*, riconoscendosi al principio un valore senza dubbio più forte - e dunque più difficilmente derogabile - per quelle variazioni che «tocchino il nucleo fondamentale delle valutazioni sul lecito e l’illecito e sulla natura della reazione punitiva»²⁸.

²⁵ Come è stato rilevato, pertanto, rispetto alla *lex mitior* il principio di uguaglianza si comporta al contempo sia come diritto (costituendo il fondamento della garanzia stessa), sia come criterio “perché il giudizio sui *limiti* che possono porsi a questo diritto è di ragionevolezza”; C. SOTIS, *Le regole dell’incoerenza*, cit., p. 127.

²⁶ D. PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, cit.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 954.

3.1.2. Il confronto con la garanzia convenzionale

Le conclusioni raggiunte dalla Corte Costituzionale in punto di ‘*derogabilità giustificata*’ della *lex mitior*, sono state altresì ribadite e tenute ferme anche a fronte della assunzione del medesimo principio tra i diritti dell’uomo sanciti dalla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali (sentenza *Scoppola c. Italia*)²⁹.

Dalla giurisprudenza della Corte Edu, difatti, secondo il giudice delle leggi non discenderebbe in alcun modo il carattere assoluto del principio, che ben rimane suscettibile di bilanciamenti con altri interessi contrapposti: «Nulla la Corte ha detto per far escludere la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività in *mitius* subisca deroghe o limitazioni: è un aspetto che la Corte non ha considerato».³⁰

Sulla portata della garanzia convenzionale, peraltro, occorre altresì ricordare che essa appare limitata alle norme che prevedono i *reati* e le relative *sanzioni*, operando - *apparentemente* - su un ambito ben più ristretto rispetto a quello contemplato dal principio nazionale, che viceversa, per espressa previsione legislativa *ex art. 2 co. 4 c.p.*, appare applicabile a qualsiasi «disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche *in melius* di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa, incidendo sul complessivo trattamento riservato al reo»³¹.

Sul punto, tuttavia, pare opportuno fare chiarezza.

A livello convenzionale, infatti, è vero che la retroattività della norma favorevole si applica solo alle disposizioni che prevedono i reati e le sanzioni, ma, nell’identificare tali norme rilevanti (i reati e le pene), la Corte di Strasburgo sembra adoperare un criterio più ampio di quello ‘nostrano’, soprattutto per quanto riguarda la *pena*, successiva e più favorevole.

²⁹ C. Edu, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03.

³⁰ Corte. Cost. n. 236 del 2011, §16.

³¹ *Ibidem*, §14.

Circa i rapporti tra i due principi v. C. PINELLI, *Retroattività della legge più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3047 ss.; F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu: riflessioni in margine alla sentenza n. 236/2011*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 settembre 2011; F. MAZZACUVA, *L’interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes - V. Zagrebelsky, Milano 2011.

Infatti, se a livello nazionale il principio della *lex mitior* dovrebbe operare a fronte di una mutata valutazione sociale e legislativa del disvalore del fatto, a livello sovranazionale sembra che una tale applicazione sia assicurata ogni qual volta *vari, a prescindere dalla ragione sottostante*, il carico sanzionatorio inizialmente applicabile al fatto di reato.

Così, nel caso *Scoppola c. Italia*³², in cui per la prima volta la Corte ha riconosciuto il principio in parola, la garanzia è stata applicata a una norma schiettamente di stampo procedurale che, a fronte dell'accettazione da parte dell'imputato del (più celere) procedimento abbreviato, prevedeva la sostituzione premiale della pena dell'ergastolo con la reclusione ad anni trenta³³.

Le particolarità del caso, peraltro, spiegano altresì perché la Corte di Strasburgo abbia ancorato il principio della *lex mitior* alla garanzia di cui all'art. 7 (*nulla poena sine lege*), attraverso un apparato argomentativo che, facendo leva sul concetto di prevedibilità (per cui «La Corte osserva che l'obbligo di applicare, tra molte leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa a un altro elemento fondamentale dell'articolo 7, ossia quello della prevedibilità delle sanzioni»³⁴) è apparso ai più piuttosto fragile, quanto meno *malfermo*, nel dotare il principio in parola una solida base convenzionale.

In effetti, nel caso di specie il ricorrente aveva commesso il fatto in un momento in cui non era prevista la possibilità per l'imputato che incorreva in una condanna all'ergastolo di potersi avvalere del rito abbreviato; in giudizio, reintrodotta tale possibilità, egli aveva accettato il rito abbreviato sulla base della nuova disposizione legislativa che prevedeva in via premiale lo 'sconto' di pena dall'ergastolo ad anni trenta. Conclusosi il

³² C. Edu, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03.

³³ Che una tale norma sia, di contro, nell'ordinamento interno chiaramente procedurale è evidenziato da G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, cit., che a p. 79, riporta l'ordinanza della Corte Costituzione 24 settembre 1990 n. 419 in cui la Corte precisa che «si tratta di norme processuali [...] anche se prevedono effetti sostanziali favorevoli - una riduzione di pena - per chi si avvalga del c.d. patteggiamento. Si tratti di effetti che giacciono al di fuori delle previsioni dell'art. 2, secondo e terzo comma c.p., che abbracciano le sole ipotesi in cui si sia verificata una «mutata valutazione sociale del fatto», che impone di «non sottoporre a punizione (o a una più grave punizione) il fatto tipico»; per contro, gli «effetti sostanziali più favorevoli» (la riduzione di pena) previsti dalle norme sul c.d. patteggiamento servono «soltanto al fine di stimolare la richiesta di applicazione di un dato istituto processuale, senza assurgere a mutata valutazione sociale, in senso favorevole al reo, del fatto oggetto del giudizio, previsto e punito dalla norma penale sostanziale»

³⁴ C. Edu, *Scoppola c. Italia*, cit., §108.

giudizio di primo grado con l'applicazione di tale sanzione ridotta, la Corte d'appello, tuttavia, applicando la norma successiva più sfavorevole (nel frattempo intervenuta), aveva modificato la pena del ricorrente applicando l'ergastolo senza isolamento diurno. La vicenda concreta da cui la decisione prede le mosse, dunque, potrebbe forse meglio dar conto della fragilità dell'argomentazione adottata dalla Corte di Strasburgo nella misura in cui ha qualificato le disposizioni nel caso di specie rilevanti alla stregua di norme *sostanziali* - la cui successione favorevole in realtà dovrebbe il mutato disvalore sociale del fatto -, cui applicare la regola della retroattività *in mitius*.

Più coerentemente, infatti, sarebbe apparso qualificare tali regole soltanto come disposizioni *procedurali*, affermando esclusivamente - come pure la Corte ha fatto considerando la possibile violazione dell'art. 6 CEDU - il divieto dello Stato di modificare, 'a partita in corso', le regole del gioco.

Una volta conclusosi l'accordo con la controparte statale (rito più celere a fronte dello sconto di pena x), infatti, è evidente che un cambio di regole in senso peggiorativo (rito più celere per il diverso e minore sconto di pena y), viola i principi dell'equo processo, avendo il soggetto confidato sulla disposizione iniziale e quindi *previsto* l'applicazione della pena x in luogo di quella più grave y .³⁵

Aggiungere alle garanzie già stabilite dall'art. 6, anche una tutela 'derivata' dall'art. 7, in tale contesto e per la natura delle disposizioni interne considerate, è apparsa un'operazione ermeneutica quanto meno dubbia.

3.2. Il modello esplicativo adottata dalla Corte di Cassazione.

Tornando sul piano di diritto interno e riprendendo il raffronto tra le due pronunce già esaminate, occorre ora considerare la decisione delle Sezioni Unite *Mraidi*.

In relazione a tale pronuncia, anzitutto, è possibile rilevare, quanto al *ruolo* del formante giurisprudenziale, come in questo caso paia profilarsi - nella dicotomia *testo legislativo*

³⁵ La Corte ha affermato, §139: «La Corte ritiene che un imputato deve poter aspettarsi che lo Stato agisca in buona fede e tenga debitamente conto delle scelte processuali della difesa, utilizzando le possibilità offerte dalla legge. È contrario al principio della sicurezza giuridica e della tutela della fiducia legittima delle persone sottoposte a giudizio che uno Stato possa, in maniera unilaterale, ridurre i vantaggi derivanti dalla rinuncia ad alcuni diritti inerenti alla nozione di processo equo. Poiché tale rinuncia viene fatta in cambio di detti vantaggi, non si può considerare equo che, una volta che le autorità interne competenti hanno accettato di adottare una procedura semplificata, un elemento fondamentale dell'accordo tra lo Stato e l'imputato venga modificato a svantaggio di quest'ultimo senza il suo consenso».

invariato vs. testo legislativo variato, cui corrisponde la coppia *mutamento interpretativo vs. mera ricognizione della voluntas legis* – la figura di un giudice *bifronte*.

Per un verso, infatti, la Cassazione ha riconosciuto che, nei casi in cui sia occorsa effettivamente una *mutatio* legislativa, il nuovo orientamento adottato successivamente dalle Sezioni Unite in nulla innovi il quadro normativo, limitandosi la Corte a chiarire - in una visione *blackstoniana* del diritto - il significato che la disposizione ha *da sempre* - meglio, *dalla sua entrata in vigore* - avuto.

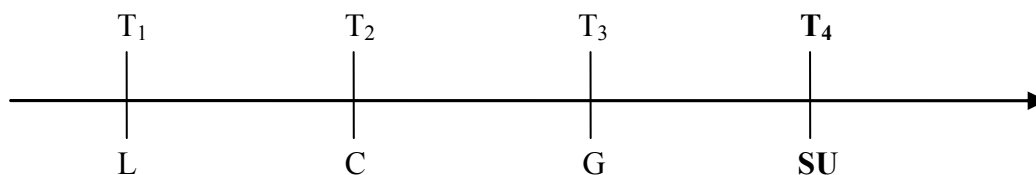
Utilizzando l'immagine del dio Giano, è il volto del giudice che guarda al passato ovvero, sull'uscio, all'interno dell'edificio del diritto.

D'altro canto, tuttavia, la Corte sembra aver ammesso altresì – seppur in termini negativi, ossia all'unico scopo di escluderne la ricorrenza nel caso di specie – un ruolo *creativo* della giurisprudenza, da individuarsi - *a contrario* - ogni qual volta rimanga invariata la disposizione legislativa interpretata e ciononostante muti l'orientamento esegetico (*la norma*) sviluppato in merito dalla giurisprudenza.

In questo caso, assente evidentemente la 'mano parlamentare', il mutamento di diritto parrebbe provenire (esclusivamente) dal formante giurisprudenziale; sembrerebbe questo il volto del giudice rivolto al futuro ovvero all'esterno dell'architettura normativa costruita dal legislatore.

In tale paradigma esplicativo, peraltro, - continuando il raffronto delle due decisioni sul terreno dei principi di diritto intertemporale - riconosciuto come rilevante nel caso di specie soltanto il primo *tipo* giurisprudenziale - 'scopritore' e non creatore del diritto - viene in considerazione il principio di legalità, di cui si verifica - si *testa* - la forza di resistenza rispetto al contrastante *interesse* del giudicato.

Esemplificativamente, si consideri tale ricostruzione:



Dove:

L in T₁ è la novella legislativa;

C in T₂ è la condotta imputata;

G in T₃ è il formarsi del giudicato;

SU in T₄ è l'intervento delle Sezioni Unite.

Come è evidente in questo modello esplicativo nessun tipo si rilievo assume la decisione delle Sezioni Unite, concentrandosi la forza abrogativa esclusivamente sulla fonte di legge al tempo T₁.

Da quanto detto, risulta chiaro come, mentre nella prima pronuncia (della Corte Costituzionale) assume un ruolo centrale il 'precedente' delle Sezioni Unite, in uno con la possibile espansione della *lex mitior* anche al mutamento giurisprudenziale, nella seconda decisione (della Corte di Cassazione) l'attenzione si sposta di contro sul principio di legalità considerato nel suo rapporto col contrastante - e in questo caso, si è visto, parzialmente *sovrastante* - interesse del giudicato.

I due modelli esplicativi, tuttavia, risultano accomunati quanto al tema di fondo - sottotraccia - riguardante sostanzialmente il principio di legalità, nella prima ottica, 'assediato' dal controparte togata, nella seconda 'frenato' dall'irrevocabilità della sentenza definitiva.

In entrambe le prospettive, infatti, pare in ultima analisi che venga in rilievo la garanzia del monopolio legislativo nella scelta dei fatti da punire e (nei confronti dei giudici comuni) anche di quelli da *non punire*; egemonia ‘minacciata’ sia riconoscendo in capo ai giudici un vero e proprio potere ‘abolitivo’ dei reati di creazione parlamentare (primo paradigma), sia anche, ma in maniera opposta, ammettendo la facoltà in capo alle corti di *punire* (non rilevando l’*abolitio* parlamentare) fatti che il legislatore non ha voluto incriminare (secondo paradigma).

4. Gli atteggiamenti della dottrina sulle soluzioni adottate.

Ricostruiti i (divergenti) modelli delineati dalle decisioni sopra analizzate, è possibile ora esaminare le diverse reazioni che in merito si sono registrate in dottrina.

Sul punto, è bene considerare che le opinioni manifestatesi al riguardo possono distinguersi innanzi tutto a seconda del ‘modello’ considerato, ossia a seconda che ci si ponga: (a) nell’ottica adottata dalla Corte Costituzionale ovvero (b) in quella adoperata dalle Sezioni Unite.

In particolare:

sub (a), assumendosi che l’*abolitio* sia di derivazione giurisprudenziale, si è tratto di esaminare se sia possibile (meglio, se sia ragionevole ovvero convenzionalmente o costituzionalmente imposto) estendere il principio della *lex mitior* anche al diritto di ‘fonte giurisprudenziale’;

sub (b), scartato il tema del ruolo dell’interpretazione *iudicis* e assumendosi di converso - per lo meno nel caso considerato - che l’*abrogatio* sia promanata esclusivamente dal legislatore, si è posta piuttosto la questione di considerare se è possibile tollerare, in nome del giudicato, l’esecuzione di una pena per un fatto *lecito* ovvero se, viceversa, è possibile travolgere in tale ipotesi la condanna divenuta già definitiva.

A monte di tali problematiche, inoltre, vi sono le posizioni di coloro che si sono occupati precipuamente proprio di tale ‘mutamento di paradigma’, considerando se

l'*abrogatio* occorsa nel caso di specie dovesse ritenersi derivata dalla fonte giurisprudenziale o da quella legislativa.³⁶

Tali opinioni, in realtà, propendendo per la seconda soluzione, proposta commentando la sentenza 230 del 2011 e dunque in momento anteriore alla pronuncia delle Sezioni Unite, sembrano di aver fatto paventato la strada successivamente percorsa dalla Corte di Cassazione.

In particolare, tali Autori hanno negato *in radice* la possibilità per il formante giurisprudenziale di operare una vera e propria *abolitio criminis*, riconoscendo la fonte dell'abrogazione del reato esclusivamente nella novella legislativa del 2009.

Tale conclusione, peraltro, rimarrebbe valida anche se dopo la *novatio legis* si svilupparono effettivamente posizioni contrastanti in giurisprudenza circa la portata delle modifiche parlamentari: tale attività interpretativa, infatti, in caso di *abolitio criminis* tacita, sarebbe fisiologica e non condurrebbe in alcun modo all'individuazione di spazi di creatività giurisprudenziali.³⁷

A tale opinione critica, si aggiunge anche la posizione di chi ha all'uopo evidenziato - esattamente come in seguito ha fatto la Corte di Cassazione - l'importanza di considerare se il testo legislativo, oggetto della diversa interpretazione delle corti, sia variato o sia rimasto inalterato; nel primo caso («ripensamento della precedente esegesi compiuta sopra un testo normativo appena novellato dal legislatore»), infatti, «non è certamente l'*overruling* giurisprudenziale la fonte della vicenda abolitiva con effetti iperretroattivi; a fondamento dell'abrogazione vi è pur sempre l'atto del legislatore che incide sull'ordinamento penale, circoscrivendolo».³⁸

4.1. Sulla possibilità di estendere il principio della *lex mitior* al diritto giurisprudenziale. Argomenti a favore.

Guardando anzitutto alle posizioni espresse adottando la prospettiva della Corte Costituzionale, e dunque considerando la possibilità di estendere il principio della *lex*

³⁶ Specialmente O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, fasc. 5, p. 3464 e M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, p. 246 ss.

³⁷ In tal senso specialmente O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, cit., p. 3464.

³⁸ M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 262.

mitior (meglio, la portata dell'art. 673 c.p.p.) anche al diritto di derivazione giurisprudenziale, si sono registrate in dottrina posizioni differenti.

A partire da quelle più permissive, favorevoli a un ampliamento della sfera della garanzia in parola, si è principalmente valorizzato il ruolo del precedente giurisprudenziale nell'attuale ordinamento penale, anche contrapponendolo a schemi 'vetusti', che nulla concederebbero ai diritti fondamentali dell'individuo (diritti da porre oggi, di converso, al centro della riflessione giuridica).

In particolare, quanto al valore del precedente, in aperta contrapposizione con le argomentazioni impiegate dal giudice delle leggi, si è evidenziato come il diritto giurisprudenziale si connota in realtà (e altresì a differenza dall'ormai sempre più fluente diritto di fonte legislativa) per un'intrinseca - meglio, *genetica* -, stabilità.

In particolare la fermezza dell'interpretazione giurisprudenziale deriverebbe dal principio stesso di separazione dei poteri, risultando soltanto gli organi di direzione politica veramente liberi di «cancellare con un colpo di spugna quanto dapprima da loro stessi scritto [...] proprio perché decisori politici».³⁹

«Di contro, il giudice è sempre tenuto a rendere conto di ciò che fa e del perché lo fa [...]. Il giudice è obbligato a dare certezza del diritto e certezze ai diritti; e può farlo ad una sola condizione: che renda prevedibile il proprio operato, appunto alla luce dei precedenti».⁴⁰

Il vincolo della motivazione che graverebbe su ogni giudice, dunque, determinerebbe, in uno con la soggezione del giudice soltanto alla legge, la stabilità del diritto giurisprudenziale, che muterebbe - per lo meno fisiologicamente - soltanto a situazione normativa *variata*, qualora cioè si modificchino o la disciplina giuridica o gli «elementi o condizioni a contorno».^{41 42}

³⁹ A. RUGGERI, *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in www.giurcost.org.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*. Il vincolo del precedente sarebbe al servizio della prevedibilità della decisione giudiziale anche secondo M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 2015, n. 44, p. 171.

⁴² In generale, sul precedente nel sistema italiano v. il lavoro monografico di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014; sulla centralità del precedente nell'argomentazione giuridicata, quale «fattore essenziale e decisivo in sede di interpretazione», M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, 2007; sul principio della presunzione a favore del precedente, e della conseguente 'inversione' dell'onere motivazionale, riscontrabile tanto nei sistemi di *common law*, quanto in quelli di *civil law*. cfr. M. KRIELE, *Il precedente nell'ambito giuridico*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile, Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà*, Padova, 1988, p. 515 ss., cui si rimanda anche per un'analisi di tipo storico (p. 523 ss.). Sul ruolo del precedente in atto, con accenno al

A sostegno del già esistente vincolo del precedente, inoltre, si è evidenziato come lo stesso sistema procedurale appaia costruito in ragione della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, al fine di assicurare un'eguale applicazione del diritto in tutti i casi sottoposti all'attenzione delle nostre corti. Se è vero infatti che il giudice è soggetto soltanto alla legge, non di meno dovrebbe rilevarsi come la possibilità di discostarsi dal precedente sia ammessa solo "per gravi ragioni" (tali da legittimare la sovversione del 'legittimo affidamento', sconfessando la prevedibilità creata dal precedente); nonché come il vincolo di uniformarsi alla decisione della Cassazione esista già nell'ipotesi del giudizio di rinvio e come tale meccanismo, applicandosi potenzialmente ad ogni decisione in cui il giudice si sia discostato dal *dictum* della Cassazione, realizzi di fatto proprio quel sistema di applicazione uniforme del precedente sconosciuto dalla Corte Costituzionale.⁴³

Il ruolo del formante giurisprudenziale appare in quest'ottica senza dubbio valorizzato anche alla luce di una realtà giuridica fortemente mutata rispetto al passato, che richiederebbe l'utilizzo di nuovi paradigmi euristici che non si «rifaccia[no] a schemi ormai vetusti, dei veri e propri ferri arrugginiti, espressivi di una realtà ormai superata, e che tenga[no] piuttosto conto degli sviluppi avutisi nei rapporti fra gli ordinamenti (e, in seno a questi ultimi, tra i loro organi) e del bisogno da essi manifestato a che siano salvaguardati gli equilibri di ordine istituzionale venutisi nel frattempo a formare, anche (e soprattutto) in ragione delle pretese crescenti di appagamento vantate dai diritti e, in genere, da interessi un tempo inavvertiti».^{44 45}

problema dei criteri che devono presiedere all'interpretazione del precedente (e quindi dei criteri utili a ricercare la *ratio decidendi* ed a distinguerla dall'*obiter dictum* - su cui anche G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per l'interpretazione delle sentenze*, in *Foro.it*, 1964, V, c. 73 ss., e in M. BIN, *Il precedente giudiziario*, 1995, p. 11 ss.) e sulla necessità di conoscenza del precedente, nonché di un adeguato maneggio, anche M. MELONI, *Il ruolo del precedente nella Corte di Cassazione*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Cocco, Padova, 2005 p. 163 ss.

⁴³ M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., p. 170 ss.

L'autore rileva inoltre che dopo la Sezioni unite tutti i giudici sarebbero comunque tenuti ad applicare l'interpretazione favorevole, poiché in caso contrario - ovverosia, condannando l'imputato - violerebbero il diritto convenzionale di irretroattività in *malam partem*.

In realtà, a nostro avviso, il diritto convenzionale si esplica solo su un'esigenza di calcolabilità, prevedibilità, dell'applicazione dell'interpretazione sfavorevole; in ipotesi di *overruling*, essendo evidentemente l'interpretazione sfavorevole affermata anteriormente alla condotta dell'imputato, sembra arduo ravvisare una violazione del principio in parola.

⁴⁴A. RUGGERI, *L'"intensità" del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema"*, in *www.giurcost.org*, p. 24, con particolare riferimento alla necessità di ideare nuovi paradigmi per comprendere il ruolo del giudice.

Anche muovendosi all'interno del più rigoroso rispetto dei principi cardini del nostro ordinamento, peraltro, si è rilevato come il principio di separazione dei poteri - facendo leva storicamente sui rapporti tra potere legislativo e potere esecutivo - non debba essere inteso nel senso di limitare oltremodo il potere giudiziale, il quale, appunto perché "bocca della legge", è chiamato a ricostruire il contenuto dei testi normativi, rappresentando «lo strumento determinativo finale del contenuto della legge, rispetto al quale il legislatore non possiede mezzo diretto di intervento sostitutivo».⁴⁶

Tali posizioni, richiamando l'attenzione anche sull'esigenze della realtà giuridica attuale, sottolineano, in ultima analisi, altresì il 'ruolo' dei diritti, la cui tutela, in questa prospettiva, reclama evidentemente soluzioni diverse da quelle raggiunte dalla Corte Costituzionale.

All'uopo, si è anzitutto richiamato il rispetto del principio di eguaglianza⁴⁷, che vieterebbe di punire un soggetto soltanto perché giudicato prima dell'intervento delle Sezioni Unite, a differenza dell'imputato chiamato a giudizio in un secondo momento.

Anche lo stesso diritto di libertà e dignità individuale, d'altra parte, reclamerebbero una soluzione in tal senso orientata, legittimando eccezionalmente il travolgimento del giudicato penale.⁴⁸

Sull'esigenza di adeguarsi alla nuova realtà moderna v. soprattutto M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., pag. 168 ss.

⁴⁵ Si noti, propria nella prospettiva della tutela dei diritti, da attuarsi mediante un 'dialogo tra Corti', si valorizza particolarmente il ruolo del giudice e, in particolare, le «potenzialità razionalizzanti del giudizio e del suo consolidarsi nella giurisprudenza»: da qui pare passare la «ricerca di un nuovo ordine pubblico - di volta in volta europeo o internazionale - fondato sulla tutela dei diritti umani»; così G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Editoriale Scientifica, 2007, p. 37 s.

⁴⁶ F. BERTOLINI, *Dal confronto con ordinamenti "altri", la riflessione sulla propria identità*, in *Giur. It.*, 2013, 8-9, p. 1911.

⁴⁷ In questo senso, in particolare, v. F. VIGANÒ, Nota introduttiva a *Mutamento in bonam parte del diritto giurisprudenziale e revoca del giudicato: la palla torna al giudice ordinario?*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 ottobre 2012.

Similmente anche G. DE FRANCESCO, *Due temi controversi: lo sviluppo del 'diritto giurisprudenziale' ed i principi inerte temporali della legge penale*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero; S. Moccia; G. De Francesco; G. Insolera, Napoli, 2016, p. 281, indica nella previsione costituzionale della funzione rieducativa della pena, in uno con il principio di uguaglianza, le statuizioni di principio atte a regolare le modificazioni *in mitius* della giurisprudenza. L'A. rileva inoltre come una tale soluzione si ponga «nell'ottica di valorizzazione di quel fondamentale momento personalistico che pervade l'intero tessuto normativo della previsione costituzionale. Ed invero non è fuori luogo osservare che il profilo 'rieducativo' della pena [...] rappresenta esso stesso una prosecuzione ed uno 'svolgimento' di un messaggio sul piano generalpreventivo sensibile all'«attitudine motivazionale» dei destinatari del medesimo».

Infine, orienterebbe nei medesimi termini anche la ‘nuova’ dimensione del principio di retroattività della legge penale favorevole, trasportata oggi «da un senso e una portata oggettivi ad un senso e portata soggettivi»⁴⁹. Nella nuova dimensione della retroattività *in mitius* infatti verrebbe in primario rilievo non tanto il criterio della ragionevolezza - «criterio oggettivo di legiferazione» - quanto piuttosto la «soggettività della persona»⁵⁰; il moto ‘ascensionale’ della *lex mitior* rifletterebbe precipuamente una più generale rivoluzione della realtà giuridica, in cui i diritti fondamentali dell’individuo «non sono più solo un baluardo in negativo in negativo contro il rischio dell’invasività liberticida della sanzione penale, ma implicano una pretesa nuova e cioè che la libertà e la personalità dell’individuo non abbiano a subire limitazioni e pregiudizi senza ragione».⁵¹

Come già in precedenza rilevato, peraltro, il mutamento di paradigma sarebbe ben visibile, a nostro avviso, nell’utilizzo del criterio - ben più stringente della mera *non irragionevolezza* - del *vaglio positivo di ragionevolezza* cui devono soggiacere le deroghe alla retroattività *in mitius*.

4.1.1. Argomenti contrari: la difesa del monopolio parlamentare.

Oltre alle posizioni dinanzi esaminate, vi è chi, di converso ha esaltato il ruolo del principio di legalità, opponendosi all’inclusione del formante giurisprudenziale tra le fonti del diritto, sia in virtù della separazione dei poteri, sia anche per “l’instabilità fisiologica” che connoterebbe il nostro diritto giurisprudenziale.

A monte, peraltro, vi sarebbe la fallacia del «argomentazione per diritti»⁵², propria di quelle spiegazioni che, capovolgendo l’ordine logico tra premessa e conclusioni, legittimerebbero in maniera aprioristica e assolutistica l’esito che meglio garantirebbe i diritti dell’individuo, senza, tuttavia, considerare adeguatamente gli elementi e i fattori contrastanti con il risultato ‘voluto’ dalla logica - capovolta - dei ‘diritti ad ogni costo’.

⁴⁸ A. RUGGERI, *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, cit., per cui il giudicato dovrebbe ‘saltare’ a fronte del nuovo orientamento giurisprudenziale ogni qual volta sia minacciata la dignità della persona.

⁴⁹ F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, *Dir. pen. e proc.*, 2012, 10, p. 1173.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² T.E. EPIDENDIO, *Brevi impressioni e spunti a margine del dibattito su mutamento giurisprudenziale “in bonam partem” e giudicato*, in *www.drittopenalecontemporaneo.it*, 14 dicembre 2012, p. 4.

In particolare, laddove ciò conduca ad accreditare a fonte del diritto il formante giurisprudenziale, tale incedere argomentativo di tipo immediato (massima tutela dei diritti → risultato che massimizza la tutela dei diritti) non considererebbe la fisiologica instabilità del nostro diritto giurisprudenziale, rintracciabile non solo a livello ordinamentale, ma ancor più a livello culturale (rilevando soprattutto l'assenza di una cultura del precedente, con il bagaglio di conoscenze ed abilità - prima tra tutti la tecnica del *distinguishing* - che esso comporterebbe).

A fronte di una giurisprudenza dal carattere diffuso e scarsamente gerarchizzata, il risultato voluto da quegli studiosi favorevoli all'estensione della *lex mitior* rischierebbe di consegnare l'ordinamento a un «diritto penale dell'incertezza».⁵³

A fronte di tali rilievi, dunque, «non deve sembrare una battaglia di retroguardia invocare il principio di legalità, la riserva di legge, l'intangibilità del giudicato. L'aspirazione a una giustizia penale ordinata e, soprattutto, prevedibile è pur sempre la massima garanzia del cittadino dinanzi al potere statale».⁵⁴

4.2. Sulla possibilità di travolgere il giudicato in caso di *abolitio criminis* non rilevata. Argomenti contrari.

Muovendo ora l'attenzione sul secondo 'modello'- quello adottato dalle Sezioni Unite e incentrato sul riconoscimento della legge quale unica fonte dell'*abrogatio* -, si è già detto come in questa diversa prospettiva assumano un ruolo di primario rilievo questioni dal carattere spiccatamente procedurale, domandandosi in dottrina se sia possibile travolgere il giudicato anche allorquando l'*abolitio criminis* sia intervenuta *prima* della condanna definitiva (e, cionondimeno, non sia stata rilevata dal giudice della cognizione).

Parte della dottrina, invero, si è espressa al riguardo in senso negativo, ritenendo che l'ambito applicativo della disposizione di cui all'art. 673 c.p.p. debba considerarsi circoscritto ai soli 'fatti normativi' *sopravvenuti* al giudicato (e dunque alle sole ipotesi

⁵³ *Ibidem*, p. 5 s. Sottolinea la mutevolezza del diritto vivente, anche E. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 12, p. 4137.

⁵⁴ O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, cit. Sottolinea l'imprescindibile compito, assolto dalla Corte Costituzionale, di 'custodire' la legge fondamentale, anche G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell' "epoca dei giudici"*, in *Criminalia*, 2012, p. 296.

fisiologiche di *abolitio criminis* successiva alla condanna definitiva), ponendosi la medesima norma come ‘*pendant*’ processuale dell’art. 2 co. 2 c.p. («Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge *posteriore*, non costituisce reato»)^{55 56}.

L’estensione dei casi di revoca anche a fatti antecedenti, di contro, varrebbe a connotare l’intervento del giudice dell’esecuzione alla stregua di una vera e propria emenda di un *errore di diritto*, consumatosi nella fase di cognizione e non rilevato con gli ordinari mezzi di impugnazione (appunto l’*abolitio* intervenuta *ex lege*).

Conseguentemente, ammettendo tale possibilità, si determinerebbe una evidente «alterazione dei rapporti tra fasi»⁵⁷, trasformando l’intervento *in executivis* in «una sorta di impugnazione tardiva *extra ordinem*».⁵⁸

L’intervento giurisdizionale durante il tempo dell’esecuzione della pena, peraltro, verrebbe in tal modo trasfigurato non soltanto quanto alla *funzione* svolta (emenda degli errori non tempestivamente rilevati in giudizio in luogo del mero adeguamento del giudicato rispetto ad eventi ad esso successivi), ma altresì con riguardo ai *poteri* giurisdizionali esercitabili dal giudice nel tempo dell’esecuzione.

Dovendosi ritenere l’intervento di quest’ultimo sempre «condizionato dalla ricostruzione del fatto operata in sede cognitiva, non suscettibile di rivalutazione né di ulteriore esame»⁵⁹, infatti, la possibilità di rilevare (e correggere) anche *in executivis* l’errore di diritto non potrebbe che «dilat[are] ed espande[re] *praeter legem* le funzioni del giudice dell’esecuzione, fino a renderlo garante della legalità dell’esito sanzionatorio e a forzarne il ruolo di (ulteriore) controllo permanente della legittimità del titolo esecutivo»⁶⁰.

⁵⁵ Se applicata anche al caso di *abolitio criminis* intervenuta prima del fatto (e dunque anche prima del giudizio), ma non rilevata dal giudice della cognizione, la norma si porrebbe quale *pendant* processuale dell’art. 2 co. 1, «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato».

⁵⁶ Prima dell’intervento delle Sezioni Unite Mraidi, peraltro, la prima sezione della Cassazione aveva negato la possibilità di applicare estensivamente l’art. 673 c.p.p. con le sentenze Torpano, n. 34154 del 04/07/2014, nonché Angelo Gomes n. 34153 del 04/07/2014.

Analogamente, ma in riferimento a diverse vicende normative, le sentenze Cass. pen., sez. I, n. 27121 del 11/07/2006, Aliseo e Cass. pen., sez. I, n. 27858 del 13/07/2006, La Cara.

⁵⁷ G. SANTALUCIA, Osservazioni, in Cass. pen., 2011, n. 9, p. 2885.

⁵⁸ GAITO, 1996, 896 “l’istituto delineato dall’art. 673 c.p.p. finirebbe col risolversi [...] in una sorta di impugnazione tardiva *extra ordinem*”.

⁵⁹ D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, p. 196.

⁶⁰ *ibidem*, p. 198.

Tale impostazione, inoltre, in una prospettiva di più ampio respiro, poggia su una concezione *larga* dell'efficacia preclusiva del giudicato, in tale ottica estesa non solo a quanto dedotto ma anche a quanto *deducibile*^{61 62}.

L'evenienza dell'*abolitio* rimarrebbe dunque in tale prospettiva assorbita dalle valutazioni anche implicite operate nel precedente giudizio, dovendosi escludere durante l'esecuzione della pena «ogni intervento manipolativo del contenuto del giudicato e non meramente interpretativo-ricostruttivo del medesimo»⁶³.

Accanto a queste posizioni, certamente di stampo 'rigoristico' rispetto alla possibilità di ampliare le ipotesi di intervento *in executivis*, si registra peraltro anche l'opinione di chi ha temperato tali conclusioni, limitando l'efficacia preclusiva del giudicato al solo caso in cui il giudice della cognizione si sia espressamente pronunciato (ovviamente) sull'evenienza di *abolitio criminis*.⁶⁴

Tale impostazione, recepita come si è visto anche dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, modula evidentemente gli effetti del giudicato in maniera diversa dalle posizioni sopra esaminate, perimetrando l'efficacia preclusiva - *granitica* - della decisione definitiva esclusivamente a quanto in essa espressamente stabilito.

Nella dicotomia dedotto-deducibile, in particolare, il giudicato coprirebbe soltanto il dedotto e, nel linguaggio utilizzato dalla giurisprudenza di legittimità, soltanto l'errore percettivo (con esclusione dell'errore di tipo valutativo).⁶⁵

Tale - limitata - possibilità di revoca della sentenza di condanna si imporrebbe, peraltro, anche considerando che in tale ipotesi «si sia ben al di là di un mero *error in iudicando*,

⁶¹ «Dedotto e deducibile, insomma, sono insindacabili in sede esecutiva, perlomeno fino che una simile indagine non sia espressamente prevista», A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1, 17, p. 205, il quale peraltro rileva altresì che in questo caso la revoca della sentenza non emenda l'errore di qualificazione del fatto come reato, ma «tende esclusivamente a riparare l'illegalità dei profili sanzionatori conseguente alla statuizione», p. 209. Peraltro secondo l'A. sarebbe possibile prospettare una diversa soluzione allorquando si ammetta, parallelamente, l'applicabilità dell'art. 129 c.p.p. a prescindere dall'eventuale formazione 'in via progressiva del giudicato'. *Ibidem*, p. 206.

⁶² Secondo questa impostazione infatti «Il giudice dell'esecuzione può intervenire sul giudicato ma non sostituendo sue valutazioni a quelle operate, anche implicitamente, dal giudice della cognizione», G. SANTALUCIA, Osservazioni, cit., p. 2885.

⁶³ D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, p. 196.

⁶⁴ In tal senso F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 333; F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, p. 281, nonché G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 61.

⁶⁵ Soltanto nell'ipotesi *l'abolitio* sia stata valutata ed esclusa dal giudice della cognizione, infatti, «si ammetterebbe [...] il potere di sindacare, nella fase esecutiva, questioni di merito già coperte dal formarsi della *res iudicata*», F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 281.

dal momento che l'*abolitio criminis*, comunque e quandunque intervenuta, porta ad un vero e proprio vuoto di potere punitivo: per cui una condanna che si fondi su di una norma incriminatrice abrogata deve essere ritenuta priva di un qualunque peso giuridico per quanto attiene alla possibilità di una legittima esecuzione». ⁶⁶

4.3. Argomenti a favore.

A favore di una incondizionata applicabilità dell'art. 673 c.p.p., di contro, si è evidenziato come la disposizione in parola non preveda espressamente alcuna limite ai poteri di valutazione e accertamento del giudice dell'esecuzione. ⁶⁷

Poichè laddove il legislatore ha voluto perimetrare tale intervento, escludendo la possibilità di poter sostituire le valutazioni del giudice della cognizione, lo ha fatto espressamente (in tal senso si vedano gli artt. 671 c.p.p., in tema di concorso formale e reato continuato, e 675 c.p.p., in tema di falsità di documenti), se ne dovrebbe dedurre che nell'ipotesi considerata il giudice dell'esecuzione sarebbe *ex lege* investito di poteri modificativi più ampi (anche a cagione delle ipotesi in cui egli è chiamato qui a operare, e cioè a fronte della perdita di rilevanza penale di un fatto in precedenza illecito). ⁶⁸

A ciò si aggiunge inoltre che la stessa (nuova) fisionomia del codice di rito ammetterebbe implicitamente tale possibilità, rintracciandosi nel nuovo ordito processuale una significativa flessibilizzazione dell'istituto del giudicato, sottratto a una *ratio* puramente formalistica di tutela del *decisum* e, di converso, condizionato maggiormente a logiche di tipo sostanziale: «Nel nuovo sistema gli assiomi *de re iudicata* sono alquanto fluidi: diventa differenza marginale che quegli eventi cadano prima o dopo; o almeno, tale conclusione appare conforme alla direttiva spregiudicatamente flessibile seguita dal codice». ⁶⁹

⁶⁶ F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 333. Nel senso che l'*abolitio criminis* determinerebbe "un vero e proprio vuoto di potere punitivo, per cui una pronuncia che si fondi su una norma incriminatrice abrogata deve essere ritenuta priva di qualsiasi efficacia giuridica quanto alla possibilità di una sua legittima esecuzione" anche G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 61.

⁶⁷ A. SAMMARCO, *Le altre competenze funzionali del giudice dell'esecuzione*, in *Trattato di procedura penale* a cura di G. Spangher, vol. VI, *Esecuzione e rapporti con autorità straniere* (a cura di L. Kalb), Torino 2009, p. 232.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1259.

Secondo altri Autori, inoltre, la stessa giurisprudenza di legittimità, sviluppatasi in punto di legalità della pena, permetterebbe espressamente il travolgimento del giudicato in ipotesi ‘estreme’ di pena *extra-ordinamentale* (tra cui dovrebbe ricomprendersi anche l’applicazione di una pena per un fatto lecito), a prescindere dal tipo di errore consumatosi nel precedente giudizio.

Le stesse Sezioni unite, infatti, con la sentenza *Basile*⁷⁰, hanno espressamente ammesso la possibilità di rivedere la condanna definitiva *in ogni caso* - e dunque al di fuori di qualsiasi limite procedurale - nell’ipotesi in cui il giudice della cognizione abbia applicato una pena *avulsa dal sistema* o sia incorso in *errori macroscopici di calcolo*⁷¹; a maggior ragione, si è sostenuto, ciò dovrebbe valere per l’ipotesi in cui sia stata irrogata una sanzione per un fatto non previsto nel nostro ordinamento come reato⁷².

Dal punto di vista anche di diritto sostanziale, infine, si è evidenziato come in nessun caso il nostro sistema potrebbe tollerare l’esecuzione di una pena per un fatto lecito, sacrificando sull’altare del giudicato fondamentali principi di rango costituzionale, e in particolare quelli di:

«← uguaglianza\ragionevolezza (subirebbe la pena, per il medesimo fatto, chi l’ha commesso quando non costituiva più reato, mentre andrebbe esente da pena, potendo ottenere la revoca della condanna, chi l’ha commesso allorché costituiva reato);
– legalità (si punirebbe chi ha commesso un fatto non previsto dalla legge come reato);
– finalità rieducativa della pena (la pena inflitta per un fatto penalmente lecito è priva di ogni giustificazione e percepita come ingiusta dal condannato, rispetto al quale la rieducazione è impraticabile e priva di significato)».⁷³

⁷⁰ Su cui v. *infra* § III, 2.3.3.

⁷¹ Espressamente par. 6.1.: «il principio ispiratore di tutte le norme sopraindicate consente di affermare che, quando il giudice della cognizione abbia espresso le sue valutazioni (a meno di errori macroscopici di calcolo o di applicazione di una pena avulsa dal sistema), non sia possibile rimettere in discussione il giudicato».

⁷² In questo senso V. PAZIENZA, *La “cedevolezza” del giudicato nelle ipotesi di condanna per fatti successivi all’abrogazione della norma incriminatrice*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 novembre 2016, p. 37 secondo cui non sembra azzardato ritenere «che la pena irrogata con la sentenza di condanna per un fatto già privo di rilievo penale, al momento della sua commissione, sia da considerare «avulsa dal sistema», e che debba per questo ammettersi un intervento in sede esecutiva anche quando il giudice della cognizione si sia posto il problema dell’*abolitio criminis* e l’abbia esclusa, incorrendo in un errore “valutativo”».

⁷³ G.L. GATTA, *Mutamento di giurisprudenza e revoca del giudicato: a proposito dell’art. 6, comma 3 t.u. imm.*, in *Corriere Merito*, 2013, n. 3, p. 307. Anche V. PAZIENZA, *La “cedevolezza” del giudicato*, cit.,

La stessa decisione delle Sezioni Unite peraltro, peraltro, evidenzerebbe tale esigenze espressamente affermando come il nostro ordinamento «privilegi il principio fondamentale secondo il quale *nessuna sanzione penale può essere eseguita in relazione ad una condotta per la quale è stata esclusa la rilevanza penale*, anche nel caso in cui si sia formato un giudicato contrario successivamente al tempo dell'intervenuta abrogazione», salvo poi ridimensionare di fatto la portata applicativa di un tale principio ammettendo l'esecuzione della condanna per un fatto non considerato reato allorquando il giudice della cognizione abbia - erroneamente - escluso l'*abolitio criminis*.

5. Rilievi conclusivi.

Il quadro ricognitivo sin qui tracciato pare rilasciare importanti stimoli per il prosieguo della ricerca.

Esaminando le decisioni delle due Corti, nonché le posizioni in merito espresse dalla miglior dottrina, pare infatti che l'indagine qui proposta - riguardante la possibilità di rivedere una condanna definitiva in virtù di un nuovo orientamento giurisprudenziale - potrebbe svilupparsi secondo due differenti - ma altresì alternative - direttrici di ricerca:

(a) adottando l'angolo di visuale della Corte Costituzionale (e dunque guardando al giudice come 'creatore' di diritto), infatti, parrebbe doveroso concentrare lo studio sul principio della *lex mitior* e sulla sua possibile estensibilità anche al formante giurisprudenziale:

(b) ponendosi nella prospettiva delle Sezioni unite (e quindi considerando il giudice, almeno in taluni casi, quale mero 'scopritore' del diritto), di contro, risulterebbe doveroso interrogarsi sul valore che nell'ordinamento attuale assume il limite del giudicato in confronto con il principio di legalità.

A monte delle due problematiche, tuttavia, si rinviene il problema di fondo concernente il paradigma da adottare in partenza, e cioè se riconoscere all'interpretazione giurisprudenziale un ruolo realmente innovatore del quadro normativo (giudice attore e

ibidem, rileva come in tali casi l'esecuzione della pena irrogata non potrebbe realmente svolgere l'indispensabile funzione rieducativa di cui all'art. 27, comma 2, Cost.

fautore del diritto) ovvero meramente chiarificatore del significato normativo legislativamente predeterminato (giudice «*bouche de la loi*»).

Dalla soluzione di tale ultimo snodo problematico, dunque, sembra dipendere il prosieguo dell'indagine, dovendosi nell'una prospettiva articolare la ricerca verso l'esame precipuo del principio della *lex mitior*, nell'altra, viceversa, sviluppare lo studio sul limite del giudicato.

Per tale ragione, dipendendo l'articolazione dell'indagine dalla risoluzione di tale problematica, essa sarà oggetto specifico del successivo capitolo, avente ad oggetto il ruolo oggi assunto/riconosciuto dal/al formante giurisprudenziale nell'attuale realtà giuridica.

Capitolo II -

Sulla decisione più favorevole: l'interpretazione giurisprudenziale tra invenzione e creazione del diritto.

SOMMARIO - 0. Ambientamento. - 1. Il piano sovranazionale: la giurisprudenza di Strasburgo sulla portata dell'art. 7 CEDU. Il principio di legalità e l'inammissibilità dell'interpretazione *contra legem*. - 1.2. Il principio di irretroattività e il formante giurisprudenziale: spazi di ammissibilità dell'interpretazione *praeter legem*. - 1.3. Il ruolo del formante giurisprudenziale a livello sovranazionale. - 2. Livello giurisprudenziale costituzionale: il c.d. "diritto vivente". - 2.1. Il contributo (limitato) della dottrina del c.d. diritto vivente alla ricerca. - 3. Il formante giurisprudenziale ordinario. - 3.1. La sentenza delle Sezioni Unite penali: giudice con funzione di integrazione del diritto. - 3.2. La sentenza delle Sezioni Unite civili: giudice con funzione meramente ricognitiva (o semmai adeguatrice) del diritto. - 4. Il piano legislativo: la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione. - 4.1. La riforma Orlando: il vincolo *procedurale* del precedente. - 5. Rilievi conclusivi: ruolo della giurisprudenza e significato dell'*overruling*. - 5.1. Il prosieguo della ricerca.

0. Ambientamento.

Per quanto emerso dal 'posizionamento' del problema delineato nel capitolo precedente, pare doveroso principiare l'indagine dall'esame del ruolo oggi assunto/riconosciuto dal/al formante giurisprudenziale.

L'analisi di tale problematica, infatti, appare imprescindibile per determinare il prosieguo dell'indagine, giacché:

(a) se si adotta la prospettiva più 'moderna' coincidente con il paradigma del giudice "creatore" del diritto, evidentemente, la ricerca dovrà riguardare più da vicino il principio della retroattività della *norma* più favorevole, indagandone i fondamenti costituzionali e anche sovranazionali, allo scopo di testarne l'estensione applicativa rispetto a tutte le fonti del diritto (segnatamente, rispetto alla fonte giurisprudenza);

(b) viceversa, impiegando il paradigma ‘tradizionalista’ (di derivazione illuministica) del giudice “*scopritore*” del significato della legge, l’indagine dovrà allontanarsi dal polo attrattivo del formante giurisprudenziale e ripiegarsi, di converso, sull’analisi del principio di legalità, di cui si dovrebbe vagliare l’*efficacia* rispetto al contro-interesse del giudicato¹ (sostanzialmente determinando se, una volta che la sentenza è divenuta definitiva, sia ancora possibile far valere *in executivis* l’*illegalità* della decisione).

Prospettati dunque i motivi dell’indagine riguardante precipuamente il ruolo del formante giurisprudenziale nell’attuale realtà giuridica, occorre delineare altresì il *metodo* con cui si intende condurre la ricerca.

Per tale aspetto, lo studio si articolerà su un piano prettamente empirico, affrancandosi di converso da una mera ricognizione delle diverse e numerose teorie dell’interpretazione giuridica.

Invero, sono ben note le teoretiche che, opponendosi al paradigma illuministico – identificato in tale prospettiva soltanto quale modello contingente e politicamente motivato (e dunque, superabile a vantaggio di un paradigma maggiormente aderente al dato reale) – offrono del diritto oggettivo una definizione *integrata* che combina il dato legislativo con l’apporto applicativo-interpretativo della giurisprudenza, che qui verrebbe ad assumere un ruolo autenticamente *integrativo* del testo di legge, sino ad assumere - in misura maggiore o minore - l’autentica funzione di creare il diritto stesso².

¹ Il limite del giudicato, di contro, non verrebbe in rilievo nell’ipotesi *sub* (a), almeno prendendo in considerazione la giurisprudenza abolitrice del reato che, in ipotesi assimilata/assimilabile alla fattispecie di cui all’art. 2 co. 2 c.p., non incontrerebbe di per sé lo sbarramento della *res iudicata*. Per le altre ipotesi, invece, si tratterebbe di vagliare in generale, quindi non solo rispetto alla fonte giurisprudenza, la tenuta del giudicato, quale ragionevole deroga al principio della *lex mitior*.

² Sulla possibilità di riconoscere una «legalità giudiziale» v. in particolare la posizione di chi segnala il tendenziale predominio del diritto giurisprudenziale, plasmandosi il tipo legale secondo lineamenti che sono influenzati dalla reale fenomenologia criminosa che di volta in volta viene considerata. Crolla, in tali concezioni, anche il mito della avalutatività dell’interpretazione e dell’applicazione del diritto, riconoscendosi nelle decisioni dei singoli giudici un ruolo determinante anche alla c.d. «precomprensione ermeneutica».

Tra gli ermenauti v., tra le opere ‘classiche’: H. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. a cura di G. Vattimo, Milano, 1972 (nel senso del riconoscimento alla giurisprudenza della possibilità di perfezionare creativamente la legge penale, assumendo pur sempre come orizzonte e vincolo la legge scritta); nonché J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it. a cura di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli, 1983; A. KAUFMANN, *Analogia e "natura della cosa": un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli, 2004 (ed. orig. 1972); sul problema della formazione professionale del magistrato e lo studio psicologico della decisione giudiziale, D. KENNEDY, *Comportamenti strategici nell’interpretazione del diritto, in Diritto, giustizia e interpretazione*, a cura di J. Derrida e G. Vattimo, Roma-Bari, 1998, p. 229 ss. Per una prospettiva di

Premesso che, quanto meno in ambito penale, stante l'imprescindibile principio di riserva *assoluta* di legge, tali teorie non paiono poter avere di per sé sole legittimazione, l'unica via di legittimazione - *ab estrinseco* - pare essere quella empirica, per cui - che lo si riconosca o meno - un simile ruolo sarebbe purtuttavia assunto e dispiegato dal formante giurisprudenziale nella dinamica attuale del nostro ordinamento giuridico.

A riprova di tale ineludibile realtà, militerebbero i numerosi riconoscimenti 'autorevoli' del ruolo effettivamente assunto dal formante giurisprudenza (esemplificativamente, la teorica del diritto vivente a livello costituzionale o la pluralità delle fonti di diritto proclamata a livello sovranazionale), emersi, secondo tale prospettiva, per maneggiare

sintesi sulle posizioni ermeneutiche, F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003, p. 218 s. Inoltre, limitandoci in via esemplificativa soltanto ad alcuni dei maggiori contributi sul tema: G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Editoriale Scientifica, 2007; L. DE RUGGIERO, *Tra consenso e ideologia. Studio di ermeneutica giuridica*, Napoli, 1997; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale, La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 150 che evidenzia come la giurisprudenza costituisca ormai fonte del diritto, segnalando come tale dato possa ritenersi acquisizione definitiva dell'epistemologia giuridica contemporanea; G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 33 ss.; il quale sottolinea in particolare (p. 37) «La inevitabile interazione tra fattispecie astratta e fattispecie concreta [...] [che accentua] la discrezionalità valutativa dell'interprete e l'incidenza di fattori extratestuali o di contesto. In questo senso giocano un ruolo le vedute personali dell'interprete, i suoi pregiudizi, la sua concezione politico-ideologica, la preoccupazione per le conseguenze che la decisione può provocare sulla realtà esterna o sullo stesso reo, le aspettative dell'ambiente o di alcuni gruppi sociali, l'andamento contingente dei rapporti tra i diversi soggetti istituzionali ecc.»; nonché ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss., in cui l'A. specifica che la giurisprudenza è fonte del diritto nel senso non già che è abilitata a creare norme astratte, bensì che produce norme applicate ai casi concreti, «diritto concretizzato casisticamente»; ancora ID., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, *Il Foro Italiano*, vol. 123, no. 5, 2000, p. 137 ss., in cui l'A. precisa (p. 140) che, pur riconoscendo che l'interpretazione penale contiene una componente di creatività e politicità, «la politica interpretativa del giudice non può che essere «interstiziale», deve cioè limitarsi a riempire gli spazi lasciati aperti dal legislatore concretizzando nei singoli casi il programma generale di politica criminale deliberato in sede legislativa. Detto in altri termini: la magistratura è autorizzata a perfezionare i «dettagli» di una politica penale abbozzata «all'ingrosso» dal legislatore. [...] Detto più elegantemente, con Mario Barcellona: «alla giurisdizione, nel progetto della modernità, spetta la mediazione tra generale e particolare, non già la mediazione tra opposte rappresentazioni del generale».

Anche G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 507 ss., sostiene la creatività della giurisprudenza (termine peraltro atto a ricomprendere in generale i giuristi, gli esperti del diritto), anzitutto intesa nell'accezione di «libertà nei confronti (e sia pure normalmente all'interno) del diritto positivo» (cui l'A. accosta la creatività come autorità), dovuta, nella prospettiva di Gorla, alle *incertezze* inevitabilmente sussistenti tanto nella fase di riconoscimento della norma vigente (che «fanno sì che non esista sempre, per la soluzione di un problema giuridico, un'unica norma possibile») quanto in quella dell'interpretazione ed elaborazione «logica» della norma (le quali «fanno sì che ciascuna norma giuridica abbia più di un significato, o di uso possibile»). Per tali ragioni «Il diritto positivo vigente, per un dato problema, è dunque un (ampio) *ventaglio di soluzioni possibili*; è un'area, dai confini non rigorosamente delimitati, entro cui (ma non si sa in quale punto precisamente) deve cadere la decisione. [...] Entro quel ventaglio di soluzioni possibili occorre dunque scegliere. La scelta deve per definizione avvenire sulla base di criteri non desumibili dal diritto positivo vigente, criteri «valutativi» o «di diritto libero», in ogni caso metapositivi».

il dato reale e concreto della creatività o della funzione integratrice della giurisprudenza, che, squarciato il velo di Maya di retaggio illuminista, reclamerebbe in misura sempre maggiore dei veri e propri ‘strumenti di gestione’.

In tale ottica, al fine di comprendere se e in che misura tale ruolo sia effettivamente stato riconosciuto da diversi attori della moderna realtà giuridica, si esamineranno quattro ‘livelli di emersione’, corrispondenti ad altrettanti attori privilegiati: rispettivamente, la giurisprudenza di Strasburgo, il formante giurisprudenziale interno costituzionale e, di seguito, ordinario; infine l’attore legislatore.

Nel dettaglio, si esamineranno:

- (a) il piano sovranazionale, con precipuo riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sviluppa in riferimento all’art 7 CEDU;
- (b) la giurisprudenza costituzionale interna, con riguardo alla tematica del diritto vivente, oggi pacificamente riconosciuto quale precipuo oggetto - se sussistente - del sindacato costituzionale;
- (c) la giurisprudenza ordinaria di legittimità interna, esaminando talune pronunce in cui la Corte di Cassazione stessa ha considerato il proprio ruolo di “interprete” (ma con accezioni diverse) del diritto scritto;
- (d) il formante legislativo, in special modo con riguardo alla riforma Orlando.

1. Il piano sovranazionale: la giurisprudenza di Strasburgo sulla portata dell’art. 7 CEDU. Il principio di legalità e l’inammissibilità dell’interpretazione *contra legem*.

A cominciare dall’ambito sovranazionale, è noto (soprattutto, per quanto riguarda il nostro ordinamento, lo è divenuto dopo la vicenda *Scoppola*) come il formante giurisprudenziale assuma in tale contesto un ruolo senz’altro rilevante.

Anche l’interpretazione giurisprudenziale, difatti, e non soltanto il diritto scritto, partecipa alle garanzie previste dall’art. 7 Cedu (*Nulla poena sine lege*) perché l’inflizione di una pena possa essere considerata legittima³.

³ «1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

La disposizione – che come già sopra rilevato si considera oggi, attraverso un'interpretazione evolutiva, ricomprensiva anche del principio della *lex mitior* – assicura precipuamente il principio di legalità e di irretroattività.

Quanto al primo principio, espressione della preminenza del diritto, si afferma come l'art. 7 «non si limiti a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a detrimento dell'imputato. Consacra altresì, in modo più generale, il principio di legalità in ordine ai delitti e alle pene, e quello che impone di non applicare estensivamente o analogicamente la legge penale a detrimento dell'imputato: ne deriva che un illecito deve essere definito dal diritto in modo chiaro» (sent. 25 maggio 1993, *Kokkinas c. Grecia*, § 52).⁴

Con l'ulteriore precisazione che per “diritto” (“*law*” o, nella versione francese, “*droit*”) deve intendersi tanto la norma scritta di legge, quanto la disposizione di derivazione giurisprudenziale⁵ o, ancora, le norma derivata da una fonte regolamentare o comunque inferiore alla legge (quale, ad esempio, la disciplina carceraria nel caso *Kafkaris v. Cyprus* [GC], §§ 145-146).

Da tale punto di vista, l'art. 7 Cedu, evidentemente, non prescrive alcunché circa le fonti del diritto nazionale (e dunque non prende posizione sul piano del *rule by law*), dovendo

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.»

Sul principio di legalità sovranazionale v. A. BERNARDI, *Art. 7 Nessuna pena senza legge*, in S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001 p. 249 ss.; A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2015; V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale* in *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, a cura di: V. Manes - V. Zagrebelsky, Milano, 2011, p. 69 ss.; V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, ivi, p. 27 ss.; ID., *Art. 7 CEDU*, in S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 259 ss.; M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 83 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile: quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.

⁴ Non pare dunque corretto ritenere che «la legalità europea si esaurisc[a] nella tutela del cittadino, prescindendo totalmente dal rapporto tra legislatore *rectius*, fonte del diritto e giudice»; in questi termini cfr. anche R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero; S. Moccia; G. De Francesco; G. Insolera, Napoli, 2016, p. 294, il quale sottolinea, anche alla luce di tale rilievo, come la legalità sovranazionale e quella nazionale «siano davvero molto simili», p. 296.

⁵ La rilevanza anche del formante giurisprudenza non sarebbe dovuta solo alla presenza dei paesi di *common law*, ma anche «dalla struttura stessa del giudizio della Corte Europea, che considera situazioni e diritti concreti ed effettivi» così V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione*, cit., p. 89.

la Corte di Strasburgo, nel valutare il rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione, guardare al diritto nazionale «*as a whole*», considerando non soltanto la disposizione scritta ma anche il modo in cui la medesima viene applicata (*Del Río Prada v. Spain* [GC], § 90).

Come già rilevato, tuttavia, la circostanza che la Convenzione nulla prescriva circa le fonti del diritto, non significa ancora che essa svuoti completamente il principio di legalità (che invece, come si è detto, costituisce parte integrante della disposizione).

Il principio di legalità, invero, reclama all'interno del tessuto convenzionale propria autonomia operativa, garantendo un versante della *nullum crimen* diverso e ulteriore dalla mera irretroattività della norma penale sfavorele.

Nella prassi applicativa della Corte Edu, difatti, il principio ha trovato autonoma esplicazione, impedendo che prassi in evidente contrasto con i principi di diritto dello stato considerato potessero assumere i connotati di *droit* che, ai sensi dell'art. 7 Cedu, può legittimare l'inflizione di una pena.

Così, ad esempio, non può assurgere a “*law*” la pratica statale incompatibile con le regole del diritto scritto vigente nello stato che svuoti di contenuto la legislazione su cui dovrebbe fondamento: è il caso delle pratiche della polizia di confine della Repubblica Democratica Tedesca attuate in evidente frattura con il proprio sistema legale di diritti fondamentali nel caso *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*⁶; o l'eliminazione sistematica degli oppositori del regime comunista attraverso pene di morte imposte con procedimenti condotti in evidente frattura con i principi di diritto e costituzionali dell'allora Cecoslovacchia in *Polednová v. the Czech Republic*⁷.

Con particolare riguardo al ruolo assunto dai giudici statali nell'applicazione del diritto scritto, inoltre, tale principio comporta altresì - almeno per quanto sembra derivarne dalla giurisprudenza sovranazionale più recente di cui si darà immediatamente conto - che, laddove nell'ordinamento considerato la base legale del reato contestato sia costituita dalla legge scritta, la giurisprudenza non può (o non potrebbe) manipolarne il contenuto sconfessando il dato legislativo, dovendo essa viceversa limitarsi a una

⁶ *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, Gran Camera, ricorsi nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, 22 marzo 2001.

⁷ *Polednová v. the Czech Republic*, ricorso n. 2615/10, 21 giugno 2011.

interpretazione *ragionevole* o, quanto meno, *non arbitraria* della fonte legislativa⁸ (limitazione questa peraltro - talvolta - stemperata nella giurisprudenza di Strasburgo mediante l'impiego del criterio della *prevedibilità* dell'interpretazione giurisprudenziale, in funzione legittimante dell'operato delle corti nazionali, di cui si dirà *infra* § 1.2.).

Ciò, non solo perché l'interpretazione *irragionevole/imprevedibile* espone il cittadino a conseguenze che egli non era in grado di prefigurarsi - e dunque viola in tal senso il principio di irretroattività -, ma altresì perché una tale esegesi, allorquando preesista un dato scritto, preordinato a quello giurisprudenziale nel sistema delle fonti del diritto interno, sconfessa la primazia della *law* (volta viceversa a restringere l'arbitrio dei pubblici poteri nell'applicazione della sanzione penale)⁹ e, per ciò stesso, si pone in contrasto con la Convenzione, anche nelle ipotesi in cui non vi sia contestuale violazione del principio di irretroattività.

Si pensi, esemplificativamente, al caso in cui Tizio sia condannato alla sanzione della reclusione temporanea e alla pena accessoria dell'interdizione perpetua dalla professione. Scontata la pena principale, interviene una legge che limita la pena accessoria entro la misura stabilita per la pena principale, introducendo al contempo un procedimento di revisione attivabile per convertire la pena secondo i nuovi canoni, allorquando la condanna sia già divenuta definitiva.

Si supponga ancora che i tribunali dello Stato neghino a Tizio, attraverso un'interpretazione restrittiva della norma in parola, di accedere all'istituto della revisione al fine di convertire nella misura ridotta la pena accessoria perpetua.

In tale evenienza, evidentemente, sussiste sì una violazione del principio di legalità (le corti infrangono il diritto scritto) ma non anche di irretroattività (trattandosi di applicare una pena più lieve e non certo la più grave); né si noti, secondo i giudici di Strasburgo,

⁸ «Given the subsidiary nature of the Convention system, it is not the Court's function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (Streletz, Kessler and Krenz v. Germany [GC], § 49; Vasiliasuskas v. Lithuania [GC], § 160), and unless the assessment conducted by the domestic courts is manifestly arbitrary (Kononov v. Latvia [GC], § 189).»

⁹ In questo senso v. spec. M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, cit., p.106, secondo il quale dal contesto traspare - in quanto compresa nella più generale finalità di escludere ogni arbitrio dei pubblici poteri nell'esercizio della potestà punitiva - la finalità di circoscrivere i poteri dell'autorità giudiziaria.

viene in considerazione il principio della *lex mitior*, non trovando quest'ultimo applicazione in relazione alle condanne definitive.

Ebbene, in un caso siffatto, la Corte Europea ha esattamente rilevato una violazione del principio di primazia del diritto, riconoscendo in capo al ricorrente il diritto a vedere attuata la legge vigente¹⁰ (*sub specie* all'applicazione della pena più mite secondo quanto disposto dal legislatore).¹¹

Quanto detto in punto di *legalità della pena*, deve essere tuttavia temperato con la giurisprudenza sovranazionale sviluppatasi in tema di *irretroattività* della norma penale sfavorevole, nel cui seno i giudici di Strasburgo hanno in qualche modo 'legittimato' - meglio, *scusato* - un'interpretazione giurisprudenziale anche *praeter legem* (che, invece, dal punto di vista della legalità, sembrerebbe convenzionalmente bandita, quanto meno se "arbitraria").

1.2. Il principio di irretroattività e il formante giurisprudenziale: spazi di ammissibilità dell'interpretazione *praeter legem*.

Allorquando si venga a considerare il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, stabilito dall'art. 7 Cedu, occorre rilevare come la garanzia in parola richieda anzitutto l'esistenza di una base legale che preveda chiaramente il comportamento vietato e la rispettiva sanzione di tipo penale per la sua violazione.

La Corte, dunque, deve verificare che al tempo del fatto commesso fosse vigente una previsione legale che vietasse la condotta imputata, nonché che la pena imposta non

¹⁰ Il vaglio della Corte Edu sull'esattezza dell'interpretazione adottata dalla giurisprudenza nazionale di una norma interna pone evidentemente problemi delicati, *in primis* di ingerenza. In merito, la Corte Edu riconosce che: «*Given the subsidiary nature of the Convention system, it is not the Court's function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (Streletz, Kessler and Krenz v. Germany [GC], § 49; Vasiliauskas v. Lithuania [GC], § 160), and unless the assessment conducted by the domestic courts is manifestly arbitrary (Kononov v. Latvia [GC], § 189)*».

¹¹ In tal senso, quindi, pare doveroso valorizzare il lato di stretta legalità della garanzia europea, da intendersi quale "primazia del diritto", talvolta lasciato in penombra da parte della dottrina e, come si vedrà, anche della giurisprudenza che tende a evidenziare il solo dato soggettivistico della legalità convenzionale, che legittimerebbe l'assunzione della giurisprudenza tra le fonti del diritto. Così C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, p. 84 evidenzia dell'art. 7 CEDU la «dimensione "individualistica" [...] ovvero quella relativa ai rapporti tra l'individuo e i poteri dello Stato»; nonché V. MANES, *Art. 7 CEDU*, cit., che riferisce di una «fusione di orizzonti tra civil law e common law» atta a ricomprendere nel principio di legalità «anche il diritto non scritto nella misura in cui l'art. 7 si declina in chiave soggettiva» (nelle istanze di prevedibilità e accessibilità).

ecceda i limiti allora determinati (*Coëme and Others v. Belgium*, § 145; *Del Río Prada v. Spain* [GC], § 80).

Il principio richiede dunque che il reato e le pene siano chiaramente definite dal “diritto”, potendosi tuttavia intendere tale (ossia “diritto”) solo la base legale che risponda ai requisiti qualitativi di *accessibilità* e *prevedibilità* (*Cantoni v. France*, § 29; *Kafkaris v. Cyprus* [GC], § 140; *Del Río Prada v. Spain* [GC], § 91; *Perinçek v. Switzerland* [GC], § 134).

In particolare, quanto alla prevedibilità della sanzione penale cui può andare incontro l'individuo, il requisito si declina in due ulteriori sottoprincipi: il «*sottoprincipio di determinatezza*»¹² e quello di «*interpretazione «ragionevole» della norma penale*».¹³

Il primo - «*sottoprincipio di determinatezza*» - attiene «al momento formativo della norma», per cui quest'ultima deve essere formulata in modo chiaro e preciso, sì da permettere all'individuo di conoscere, a partire dalla formulazione della disposizione ed, eventualmente, con l'assistenza di un legale, quali azioni od omissioni costituiscono reato e quale pena può essere imposta per quel fatto» (*Cantoni v. France*, § 29; *Kafkaris v. Cyprus* [GC], § 140; *Del Río Prada v. Spain* [GC], § 79).

Rispetto a tale primo sottoprincipio, peraltro, la giurisprudenza può agire in funzione integratrice, compensando l'eventuale deficit di determinatezza della norma attraverso un'esegesi viceversa chiara e costante, in grado di soddisfare il tasso di precisione richiesto dall'art. 7.

Il secondo sottoprincipio, viceversa, concerne il momento *interpretativo* della base legale, potendosi ritenere l'imposizione di una pena prevista dal diritto convenzionalmente legittima soltanto laddove le corti applichino - e quindi interpretino - tale base legale in maniera *ragionevole*, ossia *prevedibile*.¹⁴

¹² A. BERNARDI, *Art. 7 Nessuna pena senza legge*, cit., p. 261.

¹³ *Ibidem*, p. 263.

¹⁴ In particolare sull'irretroattività dell'interpretazione giurisprudenziale sfavorele *imprevedibile* v. F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1061; R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero; S. Moccia; G. De Francesco; G. Insolera, Napoli, 2016, p. 283 ss.; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità, Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 2, 2015; F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2017.

L'interpretazione operata dalla giurisprudenza, anzitutto, può dirsi ragionevole/prevedibile secondo un criterio di tipo *tecnico*, allorquando cioè i tribunali non si discostino irragionevolmente dalla lettera della legge (e dalle conseguenze in base alla medesima prevedibili) applicandola in maniera estensiva o analogica; nell'applicazione della norma penale, infatti, l'esegesi di tipo restrittivo deve ritenersi il metodo interpretativo da privilegiare.

Anche al di fuori di un'interpretazione restrittiva, tuttavia, l'applicazione (estensiva) della norma può non di meno ritenersi prevedibile - e dunque legittima - se nel caso considerato appare «coerente con la sostanza dell'illecito».

Sebbene in linea di principio, pertanto, l'interpretazione estensiva dovrebbe ritenersi incompatibile con il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, la giurisprudenza della Corte Edu ha mostrato di poter considerare anche tale forma ermeneutica nondimeno conforme al dettato convenzionale allorquando essa costituisca una “prassi ormai stabilizzata” o «risulti plausibile alla luce delle mutate situazioni storico-sociali, che suggeriscano una nuova chiave di lettura» di una norma penale sino ad allora applicata restrittivamente. In tal senso, l'interpretazione può allora ritenersi ragionevole o prevedibile secondo un criterio di tipo *storico* («interpretazione estensiva ragionevolmente prevedibile»).

Di contro, allorquando l'applicazione giudiziale estensiva si consideri anche imprevedibile, l'imposizione della pena deve considerarsi illegittima in quanto contrastante con il principio di legalità: in tal senso (e in questi termini) il dettato convenzionale impedisce la c.d. retroattività occulta dell'interpretazione giurisprudenziale sfavorevole.

1.3. Il ruolo del formante giurisprudenziale a livello sovranazionale.

Da quanto sopra detto derivano anzitutto due conclusioni concernenti il ruolo del formante giurisprudenziale nella prospettiva sovranazionale:

(a) anzitutto la giurisprudenza europea non riconosce il giudice penale di per sé quale fonte di produzione del diritto, trattandosi piuttosto di una fonte di *cognizione* del diritto.

In tal senso è possibile condividere l'opinione di chi ha sottolineato come la Corte di Strasburgo, lungi dal riconoscere alla giurisprudenza il ruolo genetico/ineliminabile di fonte del diritto, si limiti a conoscere della funzione in concreto da essa svolta nell'ordinamento considerato allorquando sia chiamata a valutare l'impatto del sistema nazionale - "as a whole" - sulla tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione.

«[C]hiarito, infatti, che la legalità CEDU opera in funzione di controllo sull'ordinamento nazionale, ben si comprenderà che, dal punto di vista della Corte, tutto l'ordinamento è soggetto a scrutinio per gli effetti che produce sui diritti: e questo sono costitutivamente legati, più che alle norme in quanto tali, nella loro dimensione formale, per l'appunto alla loro applicazione: è dunque perfettamente naturale che oggetto del giudizio della Corte sia anche e soprattutto la giurisprudenza; è perfettamente logico che in quest'ottica la giurisprudenza sia intesa come 'fonte' - ma non *dell'*ordinamento (fonte di produzione), bensì *nell'*ordinamento (fonte di cognizione), necessaria per verificare come esso agisce nei confronti dei diritti.

Oggetto del giudizio è dunque, per dirla con Giuseppe Capograssi, l'«esperienza giuridica» ordinamentale».¹⁵

(b) Cionondimeno, la giurisprudenza convenzionale, proprio perché orientata a conoscere la dimensione effettuale del principio di legalità, estende la prospettiva d'indagine oltre il mero dato letterale, verificando il rispetto dei diritti convenzionali anche nella loro realtà effettiva e, dunque, anche considerando la portata che su di essi può avere l'applicazione giudiziale del diritto.

In tal senso la Corte Edu allarga l'orizzonte d'indagine riconoscendo al formante giurisprudenziale, se non proprio il ruolo di fonte di produzione del diritto, certamente quello di *attore* nella sua applicazione, il quale, proprio perché in grado di impattare sul reale rispetto dei diritti dell'uomo, deve essere destinatario di quelle garanzie predisposte dalla Convenzione a tutela dei diritti fondamentali (garanzie che in ambito nazionale avevano trovato tradizionale applicazione solo con riguardo il diritto scritto).

¹⁵ A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, cit., p. 122.

2. Il livello giurisprudenziale costituzionale: il c.d. “diritto vivente”.

Secondo talune considerazioni - di cui si darà conto immediatamente -, l'emersione di un ruolo attivo della giurisprudenza nella conformazione del diritto si rintraccerebbe anche a livello giurisprudenziale costituzionale e precipuamente nell'adozione da parte della Corte Costituzionale della dottrina del c.d. “diritto vivente”¹⁶.

In particolare, secondo quanto affermato dalle Sezioni Unite penali nella sentenza n. 18288 del 2010 - su cui si tornerà anche *infra* § 3.1. -, l'impiego del c.d. diritto vivente quale oggetto del sindacato di costituzionalità «postula [...] la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente creativa della interpretazione, la quale senza varcare la linea di rottura col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione della norma e assolve una funzione integrativa della medesima».

Similmente, inoltre, anche il giudice *a quo* della sentenza 230 del 2012 [*retro* § I, 2.1.], nel rimettere la questione di legittimità concernente l'art. 673 c.p.p., aveva sottolineato come la Corte costituzionale avrebbe riconosciuto «un decisivo rilievo al “diritto vivente” specie se “cristallizzato” a seguito di interventi delle Sezioni Unite, al punto da reputare inammissibile le questioni sollevate da ordinanze che lo trascurino».

Tanto premesso, nel ‘mappare’ i livelli di emersione del ruolo determinante dell'interpretazione giurisprudenziale nella sagomazione delle disposizioni legislative, sembra doveroso considerare anche l'uso del sintagma “diritto vivente” da parte della giurisprudenza costituzionale, nonostante, per le ragioni che si diranno, si ritiene che questo piano rappresenti un livello di emersione più apparente che reale.

¹⁶ In merito v., *ex multis*, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994; M.R. MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giustizia civile*, 1995, II, p. 169 ss.; A. ANZON, *Il giudice «a quo» e la Corte Costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1083 ss.; G.U. RESCIGNO, *Comunicare, comprendere, interpretare il diritto*, in *Dir. pub.*, 2009, p. 1083; L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Jus*, 1988, p. 14 ss.; G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente». Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Rassegna forense*, 2007, p. 495 ss.

Anzitutto, a tal proposito sembra opportuno ricordare che del sintagma ‘diritto vivente’ il giudice delle leggi ha iniziato a fare uso dagli anni '70 in poi - e oggi il suo utilizzo può dirsi definitivamente consolidato - al fine di superare taluni contrasti istituzionali/interpretativi profilatesi tra la Corte Costituzionale e i giudici comuni.

E' risaputo, infatti, che inizialmente la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di un testo di legge, rigettava la questione offrendo una propria interpretazione della disposizione censurata, compatibile con il dettato costituzionale.

Tale soluzione - incardinandosi evidentemente in una sentenza interpretativa di rigetto - presentava due criticità assai rilevanti: anzitutto, la sentenza interpretativa di rigetto, proprio in quanto *di rigetto*, non vincolava i giudici comuni, i quali si ritenevano liberi di discostarsi dal *dictum* del giudice delle leggi, in ipotesi anche applicando un'interpretazione *contra Constitutionem*.

Secondariamente, la Corte Costituzionale, nell'interpretare essa stessa il testo legislativo censurato, riconosceva espressamente in capo a sé, e non a giudici comuni, né evidentemente alla Corte di Cassazione, il potere di interpretare la disposizione sottoposta al vaglio di compatibilità con il dettato costituzionale:

«È evidente che della legittimità costituzionale di una norma non si può giudicare senza prima avere stabilito quali della norma siano il contenuto e la portata. A questo fine non è escluso che la Corte costituzionale possa anche avvalersi di una precedente interpretazione, sempre però che, a seguito di una piena adesione, questa sia divenuta anche la interpretazione propria. Stabilire infatti quale sia il contenuto della norma impugnata è inderogabile presupposto del giudizio di legittimità costituzionale; ma esso appartiene al giudizio della Corte non meno della comparazione, che ne consegue, fra la norma interpretata e la norma costituzionale, l'uno e l'altro essendo parti inscindibili del giudizio che è propriamente suo»¹⁷.

L'adozione, viceversa, del c.d. diritto vivente quale oggetto precipuo del controllo di legittimità costituzionale - dunque non la disposizione, bensì la norma per come essa vive nell'ordinamento - rappresenta evidentemente, anzitutto, un'autolimitazione da parte della stessa Corte Costituzionale, nonché un elemento riequilibratore dei rapporti tra essa e la Corte di Cassazione/i giudici comuni.

¹⁷ Corte Cost., sent. n. 11 del 1965, §1.

In tal modo, infatti, la Corte Costituzionale ha rinunciato a offrire una propria interpretazione della disposizione censurata; dovendo essa essere assunta nel significato già enucleato nelle sedi proprie e tale interpretazione potrà essere emendata solo se in contrasto con il dettato Costituzionale. Sicché, anche laddove la Corte ritenga che il significato assegnato al testo dai giudici sia errato in quanto *contra* o *praeter legem*, in mancanza di una violazione della Carta fondamentale, il giudice delle leggi dovrà ritenere la questione *infondata*.

Come è stato efficacemente rilevato, dunque, «la dottrina del diritto vivente trasforma la deferenza in ubbidienza: alla libertà interpretativa della Corte si sostituisce il vincolo all'interpretazione affermata presso la giurisprudenza, a prescindere dalla sua «giustizia»¹⁸ e dalla adesione che la Corte stessa dia o non dia all'interpretazione.» In definitiva «la Corte rinuncia a proporre essa stessa proprie interpretazioni militanti, divergenti da quelle già consolidate nelle sedi proprie»¹⁹.

Da quanto detto, dunque, ben può ritenersi condivisibile la posizione già espressa dalla Corte Costituzionale, nella sentenza 230 del 2012, la quale, rispetto ai rilievi del giudice *a quo* sopra menzionati, riteneva il richiamo al diritto vivente *inconferente* («non probante») dal momento che una «tale soluzione [risponde] a un'esigenza di rispetto del ruolo dei giudici comuni nell'attività interpretativa»²⁰.

A ciò, inoltre, aggiungendosi il rilievo per cui l'utilizzo del sintagma non ha di certo modificato i rapporti (istituzionali-costituzionali) tra giudici comuni e giurisdizioni superiori, ben potendo i primi allontanarsi dall'interpretazione invalsa nel diritto vivente allorquando ritengano che una simile norma contrasti con il dettato costituzionale.

Il dovere di esperire il tentativo di interpretazione conforme, infatti, grava sul giudice rimettente anche nei casi in cui sia presente un generale e consolidato orientamento ermeneutico, giacché «agli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali non può assegnarsi un valore limitativo dell'autonomia interpretativa del giudice»²¹.

¹⁸ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2001, p. 211.

¹⁹ *Ibidem*, p. 213.

²⁰ § 9 sentenza richiamata.

²¹ Corte Cost., ord. n. 367 del 2001, rispetto al giudizioe

2.1. Il contributo (limitato) della dottrina del c.d. diritto vivente alla ricerca.

L'utilizzo del sintagma "diritto vivente" nella giurisprudenza costituzionale, pertanto, posizionandosi esclusivamente su un piano di rapporti tra istituzioni e separazioni di funzioni, non sembra assegnare un ruolo determinante alla formante giurisprudenziale; certamente non la funzione - invece dedotta dalla Corte di Cassazione - di integrare il significato legislativo.

Dall'esame di tale 'vicenda', tuttavia, è possibile trarre qualche apporto alla ricerca che si sta svolgendo, avuto riguardo a:

- (a) il ruolo della Corte di Cassazione *sul* diritto vivente;
- (b) lo scollamento tra disposizione e norma che conduce *al* diritto vivente.

(a) Il ruolo della Corte di Cassazione sul diritto vivente.

Quanto al primo aspetto, come rilevato dalla Corte di Cassazione nella sentenza già più volte menzionata n. 18288 del 2010, deve considerarsi come la Corte Costituzionale nel rintracciare il "diritto vivente" pone particolare attenzione alle pronunce del giudice di legittimità «predomina[ndo] sul "criterio quantitativo" quello "qualitativo del grado" e della funzione rivestiti dall'Autorità Giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa, con la conseguenza che è sufficiente "anche una sola decisione della Corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite", posto che queste risolvono questioni di diritto di speciale importanza, dirimono contrasti insorti o anche potenziali tra le decisioni delle

di legittimità costituzionale degli artt. 189 e 199 del codice penale militare di pace, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non escludono la punibilità per il reato di insubordinazione con ingiuria o con minaccia "in ordine a fatti compiuti da un militare per cause estranee e non collegabili al servizio da lui prestato ma inerenti il servizio di pubblico ufficiale svolto dalla persona offesa dal reato". La disposizione dell'art. 199 cod. pen. mil. pace, infatti, nella parte in cui esclude l'applicabilità della fattispecie incriminatrice dell'art. 189 dello stesso codice qualora il fatto che configura il reato di insubordinazione con minaccia o ingiuria sia commesso, tra l'altro, "per cause estranee al servizio" e alla disciplina militare, sarebbe da riferire - alla stregua dell'interpretazione "fatta propria dalla dottrina maggioritaria e da una costante giurisprudenza" - al solo servizio svolto dalla persona ingiuriata o minacciata, indipendentemente da ogni relazione con il servizio svolto dall'autore del fatto; giacché potrebbe rispondere del reato anche una persona che, in abiti civili e in compagnia di persone non militari, aveva apostrofato con parole oltraggiose e minacciose un maresciallo dei carabinieri in divisa, precisando che solo in un momento successivo era stato accertato che l'autore del fatto era un militare di leva in licenza.

singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata all'affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza». Sul ruolo e sul vincolo interpretativo, nonché sulla funzione nomofilattica affidata alla Corte di Cassazione si tornerà più avanti [*infra* § 4]; al momento, in disparte qualsiasi considerazione circa il ruolo della Cassazione quale fonte di *produzione* del diritto vivente²², è indispensabile evidenziare di converso come, senza dubbio, la giurisprudenza di legittimità si attesti invece quale fonte di *cognizione* privilegiata del medesimo.²³

Anche, cioè, ammettendosi che di diritto vivente si possa parlare pur in presenza di una interpretazione consolidata tra i giudici di merito, che non abbia ricevuto il 'suggerimento' cassazionista, pare tuttavia innegabile ritenere che allorquando un'interpretazione approdi in Cassazione e qui riceva avvallo, l'indagine circa l'esistenza del diritto vivente si renda senza dubbio più semplice, quasi *auto-evidente* nei casi in cui la Cassazione si sia pronunciata a Sezioni Unite.

(b) *Lo scollamento tra disposizione e norma che conduce al diritto vivente.*

L'utilizzo del sintagma "diritto vivente" da parte della Corte Costituzionale - e comunque l'impiego delle pronunce (di rigetto o di accoglimento) *interpretative* - danno conto infine di un dato oramai comunemente accettato e indiscusso, ossia della distinzione tra disposizione e norma, e, di rimando, della consapevolezza dell'*equivocità* del dettato legislativo, le cui espressioni si affaccerebbero sulla scena del diritto sempre *polisense*.

Proprio la scindibilità della norma dalla disposizione, infatti, lascia spazio alle decisioni costituzionali intermedie, rigettandosi l'opzione, pur propugnata in passato, di piena

²² Non tanto quale è matrice privilegiata ancorché non esclusiva (cfr. L. Mengoni, *Diritto vivente*, 23), quanto piuttosto se si vuole quale fonte di cognizione privilegiata del diritto vivente. Centralità all'interpretazione della Corte di Cassazione riconosciuta anche da Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente*, 1153.

Contra Pugiotta: «Comunque non è determinante il grado di giurisdizione del giudice-interprete ma la misura del consenso che quella interpretazione riscuote tra tutti i giudici. La Corte giudica la realtà ordinamentale della prevalente applicazione normativa, in fatto cioè che si dà storicamente con il realizzarsi di una massiccia adesione a quella norma».

²³ A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994, p. 272. Si noti, peraltro, che la funzione della Corte di Cassazione quale fonte privilegiata di cognizione del diritto vivente e non quale fonte esclusiva di produzione del diritto vivente si ricollega, nella prospettiva dell'A., a una concezione dinamica e circolare della nomofilachia; opinione che sposiamo e sui cui rimandiamo al succ. § 3.

identificazione tra testo e norma (tanto che la mera possibilità di un'interpretazione incostituzionale avrebbe dovuto comportare l'illegittimità costituzionale).²⁴

Evidentemente, viceversa, tanto le sentenze interpretative, quanto l'assunzione del diritto vivente quale oggetto del sindacato di costituzionalità, danno atto di un dato oggi incontrovertibile - seppur in passato controverso - , ossia «la possibilità di ricavare più norme da un medesimo testo»²⁵ (testo che dunque si assume, con distacco dalla retortica giuridica tradizionale passata e dal mito dell'univocità normativa della disposizione, *polisenso*).²⁶

A tal proposito, efficacemente, si è detto «l'esistere della norma è determinato dal sistema, la fonte determinandone invece solo l'essere».²⁷

È un assunto questo, lo si ripete, oggi incontroverso ma che sicuramente l'assunzione del "diritto vivente" nel panorama euristico costituzionale ha contribuito ad affermare.

3. Il formante giurisprudenziale ordinario.

Per quanto concerne il piano giurisprudenziale *ordinario*, anche a questo livello è emersa in qualche misura la questione concernente la capacità del formante giurisprudenziale di sagomare la norma di legge, affrontando la Corte di Cassazione precipuamente il problema concernente l'efficacia nel tempo di una nuova interpretazione giudiziale.

In particolare, in tale prospettiva assumono particolare rilievo - soprattutto per le considerazioni svolte sul ruolo dei giudici nell'ordinamento, nonché per l'attenzione all'impatto dell'interpretazione giudiziale sulla tutela dei diritti - due pronunce adottate dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, l'una penale, l'altra civile; si tratta, rispettivamente, delle sentenze n. 18288 del 21 gennaio 2010 e n. 15144 dell'11 luglio 2011.

²⁴ In passato hanno sostenuto la tesi dell'inscindibilità tra testo norma e la conseguente inammissibilità delle pronunce costituzionali interpretative: T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 361 ss.; S. BARTOLE, *Spunti di diritto costituzionale*, Padova, 1962, p. 29 ss.; A. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967, p. 20 ss.

²⁵ A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. *Genesi, uso, implicazioni*, cit., p. 139.

²⁶ Sulla nota distione tra disposizione e norma v. V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, cit., p. 195 ss.; R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1991, p. 131; P. STELLA RICHTER, *Vizi dell'atto normativo e vizi della norma*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 560 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 642.

²⁷ M.S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione*, Milano, 1956, p. 907 ss.

3.1. La sentenza delle Sezioni Unite penali: giudice con funzione di integrazione del diritto.

Con il primo arresto (sentenza n. 18288 del 21 gennaio 2010)²⁸, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione penale hanno affermato la possibilità di riproporre, ai sensi dell'art. 666 co. 2 c.p.p., la domanda d'indulto in precedenza rigettata allorquando sia sopravvenuto un mutamento di giurisprudenza favorevole intervenuto con decisione delle Sezioni Unite.

L'art. 666 co. 2, nel disciplinare il procedimento di esecuzione (attivabile su richiesta del pubblico ministero, dell'interessato o del difensore), impone infatti al giudice dell'esecuzione di dichiarare inammissibile la richiesta presentatagli se «costituisce mera *riproposizione* di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi» (ovvero se manifestamente infondata).

Secondo quanto affermato dalla Corte di Cassazione, di converso, non costituisce mera riproposizione della richiesta già presentata, ma si basa su elementi *diversi*, la domanda di indulto che, in precedenza rigettata, alleghi quale *quid novi* un nuovo arresto giurisprudenziale, intervenuto con sentenza delle Sezioni Unite.

In particolare, a tale risultato, evidentemente garantista, le Sezioni Unite sono pervenute valorizzando essenzialmente tre elementi:

- (a) il ruolo dell'interpretazione giurisprudenziale alla luce dell'impianto sovranazionale;
- (b) la differenza tra giudicato esecutivo e giudicato tradizionale;
- (c) la tutela dei diritti altrimenti sacrificati.

(a) Anzitutto, quanto al ruolo delle corti in prospettiva sovranazionale, le Sezioni Unite hanno ampiamente valorizzato la giurisprudenza di Strasburgo e, *en cascade*, secondo l'ottica adottata, il valore dell'interpretazione giudiziale, la quale assumerebbe oggi «un

²⁸ In *Guida al Diritto*, n. 27, 3 luglio 2010, p. 70 ss., con nota di A. MACCHIA, *La modifica interpretativa cambia il "diritto vivente" e impone di rivalutare la posizione del condannato* (p. 78 ss.). A commento della sentenza v. anche R. RUSSO, *In materia di indulto*, in *Il Foro Italiano*, 2010, fasc. 11, p. 575 ss.; ID., *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite Un tema ancora aperto*, in *Cass. pen.*, 2011, fasc. 1, p. 26 ss.; C. IASEVOLI, *Mutamento del principio di diritto e "ne bis in idem" cautelare*, in *Critica del diritto*, 2012, fasc. 1-2, p. 78 ss.; A. CONZ, *L'"overruling" della Corte di Cassazione in seduta plenaria: assenza dei limiti al "diritto vivente" nel procedimento di esecuzione?*, in *Processo penale e Giustizia*, 2012, fasc. 4, p. 6 ss.

ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima».

Tale conclusione, nella motivazione della Cassazione, sarebbe convenzionalmente - e quindi costituzionalmente - imposta dall'assetto sovranazionale, nella misura in cui la Corte Edu avrebbe enucleato dall'art. 7 CEDU un principio di legalità "allargato" ("legalità materiale"), inglobando «nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati; quello legislativo e quello interpretativo» (dove una "realistica visione del principio di legalità" o anche una "visione sostanziale del principio di legalità") [par. 6 sentenza].

Concludendosi nel senso che «secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, "una relazione di tipo concorrenziale" tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso unicum, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi dell'esatta portata della norma [...]. La struttura generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza» [par. 7].

Tali premesse, in definitiva, «legittimano la conclusione che l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il "diritto vivente"» [par. 9].

(b) Accanto a tali considerazioni, secondariamente, le Sezioni Unite hanno altresì valorizzato le peculiarità del c.d. giudicato esecutivo - da definire più propriamente quale mera preclusione - che, proprio e in quanto differente dall'omonimo istituto tradizionale, presenterebbe un minor grado di stabilità.

Le pronunce del giudice dell'esecuzione, infatti, in quanto revocabili, non sarebbero mai suscettibili di passare in giudicato, «posto che la conoscenza cognitiva di detto giudice

ha carattere provvisorio» e cioè, stante il chiaro disposto dell'art. 666 che permette la riproposizione della domanda in ogni tempo, condizionato *rebus sic stantibus*.

Tale carattere di provvisoria stabilità dovrebbe dunque essere designato quale preclusione «per certificar[ne] il limitato effetto “autoconservativo”» ed evidenziare «il divario strutturato» con il concetto tradizionale di giudicato «contraddistinto dall'accertamento del fatto oggettivo e dalla sua riferibilità all'imputato».

«La circostanza che nel procedimento di esecuzione non si ha mai un giudizio di merito sul fatto comporta necessariamente una diversa regolamentazione dell'efficacia preclusiva della decisione, nel senso che le richieste del soggetto interessato sono - di norma - suscettibili di essere riproposte in qualsiasi momento, con il solo limite, previsto dall'art. 666 c.p.p., comma 2, che la nuova istanza non costituisca mera riproposizione di altra già rigettata, basata sui "medesimi elementi"».

(c) Considerati, dunque, gli obblighi derivanti dal sistema convenzionale, nonché l'assenza in tale contesto di un giudicato in senso tradizionale - in senso 'forte' in quanto riferito all'accertamento del fatto -, le Sezioni Unite hanno interpretato la disposizione di cui all'art. 666 co. 2 c.p.p. in senso *garantistico* al fine di tutelare diritti e principi fondamentali 'a rischio' nella (perdurante) esecuzione della pena, diritto alla libertà *in primis*, ma anche il principio di uguaglianza:

«Diversamente opinando, si negherebbe [...] il "minimo etico" del processo penale: si violerebbe cioè il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., perchè si determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento tra condannati per reati dello stesso tipo, commessi tutti prima della data di operatività dell'indulto»²⁹ [par. 9].

²⁹ E inoltre, nel caso specifico: «può, inoltre, aggiungersi che il mancato ossequio alla normativa comunitaria richiamata dalla sentenza "Napoletano" delle Sezioni Unite e all'art. 7 della Convenzione europea sui diritti umani, così come interpretato dalla giurisprudenza europea, comporterebbe anche la violazione dell'art. 117 Cost., comma 1, che, sebbene formalmente indirizzato al legislatore, enuncia un principio generale di fedeltà del nostro Paese agli impegni internazionali validamente assunti, da cui deriva sia l'esigenza di una interpretazione delle norme interne conforme agli obblighi internazionali, sia l'esigenza di prevenire eventuali giudizi di responsabilità a carico dello Stato italiano per violazione di quegli obblighi, assicurando tempestivamente, in tal modo, la tutela dei diritti e delle libertà all'interno del proprio sistema giuridico», par. 9 sent. cit.

3.2. La sentenza delle Sezioni Unite civili: giudice con funzione meramente ricognitiva (o semmai adeguatrice) del diritto.

Con tale sentenza, dunque, le Sezioni Unite penali hanno valorizzato ‘esponenzialmente’ il ruolo del giudice (valorizzazione asseritamente imposta dal sistema convenzionale) per addivenire a risultati garantistici, finalizzati alla tutela di diritti e principi di primario rilievo (libertà e uguaglianza *in primis*).

La seconda decisione che si intende analizzare ai fini dell’indagine, quella delle Sezioni Unite civili, viceversa, principia da considerazioni sul ruolo della giurisprudenza affatto opposte - riconducendo il giudice alla funzione di mero ricognitore del diritto scritto (e non creatore né integratore della norma stessa) - ma, ciononostante, conduce a risultati altrettanto garantistici.

Sebbene la sentenza appartenga al ramo civile e affronti problematiche senza dubbio diverse (là, la ‘retroattività’ di un mutamento giurisprudenziale favorevole, qui, l’‘irretroattività’ dell’*overruling* sfavorevole), la decisione appare particolarmente interessante perché, pur adottando un modello euristico differente, dà conto del ruolo oggi assunto all’interpretazione giudiziale.

Nel dettaglio.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile sono state chiamate a decidere degli ‘effetti’ di un *overruling* sfavorevole che, interpretando diversamente la norma processuale rilevante, intervenga a stabilire un diverso *dies a quo* (nella specie, anteriore a quello individuato dalla previgente giurisprudenza) per la decorrenza del termine breve a impugnare; con l’effetto che le impugnazioni in precedenza presentate in ossequio al primo indirizzo, dovrebbero viceversa considerarsi, in virtù del secondo orientamento, *tardive*, decorrendo il termine breve da un momento iniziale pregresso, individuato più in là nel tempo (la notifica integrale del dispositivo e non più la successiva registrazione della sentenza stessa).

Alle Sezioni Unite veniva dunque rimesso il seguente quesito «Se sopravvenuto mutamento di esegesi della norma processuale di riferimento possa comportare la tardività di un ricorso altrimenti tempestivo alla stregua del diverso diritto vivente alla data della sua proposizione» [§2].

Come anticipato - ed è il rilievo che più interessa per l'indagine che si sta conducendo - al fine di risolvere il quesito sottoposto, le Sezioni Unite hanno ritenuto di dover anzitutto considerare il «nodo del valore del precedente e dell'efficacia temporale della c.d. *overruling*».

In tale prospettiva, la Cassazione, aderendo e 'rinsaldando' il sistema tradizionale delle fonti del diritto, ha escluso qualsiasi ruolo nel posizionamento della norma giuridica in capo al giudice, il quale si limiterebbe di converso soltanto a disvelare (*inventare* nel accezione etimologica del termine) il significato della legge.

Posto che la norma giuridica trova la sua fonte di produzione nella legge e che, in quanto non eletti né politicamente responsabili, i giudici rimangono «estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche», l'*overruling* giurisprudenziale, rimarrebbe sempre confinato entro la logica dell'*inventio del diritto positivo*, o rilevando un nuovo significato che la norma ha assunto in virtù di vicende evolutive (normative o sociali) ovvero correggendo una precedente (errata) interpretazione del diritto.

Nel primo caso (*interpretazione evolutiva*), la giurisprudenza si limiterebbe ad accertare - *certificare* - il mutamento del diritto vivente, fenomeno qui considerato oggettivo della norma, «soggetta, ex se, a dinamiche evolutive» «per un duplice ordine di fattori propulsivi, interni e esterni».

Sul piano interno verrebbe in considerazione l'interesse protetto dalla norma, che «per la sua insopprimibile connotazione dinamica legata al suo esprimere una tensione della collettività verso un bene della vita - non può evidentemente restare imprigionato nella gabbia del testo della regola iuris, ma di questa invece costituisce l'elemento mobile, quasi linfa vitale, che orienta il processo di crescita e ne determina i percorsi evolutivi».

Dal punto di vista *esterno*, viceversa, la norma potrebbe mutare di significato in virtù di vicende modificative della complessa architettura giuridica in cui la disposizione stessa vive, che, in determinate ipotesi, possono condizionarne e interferire *ab esterno* sul suo contenuto.³⁰

³⁰ L'interpretazione della regola iuris, che si riflette in siffatte decisioni, può definirsi "evolutiva", ma ciò per traslato, in quanto, appunto, volta ad accertare il significato evolutivamente assunto dalla norma nel momento in cui il giudice è chiamato a farne applicazione (e con risalenza a quello di invero di tale evoluzione): accertamento che, a livello di intervento nomofilattico della Corte regolatrice, ha anche vocazione di stabilità, innegabilmente accentuata (in una corretta prospettiva di supporto al valore delle

Se in tale primo ordine di casi, dunque, la giurisprudenza muta indirizzo unicamente al fine di prender atto di una modifica di senso della norma considerata, nel caso dell'*interpretazione correttiva*, viceversa, il significato (e il contenuto) della norma permangono in una prospettiva diacronica invariati: è la sola interpretazione giudiziale che cambia, ma non già per creare diritto, quanto piuttosto per portare alla luce il vero significato della legge sconosciuto da un precedente indirizzo ermeneutico (che dunque deve considerarsi *contra legem*).

«E ciò o perchè il nuovo significato sia ritenuto preferibile rispetto a quello - pur compatibile con il testo - precedentemente enucleato ma una tale opzione trova ora netta controindicazione nella recente Sez. Un. n. 10864/2011, secondo cui, su un piano, per così dire, di etica del cambiamento, "una diversa interpretazione non ha ragione d'essere ricercata, e la precedente abbandonata, quando l'una e l'altra siano compatibili con la lettera della legge, essendo preferibile e conforme ad un economico funzionamento del sistema giudiziario l'interpretazione sulla cui base si è già formata una pratica di applicazione", ovvero perchè l'interprete ritenga che la precedente lettura del testo sia errata, perchè frutto di non corretta applicazione dei canoni di ermeneutica della legge».

Tanto premesso, dunque, la Cassazione giunge necessariamente a concludere, in caso di *interpretazione correttiva*, che l'atto posto in essere seguendo il previgente (ed evidentemente errato) indirizzo concernente una disposizione procedurale non può che ritenersi irritualmente proposto, dovendosi considerare il significato che la legge ha da sempre avuto e non potendosi ritenere il precedente orientamento *lex temporis acti*.

Nonostante tale rigorosa - per semplicità si potrebbe definire anche 'tradizionale' - impostazione, la Corte di Cassazione è pervenuta tuttavia a risultati garantistici assicurando la conservazione/ritualità dell'atto già posto in essere al fine di tutelare l'affidamento che la parte aveva riposto nella precedente regola *iuris*.

Sebbene la giurisprudenza non faccia altro che disvelare il diritto (ponendosi su un piano di attuazione della legge e non di posizionamento della norma), le Sezioni Unite

certezze del diritto) dalle novelle del 2006 (art. 374) e 2009 (art. 360 bis c.p.c., n. 1), ma stabilità pur sempre relativa, perchè la vivenza della norma (anche fuori dalla metafora morfologica) è una vicenda, per definizione, aperta.

hanno riconosciuto come una interpretazione giurisprudenziale reiterata nel tempo «ha comunque creato l'apparenza di una regola, ad essa conforme».

Per tali ragioni, poiché l'affidamento del cittadino a tale regola deve considerarsi *legittimo*, l'eventuale inammissibilità del ricorso allora proposto deve ritenersi *irragionevole*, «non potendo frustrare l'affidamento ingenerato come, nel cittadino, dalla legge previgente, così, nella parte, da un pregresso indirizzo ermeneutico, in assenza di indici di prevedibilità della correlativa modificazione».

4. Il piano legislativo: la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione.

Passando ora all'esame dell'ultimo 'livello di emersione', quello legislativo, vengono anzitutto in rilievo le attribuzioni della Corte Suprema di Cassazione previste *ex lege*.

Ai sensi dell'art. 65, primo comma, del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario), rubricato «Attribuzioni della corte suprema di cassazione», infatti:

«La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge».

Tra le attribuzioni demandate alla Cassazione, dunque, come noto, si annovera anche la c.d. funzione nomofilattica, declinata nella duplice componente negativa (assicurare l'*esatta osservanza* della legge) e positiva (assicurare l'*uniforme interpretazione* del diritto)³¹.

In particolare, mentre la Corte esercita la funzione nomofilattica in senso positivo allorché detta un criterio di diritto cui possono ispirarsi le future decisioni, in senso negativo assicura l'esatta osservanza della legge «toglie[ndo] efficacia al singolo atto contrario alla legge».³²

Precisandosi inoltre come, mentre la prima componente, quella positiva, possa interessare di fatto soltanto in talune pronunce (quelle appunto che affrontano *questio iuris* dibattute), la seconda, viceversa, di tipo negativo dovrebbe potenzialmente esercitarsi nei riguardi di *tutte* le decisioni di grado inferiore, assicurando che il principio di diritto

³¹ F. LUISSO, *Il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003, p. 817 ss.

³² *Ibidem*.

proposto dalla Cassazione riceva effettivamente applicazione nei giudizi di grado inferiore.³³

La funzione nomofilattica della Corte, nelle due componenti menzionate, serve quindi l'uniformità del diritto (da intendersi in questo senso come *sinnedoche*), che, lungi dal cosituire una mera aspirazione di tipo pratico, si pone al contrario quale valore giuridico e/o un principio fondamentale dell'organizzazione dell'ordine giuridico.³⁴

Nella misura in cui essa assicura i diritti costituzionalmente garantiti dell'uguaglianza e della certezza del diritto (in ambito penale, dunque, permettendo in ultima analisi un giudizio di colpevolezza), l'uniformità dell'interpretazione giudiziale rappresenta inoltre un principio di ordine costituzionale.³⁵

Per tali motivi l'attuazione dell'uniformità del diritto non può ridursi a una mera situazione di fatto (che sussiste o meno), affidando la capacità dell'ordinamento a garantire l'omogeneità del diritto applicato alla mera persuasività/autorità della decisione e la 'buona' volontà dei giudici nel perseguirla.

In capo agli organi giudicanti, viceversa, dovrebbe riconoscersi un vero e proprio dovere funzionale teso all'attuazione dell'uniforme interpretazione della legge; anche in mancanza di un'apposita sanzione, esso dovrebbe rimanere pur sempre un dovere giudico e non solo morale.

Si badi: dovere di attuare un'uniforme attuazione della legge non significa affatto instaurare o riconoscere il vincolo del precedente (almeno nell'accezione *forte* di

³³ In altri termini si tratta delle due funzioni di: «l'esatta osservanza della legge, cioè la funzione di risolvere le controversie; e la distinta e primaria funzione di garantire 'l'uniforme interpretazione della legge', cioè di esprimere, per dirla con Gino Gorla, *annonce de jurisprudence future*, quindi, criteri di interpretazione destinati a valere per la soluzione di controversie future in casi analoghi o simili», M. MELONI, *Il ruolo del precedente nella Corte di Cassazione*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Cocco, Padova, 2005 p. 163 ss.

³⁴ G. GORLA, *Les sections reunies de la Cour de cassation en droit italien: Comparaison avec le droit français*, in *Il Foro Italiano*, 1976, Vol. 99,

³⁵ Anche secondo G. LATTANZI, *La Corte di cassazione tra nuovo e vecchio processo penale*, in *Il Foro It.*, 1988, vol. 111, p. 455 l'art. 65 «in una moderna lettura esprime fondamentali valori costituzionali. E' difficile infatti immaginare la soggezione del giudice alla legge e l'eguaglianza dei cittadini senza richiedere «l'esatta osservanza e l'uniforme applicazione della legge»».

Così anche G. PIOLETTI, *Sul ruolo delle sezioni unite penali della Corte di cassazione*, *ivi*, p. 462, secondo il quale: «Uniforme interpretazione della legge [...] poi, a ben vedere, significa uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge, sicché sotto tale angolazione, la nomofiliachia è diretta espressione del principio cardine della Costituzione di cui all'art. 3, che di per se solo ne fornisce il fondamento formale». Nello stesso senso, O. FANELLI, *La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione*, in *Il Foro It.*, 1988, vol. 1, p. 3304, per cui «La funzione di nomofiliachia rappresenta dunque una proiezione dell'art. 3 Cost., essendo l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge offesa da sentenze che, diversamente interpretando una medesima norma, dettino a casi uguali regole e assetti diversi».

obbligo di seguire la decisione dell'organo supremo), così come riconoscere e garantire la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione non significa affatto gerarchizzare in senso verticale gli organi giudicanti.

Anzitutto, il vincolo del precedente può esistere nel nostro ordinamento (ovviamente stante il dettato costituzionale su cui si tornerà a breve) solo in senso debole, ossia come *dovere* di tener conto della decisione già pronunciata.

Tale vincolo debole, e ovviamente graduabile a seconda dell'impatto scientifico del precedente, si impone immediatamente al giudice di merito considerato il 'rischio' di vedere la propria decisione cassata e alla Corte di Cassazione per il tramite della sua «istituzionale funzione nomofilattica e nella conseguente necessità di garantire (almeno tendenzialmente) i valori di coerenza ed eguaglianza»³⁶.

Mediatamente, tuttavia, si tratta più in generale e per ogni giudice di «un vincolo di sistema: discende dal fatto stesso che ciascuna decisione non sta a sé, ma si inserisce in un flusso giurisprudenziale che contribuisce a modellare l'ordinamento giuridico e, per ciò stesso, non può prescindere da un minimo di coerenza sistematica»³⁷.

Da ciò deriva anche, secondariamente, come la funzione nomofilattica si sostanzia non tanto in un *dicta* che calato dall'alto si impone per forza propria sui giudici inermi e gerarchicamente 'inferiori', quanto piuttosto come una regola di metodo - metodo *dinamico e dialettico* -, che innesta nell'ordinamento un moto circolare e «che trova il naturale punto di sintesi nella Corte di cassazione, ma è promossa dai giudici di merito, i primi a confrontarsi con la fluidità sociale; e torna ai giudici di merito, che misurano gli effetti pratici della giurisprudenza di legittimità».³⁸

³⁶ R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Il Foro It.*, 2006, Vol. 129, n. 9, p. 281.

³⁷ *Ibidem*, p. 282 ss.

³⁸ G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 6 febbraio 2017, p. 3.

In tal senso v. anche M. FRANCHELLI, *Nomofilachia e Corte di Cassazione*, in *Giust. e Cost.*, 1986, p. 39 ss., nonché S. SENESE, *Per la Corte di Cassazione. VII. Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1987, V, p. 263, secondo cui la nomofilachia dovrebbe intendersi come un prodotto di un «costante e fecondo dialogo con i giudici di merito, secondo un modulo che ne affida l'esercizio non più soltanto ad un'attività che si svolge "dall'alto verso il basso" ma che si alimenti anche dei contributi provenienti dalla magistratura di merito, rispetto ai quali la Corte non svolge più soltanto un intervento autoritativo ma anche un'opera di sintesi e razionalizzazione».

Pertanto, taluni Autori hanno studiato la *prassi* attuale della funzione nomofilattica con particolare riguardo alle funzioni svolte dall'Ufficio del Massimario, che, assumendo un ruolo di filtro rispetto alle decisioni da pubblicizzare della Cassazione e determinando la caduta in oblio di tutte le altre,

In tal senso, dunque, « la nomofilachia non è un valore assoluto, ma solo un metodo, è il dovere funzionale di tener ferma la soluzione ragionevole finché non ne emerga un'altra più rispondente all'evoluzione sociale»³⁹; la moderna nomofilachia pertanto «deve mettere nel conto la fallibilità e l'obsolescenza dell'interpretazione giurisprudenziale»⁴⁰.

4.1. La riforma Orlando: il vincolo *procedurale* del precedente.

La funzione nomofilattica esercitata dalla Corte di Cassazione ha ricevuto ulteriore impulso dalla riforma Orlando, la quale all'art. 618 c.p.p. (Decisione delle sezioni unite) ha aggiunto l'ulteriore comma 1-*bis*, ai sensi del quale:

«Se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso».^{41 - 42}

determinerebbe - assieme a un *closed access* alle sentenze di legittimità - uno "scarto fisiologico" tra la giurisprudenza di legittimità e diritto vivente. In tal senso specificatamente D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, p. 619 ss.; v. inoltre C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofiliachia)*, in *Questione Giustizia*, 2017, 3, p. 82 ss.; M. MELONI, *Il ruolo del precedente nella Corte di Cassazione*, cit., p. 190 ss.; in generale, sulla funzione di nomofiliachia della Corte di Cassazione cfr. anche G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss.

³⁹ G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 5, nt. 10, che rimanda a G. BORRE, *La Corte di cassazione oggi*, in *Il diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996, p. 157 ss..

⁴⁰ *Ibidem*, p. 5.

⁴¹ Sulla portata di tale innovazione v. F.R. DINACCI, *La riforma del giudizio di Cassazione tra pragmatismi operativi ed accentuata nomofilachia*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 591 ss., il quale rileva come l'accentuazione dei poteri nomofilattici si inserisca nelle modifiche apportate dalla riforma «con finalità di decongestione», ossia che perseguono un intento di sistema che dovrebbe essere quello di «liberare una Corte assediata».

Secondo l'A, inoltre, l'utilizzo modale del verbo "rimettere" all'indicativo starebbe a significare l'imposizione in capo alle sezioni semplici di un obbligo e non già di una facoltà.

Sul vincolo in precedenza esplicito (o che avrebbe dovuto esplicitare) la decisione delle Sezioni Unite v. le intriganti riflessioni di G. PIOLETTI, *Sul ruolo delle sezioni unite penali della Corte di cassazione*, cit., spec. p. 464 ss. che riconosce alle pronunce del supremo consesso riunito forza 'regolatrice interna'.

⁴² La precedente disposizione, secondo la Rel. al testo def. cp.p., suppl. ord. n. 2, Gazz. Uff., serie gen. n. 250 del 24.10.1988, p. 200, era «stata dettata dall'esigenza, generalmente avvertita, di impedire il protrarsi di contrasti tra le decisioni della Corte di cassazione, anche dopo l'intervento delle sezioni unite, e di assecondare quella "uniforme interpretazione della legge" demandata alla Corte dall'ordinamento giudiziario e necessaria per dare effettiva attuazione al principio di uguaglianza proclamato dall'art. 3 della Costituzione. E' infatti ricorrente il rilievo che viene meno l'effettiva uguaglianza davanti alla legge se nella sede giudiziaria situazioni uguali ricevono trattamenti diversi. Il contrasto tra le decisioni della Corte elude inoltre la richiesta di certezza, che in materia penale e' ancor piu' pressante e si ricollega al principio di stretta legalita', con il suo corollario di tassativita', che non consente di ritenere di volta in volta penalmente lecito o illecito lo stesso fatto o di ravvisare in esso reati diversi di ineguale gravita'».

Inizialmente, tuttavia, già il progetto definitivo del 1988 dell'articolo 618 c.p.p. stabiliva che: «le sezioni semplici uniformano le proprie decisioni ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite per dirimere un contrasto; altrimenti rimettono con ordinanza il ricorso alle sezioni unite esponendo le ragioni del

La riforma ha dunque introdotto nel sistema penale la medesima e ulteriore ragione di remissione alle Sezioni Unite già prevista in materia civile dall'art. 374 c.p.c. (Pronuncia a sezioni unite).

Da tale aggiunta, si badi, sembra derivare tuttavia un vincolo non già del precedente *stricto sensu* inteso⁴³, quanto piuttosto un vincolo di *coerenza* e dalla natura *procedurale*, che impone alle sezioni semplici di rimettere motivatamente la questione alle Sezioni Unite allorquando ritengano di doversi discostare dal precedente principio di diritto già affermato dal medesimo organo.⁴⁴

Invero, di un vero e proprio vincolo del precedente gravante sulle sezioni semplici pare non sia corretto discorrere non fosse altro perché le sezioni semplici «non sono *obbligate* ad emettere una pronuncia di contenuto conforme; ben diversamente, è loro impedito di emettere una pronuncia di contenuto difforme, dovendo esse convogliare il loro dissenso in un'ordinanza, che investa della decisione le Sezioni unite, e che espliciti le ragioni, per le quali la Sezione semplice ritiene di non condividere il precedente delle Sezioni unite, ed indichi i motivi che inducono al superamento dello stesso»⁴⁵.

dissenso»; tale *novatio* non venne però allora introdotta in ragione delle perplessità espresse in sede di Commissione parlamentare, riconducibili al fatto che «la soluzione proposta viene a porre, per la prima volta nel nostro ordinamento processuale, il vincolo, sia pure tendenziale e corretto, del precedente» (M. MELONI, *Il ruolo del precedente nella Corte di Cassazione*, cit., p. 165).

Sul punto si è detto «la Commissione parlamentare ha temuto l'arditezza di introdurre per la prima volta nel nostro ordinamento il vincolo, sia pure tendenziale, del precedente»; F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le nuove norme sul giudizio penale in cassazione e la crisi della corte suprema*, in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 527.

⁴³ Di contrario avviso invece G. SPANGHER, *Nomofilachia "rinforzata": serve trasparenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 8, p. 985: serve trasparenza secondo cui «in questo modo [...] la questione di diritto decisa dalle Sezioni Unite finisce per assumere un valore paranormativo».

Per un'indagine accurata circa il valore del precedente in diritto penale, è d'obbligo il richiamo alla monografia di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014.

⁴⁴ Evidentemente, la previsione mira a risolvere le gravi situazioni di fatte occorse in passato in cui i principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite venivano prontamente e immediatamente sconfessati a breve giro dalle sezioni semplici della cassazione; «contrasti interpretativi [che] hanno trovato nella Cassazione un'occasione di legittimazione piuttosto che la sede di risoluzione», V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1578.

G. LATTANZI, *La Corte di cassazione tra nuovo e vecchio processo penale*, cit., p. 454 rileva come il caso dei contrasti «consapevoli ed addirittura irriducibili, quando, come accade sempre più spesso, deliberatamente vengono disattese decisioni delle sezioni unite chiamate appositamente ad intervenire per l'esistenza di difformi orientamenti giurisprudenziali» «è il caso che più preoccupa, perché manifesta scarsa attenzione per le decisioni delle sezioni unite e disattenzione per il ruolo istituzionale della Corte di cassazione»; l'A. ricorda a titolo esemplificativo la vicenda del reato continuato (sulla quale rimanda a V. ZAGREBELSKY, *La continuazione senza pace e le sezioni unite senza ruolo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 927 ss.).

⁴⁵ F. LUISO, *Il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite*, cit.

La riforma, dunque, lungi dal vincolare la sezione semplice al precedente autorevole delle Sezioni Unite, in tal modo immobilizzando l'evoluzione giurisprudenziale⁴⁶ e censurando eventuali dissensi *motivati* dei medesimi giudici, pare invece incanalare il fisiologico movimento evolutivo lungo percorsi guidati e ordinati, poiché esso «non può aver luogo con salti in avanti o fughe all'indietro, oppure, sincronicamente a macchia di leopardo»⁴⁷.

L'evoluzione giurisprudenziale, pertanto, lungi dall'avvenire a tutto svantaggio della certezza del diritto, pare invece dover progredire secondo un tracciato che assicuri alle motivate ragioni di dissenso/discostamento da un principio di diritto l'immediato vaglio delle Sezioni Unite e, eventualmente, l'avvallo autorevole dalle medesime con ripensamento 'correttivo' del precedente.⁴⁸

«Da qui la distinzione dei ruoli all'interno della stessa Corte: alle Sezioni unite il compito di far evolvere la giurisprudenza; alle Sezioni semplici il compito di stimolare questa evoluzione, fornendo alle Sezioni unite, attraverso l'ordinanza di rimessione, le ragioni che rendono opportuno il ripensamento. Il ruolo delle Sezioni semplici, quindi, è tutt'altro che secondario; ed è funzionale, appunto, a realizzare una meditata ed ordinata evoluzione della giurisprudenza. Il compito delle Sezioni semplici non è quello di «credere, obbedire, combattere»; esse non sono costrette ad applicare acriticamente il precedente. Solo, non possono arrogarsi il potere di discostarsene, ma debbono sollecitare il cambiamento da quella stessa struttura — le Sezioni unite — che quel precedente ha posto»⁴⁹.

In tal senso, dunque, la riforma sembra percorrere e in qualche modo suggellare le prospettazioni già provenienti dalla dottrina in punto di nomofiliachia: da una parte «il dovere dei giudici di tener conto dei principi di diritto della Cassazione e di

⁴⁶ Rispetto alla nuova disposizione è possibile ritenere valide le osservazioni di A. CADOPPI, *Riflessioni sul valore del precedente*, cit., p. 160 e s. il quale, proponendo un sistema simile a quello introdotto (ma 'arricchito' dal vincolo gravante sul giudice di merito di rimettere alla Cassazione nel caso in cui ritenesse di discostarsi dall'orientamento consolidato), rileva come «un simile sistema non 'ingesserebbe' il diritto penale alla 'prima interpretazione' data ad una norma, perché le svolte giurisprudenziali sarebbero sempre possibili, ma l'organo deputato ad effettuarle sarebbe uno solo, le Sezioni unite. In tal modo, i contrasti giurisprudenziali sincronici - quelli più nefasti - sarebbero espunti dal sistema».

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Nel nuovo assetto giudiziario sono le Sezioni Unite ad avere «il monopolio delle 'svolte giurisprudenziali'». Espressione di A. CADOPPI, *Riflessioni sul valore del precedente*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Cocco, p. 160, il quale propone altresì di introdurre l'onere sul giudice di merito che si voglia discostare dal precedente di rimettere alla Cassazione, la quale, qualora ritenesse opportuno mutare giurisprudenza, dovrebbe rimettere alle ss.uu.

⁴⁹ F. LUISO, *Il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite*, cit.

discostarsene solo motivatamente», dall'altra la configurazione di una funzione nomofilattica moderna dal movimento circolare, capace di attuare un effettivo dialogo costruttivo⁵⁰, teso a garantire il valore anche costituzionale di certezza del diritto sfavorendo meri atteggiamenti di «protagonismo intellettuale».^{51 52}

5. Rilievi conclusivi: ruolo della giurisprudenza e significato dell'*overruling*.

L'analisi sopra proposta dovrebbe in conclusione servire a vagliare criticamente l'affermazione per cui oggi si dovrebbe apertamente includere «nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati; quello legislativo e quello interpretativo».

Come già anticipato, dal punto di vista teorico, tale affermazione può trovare riscontro negli studi di coloro che autorevolmente, in misura maggiore o minore, offrono del

⁵⁰ Sembra realizzarsi quel concetto di nomofiliachia di cui ha parlato anche G. TAMBURINO, *Intervento alla Tavola rotonda*, in *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, p. 371, per cui la funzione nomofilattica dovrebbe intendersi «uniforme interpretazione nel processo di uno stato democratico che lascia sempre libero il giudice di giudicare, di *ius dicere* nel caso concreto. Nomofilachia, non *stare decisis*, il che [...] è più democratico e più difficile».

Sulla portata della riforma, di contrario avviso invece P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 10, p. 1265 ss., il quale evidenzia invece il rischio di sopprimere la dialettica tra i giudici. Critica in termini simili la riforma anche A. DE CARO, *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle Sezioni unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, in *Arch. pen.*, pp. 2 e 6, il quale da un lato evidenzia il carattere 'positivo' dei contrasti giurisprudenziali, «enorme ricchezza culturale perché esprim[ono] la dinamicità dell'interpretazione e il tentativo di adeguarla alle mutazioni ed all'evoluzione del contesto sociale», dall'altro lato rileva come «In quest'ottica, la scelta legislativa forza quella trama e sembra proporre una forma di "controllo" delle (libere) prerogative della giurisdizione non completamente coerente con le scelte di fondo della Carta fondamentale».

⁵¹ Riprendendo l'espressione di G. PIOLETTI, *Sul ruolo delle sezioni unite penali della Corte di cassazione*, cit., p. 466.

⁵² Né, peraltro, può prospettarsi che la riforma, introducendo il summenzionato vincolo procedurale, possa porsi in contrasto con l'art. 101 Cost. In tal senso, in riferimento all'obbligo in capo al giudice del rinvio di uniformarsi al principio di diritto enunciato dalla Cassazione (previgente art. 546, comma 1, c.p.p.), v. sent. Corte Cost., n. 50 del 1970. In tale occasione la Corte ha ben chiarito come l'assoggettamento alla sola legge non è riferito solo alla norma da applicare alla fattispecie considerata, ma altresì «alle valutazioni la legge dà dei rapporti, atti, fatti.» Sicché «la pronuncia si mantiene sotto l'imperio della legge anche quando questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza»; precisandosi inoltre che «ogni limite posto dalla legge all'esercizio di poteri o funzioni è legittimo fino a quando non vulneri un precetto costituzionale».

diritto una concezione *integrata*, identificandolo pecciuamente con la disposizione *applicata* e ritenuto inscindibile il momento dell'interpretazione da quello dell'applicazione.

Come detto, tuttavia, si tratta di valutare se tale teoria trovi oggi legittimazione *ab esterno* (e dunque riconoscimento, esplicito o implicito) nell'attuale realtà giuridica, avuto riguardo sia al livello sovranazionale (al quale per primo si imputa l'emersione sulla scena giuridica del ruolo del formante giurisprudenziale), sia al diritto interno, con specifico riferimento alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e all'azione legislativa.

Invero, come si è avuto modo di porre in luce nelle pagine precedenti, non sembra che nessuno di tali attori privilegiati abbia per davvero riconosciuto il ruolo *creativo* di fonte del diritto al formante giurisprudenziale ordinario.

Di certo, per le ragioni sopra esposte, non lo ha fatto la Corte di Strasburgo, la quale, di converso, ha derivato dall'art. 7 non solo il principio di irretroattività della noma penale sfavorevole e di retroattività (limitata) di quella favorevole, bensì anche il principio di legalità che assicura la primazia del diritto e che, in materia penale, osterebbe a un'interpretazione giudiziale estensiva o per analogia.

Escluso che l'art. 7 possa attribuire alla giurisprudenza il ruolo di *fonte di produzione* del diritto, nel prisma della garanzia convenzionale, essa viene ad assumere viceversa la funzione di *fonte di cognizione del diritto*: dovendo valutare se l'ordinamento tutto considerato garantisce il rispetto dei diritti fondamentali, la Corte di Strasburgo non esamina soltanto la disposizione scritta, ma altresì la sua concreta applicazione da parte dei giudici nazionali, ai quali tuttavia non viene per ciò solo e necessariamente riconosciuto un ruolo nel posizionamento della norma giuridica.

E' vero piuttosto il contrario: il *nullum crimen* - per quanto riguarda il versante di stretta legalità - assicura la primazia del diritto, impedendo che della disposizione scritta i giudici possano dare qualsivoglia interpretazione (specificatamente, impedendo quella *arbitraria*) che estenda la punibilità o che neghi all'individuo un beneficio sancito *ex lege*.

Né, d'altro canto, il ruolo creativo della giurisprudenza può dirsi esser stato implicitamente riconosciuto dalla Corte Costituzionale attraverso l'assunzione del c.d. diritto vivente a oggetto precipuo del sindacato costituzionale; giacché tale operazione, se ben riguardata, attiene esclusivamente all'esatto riparto di funzioni tra gli organi giurisdizionali e segna il *self restraint* del giudice delle leggi rispetto al compito di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme applicazione della legge" affidato dalla legge stessa alla Corte di Cassazione.

Tutt'al più l'uso del sintagma nella giurisprudenza costituzionale indica il definitivo superamento della convinzione di matrice giuspositivista dell'univocità del testo legislativo, cui corrisponderebbe sempre una e una sola norma, nonché il ruolo senza dubbio privilegiato da riconoscersi alla Corte di Cassazione in generale e alle Sezioni Unite in particolare quale fonte di cognizione del diritto vivente, imprimendo esse a una data interpretazione quell'autorevolezza istituzionale, ma anche scientifica, che ne assicura *tendenzialmente* il definitivo consolidamento.

Consolidamento tendenziale che oggi, a fronte della riforma Orlando, diviene inoltre istituzionalizzato e fisiologico. Giacché una volta impresso il suggello delle Sezioni unite a un dato orientamento interpretativo, l'esegesi contraria, pur in ipotesi sostenuta dal giudice di merito, risalendo i gradi sino alle sezioni semplici, potrebbe o essere rigettata dalle medesime, le quali richiamerebbero le ragioni di diritto già esposte nell'arresto delle Sezioni Unite, da ritenersi ancora valide o comunque non superate, ovvero, trovando il favorevole riscontro delle sezioni semplice, dovrebbe essere rimessa all'attenzione delle Sezioni Unite.

Delineandosi cioè un contrasto ragionevole, ossia rinvenendosi ragioni tali da motivare il superamento di un precedente indirizzo, a beneficio dell'esatta e uniforme applicazione della legge, diviene doveroso - ora *ex lege* obbligatorio - 'ripensare' la questione e vagliarne di nuovo la soluzione ancora a Sezioni Unite, mettendosi dunque in moto un meccanismo che dovrebbe assicurare la miglior (in quanto precipitato della dialettica tra i diversi giudici) elaborazione giuridica e, non da ultimo, l'uniforme applicazione della legge (da cui l'uguale trattamento di ogni cittadino avanti la legge).

Di nuovo, la riforma non sembra riconoscere alcun ruolo creativo della giurisprudenza, semmai, e rinviandosi di nuovo alla dicotomia disposizione vs. norma, ammette - come

già in precedenza attraverso l'attribuzione del compito di nomofilachia alla Corte di Cassazione - la funzione applicativa e *interpretativa* del diritto.

Dalle tre esperienze richiamate, inoltre, pare derivarne un'ulteriore conclusione: non solo il significato della legge non è univoco e, dunque, il giudice è sempre chiamato a interpretare la disposizione 'scegliendo' (seppur non arbitrariamente) tra le diverse norme possibili, ma tale interpretazione - per quanto rimanga di tipo tecnico e non creativo - può anche risultare *ex post*, successivamente alla pronuncia stessa, o erronea o superata.

Emerge dunque, da un lato, il ruolo (non creativo bensì) interpretativo ma pur sempre *centrale* della giurisprudenza nel distillare dalla disposizione legislativa la norma applicabile; dall'altro lato, altresì la '*fallibilità*' di una tale interpretazione: sia che essa appaia *arbitraria* sotto le lenti del diritto convenzionale, *incostituzionale* nella prospettiva del sindacato di costituzionalità del diritto vivente o *erronea* ovvero '*superata*' laddove si consideri *ex lege* l'obbligo di investire (di nuovo) le Sezioni Unite.

Escluso, dunque, che la giurisprudenza si erga oggi a fonte del diritto e ritenuto, di converso, che le nostre corti facciano istituzionalmente dell'interpretazione un uso soltanto tecnico e non creativo (non potendo l'eventuale uso creativo legittimare *ab esterno* una funzione incompatibile con la nostra architettura costituzionale, dovendo piuttosto essere *censurato* per violazione del principio di stretta legalità), risulta che il mutamento giurisprudenziale, per ritenersi legittimo, debba derivare dalla necessità di superare la precedente interpretazione o perché *errata* (*genus* in cui ricomprendere l'interpretazione arbitraria, incostituzionale e *contra legem*) o perché *superata*, per fattori esterni (le condizioni sociali) o interni (il mutamento di altre norme dell'ordinamento che influiscono sul significato della disposizione considerata).

5.1. Il prosieguo della ricerca.

Dunque, riprendendo l'interrogativo da cui si sono prese le mosse, pare possibile operare una scelta di campo tra i due 'modelli di gestione' della decisione più favorevole dopo il giudicato, esprimendo una preferenza per il paradigma 'cassazionista', che, riconducendo il giudice a mero interprete della legge, individua la

fonte della disposizione più favorevole pur sempre nel diritto scritto - di cui le corti verrebbero soltanto a disvelare il significato che esso ha 'sempre' avuto.

Peraltro, se nella sentenza n. 26259 del 29 ottobre 2015 (ric. Mraidi) la Cassazione sembra aver comunque riconosciuto un ruolo creativo della giurisprudenza nell'ipotesi di *overruling* a testo legislativo *invariato* (assumendo di contro che, soltanto a testo legislativo *variato*, la fonte del mutamento giurisprudenziale debba sempre considerarsi la legge stessa), a fronte dell'analisi sopra esposta, pare necessario precisare che un simile ruolo nella materia penale non pare possa mai ammettersi; piuttosto, se nella prassi, patologicamente, il formante giurisprudenziale viene a fare un uso creativo dell'interpretazione, tale uso deve essere censurato.

Ciò posto, ritenuta la funzione creativa del diritto, illegittima nel nostro ordinamento e nemmeno *ab esterno* legittimata nell'attuale realtà giuridica, riteniamo che il nuovo orientamento giurisprudenziale debba essere concepito come mero disvelamento del significato legislativo.

Mero disvelamento che, tuttavia, può intendersi riferito al significato che la legge ha da sempre avuto (interpretazione correttiva) o al significato che la legge ha ora assunto (interpretazione evolutiva).

La dicotomia è essenziale perché i due *tipi* interpretativi pongono problemi differenti.

(a) Interpretazione evolutiva.

Anzitutto, allorquando si consideri l'interpretazione evolutiva, deve ben precisarsi che in tale ipotesi ciò che cambia è il significato della disposizione; l'interpretazione giurisprudenziale muta ma solo al fine di cogliere il nuovo significato.

La disposizione, pertanto, rilascia ora una nuova norma, o perché su di essa ha inciso un'altra disposizione dislocata nell'ordinamento o perché - e, in diritto penale, è il caso degli elementi normativi - sono cambiate le condizioni sociali.

Rispetto a tale *tipo* interpretativo, evidentemente, si applicherà la disciplina interente la successione di leggi nel tempo, con ciò che ne consegue rispetto alla condanna già divenuta definitiva.

(b) *Interpretazione correttiva.*

L'interpretazione correttiva, viceversa, pone problemi affatto diversi.

In tal caso la disposizione e il significato che la disposizione ha, permangono invariati nel tempo; soltanto l'interpretazione giurisprudenziale muta e muta al fine di correggere un precedente indirizzo che male aveva compreso il medesimo testo legislativo (il caso esaminato nel capitolo I, riferito al reato di omessa esibizione dei documenti da parte dello straniero, ne è un esempio chiarissimo).

In tale evenienza, dunque, non potendosi applicare la disciplina della successione di leggi nel tempo (la legge è rimasta invariata nel suo significato), si tratta di appurare se è possibile rimediare alle condanne già divenute definitive che, applicando erroneamente la legge, hanno ritenuto che il fatto integrasse reato o lo hanno punito più severamente.

Si tratta, dunque, di valutare se l'ordinamento può tollerare l'esecuzione di una pena che contrasta con la previsione legislativa del reato o della sanzione; in altri termini, se è possibile sacrificare il principio di legalità in nome del giudicato.

La soluzione di un simile quesito, evidentemente, passa dall'esatta funzione e valore da riconoscersi oggi al giudicato, dipendendo da tale aspetto la verifica della 'tenuta' (della *rei iudicatae* di fronte a una condanna (*ex post* rivelatasi) *contra legem*).

Capitolo III -

Sul limite del giudicato in materia penale:

oltre il "mito", la funzione anche oggettiva della "certezza del diritto".

SOMMARIO: 0. Motivi dell'indagine sulla *resistibilità* del giudicato penale. - 0.1. Articolazione dell'indagine. - 1. Il giudicato nell'attuale sistema codicistico: gli interventi legislativi *contra* il giudicato penale. - 1.1. L'impianto codicistico. - 1.2. Gli interventi successivi al nuovo codice. - 2. L'opera della giurisprudenza: la recessione del giudicato nell'attuale panorama giurisprudenziale. - 2.1. Sull'illegalità del *processo*: la revisione europea. - 2.1.1. Il perimetro applicativo della c.d. revisione europea. I soggetti attivi. 2.1.1.1. Il perimetro applicativo della c.d. revisione europea. Le violazioni deducibili. - 2.2. Sull'illegalità del *precetto*. - 2.2.1. I nuovi casi di precetto illegale. L'espansione in senso comunitario. - 2.2.1.1. La mancata espansione in senso convenzionale. - 2.2.2. I nuovi poteri del giudice dell'esecuzione. - 2.2.2.1. La revoca parziale della condanna. - 2.2.2.2. La concessione del beneficio della sospensione condizionale *in executivis*. - 2.3. Sull'illegalità della *sanzione*. - 2.3.1. L'illegittimità *convenzionale* della sanzione. - 2.3.2. L'illegittimità *costituzionale* della sanzione. - 2.3.3. L'*illegalità stricto sensu* intesa della sanzione. - 2.3.3.1. La possibilità di intervenire *in executivis*. - 2.3.3.2. I limiti dell'intervento *in executivis*. - 3. Considerazioni conclusive: il giudicato tra tutela soggettiva *dal* diritto e tutela oggettiva *del* diritto. - 3.1. Conclusioni provvisore in punto di decisione successiva più favorevole e giudicato.

0. Motivi dell'indagine sulla *resistività* del giudicato penale.

Nel capitolo precedente, si è visto come, nella prospettiva adottata, il giudice nel nostro ordinamento - nonostante contrarie opinioni - debba essere considerato mero scopritore del diritto (del significato della legge); ruolo imposto costituzionalmente e neppure sconfessato sul piano della realtà giuridica attuale, che, pur dando rilievo all'interpretazione giudiziale, non legittima conclusioni di segno contrario.

Riconosciuta pertanto alla giurisprudenza il ruolo di fonte di cognizione del dato legislativo (e non già di produzione del diritto), ne deriva che il mutamento interpretativo più favorevole corrisponde non a una nuova e diversa creazione

giudiziale, ma all'affermazione del 'vero' (se si vuole, anche in senso relativo) significato della legge, da opporsi alla precedente interpretazione, errata o superata.

Lasciando per il momento da parte la questione relativa all'interpretazione evolutiva (che, per quanto riguarda la materia penale, sembra richiamare gli esiti già raggiunti in punto di elementi normativi o di successione di norme penali), pare invece doveroso soffermarsi sull'interpretazione "correttiva".

In merito, si noti anzitutto che in tale ottica, evidentemente 'rovesciata' rispetto al problema della 'retroattività della decisione più favorevole', il quesito di fondo muta paradigma: non si tratta più di considerare se un nuovo orientamento giurisprudenziale può avere gli stessi effetti di una legge successiva favorevole (eppertanto, ma questa è una conseguenza per così dire 'indiretta', se può travolgere il giudicato), bensì di comprendere se è possibile tollerare, in ragione della immodificabilità del giudicato, l'esecuzione di una pena per un fatto che *secondo la legge del tempo* in cui fu commesso non costituiva reato.

Così posto, il tema della 'retroattività' della decisione più favorevole (sintagma qui utilizzato soltanto in misura atecnica, per alludere alla tematica che ci occupa) intercetta, come già rilevato, la questione concernente la funzione e il valore del giudicato, dovendosi considerare se il principio di legalità può (continuare a) subire un *vulnus* in nome dell'immodificabilità del *decisum*.

Si è visto, che nella soluzione 'compromissoria' adottata dalla Cassazione il limite al principio in parola deriverebbe precipuamente non tanto dal giudicato in sé (ammettendosi comunque la possibilità di intervenire *in executivis* a salvaguardia di diritti fondamentali) quanto piuttosto dai poteri concessi al giudice dell'esecuzione, il quale potrebbe intervenire a emenda dell'ingiustizia della condanna definitiva solo nei casi in cui il giudice della cognizione non si sia già pronunciato sulla portata della *novatio legis* (non potendosi egli sostituire alle valutazioni in precedenza effettuate).

Il risultato offerto dalle Sezioni Unite ammette la possibilità di continuare a punire il condannato per un fatto non previsto dalla legge come reato nei casi in cui il giudice della cognizione sia incorso in un errore di tipo valutativo (dovendosi in tali casi emendare la condanna esclusivamente mediante i mezzi ordinari di impugnazione).

Considerate specialmente le critiche mosse in dottrina a siffatta soluzione [*retro*, § I, 4.3.], che sacrificerebbe con ogni evidenza il diritto della libertà del cittadino in nome della decisione divenuta definitiva, sembra dunque opportuno indagare ‘il volto attuale del giudicato penale’ al fine precipuo di verificare quale sia la *forza di resistenza* odierna dell’istituto e, soprattutto, se è esso può ancora oggi giustificare una deroga, meglio, un *vulnus*, al principio di legalità (rintracciabile evidentemente in tutte le ipotesi in cui si esegua - o *si continui a eseguire* - in nome del *dictum* definitivo una pena irrogata per un fatto *lecito*).

0.1. Articolazione dell’indagine.

La ricerca che voglia indagare la forza *odierna* di resistenza dal giudicato penale deve necessariamente articolarsi - *quanto meno* - su due piani distinti, considerando da un lato l’opera del legislatore, dall’altro quella della giurisprudenza (costituzionale e ordinaria).

In tale materia, peraltro, i due formanti sembrano aver lavorato quasi *symbioticamente*, stimolando reciprocamente interventi *invasivi* e *pervasivi* volti a rimodellare la fisionomia dell’istituto secondo esigenze di giustizia sostanziale (abbandonata, di contro, una concezione meramente formalistica del giudicato).

Invero, il nuovo codice di procedura penale, recependo anche le indicazioni e gli stimoli provenienti dalla Corte Costituzionale¹, ha ampliato significativamente le possibilità di

¹ In particolare v. sentenza Corte Cost. n. 204 del 1974, che, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 43 del r.d. 28 maggio 1931, n. 602, ha riconosciuto, a norma dell’art. 27 Cost., “il diritto per il condannato a che [...] il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo”. Tale diritto peraltro, deve “trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale”, garanzia, di contro, del tutto carente nella disciplina allora vigente che attribuiva al Ministro della giustizia la facoltà di concedere, anche disattendendo il parere espresso dall’organo giurisdizionale, la liberazione condizionale, dovendosi ritenere che “Un siffatto legame tra organo del potere giudiziario e organo del potere esecutivo, in un aspetto così importante della fase esecutiva della pena, contrasta con quelle guarentigie che attengono alla libertà personale, in riferimento alla quale l’art. 24 della Costituzione, nel quadro dei precetti contenuti nell’art. 13, ne assicura la tutela giurisdizionale”; in *Il Foro italiano*, 1974, fasc. 10, con nota di A. PIZZORUSSO. A commento v. anche S. PATANÈ, *Giudice competente e procedimento per la concessione della liberazione condizionale dopo la sentenza 4 luglio 1974, n. 204, della Corte Costituzionale*, in *La Giustizia Penale*, 1975, fasc. 4, p. 247 ss.; nonché G. ICHINO, *Sulla competenza in materia di liberazione condizionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1975 fasc. 4, p. 635 ss.; P. M. CORSO, *Liberazione condizionale militare e garanzie giurisdizionali: nuovi problemi interpretativi dopo l’intervento della corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977 fasc. 2, p. 400 ss.

All’indomani dell’entrata in vigore del nuovo codice di rito, cfr. altresì la sentenza n. 282 del 1989, che, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale del primo comma dell’art. 177 c.p. (“nella parte in cui, nel caso di revoca della liberazione condizionale, non consente al Tribunale di sorveglianza di determinare la pena

intervento *post rem iudicatam*; su tale impianto, la giurisprudenza ha potuto in seguito operare proficuamente espandendo in maniera garantistica gli spazi d'intervento del giudice dell'esecuzione e rilasciando al contempo nuovi stimoli prontamente - ma altresì *inusitatamente* - recepiti dal nostro legislatore.

1. Il giudicato nell'attuale sistema codicistico: gli interventi legislativi *contra* il giudicato penale.

A cominciare dal piano legislativo, gli interventi parlamentari incidenti sulla forza di resistenza del giudicato penale possono distinguersi, per semplicità espositiva, cronologicamente in due *tipi*: dapprima le modifiche apportate con l'elaborazione del nuovo codice di procedura penale del 1988 (con cui sostanzialmente il legislatore ha ridisegnato in senso garantistico la fase dell'esecuzione) e, successivamente, gli interventi 'puntiformi' che, susseguiti all'entrata in vigore del nuovo codice di rito, hanno arricchito legislativamente il corredo di strumenti posti a disposizione del condannato per garantir(gli) l'attuazione «di giusto titolo esecutivo»².

1.1. L'impianto codicistico.

Recependo le sollecitazioni garantistiche provenienti dalla Corte Costituzionale, il legislatore del 1988 ha ridisegnato sostanzialmente la fase esecutiva introducendo nuovi interventi *correttivi* e *integrativi* del giudicato a vantaggio del condannato in via definitiva (ma invero anche a svantaggio)³.

detentiva ancora da spiare, tenendo conto del tempo trascorso in libertà condizionale nonché delle restrizioni di libertà subite dal condannato e del suo comportamento durante tale periodo”) conteneva ancora una volta importanti affermazioni circa la prevalente finalità special- preventiva della pena (nell'aspetto della rieducazione) che deve informare la fase esecutiva, anche prevalendo sulle 'ragioni' del giudicato:

“la finalità rieducativa prevale su ogni altra finalità nell'ipotesi che l'esame della personalità del reo ed il conseguente giudizio prognostico sulla sua <futura> vita nella società, impongano, prima o durante l'esecuzione (s'intende, purché siano presenti tutte le altre condizioni stabilite dalla legge) di sospendere o ridurre, sia pur condizionatamente, l'esecuzione stessa. La liberazione condizionale e, appunto, sia pur nei limiti di cui all'art. 176 c.p., esempio della prevalenza, nel momento in cui viene attuata, della finalità rieducativa su tutte le altre finalità della pena”.

² Così D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 1.

³ Ai sensi dell'art. 674 c.p.p., infatti, su sollecitazione del p.m. e nel contraddittorio delle parti ai sensi dell'art. 666 c.p.p., il giudice può disporre, qualora non sia stata disposta con la sentenza di condanna per altro reato, “La revoca della sospensione condizionale della pena, della grazia o dell'amnistia o

L'introduzione di tali *nova*, profondamente incidenti sul *decisum* irrevocabile, rifletteva peraltro il precipitato di un vero e proprio mutamento di paradigma rispetto alle scelte compiute dal legislatore all'epoca fascista, segnando il progressivo abbandono di una concezione 'sacrale' del giudicato - concepito quale vero e proprio baluardo del potere statale e, come tale, risolvibile solo in ipotesi affatto *eccezionali* - a vantaggio di una nuova esecuzione penale, in linea con i valori costituzionali e, per ciò stesso, *flessibile*, ossia *permeabile* a sopravvenute istanze di giustizia (e soprattutto di *rieducazione*).

In tal senso, lo stesso legislatore nella Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale sottolineava la «estrema importanza attribuita dal legislatore delegante alla fase dell'esecuzione, quale strumento per l'attuazione del principio costituzionale dell'umanizzazione della pena da cui deriva poi quello dell'adeguatezza della medesima con riferimento al fine della possibile rieducazione del condannato», qualificando altresì come «notevoli e penetranti [...] gli strumenti che consentono una modificazione sostanziale della pena inflitta al condannato»⁴.

Nel mutato contesto normativo, si è rilevato come l'esecuzione della pena, da «mera appendice del processo» e «suggerimento burocratico» della sentenza definitiva⁵, sia divenuta di contro fase *complementare* del procedimento penale, (anche) investendo il giudice dell'esecuzione di ampie prerogative volte ad «adeguare la naturale tendenza autoconservativa del giudicato alle esigenze di giustizia sostanziale manifestatesi successivamente alla definitività del *decisum*». ⁶

Senza dubbio rilevante, per i fini che qui interessano, appare in particolare la nuova disposizione di cui all'art. 671 c.p.p. che prevede:

«Nel caso di più sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona, il condannato o il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso

dell'indulto condizionati e della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale». Inoltre, ai sensi dell'art. 183 disp. att. del codice di rito, il pubblico ministero può richiedere *in executivis*, qualora non si sia proceduto con la sentenza di condanna, l'applicazione di una pena accessoria che consegue di diritto alla condanna, qualora risulti predeterminata dalla legge nella specie e nella durata.

⁴ Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale sottolinea, p. 140.

⁵ Cfr. R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996, p. 15 ss.

⁶ G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 46. Sulla configurazione della nuova fase in quanto volta alla realizzazione di una "esecuzione leale" v. G. RANALDI, *L'esecuzione leale*, in A. Gaito - G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, Terza ed., Milano, 2016, p. 3 ss.

formale [c.p. 81] o del reato continuato [c.p. 81], sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione».

Il nuovo codice di procedura penale, recependo anche sollecitazioni provenienti da autorevole dottrina⁷, ha dunque concesso al giudice dell'esecuzione il potere di applicare, a fronte di più condanne definitive, la disciplina sanzionatoria più favorevole del concorso formale o del reato continuato, allorquando la stessa non sia stata apprezzata (ed esclusa) nel precedente giudizio; prevedendosi inoltre espressamente, al comma terzo, la possibilità di concedere «la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale [c.p. 175], quando ciò consegue al riconoscimento del concorso formale o della continuazione», nonché «ogni altro provvedimento conseguente».⁸

Per il tramite di tale previsione, pertanto, è possibile, durante il tempo dell'esecuzione, operare un «effettivo adeguamento di pena ai fatti prescindendo dalle vicende processuali»⁹, il che, sul piano dei poteri concretamente demandati al giudice, comporta un apprezzamento dei fatti in precedenza accertati e, eventualmente, una significativa rimodulazione del *quantum* di pena precedentemente deciso con separate sentenze.

Attraverso la nuova disposizione, dunque, non solo si immette nel sistema la possibilità di operare penetranti interventi manipolatori sulle statuizioni irrevocabili, ma, soprattutto, si demanda al giudice dell'esecuzione una valutazione *tipica* del giudizio di cognizione: «quanto ai presupposti del nesso sostanziale, che preludono ad operazioni di commisurazione della pena [...] il giudice dell'esecuzione viene così ad esercitare prerogative tipiche del giudice delle fasi cognitive, operando in senso ricostruttivo del fatto continuato e correttivo della pena»¹⁰.

⁷ V. in particolare il lavoro monografico di F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969.

⁸ La lettura sul tema è molto vasta; ex multis v. Gaito, Concorso formale e reato continuato nella fase dell'esecuzione penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1989, p. 994; Varraso, Il reato continuato - Tra processo ed esecuzione penale, Padova, 2003; Ambrosetti, Problemi attuali in tema di reato continuato - Dalla novella del 1974 al nuovo codice di procedura penale, Padova, 1991; D'Ascola, Limiti all'applicazione della disciplina del reato continuato nella fase dell'esecuzione, in Riv. it. dir. proc. pen., 1991, p. 1278 ss.; Potetti, Vecchi problemi in tema di reato continuato e nuovo rito penale, in Cass. pen., 1996, p. 965 ss.; Bassi, La continuazione criminosa come strumento applicabile dal giudice dell'esecuzione: la nuova veste dell'istituto e le sue implicazioni processuali, in Cass. pen., 1991, p. 236 ss.; Kalb, Il processo per le imputazioni connesse,

⁹ G. CONSO - V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, 1989, p. 1375.

¹⁰ D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 238.

Proprio in ragione di tale rilievo, riguardante il *tipo* di valutazioni demandate all'organo giurisdizionale nella fase esecutiva, si è detto che il nuovo impianto codicistico, segnando una definitiva rottura col passato, ha introdotto «prerogative che riproducono il paradigma decisorio tipico del giudizio». ¹¹

Accanto a tale previsione, inoltre, il nuovo codice di rito ha previsto ulteriori istituti che, assecondando «esigenze di giustizia postuma»¹², si pongono quali ulteriori «antidoti alla decisione iniqua»¹³.

Tra di essi, deve annoverarsi non solo l'istituto della revisione, che ha acquistato nell'economia complessiva della nuova fase esecutiva una diversa, sostanziale, fisionomia e funzione¹⁴, ma altresì la possibilità di ordinare, in caso di più condanne per il medesimo fatto nei confronti della stessa persona, l'esecuzione della condanna meno grave (art. 669 c.p.p.); nonché l'introduzione della già citata revoca della condanna definitiva in caso di *abolitio criminis* o illegittimità costituzionale della norma incriminatrice (art. 673 c.p.p.).

Tali istituti, che di per sé non espandono i poteri del giudice dell'esecuzione - o perché egli, come nel caso della revisione, non è competente a ricevere la domanda o perché, negli altri casi, dovrebbe essere chiamato a operare un intervento 'meccanico', tendenzialmente avalutativo¹⁵ -, segnano comunque altrettante ipotesi di *vulnus* al giudicato in vista dell'attuazione di una pena *giusta*.

¹¹ Si ricordi inoltre che ai sensi dell'art. 188 disp.att.c.p.p. (Concorso formale e reato continuato nel caso di più sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti) : "Fermo quanto previsto dall'articolo 137, nel caso di più sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti pronunciate in procedimenti distinti contro la stessa persona, questa e il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, quando concordano sulla entità della sanzione sostitutiva o della pena detentiva, sempre che quest'ultima non superi complessivamente cinque anni, soli o congiunti a pena pecuniaria, ovvero due anni, soli o congiunti a pena pecuniaria, nei casi previsti nel comma 1-bis dell'articolo 444 del codice. Nel caso di disaccordo del pubblico ministero, il giudice, se lo ritiene ingiustificato, accoglie ugualmente la richiesta".

¹² G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 45.

¹³ *Ibidem*, p. 46.

¹⁴ In tal senso i perspicui rilievi di R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori*, cit., spec. p. 103 ss.

¹⁵ In tali termini si connotava, prima dell'elaborazione giurisprudenziale in seguito sviluppata, anche l'intervento richiesto dalla disposizione di cui all'art. 673 c.p.p.

1.2. Gli interventi successivi al nuovo codice.

Come anticipato, ulteriori ipotesi di *vulnus* al giudicato sono state introdotte dal legislatore in anni più recenti, recependo sollecitazioni provenienti tanto dalla giurisprudenza interna, quanto da quella sovranazionale.

Anzitutto, con legge n. 128 del 26 marzo 2001, il legislatore ha introdotto un ulteriore mezzo di impugnazione straordinaria, prevedendo la possibilità di ricorrere in Cassazione richiedendo la correzione dell'errore materiale o di fatto contenuto nei provvedimenti pronunciati dalla medesima Corte¹⁶.

Mediante l'introduzione di tale norma, il legislatore del 2001 ha bonificato la precedente *querelle* riguardante la possibilità di *correggere* le sentenze della Corte di Cassazione contenenti evidenti 'sviste', in ciò anche recependo il compito che la Corte Costituzionale, nella nota sentenza n. 395 del 2000, aveva demandato alla Cassazione, incaricata di individuare all'interno del sistema processuale lo strumento più idoneo a rimediare a «L'errore di tipo "percettivo" in cui sia incorso il giudice di legittimità e dal quale sia derivata l'indebita compromissione [del] diritto» «a fruire del controllo di legittimità riservato alla Corte Suprema, cioè il diritto al processo in cassazione».

In merito, la maggior innovazione concerne precipuamente la possibilità di rivolgersi alla Cassazione in caso di *errore di fatto* (essendo la correzione per l'errore materiale già contemplata dall'art. 130 c.p.p.), che, secondo l'insegnamento delle Sezioni unite¹⁷, dovrebbe identificarsi con l' «errore percettivo causato da una svista o da un equivoco in cui la Corte di cassazione sia incorsa nella lettura degli atti interni al giudizio stesso». L'errore di fatto, pertanto, coinciderebbe con l'errore di fatto revocatorio, ossia quello da cui esuli qualsiasi profilo valutativo, «che sussiste quanto la premessa ultima del discorso giustificativo coincide con un asserto protocollare – ossia una proposizione che dichiara l'esistenza o l'inesistenza di un atto, di una qualità o di un contenuto dello stesso – che risulta incontrovertibilmente falso sulla scorta di un controllo con la realtà cartolare»¹⁸; ossia «la falsa percezione da parte del giudice, per equivoco o svista, di

¹⁶ In tema v. P. CORVI, *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Torino, 2016, p. 119 ss.

¹⁷ Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2002, n. 16103.

¹⁸ M. GIALUZ, *La doglianza per errore di fatto*, in P. CORVI, *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, cit., p. 299.

quanto emergeva dagli atti del giudizio e che non soltanto era incontrovertibile, ma anche incontrovertibile»¹⁹.

Chiaramente, dunque, rifuggirebbero dall'errore di fatto, e come tali sarebbero irrimediabilmente coperti dal giudicato, gli errori di giudizio, consistiti nell'interpretazione errata di norme giuridiche, precisandosi che «allorché il giudice ha esattamente percepito la realtà processuale, ma erra nell'attribuirle una determinata valenza probatoria in luogo di un'altra, si è di fronte ad un errore valutativo o di giudizio»²⁰.

Di talchè, l'errore di percezione potrebbe consistere anche in un'omissione, quale 'mancata valutazione di un elemento' (di solito dell'intervenuta prescrizione)²¹, dovendosi, tuttavia, tale inattività pur sempre radicarsi nella non esatta percezione delle *risultanze processuali* (trattandosi ad esempio di una svista circa «l'effettiva decorrenza del termine o della mancata rilevazione della deduzione difensiva di avvenuta prescrizione del reato»²²), escludendosi viceversa dall'area dell'errore di fatto la «non esatta percezione o interpretazione di una norma giuridica» (*errore di giudizio*)²³.

¹⁹ Corte. Cost., sentenza 90 del 2014.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cfr. da ultimo Cass. pen. sez. VI, 10 gennaio 2017, n. 5837. In questo caso la difesa aveva proposto ricorso straordinario in Cassazione deducendo un errore di fatto nella pronuncia impugnata, che, ritenendo intervenuta l'affermazione di responsabilità dell'imputato quale promotore, direttore ed organizzatore dell'associazione, sulla base dell'indicazione contenuta nel capo di imputazione, ha motivato l'accertamento di responsabilità con riguardo alla mera qualità di partecipe, e poi omesso di considerare l'avvenuta prescrizione del reato, nella modalità realmente accertata dalla pronuncia (ossia quella di partecipe e non di promotore). La Cassazione ha affermato (di nuovo) l'orientamento per cui «Solo se la verifica della maturazione dei tempi di prescrizione è oggetto di analisi espressa, può intendersi svolta sul punto una valutazione, che in quanto tale non è suscettibile di ulteriore censura, per il limitato ambito dell'oggetto del ricorso previsto dall'art. 625 bis c.p.p. mentre, ove sia assente qualsiasi analisi, tale omissione risulta inquadrabile nell'errore di fatto, che può imporre la revoca della sentenza, all'atto in cui si verificano le condizioni legittimanti l'accertamento di estinzione del reato e che tale omissione si giustifica con un errore materiale». «Ne consegue che, nell'ipotesi di omissione di qualsivoglia deduzione al riguardo, non possa presumersi che sia stata svolta una valutazione sul punto non più emendabile, proprio per effetto dell'assenza dell'illustrazione del percorso giustificativo al riguardo, e, conseguentemente, l'omissione può essere ritenuta un errore di fatto, che legittima la proposizione del mezzo di impugnazione azionato (sulla rilevanza dell'omissione dell'analisi Sez. 3, n. 46244 del 23/10/2013, Chierici, Rv. 257856)» (par. 2).

²² M. GIALUZ, *La doglianza per errore di fatto*, in P. CORVI, *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, cit., p. 150. In questo senso, v. esemplificativamente anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 90 del 7 aprile 2014, per cui: «Alla luce di nozioni generalmente accolte - tanto in ambito processuale penale che processuale civile - l'errore di fatto, con riguardo ai provvedimenti giurisdizionali, è la falsa percezione da parte del giudice, per equivoco o svista, di quanto emergeva dagli atti del giudizio e che non soltanto era incontrovertibile, ma anche incontrovertibile. Si tratta, dunque, di un errore meramente percettivo, che non coinvolge in nessun modo l'attività valutativa e interpretativa di situazioni processuali esattamente colte dal giudice nella loro oggettività. Di contro, allorché il giudice ha esattamente percepito

Un'ulteriore ipotesi di *vulnus* al giudicato, questa volta rispondente all'implementazione del principio della *lex mitior*, e soprattutto al canone - imperativo - di proporzionalità della pena, è stata introdotta con la legge 24 febbraio 2006, n. 85, che ha previsto l'inserimento all'articolo 2 del codice penale di un nuovo comma ai sensi del quale:

«Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135».²⁴

La novella legislativa ha previsto un'ulteriore ipotesi di *apertura* del giudicato imponendo la conversione *immediata*²⁵ della trattamento sanzionatorio allorché il legislatore abbia previsto in luogo della pena detentiva *unicamente* - ossia in via esclusiva e non alternativa - la multa o l'ammenda.

Secondo autorevole dottrina, peraltro, la conversione della pena - e dunque il *vulnus* del giudicato - dovrebbe operarsi non solo nelle ipotesi in cui la condanna non sia ancora stata eseguita o sia in corso di esecuzione, ma altresì allorché la sanzione appaia per intero *espiata*. Anche in tale ultima evenienza, infatti, il condannato potrebbe presentare un interesse (giuridicamente rilevante) a ottenere l'intervento del giudice dell'esecuzione - la cui pronuncia «avrebbe effetti non costitutivi della nuova pena

la realtà processuale, ma erra nell'attribuirle una determinata valenza probatoria in luogo di un'altra, si è di fronte ad un errore valutativo o di giudizio. È chiaro, dunque, che il primo tipo di errore esclude l'altro, e viceversa.»

²³ Rispetto all'errore di fatto che ricada su una norma giuridica, v. però anche la posizione di M. GIALUZ, *Il ricorso straordinario per Cassazione*, cit. p. 282 s., il quale precisa come in realtà, seppur in ipotesi di scuola, l'errore 'protocollare' potrebbe ricadere anche sulla norma di legge laddove riguardi "l'esistenza materiale della disposizione e la sua portata letterale": "di errore di assunzione del fatto si dovrebbe poter parlare, in senso tecnico, anche nel caso in cui il giudice di legittimità incorra in un abbaglio nella lettura della disposizione, oppure supponga materialmente inesistente una fonte normativa, a condizione, però che l'errore protocollare emerga dal testo stesso del provvedimento della Cassazione". L'A. condivide la posizione della giurisprudenza "Sin che si tratta di interpretazione o di indirizzi giurisprudenziali".

²⁴ In merito, in generale, v. C. PECORELLA, *sub art. 2*, in Codice penale commentato, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, II ed., 2006, p. 76; A. MASSARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (e non solo): contenuti e limiti della l. n. 85 del 2006*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3865 ss.; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 120 ss.; T. PADOVANI, *Dubbi sulla conversione della pena detentiva*, in *Guida dir.*, 2006, n. 14, p. 25 ss.; D. AMATO, *Scardinata l'intangibilità del giudicato*, in *Guida al Diritto*, 2006, fasc. 14, p. 29. (251), p. 30 e D. NOTARO, *Commento alla legge 24 febbraio 2006, n. 85 - Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 417.

²⁵ L'attributo dell'immediatezza segnalerebbe l'assenza di discrezionalità del giudice circa la conversione, v. AMATO, *Scardinata l'intangibilità del giudicato*, in *Guida al Diritto*, 2006, fasc. 14, p. 29. (251), p. 30 e D. NOTARO, *Commento alla legge 24 febbraio 2006, n. 85 - Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 417.

Secondo D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 212, l'attributo rimarcherebbe la necessità di un intervento rapido e tempestivo di conversione, tale da evitare, a seconda dei casi, un inutile e ingiusto periodo detentivo o consentire una pronta liberazione e conversione.

frutto di conversione, ma meramente dichiarativi della variazione della *species* di reato (che può aver subito modifiche) e di pena»²⁶ - per escludere pregiudizi ulteriori derivanti dalla precedente condanna a pena detentiva (come tale incidente, esemplificativamente, sulla possibilità di beneficiare in futuro della sospensione condizionale della pena)²⁷.

Infine, nel 2014, recependo le sollecitazioni della giurisprudenza nazionale, ma, ancor prima, sovranazionale²⁸, il legislatore ha introdotto l'art. 625-ter c.p.p. (oggi, in seguito alle modifiche apportate con la legge 103 del 2017, art. 629-bis c.p.p.) prevedendo un'ulteriore ipotesi di rescissione del giudicato a favore del condannato in via definitiva (o di colui che risulti sottoposto il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato) nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, qualora egli provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo²⁹.

2. L'opera della giurisprudenza: la recessività del giudicato nell'attuale panorama giurisprudenziale.

Come anticipato, agli interventi legislativi sin qui esaminati – che, attraverso l'apertura di veri e propri varchi nell'intangibilità del *dictum* definitivo, hanno realizzato un progressivo smantellamento della sacralità del giudicato – si è affiancata anche l'opera della giurisprudenza, che ha contribuito alla c.d. 'crisi del giudicato' - da più parti oramai rilevata - sia individuando nuovi *casus* in cui è possibile intervenire sulla sentenza definitiva di condanna, sia ampliando, nelle ipotesi già normativamente previste di intervento *in executivis*, i poteri esercitabili dal giudice dell'esecuzione.³⁰

²⁶ D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit, p. 218.

²⁷ C. PECORELLA, sub art. 2, cit. p. 78.

²⁸ V. in particolare Corte e.d.u., sent. 18 maggio 2004, Somogyi, in *Cass. pen.*, 3797, con nota di A. TAIMETTI, *Iniquità della procedura contumaciale ed equa riparazione sotto forma di restitutio ad integrum: Un passo verso un obbligo giuridico degli stati membri alla celebrazione di un nuovo processo?* *ivi*, p. 3801.

²⁹ Sul funzionamento dell'istituto, in giurisprudenza, v. Sez. Un., c.c. 17 luglio 2014 (dep. 3 settembre 2014), n. 36848, Burba

³⁰ In generale, per un quadro ricostruttiva dei principali (e più recenti) approdi giurisprudenziali in materia v. P. TROISI, *La flessibilità del giudicato penale nella recente evoluzione giurisprudenziale; soprattutto in un prospettiva sovranazionale - e cioè con specifico riguardo alle sollecitazioni provenienti dalla Corte Edu*, v. F. GAITO, *L'immutabilità della res iudicata: un attributo (non più) imprescindibile?*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, p. 1 ss.; nonché G. SERGES, *Il giudicato pregiudicato? Dalla certezza alla*

In particolare, il contributo apportato dal formante giurisprudenziale - in tale ambito particolarmente attivo e *reattivo* alle istanze *garantistiche* promananti anche dall'ordinamento sovranazionale - ha precipuamente riguardato il tema dell'esecuzione della pena legale³¹ intesa in senso lato, allorquando, cioè, si rilevi *post rem iudicatam* la non conformità al quadro normativo di:

- (i) il precedente *processo* concluso in via definitiva;
- (ii) il *precetto* la cui violazione è stata imputata al reo con la sentenza irrevocabile;
- (iii) la *sanzione* irrogata con la condanna passata in giudicato.

Nello specifico:

(i) quanto al *processo*, la giurisprudenza ha riconosciuto la possibilità di riaprire il procedimento di fronte a violazioni *procedurali* di rango *sovranazionale*, meglio *convenzionale* (riferendoci qui specificatamente alle violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo);

(ii) rispetto al *precetto*, le nostre corti sono intervenute ampliando sia le ipotesi in cui è concessa la revoca per *abolitio criminis* - con riferimento al quadro normativo convenzionale ma anche comunitario -, sia accrescendo gli stessi poteri concessi in tale evenienza al giudice dell'esecuzione - con particolare riguardo alla possibilità di operare una revoca di tipo 'parziale' e di concedere *in executivis* il beneficio della sospensione condizionale -;

(iii) infine, rispetto alla *sanzione* irrogata con sentenza passata in giudicato, si è assistito per via pretoria a un ampliamento delle possibilità di rimodulare durante il tempo dell'esecuzione la pena già divenuta definitiva, considerandosi sia i casi in cui la sanzione sia divenuta nel corso dell'esecuzione *illegittima* (a seguito di una dichiarazione di illegittimità costituzionale in tal senso), sia le ipotesi in cui il trattamento sanzionatorio sia risultato *ab origine* illegale (non rispondendo al quadro legislativo già al tempo della determinazione della condanna).

flessibilità, Relazione provvisoria presentata nell'ambito del Seminario *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, organizzato dall'Associazione "Gruppo di Pisa", Brescia, 24 novembre 2017.

³¹ Dal punto di vista terminologico occorre distinguere il concetto di esecuzione della "pena illegale/illegittima" da quello di "esecuzione illegale" della pena, di cui, a rigore, si potrebbe parlare «solo in presenza di una fattispecie legale *ad hoc*, che preveda l'ineseguibilità della sentenza in presenza di specifici presupposti»; in questo senso M. BONTEMPELLI, *La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2018, vol. 4, n. 3, p. 1064.

Nel dettaglio.

2.1. Sull'illegalità del *processo*: la revisione europea.

Rispetto anzitutto alla 'illegalità' del processo, il dogma del giudicato ha registrato a questo livello un vero e proprio *vulnus*, venendo meno - seppur in ipotesi *eccezionali* - il tradizionale assunto per cui la cosa giudicata copre sempre e comunque (quanto meno) gli *errores in procedendo*³².

Il riferimento corre in questo caso alla nota sentenza n. 113 del 2011, con cui la Corte Costituzionale ha introdotto nel nostro ordinamento una ulteriore ipotesi di revisione - la c.d. revisione *europea* - «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».³³

La vicenda alla base della pronuncia (l'*affaire Dorigo*) è ampiamente nota, così come noti sono anche i tentativi esperiti in precedenza dalla nostra giurisprudenza per dare attuazione, in mancanza di uno strumento specifico, alle pronunce della Corte di Strasburgo, adoperano - ma invero, anche *distorcendo* a scopi garantistici - istituti procedurali diversi, comunque non in grado di consentire la rinnovazione per intero del procedimento e, in definitiva, soprattutto per quanto riguarda le violazioni dell'equo procedimento, la *restituito in integrum* del condannato.

³² Sull'efficacia temporale della norma processuale e, in particolare, sull'esigenza di superare la rigida applicazione del principio *tempus regit actum*, v. il perspicuo lavoro monografico di O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999.

³³ La decisione è nota e ampiamente commentata in dottrina; *ex multis* v. G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1542 ss.; G. REPETTO, *Corte costituzionale e CEDU ai tempi dei conflitti sistemici*, *ivi*, p. 1548 ss.; S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*, *ivi*, p. 1557 ss.; M. GIALUZ *Una sentenza «additiva di istituto»: la Corte costituzionale crea la «revisione europea»*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3308 ss.; S. QUATTROCOLO, *Violazioni di convenzioni internazionali e giudicato penale interno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 647 ss.; R. E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 473 ss.

In generale v. anche G. LATTANZI, *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte Edu in materia penale*, in *Cassazione Penale*, fasc.10, 2014, pag. 3192B e A. ERCOLE, *I "meccanismi" di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza penale di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2011, fasc. 9, pag. 3216B.

Allo scopo, infatti, doveva considerarsi inidoneo non solo il ricorso straordinario in Cassazione³⁴ (che appunto consente unicamente il rinnovo dell'ultimo grado di giudizio), ma altresì la rimessione in termini per il condannato di impugnare (che similmente priva l'imputato del primo grado del giudizio); nonché l'ordine di non eseguire la sentenza di condanna³⁵, comunque incapace di rimuovere il titolo pregiudizievole della sentenza definitiva.

A fronte, dunque, dell'assenza di uno strumento normativo idoneo a riaprire *ex novo* il procedimento, protrattasi l'inerzia legislativa pur a fronte di specifiche sollecitazioni promananti dall'ordinamento sovranazionale, la Corte Costituzionale, con la pronuncia menzionata, additiva e di principio, ha introdotto uno strumento *ad hoc* capace di consentire la riapertura del processo allorquando ciò appaia necessario per eseguire una sentenza della Corte di Strasburgo.

Lo strumento, che si situa «nella casa della revisione di cui tuttavia la Corte toglie tetto e pareti», presenta una disciplina malleabile, spettando al giudice ordinario di volta in volta disapplicare quelle disposizioni che contrastano con la necessità di eseguire la pronuncia di Strasburgo³⁶; tale flessibilità, peraltro, dovrebbe rendere l'istituto in grado di *adeguarsi* ai differenti vizi rilevati a Strasburgo, apprestando soluzioni diversificate a

³⁴ Utilizzato per eseguire la sentenza di Strasburgo nel caso Drassich, v. Cass. pen., 25.5.2009, n. 36323, in Cass. pen., 2010, p. 2608 ss, con note di C. Renzetti e S. Quattrocolo; in merito v. anche F. ZACCHÉ, *Cassazione e iura notiv curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009. p. 764 ss.; nonché L. DE MATTEIS, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1479 ss.

³⁵ Così, nel caso Dorigo, Cass. pen., sez. I, n. 2800, 1 dicembre 2006.

³⁶ «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).

Occorre considerare, d'altro canto, che l'ipotesi di revisione in parola comporta, nella sostanza, una deroga – imposta dall'esigenza di rispetto di obblighi internazionali – al ricordato principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato. In questa prospettiva, il giudice della revisione valuterà anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli»; sent. cit., par. 8.

seconda della violazione sovranazionale alla cui rimozione - *sanatoria* - il nuovo processo risulta funzionale.

In tal senso, considerato il ventaglio di ipotesi in cui l'istituto dovrebbe operare, la riapertura del processo deve correttamente intendersi come «concetto di genere».³⁷

2.1.1. Il perimetro applicativo attuale della c.d. revisione europea. I soggetti attivi.

Al di là della disciplina procedurale, che in quanto malleabile e rimessa ai giudici di merito non può che presentare talune criticità sul piano della determinatezza della regolamentazione della nuova revisione, l'istituto presenta altresì alcune incertezze relative al suo ambito applicativo.³⁸

La Corte Costituzionale, infatti, si è pronunciata nei riguardi di una fattispecie concreta ben precisa, concernente la possibilità - meglio, la *necessità* - di riaprire il procedimento penale per attuare una sentenza di condanna pronunciata dalla Corte Edu in relazione a una violazione del diritto all'equo processo (di cui all'art. 6 CEDU).

Orbene, nonostante la fattispecie concreta fosse in tal modo duplicemente delimitata (vuoi per il soggetto attivo - *i.e.* il ricorrente vittorioso a Strasburgo -, vuoi per la violazione accertata - concernente l'art. 6 della Convenzione), la pronuncia della Corte Costituzionale, nell'introdurre il nuovo mezzo di impugnazione straordinaria, non ha invero stabilito - quanto meno, *espressamente* - specifiche restrizioni all'impiego dell'istituto riguardanti tanto il novero dei soggetti attivi, quanto quelle delle violazioni *deducibili/sanabili*.

A partire anzitutto dai possibili soggetti attivi, si è posto in giurisprudenza la questione se la revisione europea sia rimedio esperibile anche da parte di coloro che, pur non avendo presentato prontamente ricorso avanti la Corte Edu, si trovino nella medesima situazione del ricorrente vittorioso a Strasburgo (si tratta dei c.d. fratelli).³⁹

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Si noti tuttavia che con la decisione della Sez. V n. 4463 del 15 novembre 2011, Labita, la Corte di Cassazione ha esteso la portata additiva della decisione n. 113 del 2011 della Corte Costituzionale al procedimento di prevenzione.

³⁹ Di contro, si noti che il nuovo istituto non potrebbe essere in alcun modo utilizzato (per attuare una revisione *in pejus*) nei confronti del "prosciolto" che non sia stato parte del giudizio avanti la Corte Edu, ostandovi, evidentemente ragioni sia interne (il *ne bis in idem* soggettivo), sia interne e convenzionali (il rispetto del principio di difesa). Cfr. B. LAVARINI, *Violazione delle garanzie "processuali" della CEDU e rimedi post-iudicatum*, in *Revista brasileira de direito processual penal*, 2018, p. 1003 ss.

Invero, secondo una prima linea di lettura, lo strumento in parola, connotandosi precipuamente per la sua natura *esecutiva*, risulterebbe precluso ai condannati in via definitiva che non abbiano tempestivamente esperito la via di Strasburgo, ai quali non resterebbero, per rimuovere il giudicato ‘viziato’, che le vie interne.

Al di fuori della specifica vicenda decisa dalla Corte europea, infatti, la decisione sovranazionale non avrebbe generalmente la capacità di incidere in via diretta sulle (*altre*) situazioni “esaurite”, richiedendo la rimozione della violazione rilevata (per quanto possibile e anche a ‘costo’ di travolgere il giudicato) solo nello specifico caso deciso con la medesima pronuncia di condanna.⁴⁰

Un effetto demolitorio *a largo raggio*, viceversa, potrebbe riconoscersi soltanto *per via indiretta* allorquando la violazione riscontrata a Strasburgo abbia carattere *generale-sistemico* e derivi da una specifica norma di legge (in quanto tale *di per sé*, già sul piano astratto, incompatibile con le disposizioni convenzionale).

In tale eventualità, infatti, come a breve si dirà [*infra* § 2.3.1.], la Corte Costituzionale può estendere gli effetti (*demolitori*) della pronuncia europea dichiarando costituzionalmente illegittima - per contrasto con l’art. 117 Cost. in relazione alle norme convenzionali di volta in volta rilevanti - la disposizione ‘censurata’ a Strasburgo, con l’effetto di rendere azionabile *da chiunque* il meccanismo di revoca della sentenza definitiva di cui all’art. 673 c.p.p.⁴¹ o la rimodulazione della pena ex art. 666 e 30 l. n. 87 del 1953.⁴²

⁴⁰ In questo senso: Cassazione penale, sez. I, 20/12/2017, (ud. 20/12/2017, dep.06/07/2018), n. 30704; Sez. 6, n. 21635 del 02/03/2017, Barbieri, Rv. 269945; Sez. 2, n. 40889 del 20/06/2017, Cariolo, Rv. 271197

⁴¹ Si noti che: “Nè la natura "pilota" della sentenza della Corte edu è suscettibile di indurre conclusioni diverse. Nella sentenza "pilota" la Corte Europea attiva la procedura prevista dall'art. 61 del regolamento - che disciplina i casi in cui si registri un numero significativo di ricorsi relativi al medesimo caso o i fatti di un ricorso rivelino l'esistenza di un problema strutturale o sistemico dello Stato convenuto (da cui potrebbero generare ulteriori ricorsi) -. In tali casi la Corte può selezionare uno o più ricorsi fra quelli da trattare in via prioritaria e rinviare l'esame dei rimanenti casi omogenei. Nel pronunciare le sentenze pilota, la Corte Edu dispone che lo Stato convenuto adegui la propria normativa interna ai dettami della Convenzione di modo che a tutti gli altri ricorrenti, attuali o potenziali, sia garantita giustizia. Qualora lo Stato non adotti adeguate misure, la Corte Edu lo condannerà in tutti i ricorsi dei quali aveva precedentemente disposto il rinvio. [...]La qualità, formale o sostanziale, di sentenza pilota della Corte edu non ha, tuttavia, il potere di assegnare al diritto convenzionale da essa scaturente la capacità di incidere su situazioni processuali esaurite.”

⁴² Si noti, l’effetto demolitorio non deriva direttamente dalla sentenza europea, ma *passa* soltanto per le vie interne. La possibilità di incidere sulle *altre* condanne già divenute definitive, infatti, appare concessa in tale ottica soltanto nei casi in cui “l’incisione del giudicato è [già] prevista dall’ordinamento”.

A tal proposito, si potrebbe parlare di giudicato *a due velocità*: fin tanto che è possibile ricorrere a Strasburgo, il giudicato si presterebbe a essere malleato anche *direttamente* dalle pronunce della Corte Europea (come è naturale che sia, dato il meccanismo del previo esaurimento dei ricorsi interni previsto quale condizione di ammissibilità per ricorrere al foro sovranazionale); una volta trascorso tale termine, di contro, il giudicato si ‘chiuderebbe’, irrobustendosi rispetto alle sollecitazioni sovranazionali e risultando penetrabile solo nei casi determinati dal nostro ordinamento interno (a sua volta permeabile alle istanze europee per il tramite, eventuale, delle pronunce di incostituzionalità per contrasto con l’art. 117 in relazione alle norme convenzionali). A monte della distinzione si porrebbe, peraltro, «la difesa delle situazioni processuali esaurite, ovvero del "giudicato", ancora oggi presidio ineludibile della certezza del diritto».⁴³

Secondo un diverso orientamento, di contro, la revisione europea sarebbe utilizzabile anche *erga omnes* purchè, tuttavia, intervenga anche in questo la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma ‘considerata’ a Strasburgo e sempre che, sia effettivamente necessario riaprire il procedimento per sanare la violazione convenzionale.

Mentre per la prima posizione, sopra esaminata, pertanto la declaratoria di illegittimità costituzionale potrebbe servire a essere gli effetti della sentenza di Strasburgo anche a soggetti terzi per il tramite l’incidente di esecuzione o la revoca della condanna, connotandosi la revisione quale mezzo precipuamente ‘esecutorio’ e dunque azionabile solo dal ricorrente vittorioso a Strasburgo; secondo questo diverso orientamento l’illegittimità costituzionale renderebbe invece disponibile ai c.d. “fratelli minori” anche il rifarimento del processo stesso.

All’utilizzo del nuovo istituto, infatti «non sarebbe [...] di ostacolo la 'alterità soggettiva' del promotore della revisione rispetto al soggetto 'vittorioso' nella pronuncia resa a Strasburgo ed avente come convenuto l'Italia (come invece appare sostenuto in taluni arresti di questa Corte nella sinora scarna elaborazione del tema - ed in particolare da

⁴³ Inoltre, qualora la violazione sia di carattere procedimentale, non potrebbero estendersi gli effetti della decisione di Strasburgo *erga omnes* poiché in tali ipotesi « l'apprezzamento, vertendo su eventuali errores in procedendo e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non può che essere compiuto caso per caso, con l'effetto che il giudicato interno può essere posto in discussione soltanto di fronte a un vincolante dictum della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie» così, Corte costituzionale nella sentenza n. 210 del 2013.

Sez. 6, n. 29.5.2014) posto che in sede di prospettazione l'istante ben potrebbe evidenziare la portata generale della violazione accertata e la sostanziale identità del caso». ^{44 45}

2.1.1.1. Il perimetro applicativo attuale della c.d. revisione europea. Le violazioni deducibili.

Al di là di tali rilievi, concernenti il novero dei soggetti 'beneficiari' della revisione europea, l'ambito applicativo del nuovo mezzo di impugnazione straordinaria può apparire forse 'incerto' anche avuto riguardo, oggi, alle possibili violazioni deducibili.

Invero, rispetto alla possibilità di utilizzare lo strumento della revisione per *riparare* alla violazione di una garanzia *diversa* da quella di cui all'art. 6 CEDU, non sembrano sussistere valide ragioni ostative un siffatto utilizzo in chiave estensiva dello strumento di nuovo conio. Il condannato in via definitiva, pertanto, potrebbe avanzare richiesta di revisione anche allorché si tratti di attuare una sentenza di Strasburgo che abbia accertato *altre* violazioni convenzionali, diverse dai 'deficit procedurali'; perché si possa impiegare la c.d. revisione europea, tuttavia, dovrà pur sempre apparire necessario rifare effettivamente il processo al fine di rimediare alla violazione convenzionale, non potendosi viceversa ottenere il medesimo effetto di *restituito in integrum* incidendo direttamente sul titolo esecutivo (ad esempio, sostituendosi, in ragione del principio della *lex mitior*, la pena più grave con la sanzione migliorativa in precedenza pretermessa). ⁴⁶

⁴⁴ Cass., sez. I pen., 18 ottobre 2016, n. 44193, § 9.

⁴⁵ Si noti inoltre che la Corte Costituzionale, con la sent. n. 210 del 2013 ha sottolineato come l'accertamento di "non equità" del processo ex art. 6 CEDU, «vertendo su eventuali *errores in procedendo* e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non può che essere compiuto caso per caso, con l'effetto che il giudicato interno può essere posto in discussione soltanto a fronte di un vincolante *dictum* della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie». In dottrina sottolinea la tendenziale condivisibilità del *discrimen* - tale per cui la violazione dell'art. 6 non sarebbe suscettibile di avere efficacia 'distruttiva' del giudicato *erga omnes* - V. SCIARABBA, *Il giudicato e la Cedu. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Pavia, 2012, p. 196 s.

⁴⁶ Infatti la revisione non sarebbe usufruibile "per la correzione di violazione in relazione alla quali non sia necessario ripetere l'accertamento processuale, ma sia possibile emendare il difetto rilevato nel caso di specie dalla Corte Europea attraverso un intervento del giudice dell'esecuzione", Cassazione penale, sez. I, 20 dicembre 2017, n. 30704.

Viceversa: "In caso di necessaria discrezionalità circa l'an della responsabilità penale, per fatti sopravvenuti potenzialmente incidenti sul giudicato, lo strumento sistematico di intervento va individuato

Diversamente, le questioni maggiori sembrano oggi concernere la possibilità di avvalersi della revisione europea per qualunque violazione - di qualunque *grado* - della garanzia processuale di cui all'art. 6 CEDU.

Invero, nonostante la Corte Costituzionale abbia ammesso il rifacimento del processo - apparentemente - per qualsiasi vizio accertato da Strasburgo, attualmente è possibile dubitare che una simile possibilità appaia *sempre* necessaria, per lo meno alla luce dello stesso diritto sovranazionale.

All'uopo, anzitutto, è bene ricordare come la stessa raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa R(2008)2, del 6 febbraio 2008, indicasse la riapertura del procedimento come strumento idoneo a realizzare la *restituito in integrum* allorquando:

«(i) the injured party continues to suffer very serious negative consequences because of the outcome of the domestic decision at issue, which are not adequately remedied by the just satisfaction and cannot be rectified except by re-examination or reopening, and

(ii) the judgment of the Court leads to the conclusion that

(a) the impugned domestic decision is on the merits contrary to the Convention, or

(b) the violation found is based on procedural errors or shortcomings of such gravity that a serious doubt is cast on the outcome of the domestic proceedings complained of».

Il rifacimento del processo, dunque, per espressa indicazione dell'organo politico del Consiglio d'Europa, doveva ritenersi necessario (per lo meno) al ricorrere di due

nel diverso strumento giuridico della revisione (impugnazione straordinaria)", Cass. pen, sez I, 18 ottobre 2016, n.44193. E ancora: "Del resto, dalla decisione numero 113 del 2011, emessa dal giudice delle leggi proprio nel caso del D., non emerge alcuna valida ragione per ritenere l'intervento additivo operato in rapporto all'art. 630 - come limitato ai casi di accertata violazione dell'art. 6 della Convenzione (con assoluta esclusione dell'art. 7), esprimendosi la Corte Costituzionale in termini assolutamente generali e facendo riferimento solo in chiave esemplificativa (ed in rapporto al caso scrutinato) alle necessarie eliminazioni dei vizi procedurali riscontrati. In tal senso è del tutto evidente che lì dove la decisione emessa dalla CEDU sul tema dell'art. 7 implichi non già un vizio assoluto della affermazione di responsabilità (per assenza di norme incriminatrici al momento del fatto) quanto un vizio di prevedibilità della sanzione (ferma restando la responsabilità penale) o comunque lasci aperte più soluzioni possibili del caso, lo strumento di adattamento va individuato nella revisione: "... posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa - tanto più se attinente a diritti fondamentali - la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere", *ibidem*.

condizioni fondamentali, capaci di connotare la situazione considerata di un elevato grado di gravità:

(a) anzitutto, in via generale, la riapertura del procedimento sarebbe necessaria (soltanto o per lo meno) nelle ipotesi in cui il ricorrente patisca ancora «*very serious negative consequences*»;⁴⁷

(b) inoltre, se la violazione accertata riguarda le garanzie dell'equo procedimento, la riapertura del processo sarebbe imposta soltanto a fronte di una violazione tale da delegittimare (porre in «*serious doubt*») lo stesso risultato del processo.

Già secondo la valutazione del Comitato dei Ministri, dunque, la riapertura del procedimento non sarebbe necessaria in tutte i casi attenzionati dalla Corte Europea, ma soltanto nelle ipotesi connotate da particolare gravità, avuto riguardo sia alla situazione (di concreta sofferenza) in cui il ricorrente ancora si trova, sia alle violazioni riscontrate sul piano convenzionale.

La tendenza a limitare l'efficacia dirompente - meglio *onerosa*, trattandosi di rifare un processo penale già definito - delle decisioni di Strasburgo, troverebbe poi riscontro nella stessa giurisprudenza della Corte Europea, la quale, chiamata a pronunciarsi sulla necessità di riaprire il procedimento a fronte di una condanna europea ai sensi dell'art. 6 CEDU, ha adottato un atteggiamento improntato senza dubbio a *self restraint*.

La Corte, infatti, ha riconosciuto la possibilità di intravedere anche nei casi di mancata riapertura del procedimento nazionale una nuova violazione convenzionale unicamente in ipotesi del tutto eccezionali, ossia allorquando il diniego nazionale appaia affatto *arbitrario*.⁴⁸

Sul punto, invero, è bene ricordare che la procedura di infrazione per la mancata esecuzione delle pronunce di condanna spetta al Comitato dei Ministri, organo "politico" deputato a vigilare sull'esecuzione delle pronunce di Strasburgo; se ciò, senza dubbio, può motivare l'atteggiamento assunto dalla Corte Edu, tuttavia, non sembra

⁴⁷ A tal proposito, si noti che la revisione c.d. europea non rimane confinata ai casi di limitazione di libertà personale, applicandosi il rimedio anche al decreto di condanna e quindi in casi di pena pecuniaria. Sul punto cfr. B. LAVARINI, *Violazione delle garanzie "processuali" della CEDU e rimedi post-iudicatum*, in *Revista brasileira de direito processual penal*, 2018, p. 1003 ss.

⁴⁸ Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sentenza 11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), ric. n. 19867/12, in www.penalecontemporaeo.it, 10 novembre 2017, con nota di S. BERNARDI, *La Grande Camera di Strasburgo sulle competenze della Corte in materia di esecuzione delle sentenze europee da parte degli Stati: una scelta di self restraint?*.

possibile negare come la stessa giurisprudenza di Strasburgo - o, se si preferisce, il meccanismo politico che dovrebbe completarla, garantendo l'esecuzione delle pronunce sovranazionali - sembri limitare di fatto le ipotesi di *necessaria* riapertura del procedimento penale o - il che è lo stesso - paia comunque tollerare atteggiamenti nazionali di chiusura rispetto alle sollecitazioni europee⁴⁹.

Per tali motivi, forse, può dubitarsi che il procedimento della revisione europea rimanga per il futuro disponibile a qualsivoglia violazione di rango sovranazionale.⁵⁰

2.2. Sull'illegalità del precetto.

Venendo ora a considerare il secondo ambito in cui la giurisprudenza si è cimentata - l' 'illegalità del precetto'; in tale contesto l'opera delle nostre corti, come si è anticipato, si è rivolta in due direzioni:

- (a) rispetto ai *casi* di intervento del giudice dell'esecuzione, aumentando le ipotesi in cui è possibile durante il tempo dell'esecuzione rilevare la non conformità al quadro legislativo del precetto che si assume esser stato violato dal reo;
- (b) rispetto ai *poteri* esercitabili in esecuzione, espandendo, nelle ipotesi già legislativamente - *espressamente* - predeterminate, i poteri dell'organo giurisdizionale in tale fase.

2.2.1. I nuovi casi di precetto illegale. L'espansione in senso comunitario.

Anzitutto, quanto ai *casi* di intervento per 'illegalità del precetto', la giurisprudenza ha operato in senso espansionistico sulla disposizione di cui all'art. 673 c.p.p., che

⁴⁹ Emblematico il caso greco recentemente deciso dalla Corte Edu, Kontalexis c. Grèce (n. 2), 6 settembre 2018, 29321/13. I giudici di Strasburgo, infatti, non hanno ravvisato una nuova violazione dell'art. 6 nella mancata riapertura del procedimento, motivata, e dunque non del tutto arbitraria, dalla Corte di Cassazione greca, secondo la quale la violazione accertata da Strasburgo non aveva pregiudicato l'equità del procedimento e non aveva avuto un effetto negativo sulla valutazione effettuata dai giudici del tribunale penale, requisiti, questi, richiesti dalla legge nazionale al fine di riaprire il procedimento; la Corte di Strasburgo ha infatti affermato, par. 59 "Même si elle ne partage pas nécessairement tous les éléments de l'analyse de l'arrêt du 18 janvier 2013, la Cour ne saurait conclure que la lecture par la Cour de cassation de l'arrêt rendu par la Cour en 2011, était, dans son ensemble, le résultat d'une erreur de fait ou de droit manifeste aboutissant à un « déni de justice » et donc à une appréciation entachée d'arbitraire".

⁵⁰ Seri dubbi sono stati avanzati circa la necessità di riaprire il procedimento quando sia stata violata la garanzia della pubblicità dell'udienza di cui all'art. 6 CEDU, da parte di A. LOGLI, *La riapertura del processo a seguito della sentenza Cedu. Questioni interpretative sul nuovo caso di "revisione europea"*, in *Cassazione penale*, 2012, p. 941 s.

permette di incidere sul giudicato quando il precetto posto a base della condanna non trovi più riscontro nel quadro legislativo vigente o perché il reato è stato abrogato o perché la fattispecie incriminatrice è stata dichiarata costituzionalmente illegittima; in tali evenienze, lo si è detto, il giudice «revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti».

Rispetto a tale previsione, la giurisprudenza ha arricchito per via interpretativa il catalogo legislativo, ammettendo la revoca della condanna anche per il caso in cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea abbia interpretato il diritto eurounitario in modo tale che questo osti a che una determinata condotta costituisca oggetto di reato⁵¹.

Si è affermato, infatti, che:

«La decisione della Corte di Giustizia, interpretando in maniera autoritativa il diritto dell'Unione con effetto diretto per tutti gli Stati membri e le rispettive giurisdizioni, incide sul sistema normativo impedendo la configurabilità del reato. L'effetto è paragonabile a quello della legge sopravvenuta (cfr. C. Cost. nn. 255 del 1999, 63 del 2003, 125 del 2004 e 241 del 2005, secondo cui "i principi enunciati nella decisione della Corte di giustizia si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno, con il valore di jus superveniens, condizionando e determinando i limiti in cui quella norma conserva efficacia e deve essere applicata anche da parte del giudice nazionale") con portata abolitrice della norma incriminatrice».⁵²

⁵¹ Il riferimento è alla nota pronuncia *El Dridi*, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 28 aprile 2011, con cui la Corte ha dichiarato incompatibile la pena detentiva con la procedura di allontanamento coattivo imposta dalla c.d. direttiva rimpatri, statuendo che: "la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo".

⁵² Cassazione penale sez. I, n. 22105, 28 aprile 2011, in riferimento alla possibilità di rilevare la sopravvenuta causa di non punibilità ex art. 129 c.p.p. anche nell'ipotesi di ricorso inammissibile in Cassazione (in ragione principalmente di una ragione di economia processuale per cui la causa sarebbe ugualmente rilevabile *in executivis* appunto ai sensi dell'art. 673 c.p.p.).

In merito cfr. M. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 giugno 2011.

2.2.1.1. La mancata espansione in senso convenzionale.

Rispetto al pronunce della Corte di Giustizia, pertanto, si è visto come alle medesime si riconosca un'efficacia *diretta* sul diritto interno, che facoltizza il giudice dell'esecuzione a revocare la condanna per un fatto di reato *incompatibile* con il diritto dell'Unione, individuandosi in tale evenienza un'ulteriore ipotesi di *abolitio criminis* rilevante ai sensi dell'art. 673 c.p.p.

Nel caso in cui, di converso, venga in considerazione l'illegalità del precetto per contrasto con una disposizione *convenzionale*, la questione relativa alla possibilità di incidere per ciò stesso sul giudicato già formatosi diviene senza dubbio più complessa. Tale maggior complessità, anzitutto, deriva da una caratteristica propria - genetica - della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale - si sa - è giudice non già della norma bensì solo del fatto; da tale fisionomia ne consegue che è ben possibile che la violazione riscontrata dalla Corte europea sia, con uguale probabilità, o un accidente del fatto concreto, occorso nel singolo caso accertato dalla Corte, ovvero una violazione a carattere generale, derivata da un problema strutturale dell'ordinamento e capace di ripetersi (o di essersi ripetuta) in maniera identica a se stessa anche in altre ipotesi non specificatamente decise a Strasburgo.

Evidentemente, solo nel secondo caso, e non anche nel primo, si pone il problema di determinare se è possibile estendere, oltre l'ipotesi considerata, l'effetto demolitorio che deriverebbe dalla sentenza di condanna della Corte europea anche a coloro che, pur trovandosi nella medesima situazione del ricorrente vittorioso, non abbiano prontamente presentato ricorso in sede sovranazionale.

In merito, la giurisprudenza ha tracciato alcuni percorsi che virtualmente potrebbero condurre ad ampliare *erga omnes* l'efficacia delle condanne della Corte Edu oltre il caso di specie, ma, è bene sottolinearlo fin da subito, rispetto al *precetto* (diversamente da quanto è avvenuto in punto di *pena*) tale espansione di fatto non è stata mai raggiunta.

Il tema, invero, si è posto alle nostre Corti attraverso la nota vicenda *Contrada*, nella quale il comando legislativo posto a base della pronuncia di condanna - l'applicazione del concorso esterno in associazione mafiosa - era stato ritenuto contrastante con la Convenzione Europea nella misura in cui veniva applicata retroattivamente, in

violazione del *nullum crimen sine lege*, una nuova norma penale di origine giurisprudenziale (il concorso esterno in associazione mafiosa) sfavorevole all'agente.

In tale occasione, anzitutto, le nostre corti hanno, ancora una volta, garantito l'esecuzione della sentenza sovranazionale nei confronti del ricorrente vittorioso Bruno Contrada, annullando la condanna definitiva e dichiarandola «improduttiva di effetti».

Nei confronti dei c.d. fratelli minori di Contrada, viceversa, la giurisprudenza ha, fino ad oggi, negato la possibilità di ottenere una “tutela equivalente”, prospettando, tuttavia, al contempo la possibilità *virtuale* di estendere, a determinate condizioni, la sentenza europea oltre il caso specificatamente deciso.

All'uopo, anzitutto, sarebbe necessario, secondo tale orientamento, distinguere a seconda che la decisione della Corte di Strasburgo, riguardante ovviamente una violazione a carattere generale (pre-requisito per anche solo affrontare la problematica *de qua*), abbia o meno individuato una norma di legge in cui il vizio si sarebbe incardinata.

Nel caso in cui effettivamente la violazioni si radichi in una disposizione legislativa, infatti, l'effetto dirompente della condanna potrebbe prefigurarsi solo *in via mediata*, attraverso una pronuncia di incostituzionalità della norma medesima.

In tal caso, dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione considerata, si renderebbe azionabile per tutti i condannati in via definitiva o il meccanismo di cui all'art. 673 c.p.p. (revoca della condanna definitiva) ovvero - ma sul punto la giurisprudenza è discordante [*retro* § 2.1.1.] - lo strumento della revisione europea, da preferire rispetto «a violazioni ricadenti nell'ambito dell'art.7 cui non seguano conseguenze obbligate o predeterminate da altre norme applicabili al caso oggetto di previo giudizio»⁵³.

Viceversa, allorquando manchi, come nel caso di ‘creazione giurisprudenziale’ di una nuova fattispecie di reato, una norma di legge da dichiarare incostituzionale, i c.d. fratelli minori potrebbero reclamare l'applicazione dei medesimi principi affermati a Strasburgo (e il conseguente diritto a una *restituito in integrum*), mediante l'incidente di esecuzione, sempre che, tuttavia, ricorrano tre condizioni:

⁵³ Come si è già rilevato, dunque, la revisione europea sarebbe utilizzabile anche dai c.d. fratelli minori solo previa declaratoria di illegittimità costituzionale; v. il par. 3.4. della pronuncia della Corte di Cass., sez. I pen., 18 ottobre 2016, n. 44193.

«a) la decisione, sia o meno stata adottata nelle forme della 'sentenza pilota', abbia effettiva e obiettiva portata generale;

b) le situazioni in comparazione (caso deciso dalla CEDU/caso soggettivamente diverso sottoposto a scrutinio) siano identiche;

c) non sia necessaria la previa declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma e l'intervento di rimozione o modifica del giudicato non presenti nessun contenuto discrezionale, risolvendosi nell'applicazione di altro e ben identificato precetto»;

caratteri questi, che, come anticipavano, difettavano nel caso specifico deciso dalla Cassazione.

2.2.2. I nuovi poteri del giudice dell'esecuzione.

Quanto ai poteri del giudice dell'esecuzione, si è già detto che la giurisprudenza ha operato in questa direzione (ancora una volta in senso *garantistico*) riconoscendo sia la possibilità di revocare anche 'parzialmente' la condanna, sia il potere di concedere, a fronte della revoca della precedente condanna, il beneficio della sospensione condizionale *in executivis*.

2.2.2.1. La revoca parziale della condanna.

Anzitutto, la Corte di Cassazione ha affermato la possibilità di ricorrere alla disposizione di cui all'art. 673 c.p.p. anche nelle ipotesi in cui la condanna sia stata pronunciata per più fatti di reato allorquando uno solo di essi sia stato abrogato; in tale ipotesi, infatti la revoca dovrà disporsi limitatamente a detti reati ed alla pena ad essi relativa.

L'orientamento favorevole a una simile soluzione è stato avallato anche dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 96 , del 25 marzo 1996), sottolineandosi come l'art. 673 c.p.p. «non contempl[i] espressamente l'abolitio criminis non riferibile a tutti i reati in ordine ai quali è intervenuta condanna, [...] perché una simile disposizione sarebbe risultata pleonastica».

Ed infatti «in ogni caso, la sentenza di condanna dovrebbe essere revocata nella sua interezza, così come prescrive l'art. 673 del codice di procedura penale; salvo poi

l'esercizio da parte del giudice dell'esecuzione del potere di determinare il residuo della pena inflitta».⁵⁴

Al giudice dell'esecuzione, pertanto, sarebbe concesso di rideterminare il c.d. residuo una volta revocato - per effetto dell'*abolitio criminis* o della dichiarazione di illegittimità costituzionale - il giudicato: «una volta venuto meno il giudicato nella sua integrità, sarà necessario pervenire ad adottare una nuova statuizione in sede esecutiva da sovrapporre al giudicato di cognizione».⁵⁵

Secondo costante indirizzo giurisprudenziale, inoltre, tale possibilità sarebbe concessa sia nei casi in cui i più fatti di reato siano avvinti dal vincolo della continuazione, sia nelle ipotesi di applicazione della pena su richiesta delle parti.

2.2.2.2. La concessione del beneficio della sospensione condizionale *in executivis*.

Per quanto riguarda la possibilità di concedere *in executivis* la sospensione condizionale della pena, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁵⁶ hanno riconosciuto tale facoltà in capo al giudice dell'esecuzione nelle ipotesi in cui la precedente condanna, revocata ai sensi dell'art. 673 c.p.p, fosse risultata nel precedente giudizio unica ragione ostativa del beneficio.

In particolare, tale possibilità si fonda su una lettura estensiva dell'art. 673 c.p.p., dovendosi intendere i «provvedimenti conseguenti», che possono accompagnare a norma della disposizione citata la revoca della sentenza, tutti «quelli destinati ad eliminare gli effetti giuridici comunque pregiudizievoli che sono scaturiti dal giudicato: e tra tali effetti devono indubbiamente annoverarsi anche gli effetti preclusivi eventualmente determinati, ai sensi dell'art. 164 c.p., dalle condanne poi revocate».

Tale lettura, peraltro, si imporrebbe anche per realizzare una interpretazione adeguatrice della disposizione al dettato costituzionale; dovendosi ritenere altrimenti - ossia negando la possibilità di concedere il beneficio *in executivis* - «manifestamente irragionevole una disciplina che permette al giudice dell'esecuzione la concessione della sospensione condizionale della pena in caso di riconoscimento della continuazione per più reati e la escluda, invece, nell'ipotesi di revoca di sentenze di condanna per

⁵⁴ Corte Cost., n. 96, del 25 marzo 1996.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Cass. pen., sez. un., 20 dicembre 2005, n. 4687.

intervenuta depenalizzazione, dato che in quest'ultima situazione il fatto incriminato è divenuto penalmente irrilevante e del tutto inoffensivo a causa della mutata valutazione sociale, mentre nella prima tutti i fatti di reato unificati per continuazione mantengono intatto il disvalore criminale». ⁵⁷

Anche in tale eventualità, peraltro, il limite d'intervento del giudice dell'esecuzione è segnato dalle valutazioni operate in sede di cognizione, non potendo egli, in alcun caso, sostituirsi ai giudizi in precedenza espressi.

Dunque, se è possibile valutare *in executivis* la possibilità di sospensione condizionale allorquando la precedente condanna abbia rappresentato *l'unico motivo* ostativo alla concessione del beneficio - di talchè, revocata la sentenza ostativa, il giudice dell'esecuzione potrebbe autonomamente accertare che il reo «si asterrà dal commettere ulteriori reati», non essendo stata tale verifica operata nel precedente giudizio -, di converso, il giudice della fase esecutiva non può concedere il beneficio se nel precedente giudizio lo stesso era stato negato considerata anche la gravità del fatto.

Il giudice dell'esecuzione, infatti «non può porre nel nulla il giudizio ostativo alla concessione del beneficio richiesto in ragione della gravità del reato pel quale seguì la condanna, pena la sovrapposizione della valutazione del giudice dell'esecuzione a quella del giudice della cognizione, in punto gravità del reato e giudizio prognostico». ⁵⁸

Egli «può compiere proprie autonome valutazioni, sempre che queste non contraddicano quelle del giudice della cognizione [...], l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di concedere la sospensione condizionale in caso di revoca della condanna ex art. 673 c.p.p., non scalfisce le statuizioni irrevocabili del giudice della cognizione ed ha una funzione meramente integrativa del titolo esecutivo. E' possibile in definitiva ammettere "l'intervento a concessione del beneficio si giustifica solo se nel pregresso giudizio l'unico motivo della mancata applicazione del beneficio è identificabile non nella presenza di una valutazione prognostica della pericolosità dell'imputato, ma nel solo effetto preclusivo della sentenza di condanna successivamente revocata per intervenuta abolizione del reato" con il che "non può certamente ravvisarsi alcun reale

⁵⁷ Cassazione penale sez. un., 20/12/2005, n. 4687.

⁵⁸ Cassazione penale sez. I 25 gennaio 2017 n. 17871

vulnus al giudicato qualora quel giudizio prognostico che non è stato compiuto dal giudice della cognizione sia compiuto, poi, dal giudice dell'esecuzione"».

2.3. Sull'illegalità della sanzione.

Venendo ora all'esame della terza ipotesi di "illegalità" – identificata come "illegalità della sanzione" per alludere alla non conformità al quadro giuridico vigente del trattamento sanzionatorio irrogato con sentenza definitiva – è possibile rilevare come la giurisprudenza abbia ampliato anche in quest'ambito gli spazi di intervento sul giudicato penale considerando essenzialmente tre ipotesi:

(a) l'illegittimità *convenzionale* della sanzione - allorquando la pena si ponga in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo;

(b) l'illegittimità *costituzionale* della pena - nei casi in cui la Corte Costituzionale sia intervenuta a dichiarare costituzionalmente illegittimo un determinato trattamento sanzionatorio;

(c) l'*illegalità stricto sensu* intesa della sanzione - quando questa non rispecchi già al tempo della condanna i parametri determinati *ex lege*.⁵⁹

⁵⁹ In maniera sintetica, sull'illegalità in senso lato della pena (ricomprensiva cioè della pena illegale e della pena illegittima) v. G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2016; P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, *ivi*, 2 aprile 2015; M. BONTEMPELLI, *La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale*, *cit.*; M. PELISSERO, *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena. Una lettura sostanziale della crisi del giudicato*, in *La pena ancora: fra attualità e tradizione*, F. Basile - G.L. Gatta - C.E. Paliero - F. Viganò (a cura di), Milano, 2018, p. 339 ss.; F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte Costituzionale*, in *Studi in ricordo di M.G. Aimonetto*, M. Bargis (a cura di), Milano, 2013, p. 271 ss.; con particolare riferimento all'estensione in tali ipotesi dei poteri di intervento del giudice dell'esecuzione, v. spec. P. Di GERONIMO - L. GIORDANO, *Deducibilità della illegalità della pena in sede esecutiva*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 6, p. 2514 ss.

Riferiti specificatamente all'illegittimità della pena, v., *ex multis*, N. CANZIAN, *Quando è incostituzionale la pena. Illegittimità di norme penali sostanziali non incriminatrici e tutela della libertà personale*, in *Giur. Cost.*, 2015, 3, p. 1121 ss.; G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2015; D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, vol. 58, n. 2, p. 1006 ss.; G. ROMEO, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2014.

Si noti peraltro che su tale lato della legalità dell'esecuzione (quello della sanzione), connotato da arresti giurisprudenziali ormai consolidati, le questioni più attuali, cioè ancora problematiche, sembrano concernere l'esecuzione di una sanzione amministrativa – ma convenzionalmente penale – dichiarata dopo il giudicato costituzionalmente illegittimo. La possibilità di rivedere il giudicato anche in tali ipotesi è stata esclusa dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 43 del 24 febbraio 2017, pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2017, con commento di M. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*.

2.3.1. L'illegittimità convenzionale della sanzione.

A partire dal primo *tipo* di illegalità menzionato (*sub* (a)), le nostre corti hanno considerato se sia possibile intervenire sulla condanna definitiva il trattamento sanzionatorio irrogato risulti in contrasto con le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La tematica - è noto - è stata affrontata nel nostro ordinamento in relazione al già citato caso Scoppola⁶⁰ [*retro*, § I, 3.1.2.], in cui la Corte Europea aveva condannato lo Stato italiano per non aver applicato al ricorrente il trattamento sanzionatorio più favorevole (*lex mitior* intermedia) intervenuto prima del passaggio in giudicato della sentenza (la pena della reclusione ad anni trenta in luogo dell'ergastolo).

Il caso, invero, è particolarmente interessante ai nostri fini poiché in tale occasione le nostre corti (con sentenza delle Sezioni Unite "Ercolano")⁶¹ per la prima volta - ma fino ad oggi anche per l'unica volta - hanno esteso gli effetti favorevoli (*dirompenti* per quanto concerne il giudicato) della sentenza sovranazionale anche a coloro che, pur non avendo presentato ricorso avanti la Corte di Strasburgo, si trovavano nella medesima situazione del ricorrente vittorioso - nei confronti del quale, ovviamente e come di consueto (trattandosi questo di un tratto indefettibile dei rapporti tra il nostro ordinamento e il sistema convenzionale) è stata garantita l'attuazione della pronuncia europea mediante l'annullamento della condanna da parte della Corte di Cassazione (investita della causa tramite il ricorso straordinario *ex art.* 625-bis c.p.p.) e la rideterminazione della pena ad anni trenta.

⁶⁰ Come noto, la vicenda aveva preso le mosse dalla sentenza della Corte Edu Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009, con cui i giudici di Strasburgo avevano condannato l'Italia per la violazione dell'art. 7 nella misura in cui era stata applicata retroattivamente una norma penale (relativa al trattamento sanzionatorio, già sopra richiamata) sfavorevole al reo. Al di là della specifica vicenda del sig. Scoppola (la cui condanna è stata infine "annullata" e dichiarata "ineseguibile e improduttiva di effetti penali" dalla Cassazione, con sent. 6 luglio 2017 (dep. 20 settembre 2017), n. 43112, in *dir. pen. cont.*, 26 settembre 2017, con nota di F. VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*), all'indomani della decisione della C. Edu, si era posta anche la questione più generale relativa ai c.d. "fratelli minori" di Scoppola, cioè di coloro che, diversi dal ricorrente vittorioso a Strasburgo, si trovavano tuttavia nella sua medesima situazione, dovendo scontare una condanna (già divenuta definitiva) alla pena più grave inflitta in violazione dell'art. 7 CEDU.

⁶¹ Sentenza Ercolano, Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821, v. M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 76 ss.; F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 1, p. 250 ss.; M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 maggio 2014.

In estrema sintesi - e all'unico scopo di fornire le coordinate essenziali di una vicenda affatto nota -, per quanto concerne l'estensione degli effetti della condanna a Strasburgo anche ai c.d. fratelli minori, tale ampliamento è risultato possibile fundamentalmente grazie a tre passaggi/circostanze:

- (a) anzitutto perché nel caso di specie veniva in considerazione un problema *strutturale* del nostro ordinamento, radicato in una norma di legge che rendeva la violazione accertata a Strasburgo non un accidente del singolo fatto deciso avanti la Corte Europea, bensì una derivazione di una disfunzione sistematica dal carattere oggettivo e generale;
- (b) perché, rilevandosi 'viziata' esattamente una norma di legge, era stato possibile chiedere (e ottenere) la declaratoria di illegittimità costituzionale⁶² della disposizione in

⁶² Si tratta della nota sentenza della Corte Costituzionale n. 210 del 2013, su cui cfr.: M. SCOLETTA, *Norme penali "convenzionalmente illegittime" e questioni incidentali di costituzionalità in sede esecutiva: il dogma del giudicato sul viale del tramonto*, in *Federalismi.it*, 28 marzo 2014; G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta; note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, *www.penalecontemporaneo.it*, 1 ottobre 2013; D. A. AMBROSELLI, *La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla retroattività della lex mitior: applicabilità del giudizio-pilota a fattispecie ad esso assimilabili non pervenute alla Corte di Strasburgo. Questioni a margine della sentenza n. 210 del 2013 della Corte Costituzionale*, in *Diritti fondamentali*; E. LAMARQUE - F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 31 marzo 2014; E. LAMARQUE, *Nuove possibilità di sollevare questioni di costituzionalità per il giudice dell'esecuzione penale*, in *Costituzionalismo.it*.

Si noti che declaratoria di illegittimità costituzionale è stata sollecitata dalle stesse Sezioni Unite nell'ambito della medesima fase esecutiva, con ord. 19 aprile 2012 (dep. 10 settembre 2012), n. 34472, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 12 settembre 2012, con nota di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*; nonché *ivi*, 5 ottobre 2012, G. ROMEO, *Le Sezioni unite sull'applicabilità in executivis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*.

A tal proposito, possibile rilevare come profilo interessante, ma soprattutto, *innovativo*, dell'intera vicenda sia stata esattamente tale possibilità stessa di sollevare la questione di legittimità costituzionale al tempo dell'esecuzione; possibilità fondata sulla considerazione che le norme penali, anche *in executivis*, sarebbero costantemente applicate.

Tale soluzione (suggerita in dottrina e in particolare da F. Viganò, *Mutamento in bonam partem del diritto giurisprudenziale e revoca del giudicato: la palla torna al giudice ordinario?*, in *www.penalecontemporaneo.it*) è stata d'altra parte criticata, sul presupposto tradizionale per cui unico fondamento della condanna è la sentenza passata in giudicato, che funge da titolo esecutivo "divenendo norma del caso concreto".

Tale rilievo, peraltro, non escluderebbe in radice la possibilità di proporre la questione di legittimità costituzionale al tempo dell'esecuzione; tale potere, tuttavia, sarebbe da derivare dalle stesse disposizioni di cui agli artt. 670 e 673 c.p.p. e 30 comma 4 legge n. 87 del 1953; in questo senso v. in particolare F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte Costituzionale*, in *Studi in ricordo di M.G. Aimonetto*, M. Bargis (a cura di), Milano, 2013, p. 284, per il quale: «si può dunque forse ritenere – non ostandovi la *littera legis* – che gli artt. 670 e 673 c.p.p. e 30 comma 4 legge n. 87 del 1953 attribuiscono anche al giudice dell'esecuzione il potere di eccepire l'incostituzionalità delle suddette norme».

questione (art. 7, comma 1, del decreto-legge n. 341 del 2000) per contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione alla norma convenzionale rilevante (l'art. 7 CEDU)⁶³;

(c) infine, riconoscendosi la possibilità di incidere sul giudicato anche allorquando sia dichiarata incostituzionale non già una norma incriminatrice (la cui rilevanza è pacifica ai sensi dell'art. 673 c.p.p.) ma una disposizione incidente sul solo trattamento sanzionatorio, capace di rilevare *in executivis* in ragione dell'art. 30 co. 4 della legge n. 87 del 1953, che «impedisce anche l'esecuzione della pena o della frazione di pena inflitta in base alla norma dichiarata costituzionalmente illegittima»⁶⁴.

La vicenda, che pone sicuramente spunti interessanti da più punti di vista e che meriterebbe - in altra sede - ben altra trattazione, assume ai fini che qui ci occupano particolare rilievo soprattutto per le considerazioni che la giurisprudenza - costituzionale e di legittimità - ha avuto modo di operare in quest'occasione sul tema della (in)tangibilità del giudicato - qui, come si è detto, per la prima volta travolto *erga omnes* (dove ovviamente gli *omnes* sono solamente i soggetti interessati) dagli effetti impetuosi di una pronuncia di Strasburgo.

All'uopo, è bene anzitutto rilevare come una simile efficacia, riguardante le situazioni c.d. esaurite, non derivi in alcun modo dal sistema convenzionale, il quale, in caso di violazione sistemica, pone in capo allo Stato contraente l'obbligo di adottare misure generali al fine, da una parte, di rimediare alle violazioni già prodottesi ma non ancora

⁶³ Si noti, la questione di costituzionalità era stata sollevata in riferimento anche all'art. 3, ma tale profilo non risulta trattato in quanto assorbito dalla riconosciuta violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 7 della Convenzione europea.

⁶⁴ Secondo le Sezione unite, infatti, poiché, l'organo giurisdizionale *in executivis* è competente, a norma dell'art. 665 c.p.p., a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento, deve ritenersi, alla luce della disposizione del '53, che l'incidente di esecuzione investa tutte le questioni che attengono non solo alla mancanza o non eseguibilità *tout court* del titolo, ma anche alla stessa eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo.

Tale interpretazione di tipo estensivo, peraltro, è stata da taluni criticata nel senso di travalicare il chiaro dettato letterale dell'art. 30 della l. n. 87 del 1953 che, facendo riferimento al travolgimento di «tutti gli effetti penali» «implica necessariamente - alla evidenza - il radicale presupposto della *abolitio criminis*» (Cass. sez. I, 11 luglio 2012, n. 27640); in questo senso M. GAMBARDELLA, *Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1671; nonché F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena*, cit., p. 288, il quale suggerisce come nel caso di specie «nell'eccepire l'incostituzionalità della norma censurata dalla Corte europea, si sarebbe dovuta contestare anche la legittimità costituzionale dell'art. 30 comma 4 legge n. 87 del 1953, nella parte in cui non prevede la caducazione del giudicato quando ad essere dichiarata illegittima sia una previsione normativa concernente il solo trattamento sanzionatorio del reo».

‘cristallizzate’ definitivamente⁶⁵ e, dall’altra parte, di prevenire il prodursi di nuove violazioni, senza tuttavia spingersi sino al punto di esigere il travolgimento di tutti i procedimenti già conclusi in via definitiva⁶⁶.

Di contro, una simile efficacia demolitrice di tutti i giudicati già formatosi in violazione di una norma convenzionale concernente il trattamento sanzionatorio, aggalla precipuamente dalla struttura del nostro ordinamento; essa, pertanto, si impone per considerazioni tutte interne riguardanti precipuamente il fondamento legittimante dell’imposizione/esecuzione della pena.

In particolare, allorquando la violazione accertata a Strasburgo presenti i caratteri della sistematicità e generalità – nel caso *de quo* radicandosi in una norma di legge contrastante con la Convenzione (nella parte in cui impediva l’applicazione retroattiva della sanzione *in mitius*) –, la pena applicata in casi simili a quello di deciso dalla Corte Edu deve ritenersi «oggettivamente illegittima»⁶⁷.

Ebbene, di fronte a una sanzione illegittima il giudicato non può che ritenersi recessivo «rispetto ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto dei 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».

A fronte di tali considerazioni, «s’impone [...] di emendare “dallo stigma dell’ingiustizia” una tale situazione»⁶⁸, poiché il nostro ordinamento non potrebbe tollerare l’esecuzione di una sanzione *illegale*, anche a costo di porre in crisi il dogma del giudicato.

Apparterebbe, cioè, alla struttura del nostro sistema il principio per cui «l’esigenza imprescindibile di porre fine agli effettivi negativi dell’esecuzione di una pena *contra legem* [...] preval[e] sulla tenuta del giudicato, che deve cedere, anche *in executivis*, alla «più alta valenza fondativi dello statuto della pena»⁶⁹; principio accolto dal legislatore con l’introduzione del comma 3 all’art. 2 c.p. [*retro* § 1.2.], nonché dalla giurisprudenza sviluppatasi in punto di pena illegittima e *stricto sensu* illegale [*infra* §§ 2.3 ss.].

⁶⁵ O perché la decisione non è ancora passata in giudicato o perché pur passata in giudicata il soggetto ha presentato ricorso a Strasburgo.

⁶⁶ Icasticamente Corte cost., 210 del 2013.

⁶⁷ Ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, Sez. un., 19/04/2012, (ud. 19/04/2012, dep.10/09/2012), n. 34472.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

La formazione del giudicato, pertanto, non può ostare alla riconsiderazione della necessaria base legale della pena anche al tempo dell'esecuzione: «L'istanza di legalità della pena, per il vero, è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice* e non ostacolata dal dato formale della c.d. "situazione esaurita", che tale sostanzialmente non è, non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale. E, allora, s'impone un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo»⁷⁰.

Per tali motivi, lo si rimarca, in ipotesi di illegittimità convenzionale, il travolgimento del giudicato *anche* nelle situazioni simili a quella decisa a Strasburgo non si impone - e non può imporsi - direttamente in forza della pronuncia sovranazionale, ma può tutt'al più riconoscersi (qualora ne ricorrano in presupposti e, *in primis*, qualora la violazione presenti natura sistematica) solo attraverso - e in ragione di - gli strumenti interni apprestati dal nostro ordinamento per superare in ipotesi specifiche l'irretrattabilità del *decisum* definitivo.

Il *vulnus* al giudicato deriva pertanto in tale evenienza - nei casi dei c.d. fratelli minori del ricorrente vittorioso - solo in via *mediata* dai *dicta* di Strasburgo, poiché il 'vizio' identificato dalla Corte europea può rilevare in via generale - travalicando i confini dello specifico caso considerato e determinando la rimodulazione dei trattamenti sanzionatori definitivi - solo se *incanalato* nelle vie interne già individuate dal nostro legislatore per superare l'effetto preclusivo della cosa giudicata e, specificatamente, solo se dotato di una simile portata generale dalla stessa Corte Costituzionale, attraverso una dichiarazione di incostituzionalità della norma affetta dal vizio identificato a Strasburgo.

⁷⁰ In dottrina è stato rilevato come "oggi non appare ragionevolmente sostenibile la soluzione secondo cui la sentenza di condanna definitiva, come per il resto dell'ordinamento, non possa più essere modificata in senso favorevole al reo. Si tratta, invero, di una norma che incide comunque sulla quantificazione della sanzione penale, e in ultima analisi sul diritto fondamentale della libertà personale (art. 13 Cost.). Inoltre, il *quid pluris* di pena derivante dalla norma costituzionalmente illegittima, non può qui svolgere, in modo indiscutibile, alcuna funzione rieducativa *ex art. 27, comma 3, Cost.*, essendo stato inflitto sulla base di una previsione legislativa contraria ai principi costituzionali". Inoltre, con riguardo al giudicato, sostenendosi che "Tale esigenza di certezza delle situazioni consolidate sembra essere espressione di una logica giuridica estranea al diritto penale; e in ogni caso non potrebbe mai prevalere, in ambito penale, quando sussista una contemporanea esigenza connessa al *favor libertatis*", M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato*, cit.

2.3.2. L'illegittimità costituzionale della sanzione.

Quanto alla illegittimità *costituzionale* della sanzione definitiva, su tale terreno la giurisprudenza, come in parte già anticipato rispetto all'illegalità *convenzionale*, ha raggiunto i medesimi esiti garantistici assicurando la revisione della sanzione allorquando sia sopravvenuta al giudicato la dichiarazione di illegittimità costituzionale della pena irrogata.

Tale orientamento, inaugurato invero dalle sezioni semplici prima della sentenza *Ercolano* (e infatti da questa anche richiamate)⁷¹, è stato autorevolmente affermato dalle Sezioni Unite con la decisione *Gatto*⁷², intervenuta a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale (sentenza Corte Cost. n. 251 del 2012) dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza) sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, del codice penale.

Ed invero, mentre nella precedente sentenza *Ercolano*, come si è visto, la Cassazione (giusta la vicenda da cui la decisione prendeva abbrivio) aveva attribuito rilevanza centrale, nelle proprie argomentazioni, alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, in questo caso, invece, i giudici di legittimità hanno concentrato la propria attenzione

⁷¹ In precedenza la medesima soluzione era già stata prospettata, rispetto al trattamento sanzionatorio dichiarato incostituzionale, da Cass. pen., I sez., 27 ottobre 2011, Hauohu. A commento della sentenza v. E. NADIA LA ROCCA, *Adeguamento della pena per sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'aggravante: poteri «inediti» al giudice dell'esecuzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, p. 1 ss. e M. SCOLETTA, *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 gennaio 2012.

Nello stesso senso anche Cass. Pen., Sez. I, sent. 24 febbraio 2012 (dep. 22 maggio 2012), n. 19361, ric. Tete, *ibidem*, con nota di G.L. GATTA, *Ancora sulla non eseguibilità della porzione di pena inflitta per effetto dell'applicazione della cd. aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.)*, 29 maggio 2012.

⁷² A commento della pronuncia v. M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato*, cit., il quale peraltro rileva come la nuova lettura dell'art. 30 della l. n. 87 del 1953 sia frutto di "creazione" e non già di "interpretazione" giurisprudenziale; nonché S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, 1, p. 31 ss.; G. CARUSO, *Metamorfosi del giudice dell'esecuzione: da "esecutore" a "garante" della legittimità della pena?*, in *Arch. pen.*, 2014, II, p. 8 ss.; N. CANZIAN, *Quando è incostituzionale la pena. Illegittimità di norme penali sostanziali non incriminatrici e tutela della libertà personale*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1121 ss.; D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, p. 1006 ss.

Analogamente, circa la sopravvenuta illegittimità della c.d. aggravante comune di clandestinità, v. S. ZIRULIA, *Aggravante della "clandestinità" e giudicato: rimovibili gli effetti?*, in *Corr. merito*, n. 5/ 2011, p. 507ss.

sulla distinzione tra *successione di norme favorevoli* in punto di trattamento sanzionatorio e *intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale* della pena, (ovviamente) proprio con riferimento alle rispettive ricadute in punto di retroattività e giudicato.

In particolare, si è affermato: «sia il succedersi di leggi, che in tutto o in parte disciplinano materie già regolate da leggi precedenti, sia l'abrogazione di una norma per effetto di norma successiva sono fenomeni fisiologici dell'ordinamento giuridico, mentre la dichiarazione di illegittimità costituzionale palesa un evento di patologia normativa. La norma costituzionalmente illegittima viene espunta dall'ordinamento proprio perchè affetta da una invalidità originaria. Ciò impone e giustifica la proiezione "retroattiva", sugli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi, già da essa disciplinati, della intervenuta pronuncia di incostituzionalità, la quale certifica la definitiva uscita dall'ordinamento di una norma geneticamente invalida. Una norma che deve dunque considerarsi *tamquam non fuisse*»⁷³.

Accanto a tali considerazioni di tipo *strutturale* - inerenti alla diversità *genetica* tra illegittimità costituzionale e successione di norme -, la Corte ha altresì posto a fondamento della propria decisione una ricostruzione del valore del giudicato quale precipuo strumento di garanzia individuale per il cittadino (sostanzialmente nella misura in cui vieta il *bis in idem*), svincolato da una logica puramente formale di sacralità-immutabilità del *dictum* definitivo; le Sezioni unite, infatti, hanno riconosciuto che:

«a differenza di quanto accade in materia civile, dove "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa" (art. 2909 c.c.), con ciò assicurando certezza e stabilità dei rapporti patrimoniali - in ambito penale la forza della cosa giudicata nasce certamente dall'ovvia necessità di certezza e stabilità giuridica e dalla stessa funzione del giudizio, volto a superare l'incertezza dell'ipotesi formulata dall'accusa a carico dell'imputato per pervenire,

⁷³ Par. 5.2 sent. *Gatto*, cit. La Cassazione rileva come: “Non va sottaciuto, infatti, che la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (art. 13, comma 2, art. 25, comma 2) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost., profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria d'incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento, perchè ritenuta in contrasto con la previsione convenzionale, quale parametro interposto dell'art. 117 Cost., comma 1” (par. 5). Sul punto, nel senso di valorizzare in tale contesto l'istanza di rieducazione della pena, v. M. PELISSERO, *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena*, cit., *passim* e spec. p. 349.

secondo le regole del giusto processo, ad un risultato che trasformi la res iudicanda in res iudicata, ma essa deriva soprattutto dall'esigenza di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale e si esprime essenzialmente nel divieto di bis in idem, che assume nel vigente diritto processuale penale la portata e la valenza di principio generale».

Tale concezione discenderebbe dal medesimo impianto codicistico e, ancor prima, dai principi della stessa Carta costituzionale, dovendosi considerare il giudicato:

«intangibile, ma solo "nel senso che non può mai aumentarsi l'afflittività implicita della pena stabilita nella sentenza di condanna" (Corte cost., sent. n. 282 del 1989), rimanendo invece l'esecuzione della pena, anche nelle sue modalità e nel quantum, relativamente flessibile in *favorem rei*, tant'è che è stato reiteratamente affermato che l'art. 27 Cost., comma 3, garantisce al condannato "il diritto a vedere riesaminato se la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo" (Corte cost., sentenze n. 306 del 1993 e n. 204 del 1974)».⁷⁴

Da tale ordine di idee, pertanto, deriverebbe nel caso considerato la possibilità per il giudice dell'esecuzione di intervenire - ancora una volta - ai sensi dell'art. 30, l. n. 87 del 1953⁷⁵; in tal caso, tuttavia, l'organo giurisdizionale è facoltizzato a esercitare poteri ancor più penetranti rispetto al caso *Scoppola-Ercolano*, trattandosi di operare un giudizio altamente valutativo-discrezionale: se nella prima ipotesi si trattava di provvedere soltanto a una mera conversione 'meccanica' della pena (dalla sanzione dell'ergastolo a quella di anni trenta), infatti, ora il giudice dell'esecuzione è chiamato a

⁷⁴ Le Sezioni unite adottano dunque una prospettiva garantistica, "ispirata alla massima tutela dei diritti", concependo la legalità penale come comprensiva anche della fase dell'esecuzione; cfr. S. Ruggeri, p. 38. In tale prospettiva "la riserva di legge stabilita dall'art. 13 comma 2 Cost. deve essere intesa nel senso che in ogni momento si debba poter giustificare, quanto a legittimità, qualunque attuale limitazione della libertà personale. In modo perfettamente speculare, il principio di legalità della pena di cui all'art. 25 comma 2 Cost. deve operare non solo nel momento in cui è pronunciata la condanna definitiva, ma fintantoché essa non è completamente espiata", N. CANZIAN, *Quando è incostituzionale la pena*, cit., p. 1134.

⁷⁵ Si noti che "Tra le due disposizioni in esame viene evidenziato, inoltre, un divario di tipo qualitativo, dovuto alla diversa intensità degli effetti che si riflettono sulla res iudicata. Da questo angolo visuale, ad essere più penetrante sarebbe il congegno dell'art. 673 c.p.p., la cui forza è ritenuta tale da cancellare « il dictum del giudice della cognizione »; al contrario, l'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953 esaurirebbe « la sua valenza demolitoria sull'esecuzione della sentenza, invalidandone parzialmente il titolo esecutivo, senza alcuna efficacia risolutiva della decisione divenuta irrevocabile»" D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale*, cit., p. 1012 (il quale peraltro critica la capacità rescissoria del giudicato, in verità assente, dell'art. 673 c.p.p.).

rideterminare la pena discrezionalmente - al di fuori di una conversione secca -, venuta meno la circostanza aggravante.

Evidentemente, nel bilanciamento dei beni rilevanti, in questa occasione la Corte di Cassazione non solo aumenta gli spazi di intervento sul giudicato penale, ma amplia altresì i poteri concessi al giudice dell'esecuzione, chiamato, ancora una volta, a operare un giudizio tipico della fase cognitiva.⁷⁶

La giurisprudenza sviluppatasi in punto di illegittimità costituzionale della pena, infine, ha raggiunto risultati ulteriori con la sentenza *Marcon*, la quale si pone sempre nel solco tracciato dalle precedenti, in un'ottica di massimizzazione nella fase esecutiva della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Con tale pronuncia, infatti, la Cassazione ha riconosciuto la possibilità di rideterminare *in executivis* la sanzione *illegittima* anche nel caso in cui la pena sia stata concordata a norma dell'art. 444 c.p.p., riconoscendo, peraltro, al giudice dell'esecuzione anche un autonomo potere in tal senso, qualora le parti non siano addivenute a un nuovo accordo sulla sanzione o qualora la medesima (nuovamente concordata) non sia ritenuta congrua.

⁷⁶ Sottolineano questo profilo in dottrina: G. CARUSO, *Metamorfosi del giudice dell'esecuzione*, cit., p. 23 ss.; in un caso analogo, V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. «Fini-Giovanardi»: gli attuali orizzonti della democrazia penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

Favorevole a una simile estensione sicuramente, nel caso analogo di incostituzionalità della c.d. Fini-Giovanardi, F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei «fratelli minori» di Scoppola*, cit.: «Né mi convincono le proposte di una riduzione meccanicamente proporzionale della pena in ragione, ad esempio, del nuovo minimo edittale (secondo lo schema seguente: 7 anni di reclusione inflitti concretamente dal giudice stanno al minimo di 6 anni di reclusione previsti dalla legge Fini-Giovanardi come, oggi, la pena X sta al minimo di 2 anni di reclusione oggi previsto per le droghe “leggere”) ovvero del nuovo massimo. L'insostenibilità di tale approccio si coglie sol che si consideri che la decisione del giudice di cognizione di attenersi al minimo edittale, o di discostarsi di poco da esso, potrebbe essere stata motivata – rispetto a una normativa che, come la Fini-Giovanardi, non distingueva tra droghe “pesanti” e droghe “leggere” – proprio dalla natura di droga “leggera” della sostanza oggetto materiale della condotta; mentre tale circostanza, oggi rilevante già ai fini della determinazione del quadro edittale applicabile, non potrà più essere nuovamente considerata al momento in cui si debba commisurare concretamente la pena all'interno del corrispondente quadro edittale. Sì che, ad es., ben potrebbe immaginarsi la rideterminazione della pena per la detenzione di un chilo di marijuana, originariamente fissata in 6 anni di reclusione proprio in considerazione della tipologia di droga “leggera” della sostanza, in quella di 3 o 4 anni di reclusione – dunque in una misura marcatamente superiore al nuovo minimo edittale – in considerazione della significativa quantità della sostanza posseduta [...]».

2.3.3. L'illegalità *stricto sensu* intesa della sanzione.

Quanto alla illegalità *stricto sensu* intesa della sanzione, la giurisprudenza è intervenuta anche in quest'ambito individuando taluni spazi in cui è possibile rilevare durante l'esecuzione l'irrogazione di una pena *ab origine* illegale, cioè non rispondente alla previsione di legge nel momento in cui è stata commisurata.

Si noti peraltro che questo è l'unico tipo di *illegalità* della pena in cui la giurisprudenza valuta la possibilità di incidere sul giudicato per un vizio *genetico* del titolo esecutivo - come tale rilevabile mediante gli ordinari mezzi di impugnazione - e non già *sopravvenuto* - come nel caso delle sopravvenute pronunce di illegittimità.

Ovviamente, infatti, la possibilità di incidere sul giudicato allorché il quadro normativo muti in senso favorevole al condannato dopo che la sentenza è divenuta definitiva è chiaramente esclusa dal disposto dell'art. 2 co. 4, salva la limitata eccezione di cui al comma 3⁷⁷.

Ebbene, questo *tipo* di illegalità è particolarmente interessante ai fini della nostra indagine poiché, nella prospettiva adottata dalla Cassazione, pare perfettamente assonante con il caso in cui il giudice della cognizione non abbia rilevato l'abrogazione già intervenuta, trattandosi in entrambi in casi di determinare se è possibile intervenire *in executivis* non già per adeguare il giudicato a un mutamento normativo sopravvenuto ma esattamente per emendare il titolo esecutivo da un errore rilevabile con gli ordinari mezzi di impugnazione.

Dell'illegalità *ab origine* della pena, la giurisprudenza si è diffusamente occupata, adottando infine - con un orientamento che oggi si può dire definitivamente consolidato - una soluzione *permissiva*, che consente in talune ipotesi la modificazione *in executivis* della pena illegale⁷⁸.

⁷⁷ Sul punto si segnala un recente arresto giurisprudenziale (Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2015, n. 46653, ric. Della Fazia) tale per cui anche in caso di ricorso *inammissibile*, la Corte di Cassazione può rilevare d'ufficio che la sentenza impugnata era stata pronunciata prima dei mutamenti normativi che hanno modificato il trattamento sanzionatorio in senso favorevole all'imputato; la Corte può dunque annullare con rinvio la sentenza impugnata per una nuova determinazione della pena in base alla nuova cornice edittale (si noti, viceversa, che non è possibile in tali casi rilevare, come già per costante giurisprudenza, la prescrizione nel frattempo maturata).

⁷⁸ In particolare, cfr. gli interventi delle sezioni unite: Cass. pen., sez. un., 27 novembre 2014, n. 6240, ric. Basile, sulla possibilità di rilevare in esecuzione l'applicazione di una pena accessoria *extra o contra legem* (su cui anche I. MANCA, *Le Sezioni unite ammettono l'intervento in executivis sulla pena accessoria extra o contra legem, purché determinata per legge nella specie e nella durata*, www.penalecontemporaneo.it, 8 marzo 2015.); Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2015, n. 47766, ric. Butera,

Come si avrà modo di vedere, tale soluzione ha rappresentato il paradigma di riferimento della decisione delle Sezioni Unite Mraidi, per quanto riguarda le affermazioni in essa espresse in punto di limiti del potere del giudice dell'esecuzione di revocare la sentenza di condanna in caso di *abolitio criminis* intervenuta prima del suo passaggio in giudicato.

2.3.3.1. La possibilità di intervenire *in executivis*.

Anche in questo caso, infatti, la soluzione adottata dalla giurisprudenza si articola in due passaggi consecutivi, riguardanti questioni diverse ma correlate (da un rapporto di presupposizione necessaria), domandandosi i giudici di legittimità:

(a) se, anche in mancanza di un'espressa norma di legge, è possibile ammettere 'in via generale' l'intervento del giudice dell'esecuzione sul trattamento sanzionatorio '*ab origine* illegale';

(b) se tale intervento, eventualmente ammissibile, incontra tuttavia dei limiti.

Sub a), anzitutto, si è considerato l'ambito applicativo della disposizione di cui all'art. 676 c.p.p., riguardante le "altre competenze del giudice dell'esecuzione".

La giurisprudenza di legittimità, infatti, ha interpretato tale previsione in maniera estensiva, sino a ricomprendere tra le competenze dell'organo giurisdizionale in fase esecutiva anche le questioni aventi ad oggetto la legalità (qui *stricto sensu* intesa e originaria) della pena⁷⁹.

Tale soluzione ermeneutica è stata raggiunta precipuamente applicando in questa diversa sede i principi già affermatasi in punto di pena *illegittima*, così riproponendo (o meglio *trasponendo*) le affermazioni colà espresse sul possibile bilanciamento *in executivis* tra i diversi valori di: (a) legalità, (b) libertà personale e (c) giudicato.

sulla possibilità di conoscere in esecuzione dell'illegalità della pena principale derivante palese errore giuridico o materiale.

Prima dell'intervento delle Sezioni Unite il panorama giurisprudenziale si presenta molto ricco e frastagliato; cfr. a titolo esemplificativo: Cass. pen., sez. I, 20 gennaio 2014, n. 14677, ric. Medulla, sulla possibilità per il giudice dell'esecuzione di dichiarare illegale e per l'effetto non eseguibile la pena detentiva qualora inflitta in aggiunta a quella pecuniaria, nonostante la legge preveda le due sanzioni soltanto in alternativa; Cass. pen., sez. I, 6 luglio 2000, ric. Colucci, che esclude la possibilità di emendare la pena *in executivis* in caso di avvenuta conversione della pena pecuniaria in libertà controllata (istituto applicabile solo in fase esecutiva in caso di insolvibilità del condannato).

⁷⁹ La giurisprudenza colà sviluppata è stata ripresa espressamente per delineare meglio "il ruolo assegnato dal codice di rito al giudice dell'esecuzione con riferimento specifico al controllo sulla legittimità della pena" (sent. Butera, par. 8).

In particolare – e al precipuo scopo di permettere un'applicazione estensiva dell'art. 676 c.p.p. – si è qui riaffermato che:

sub (a) «l'istanza di legalità della pena è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice* e non ostacolata dal dato formale della c.d. "situazione esaurita", che tale sostanzialmente non è»;⁸⁰ [Ercolano]

sub (b) si impone «un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo»;⁸¹ [Ercolano]

sub (c) «l'efficacia del giudicato penale nasce dalla necessità di certezza e stabilità giuridica, propria della funzione tipica del giudizio, ma anche dall'esigenza di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale, sicché si esprime essenzialmente nel divieto di bis in idem, e non implica l'immodificabilità in assoluto del trattamento sanzionatorio stabilito con la sentenza irrevocabile di condanna nei casi in cui la pena debba subire modificazioni necessarie imposte dal sistema a tutela dei diritti primari della persona»⁸²[Gatto].

Tali affermazioni di principio, quindi, hanno fondato in questo diverso contesto la legittimità dell'intervento *in executivis* anche in caso di pena *ab origine* illegale, ritenendosi, in definitiva, che la tutela della libertà personale debba «ragionevolmente prevalere» sul giudicato⁸³.

2.3.3.2. I limiti dell'intervento *in executivis*.

Applicando i risultati raggiunti in punto di pena illegittima, pertanto, la giurisprudenza ha riconosciuto la possibilità - anche per questa seconda e diversa classe di ipotesi - di

⁸⁰ Sent. Butera, cit., par. 8 che richiama la decisione Ercolano, cit.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*, che richiama la sentenza Gatto.

⁸³ Nel testo si è fatto riferimento precipuamente alla sentenza Butera, che esplicita diffusamente il richiamo alla precedente giurisprudenza. Anche la sent. Basile, tuttavia, richiama l'evoluzione giurisprudenziale in punto di giudicato e pena costituzionalmente illegittima (par. 3) per concludere che «la tutela della libertà personale, garantita costituzionalmente, viene ad essere violata anche nel caso in cui debba essere eseguita una pena *ab origine* illegale. Una diversa soluzione implicherebbe, infatti, il riconoscimento della possibilità di restrizione illegittima della libertà personale in ossequio alla "sacralità del giudicato" (par. 3.3).

intervenire *in executivis* sul trattamento sanzionatorio, interpretando estensivamente la norma dell'art. 676 c.p.p. e, in particolare, valorizzando a tale scopo la funzione/il titolo già assegnato al giudice dell'esecuzione di 'garante della legalità'⁸⁴.

individuando anche taluni limiti (si noti, del tutto assenti rispetto alla pena illegittima⁸⁵) all'intervento del giudice dell'esecuzione.

Per questo secondo aspetto (i limiti dell'intervento *in executivis*), vengono operate ulteriori distinzioni: e per tipo di *errore* e per tipo di *intervento*.

(a) *La distinzione per tipo di errore: errore valutativo vs. errore percettivo.*

La prima distinzione attiene precipuamente al *tipo di errore* commesso dal giudice della cognizione⁸⁶.

Nel linguaggio fatto proprio dalla giurisprudenza, l'errore emendabile *in executivis* è infatti soltanto quello riconducibile a tre categorie:

- a) assoluta abnormità della sanzione;
- b) palese errore di calcolo;
- c) errore macroscopico non giustificabile, che non sia il frutto di una argomentata pur discutibile valutazione⁸⁷.

Occorre chiarire che, per riferirsi a queste ipotesi, in generale la giurisprudenza utilizza altresì la locuzione "errore percettivo", per differenziarlo da quello di tipo "valutativo" che, viceversa, deriva da una autentica valutazione o ragionamento del giudice della cognizione e, per questo motivo, osta affatto all'intervento *in executivis*.

Tale limite, attinente al tipo di errore e di carattere generale, viene ricavato da una lettura sistematica delle disposizioni del codice di rito e, in particolare, da tre norme specifiche:

- i) l'art. 671, che impedisce l'applicazione della disciplina della continuazione tra i reati *in executivis*, qualora la stessa sia già stata *esclusa* dal giudice della cognizione;

⁸⁴ Cfr. sent. Gatto, cit., par. 8: "Garante della legalità della pena in fase esecutiva è il giudice dell'esecuzione, cui compete, se richiesto ex art. 666 c.p.p., di ricondurre la pena inflitta a legittimità."

⁸⁵ Si ricordi che in tali casi (sent. Marcon cit.) il giudice dell'esecuzione può addirittura 'ricostituire' l'accordo sulla pena intervenuto tra le parti. Del resto, alla pena illegittima, si applica una norma (l'art. 30 della l. 87 del 1953) che conferisce al giudice dell'esecuzione i più ampi poteri di intervento ("Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali").

⁸⁶ Propongono un'analisi particolarmente attenta su tale tema spec. P. DI GERONIMO – L. GIORDANO, *Deducibilità della illegalità della pena in sede esecutiva*, Cass. pen., 06, 2016, p. 2528 ss.

⁸⁷ V. in questo senso, da ultimo, sent. Butera, cit., par. 7 e giurisprudenza ivi richiamata.

ii) l'art. 630 co. 1 lett. c), che permette il giudizio di revisione solo se le prove nuove non sono già state oggetto di *esame e valutazione* da parte del giudice della cognizione;

iii) l'art. 625 *bis*, che esclude l'esperibilità del ricorso straordinario in Cassazione allorché ci si trovi in presenza di un errore *valutativo*, qualora cioè “la causa dell'errore non sia identificabile esclusivamente in una fuorviata rappresentazione percettiva e la decisione abbia comunque contenuto valutativo”⁸⁸.

Da tali norme si ricava il principio generale per cui una determinata *quaestio* può essere esaminata in sede di esecuzione soltanto se *non valutata* espressamente in precedenza.

(b) *La distinzione per tipo di intervento: intervento 'obbligato' vs. intervento 'discrezionale'.*

Il tipo di errore, come anticipato, non esaurisce però i limiti cui è sottoposta l'emenda *in executivis* della pena illegale.

Anche laddove l'errore sia di tipo percettivo - nel senso sopra precisato -, è infatti possibile ammettere l'intervento del giudice dell'esecuzione soltanto nel caso in cui quest'ultimo non sia chiamato a porre in essere *apprezzamenti discrezionali* in ordine alla scelta della specie e della durata della pena, la quale, viceversa, deve risultare «determinata o, comunque, determinabile per legge».⁸⁹

Anche in questo caso, il principio affermato in giurisprudenza deriva da una lettura sistematica delle norme processuali, che rende doverosa la conclusione per cui «i poteri del giudice dell'esecuzione sono ispirati al criterio della intangibilità del giudicato e consistono nel rideterminare il trattamento sanzionatorio sulla base di un criterio oggettivo meno discrezionale di quello spettante al giudice della cognizione»⁹⁰.

⁸⁸ Cfr. sent. Basile, cit., par. 6.1. Sull'esatta nozione di 'errore di fatto' rilevante ai fini del ricorso straordinario in Cassazione, v. M. GIALUZ, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Milano, 2011, XXXIX.2, p. 15 ss. (con particolare attenzione alle due dicotomie evocate dalla nozione 'errore di fatto', ossia errore di fatto vs. errore di diritto ed 'errore di percezione' o 'errore di fatto revocatorio' vs. 'errore di giudizio').

⁸⁹ Critica questo approdo giurisprudenziale P. DI GERONIMO – L. GIORDANO, *Deducibilità della illegalità della pena in sede esecutiva*, cit., p. 2532 s., secondo i quali “si potrebbe delineare un generale regime dell'intervento volto a rimediare l'irrogazione di pene illegali, consentendo al giudice di rimuovere e calcolare *ex novo* non solo le sanzioni frutto di macroscopici errori di calcolo, ma qualsivoglia sanzione applicata al di fuori dei parametri normativi – per specie e quantificazione – previsti il reato oggetto del giudizio”. In particolare, la restrizione introdotta dalla Cassazione non apparirebbe in linea con gli ampi poteri riconosciuti oggi al giudice dell'esecuzione (in riferimento in particolare all'applicazione della disciplina del reato continuato e del concorso formale che demanda a tale organo un potere esercitabile ex art. 132 e 133 c.p., assimilabile “al tipico parametro valutativo esercitato dal giudice della cognizione”).

⁹⁰ Sent. Basile, cit., par. 6.2.

Rilevanti in tal senso, appaiono specialmente le disposizioni di cui ai seguenti articoli:

- i) 183 disp. att. c.p.p., che consente al pubblico ministero di richiedere l'applicazione di una pena accessoria, purchè questa sia "predeterminata dalla legge nella specie e nella durata".
- ii) 187 disp. att. c.p.p., che, ai fini dell'applicazione *in executivis* della disciplina del concorso formale e del reato continuato, individua la violazione più grave in quella per la quale è stata inflitta la pena più grave⁹¹;
- iii) 676 c.p.p., che permette l'applicazione durante l'esecuzione soltanto della confisca obbligatoria (rimanendo quella di tipo facoltativo di esclusiva competenza del giudice che pronuncia la condanna).

Complessivamente considerati, tali limiti all'intervento *in executivis*, e per tipo di errore e per tipo di intervento, sembrano improntati a un'idea comune, ovvero l'assenza di una valutazione sostanziale: là (per tipo d'errore) 'a monte', nel senso che il giudice della cognizione deve aver compiuto un errore che non sia realmente il frutto di un ragionamento – per lo meno, di un ragionamento espresso in motivazione –, ossia di una argomentata valutazione; qui (per tipo di intervento) 'a valle', nel senso che il giudice dell'esecuzione non deve essere chiamato a compiere proprie valutazioni, ma deve limitarsi a effettuare un'operazione 'obbligata' (alla stregua di un mero calcolo aritmetico).

⁹¹ "Tale specifica regola, diversa da quella operante nella fase di cognizione, è dettata dai limitati poteri dell'organo giurisdizionale in *executivis*, chiamato a dare attuazione al *dictum* contenuto nella sentenza, interpretandolo od integrandolo, senza facoltà di determinarlo. E tale diversità non è in contrasto con il parametro costituzionale dell'art. 24 Cost., poichè i poteri del giudice dell'esecuzione sono ispirati al criterio della intangibilità del giudicato e consistono nel rideterminare il trattamento sanzionatorio sulla base di un criterio oggettivo meno discrezionale di quello spettante al giudice della cognizione (cfr. Sez. I, n. 6362 del 31/01/2006, Zungri, Rv. 233442)", *ibidem*.

3. Considerazioni conclusive: il giudicato tra tutela soggettiva (*dal diritto*) e tutela oggettiva (*del diritto*).

Ripercorsi gli interventi attuati sulla *re iudicata* tanto dal legislatore, quanto dalla giurisprudenza, è ora possibile trarre alcune conclusioni concernenti il ‘volto attuale’ del giudicato penale.

Anzitutto, da quanto sin’ora esaminato, sembra inevitabile intravedere nell’opera svolta sinergicamente dai due formanti un’attività di progressivo smantellamento del “dogma” del giudicato.

Questa flessibilizzazione dell’istituto, invero, è fenomeno attuale, rilevato da più parti - non solo in dottrina ma anche, lo si è visto, in giurisprudenza -, tanto che la “crisi del giudicato” è divenuta oramai *topos* ricorrente nella letteratura giuridica odierna.

Se ciò è vero - come sembra essersi dimostrato dalla rassegna degli interventi *contra* il giudicato penale sopra sintetizzati - occorre però chiarire che cosa effettivamente sia stato posto in crisi e, soprattutto, che cosa oggi resti dell’istituto.

Quanto al primo aspetto, anzitutto, pare opportuno precisare che di “crisi” e di “smantellamento” pare corretto discorrere non con riguardo al giudicato *tout court*, bensì soltanto rispetto al “dogma” del giudicato. La crisi che oggi si rintraccia, cioè, concerne precipuamente (e, lo si anticipa sin d’ora, *soltanto*) quel carattere di *sacralità* che, impresso in passato al *dictum* definitivo, faceva del giudicato un *baluardo* del potere statale (vero e proprio *totem* intoccabile dello *ius terribile*).

Proprio tale concezione *formalistica*, propria della legislazione di stampo fascista, è stata abbandonata in favore di una diversa concezione (lo si approfondirà immediatamente) armonizzata con i principi costituzionali che informano il nostro Stato di diritto.

Non solo “in crisi” ma definitivamente (o in larga parte) abbandonato, pertanto, appare quella concezione del giudicato che riconduceva l’istituto a suggello - infallibile e irretrattabile - del *dictum* penale (“*facit de albo nigrum, aequat quadrata rotundi*”).

Il superamento di una simile concezione, tuttavia, non significa ancora completo travolgimento del giudicato a tutto vantaggio di un processo penale fluido, che, in ragione di superiori istanze di giustizia e, soprattutto, di tutela dei diritti fondamentali dell’individuo, permanga costantemente ‘aperto’, permettendo la continua revisione

delle statuizioni *finali* (e, in tale contesto, non di certo definitive) raggiunte nel processo di cognizione.

Abbandonata una concezione prettamente formalistica - *blasonata* - dell'istituto, infatti, è fuor di dubbio che il giudicato permane purtuttavia in vita (ma, ovviamente, con altre vesti) e lo faccia, peraltro, a buon diritto.

Invero, dalla rassegna sopra esposta, pare possibile rilevare come dal nuovo sistema codicistico, prontamente intercettato dalla giurisprudenza, aggalli oggi un nuovo *significato* di giudicato, delimitato sempre in chiave *teleologica funzionalistica*, ma ora, a differenza del passato, relazionato a *telos* moderni, ancorati al dettato costituzionale.

In particolare, la funzione (della) *rei iudicatae*, appare oggi duplicemente articolata: in chiave soggettiva - di tutela *dal* diritto - , da una parte, in chiave oggettiva - di tutela *del* diritto, dall'altra parte.

(a) *La tutela soggettiva dal diritto (ne bis in idem soggettivo).*

Per quanto concerne il primo profilo, la giurisprudenza l'ha ampiamente valorizzato ogni qual volta - soprattutto dalla sentenza *Ercolano* in poi - si è trattato di legittimare l'intervento *post re iudicata* per allineare la condanna già divenuta definitiva alle sopravvenute pronunce di illegittimità costituzionale (o *tout court* o rispetto all'art. 117 Cost. in relazione alle disposizioni europee).

In tale prospettiva, infatti, si è affermata l'esigenza di superare, in virtù di tali declaratorie successive alla definizione del giudicato, l'immodificabilità della condanna definitiva rilevando come la preclusione imposta dal giudicato «deriva soprattutto dall'esigenza di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale e si esprime essenzialmente nel divieto di *bis in idem*, che assume nel vigente diritto processuale penale la portata e la valenza di principio generale» [sent. Gatto].

Proprio perché 'ridotto' alla sola funzione garantistica di *bis in idem*, il giudicato deve retrocedere a fronte dell'illegittimità sopravvenuta della sanzione o del precetto, non presentando alcun valore (o contro-interesse) in grado di giustificare, *rectius* controbilanciare, il sacrificio di quei principi e diritti di altissimo rango.

(b) *La tutela oggettiva del diritto (ne bis in idem oggettivo).*

Nelle ipotesi di illegittimità sopravvenuta, infatti, il giudicato ‘perde’ o comunque non assolve anche alla seconda funzione - individuata pur sempre dalla giurisprudenza e derivata dal sistema processuale - che, lo si è anticipato, si risolve in un tutela di tipo oggettivo, *del diritto*.

Invero - e lo si può ben apprezzare nelle ipotesi di illegalità *originaria* (ossia già sussistente al momento della condanna ma non rilevata con gli ordinari mezzi di impugnazione) - è possibile riconoscere un’ulteriore funzione garantita dal giudicato, tutelando l’istituto anche «la funzione vincolante, imperativa della pronuncia giurisdizionale sì da non ridurla “all’ufficio di dare meri pareri consultivi”»⁹².

In tal senso, si è rilevato come «La ragione e il fondamento di questa *autorità* [della cosa giudicata] si confondono con la ragione e il fondamento del potere giudiziario» tale per cui «è necessario [...] che le decisioni, che esso emette in definitivo, abbiano forza esecutiva, ed efficacia d’impedire che si riproponga una medesima questione già risolta, altrimenti un tal potere si convertirebbe in un corpo consultivo, e non avrebbe strettamente ragione di essere»⁹³.

Il giudicato, dunque, pare operare necessariamente anche in senso ‘oggettivo’, tutelando la funzione vincolante della pronuncia giurisdizionale (se si vuole, assicurando un *ne bis in idem oggettivo*): in tale ‘veste’, l’istituto si pone ad argine invalicabile rispetto alle *questioni già discusse*, poste a tema del giudizio, oggetto di dialettica delle parti e su cui infine il medesimo giudice della cognizione ha preso posizione. In tali ipotesi, la discussione può proseguire unicamente entro gli sviluppi fisiologici del processo di cognizione, non potendo riproporsi (*ad infinitum*) in esecuzione. «E’ chiaro infatti che, sulla base degli stessi elementi che furono oggetto di un precedente giudizio, il riesame di una causa definitiva col giudicato significherebbe lo scardinamento della funzione giurisdizionale»⁹⁴.

Per i medesimi motivi, di contro, la riproposizione della medesima questione dopo la conclusione del giudizio appare possibile qualora vengano in considerazione ‘nuovi’ elementi di diritto: ‘nuovi’ o perché in precedenza non esaminati o perché *sopraggiunti*

⁹² G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, p. 177.

⁹³ P. TUOZZI, *L’autorità della cosa giudicata nel civile e nel penale*, Torino, 1900, p. 7. L’A. pare riferirsi in verità ai soli elementi di fatto; riteniamo tuttavia che la proposizione rimanga valida anche laddove riferita agli elementi di diritto.

⁹⁴ G. LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., 1956, p. 177.

alla sentenza definitiva. In tale ipotesi, infatti, poiché l'eventuale riapertura del procedimento non attenta in alcun modo alla funzione vincolante della giurisdizione, il limite del giudicato, privato di qualsivoglia legittima giustificazione, deve arretrare e permettere l'esame dei *nova iuris*.

Una precisazione.

La funzione di tutela di *ne bis in idem*, tanto in senso oggettivo, quanto in senso soggettivo, corrisponde alla funzione 'forte' del giudicato, nel senso che, allorquando l'istituto serva tali garanzie, esso non può essere legittimamente rimosso (peraltro si ricordi che, come detto, in caso di elemento sopravvenuto, la funzione di *ne bis in idem* oggettivo non viene posta in crisi).

Al di là di tale funzione 'forte', tuttavia, l'istituto assicura evidentemente anche interessi di portata pratica dell'ordinamento, quali la tenuta del sistema giustizia (e quindi il *non eccessivo affaticamento* dei tribunali) e l'accuratezza del fatto. Tale garanzia corrisponde alla funzione 'debole' del giudicato che, a differenza della prima, non è in grado di fondare da sola l'irretrattabilità del *decisum*, ma agisce in funzione dosimetrica sulla possibilità di rivedere il giudicato, allorquando questa sia permessa dall'assenza della funzione 'forte'.

In altri termini: se il giudicato può essere superato nei casi in cui non serva a tutelare il *ne bis in idem* soggettivo e oggettivo, l'ampiezza della possibilità di incidere sulla sentenza definitiva è accordata anche in considerazione di quegli interessi pratici di cui sopra; sicché la possibilità di rimediare alla condanna definitiva ingiusta risulta sempre da un bilanciamento di contrapposti interessi.

3.1. Conclusioni provvisorie in punto di decisione successiva più favorevole e giudicato.

Ricostruiti nei termini menzionati il valore e la funzione del giudicato in materia penale, pare doveroso, a questo punto, tornare al quesito di partenza, concernente la possibilità (o meno) di *rivedere* (da leggersi in senso a-tecnico, ovvero senza rimando alcuno all'istituto processuale della revisione) una condanna definitiva per un fatto che secondo la legge del tempo - per come in seguito 'rettamente' intesa e costantemente interpretata - non costituiva reato ovvero era punibile meno severamente.

Rispetto a tale problematica, occorre anzitutto rilevare come *tendenzialmente* la funzione oggettiva del giudicato - di tutela *del* diritto - osti alla modificazione del *dictum* definitivo ogni qual volta la questione di diritto determinante per la modifica *post rem iudicatam* sia sta già discussa nel precedente processo: poiché non è possibile ridurre il compito del giudice all'ufficio di dare meri pareri consultivi, la questione decisa in via definitiva deve cristallizzarsi in un *dictum* irrefrangibile; sempre che non sopravvenga un *quid novi* che in quanto tale - e, in particolare, in quanto non soppesato nel precedente giudizio - legittimi il ritorno sulla medesima *queastio*.

Date queste premesse, dunque, sembra possibile prospettare, in via di prima approssimazione, la possibilità di superare il giudicato e rivedere la condanna definitiva allorquando si consolidi un indirizzo interpretativo più favorevole proprio valorizzando tale nuovo orientamento alla stregua di un *quid novi*, che in quanto tale parrebbe in grado di legittimare l'incisione sul *dictum* definitivo.

In tale caso, infatti, l'esecuzione della pena (illegale) non potrebbe essere giustificata né dalla funzione di *ne bis in idem* soggettivo - che ostacola la riapertura del procedimento in *malam partem* - né da quella di *ne bis in idem* oggettivo - che osta alla riconsiderazione della *medesima quaestio* di diritto (medesimadezza che in caso di nuovo orientamento interpretativo dovrebbe ritenersi assente).

Quanto agli interessi di natura pratica, che evidentemente ancora residuano, può prospettarsi la possibilità di applicare anche in tale ipotesi quei limiti già individuati dal legislatore per la revisione della condanna ingiusta, riflettendosi in tali condizioni il bilanciamento di interessi operato tra giudicato (nella sola funzione 'debole' di tutela di interessi pratici) e correzione della sentenza ingiusta [su cui oltre § V, 3.1.3.].

Tale conclusione è, allo stato, soltanto provvisoria e sulla stessa ci si propone di tornare più avanti, esperito uno studio di tipo comparatistico con gli ordinamenti di *common law* e con l'ordinamento statunitense in particolare.

Dalla comparazione e dal raffronto con ordinamenti altri, infatti, ci si aspetta di raccogliere importanti stimoli che possano rafforzare o sconfiggere le conclusioni provvisorie sin'ora raggiunte.

Capitolo IV -

*La retroattività della decisione più favorevole e il limite del giudicato nell'ordinamento di common law: gli Stati Uniti d'America.**

Sezione I - Un'introduzione: l'habeas corpus writ.

SOMMARIO: 0. L'indagine di tipo comparatistico: motivi e articolazione. - 1. Il diritto di *habeas corpus*. Nozione, origine storica e disciplina. - 2. Definizione e collocazione sistematica dell'*habeas corpus*. - 2.1. La natura dell'*habeas corpus*: un rimedio civile atto a garantire la libertà del condannato. - 3. Origine ed evoluzione storica del Grande Diritto di Libertà. - 3.1. La fase storica delle origini. Agli albori del diritto punitivo pubblico: la funzione *punitiva* del comando di *habeas corpus*. - 3.2. La fase storica dell'evoluzione. La lotta al potere esecutivo: il diritto di sindacare la legittimità dell'incarcerazione. - 3.3. La fase storica dell'assestamento *L'habeas corpus act*: l'affermazione del diritto di libertà. - 4. Fonti dell'*habeas corpus*: la c.d. *Suspension Clause* e la disciplina di legge. - 5. La disciplina: i requisiti procedurali. - 5.1. Il pre-requisito della custodia. - 5.2. Il tipo di *claim*: la violazione di una legge federale. - 5.3. Il precedente giudizio: *claims foreclosed by state procedural defaults*. - 5.4. Il tempo della *petition*: la richiesta prematura, tardiva o susseguente. - 6. La disciplina: il diritto applicabile in *executivis*. - 6.1. L'evoluzione della disciplina in punto di retroattività *costituzionale*: coordinate essenziali. - 6.2. Primo periodo. La Corte Warren e l'*habeas corpus*: l'implementazione dei diritti costituzionali. - 6.2.1. La regola della retroattività secondo la Corte Warren: la disciplina fluida. - 6.3. Il secondo periodo. La Corte Rehnquist e l'*habeas corpus*: una brusca frenata nell'evoluzione dei diritti fondamentali. - 6.3.1. La regola della retroattività secondo la Corte Rehnquist: la disciplina rigida. - 6.3.1.1. Il concetto di *new rule*.

0. L'indagine di tipo comparatistico: motivi e articolazione.

Delineate le coordinate essenziali della problematica concernente la retroattività della decisione più favorevole nel nostro ordinamento, pare opportuno ora - se non proprio *necessario* - ampliare l'orizzonte della ricerca esaminando la tematica oggetto di studio anche in un'ottica di tipo *comparato*.

*Il presente capitolo è frutto di una ricerca di tipo comparatistico condotta presso la Maurer School of Law dell'Indiana University nell'estate del 2018. Durante il soggiorno studi, ho avuto il piacere di presentare e discutere la presente tematica anche al Bradley-Wolter Colloquium, tenutosi presso l'Indiana University nei giorni 16, 17 e 18 agosto 2018.

Per i preziosi consigli, l'infinita disponibilità e i continui confronti, i miei più sentiti ringraziamenti sono rivolti ai proff. Joseph L. Hoffmann e Ryan Scott, senza i quali non avrei potuto muovere un solo passo nel difficile campo della comparazione.

L'indagine comparatistica, infatti, può apportare nuovi stimoli alla ricerca sin'ora condotta, specialmente laddove si consideri un ordinamento totalmente 'altro' da quello fin qui esaminato, vuoi per le caratteristiche 'genetiche' del nuovo sistema da analizzare - così, ad esempio, quando si indaghi un ordinamento di *common law* -, vuoi per le soluzioni adottate rispetto alla specifica tematica oggetto di studio - soluzioni 'opposte' o per lo meno differenti da quelle elaborate internamente.

Per tali ragioni, pertanto, si è ritenuto opportuno ampliare lo spettro della ricerca esaminando la regolazione degli effetti temporali della decisione più favorevole anche negli Stati Uniti d'America.

Tale ordinamento, nell'ottica adottata, appare particolarmente 'allettante' se si consideri che:

(a) anzitutto, trattandosi di un paese di *common law*, giuristi e studiosi sono più 'adusi' - rispetto ai colleghi di *civil law* - a maneggiare il 'prodotto giurisprudenziale' (*i.e.* il precedente vincolante); in un sistema siffatto, pertanto, non può che risultare interessante verificare se la problematica concernente la decisione più favorevole venga affrontata come tale - ossia indistintamente per tutte le sentenze successive al giudicato - ovvero distinguendosi tra differenti 'tipi' di pronuncia favorevole - tipi che eventualmente potranno trasportarsi, per valutarne la reattività, anche nel nostro ordinamento;

b) secondariamente nell'ordinamento statunitense è presente una situazione valoriale - dei valori che vengono in gioco allorquando si consideri la tematica oggetto di studio - particolarmente singolare.

Da una parte, infatti, non solo non assume alcun valore - per lo meno a livello costituzionale - il principio della *lex mitior*, ma altresì si arricchisce di significato e pregnanza l'avverso interesse del *finality*, il quale garantisce in tale sistema differenti valori, precisi e consistenti (ad esempio l'efficienza del sistema, i costi del nuovo giudizio, ecc.)¹, che prendono il posto della generica - e altresì 'volatile' - "certezza del diritto".

Nonostante tali interessi dovrebbero condurre a una vigorosa - se non *vigorosissima* - protezione delle situazioni definitive, il sistema statunitense conosce tuttavia uno

¹ Cfr. *infra* spec. sezione II, § 3.1.2.

straordinario strumento processuale che risulta capace di travolgere il giudicato in diverse (ed invero cospicue) situazioni predeterminate, per ciò stesso definito il “*Great Writ of Liberty*”: si tratta del ricorso in *habeas corpus*.

La concomitanza di tali opposte situazioni valoriali (che rimandando essenzialmente alla contrapposizione tra *finality* e *liberty*) - tanto caratterizzate e ‘preganti’ di significato - rende particolarmente interessante verificare come reagisce l’ordinamento in parola allorché si tratti di considerare se è possibile rivedere una condanna definitiva in virtù di una nuova interpretazione giurisprudenziale, secondo la quale la condotta sanzionata dovrebbe ritenersi lecita ovvero punita meno severamente.

Queste essendo le ragioni dell’ampliamento dell’indagine anche al sistema statunitense, tale studio si articolerà essenzialmente in tre momenti distinti:

- (i) *in primis* fornendo alcune nozioni concernenti il diritto di *habeas corpus*: poiché la problematica oggetto d’esame viene in considerazione all’interno di tale procedimento, le soluzioni ivi adottate risentono anche dei limiti processuali propri di tale giudizio; limiti che dunque appare indispensabile conoscere, per quanto negli stretti margini in ciò sia funzionale alla comprensione della problematica oggetto d’indagine;
- (b) secondariamente, esaminando le soluzioni adottate - in via prettamente giurisprudenziale - rispetto alla retroattività della decisione più favorevole oltre il giudicato, e precipuamente analizzando i principali *case law* che hanno affrontato e variamente risolto la problematica indagata;
- (c) infine, operando talune valutazioni conclusive di sistema, in particolare considerando le soluzioni adottate dalla giurisprudenza in un contesto più ampio, che tenga altresì conto del ruolo dei giudici nel sistema americano, del valore ivi assegnato all’interesse della *finality*, dei principi costituzionali rilevanti rispetto questione esaminata.

1. Il diritto di *habeas corpus*. Nozione, origine storica e disciplina.

Poiché dunque la problematica concernente gli effetti temporali dell’interpretazione giurisprudenziale (oltre il giudicato) si colloca tra le questioni conoscibili *in executivis*

attraverso il rimedio di *habeas corpus*, le soluzioni adottate rispetto a tale questione risentono fortemente dei limiti procedurali caratterizzanti lo stesso ricorso straordinario. Per questo motivo, appare indispensabile principiare l'analisi fornendo talune nozioni concernenti proprio il “*Great Writ of Liberty*” e, in particolare, considerando:

- (a) la definizione, la collocazione sistematica e la natura,
- (b) l'origine e l'evoluzione storica,
- (c) le fonti normative e la disciplina.

2. Definizione e collocazione sistematica dell'*habeas corpus*.

Principiando anzitutto dalla definizione e dalla collocazione sistematica, occorre considerare che il diritto di *habeas corpus* individua un mezzo di impugnazione straordinaria (ma anche *il mezzo* di impugnazione straordinaria per eccellenza) di una condanna definitiva.

Sistematicamente, dunque, l'*habeas corpus writ* si colloca tra i c.d. *collateral remedies* - denominati altresì “*collateral reviews*” o “*collateral attack*”² -, definendosi tali tutti i rimedi esperibili una volta che la sentenza sia passata in giudicato³.

Più nel dettaglio, è possibile distinguere tre tipi di *habeas corpus*:

- (i) il *federal habeas corpus proceeding*,
- (ii) lo *state habeas corpus proceeding*,
- (iii) la *Section 2255 proceeding*.

I primi due procedimenti (gli *habeas corpus proceedings*) servono a impugnare una condanna pronunciata a livello *statale*: il primo (il *federal habeas corpus proceeding*) deferisce il giudizio a una corte diversa - appunto, dalla denominazione, quella *federale*

² Per una inquadratura generale dei rimedi straordinari disponibili nell'ordinamento statunitense v. W. R. LAFAVE - J.H. ISRAEL - N.J. KING - O.S. KERR, *Criminal procedure*, Thomson Reuters, 4 ed., 2015, vol. VII, p. 173 ss; R.J. ALLEN - W.J. STUNTZ - J.L. HOFFMANN - D.A. LIVINGSTON - A.D. LEIPOLD, *Comprehensive Criminal Procedure*, 3 ed., New York, 2011, p. 1580 ss.; L. W. YACKLE, *Postconviction Remedies*, San Francisco, California, 1981, p. 1 ss.

³ Si tratta cioè dei rimedi che “*provide an avenue for upsetting judgments that have become otherwise final*” [Mackey v. United States, 401 U.S. 667 (1971)].

Similmente a quanto avviene nel nostro ordinamento, peraltro, anche negli Stati Uniti d'America si ritiene che la decisione divenga *definitiva* - e come tale soggetta soltanto ai rimedi *straordinari* - allorché siano già stati esperiti o non sia più esperibili i mezzi di impugnazione *ordinaria* (*appeals*). Per tale ragione i *collateral remedies* vengono altresì definiti frequentemente “*post-appeal challenges*”.

-, il secondo, viceversa, (lo *state habeas corpus proceeding*) investe della relativa giurisdizione ancora una volta il giudice *statale*⁴.

Da tali mezzi impugnatori - che comunque prendono il nome di *habeas corpus* - si distingue il terzo tipo di giudizio (la *Section 2255 proceeding*), essendo quest'ultimo funzionale a impugnare, a differenza dei precedenti, non più una condanna *statale*, bensì una sentenza pronunciata a livello *federale* - ovviamente instaurando il relativo procedimento avanti, sempre, una corte *federale*.

Operate tali distinzioni, occorre precisare che, per quanto riguarda la trattazione che segue in punto di natura, evoluzione storica e disciplina, si farà esclusivamente riferimento al primo dei tre *collateral attacks*, ossia all'*habeas corpus federale*; la disciplina di tale rimedio, infatti, funge da 'stampo' per la regolamentazione delle altre impugnazioni, che a questa largamente (quasi esclusivamente) si rifanno⁵. Per tale motivo, si ritiene sufficiente limitare solo a questo tipo di *remedy* la prima parte dell'analisi (ossia queste brevi nozioni preliminari relative al procedimento di *habeas corpus*).

Per quanto concerne la seconda sezione - dedicata specificatamente all'esame della regolamentazione degli effetti temporali della decisione giudiziale negli Stati Uniti - si considereranno invece sia l'*habeas corpus federale* sia la *Section 2255 proceeding*; in generale, dunque, si guarderà precipuamente alla disciplina adottata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, investita del ricorso straordinario vuoi per una condanna pronunciata a livello statale (*federal habeas corpus proceeding*), vuoi per una sentenza adottata a livello federale (*Section 2255 proceeding*).

⁴ Gli *state postconviction review*, anche deonominati *state habeas corpus*, furono introdotti prevalentemente nella seconda metà del secolo scorso, principalmente per ridurre i ricorsi avanti alle corti federali (risolvendo già a livello statale le questioni concernenti la Costituzione degli Stati Uniti), nonché per meglio definire i profili di fatto della causa prima del ricorso avanti le corti fattuali; v. R.J. ALLEN - W.J. STUNTZ - J.L. HOFFMANN - D.A. LIVINGSTON - A.D. LEIPOLD, *Comprehensive Criminal Procedure*, cit.

Per un breve inquadramento degli *state collateral review* (che tuttavia rimangono disciplinati in maniera autonoma da ogni singolo stato) v. B.R. MEANS, *Postconviction Remedies*, Eagan, Minnesota, 2017, p. 1 ss.

⁵ Nonostante esistano delle differenze tecniche tra il "*writ practice*" (ossia la procedura applicabile ai ricorsi presentati dagli *state prisoners*) e la "*motion practice*" (viceversa, la procedura dedicata ai *federal prisoners*), in generale le regole che governano il processo e i principi ivi operanti sono i medesimi: J.R. POTUTO, *Prisoner Collateral Attacks*, cit., p. 3.

L'indagine, pertanto, non riguarderà i procedimenti di *habeas corpus statali* (instaurati contro una condanna statale avanti un giudice statale): sia perché una ricerca estesa a tutti e cinquanta gli Stati Uniti apparirebbe fuori misura rispetto agli scopi dell'indagine, nonché fuori portata per un singolo studioso; sia perché tali decisioni appaiono vincolanti soltanto a livello intra-statale, ragion per cui si ritiene opportuno concentrare lo studio alle sole pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, le quali, di converso, hanno effetto su tutto il territorio e per tutti i giudici statunitensi.

2.1. La natura dell'*habeas corpus*: un rimedio civile atto a garantire la libertà del condannato.

Terminate queste premesse, occorre inoltre considerare - per completezza espositiva - la *natura* del procedimento di *habeas corpus*, precisandosi che il “*Great Writ*” di liberà si considera tradizionalmente come un rimedio non di tipo penale, bensì precipuamente *civile*. Per costante giurisprudenza, infatti, nonostante l'*habeas corpus* si innesti sul requisito squisitamente (meglio, *per eccellenza*) penale della *custodia* del soggetto richiedente⁶, esso individua un rimedio di natura civile⁷, sostanziandosi precipuamente in un'azione (civile) *indipendente* dal precedente processo penale⁸.

Tale natura, peraltro, sarebbe inequivocabilmente dettata dalla volontà legislativa, prevedendosi espressamente l'applicazione al procedimento di *habeas corpus* (in via residuale) delle *Federal Rules of Civil Procedure*⁹. Ciò, inoltre, comporterebbe non

⁶ In verità si noti che l'*habeas corpus* esige che sia in costanza di custodia del soggetto condannato con la sentenza di cui si chiede la revisione; la richiesta stessa infatti può anche essere presentata da una terza persona per conto del condannato: cfr. 28 U.S. Code § 2242 (Application) per cui “*Application for a writ of habeas corpus shall be in writing signed and verified by the person for whose relief it is intended or by someone acting in his behalf.*”

⁷ *Ex multis*, *O'Neal v. McAninch*, 513 U.S. 432, 440 (1995) “*habeas corpus, technically speaking, is a civil proceeding*”; *Keeney v. Tamayo-Reyes*, 504 U.S. 1 (1992); *Murray v. Giarratano* 492 U.S. 1, 8 (1989); *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288, 308 (1989). L'*habeas corpus* sarebbe dunque nella sua natura un procedimento civile, piuttosto che penale, sebbene richiesto da (o nel nome di) una persona accusata o condannata per un crimine. Il procedimento, infatti, riguarderebbe soltanto il diritto alla libertà e non il particolare fatto per cui il soggetto è stato ristretto nella sua libertà. Rispetto alla natura dell'*habeas corpus* v. criticamente J.S. LIEBMAN- R. HERTZ, *Federal Habeas Corpus Practice and Procedure*, cit., vol. II, p. 7 ss., spec. p. 10 nt. 6.

⁸ Cfr. R.A. ANDERSON, *Wharton's Criminal Law and Procedure*, New York, 1957, vol. V, p. 446 s.

⁹ Cfr. la *Rule 11* delle *Rules Governing §2254 Cases*, per cui “*Federal Rule of Appellate Procedure 4(a) governs the time to appeal an order entered under these rules*”. V. *ex multis* *Calderon v. Ashmus*, 118 S. Ct. 1694, 1700 (1998) (“*Federal Rule of Civil Procedure 15's liberal standard for amendment applies to [most] habeas petitions*”); *McFarland v. Scott*, 512 U.S. 849, 866 n.2. (1994) (“*The Federal Rules of*

soltanto l'adozione in tale processo delle regole procedurali civili, ma altresì l'applicazione degli standard propri dell'ambito civile, evidentemente più elastici e meno garantistici dei criteri penalistici¹⁰.

3. Origine ed evoluzione storica del Grande Diritto di Libertà.

Venendo ora all'analisi dell'origine e dell'evoluzione storica dell'*habeas corpus*, occorre premettere che esse paiono particolarmente rilevanti anzitutto per comprendere il profondo significato di cui ancora oggi pare investito tale rimedio straordinario.¹¹

La storia dell'*habeas corpus*, infatti, ben illustra i motivi (remoti) per cui tale *collateral attack* negli Stati Uniti risulta tuttora *percepito* non tanto come un 'mero' strumento di natura procedurale (si pensi alla nostra revisione o al nostro incidente d'esecuzione), quanto piuttosto alla stregua di un vero e proprio *diritto*: il "*Great Writ of Liberty*"¹².

Civil Procedure apply in the context of habeas suits to the extent that they are not inconsistent with the Habeas Corpus Rules").

¹⁰ Proprio con riguardo a tale aspetto non sono mancate voci discordanti che hanno sottolineato il paradosso di applicare standard civili a questioni eminentemente penali. In questo senso v. in particolare *O'Neal v. McAninch*, cit., 513 U.S. 440, in cui è stato riconosciuto come l'applicazione dello standard civile della dottrina dell'*harmless error* nel procedimento di *habeas corpus* debba ritenersi del tutto inappropriato trattandosi di rivedere un procedimento penale: "*One problem with this argument [that, as a civil remedy, habeas corpus should automatically use civil, not criminal procedure] lies in its failure to take into account the stakes involved in a habeas proceeding. Unlike the civil cases cited by the State, the errors being considered by a habeas court occurred in a criminal proceeding, and therefore, although habeas is a civil proceeding, someone's custody, rather than mere civil liability, is at stake*".

¹¹ In genere sull'origine e l'evoluzione storica dell'istituto v. W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, II ed., London, 1938, p. 108 ss.; W. CHURCH, *A Treatise on The Writ of Habeas Corpus*, II ed., San Francisco, 1893, p. 3 ss.; D. MEADOR, *Habeas Corpus and Magna Carta*, 1966; F. DUKER, *The Origins of the Writ of Habeas Corpus. A peculiar Path to Fame*, 53 N.Y.U.L. Rev 983 (1978); J.J. WERT, *Habeas Corpus in America. The Politics of Individual Rights*, Kansas, 2011; R. WALKER, *The Constitutional and Legal Development of Habeas Corpus as the Writ of Liberty*, Oklahoma, 1960; N. D. MCFEELEY, *The Historical Development of Habeas Corpus*, in *Sw L.J.*, 1976, vol. 30, p. 585 ss..

¹² "*Along the way the writ, itself merely procedural device for presenting issues for consideration, has made substantive law on both sides of the Atlantic*", L.W. Yackle, *Postconviction Remedies*, cit., p. 7.

E inoltre "*The protection which the judiciary wields through the writ of habeas corpus is primarily a protection against the executive power of the state, pre-eminent in Medieval times, paramount in our own. This is to say that a completely effective habeas corpus presumes a completely independent judiciary operating within the context of a constitutional or limited state. And to state this is to appreciate that the development of habeas corpus is part and parcel of the progress of constitutionalism in the Anglo-American tradition*" R. WALKER, *The Constitutional and Legal Development of Habeas Corpus as the Writ of Liberty*, cit., p. 6.

Per tali motivi: "*Tracing the early history of habeas corpus is, to a great extent, tracing the development of the right of personal liberty in Great Britain after the signing of the Magna Carta*", N. D. MCFEELEY, *The Historical Development of Habeas Corpus*, cit., 1976, p. 585.

L'origine e l'evoluzione dell'*haebas corpus*, inoltre, riescono a dar conto non solo di tale aspetto *tipico* del rimedio (il suo profondo valore nell'ordinamento statunitense), bensì anche, in qualche misura, dell'aspetto *critico* di tale diritto, da sempre in tensione tra pretese garantistiche *pro reo* e *pro liberatam* da un lato, ed esigenze efficientistiche - di sistema - *contra reum* e *contra libertatem* dall'altro.

Questa particolare tensione - di cui si darà specialmente conto esaminando la storia più moderna dell'*habeas corpus* (cfr. *infra* §§ 6.1. ss.). - pare invero preconizzata in qualche modo dalla genesi stessa dell'istituto, il quale, concepito in origine quale strumento eminentemente punitivo - impiegato esclusivamente per assicurare la somministrazione della pena - si è di converso sviluppato in chiave garantista, all'opposto, per *avversare* l'esecuzione della sanzione penale e, prima ancora, la sua legittimità.

3.1. La fase storica delle origini. Agli albori del diritto punitivo pubblico: la funzione punitiva del comando di *habeas corpus*.

Quanto alle origini, anzitutto, l'*habeas corpus* nasce essenzialmente come un comando indirizzato alla persona accusata di un reato (e successivamente a colui che ne era responsabile della custodia dopo l'arresto) perché questa compaia avanti l'autorità giudicante.

Per questo motivo, si è detto che nella prima fase della sua evoluzione l'istituto appare investito di una funzione esclusivamente *punitiva* (in senso lato), servendo il solo scopo di assicurare la presenza del reo avanti il giudice competente per garantire l'esecuzione della sanzione penale sulla sua persona.

Più nel dettaglio, l'origine storica dell'*habeas corpus* pare addirittura collocarsi agli albori della stessa giustizia penale in Inghilterra, allorquando la punizione del colpevole si emancipò dal sistema vendicativo privato - il c.d. *blood-feud* -, fondato sulla vendetta di sangue¹³, divenendo gradualmente prerogativa esclusiva del potere pubblico.¹⁴

Il neo-sistema pubblicistico, infatti, assunse inizialmente i connotati di un modello punitivo spiccatamente di tipo compensatorio-retributivo, prevedendo, in luogo della

¹³; P. VINOGRADOFF, *Outlines of Historical Jurisprudence*, New York, 1920, vol. 1, 320, nonché G.E. HOWARD, *Development of the King's Peace, and the English Local Peace-Magistracy*, 1 Neb. U. Stud., 1890, p. 235.

¹⁴ W.F. DUKER, *A constitutional History of Habeas Corpus*, cit., p. 13.

vendetta privata, la corresponsione da parte del reo di una somma di denaro - il prezzo, c.d. *wergeld* - per la sua vita o, a seconda, le sue parti del corpo.

Poiché tale sistema si fondava evidentemente sulla *persona* del reo (sulla punizione corporale del colpevole in luogo della quale era concesso un pagamento), per garantirne il corretto funzionamento, appariva imprescindibile assicurare la presenza del colpevole medesimo avanti il neo corpo giudicante¹⁵. Dunque, probabilmente in tale contesto, e per la prima volta, venne adottato a tal scopo un comando primitivo di *habeas corpus*, letteralmente: “che tu abbia il corpo”.

Secondo quanto ricostruito dai storici anglosassoni, tale arcaico ordine indirizzato al reo venne in seguito ripreso e implementato nel sistema giudiziario istituito dai normanni una volta approdati in Inghilterra.

Per la prima volta, invero, i normanni stabilirono sull'isola un sistema centralizzato di amministrazione della giustizia, affiancando alle già esistenti (e frammentate) corti locali, i Consigli del Re (c.d. *Curia Regis*) e le Corti itineranti (c.d. *Missi*).¹⁶

Di nuovo - come nel passaggio dalla giustizia privata a quella pubblica - per garantire la tenuta del nuovo apparato di giustizia apparì fondamentale assicurare la presenza del persona del reo avanti alle nuove corti, sì da garantire che esse fossero poste effettivamente in grado di giudicare il colpevole e dispensare la giustizia del Re.

A tale scopo - si badi, il medesimo di quello delle ‘origini’ più antiche, ossia quello di garantire il funzionamento del sistema giudiziario - venne allora impiegato l'arcaico comando di *habeas corpus*. L'ordine (c.d. *breve*), tuttavia, promanava ora dal Re e, indirizzandosi alla persona dello sceriffo presso la contea in cui aveva dimora il reo, comandava a costui di condurre l'imputato avanti la corte del re, nel luogo e nell'ora indicati.¹⁷

¹⁵ *Ibidem*, p. 14: se un individuo non si presentava davanti alla corte per tre volte, doveva pagare una multa per l'omessa comparizione; se continuava a non presentarsi e a non pagare la multa era possibile procedere al pignoramento dei suoi beni e “*place him in borh*”.

¹⁶ W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, cit., p. 3 ss.

¹⁷ Se inizialmente l'*habeas corpus* si sviluppa come un ordine diretto a garantire l'autorità della corte reale, nel XIII secolo, per la prima volta esso viene ad affiancarsi con una procedura in senso lato impugnatoria, richiesta dal singolo far valere l'ingiustizia della sua detenzione.

Nel tredicesimo secolo, infatti, per la prima volta un individuo imprigionato dallo sceriffo si rivolse alla *Court of Chancery* allegando che il querelante dovesse rilasciarlo. La Corte accolse la richiesta comandando allo sceriffo di portarlo davanti a sé un determinato giorno in un determinata ora “if he [the defendant] be detained for tha reason and no other”.

Lo scopo del writ diretto allo sceriffo era simile all'antico writ di *habeas corpus ad responendum*, ma vi erano tuttavia due differenze fondamentali: anzitutto, in questo caso era stato richiesto-sollecitato dal reo

In questa prima fase storica, 'delle origini', pertanto, l'ordine di *habeas corpus* risultava evidentemente:

- (a) anzitutto connotato in termini *lato sensu punitivi*, perché diretto ad assicurare la presenza dell'imputato avanti il corpo giudicante e, dunque, l'inflizione della pena sulla sua persona;
- (b) più in generale, funzionale altresì a garantire la tenuta stessa del neo sistema di giustizia – dapprima quello pubblico in luogo del privato e successivamente quello normanno accentrato in luogo di quello anglosassone frammentato.

3.2. La fase storica dell'evoluzione. La lotta al potere esecutivo: il diritto di sindacare la legittimità dell'incarcerazione.

La seconda fase – quella dell'evoluzione e della torsione in senso garantistico dell'istituto – prende abbrivio nel diciassettesimo secolo, allorquando l'*habeas corpus* divenne uno strumento a tutela della libertà individuale contro gli abusi - *sub specie* di gli imprigionamenti arbitrari – della Corona.¹⁸

Gradualmente nell'evoluzione del diritto, infatti, le corti inglesi iniziarono a comandare di 'avere il corpo del prigioniero' non più per dispensare giustizia ma, al contrario, per ordinarne il rilascio del reo nei casi in cui l'incarcerazione fosse stata ordinata *in the absence of cause shown* da parte di un membro del *Privy Council*.

Inizialmente, invero, tale verifica risultava circoscritta alle sole ipotesi in cui l'ordine di *custody* fosse stato comandato soltanto da un singolo membro del Consiglio e non dal *Privy Council* medesimo. Poiché, infatti, si riteneva che la giustizia stessa (e il medesimo potere giurisdizionale) promanasse dalla persona del Re, qualora l'incarcerazione fosse stata ordinata dal Consiglio Reale tutto o dal Re medesimo, si riteneva che la *cause* dell'arresto non dovesse necessariamente essere dichiarata,

stesso e non dalla Corte e, secondariamente, era implicito nel comando della corte che ella avrebbe inteso indagare la causa della prigionia.

La corte in questo modo esercitò di fatto il diritto di indagare sulla natura di una incarcerazione e, evidentemente, a seconda di quello che avrebbe rilevato, avrebbe altresì adottato tutti i provvedimenti secondo giustizia.

Tale *writ* di *habeas corpus cum causa* rappresentò dunque inizialmente l'unione di due diritti preesistenti (l'*habeas corpus* e il diritto di questionare la causa di una prigionia). V. W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, cit., p. 109.

¹⁸ W.F. DUKER, *A constitutional History of Habeas Corpus*, Westport, cit., p. 40.

dovendosi presumere che essa inerisse alle questioni di Stato e, come tale, che non fosse ostensibile pubblicamente.

Nonostante tali restrizioni, tuttavia, è in questo periodo che l'istituto iniziò a essere impiegato *contro* il potere esecutivo, avvertendosi, contestualmente, tra i giuristi dell'epoca l'esigenza - divenuta in seguito *urgenza* - di disporre di un mezzo giurisdizionale che servisse a tutelare effettivamente le proprie libertà individuali.

Risale ai medesimi anni, difatti, un caso assai noto alle cronache del tempo - il c.d. *Darnel's Case* - in cui gli imputati richiesero energicamente alla corte inglese di impiegare l'*habeas corpus* per verificare e sindacare la legalità della prigionia *in ogni caso*, ovvero a prescindere dall'autorità che avesse comandato l'ordine d'arresto.

Gli imputati, peraltro, sostennero che una tale applicazione del *writ* derivasse direttamente dalle disposizioni della Magna Charta e, in particolare, dalla c.d. "*law of the land*" (più tardi denominata '*due process clause*').¹⁹

3.3. La fase storica dell'assestamento L'*habeas corpus act*: l'affermazione del diritto di libertà.

Pochi anni dopo - in quella che si potrebbe definire la fase di 'assestamento' -, il neo-costituito Parlamento²⁰, rifacendosi esattamente alle argomentazioni già spese dagli imputati nel caso *Darnel*, adottò tre risoluzioni volte a garantire la libertà individuale dall'arbitrio del potere esecutivo.²¹

Attraverso tali atti, in particolare, il Parlamentò statui che: nessun uomo dovesse essere imprigionato *in the absence of cause shown*; che fosse doveroso garantire il diritto di *habeas corpus* per domandare la ragione a fondamento dell'arresto; infine che, qualora il *writ* fosse stato restituito alla Corte senza allegare una causa, l'individuo imprigionato (per comando del Re o del *Privy Council*) doveva essere rilasciato.

¹⁹ Anche *legem terrae*. V. W. CHURCH, *A Treatise on The Writ of Habeas Corpus*, cit., p. 111 ss.

²⁰ Pochi anni dopo il *Darnel's Case*, infatti, la situazione finanziaria aggravata della Corona, condusse il Re a costituire il Parlamento, il quale, fin da subito si fece portavoce dei risentimenti da tempo covati nei confronti del potere reale.

²¹ Come è stato efficacemente affermato "*By the late 160s, the conflict that had been brewing for a generation between the legislative and executive branches was responsible for effectuating the advancement of the writ of habeas corpus.*". W.F. DUKER, *A constitutional History of Habeas Corpus*, cit., p. 44.

Il Parlamento, adottando di fatto le medesime argomentazioni in precedenza spese nel caso *Darnel*, giustificò le tre risoluzioni sostenendo che il diritto di *habeas corpus* derivasse direttamente dalle disposizioni della *Magna Charta*; tuttavia, non accontentandosi di una mera riaffermazione di quei principi da parte del Re, pretese invece dalla Corona una formale *Petition of Right*: tale *Petition*, di fatto, abolì per la prima volta il regio potere di arrestare e mantenere in restrizione della libertà personale un individuo *in absence of cause shown*.

Negli anni successivi, inoltre, a cagione dei continui abusi perpetratisi nella prassi inglese²², il diritto di *habeas corpus* venne ribadito in due atti di fondamentale importanza: attraverso primo, risalente al 1641 il Parlamento, abolendo contemporaneamente la *Court of Star Chamber* (cui nel frattempo era stato riconosciuto il privilegio di non dover ostentare la causa degli arresti dalla medesima comandati), garantì a tutti gli individui in vincoli il diritto di accedere “*without Delay*” al *King's Bench* o al *Common Pleas*; attraverso il secondo (l'*Habeas Corpus Act* del 1679), invece, il Parlamento riaffermò ancora una volta la vigenza del diritto dopo la Rivoluzione inglese; l'atto “*with the exception of Magna Charta, is probably the most famous statute in the annals of English Law*”.²³

Il diritto inglese in tema di *habeas corpus* venne infine trasportato nell'America post coloniale, dove un riferimento al fondamentale *writ* di stampo inglese venne altresì incluso nella stessa Costituzione federale [*infra* §4]; in seguito, attraverso il *Judiciary Act* del 1789²⁴, si riconobbe espressamente anche per via legislativa il potere della Corte Suprema e delle corti federali di utilizzare il *writ* di *habeas corpus* nei confronti di coloro che si trovassero “*in custody, under or by colour of the uthotiry of the United States*”.

Sebbene inizialmente il rimedio fu limitato ai soli individui ristretti nella propria libertà personale a seguito di una sentenza *federale*²⁵, nel 1867 l'*Habeas Corpus Act*²⁶ estese

²² «it became the subject of abuses such as delays frequently permitted by the issuing courts and removal of the prisoner»; N. D. MCFEELEY, *The Historical Development of Haberas Corpus*, cit., p. 588.

²³ W.F. DUKER, *A constitutional History of Habeas Corpus*, cit., p. 52.

²⁴ Judiciary Act of 1789 § 14, 1 Stat. 73, 81-81 (1789); si tratta dall'atto attraverso cui il Congresso creò le corti federali.

Per una esaustiva ricostruzione del diritto di *habeas corpus* nella storia e nella giurisprudenza americana, v. C. FEDERMAN, *The Body and the State*, cit.

²⁵ E invero inizialmente non potevano accedere al *writ* i prigionieri *statali*, neppure per richiedere la risoluzione di questioni attinenti la legge federale; cf. *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243, 1833.

l'applicabilità del rimedio altresì alle ipotesi in cui la condanna definitiva fosse stata pronunciata da una corte statale.

4. Fonti dell'*habeas corpus*: la c.d. *Suspension Clause* e la disciplina di legge.

Terminato l'inquadramento storico dell'*habeas corpus*, è possibile completare l'analisi dell'istituto considerando altresì le *fonti* e, più oltre, la *disciplina*.

Quanto alle fonti normative, anzitutto, il diritto di *habeas corpus* trova anzitutto espresso riconoscimento - come anticipato nella Costituzione degli Stati Uniti, prevedendo l'art. 1, §9, cl. 2:

«*The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it.*»

[c.d. *Suspension of the Writ Clause*]

La c.d. "*Suspension of the Writ Clause*", secondo la più recente interpretazione giurisprudenziale, peraltro, assicurerebbe ad ogni individuo ristretto in libertà - vuoi per una decisione adottata a livello statale, vuoi per una sentenza pronunciata da un giudice federale²⁷ - *soltanto* il diritto ad accedere al rimedio straordinario di *habeas corpus*, rimettendo di converso alla libera determinazione dell'organo legislativo l'intera disciplina del procedimento²⁸ - e dunque, anche la definizione del suo concreto ambito applicativo attraverso l'individuazione dei suoi requisiti e limiti procedurali²⁹.

²⁶ Per una disanima del 1867 Act v. C.D. FORSYTHE, *The Historical Origins of Broad Federal Habeas Review Reconsidered*, in *Notre Dame L.Rev.*, 1995, 1079.

²⁷ Come si è visto, infatti, la Carta Costituzionale garantiva inizialmente il diritto solo *contro* una sentenza federale e non anche statale. Nonostante l'origine storica, oggi si ritiene che la *clause* assicura l'*habeas corpus* nella sua interezza: "we assume, for purposes of decision here, that the Suspension Clause of the Constitution refers to the writ as it exists today, rather than as it existed in 1789", *Felker v. Turpin, Warden*, 518 U.S. 1051 (1996).

²⁸ "we have long recognized that "the power to award the writ by any of the courts of the United States, must be given by written law" *Ex parte Bollman*, 4 Cranch 75, 94 (1807), and we have likewise recognized that judgments about the proper scope of the writ are "normally for Congress to make", *Felker v. Turpin, Warden*, cit.

²⁹ Secondo una prima lettura, infatti, la disposizione in parola varrebbe a riconoscere a livello costituzionale un vero e proprio diritto all'*habeas corpus federale*: le corti federali avrebbero cioè la "inherent authority to issue the writ in the absence of valid suspension" [W.R. LAFAYE, *Criminal Procedure*, cit., p. 181]; v. J. STEIKER, *Incorporating the Suspension Clause: Is There a Constitutional Right to Federal Habeas Corpus for State Prisoners?*, in *Michigan Law Review*, 1993-1994, 92, p. 862; Z.JR. CHAFEE, *The Most Important Human Right in the Constitution*, in *B.U. L. Rev.*, 1952, 32, p. 143, F. PASCAL, *Habeas Corpus and the Constitution*, in *Duke Law Journal*, 1970, p. 605.

Quanto alla disciplina di legge, la regolamentazione sia del *federal habeas corpus proceeding*, sia della *Section 2255 proceeding* (ossia dei procedimenti di *habeas corpus* intentati avanti la corte federale rispettivamente a seguito di una condanna statale o di una condanna federale) si riviene principalmente nel *Chapter 153* del titolo 28 del *U.S. Code*.³⁰

All'interno di tale sezione, in particolare, la previsione di cui al §2254 (*State custody; remedies in Federal courts*) disciplina l'*habeas corpus* esperibile dai prigionieri statali; viceversa la previsione di cui al §2255 (*Federal custody; remedies on motion attacking sentence*) regola il rimedio straordinario esperibile dai prigionieri federali.

Seconda una differente lettura, di converso, che fa leva sull'evoluzione storica del diritto (e in particolare sulla circostanza che l'*habeas corpus* federale venne istituito solo in un momento successivo alla Costituzione, ossia con il Judiciary Act del 1789) il dettato costituzionale - almeno in origine - avrebbe garantito da una possibile sospensione congressuale soltanto l'*habeas corpus statale* (allora) assicurato anche nei confronti dei condannati a livello federale; la disciplina (e la stessa garanzia) dell'*habeas corpus* federale, viceversa, non risulterebbe dotata di alcuna copertura costituzione. Peraltro proprio la circostanza che il Judiciary Act del 1789 specificamente prevede il potere di *habeas corpus* in capo ai giudici federali suggerisce che tale competenza non fosse considerata di diretta derivazione costituzionale. In questo senso W. DUKER, *A Constitutional History of Habeas Corpus*, cit., p. 126.

La Corte Suprema, invero, ha affrontato apertamente la questione concernente la copertura costituzionale del diritto di *habeas corpus federale* solo negli anni più recenti e, precisamente, nel caso *Felker v. Turpin*, 518 U.S. 651, 116 (1996).

In quell'occasione, infatti, la Corte Suprema è stata chiamata a decidere se dovessero ritenersi contrastanti con la *Suspensive Clause* le modifiche (meglio, le *significant restrizioni*) adottate dal Congresso con l'Antiterrorism and Effective Death Penalty Act del 1996 in tema di *successive petitions* (v. *infra* §5.4.).

La Corte, invero, ha riconosciuto anzitutto che, nonostante "*the writ of habeas corpus known to the Framers was quite different from that which exists today*", "*the Suspension Clause of the Constitution refers to the writ as it exists today, rather than as it existed in 1789*".

Quanto alle modifiche normative, inoltre, la Corte ha affermato: "*The Act does not violate the Constitution's Suspension Clause, Art. I, § 9, cl. 2, which provides that "the Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended." The new restrictions on successive habeas petitions constitute a modified res judicata rule, a restraint on what is called in habeas practice "abuse of the writ." The doctrine of abuse of the writ refers to a complex and evolving body of equitable principles informed and controlled by historical usage, statutory developments, and judicial decisions. McCleskey v. Zant, 499 U.S. 467, 489. The new restrictions are well within the compass of this evolutionary process and do not amount to a "suspension" of the writ*".

Più recentemente la *Suspensive Clause* è stata altresì invocata nei seguenti giudizi: *Boumediene v. Bush*, 553 u.s. 723 (2008) (in cui la Corte ha tral'altro affermato che "*the necessary scope of habeas review in part depends upon rigor of any earlier proceeding*" e ha altresì riconosciuto che la privazione dell'*habeas corpus* nei confronti dei detenuti presso Guantanamo deve ritenersi incostituzionale, mancando un "*adequate substitute*"); *INS v. St. Cyr*, 533 U.S. 289, 121 (2001) (in cui la Corte ha interpretato in maniera costituzionalmente conforme le modifiche dell'AEDPA nella parte in cui deve ritenersi ancora sussistente il potere delle corti federali di garantire l'*habeas corpus* per motivi di diritto nei confronti di stranieri soggetti a *removal orders*; sul punto v. anche G.L. NEUMAN, *Habeas Corpus, Executive Detention, and the Removal of Aliens*, in *Columbia Law Review*, 1998, vol. 98, n. 4, p. 961 ss.; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466, 124 (2004) (in cui la Corte ha ancora una volta garantito il diritto di *habeas corpus* nei confronti dei detenuti senza condanna presso la prigione di Guantanamo Bay).

³⁰ Per una ricognizione del quadro normativo, dal 1867 *Act* al 1996 *Act.*, v. W.R. LAFAVE - J.H. ISRAEL - N.J. KING - O.S. KERR, *Criminal Procedure*, cit., p. 187 ss.

Tale corpo normativo, peraltro, è stato recentemente modificato - invero, in senso fortemente restrittivo - con l'adozione nel 1996 del *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* (AEDPA), che ha inciso in maniera uniforme - tanto a livello federale, tanto a livello statale - sul *Chapter 153* del *Judicial Code*.³¹

5. La disciplina: i requisiti procedurali.

Tali fonti normative, integrate dall'interpretazione giurisprudenziale, delineano dunque la disciplina del procedimento.

Proprio su tale aspetto, pare opportuno soffermarsi con maggior attenzione, poiché - come si è detto - le soluzioni adottate rispetto alla problematica della retroattività della decisione più favorevole risentono fortemente *anche* dei limiti processuali propri del procedimento di *habeas corpus*.

Per comprendere le principali sentenze che di tale questione si sono occupate, dunque, è necessario conoscere - per quanto anche solo superficialmente - taluni aspetti della disciplina del rimedio, e in modo particolare: (a) i requisiti necessari perché la richiesta di revisione venga valutata nel merito nonché (b) la *law* rilevante per decidere la legalità della *custody*.

Quanto ai *requisiti* processuali che rendono accessibile tale mezzo di impugnazione straordinaria, occorre considerare che, perché la *claim* possa essere proposta validamente davanti il giudice federale, essa deve soddisfare taluni requisiti che riguardano precipuamente:

(a) anzitutto, il *contenuto* della *claim*, essendo possibile lamentare davanti il tribunale federale soltanto una violazione della Costituzione degli Stati Uniti d'America o della legge federale (risultando viceversa precluse eventuali allegazioni attinenti alla legge statale);

³¹ L'AEDPA inoltre ha creato un nuovo Chapter - il 154 - del *Judicial Code* contenente "*Special Habeas Corpus Procedures in Capital Cases*". Queste disposizioni si applicano soltanto per i condannati alla pena capitale in questi stati che hanno scelto di aderire al meccanismo di "*opt in*" prevedendo "un meccanismo di designazione, compensazione e rimborso del legale rappresentante che soddisfi gli standard stabilite *ex lege*. A fronte di tale impegno *pro reo*, lo Stato riceve taluni vantaggi procedurali, che consistono essenzialmente nel restringimento ulteriore dei limiti d'accesso al rimedio straordinario (ad esempio si diminuisce il termine utile per presentare il ricorso).

(b) il *precedente giudizio*, essendo tendenzialmente concesso discutere avanti la Corte federale soltanto una questione già eccepita - evidentemente senza successo - nel precedente giudizio culminato con la sentenza di condanna definitiva;

(c) il *tempo* della domanda, dovendosi ritenere preclusi i ricorsi c.d. *prematuri, tardivi e susseguenti* (*infra* § 5.4).

Condizione sostanziale necessaria all'esperimento dell'*habeas corpus*, inoltre, è il vincolo di *restrizione della propria libertà (custody)*; vincolo che funge essenzialmente da *pre-requisito* alla fruibilità del rimedio.

5.1. Il pre-requisito della custodia.

Stante la sua originaria natura, il rimedio di *habeas corpus* (“che tua abbia il corpo”) rimane ancor oggi ancorato al pre-requisito della *custody*³², definibile in prima battuta quale condizione di sostanziale restrizione della propria libertà personale.³³

Il requisito, peraltro, inizialmente inteso in senso fisico-letterale (limitando l'esperimento dell'*habeas corpus* ai soli casi di vera e propria *prigionia* dell'individuo), con l'evolversi del Great Writ di Libertà, ha assunto viceversa una connotazione più spiccatamente *sostanziale*³⁴, ampliando l'ambito d'applicazione del rimedio anche a talune situazione *diverse* dalla vera e propria reclusione, che comunque si pongono all'esterno delle mura custodiali.

Attraverso un'accezione più lata di *custody*, infatti, la giurisprudenza ha potuto ammettere l'esperimento del ricorso in *habeas corpus* altresì allorché l'individuo, pur libero in senso fisico, soffra significativi “*present restraints*”³⁵; per tale via, a titolo

³² In genere v. J.S. LIEBMAN - R. HERTZ, *Federal Habeas Corpus*, cit., vol. I, p. 321 ss.; L.W. YACKLE, *Postconviction Remedies*, cit. p. 41 ss.; D.E. MANVILLE, *Post-conviction remedies a self-help manual*, cit., p. 51 s.; B.R. MEANS, *Postconviction Remedies*, cit., vol. I, p. 307 ss.; L.W. YACKLE, *Postconviction Remedies*, cit., p. 177 ss.; W.R. LAFAVE, *Criminal Procedure*, cit., 205 ss.; L. ROSENBERG, *The Federal Habeas Corpus Custody Decisions: Liberal Oasis or Conservative Prop?*, 23 Am.J.Crim.L. 99 (1995).

³³ In particolare, gli articoli 2241 e 2254 limitano l'estensione del diritto ai soli individui che si trovano: “in custody in violation of the Constitution or laws or treaties of the United States”.

³⁴ “*extraordinary remedy [direct to] the extraordinary restraints of custodial situations*”, N. KING - J. HOFFMANN, *Habeas for the Twenty-First Century: Uses, Abuses, and the Future of the Great Writ*, 2011.

³⁵ “*Custody today means restraints on liberty not shared by the public generally*”, J.R. POTUTO, *Prisoner Collateral Attacks*, cit., p. 31.

Cfr J.R. POTUTO, *Prisoner Collateral Attacks*, cit., p. 30 ss., secondo cui dal tale “passato” peraltro deriverebbero altri “*fantasmi*” (oltre a quello menzionato del “*Proper Party Petitioner*”, per cui appunto solamente un individuo ristretto in libertà può accedere al rimedio):

esemplificativo, può ricorrere avanti la corte federale anche colui che risulti sottoposto a ordini di “civil commitment” o “civil contempt”.³⁶

1) *Ghost One: Available Remedy*: il principale rimedio ottenibile dal ricorso è: “to order the prisoner’s release”;

2) *Ghost Two: Proper Party Respondent*: quanto all’autorità cui il ricorso deve essere diretto, poiché tecnicamente l’unica questione che può essere dedotta con il ricorso è quella riguardante la legalità/legittimità della *custody*, la causa deve essere indirizzata alla persona del *prisoner’s custodian*. Ad esempio, qualora il soggetto sia stato condannato dallo stato A ma, al momento del ricorso, si trovi nel carcere dello stato B, la richiesta dovrà essere indirizzata vuoi al *custodian* del carcere in B vuoi all’*attorney general* dello stato A.

3) *Ghost Three: Proper Forum*: anche la competenza della corte distrettuale federale sul ricorso di *habeas corpus* risulta determinata anche in ragione del criterio della *custody*, essendo possibile presentare la domanda di rilascio sia presso la corte nel cui distretto si trova il luogo dell’incarcerazione, sia presso quella nel cui distretto fu pronunciata la sentenza di condanna.

³⁶ *Maleng v. Cook*, 490 U.S. 488, 109 (1989). In dottrina, L. ROSENBERG, *The Federal Habeas Corpus Custody Decisions: Liberal Oasis or Conservative Prop?*, 23 Am.J.Crim.L. 99 (1995).

Circa l’estensione in senso sostanziale del concetto di *custody* v. in particolare la decisione *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1963) con cui la Corte Suprema ha ammesso l’*habeas corpus* anche in caso di *parole*. In particolare, tale ampliamento è stato giustificato anche alla luce della storia dell’*habeas corpus*, da sempre utilizzato oltre la situazione di “physical custody in prison or jail” (§238 “Yet English courts have long recognized the writ as a proper remedy even though the restraint is something less than close physical confinement. For example, the King’s Bench as early as 1722 held that habeas corpus was appropriate to question whether a woman alleged to be the applicant’s wife was being constrained by her guardians to stay away from her husband against her will”)

Poiché pertanto “History, usage, and precedent can leave no doubt that, besides physical imprisonment, there are other restraints on a man’s liberty, restraints not shared by the public generally, which have been thought sufficient in the English-speaking world to support the issuance of habeas corpus”, la Corte conclude: “is not relevant that conditions and restrictions such as these may be desirable and important parts of the rehabilitative process; what matters is that they significantly restrain petitioner’s liberty to do those things which in this country free men are entitled to do. Such restraints are enough to invoke the help of the Great Writ. Of course, that writ always could and still can reach behind prison walls and iron bars. But it can do more. It is not now and never has been a static, narrow, formalistic remedy; its scope has grown to achieve its grand purpose -- the protection of individuals against erosion of their right to be free from wrongful restraints upon their liberty” (§243).

Si noti peraltro che nel caso di specie la *praole* raggiungeva certamente lo standard di “sufficient degree” necessario a giustificare il ricorso all’*habeas corpus*, trovandosi il richiedente soggetto a talune significative restrizioni quali il divieto di lasciare la comunità o cambiare residenza senza autorizzazione, nonché gli obblighi di ottenere un’apposita autorizzazione per acquistare un’automobile e di riportare periodicamente all’ufficiale di polizia.

Tali principi, inoltre, con la decisione *Hensley v. Municipal Court*, 411 U.S. 345 (1973) sono stati estesi anche al caso in cui l’esecuzione della condanna sia ancora pendente e non ancora iniziata, allorché il richiedente sia non di meno soggetto alle limitazioni impostegli durante il *pretrial release* (specialmente il dovere di apparire davanti alla Corte quanto ordinatogli). Il ricorso in *habeas corpus* è stato altresì assicurato sia in vista dell’esecuzione certa della condanna: v. *Peyton v. Rowe*, 391 U.S. 54 (1968) (per il caso in cui il prigioniero stia scontando la prima di due consecutive condanne), sia, di converso, allorché il richiedente abbia presentato domanda durante l’esecuzione della custodia ma sia stato nel frattempo rilasciato, sempre che persistano rilevanti conseguenze [*Carafas v. LaVallee*, 391 U.S. 234 (1968), per cui il soggetto “should not be thwarted now and required to bear the consequences of assertedly unlawful conviction simply because the path has been so long that he has served his sentence” (§240)].

Di converso non soddisfano il requisito della *custody* lievi limitazioni quali: il pagamento di una multa [*Lillios v. New Hampshire*, 788 F.2d 60 (1st Cir.1986)], l’ordine di restituzione [*Obado v. State of New Jersey*, 328 F.3d 716 (3d Cir.2003)], la revoca di una licenza professionale [*Lefkowitz v. Fair*, 816 F.2d 17 (1st Cir.1987)], la sospensione della patente [*Harts v. Indiana*, 732 F.2d 95 (7th Cir.1984)], il divieto

5.2. Il tipo di *claim*: la violazione di una legge federale.

Qualora l'individuo si trovi in *custody* nei termini sopra precisati, egli può accedere al rimedio straordinario di *habeas corpus* qualora la *claim* che intenda far valere avanti la corte federale soddisfi taluni requisiti, riguardanti, come si è anticipato: (a) il contenuto della richiesta; (b) il precedente giudizio; (c) il tempo della domanda.

Quanto al contenuto dell'allegazione (*sub* (a)), anzitutto, è possibile esperire il ricorso in *habeas corpus* soltanto laddove si ritenga che la condanna in via definitiva sia stata pronunciata “*in violation of the Constitution or laws or treaties of the United States*”³⁷⁻³⁸; risultando viceversa preclusi ulteriori motivi di ricorso.

di possedere armi da fuoco [*Harvey v. South Dakot*, 526 F.2d 840 (8th Cir. 1975)], l'ordine di iscriversi nel registro dei *sex offenders* [*Wilson v. Flaherty*, 689 F.3d 332 (4th Cir. 2012)].

³⁷ Si noti che l'estensione del rimedio ad ogni *violazione di legge* (ordinaria o costituzionale) rappresenta un significativo allargamento dell'originario ambito d'applicazione dell'*habeas corpus*, inizialmente confinato ai soli casi di - eccezionale - *lack of jurisdiction* della corte che avevano condotto il giudizio penale.

Invero, nel passato più remoto la Corte aveva adottato un'interpretazione piuttosto ristretta del concetto di *lack of jurisdiction*, escludendo la possibilità di rivedere neppure una condanna fondata su un'accusa non contenente l'indicazione del crimine commesso [*Ex parte Watkins*, 28 U.S. (3 Pet.) 193, (1830)]

A partire, viceversa dal caso *Lange* [*Ex parte Lange*, 85 U.S. 163 (1873)] la Corte iniziò un “*a long process of expansion of the concept of lack of jurisdiction*” (Bator, *Finality in Criminal Law and* 466).

Nel caso di specie, *Lange* aveva presentato il ricorso in *habeas corpus* lamentando la violazione della *Double Jeopardy Clause* poiché egli era stato nuovamente condannato per il medesimo reato pur avendo già pagato per intero la precedente multa. La Corte, pur non riconoscendo apertamente l'esperibilità del ricorso in caso di errore di diritto, concesse comunque la revisione della condanna ritenendo che la giurisdizione della corte statale si fosse esaurita con il primo giudizio.

Pochi anni dopo, in *Ex parte Siebold* [100 U.S., 371 (1879)], invece, la Corte riconobbe apertamente la praticabilità del ricorso straordinario in caso di violazione costituzionale, ritenendo che poiché l'autorità della corte si fonda sulle leggi, laddove esse siano vaghe o incostituzionali, il giudice medesimo “*acquired no jurisdiction of the causes*”.

Ancora, nel caso *Compare Frank v. Mangum* [237 U.S. 309 (1915)], la Corte garantì la revisione della condanna ottenuta in un processo “*dominated by the mob*”, negando la possibilità di riconoscere un valido fondamento alla sentenza laddove il procedimento penale si sia rivelato soltanto una “*mask*”. In particolare una corte può considerarsi dotata di potere giurisdizionale soltanto se il processo davanti alla medesima offra effettivamente un *due process*.

Attraverso questi primi casi, in sostanza, la Corte garantì il ricorso straordinario in tutte le ipotesi in cui la *claim costituzionale* fosse di tale importanza da minare la struttura stessa del procedimento, causando una “*lose of jurisdiction*”.

Sul punto e per ulteriori approfondimenti v. W.R. LAFAYE - J.H. ISRAEL - N.J. KING - O.S. KERR, *Criminal Procedure*, cit., p. 215 ss.

³⁸ Attraverso il ricorso in *habeas corpus*, pertanto, non è possibile far valere questioni che non attengono all'illegalità della condanna o della detenzione o che sono dirette a contestare la lunghezza o le condizioni della custodia [v. *Heck v. Humphrey*, 512 U.S. 477, 481]; insufficienza di prove [*Young v. Kemp*, 760 F.2d 1097, 1104]; “*meri*” errori nell'ammissione delle prove [*Marshall v. Longeberger* 459 U.S. 422, 438, “*Due Process Clause does not permit the federal court to engage in a finely turned review of the wisdom of state evidentiary rules*”]; le argomentazioni del legale rappresentante o del *prosecutor* [*Sawyer v. Smith*, 497 U.S. 227 (1990) per cui “*merely potentially*’ *misleading prosecutorial arguments do not violate Due Process Clause*”]; le istruzioni alla giuria che non implicano alcuna specifica previsione del *Bill of Rights* [*Gilmore v. Taylor*, 508 U.S. 333 (1993): “*Outside of the capital*

La *claim* proponibile avanti la Corte federale, pertanto, può riguardare unicamente l'erronea applicazione di una disposizione *federale*, rinvenibile vuoi nel testo della Costituzione, vuoi nelle disposizione di legge o dei trattati degli Stati Uniti³⁹, con l'ulteriore precisazione che in questi ultimi casi - violazione di legge o di trattato - il rimedio in parola risulta sottoposto a ulteriori requisiti (richiedendosi, principalmente, che l'erronea applicazione di legge abbia altresì determinato un vero e proprio "miscarriage of justice").⁴⁰⁻⁴¹

context, we have never said that the possibility of a jury [being instructed] misapply state law gives rise to federal constitutional error".

³⁹ Inoltre, poiché come si vedrà è altresì necessario dimostrare che la medesima questione sia stata già proposta avanti la Corte statale, risulta altresì indispensabile dimostrare che tale *claim* fosse presentata anche in tale prima sede [*Picard. v Connor*, 404 U.S. 270, 30: "the substance of a federal habeas corpus claim must first be presented to the state courts"]

Inizialmente, la Corte richiedeva che la questione fosse stata presentata esattamente come - ossia, sotto l'etichetta di - *federale*, mentre successivamente si ritenne sufficiente che la questione fosse stata presentata *per lo meno in substance*: "It is not enough that all the facts necessary to support the federal claim were before the state courts [...]. In addition, the habeas petitioner must have "fairly presented" to the state courts the "substance" of his federal habeas corpus claim" [*Anderson v. Harless*, 459 U.S. 4, 74 (1982)].

Non è certamente facile determinare quando la questione sia stata proposta almeno *in substance*; secondo un orientamento ciò accadrebbe quando sussista una "functional identity" tra la *claim* presentata avanti la corte statale e la *claim* federale eceppita con il ricorso in *habeas corpus*. Affinché sussista tale identità è necessario: (1) che siano posti a fondamento delle questioni i medesimi fatti; (2) nonché che sia posta a fondamento altresì la medesima *legal theory*; (3) infine che gli standard legali da applicare per risolvere la questione siano sostanzialmente gli stessi (a livello statale e a livello federale).

Si noti peraltro che, a seconda del circuito considerato, possono essere richiesti requisiti aggiuntivi rispetto alla *functional identity* al fine dimostrare che lo stato era a conoscenza della questione di livello federale. Per un'ampia ricognizione sul punto v. J.R. POTUTO, *Prisoner Collateral Attacks*, cit., p. 44 ss.

⁴⁰ Si noti tuttavia che rispetto alla della sola legge - non anche della Costituzione stessa - la Corte Suprema ha talvolta introdotto ostacoli procedurali ulteriori, adottando test/standard più rigorosi rispetto a quelli vigenti per la lesione di un diritto costituzionalmente garantito. Per esempio in *Reed. v. Farley* la Corte ha statuito che una violazione del *Interstate Agreement on Detainers* non è conoscibile se il condannato non ha proposto alcuna obiezione alla data del processo e non ha sofferto alcun pregiudizio attribuibile al ritardo. Ancora in *Hill v. United States* la Corte ha statuito che l'*habeas* è possibile quando l'errore può essere qualificato come una fondamentale deficienza che intrinsecamente risulta in un completo "miscarriage of justice".

In generale pertanto si riconosce che "There is little law regarding just what constitutes a "fundamental defect" that is not also a federal constitutional violation. By and large, the answer in the circuits, and certainly suggested by the Supreme Court of the United States, is that there virtually are none". J.R. POTUTO, *Prisoner Collateral Attacks*, cit., p. 57.

Si noti che, poiché risulta sempre necessario allegare una *violazione* di legge, da tale requisito deriva altresì la tendenziale irrilevanza della *claim* relativa alla sola "actual innocence", ovvero l'allegazione della mera innocenza dell'individuo condannato - tuttavia - in assenza di una vera e propria violazione di legge.

Tendenzialmente, pertanto, non è possibile ricorrere in *habeas corpus* al fine esclusivo di far valere la propria innocenza senza altresì dedurre qualsivoglia violazione di legge (*Constitution* o *statute law*) consumatasi all'interno del processo: la *claim* relativa alla "bare innocence" deve, di contro, sempre accompagnarsi all'allegazione di un *error iuris*, risultando altrimenti il ricorso inammissibile.

Tale rigorosa limitazione può giustificarsi sia in ragione del profondo riguardo che il sistema americano ha nei confronti del *jury verdict*; sia considerando che "nulla mina l'interesse nel giudicato e nella comity

5.3. Il precedente giudizio: *claims foreclosed by state procedural defaults*.

Rispetto al requisito *sub* (b) (il precedente giudizio), come anticipato, si richiede tendenzialmente che il condannato abbia previamente (*i.e.* nel precedente giudizio) presentato e discusso - evidentemente senza successo - la medesima questione fatta

come la possibilità di riaprire il giudizio per un condannato, condannato dopo un giudizio equo e sulla base di prove costituzionalmente sufficienti, con nuove prove di innocenza scoperte anni dopo il giudizio, specialmente quando lo stato fornisce la propria revisione di tali richieste” p. 107.

La questione relativa alla rilevanza della sola *actual innocence* è stata da ultimo affrontata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390 (1993).

La vicenda, in particolare, vedeva coinvolto un condannato alla pena capitale, il quale, *dopo la definizione del giudizio*, riuscì a collezionare diversi *affidavit* che dimostravano la sua innocenza (mostrando come il crimine fosse stato in realtà commesso dal fratello di Herrera). Poiché la procedura statale per richiedere la revisione del giudizio fondata su nuove prove prevedeva altresì un termine perentorio di 30 giorni, e poiché quel termine era trascorso infruttuosamente, Herrera ricorse al procedimento di *habeas corpus* richiedendo alla corte federale di ordinare il suo il rilascio, dovendosi ritenere l'esecuzione di un innocente contrastante con l'VIII il XIV Emendamento. La Corte, pur ribadendo che in mancanza di “*an independent constitutional violation occurring in the underlying state criminal proceeding*” e che “*a claim of 'actual innocence' is not itself a constitutional claim*”, ha altresì riconosciuto che “*in a capital case a truly persuasive demonstration of "actual innocence" made after trial would render the execution of a defendant unconstitutional, and warrant federal habeas relief if there were no state avenue open to process such a claim. But because of the very disruptive effect that entertaining claims of actual innocence would have on the need for finality in capital cases, and the enormous burden that having to retry cases based on often stale evidence would place on the States, the threshold showing for such an assumed right would necessarily be extraordinarily high. The showing made by petitioner in this case falls far short of any such threshold*” (§417).

Per approfondimenti, v. R.J. ALLEN - W.J. STUNTZ - J.L. HOFFMANN - D.A. LIVINGSTON - A.D. LEIPOLD, *Comprehensive Criminal Procedure*, cit., p. 1626 ss.; nonché J.L. HOFFMANN - N.J. KING, *Rethinking the Federal Role in State Criminal Justice*, 84 N.Y.U. L. Rev. 2009, p. 791 ss.; W.R. LAFAVE, *Criminal Procedure*, 4 ed., vol. 7, 2015, p. 230; B.R. MEANS, *Postconviction Remedies*, cit., vol. I, p. 288 ss.

In generale sul tema dell'*actual innocence* e sulla rilevanza che essa dovrebbe avere all'interno del procedimento in *habeas corpus* v. il fondamentale contributo H.J. FRIENDLY, *Is Innocence Irrelevant? Collateral Attack on Criminal Judgments*, in *University of Chicago Law Review*, Vol. 38 : Iss. 1 , Article 9, p. 142 ss.

⁴¹ Si noti peraltro che la giurisprudenza statunitense ha introdotto una significativa eccezione alle *claim cognizable in habeas* allorquando il condannato presenti una questione relativa alla violazione del quarto emendamento. Pochi anni dopo aver espanso la portata dell'*habeas corpus* con riguardo anche alle *non-jurisdictional constitutional claim*, la Corte con la decisione *Stone v. Powel*, 428 U.S. 465, 1976 ha affermato “*Where the State, as in each of these cases, has provided an opportunity for full and fair litigation of a Fourth Amendment claim, a state prisoner may not be granted federal habeas corpus relief on the ground that evidence obtained through an unconstitutional search and seizure was introduced at his trial*”.

Questo perché - come anticipato nella precedente decisione *Schneecckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218, 93 (1973) - la *exclusionary rule* non costituisce un diritto costituzionale della persona ma un mezzo giudiziale per rendere i diritti effettivi, la quale ha la funzione primaria di distogliere le forze dell'ordine da comportamenti illegali; pertanto “*it has never been interpreted to proscribe the introduction of illegally seized evidence in all proceedings against all persons*”. Inoltre “*the additional contribution, if any, of the consideration of search-and-seizure claims of state prisoners in collateral review is small in relation to the costs*”. In questo senso, la funzione deterrente sarebbe stata assicurata escludendo le prove nel processo (di primo grado o di appello) ma in nessun caso dal rischio che la condanna possa essere rivista attraverso il procedimento di *habeas corpus*.

In merito v. W.R. LAFAVE - J.H. ISRAEL - N.J. KING - O.S. KERR, *Criminal Procedure*, cit., p. 223 ss.; B.R. MEANS, *Postconviction Remedies*, cit., vol. I, p. 242 ss.; L.W. YAKLE, *Postconviction Remedies*, cit., p. 371 ss.; D.E. MANVILLE, *Post-conviction remedies a self-help manual*, cit., p. 60.

valere con il ricorso in *habeas corpus* (c.d. *actual litigated claims*)⁴²; tramite il mezzo impugnatorio, dunque, non è possibile far valere *dopo* il procedimento penale questioni che ivi dovevano essere propriamente discusse.

Di conseguenza, nei casi in cui il richiedente non abbia sollevato 'diligentemente' l'eccezione nel precedente giudizio, il rimedio di *habeas corpus* risulta evidentemente precluso in ragione di tale *procedural default*⁴³⁻⁴⁴.

Anche in tale ipotesi, tuttavia, la Corte federale può ritenere ammissibile la domanda proposta dal ricorrente, qualora egli soddisfi il c.d. "*Cause and Prejudice Test*" ovvero dimostri un "*miscarriage of justice*".⁴⁵

a) *Cause and Prejudice Test*

Anzitutto, il ricorrente può comunque ottenere la revisione della propria condanna allorquando riesca a provare che la mancata presentazione nel precedente procedimento

⁴² Perché si parli di *actual litigated claim* è necessario che: 1) la *claim* sia stata propriamente eccepita in giudizio nonché riproposta in appello; 2) inoltre, che essa sia stata presentata proprio come una questione di tipo *federale* (ossia concernente la Costituzione degli Stati Uniti o le leggi federali).

⁴³ "*In a criminal trial, a procedural forfeiture occurs when the defendant fails to follow the state court rules which ensure that the state courts will review an issue on direct appeal. Typical state court rules require the defendant to object at the time the issue or error arises to be entitled to raise it later on appeal. The defendant or his lawyer must make a timely objection at trial to avoid a procedural forfeiture of the issue*", D.E. MANVILLE, *Post-conviction remedies a self-help manual*, cit., p. 55 ss.

In particolare, il *procedural default* si verifica allorquando:

- a) la corte statale non abbia mai considerato la specifica *claim* eccepita con il ricorso in *habeas corpus*;
- 2) ciò sia avvenuto specificatamente perché la questione o non è stata presentata nel precedente giudizio (e dunque anche in appello) o lo fu 'impropriamente' (ovvero non rispettando le forme procedurali o il termine imposta dalla legge statale).

In quest'ultimo caso, peraltro, l'*habeas corpus* può ritenersi precluso solamente se il *procedural default* sia derivato dall'applicazione (nel procedimento statale) di un "*adequate state ground*", ossia, solamente se la corte statale non ha potuto considerare la questione proposta (impropriamente) dal richiedente in virtù di un limite procedurale che appartenga effettivamente alla regolamentazione statale sempre che tale legislazione possa ritenersi "*adequate*" nel senso di "applicata secondo un criterio di imparzialità e al fine precipuo di tutelare un *legittimo* interesse statale" [*Henry v. Mississippi*, 379 U.S. 443, 85 (1965)].

Il *procedural default*, di contro, non ostacola la revisione in *habeas corpus* qualora "*the state procedural rule had been applied so unevenly as not to constitute an adequate state ground*" o "*the default was excused under the cause and prejudice standard*" [*Dugger v. Adams*, 489 U.S. 401, 109 (1989)] o nei casi in cui la corte statale abbia nondimeno esaminato il merito della questione [*Ulster County v. Allen*, 442 U.S. 140, 99 (1979)]. In merito, W.R. LA FAVE, *Criminal Procedure*, cit., p. 238 ss.; C.A. WRIGHT - A. MILLER - E. COOPER, *Federal Practice and Procedure: jurisdiction*, Eagan, Minnesota, 1996, p. 288 ss.; B.R. MEANS, *Postconviction Remedies*, cit., vol. I, p. 785 ss.; L.W. YAKLE, *Postconviction Remedies*, cit., p. 297 ss.

⁴⁴ Tuttavia regole che violano diritti costituzionali sono inadeguate di per sé [*Clifton v. Carpenter*, 775 F.ed 760 (6th Cir. 2014)].

⁴⁵ *Coleman v. Thompson*, 501 U.S. 722 (1991), 744: "*In all cases in which a state prisoner has defaulted his federal claims in state court pursuant to an independent and adequate state procedural rule, federal habeas review of the claims is barred unless the prisoner can demonstrate cause for the default and actual prejudice as a result of the alleged violation of federal law, or demonstrate that failure to consider the claims will result in a fundamental miscarriage of justice*".

della medesima *claim* derivi da una *cause* e che, a cagione di tale mancanza, egli abbia sofferto un *prejudice*.

Quanto al primo requisito (*Establishing Cause*) si ritiene sussistente una ragione scusante nei casi in cui il ricorrente riesca a provare:

(a) l'*ineffective assistance of counsel*, ossia la violazione del diritto costituzionalmente garantito di ricevere *effettiva* assistenza legale;⁴⁶

(b) ovvero un *objective factor external to the defence*, rinviandosi a vari elementi che, diversi dalla *ineffective assistance*, possono aver impedito la tempestiva proposizione della questione nel giudizio di primo grado o in appello; si tratta, in particolare, di dimostrare che “*the factual or legal basis for a claim was not reasonably available to counsel or that ‘some interference by officials’ made compliance impracticable*”.⁴⁷ In tale categoria, peraltro, rientra anche la circostanza che il diritto costituzionale fatto valere in *haebas corpus* sia stato riconosciuto dalla Corte Suprema solo in un momento successivo al formarsi della condanna definitiva [*Reed v. Ross*⁴⁸]. In tali casi, infatti, i giudici federali hanno riconosciuto sussistente una valida *cause*, non potendo né le corti né gli avvocati prefigurarsi ogni possibile nuova regola costituzionale: «*where a constitutional claim is so novel that its legal basis is not reasonably available to counsel, a defendant has cause for his failure to raise the claim in accordance with applicable state procedures*»⁴⁹;

⁴⁶ Si tratta senza dubbio della ‘*cause*’ più ricorrente. Si noti che l'imputato ha diritto all'assistenza tecnica nel procedimento penale in base al sesto emendamento che necessariamente garantisce altresì il diritto a un'assistenza *effettiva* [*ex multis*, *Srickland v. Washington* 466 U.S. 668, 80 (1984)]. Perché il condannato possa eccepire la *ineffective assistance of the counsel* è necessario provare:

(a) che il rappresentante legale in giudizio non presentava il livello di competenza richiesto per il processo penale;

(b) nonché che sussiste una ragionevole probabilità che altrimenti il risultato del processo sarebbe stato differente, ovvero il condannato sarebbe stato dichiarato non colpevole. [*Srickland v. Washington* 466 U.S. 668, 80 (1984); *Kimmelman v. Morrison* 477 U.S. 365, 91 (1986)].

Per un caso di ineffettiva assistenza tecnica v. *Bliss v. Lockhart* 891 F2d 1335 (1989), in cui il legale aveva rappresentato contemporaneamente due posizioni in conflitto (ossia del marito e della moglie, entrambi accusati di violenza sessuale, ma la donna di aver agito sotto l'influenza dominante dell'uomo).

⁴⁷ *Amedeo v. Zant* 486 U.S. 214, 100 (1988). Ad esempio, è possibile dimostrare di non aver richiesto l'esclusione di prove assunte in violazione dei propri diritti perché minacciati da parte di un pubblico ufficiale (v. *Murray v. Carrier*, 477 U.S. 478, 91 (1986)).

⁴⁸ *Reed v. Ross*, 468 U.S. 1, 16 (1984).

⁴⁹ *Ibidem*, 708. La Corte inoltre rileva: “*Although there is a remote possibility that a given state court will be the first to discover a latent constitutional issue and to order redress if the issue is properly raised, it is far more likely that the court will fail to appreciate the claim and reject it out of hand. Raising such a claim in state court, therefore, would not promote either the fairness or the efficiency of the state criminal justice system. It is true that finality will be disserved if the federal courts reopen a state prisoner's case, even to review claims that were so novel when the cases were in state court that no one would have*

(c) infine *new evidences*, allorquando sia possibile dimostrare che non era possibile scoprire in precedenza le nuove prove impiegando l'ordinaria diligenza e, altresì, che le nuove prove, se tempestivamente prodotte in giudizio, avrebbero determinato un ragionevole dubbio circa la colpevolezza del condannato.

Quanto al pregiudizio che deve essere derivato dalla mancanza procedurale (*Establishing Prejudice*), il richiedente deve dimostrare [*Kyles v. Whitley*⁵⁰ e *Strickler v. Greene*⁵¹] che in caso contrario - ossia, se avesse presentato nei termini o nei modi prescritti la *constitutional claim* avanti la corte statale - l'esito del procedimento avrebbe potuto essere diverso; con l'ulteriore precisazione che tale possibilità debba dirsi "ragionevole", ricorrendo una probabilità sufficiente a minare la fiducia nel verdetto.⁵²

ii) *Miscarriage of Justice Exception*

Anche nelle ipotesi in cui non sussista alcuna *cause* o non ne sia derivato alcun *prejudice*, al condannato in via definitiva è comunque concesso il ricorso all'*habeas corpus* allorquando il diniego della revisione della condanna darebbe luogo a un *miscarriage of justice*.

Tale eccezione, peraltro, deriva, nell'evoluzione giurisprudenziale dalla prima sopra menzionata (*cause and prejudice test*), sottolineandosi nel *leading case Engle v. Isaac*⁵³: «*The terms "cause" and "actual prejudice" are not rigid concepts; they take their meaning from the principles of comity and finality discussed above. In appropriate*

recognized them. This Court has never held, however, that finality, standing alone, provides a sufficient reason for federal courts to compromise their protection of constitutional rights under § 2254.

In addition, if we were to hold that the novelty of a constitutional question does not give rise to cause for counsel's failure to raise it, we might actually disrupt state court proceedings by encouraging defense counsel to include any and all remotely plausible constitutional claims that could, some day, gain recognition".

Sulla possibilità di applicare una nuova regola costituzionale in *habeas corpus* cfr. però *infra* §6. A tal proposito sia consentito anticipare che nella storica sentenza *Teague v. Lane* la Corte ha limitato la possibilità di richiedere l'*habeas corpus* basandosi su nuove regole costituzionali; sicchè pare che oggi sia difficile che - al di là delle limitate eccezioni stabilite in *Teague* - un richiedente possa sostenere che la propria *claim* è basata su una "*clairly established law*" e al tempo stesso che la sua eccezione "è talmente nuova che la sua base legale non era ragionevolmente disponibile" al tempo del procedimento avanti la corte statale.

⁵⁰ *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419 (1995).

⁵¹ *Strickler v. Greene*, 527 U.S. 263 (1999).

⁵² Si noti peraltro che nel caso della *ineffective assistance* tale requisito è già richiesto nel primo test (*showing cause*).

⁵³ *Engle v. Isaac*, 456 U.S. 107 (1982).

cases, those principles must yield to the imperative of correcting a fundamentally unjust incarceration».

L'*habeas corpus*, pertanto, deve essere garantito in queste ipotesi straordinarie, in cui una violazione costituzionale è probabilmente risultata in una condanna di un innocente [*Murray v. Carrier*⁵⁴ e *Smith v. Murray*⁵⁵].

Chiarendosi inoltre che a tal fine (ossia per stabilirsi l'*actual innocence*) il condannato in via definitiva presenti «*new reliable evidence that was not presented at the trial*», in base alle quali alcuna giuria ragionevole lo avrebbe condannato⁵⁶ [*Schlup v. Delo*⁵⁷].

5.4. Il tempo della *petition*: la richiesta prematura, tardiva o susseguente.

L'ultimo requisito procedurale che condiziona l'esperimento dell'*habeas corpus*, attiene, come anticipato, al *tempo* della richiesta, distinguendosi tradizionalmente tra *claim*: (i) premature, (ii) tardive e (iii) susseguenti.

(i) *La richiesta prematura (exhaustion of state remedies doctrine).*

Anzitutto quanto alla richiesta *prematura*, si ritiene inammissibile il ricorso in *habaes corpus* allorquando non siano stati previamente esperiti tutti i rimedi accessibili a livello statale (*exhaustion of state remedies doctrine*)⁵⁸⁻⁵⁹.

⁵⁴ *Murray v. Carrier*, 477 U.S. 478, 106 (1986).

⁵⁵ *Smith v. Murray*, 477 U.S. 527 (1986).

⁵⁶ Si noti che lo standard richiesto è minore rispetto a quello (“*extraordinary high*”) suggerito in *Herrera v. Collins*, cit., applicabile quando il richiedente presenta nuove prove per dimostrare la propria innocenza senza al contempo allegare alcuna violazione costituzionale.

Questo standard, secondo la Corte, assicurerebbe un buon bilanciamento degli interessi contrapposti “assicurando che il caso del richiedente sia davvero ‘straordinario’ e al contempo fornendo una significativa via per evitare un’ingiustizia patente”

⁵⁷ *Schlup v. Delo*, 513 U.S. 298 (1995).

⁵⁸ La regola del previo esaurimento dei rimedi statali (‘interni’ per richiamare le categorie note al giurista europeo) fu inizialmente adottata dalla Corte Suprema con la decisione *Ex parte Royall*, 117 U.S. 241 (1886).

Attualmente la regola è codificata all’articolo 2254, 28 U.S.C., che prevede:

“(b) (1) *An application for a writ of habeas corpus on behalf of a person in custody pursuant to the judgment of a Statecourt shall not be granted unless it appears that—*

(A) *the applicant has exhausted the remedies available in the courts of the State; or*

(B) (i) *there is an absence of available State corrective process; or*

(ii) *circumstances exist that render such process ineffective to protect the rights of the applicant.*

(2) *An application for a writ of habeas corpus may be denied on the merits, notwithstanding the failure of the applicant to exhaust the remedies available in the courts of the State.*

(3) *A State shall not be deemed to have waived the exhaustion requirement or be estopped from reliance upon the requirement unless the State, through counsel, expressly waives the requirement.*

Questa condizione preliminare appare per lo più funzionale a garantire il ruolo ricoperto dalle corti statali nell'implementazione anche della legge federale: «la dottrina del previo esaurimento dei rimedi statali» infatti «deriva dalla struttura basilare del sistema federale di habeas corpus e vale a confermare il ruolo delle corti statali quali fori principali in cui discutere le questioni di tipo costituzionali relative alla condanna pronunciata dalla corte stessa»⁶⁰.

(ii) *La richiesta tardiva* (time limits for filing petitions).

(c) *An applicant shall not be deemed to have exhausted the remedies available in the courts of the State, within the meaning of this section, if he has the right under the law of the State to raise, by any available procedure, the question presented*".

La disciplina relativa "*exhaustion of state remedies*" è estremamente complessa; in estrema sintesi:

(a) Per soddisfare il requisito in parola, il richiedente deve aver presentato nel precedente giudizio, avanti la corte statale, tanto i motivi di fatto quanto quelli di diritto che sostengono la sua *claim*. E' necessario dunque che la corte statale fosse posta nella condizione di poter ordinare il rilascio del richiedente basandosi esattamente sulla medesima questione ("*in substance the same claim*") eccettuata tramite l'esperimento dell'*habeas corpus proceed*.

(b) Il requisito, inoltre, può ritenersi soddisfatto anche nei casi in cui la questione non fu adeguatamente presentata avanti la corte statale se, al momento in cui il richiedente presenta la mozione avanti la corte federale, non esistono a livello statale mezzi processuali per discutere il merito della questione (c.d. eccezione di "*absence of corrective process*") [*Fay v. Noia*, 372 U.S. 391, 9 (1963)]., ovvero se, pur sussistendo tali mezzi processuali, sono tuttavia presenti circostanze tali da rendere di fatto tale ricorso statale inidoneo a tutelare il diritto del richiedente (c.d. eccezione di "*ineffective corrective process*").

Si noti peraltro che se a livello statale è presente un mezzo processuale idoneo a discutere la *claim* del richiedente, ma tale processo è precluso al medesimo per ragioni processuali, deve applicarsi la *adequate state procedural grounds doctrine*.

(c) Ciascuna questione presentata con il ricorso deve soddisfare il requisito in parola, procedendo altrimenti la Corte a ritenere la richiesta inammissibile per permettere al richiedente di esaurire i rimedi interni per ciascuna *claim*. Solamente qualora appaia evidente che le diverse questioni siano assolutamente incapaci di legittimare il rilascio del condannato, la Corte può scendere all'esame del merito e rigettare la richiesta nonostante vi siano *unexhausted claims*.

In merito e per un ulteriore approfondimento dei diversi requisiti e limiti procedurali, v. J.S. LIEBMAN - R. HERTZ, *Federal Habeas Corpus*, cit., p. 859 ss.; D.E. MANVILLE, *Post-conviction remedies a self-help manual*, cit., p. 52 s.; B.R. MEANS, *Postconviction Remedies*, cit., vol. I, p. 679 ss.; L.W. YAKLE, *Postconviction Remedies*, cit., p. 231 ss.

⁵⁹ Per quanto riguarda la mozione *ex §2255* - ossia il procedimento di *habeas corpus* che può essere richiesto dai condannati *federali* - non si rinviene nella disciplina codicistica un requisito simile a quello del 'previo esaurimento dei rimedi intra-statali'. L'equivalente di un simile requisito a livello federale esiste tuttavia allorché si voglia contestare la condanna definitiva allegando la scoperta di nuove prove, avvenuta nel termine di due anni dalla formazione del giudicato. In questo caso, infatti, il condannato deve richiedere un nuovo procedimento. Ad ogni modo, poiché entrambe le richieste (quella di *habeas corpus* e quella per il nuovo procedimento) devono essere presentate al medesimo giudice (federale), l'impugnazione straordinaria erroneamente proposta può essere considerata come richiesta di un nuovo giudizio.

Per tutti gli altri tipi di *claim*, viceversa, non si rinviene un requisito simile alla *exhaustion rule* poiché a livello federale non vi sono altri rimedi straordinari, esperibili dopo il giudicato.

⁶⁰ "*The reason for the exhaustion requirement relates essentially to federalism and comity concerns*" J.R. POTUTO, *Prisoner Collateral Attacks*, cit., p. 69. Ciò perché anzitutto il diritto penale e la repressioni dei crimini sono di primaria competenza degli stati e inoltre poiché le corti statali sono tanto competenti quanto quelle federali ad ascoltare questioni che attengono alla legge federale.

Una volta esauriti i rimedi interstatali, inoltre, il condannato - generalmente - ha a disposizione dodici mesi di tempo per presentare la richiesta di *habeas corpus review*⁶¹. Sebbene il termine di un anno sia stato introdotto soltanto recentemente (attraverso le modifiche apportate dall'AEDPA)⁶² al fine precipuo di limitare i ricorsi alle corti federali, nella prassi applicativa, invero, tale condizione preclusiva appare sottoposta a notevoli eccezioni, capaci di stemperarne di fatto la portata (a prima vista *affatto*) restrittiva del termine a impugnare.

La corte federale, infatti, può conoscere della causa 'tardiva' sia laddove il superamento del limite di un anno risulti 'incolpevole', sia nei casi in cui «superiori esigenze di giustizia» impongano comunque di procedere alla revisione della condanna definitiva.

In particolare, il superamento del *time limit* appare anziutto 'incolpevole' allorché:

- (a) vengano scoperte nuove prove;
- (b) si intenda far valere la violazione di un diritto riconosciuto dalla Corte Suprema *dopo* la formazione del giudicato⁶³;

⁶¹ Cfr. sezione 2244(d) Il termine di un anno, peraltro, diviene addirittura di 180 giorni per i c.d. "*opt-in cases*". Si tratta dei soli casi riguardanti la pena capitale in cui lo Stato abbia soddisfatto i diversi requisiti richiesti dall'AEDPA per l'applicazione dell' *opt in status* (il quale comporta appunto una serie di 'agevolazioni' per lo Stato adempiente).

⁶² Il termine di un anno rappresenta una delle maggiori novità introdotte nel 1996 attraverso l'adozione dell'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* (AEDPA).

In passato, la Corte Suprema aveva invece adottato una standard senza dubbio più elastico attraverso la c.d. *doctrine of prejudicial delay*, successivamente codificata anche nella Rule 9(a) delle Rules Governing §2254 Cases and §2244 Proceedings.

In particolare tale disposizione permetteva - ma non imponeva - di rigettare la richiesta di revisione della condanna definitiva allorquando fossero presenti tre condizioni:

- (a) anzitutto lo Stato doveva dimostrare che il richiedente aveva ritardato la proposizione della domanda o a livello statale o a livello federale;
- (b) lo Stato, inoltre, doveva altresì dimostrare che tale ritardo pregiudicava ("*in some particularized way*") la possibilità per lo Stato medesimo di difendersi nel giudizio così iniziato dal richiedente;
- (c) infine soltanto se il richiedente non era riuscito a dimostrare che i motivi alla base della richiesta non potevano essere presentati prima (perché in qualche misura 'inesistenti') o non potevano essere stati conosciuti prima secondo uno standard di ordinaria diligenza.

Evidentemente tali regole fornivano alle corti una certa discrezionalità e flessibilità nel garantire il rimedio straordinario anche allorquando la richiesta fosse risultata in qualche misura "tardiva". Tale disciplina, peraltro, ben si coniugava con la visione dell'*habeas corpus* fatta propria dalla Corte nei medesimi anni: a partire infatti dalla premessa che "*that men incarcerated in flagrant violation of their constitutional rights have a remedy*" [*Pennsylvania ex rel. Herman v. Claudy*, 350 U.S. 116, 123 (1956)], la Corte aveva altresì riconosciuto che "*habeas corpus provides a remedy for jurisdictional and constitutional error [...] without limit of time*" [*United States v. Smith*, 331 U.S. 469, 475 (1947)].

Si noti peraltro che tale disciplina - formalmente non abrogata dalle disposizioni dell'AEDPA, ma sostanzialmente divenuta irrilevante di fronte al nuovo termine di un anno - rimane applicabile ai ricorsi presentati prima dell'adozione dell'AEDPA (24 aprile 1996).

Per un'attenta ricognizione di tale disciplina v. J.S. LIEBMAN - R. HERTZ, *Federal Habeas Corpus*, cit., p. 919 ss.

⁶³ *Dodd v. United States*, 545 U.S. 353, 125 (2005).

(c) sia comunque possibile dimostrare la sussistenza di una “circostanza eccezionale” che abbia ostacolato la proposizione tempestiva della domanda, sempre che il condannato dimostri di aver perseguito il suo diritto diligentemente⁶⁴ (*equitable tolling doctrine*).

A tali situazioni scusanti, inoltre, si aggiunge - come anticipato - la possibilità che nel caso di specie ricorrano eccezionali *ragioni di giustizia*, nello specifico che sia eccepita la c.d. *actual innocence* del richiedente e si dimostri che alla luce delle nuove prove nessuna giuria ragionevole avrebbe raggiunto il verdetto di colpevolezza ogni ragionevole dubbio⁶⁵.

(iii) *La richiesta successiva (c.d. successive petitions)*.

Quanto infine alle c.d. *successive petitions*, si tratta in particolare di considerare se è possibile riproporre una seconda volta in *habeas corpus* la medesima richiesta già considerata e rigettata dalla corte federale una prima volta attraverso il medesimo procedimento eccezionale (c.d. *claims previously advanced*).

A tale proposito, l'attuale sezione 2244(1)(b) dispone che:

«*A claim presented in a second or successive habeas corpus application under section 2254 that was presented in a prior application shall be dismissed*».

La disposizione, dunque, vieta di considerare nuovamente la medesima *claim* in precedenza già decisa in relazione alla medesima custodia e al medesimo procedimento⁶⁶⁻⁶⁷.

⁶⁴ Peraltro in *Holland v. Florida*, 560 U.S. ____ (2010) la Corte ha riconosciuto anche la possibilità di riconoscere una sospensione equa (*Equitable tolling*) se il richiedente dimostra che una qualche circostanza eccezionale ha ostacolato la proposizione della domanda in tempo e che lui ha perseguito il suo diritto diligentemente (“a [habeas] petitioner is entitled to equitable tolling only if he shows (1) that he has been pursuing his rights diligently, and (2) that some extraordinary circumstance stood in his way and prevented timely filing.”). Nel precisare cosa si intende per ‘circostanza eccezionale’ la Corte ha senz’altro escluso il mero errore di calcolo, ma ha lasciato aperta la possibilità che possa essere integrato dalla condotta non professionale del legale rappresentante.

⁶⁵ In *McQuiggin v. Perkins*, 569 U.S. 383 (2013), la Corte ha riconosciuto che un richiedente, pur non risultando qualificato a richiedere l'*equitable tolling*, può nondimeno accedere all'*habeas corpus* anche trascorso il termine di un anno deducendo la propria *actual innocence*.

⁶⁶ Rispetto a tale categoria di ipotesi si parla di “*same-claim successive petition*”, ben distinte dalle c.d. “*new claim successive petitions*”.

Si noti, peraltro, che recentemente la Corte Suprema ha riconosciuto come, anche dopo le modifiche apportate dall'AEDPA, sia (ancora) possibile individuare due ipotesi distinte e perciò sottratte alle restrizioni esistenti in punto di *successive petitions*, sostanzialmente perché non potrebbero ritenersi a stretto rigore tali.

(a) *Not the same judgment*. Anzitutto, non potrebbe ritenersi *successive* la richiesta di rivedere un diverso giudizio (meglio, una diversa *sentenza*) da quella in precedenza impugnata. Così, ad esempio, sfugge dai

La previsione attuale, peraltro, che risulta così modificata dall'AEDPA, non sembra lasciar alcun margine di discrezionalità alle corti federali, le quali, viceversa, sotto la previgente disciplina, avevano individuato taluni ipotesi eccezionali in cui poter decidere nuovamente la medesima *claim* già presentata e valutata nel precedente procedimento di *habeas corpus*.

limiti cui sono sottoposte le *successive petitions*, la richiesta di *habeas corpus* presentata da un richiedente, il quale vittorioso una prima volta nell'ottenere la concessione della revisione della condanna, è stato successivamente giudicato (di nuovo) colpevole [*Burris, v. Parke*, 95 F.3d 465, 468-69 (7th. Cir. 1996)].

(b) *No prior judgment on the merits*. Poiché le limitazioni concernenti le *successive petitions* si applica solamente nelle ipotesi in cui la previgente richiesta è stata esaminata nel merito e rigettata sulla base del merito; se la *claim* è stata rigettata per un motivo procedurale (ad esempio perché non risultano esauriti i ricorsi inter-statali e allo scopo di permettere il loro completo esperimento) la successiva richiesta non può ritenersi inammissibile [*Stewart v. Martinez-Villareal*, 118 S. Ct. 1618 (1998)].

⁶⁷ Al di là di alcune limitate eccezioni, pertanto, la richiesta di *habeas corpus* dovrebbe contenere “*every colorable claim*” conosciute o conoscibili secondo l'ordinaria diligenza al momento della presentazione della richiesta. In questo senso *McFarland v. Scott*, 512 U.S. 849, 860 (1994), per cui “*our carefully crafted doctrines of waiver and abuse of the writ make it especially important that the first petition adequately set forth all of a state prisoner's colorable grounds for relief*”.

La disciplina vigente risulta dalle modifiche apportate in senso restrittivo dall'AEDPA.

In precedenza, infatti la Corte Suprema aveva riconosciuto in capo a sé un ampio potere discrezionale di rigettare (ma altresì di *ammettere*) la medesima domanda considerando svariati elementi, tra cui anche la “*fullness of consideration*” eventualmente ricevuta nel precedente giudizio [*Salinger v. Loisel*, 265 U.S. 224, 44 (1924)].

Tale regolamentazione venne successivamente precisata (e in parte modificata) nel caso *Sanders v. United States* [*Sanders v. United States*, 373 U.S. 1, 83 (1963)].

Anzitutto, il precedente ricorso può considerarsi rilevante (e rendere la nuova richiesta inammissibile) laddove. “(1) *the same ground presented in the subsequent application was determined adversely to the applicant on the prior application, (2) the prior determination was on the merits, and (3) the ends of justice would not be served by reaching the merits of the subsequent application*”.

In particolare, dunque, anche laddove la precedente richiesta fosse stata decisa nel merito, il richiedente poteva comunque ottenere una seconda decisione dimostrando che solo un nuovo giudizio avrebbe potuto servire “*the ends of justice*”: “*Even if the same ground was rejected on the merits on a prior application, it is open to the applicant to show that the ends of justice would be served by permitting the redetermination of the ground. If factual issues are involved, the applicant is entitled to a new hearing upon showing that the evidentiary hearing on the prior application was not full and fair; we canvassed the criteria of a full and fair evidentiary hearing recently in Townsend v. Sain, supra, and that discussion need not be repeated here. If purely legal questions are involved, the applicant may be entitled to a new hearing upon showing an intervening change in the law or some other justification for having failed to raise a crucial point or argument in the prior application. Two further points should be noted. First, the foregoing enumeration is not intended to be exhaustive; the test is "the ends of justice" and it cannot be too finely particularized. Second, ± the burden is on the applicant to show that, although the ground of the new application was determined against him on the merits on a prior application, the ends of justice would be served by a redetermination of the ground*”.

Nella successiva sentenza *Kuhlmann v. Wilson* [477 U.S. 436, 106 (1986)], inoltre la Corte precisò che: “*In the light of the historic purpose of habeas corpus and the interests implicated by successive petitions for federal habeas relief from a state conviction, we conclude that the "ends of justice" require federal courts to entertain such petitions only where the prisoner supplements his constitutional claim with a colorable showing of factual innocence*”.

La richiesta successiva, infine, oltre a contenere una *claim* in precedenza già esaminata nel procedimento di *habeas corpus*, può anche riguardare una questione affatto nuova, eccepita davanti la corte federale per la prima volta⁶⁸.

Tale seconda ipotesi è disciplinata dalla sezione 2244 (Finality of determination) (b) (2)⁶⁹ che prevede - quale regola generale - la normale rigettabilità della *claim* in precedenza non presentata, e in via eccezionale la possibilità di conoscere della causa allorquando la nuova *claim* si basi o su una *new constitutional rule*, annunciata dopo il compimento del termine,⁷⁰ ovvero su nuove prove, che non avrebbero potuto essere scoperte in precedenza con la dovuta diligenza.⁷¹

Tali eccezioni, si noti, recepiscono in parte la giurisprudenza precedente [*Sanders v. United States*], che aveva ammesso la *successive petition* in relazione a una nuova *claim*

⁶⁸ Prima delle modifiche introdotte dall'AEDPA le "*new-claim successive federal habeas corpus petition*" erano presentate avanti la corte federale alla stregua di qualunque altra richiesta di revisione in *habeas corpus*.

Eventualmente, spettava allo Stato convenuto eccepire e provare - alla stregua di una vera e propria *defence* - che la nuova richiesta costituiva un abuso del diritto - per cui il richiedente che ha deliberatamente omesso di presentare la questione in precedenza, non può essere ascoltato una seconda volta [*Wong Doo v. United States*, 265 U.S. 239, 44 (1924); *Price v. Johnston*, 334 U.S. 266 (1948)]. Soltanto se lo Stato riusciva a sostenere la propria *defence*, l'onere probatorio si spostava in capo al richiedente, il quale poteva a sua volta difendersi ("*disprove abuse*") dimostrando o "*cause and prejudice*" ovvero l'eventuale "*miscarriage of justice*" in cui sarebbe risultato l'eventuale rigetto della revisione della condanna definitiva [*McCleskey v. Zant*, 499 U.S., 494 (1991)].

Per un'accurata ricostruzione dei limiti procedurali e degli standard applicabili ai *pre-AEDPA case* v. J.S. LIEBMAN - R. HERTZ, *Federal Habeas Corpus*, cit., p. 1172 ss.

⁶⁹ "*A claim presented in a second or successive habeas corpus application under section 2254 that was not presented in a prior application shall be dismissed unless—*

(A) *the applicant shows that the claim relies on a new rule of constitutional law, made retroactive to cases on collateral review by the Supreme Court, that was previously unavailable; or*

(B) (i) *the factual predicate for the claim could not have been discovered previously through the exercise of due diligence; and*

(ii) *the facts underlying the claim, if proven and viewed in light of the evidence as a whole, would be sufficient to establish by clear and convincing evidence that, but for constitutional error, no reasonable factfinder would have found the applicant guilty of the underlying offense*".

In merito v. B.R. MEANS, *Postconviction Remedies*, cit., vol. II, p. 1 ss. e L.W. YAKLE, *Postconviction Remedies*, cit., p. 548 ss.

⁷⁰ Si noti la "*new constitutional law basis*" è da sola sufficiente a legittimare una *successive petition*, senza la necessità di dover dimostrare altresì un "*prejudice*" o la propria innocenza ("*miscarriage of justice*"). In precedenza, invece, si applicavano in ogni caso - e dunque anche qualora fosse stata riconosciuto successivamente un diritto o una violazione di rango costituzionale - i concorrenti standard di "*cause and prejudice*" e "*miscarriage of justice*" [*McCleskey v. Zan*, 499 U.S. 467, 494-95 (1991)].

⁷¹ Inoltre, i nuovi fatti, se provati e se considerati complessivamente, devono essere sufficienti per stabilire chiaramente se non fosse che per l'errore costituzionale, tale per cui nessuna giuria l'avrebbe ritenuto colpevole.

Tale ultima sezione, si noti, comporta uno standard più elevato rispetto a quello utilizzato nelle decisioni *Sykes/McCleskey*, che permettevano la revisione della nuova *claim* dimostrando la causa e il pregiudizio o l'*actual innocence*. Per la nuova previsione invece conta sola la causa e conta solo laddove il richiedente possa dimostrare che non era stato possibile con la dovuta diligenza scoprire la base fattuale per la nuova *claim*.

allorquando la revisione avrebbe servito *the end of justice* e, segnatamente: «*If factual issues are involved, the applicant is entitled to a new hearing upon showing that the evidentiary hearing on the prior application was not full and fair [...]. If purely legal questions are involved, the applicant may be entitled to a new hearing upon showing an intervening change in the law or some other justification for having failed to raise a crucial point or argument in the prior application*».

6. La disciplina: il diritto applicabile in *executivis*.

Come anticipato, ancor prima di analizzare degli effetti temporali della decisione più favorevole negli U.S.A., pare necessario considerare un secondo aspetto relativo alla disciplina dell'*habeas corpus*, riguardante, precisamente, il diritto - *law* - applicabile nel procedimento straordinario per vagliare la legalità della detenzione eccepita.

In particolare, rifacendosi al linguaggio proprio della letteratura americana, si intende qui considerare la possibilità di eccepire *post rem iudicatam* - attraverso il ricorso in *habeas corpus* - l'illegittimità della propria condanna facendo valere un *diritto costituzionale* riconosciuto dalla Corte Suprema *dopo* la definizione del precedente giudizio⁷².

Sebbene il tema possa apparire a prima vista del tutto stravagante rispetto all'oggetto dell'indagine (considerandosi in questo caso la possibile retroattività di una decisione *costituzionale* e non la nuova interpretazione di una disposizione legislativa), l'esame di tale problematica risulta di converso indispensabile per gli scopi di questa ricerca, poiché le categorie elaborate in tale contesto dalla giurisprudenza statunitense, risultano altresì impiegate per valutare l'applicabilità oltre il giudicato di una nuova interpretazione giurisprudenziale di uno *statute law*.

⁷² Sul tema in generale: B. R. MEANS, *Postconviction Remedies*, cit., 1233 ss.; W.R. LAFAVE, *Criminal Procedure*, cit., p. 313 ss.; J.R. POTUTO, *Prisoner Collateral Attacks*, cit., p. 181 ss.; J.S. LIEBMAN - R. HERTZ, *Federal Habeas Corpus Practice and Procedure*, cit. vol. II, p. 933 ss. Pregevole soprattutto - poiché ricostruisce le diverse fasi storiche in maniera piuttosto agile e completa - M.M. ARKIN, *The Prisoner's Dilemma: Life in the Lower Federal Courts after Teague v. Lane*, in *North Carolina Law Review*, 1991, 69, p. 371 ss. (più in generale dedicato allo studio dell'impatto che la sentenza *Teague* ha avuto sulle corti inferiori, valutando come quest'ultime abbiano implementato i principi espressi dalla Corte Suprema).

Sulla regolamentazione degli effetti nel tempo della nuova decisione, tanto in ambito civile, quanto in quello penale v. altresì R. KEY, *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, in *Faculty Articles and Papers*, 2014, p. 297 ss.

L'esame di questa problematica, peraltro, appare altresì fondamentale per apprezzare le soluzioni adottate in punto di retroattività della decisione più favorevole (riguardante l'interpretazione di uno *statute law*) in una prospettiva di più ampio respiro, che consideri anche: la funzione generalmente assegnata al rimedio di *habeas corpus*, il valore riconosciuto al giudicato nell'ordinamento statunitense, nonché il ruolo ivi assunto dal formante giurisprudenziale. Tali elementi, infatti, come si vedrà, vengono esaminati dettagliatamente - tanto in giurisprudenza, quanto in letteratura - proprio analizzando la questione della 'rule rilevante'.

6.1. L'evoluzione della disciplina in punto di retroattività costituzionale: coordinate essenziali.

Venendo all'esame della regolamentazione degli effetti nel tempo della decisione costituzionale, è bene anzitutto chiarire che nell'ordinamento statunitense tale disciplina risulta interamente rimessa al formante giurisprudenziale, non rinvenendosi né a livello costituzionale, né a livello legislativo alcuna disposizione in tal senso⁷³.

La disciplina che ne è derivata, pertanto, come efficacemente rilevato, è risultata "*Being judge-made, entirely mutable*"⁷⁴.

In effetti la Corte Suprema ha adottato nel corso dl tempo soluzioni diverse a seconda del prevalere in seno ai giudici federali dell'una o dell'altra 'maggioranza'(cui evidentemente corrispondevano visioni differenti dell'ordinamento penale in generale e dell'*habeas corpus* in particolare).⁷⁵

⁷³ *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965): "*The Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect*".

⁷⁴ S.W. ALLEN, *Toward a Unified Theory of Retroactivity*, in *NYL Sch. L. Rev.* 54, 2009, p. 106 .

⁷⁵ Nel corso degli anni, tantoin giurisprudenza, quanto in dottrina sono stati presentati diversi "*models of habeas reviews*". Esemplicativamente:

- "*The One Fair Chance Model*": la primaria funzione del ricorso è quella di assicurare che le corti statali applichino responsabilmente la prevalente dottrina costituzionale (in questo senso P. BATOR, *Finality in Criminal Law and Federal Habes Corpus for State Prisoners*, in *Harv.L.Rev.*, 1963, 76, p. 441 ss.);

- "*Vindicating Federal Constitutional Rights in a Federal Forum*": la corete federale potrebbe sempre garantire la revisione della condanna, nonostante il precedente comportamento processuale (con speciale riguardo alla dottrina dell'abuso del diritto) del richiedente (in giurisprudenza propugnato soprattutto giudice Brennan e in dottrina da L. YAKLE, *The habeas Hagioscope*, in *S.Cal.L.Rev.*, 1993, 66, p. 1331 ss-);

- "*The Fundamental Fairness Model*": in ogni caso il rimedio dovrebbe essere esperibile per quei "*errors so fundamental that they infect the validity of the underlying judgment itself, or the integrity by*

Se si guarda all'evoluzione più recente⁷⁶, è così possibile individuare fundamentalmente due fasi susseguenti e divergenti che hanno caratterizzato la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (e di conseguenza la disciplina della retroattività della decisione costituzionale); cursoriamente:

(a) nella prima fase, in cui è prevalsa la maggioranza capitanata dal giudice Warren (Chief Justice), si è assistito a una generale *tendenza espansionistica* dei diritti costituzionalmente garantiti, riflessa in punto di retroattività in una regola piuttosto duttile, capace di permettere la revisione delle decisioni già divenute definitive in una molteplicità piuttosto larga di casi;

(b) nella seconda, cui corrisponde viceversa la maggioranza del giudice Rehnquist, è prevalso di converso un atteggiamento più 'moderato' e conservatore, tendente a frenare l'espansionismo della fase precedente e a contenere entro limiti più rigidi la possibile retroattività della decisioni costituzionali (ora fortemente limitata a talune ipotesi eccezionali, chiaramente predeterminate).⁷⁷

In ciascuna di tali fasi, come si avrà modo di vedere meglio (*infra* §§ 6.2.1.; 6.3.1.), la regola adottata in punto di retroattività riflette sia l'atteggiamento complessivo della Corte Suprema rispetto all'interpretazione di tipo costituzionale (espansionismo vs. irrigidimento), sia, al contempo, della visione dei medesimi giudici circa la *vera*

which that judgment was obtained" (in questo senso il giudice Stevens in *Rose v. Lundy*, 455 U.S. 509, 538 (1982));

- "*The Protection of the Innocent Model*": "*with a few important exceptions [...] convictions should be subject to collateral attack only when the prisoner supplements his constitutional plea with colorable claim of innocence*" (H. FRIENDLY, *Is Innocence Irrelevant? Collateral Attack on Criminal Judgments*, in *U.Chi.L.Rev.*, 1970, 38, p. 142 ss.).

Per una rapida ricostruzione dei diversi modelli, e per i riferimenti ivi contenuti, v. W.R. LAFAVE - J.H. ISRAEL - N.J. KING - O.S. KERR, *Criminal Procedure*, p. 199 ss.

⁷⁶ Per una completa ricostruzione della storia dell'*habeas corpus* negli Stati Uniti, con particolare riguardo alla funzione di volta in volta assegnata, sin dal 1789, v. J.S. LIEBMAN - R. HERTZ, *Federal Habeas Corpus*, cit., vol. I., p. 40 ss.; nonché C. FEDERMAN, *The Body and the State. Habeas corpus and American Jurisprudence*, Albany, 2006; J.J. WERT, *Habeas Corpus in America. The Politics of Individual Rights*, Kansas, 2011; B.R. MEANS, *Postconviction Remedies*, cit., vol. I, p. 64 ss., N.J. KING - J.L. HOFFMANN, *Habeas for the Twenty-first Century. Uses, Abuses, and the Future of the Great Writ*, Chicago 2011.

⁷⁷ "*The Court's role in each regime's use of the writ was not simply one of deference. To be sure. the Warren Court after 1962, and the Rehnquist Court from the mid-1980s onward, fashioned habeas jurisprudence that was largely in tune with the dominant National regime of its time*", J.J. WERT, *Habeas Corpus in America. The Politics of Individual Rights*, cit., p. 196; il quale evidenzia altresì come la Corte Warren interpretò l'*habeas corpus* largamente riflettendo la grande attenzione del *New Deal* e della *Great Society* per i diritti individuali. Di contro - p. 196-: "*The Burger and Rehnquist Court also reread the writ's historical trajectory, but they did so narrowly and with equal disregard for historical accuracy, recasting the writ to square with the ascending Republican Party's concern for law and order, states' rights*".

funzione da riconoscersi all'*habeas corpus* (a sua volta influenzata da ulteriori considerazioni concernenti il valore del giudicato e il ruolo delle corti statali nell'ordinamento federale).

6.2. Primo periodo. La Corte Warren e l'*habeas corpus*: l'implementazione dei diritti costituzionali.

La prima fase storica, lo si è detto, coincide con l'avvento - a metà circa del secolo scorso - della c.d. Corte Warren, responsabile di una significativa opera di espansione dei diritti costituzionalmente riconosciuti.

Negli anni '50 e '60 del secolo scorso, infatti, la Corte Suprema riuscì in una notevolissima opera di ampliamento delle garanzie costituzionali, di fatto rivoluzionando in senso garantistico la struttura del processo penale in America (e invero in questo periodo l'estensione dei diritti di rango costituzionale ha riguardato massicciamente proprio le regole di tipo procedurale).⁷⁸

A questo movimento espansionistico attuato sul lato delle garanzie costituzionali, peraltro, corrispose altresì un ampliamento significativo dell'ambito applicativo del ricorso in *habeas corpus*.

Tale rimedio, infatti, venne concepito in questa fase come funzionale precipuamente a rimediare a quelle condanne da considerarsi ingiuste perché pronunciate in violazione di un diritto del richiedente; per tale via, l'*habeas corpus* divenne essenzialmente un ulteriore strumento capace di garantire l'*enforcement* (rispetto ai procedimenti già conclusi) dei diritti costituzionali recentemente riconosciuti.⁷⁹

⁷⁸ Le regole che la Corte aveva tratto dalla *due process clause* prima degli anni 60 erano largamente *uncontroversial*. Prima di allora, la clausola aveva semplicemente significato il diritto ad avere un processo non condizionato dalla mafia o il diritto a non avere il contenuto del proprio stomaco forzatamente rimosso dalla polizia durante la ricerca di prove [*Rochin v California*, 342 U.S. 165 (1952)]. Prima dell'avvento della Corte Warren l'*habeas* era stato usato solo per *exceptional violations of only the most fundamental criminal trial due process rights*. "*Habeas was thus only meant to help correct outlier cases, mainly in the South, that blatantly violated the rights of mostly indigent black defendants*". Per approfondimento v. M.J. KLARMA, *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, 2006, J.J. WERT, *Habeas Corpus in America. The Politics of Individual Rights*, Kansas, 2011, p. 24; nonché p. 120. Sul ruolo 'rivoluzionario' della *Warren Court* v. anche R.G. MCCLOSKEY, *The American Supreme Court*, Chicago, 2005, 150; M.V. TUSHNET, *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, Charlottesville, 1993, 4.

⁷⁹ Il forte espansionismo di questi anni fece sorgere un crescente movimento di critica nei confronti della Corte Warren: "*during the 1950s and 1960s, the Court recise and redefined habeas to enforce the dominant regime's particular vision of constitutional governance through a reinterpretation of the criminal process provision of the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment. These habeas changes*

Tale concezione (che vedeva nel *Writ of Liberty* precipuamente un mezzo a tutela dei diritti dell'individuo) risultava peraltro sostenuta - nella visione della Corte Warren - da ulteriori considerazioni concernenti sia il sistema federale, sia il concetto di giudicato⁸⁰.

Quanto al primo, anzitutto, un'applicazione più ampia del ricorso in *habeas corpus* appariva funzionale in tale visione ad assicurare all'individuo condannato da una corte statale la possibilità di ridiscutere la propria causa avanti un giudice federale, allorquando la *claim* riguardasse proprio la Costituzione degli Stati Uniti d'America.

Rispetto a tali questioni, infatti, la corte federale doveva ritenersi il foro più appropriato, considerandosi altresì che: poiché «i giudici statali sono eletti dal popolo [...] essi possono incontrare delle difficoltà a resistere alle pressioni popolari, pressioni che invece non riguardano i giudici federali, il cui mandato è a vita proprio per renderli immuni da istanze simili; la legge federale sull'*habeas corpus* riflette il giudizio del Congresso per cui tale visione 'distaccata' dalle pressioni popolari della causa risulta una garanzia senz'altro benefica». (*Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976))⁸¹.

In tale concezione, inoltre, il valore della *finality*, con ogni evidenza, perdeva necessariamente di significato sino quasi ad annichilirsi completamente di fronte alla

soon led to political and legal backlash from an emerging conservative coalition that increasingly channeled its criticism on the New Deal-Great Society coalition [...]. During Richard Nixon's 1968 presidential bid, the scendant Republican coalition was able to gain traction by criticizing the Warren Court's transformation of the writ from an extraordinary to an ordinary remedy for any and all seemingly constitutional violations», J.J. WERT, Habeas Corpus in America. The Politics of Individual Rights, Kansas, 2011, p. 24; nonché a p. 120: "From 1960 onward, the Warren Court's criminal procedure and equal protection devolution led many Americans to believe that the Court [...] had moved far beyond simply enforcing basic and largely popular due process rights in the area of criminal justice. [...] a retooled Republican Party, poised to counter the regime's every move, seized on the Warren Court's incorporation and habeas jurisprudence to rally momentum against the perceived excesses of Great Society liberalism, as well as the supposed threat to finality and federalism that the Court's new habeas jurisprudence posed".

⁸⁰ Dal punto di vista storico, inoltre, si afferma che tale ampia concezione dell'*habeas corpus* risulterebbe pienamente in linea con le origini e lo sviluppo del diritto nei secoli precedenti, risultando da sempre tale rimedio straordinario concepito a garanzia di quegli individui detenuti in violazione di un loro diritto fondamentale (*Kaufman v. United States*, 394 U.S. 217(1969)).

⁸¹ Questa visione è stata successivamente rifiutata dalla 'nuova' Corte Suprema: sia perché in alcuni casi i giudici vengono scelti appositamente anche attraverso criteri di merito (il che renderebbe i giudici immuni dalle pressioni popolari), sia perché mancano di fatto evidenze di tali differenze. In definitiva "There is no intrinsic reason why the fact that a man is a federal judge should make him more competent, or conscientious, or learned with respect to the consideration of Fourth Amendment claims] than his neighbor in the state courthouse", *Stone v Powell*. V. anche S.D. O'CONNOR, *Trends in the Relationship Between the Federal and State Courts from the Perspective of a State Court Judge*, in *Wm. & Mary L.Rev.*, 1981, 22, p. 812 ss.

tutela imprescindibile dei diritti costituzionali: «*Conventional notions of finality of litigation have no place where life or liberty is at stake and infringement of constitutional rights is alleged*» (*Sanders v. United States*, 373 U.S. 1, 8 (1963))⁸².

6.2.1. La regola della retroattività secondo la Corte Warren: la disciplina fluida

Durante la metà del secolo scorso, pertanto, la Corte Warren ha cercato di assicurare un largo ricorso all'istituto di *habeas corpus*, concepito precipuamente come un mezzo per salvaguardare i diritti dell'individuo nonostante la formazione del giudicato.

Dal punto di vista degli effetti temporali delle sentenze costituzionali, tale ampia visione ha comportato l'adozione di una regola 'fluida' che ha permesso alla Corte Suprema di decidere in maniera di fatto altamente discrezionale quando riconoscere effetto retroattivo, oltre il giudicato, ai 'nuovi' diritti costituzionali (soprattutto di stampo procedurale).⁸³

Nel *leading case Linkletter v. Walker*⁸⁴, invero, la Corte Suprema ha ritenuto di dover determinare di volta in volta l'efficacia retroattiva di una propria decisione «*weigh the merits and demerits [...] by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation*»⁸⁵.

Nella successiva decisione *Stovall v. Denno*⁸⁶, peraltro la Corte ha specificato i criteri da adottare per determinare la retroattività della nuova regola, elaborando una *three-factor*

⁸² In dottrina v. D.P. LAY, *Modern Administrative Proposals for Federal Habeas*, in *DePaul L.Rev.*, 1972, 21 p. 709 s.: «*We would not send two astronoute sto the moon without providing them with at leas three or four back-up systems. Should we send lite rally thousands of men to prison with even less reserve?*».

⁸³ Gli effetti di tale giurisprudenza, criticata per risultare altamente 'arbitraria', sono ben evidenziati dal giudice Harlan nella *dissenting opinion* in *Desist v. United States*, 394 U.S. 244: «*We have held that certain "new" rules are to be applied to all cases then subject to direct review, Linkletter v. Walker, supra; Tehan v. Shott, 382 U.S. 406 (1966); certain others are to be applied to all those cases in which trials have not yet commenced, Johnson v. New Jersey, 384 U.S. 719 (1966); certain others are to be applied to all those cases in which the tainted evidence has not yet been introduced at trial, Fuller v. Alaska, 393 U.S. 80 (1968); and still others are to be applied only to the party involved in the case in which the new rule is announced and to all future cases in which the proscribed official conduct has not yet occurred. Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967); DeStefano v. Woods, 392 U.S. 631 (1968)*».

⁸⁴ *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

B. R. MEANS, *Postconviction Remedies*, cit., 1241 ss.; J.S. LIEBMAN - R. HERTZ, *Federal Habeas Corpus Practice and Procedure*, cit. vol. II, p. 942 ss.

⁸⁵ Sent. *Linkletter*, cit. 629.

⁸⁶ *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967).

formula, occorrendo considerare: «*the purpose of the exclusionary rule, the reliance of the States on prior law, and the effect on the administration of justice of a retroactive application of the exclusionary rule*»⁸⁷⁻⁸⁸.

6.3. Il secondo periodo. La Corte Rehnquist e l'*habeas corpus*: una brusca frenata nell'evoluzione dei diritti fondamentali.

Come anticipato, a questo primo periodo - di forte espansione dei diritti costituzionalmente garantiti e di sostanziale allargamento dell'ambito operativo dell'*habeas corpus* - seguì una seconda fase in cui, di contro, la Corte Suprema degli Stati Uniti assunse un atteggiamento inverso, fortemente restrittivo rispetto all'interpretazione della carta costituzionale e altamente rigidistico per quanto riguarda l'individuazione dei limiti applicativi del *Writ of Liberty*.

A partire dagli anni '70 del secolo scorso, difatti, si formò in seno alla Corte Suprema una nuova maggioranza (la c.d. Corte Rehnquist) volta dichiaratamente a contenere i movimenti 'tellurici' che avevano caratterizzato gli anni precedenti⁸⁹.

⁸⁷ Peraltro in *Stovall* la Corte riconosce che la nuova regola si applichi sempre nel caso all'interno del quale viene adottata la nuova decisione, adoperandosi la formula triadica solo per determinare se la medesima disciplina debba 'retroagire' anche nei casi diversi per quanto simili o identici.

⁸⁸ Tale approccio - comunque non univocamente condiviso - subì un importante e significativo contraccolpo nel 1969, allorché il giudice Harlan si schierò con coloro che - già in precedenza - avevano criticato la Linkletter doctrine.

In particolare, nella decisione *Desist v. United States* e, successivamente, nel caso *Mackey v. United State*, il giudice Harlan adottò una posizione singolare in seguito destinata a influenzare la futura regolamentazione in punto di retroattività.

Anzitutto, secondo Harlan, doveva distinguersi tra *direct review* e *collateral attack*, riconoscendo nel primo caso una piena retroattività delle nuove decisioni, essendo il dovere di «*a court of law, charged with applying the Constitution to resolve every legal dispute within our jurisdiction on direct review,*» "apply the law as it is at the time, not as it once was».

Diversamente, la disciplina della retroattività della nuova decisione doveva atteggiarsi in maniera differente in caso di *habeas corpus*, poiché in tale caso l'interesse nel giudicato avrebbe richiesto di restringere maggiormente l'ambito di cognizione giudiziale: «*habeas review must be adequate to "serv[e] as a necessary additional incentive for trial and appellate courts throughout the land to conduct their proceedings in a manner consistent with established constitutional standards."* But this purpose created no need to apply "all 'new' constitutional rules retroactively. On habeas only new rules that held previously punishable conduct to be constitutionally protected, or that defined procedural rights so vital as to be "implicit in the concept of ordered liberty, called for retroactive application».

L'approccio del giudice Harlan non venne adottato durante l'era della Warren Court, ma venne adottato *in parte* dalla successiva maggioranza.

⁸⁹ Durante la sua campagna presidenziale Richard Nixon promise di cambiare quello che lui e la maggior parte della nazione percepiva come una Corte occupata soltanto a favorire i criminali piuttosto che a tutelare le vittime e l'applicazione della legge. "His [Richard Nixon] answer was to replace activist judges with those who would interpret the Constitution according to strict construction", J.J. WERT, *Habeas Corpus in America. The Politics of Individual Rights*, cit., p. 163.

Per quanto attiene, anzitutto, all'implementazione dei diritti costituzionali, si assiste in tale secondo periodo a un sostanziale arresto del moto espansionistico che aveva connotato la fase precedente, adottandosi ora di converso un atteggiamento nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali fortemente improntato a *self-restraint*.

Tale atteggiamento - conservativo e non evolutivo - si riverbera inoltre sull'ambito di applicazione del rimedio di *habeas corpus*, fortemente limitato interpretando restrittivamente i requisiti applicativi dell'istituto.⁹⁰

Allo stesso modo che nel primo periodo, peraltro, anche in questa fase, la differente perimetrazione dell'ambito operativo dell'*habeas corpus* riflette evidentemente la visione della Corte Rehnquist circa la 'vera funzione' del rimedio, visione a sua volta puntellata da ulteriori valutazioni rispetto al sistema federale, al ruolo delle corti statali, nonché al valore della *finality in criminal law*⁹¹.

In questo secondo periodo, infatti, l'*habeas corpus* viene precipuamente concepito come un mezzo di deterrenza nei confronti delle corti statali, in tal modo - mediante 'la minaccia di revisione' - scoraggiate dal commettere errori circa i diritti costituzionali; in tale ottica, tendenzialmente, l'*habeas corpus* non sarebbe necessario se non nei casi in cui il tribunale statale abbia agito malamente⁹².

⁹⁰ Per una visione d'insieme relativa ai diversi limiti, requisiti ed eccezioni fatte proprie dalla Corte Suprema al precipuo scopo di limitare l'accesso al rimedio dell'*habeas corpus*, v. J.S. LIEBMAN - R. HERTZ, *Federal Habeas Corpus*, cit., p. 845 ss.

Tale ultimo risultato, in particolare, viene raggiunto implementando due fondamentali criteri applicativi: l'uno relativo al ruolo dell'*innocence*, l'altro a quello delle corti statali.

(a) Quanto all'*innocence*, anzitutto, si fa strada in questi anni la concezione volta a delimitare l'esperienza del rimedio dell'*habeas corpus* soltanto nei casi in cui sia concretamente plausibile che la violazione del diritto costituzionale abbia determinato la condanna di un innocente. In assenza di tale rischio significativo, viceversa, il *collateral attack* dovrebbe risultare precluso, anche nei casi in cui concretamente sia consumata in giudizio la violazione di un diritto fondamentale.

Scopo precipuo dell'*habeas corpus* doveva infatti ritenersi quello "di assicurare che nessun uomo sia incarcerato attraverso una procedura che crea un rischio rilevante e impermissibile che un innocente sia condannato" [v. *infra* §6.3.].

(b) Quanto alle corti statali, in aperto contrasto con la visione precedente fatta propria dalla Corte Warren, la 'nuova' Corte afferma invece la necessità di considerare, al fine di correttamente determinare l'ambito applicativo dell'*habeas corpus* la funzione svolta dai giudici statali, dovendosi tutelare il valore - invero da reputarsi fondamentale all'interno del sistema federale - di *comity*.

⁹¹ §§163 ss. Di fatto la nuova corte recepì tanto le critiche avanzate da Bator e Henry Friendly «*who suggested tht the actual guilty or innocence of the defendant, as well as a desire for finality in criminal adjudication, should govern access to habeas.*

His concern [...] was that it prevented "finality" in criminal procedure adjudication and ignored the low probability of the actual innocence of the defendant».

⁹²«[T]he Court never has defined the scope of the writ simply by reference to a perceived need to assure that an individual accused of crime is afforded a trial free of constitutional error." *Kuhlmann v. Wilson*,

Tale concezione peraltro trova conforto nello stesso sistema federale e, in particolare, nell'esigenza di salvaguardare il ruolo svolto dalle corti statali nella tutela dei diritti costituzionalmente garantiti; si afferma infatti che un'opportunità troppo ampia di rivedere le decisioni statali potrebbe minare la tenuta stessa del sistema, poiché i giudici statali «potrebbero divenire tanto frustati a causa dell'esteso intervento delle Corti Federali da abdicare semplicemente alla propria funzione in favore della giurisdizione federale»⁹³.

Quanto infine al ruolo del giudicato, in quest'epoca - invero, per nulla affatto sorprendentemente - la Corte torna a valorizzare l'interesse della *finality*, che, in tale ottica, appare funzionale a tutelare rilevanti valori propri del sistema penale⁹⁴.

In particolare, il giudicato risulterebbe essenziale per la giustizia penale garantendone gli scopi di deterrenza, risocializzazione e 'quiete' sociale:

(a) quanto alla funzione di deterrenza, infatti, la persistente riapertura dei giudizi di fatto negherebbe la funzione punitiva del diritto penale, frustando l'aspettativa che alla

477 U.S. 436, 447 (1986) (*plurality opinion*). *Rather, we have recognized that interests of comity and finality must also be considered in determining the proper scope of habeas review*" [*Teague v. Lane*, cit., 308]. Cfr. anche J.L. HOFFMANN, *The Supreme Court's New Vision of Federal Habeas Corpus for State Prisoners*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1990, p. 165 ss.; R. WEISBERG, *A Great Writ While It Lasted*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1990, 81, p. 9 ss.

⁹³ *Schnecko v. Bustamonte*, 412 U.S. 218, 93 (1973); v. anche *Calderon v. Thompson*, 523 U.S. 538, (1998).

I sostenitori dell'orientamento opposto, peraltro, sostengono come tali 'costi' sia oggi in larga parte dissipati. Anzitutto perché le corti statali sono diventate più familiari con tali revisioni, che comunque sono rare; cfr. F.J. REMINGTON, *State Prisoner Access to Post-conviction Relief - A Lessening Role for Federal Courts; An Increasingly Important Role for State Courts*, in *Ohio S.L.J.*, 1983, n. 44, p. 287 ss.; R.N. OLSEN, *Judicial Proposal to Limit the Jurisdictional Scope of Federal Post-Conviction Habeas Corpus Consideration of the Claims of State Prisoners*, in *Buff.L.Rev.*, 1982, n. 31, p. 301 ss.

Peraltro l'habeas avrebbe un effetto favorevole anche per la tenuta del sistema federale implementando il dialogo tra le corti: in questo senso, R.M. COVER - T.A. ALEINIKOFF, *Dialectical Federalism: Habeas Corpus and the Court*, in *Yale L.J.*, 1979, p. 1035 ss.

Infine, di nuovo, non si potrebbe comunque giustificare il sacrificio della libertà personale - ristretta in ipotesi illegittimamente - soltanto per implementare il rispetto tra le corti; v. D. CHISUM, *In Defence of Modern Habeas Corpus for State Prisoners*, in *DePaul L.Rev.*, 1972, n. 21, p. 682 ss.

⁹⁴ Diversamente dalla visione precedente, si afferma ora con decisione la necessità di riconoscere - anche nel procedimento penale - comunque una qualche rilevanza all'interesse nel giudicato. Il fatto che in tale contesto - quello penale - siano in gioco altissimi interessi e diritti della persona - quello della libertà personale *in primis* - non comporta infatti necessariamente il completo annichilimento di tale interesse, piuttosto, da tale circostanza, deriva soltanto l'esigenza di assegnare al concetto di *finality* un ruolo e un valore diverso (in particolare, dal procedimento civile) proprio in ragione di tali peculiarità. In questo senso la Corte recepisce gli insegnamenti di P.M. BATOR, *Finality in Criminal Law and Federal Habeas Corpus for State Prisoners*, cit., p. 450 s., per cui: «*We see, then, that if a criminal judgment is ever to be final, notion of legality must at some point final competences to determine legality*».

violazione di un divieto segua con certezza la rispettiva condanna ed esecuzione della pena;⁹⁵

(b) rispetto all'effettiva risocializzazione del reo, inoltre, la possibilità di ridiscutere *ad infinitum* una condanna minerebbe la necessità che «a un certo punto la legge trasmetta a chi è ristretto in libertà che è stato commessa un'azione sbagliata, che di conseguenza è stato imposto una sanzione, che uno non dovrebbe guardare più indietro con la visione di resuscitare ogni immaginabile base per una nuova mitigazione ma piuttosto dovrebbe guardare avanti alla riabilitazione e al diventare un cittadino costruttivo»⁹⁶;

(c) infine, la revisione continua dei giudizi penali renderebbe irraggiungibile anche quello stato di quiete cui la società anela attraverso il procedimento penale, rendendosi necessario preservare quello stato di 'pace sociale' in cui è possibile riconoscere che il sistema ha adempiuto al suo compito e che "giustizia è stata fatta"⁹⁷.

Al di là di tali interessi, peraltro, il giudicato garantirebbe altresì l'efficace allocazione delle risorse statali⁹⁸ nonché l'"accuratezza" del procedimento penale⁹⁹.

6.3.1. La regola della retroattività secondo la Corte Rehnquist: la disciplina rigida.

Come anticipato, la posizione della Corte rispetto alla funzione propria dell'*habeas corpus*, nonché al valore da riconoscersi al giudicato nel processo penale, si riflette altresì inevitabilmente sulla disciplina degli effetti temporali delle decisioni costituzionali oltre il giudicato.

Rispetto al passato, anzitutto la 'nuova' Corte Suprema - con la decisione *Teague v. Lane* - adotta una regolamentazione ben precisa, che, in luogo della precedente regola 'fluida', si articola per categorie (più o meno) chiaramente individuate.

In particolare - e rimarcato che in tale visione l'*habeas corpus* serve principalmente una *funzione deterrente* nei confronti delle corti statali - si afferma ora tendenzialmente l'esclusione della retroattività, oltre il giudicato, di una nuova norma costituzionale (c.d.

⁹⁵ *Calderon v. Thompson*, 523 U.S. 538, 4 (1998): «*Finality is essential to the criminal law's retributive and deterrent functions, and it enhances the quality of judging*».

⁹⁶ *Schnecko v. Bustamonte*, 412 U.S. 218, 93 (1973).

⁹⁷ P.M. BATOR, *Finality in Criminal Law and Federal Habeas Corpus for State Prisoners*, cit., 452.

⁹⁸ Si afferma infatti che la procedura di *habeas corpus* rappresenta un costo incauto per le risorse (scarse) giudiziali.

⁹⁹ Poiché la revisione in *habeas* spesso si situa a diversi anni di distanza, ciò potrebbe portare lo stato a non aver più a disposizione le prove di cui necessita per rifare il caso; v. *Wetzel v. Lambert* _U.S._, 132 (2012); nonché l'opinione dissenziente del giudice Scalia in *Bousley* [*infra* sezione II, § 3.1.3.].

new rule)¹⁰⁰; a tale regola fanno eccezione due sole ipotesi di *new rule* eccezionalmente retroattiva:

(a) allorquando la nuova regola abbia una portata sostanziale e non procedurale, e cioè nei casi in cui «*place certain kinds of primary, private individual conduct beyond the power of the criminal law-making authority*»¹⁰¹;

(b) allorquando, pur trattandosi di un limite soltanto processuale, la *new rule* rappresenti una «*watershed rule of fundamental fairness protecting accuracy*».

Tali eccezioni si giustificano precipuamente considerandosi l'ulteriore funzione che nella visione della Corte Rehnquist si riconosce - seppur in via residuale o subordinata - all'*habeas corpus*, ossia quella di garantire che nessun uomo innocente venga punito [«*assure that no man has been incarcerated under a procedure which creates an impermissibly large risk that the innocent will be convicted*»].

Al di là di tali due eccezioni, tuttavia, la Corte, con la decisione *Teague* afferma il principio della tendenziale irrilevanza delle nuove regole costituzionali, dovendosi generalmente considerare in *habeas corpus* soltanto la «*law prevailing at the time conviction became final*».

Al fine di determinare la *rule* applicabile nel giudizio di revisione, pertanto, la *Teague doctrine* richiede un accertamento articolato nei seguenti passaggi¹⁰²:

(a) anzitutto è necessario determinare quanto il giudizio è divenuto definitivo, sì da poter appurare se la regola di cui si chiede l'applicazione sia precedente o successiva al formarsi del giudicato;

(a) qualora la decisione sia successiva, inoltre, occorre determinare se essa esprima effettivamente una vera e propria *new rule* [*infra* § 6.3.1.1.] ovvero se, viceversa, contenga una decisione in qualche modo 'prevedibile' e dunque applicabile retroattivamente;

(c) infine, nel caso in cui la regola sia effettivamente 'nuova' e come tale insuscettibile di applicazione retroattiva, occorre ancora valutare se, cionondimeno, la *new rule*

¹⁰⁰ W.R. LAFAYE, *Criminal Procedure*, cit., p. 314 «*Such a deterrent function requires only that the conviction be review by reference to the law prevailing at the time of its final review in the state system. The state courts can hardly be required to have applied constitutional principles that did not yet exist. Hence, a federal habeas corpus, as a general principle, should not invalidate a conviction based upon a "new ruling" of constitutional law issued after state review had ended*».

¹⁰¹ *Teague v. Lane*, cit., 307, che richiama *Mackey v. United States*, 401 U.S. 667, 692 (1971).

¹⁰² E' il c.d. *Teague's three-step approach*, v. B. R. MEANS, *Postconviction Remedies*, cit., p. 12628 ss.

rientri in una delle due eccezioni sopra viste, come tali capaci di travolgere il giudicato *in ogni caso*.

Ebbene, mentre il passaggio *sub a)* non presenta alcun interesse ai fini della presente analisi¹⁰³, di converso, tanto il passaggio *sub b)* tanto quello *sub c)* risultano affatto rilevanti anche per quanto riguarda la disciplina dell'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di uno *statute law*, poiché le categorie a tali fini elaborate risultano altresì richiamate nelle decisioni che hanno affrontato tale ultima tematica.

Per questo motivo pare opportuno approfondire ambedue i passaggi.

6.3.1.1. Il concetto di *new rule*.

La nozione di *new rule*, anzitutto, appare con ogni evidenza *fondamentale* ai fini dell'applicazione della *Teague doctrine*, determinando in prima battuta - ossia al di fuori delle eccezioni menzionate - la scelta tra retroattività e irretroattività.

Nondimeno, l'esatta individuazione del concetto di '*new rule*' si è rivelata opera ardua, avuto riguardo sia ai principi affermati nella stessa decisione *Teague*, sia alla successiva elaborazione giurisprudenziale (la c.d. *Teague progeny*).

Sul punto, peraltro, è opportuno precisare che tale elaborazione giurisprudenziale, volta a delimitare con esattezza la nozione di '*new rule*' (e quindi a individuare i casi in cui la decisione successiva deve ritenersi inapplicabile retroattivamente), ha risentito di due circostanze determinanti che aiutano a comprendere le soluzioni infine adottate dalla giurisprudenza.

Anzitutto, si deve considerare che il concetto di *new rule* si applica solo ed esclusivamente alle nuove regole di natura *procedurale*, derivate dalla Corte Suprema in un momento successivo al giudicio; la nozione in parola, dunque, serve in primo luogo a delimitare i casi in cui la corte *non* deve riaprire il giudizio al solo fine di applicare nel nuovo procedimento la nuova regola processuale (per esempio, l'esclusione di una determinata prova).

Secondariamente, occorre ricordare che il perimetro della nozione stessa serve a determinare precipuamente i casi in cui è possibile rivedere la condanna perché il

¹⁰³ Per approfondimenti si rimanda a W.R. LAFAVE, *Criminal Procedure*, cit., p. 316 s.

giudice del precedente procedimento ha effettivamente *agito malamente*, violando un diritto costituzionale dell'imputato; diversamente, il giudicato già formatosi non deve essere frustato allorché nessun rimprovero è viceversa muovibile alla corte inferiore, avendo questa deciso in maniera *coerente* agli orientamenti giurisprudenziali allora rilevanti. Come si è visto, infatti, la seconda funzione dell'*habeas corpus* (evitare la condanna di un innocente) viene in considerazione solo ed esclusivamente in un secondo momento - per determinare le eccezioni alla normale irretroattività della *new rule* -; qui, di converso, rileva unicamente la funzione di *deterrenza* del rimedio eccezionale - che dunque 'pilota' l'esatta definizione di 'nuova regola.

Operate queste opportune precisazioni, è possibile venire all'esame anzitutto della nozione di *new rule* contenuta in *Teague*; per cui:

«In general [...] a case announces a new rule when it breaks new ground or imposes a new obligation on the States or the Federal Government. [...]

To put it differently, a case announces a new rule if the result was not dictated by precedent existing at the time the defendant's conviction became final».

Anzitutto, dunque, la regola deve considerarsi nuova nei casi in cui la Corte riconosca un nuovo diritto all'imputato (ad esempio ritenendo costituzionalmente illegittima l'esclusione della sua testimonianza "*hypnotically refreshed*"¹⁰⁴) ovvero un nuovo obbligo in capo allo stato (per esempio, proibendo la pena di morte "*upon a prisoner who is insane*"¹⁰⁵).

Questa prima definizione - la regola è nuova se *breaks new ground or imposes a new obligation* - pare peraltro corrispondere al concetto di *new principle of law* in passato già impiegato dalla Corte Suprema per escludere la retroattività di una decisione successiva, qualora essa 'rovesci' un precedente o decida per la prima volta una questione completamente nuova, la cui soluzione non risulti in alcun modo prevedibile alla luce della giurisprudenza precedente (dei casi già decisi).

In particolare: «*the decision to be applied nonretroactively must establish a new principle of law, either by overruling clear past precedent on which litigants may have*

¹⁰⁴ *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44, espressamente citata in *Teague*.

¹⁰⁵ *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. 399 (1986) espressamente richiamata in *Teague*.

*relied, or by deciding an issue of first impression whose resolution was not clearly foreshadowed».*¹⁰⁶

Accanto a questa prima definizione, che sembra individuare una *new rule* solo nei casi in cui la decisione sia completamente ‘inaspettata’ o ‘imprevedibile’ alla luce della giurisprudenza precedente, la Corte Suprema in *Teague* definisce altresì come nuova la regola che non risulti “*dictated by precedent*”.

Nonostante tale definizione appaia a prima vista una translitterazione dei concetti “*breaks a new ground or imposes a new obligation*”, nella giurisprudenza successiva a *Teague* proprio questa seconda nozione è servita a dipanare un concetto di *new rule* sensibilmente differente da quello sin’ora ricostruito.

Invero, se in un primo momento, la Corte ha adottato una definizione fortemente restrittiva di ‘nuova regola’ - di rovescio, ampliando i casi di applicazione retroattiva della decisione successiva -, in seguito si è assistito viceversa a una significativa inversione di rotta.¹⁰⁷

Dapprima, infatti, in *Penry v. Lynaugh*, la Corte ha chiarito che il requisito negativo dell’esser “dettato dal precedente” (la regola *non* è nuova se *deriva* da un precedente) non deve essere interpretato restrittivamente, potendosi riconoscere effetto retroattivo anche alla regola che risulti dall’*applicazione di una medesima logica* in precedenza già enunciata - meglio, impiegata - in a una situazione analoga.

Successivamente, tuttavia, con le decisioni *Butler v. McKellar*, *Saffle v. Parks*, *Sawyer v. Smith*, la Corte ha escluso che la regola possa considerarsi implicata nel “*logical*

¹⁰⁶ *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97, 92

¹⁰⁷ Rispetto a questa seconda definizione si è apertamente criticata la dottrina *Teague*: “*The plurality recognized that constitutional rules will fall along a "spectrum" -- from those that fit neatly within the rubric of settled law to those that constitute a clear break from prior precedent--but provided little additional guidance for determining at which point a rule is not "dictated" by precedent and, therefore, "new" for retroactivity purposes*” [*Sawyer v. Butler*, 881 F.2d 1273, *Dissenting opinion*]. In senso critico v anche L. MAYER, “*Nothing We Say Matters*”. *Teague and New Rules*, in *University of Chicago Law Review*, 1994, 61; 2, p. 423 ss. [spec. rispetto a «*the dangers the "new rule" doctrine poses to the legitimacy of the traditional adjudicative process. These dangers are quite serious. If all court decisions are new and surprising, then what right does any court ever have to apply this new and surprising law to a preexisting controversy? Is all adjudication unfairly retroactive? Is all reliance on precedent a sham?*» p. 426].

compass” di un precedente (e che in quanto tale possa ritenersi retroattiva) in tutti i casi in cui il nuovo principio di diritto intervenga a decidere una questione “*susceptible to debate among reasonable minds*”.

La condanna pronunciata in un primo momento, pertanto, non può essere rivista - e il giudicato già formatosi non può essere frustato - allorquando fossero esistiti, prima dell'intervento risolutore della Corte Suprema, «*reasonable, good-faith interpretations of existing precedents made by state courts even though they are shown to be contrary to later decisions*».

In particolare «*the task is to determine whether a state court considering the accused's claim at the time the accused's conviction became final would have felt compelled by existing precedent to conclude that the rule that the accused seeks was required by the Constitution*».

Per tale via dunque il concetto di nuova regola viene ad abbracciare altresì «*developments that state courts 'would have found to be [...] predictable*» e perfino «*gradual developments in the law [as long as they are ones] over which reasonable jurists [could] disagree*»¹⁰⁸.

Tale concetto senza dubbio più vasto¹⁰⁹ di *new law* deriva evidentemente dalla funzione stessa di cui risulta investito l'*habeas corpus* (precipuamente quella di *deterrenza*):

«*[T]he threat of habeas serves as a necessary additional incentive for trial and appellate courts throughout the land to conduct their proceedings in a manner consistent with established constitutional standards. In order to perform this deterrence function, [...] the habeas court need only apply the constitutional standards that prevailed at the time the original proceedings took place*».¹¹⁰

¹⁰⁸ Sent. *Sawyer* cit., par. 234 - 236.

¹⁰⁹ Cfr. sull'eccessiva vastità del concetto, in senso critico, L. MAYER, “*Nothing We Say Matters*”: *Teague and New Rules*, cit., p. 424: «*As a result, the "dictated by precedent" test becomes virtually impossible to satisfy. Without any duty to follow the explicit statement of a rule in a prior case, a court can easily find that the patchwork of facts in a prior case does not "dictate" or logically compel the disposition of a different patchwork of facts in the instant case. Because a factual distinction can always be found, the prisoner is always asking for a "new" rule*».

¹¹⁰ Sent. *Suffler*, cit., par. 488. Nota però *Stringer v. Black*, 503 U.S. 222, 237: «*The purpose of the new rule doctrine is to validate reasonable interpretations of existing precedents. Reasonableness, in this as in many other contexts, is an objective standard, and the ultimate decision whether Clemons was dictated by precedent is based on an objective reading of the relevant cases. The short answer to the State's argument is that the Fifth Circuit made a serious mistake in Evans v. Thigpen and Johnson v. Thigpen. The Fifth Circuit ignored the Mississippi Supreme Court's own characterization of its law and accorded no significance to the fact that in Mississippi aggravating factors are central in the weighing phase of a*

6.3.1.2. Le eccezioni.

Qualora si debba concludere che la regola di cui si discute sia “new” nei termini sopra precisati, ciò non esclude ancora radicalmente la possibilità di una sua applicazione retroattiva *post rem iudicatam*.

La *new rule* infatti può ancora legittimare la revisione della condanna definitiva nei casi in cui ricada in una delle due eccezioni individuate dalla Corte Suprema.

(a) *La nuova regola sostanziale*¹¹¹.

La prima eccezione concerne le nuove ‘regole’ che pongono alcuni tipi di condotte del singolo privato al di fuori dalla sfera dell’illecito penale.

capital sentencing proceeding. As we have explained, when these facts are accorded their proper significance, the precedents even before Maynard and Clemons yield a well-settled principle: Use of a vague or imprecise aggravating factor in the weighing process invalidates the sentence and at the very least requires constitutional harmless-error analysis or reweighing in the state judicial system».

¹¹¹ Ovviamente, proprio perché dalla differenza sostanziale procedurale deriva una conseguenza tanto significa, nella letteratura americana, così come nella giurisprudenza, si è sviluppato un’ampia riflessione concernente il criterio distintivo tra l’una e l’altra categoria. Il dibattito è stimolante e ricco di spunti di riflessione.

Uno dei casi più significativi, riguarda la decisione *Miller v. Alabama*, _U.S. _ (2012). In *Miller* la Suprema Corte ha riconosciuto come costituzionalmente illegittima l’imposizione della *mandatory life imprisonment without parole* a coloro che al momento del fatto non avevano ancora compiuto il diciottesimo anno d’età. Mentre nella *dissenting opinion* di *Miller* si era paventato il rischio di rovesciare migliaia e migliaia di sentenze già passate in giudicato, così non è stato, poiché la ‘nuova regola’ in questione è stata ricondotta all’alveo del diritto penale procedurale piuttosto che a quello squisitamente sostanziale. Si è affermato infatti che la regola riconosciuta in *Miller* non vietava in assoluto una determinata sanzione per una classe di soggetti, piuttosto vietava di imporre quella sanzione attraverso una *determinata procedura*. Oggetto della nuova regola era quindi la procedura in sé, non il tipo di punizione. Mentre in altre decisioni, ad effetto retroattivo, la Suprema Corte aveva vietato di adottare condanne basate su disallineamenti tra la considerata classe di criminali e la severità della pena, in *Miller* richiedeva considerazioni individualizzate al fine di condannare minore all’ergastolo senza possibilità di ricorrere all’istituto della *parole*.

Sulla differenza tra sostanziale e procedurale v. B. R. MEANS, *Postconviction Remedies*, cit., 1245 ss.; W.R. LAFAVE, *Criminal Procedure*, cit., p. 322; S.R. GREEN, *Retroactivity of New Rules of Constitutional Law: Why the Supreme Court Should Have Overturned Warren Summerlin's Unconstitutional Death Sentence*, in *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, 2004, 13, p. 275 ss.; J. C. KENDRICK, *Criminal Procedure - Retroactivity - Invalidation of ACCA's Residual Clause Deemed New Substantive Rule with Retroactive Effect in Cases on Collateral Review*, in *Cumberland Law Review*, 2016, vol. 47, no. 1, p. 227 ss.; C.R. RUSSELL, *Death Anyways: Federal Habeas Corpus Retroactivity Law and the Decision in Schirer v. Summerlin*, in *Oregon Law Review*, 2004, vol. 83, no. 4, p. 1389 ss.; W.W. BERRY, *Normative Retroactivity*, cit., p. 502 ss.; A. MAZUREK, *Criminal Law: No Looking Back: Narrowing the Scope of the Retroactivity Doctrine for Juveniles Sentenced to Life Without Release—Roman Nose v. State*, in *William Mitchell Law Review*, 2015, vol. 41:1, Article 12, p. 330 ss., il quale considera soprattutto i casi ‘borderline’ in cui è difficile classificare la nuova regola come sostanziale o procedurale, proponendo l’applicazione oltre il giudicato della *new rule* allorquando - a prescindere dalla qualifica sua propria - essa, se applicata, potrebbe incidere sul verdetto di colpevolezza dell’agente.

Fondamentale, anche in chiave storica, il contributo di D.M. RISINGER, *Substance and Procedure Revisited with Some Afterthoughts on the Constitutional Problems of Irrebuttable Presumptions*, in *UCLA L. Rev.*, 1982, 30, p. 189 ss.

Come la Corte ha chiarito in *Schriro v. Summerlin*, tali regole di diritto sostanziale si applicano generalmente retroattivamente - diversamente da quelle procedurali - poiché «*plac[ing] particular conduct or persons covered by the statute beyond the State's power to punish*» queste regole “*necessarily carry a significant risk that a defendant stands convicted of an act that the law does not make criminal or faces a punishment that the law cannot impose upon him*»¹¹².

In *Penry v. Lynaugh*¹¹³, peraltro, la Corte ha esteso che questa prima eccezione - che sembrerebbe a prima vista applicarsi solo qualora la condotta passi dalla sfera dell'illecito a quella del lecito - anche alle decisioni in cui si è ritenuto costituzionalmente illegittima l'applicazione della pena di morte a determinate categorie di soggetti o di azioni.

(b) *Watershed rules of fundamental fairness protecting accuracy*.¹¹⁴

Anche nuove regole che implicano una “*fundamental fairness*”, inoltre, rendendo obbligatorie procedure “centrali ai fini di una determinazione accurata dell'innocenza o della colpevolezza”, dovrebbero essere applicate retroattivamente.¹¹⁵

Questa eccezione è stata intesa in modo estremamente restrittivo; in *Beard v. Banks*, ad esempio, la Corte stessa ha sottolineato: «*Noi abbiamo ripetutamente enfatizzato il limitato ambito d'applicazione della seconda eccezione di Teague, chiarendo che essa chiaramente mira ad applicarsi a un ridotto nucleo di regole che richiedono l'osservanza di quelle procedure che sono implicite nel concetto di 'ordered liberty'*».¹¹⁶

¹¹² *Schriro v. Summerlin*, 542 U.S. 348, 352 (2004).

Cfr. inoltre l'opinione del giudice in Harlan in *Mackey v. United States*, 401 U.S. 667, 693: «*There is little societal interest in permitting the criminal process to rest at a point where it ought properly never to repose. Moreover, issuance of the writ on substantive due process grounds entails none of the adverse collateral consequences of retrial I have described above. Thus, the obvious interest in freeing individuals from punishment for conduct that is constitutionally protected seems to me sufficiently substantial to justify applying current notions of substantive due process to petitions for habeas corpus*».

¹¹³ *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302 (1989).

¹¹⁴ Sul punto W.R. LAFAVE, *Criminal Procedure*, cit., p. 325 ss.

¹¹⁵ Tale eccezione ha lo scopo «di assicurare che nessun uomo sia incarcerato per mezzo di un procedura che crea un impermissibile largo rischio che un innocente sia condannato» (citando il giudice Harlan in *Desist v. United States*, 394 U.S. 244, 89 S.Ct. 1030, 22 L.Ed.2d 248 (1969))

In particolare il giudice O'Connor ha statuito in *Teague* che le procedure in questione dovevano ritenersi quelle che il giudice Stevens aveva una volta descritto come le “classiche” basi per la revisione in habeas corpus - il processo dominato dalla mafia, il consapevole uso di un testimone falso, una condanna basata su una confessione estorta con metodi brutali.

¹¹⁶ *Beard v. Banks*, 542 U.S. 406, 4 (2004) «*And this Court has repeatedly emphasized the limited scope of the second exception--for "watershed rules of criminal procedure implicating the fundamental fairness*

Sezione II - La retroattività della decisione più favorevole negli Stati Uniti.

SOMMARIO: 1. Analisi degli effetti temporali della decisione più favorevole negli Stati Uniti. Premesse di metodo. - 2. La retroattività della decisione più favorevole nel primo periodo: la sentenza *Davis*. - 2.1. La soluzione della Corte Warren: la ritenuta violazione di legge e i requisiti processuali. - 3. La retroattività della decisione più favorevole nel secondo periodo: la decisione *Bousley*. - 3.1. La decisione della Corte Suprema nel caso *Bousley*: l'inapplicabilità di *Teague* e la violazione della *due process clause*. - 3.1.1. I limiti procedurali e il ruolo dell'*actual innocence*. - 3.1.2. L'opinione dissenziente: il valore assoluto del giudicato. - 3.1.3. Ulteriori applicazioni di *Bousley*. - 3.2. La retroattività della decisione *statale* più favorevole: una questione ancora aperta. - 3.2.1. Il primo *tipo*: la decisione *statale* più favorevole meramente chiarificatrice del dettato legislativo. Il caso *Fiore v. White*. - 3.2.1.1. La decisione della Corte Suprema: l'estensione dei principi espressi in *Bousley*. - 3.2.2. Il secondo *tipo*: la decisione *statale* più favorevole nel contesto di una giurisprudenza *evolutiva*. Il caso *Bunkley v. Florida*. - 3.2.2.1. *Background*: la giurisprudenza *evolutiva*. - 3.2.2.2. La decisione della Corte Suprema: un'ulteriore applicazione della *due process clause*. - 4. La retroattività della decisione più favorevole oltre la custodia: il diritto di *coram nobis*. Un confronto. - 4.1. Definizione di *coram nobis*: base giuridica e requisiti (cenni). - 4.2. La retroattività della decisione più favorevole in *coram nobis*. - 4.2.1. Prima di *Teague*: il caso *Lo Schiavo* e l'applicazione dei principi di *Davis*. - 4.2.2. Dopo *Teague*: la decisione *Sawyer* e i principi di *Bousley*. - 5. Considerazioni conclusive. - 5.1. Le soluzioni adottate: i *tipi* di decisione favorevole e la tutela del *Due Process*. - 5.2. I valori implicati: *finality in criminal law*, *actual innocence* e *legal innocence*. - 5.3. Il ruolo dei giudici nel sistema statunitense (cenni).

1. Analisi degli effetti temporali della decisione più favorevole negli Stati Uniti.

Premesse di metodo.

Terminato l'inquadramento sistematico del rimedio straordinario di *habeas corpus* – sviluppate per così dire le premesse necessarie all'indagine –, è ora possibile esaminare la disciplina degli effetti temporali della decisione più favorevole nell'ordinamento statunitense.

and accuracy of the criminal proceeding," O'Dell v. Netherland, 521 U.S. 151, 157, 138 L. Ed. 2d 351, 117 S. Ct. 1969 --which "is clearly meant to apply only to a small core of rules requiring observance of those procedures that . . . are implicit in the concept of ordered liberty," ibid. This Court has yet to find a new rule that falls under this exception. In providing guidance as to what might do so, the Court has repeatedly, and only, referred to the right-to-counsel rule of Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335, 9 L. Ed. 2d 799, 83 S. Ct. 792, which "alter[ed] [the Court's] understanding of the bedrock procedural elements essential to the fairness of a proceeding," Sawyer v. Smith, 497 U.S. 227, 242, 111 L. Ed. 2d 193, 110 S. Ct. 2822. The Court has not hesitated to hold less sweeping and fundamental rules outside the exception».

In generale per un riepilogo dei casi in cui la Corte ha applicato *Teague* J.R. POTUTO, *Prisoner Collateral Attacks*, cit., p. 186 ss.

Poichè tale regolamentazione – similmente ai principi che governano la possibile retroattività della pronuncia costituzionale – è derivata per intero dall'elaborazione giurisprudenziale, l'analisi a essa relativa deve svilupparsi necessariamente attraverso l'esame dei principali *case law* che sul punto si sono succeduti.

Rispetto all'oggetto e all'articolazione della ricerca, siano consentite talune notazioni preliminari.

Quanto all'oggetto dell'indagine, anzitutto, pare opportuno premettere che l'analisi proposta verrà condotta riferendosi esclusivamente alle decisioni e agli orientamenti sviluppati in seno alla Corte Suprema *degli Stati Uniti d'America*, con esclusione, dunque, degli indirizzi giurisprudenziali elaborati all'interno delle singole giurisdizioni statali.

Tale più ristretto ambito di ricerca si motiva, anzitutto, avuto riguardo all'efficacia vincolante riconosciuta alle decisioni della Corte Federale, le quali - a differenza delle pronunce statali, rilevanti solo all'interno della giurisdizione considerata - hanno effetto per tutti giudici e per l'intero territorio americano.

A ciò si aggiunga inoltre che una ricerca estesa a tutti e cinquanta gli stati uniti sarebbe apparsa senza dubbio fuori misura rispetto agli scopi dell'indagine e fuori portata per un singolo studioso.

Rispetto all'articolazione dell'indagine, inoltre, occorre premettere che l'esame (meglio, la sistemazione) dei *case law* sarà condotto adottando una prospettiva prettamente storica, ossia distinguendo le soluzioni adottate dalla giurisprudenza *prima e dopo* la sentenza *Teague* (o, se si vuole, dalla Corte Warren prima e dalla Corte Rehnquist dopo) - impiegandosi, dunque, a tal fine la distinzione cronologica-sostanziale già sopra esposta rispetto alla *law* rilevante in *habeas corpus* [*supra*, sez. I, § 6].

Poiché infatti, come si è visto, le due 'Corti' caratterizzanti tali 'epoche' si sono contraddistinte per atteggiamenti e visioni dell'ordinamento sostanzialmente diverse - se non proprio contrapposte - , la comparazione tra le soluzioni adottate dall'una e dall'altra 'maggioranza' non può che apparire senza dubbio significativa e ricca di stimoli se rapportata alla generale linea di evoluzione (flessione) dell'istituto.

Rispetto al secondo periodo (quello della Corte Rehnquist), inoltre, l'analisi si articolerà ulteriormente distinguendo a seconda che la decisione successiva più favorevole sia stata adottata a livello *federale* oppure a livello *statale*.

In questa fase, cioè, si tratterà di appurare se i principi stabiliti dalla Corte Suprema rispetto alla *propria* giurisprudenza debbano trovare applicazione - in quanto costituzionalmente imposti - anche a livello *intra-statale* (con riguardo cioè alla nuova interpretazione adottata dalla Corte statale rispetto a una fattispecie penale interna).

2 La retroattività della decisione più favorevole nel primo periodo: la sentenza *Davis*.

A cominciare dal primo periodo, l'indagine in punto di retroattività della decisione più favorevole restituisce risultati coerenti con le caratteristiche proprie della Corte Warren e, specialmente, con la concezione, fatta propria dai giudici federali in questa fase, del ricorso in *habeas corpus* quale mezzo precipuo di *tutela dei ditti individuali*.

La Corte Warren, difatti, chiamata a pronunciarsi sugli effetti temporali di una 'nuova' interpretazione giurisprudenziale nel caso *Davis v. United States*¹¹⁷, assicurò senz'altro la possibilità di rivedere la condanna definitiva, peraltro adottando una struttura argomentativa motivazionale piuttosto snella, soprattutto se paragonata alle decisioni *post-Teague* (il che sembra riflettere la scarsa preoccupazione che in tale periodo storico si nutriva per la 'tutela delle situazioni esaurite').

Anzitutto, quanto ai profili di fatto relativi alla vicenda sottoposta all'attenzione della Corte Suprema, il caso riguardava il reato federale di non ottemperanza agli ordini inerenti la sicurezza nazionale (50 USCS Appx § 462), avendo il sig. Davis mancato di rispondere all'ordine di reclutamento *immediato* (ordine questo emanato attraverso una procedura *acceleratoria* avviata in seguito alla dichiarazione dell'imputato quale "*delinquent*").

In particolare, Davis era stato dichiarato "*delinquent*" dal *Local Board* per non essersi sottoposto ripetutamente, essendo stato riconosciuto idoneo al servizio militare, alla visita medica preliminare e obbligatoria al reclutamento e, in virtù di tale qualifica,

¹¹⁷ *Davis v. United States*, 417 U.S. 333 (1974).

aveva ricevuto l'ordine di prendere servizio nelle forze armate *immediatamente*, ossia senza il periodo di preavviso consueto concesso ai reclutandi.

Poiché, tuttavia, Davis non aveva ottemperato altresì a tale ordine di reclutamento immediato, egli era stato perseguito e condannato ai sensi della disposizione di cui all'art. 462, 50 U. S. C. App.¹¹⁸, nella specie per non aver rispettato l'ordine di "*report for induction at the time and place ordered by the local board*" (Title 32 CFR § 1641.5).

Durante il tempo dell'appello, tuttavia, la Corte Suprema, nel caso *Gutknecht*¹¹⁹, stabilì che la norma che consentiva la chiamata immediata del *registrant "delinquent"* non poteva ritenersi legittima, poiché, dovendosi ritenere sostanzialmente penale, rimetteva ciononostante la *declaration of delinquency* alle *mera discrezionalità* del *Local Board*, al di fuori di qualsiasi parametro legislativo.¹²⁰

Poiché, dunque, la qualifica di *delinquent* - che consentiva la riduzione dei tempi normali di reclutamento - doveva ritenersi illegittima, ne conseguiva altresì che la chiamata *immediata* del *registrant delinquent* non poteva ritenersi produttiva di alcun obbligo penalmente sanzionato ai sensi dell'art. 462 50 U. S. C. App.

Davis, durante il giudizio d'appello, si richiamò dunque a tali principi, sostenendo la liceità della propria condotta; il giudice di secondo grado, nondimeno, confermò la condanna ritenendo che nel caso di specie la chiamata immediata al servizio militare non fosse dipesa dallo speciale *status* di *delinquent*.

Definito tale giudizio, tuttavia, la medesima Corte d'Appello distrettuale, nel successivo caso *Fox*, garantì viceversa la revisione della condanna ritenendo che l'accelerazione al servizio militare non potesse che essere dipesa dalla (illegittima) *declaration of delinquency*, non sussistendo, nel caso di specie, alcun'altra condizione permissiva della

¹¹⁸ La disposizione prescrive: «*any person [...] who in any manner shall knowingly fail or neglect or refuse to perform any duty required of him under or in the execution of this title, or rules, regulations, or directions made pursuant to this title [...] shall, upon conviction in any district court of the United States of competent jurisdiction, be punished by imprisonment for not more than five years or a fine of not more than \$ 10,000, or by both such fine and imprisonment*».

¹¹⁹ *Gutknecht v. United States*, 432 F.2d 1009, 1010 (1970).

¹²⁰ «*The power under the regulations to declare a registrant 'delinquent' has no statutory standard or even guidelines. The power is exercised entirely at the discretion of the local board. It is a broad, roving authority, a type of administrative absolutism not congenial to our law-making traditions. . . . We search the Act in vain for any clues that Congress desired the Act to have punitive sanctions apart from the criminal prosecutions specifically authorized [...] If federal or state laws are violated by registrants, they can be prosecuted. If induction is to be substituted for these prosecutions, a vast rewriting of the Act is needed*» 396 U.S., 306-307.

chiamata immediata (ossia la dichiarazione di *acceptable* e la previa comunicazione di reclutamento da inoltrare almeno 21 giorni precedenti).

L'ordine al reclutamento, pertanto, doveva ritenersi doveva *illegal* e, in quanto tale, incapace di creare alcun tipo dovere - penalmente sanzionato - in capo al soggetto destinatario.

Richiamandosi a questa seconda decisione, concernente una situazione di fatto del tutto simile al proprio caso, Davis presentò ricorso in *habeas corpus* avverso la propria condanna¹²¹; la Corte d'Appello distrettuale, tuttavia, investì direttamente dell'istanza, rigettò la richiesta ritenendo che: «*the decision of the court of appeal is the law of the case*»: «*new law or change in the law*» non potevano applicarsi dopo il passaggio in giudicato della sentenza.

2.1. La soluzione della Corte Warren: la ritenuta violazione di legge e i requisiti processuali.

In questi termini, dunque, la vicenda Davis approdò di fronte alla Corte Suprema degli Stati Uniti, chiamata a decidere se, per mezzo del ricorso in *habeas corpus*, fosse possibile vagliare la legalità della *custody* del richiedente alla luce di una “*new law or change in the law*”.

Si noti, peraltro, che in questo caso il ricorrente allegava non una violazione costituzionale ma il mancato rispetto di una disposizione legislativa, ossia l'applicazione errata - fuori dai casi consentiti - della fattispecie criminale di cui all'art. 462 (per come successivamente interpretata nella decisione *Fox*); la circostanza è rilevante poiché, come si è visto, in caso di mera violazione legislativa, non costituzionale, il ricorso in *habeas corpus* è condizionato a requisiti ulteriori e più stringenti [*supra*, sez. I, § 5.2.].

La Corte affrontò la questione sottoposta alla sua attenzione richiamando anzitutto i principi di diritto già affermati con la decisione *Sanders*¹²² rispetto all'ammissibilità delle *successive claim petition* (i.e. la possibilità di valutare la medesima richiesta di

¹²¹ In particolare «*Davis asserted that the Court of Appeals for the Ninth Circuit had in the Fox case effected a change in the law of that Circuit after the affirmance of his conviction, and that its holding in Fox required his conviction to be set aside*», *Davis*, §341.

¹²² *Sanders v. United States*, 373 U.S. 1, 17.

habeas corpus già avanza una prima volta col medesimo mezzo di impugnazione straordinaria - *supra* sez. I, §5.4).

Nel caso *Sanders*, infatti, i giudici federali avevano riconosciuto la possibilità di presentare validamente una seconda volta, dopo il rigetto della prima mozione, la stessa richiesta di rilascio in *habeas corpus* nei casi in cui fosse sopravvenuto un “*change in the law*”, ossia un mutamento del diritto giurisprudenziale¹²³.

Applicando la medesima *ratio* al caso *Davis*, la Corte riconobbe dunque come la stessa logica - ossia il principio per cui una nuova interpretazione giurisprudenziale¹²⁴ permette di superare il giudicato e di ridiscutere la questione già decisa - non potesse che trovare applicazione anche allorquando la nuova decisione rilevante sia susseguita non già alla prima richiesta di *habeas corpus* ma, ancor prima, alla definizione del giudizio:

«The same rule applies when the prior determination was made on direct appeal from the applicant's conviction, instead of in an earlier § 2255 proceeding, if new law has been made since the trial and appeal».

In sintesi, se il ricorso straordinario è esperibile una seconda volta al sopravvenire di un nuovo arresto giurisprudenziale, la medesima possibilità deve essere altresì riconosciuta allorquando si tratti di impugnare la condanna in via straordinaria per la *prima volta*.

A livello strettamente procedurale, peraltro, pare opportuno notare - anche al fine delle considerazioni che più avanti si svolgeranno [*infra* § 5.2] - come, essendo stato l'*habeas corpus* esperito in tale circostanza per far valere una violazione *di legge* (e non di un diritto costituzionale) risultasse altresì necessario per rivedere la condanna definitiva

¹²³ “*Even if the same ground was rejected on the merits on a prior application, it is open to the applicant to show that the ends of justice would be served by permitting the redetermination of the ground. If factual issues are involved, the applicant is entitled to a new hearing upon showing that the evidentiary hearing on the prior application was not full and fair; we canvassed the criteria of a full and fair evidentiary hearing recently in Townsend v. Sain, supra, and that discussion need not be repeated here. If purely legal questions are involved, the applicant may be entitled to a new hearing upon showing an intervening change in the law or some other justification for having failed to raise a crucial point or argument in the prior application. Two further points should be noted. First, the foregoing enumeration is not intended to be exhaustive; the test is "the ends of justice" and it cannot be too finely particularized. Second, the burden is on the applicant to show that, although the ground of the new application was determined against him on the merits on a prior application, the ends of justice would be served by a redetermination of the ground*”, *Sanders*, cit., §§ 16, 10.

¹²⁴ Si noti che in questo caso la nuova sentenza rilevante non è quella adottata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti ma quella pronunciata dalla corte distrettuale federale.

dimostrare che nel caso di specie fosse presente un «*fundamental defect which inherently results in a complete miscarriage of justice*».

Rispetto a tale requisito, la Corte Suprema nella vicenda esaminata ritenne pienamente amovibile la preclusione in parola, ricorrendo in caso contrario (di inammissibilità della richiesta revisoria) il rischio - qui, *la certezza* - che un innocente continuasse ad essere punito per un fatto che la legge non considerava reato:

«*In this case, the petitioner's contention is that the decision in Gutknecht v. United States, as interpreted and applied by the Court of Appeals for the Ninth Circuit in the Fox case after his conviction was affirmed, establishes that his induction order was invalid under the Selective Service Act and that he could not be lawfully convicted for failure to comply with that order. If this contention is well taken, then Davis' conviction and punishment are for an act that the law does not make criminal. There can be no room for doubt that such a circumstance "inherently results in a complete miscarriage of justice" and "present[s] exceptional circumstances" that justify collateral relief under § 2255*».

3. La retroattività della decisione più favorevole nel secondo periodo: la decisione *Bousley*.

Nel primo periodo, dunque, la Corte Warren ha assicurato l'applicabilità in *habeas corpus* di una decisione 'più favorevole' successiva al giudicato sostanzialmente estendendo a tale ipotesi i principi già affermati rispetto all'ammissibilità delle c.d. *successive claim petitions*; in estrema sintesi, riconoscendo - nell'una come nell'altra eventualità - la possibilità di (ri)esaminare una questione già in precedenza discussa (nel precedente processo penale o, a seconda, nel primo procedimento di impugnazione straordinaria) allorquando sopraggiunga un *change in the law*.

Tale esito altamente garantista, peraltro, - lo si è già evidenziato - appare coerente con i caratteri propri che, in quella fase storica (per semplicità espositiva, 'il primo periodo'), venivano riconosciuti al rimedio di *habeas corpus*, precipuamente concepito quale primario strumento di tutela dei diritti individuali. Adottata tale chiave ermeneutica, l'istituto appariva dunque proteso a un'applicazione senza dubbio *espansionistica*, a tutto svantaggio dell'interesse della *finality*, (valore questo qui quasi completamente

annichilito in nome dei (ritenuti ben più importanti) interessi in gioco: «*Conventional notions of finality of litigation have no place where life or liberty is at stake and infringement of constitutional rights is alleged*»¹²⁵).

Date queste premesse e muovendo ora all'esame del 'secondo periodo', occorre valutare se la diversa visione della 'nuova' Corte Rehnquist - adottata con riguardo tanto al ruolo della giurisprudenza nei riguardi del diritto scritto, quanto all'esatta funzione e scopo dell'*habeas corpus* - sia risultata in soluzioni affatto diverse rispetto alla questione qui scrutinata, ossia la possibilità di rivedere la condanna definitiva alla luce di un nuovo e più garantista/favorevole orientamento interpretativo.

Al fine di esaminare le soluzioni in tale materia adottate dalla Corte Rehnquist, occorre anzitutto esaminare la decisione *Bousley* (assai nota nell'ordinamento statunitense), in cui, per la prima volta dopo il 'cambio di rotta', la Corte Suprema è stata chiamata a decidere se un nuovo arresto giurisprudenziale, favorevole al reo e successivo al giudicato, possa legittimare la revisione di una condanna definitiva.

Anche in questo caso, come per il precedente *leading case Davis*, peraltro, si ritiene opportuno ripercorrere anzitutto i profili fattuali della vicenda sottoposta all'attenzione della Corte Suprema, per poi passare all'esame delle soluzioni adottate in punto di diritto.

Per quanto riguarda il fatto, il caso vedeva coinvolto il sig. Bousley, il quale, nel marzo del 1990, era stato imputato per possesso di sostanze stupefacenti allo scopo di spaccio - di cui all'articolo 841(a)(1) del titolo 21 U.S.C. - in concorso con il reato di "uso di armi da fuoco durante e in relazione a un traffico di stupefacenti" - di cui alla disposizione 924 (c) del titolo 18 U.S.C. Rispetto a questo secondo addebito, in particolare, all'imputato era stato contestato il ritrovamento di un'arma da fuoco in camera da letto, luogo facilmente accessibile da quello attiguo - il garage annesso alla casa - in cui si svolgeva lo spaccio.

¹²⁵ *Sanders v. United State*, 373 U.S. 1, 8 (1963).

Bousley, una volta condotto in giudizio, si era dichiarato colpevole dei reati a lui ascritti ed era stato condannato alla pena di 78 mesi di reclusione per il primo capo di imputazione e 60 per il secondo.

Divenuta definitiva tale condanna, tuttavia, la Corte Suprema era, di lì a poco, intervenuta nel caso *Bailey* specificando come la fattispecie di cui all'art. 824(c)(1) - il reato di "uso di armi da fuoco durante e in relazione a un traffico di stupefacenti" - dovesse interpretarsi nel senso di richiedere non il semplice possesso dell'arma da fuoco bensì la prova di un suo "attivo impiego", imponendo il termine "uso" la dimostrazione di un fattivo utilizzo dell'arma. In particolare, la Corte aveva evidenziato come la disposizione legislativa non incriminasse il mero possesso dell'arma, rinviando, di converso, alla condotta di *maneggio attivo* del mezzo, tra cui, a titolo esemplificativo, dovevano essere ricomprese le azioni di "brandire, mostrare, vendere, colpire e ovviamente sparare o cercare di sparare" [§148].

Da ciò conseguiva che il soggetto attivo del reato non poteva considerarsi colui che aveva soltanto 'stoccato' l'arma da fuoco in vicinanza del luogo di produzione o spaccio delle sostanze stupefacenti o colui che l'aveva comunque tenuta in prossimità di tale luogo allo scopo di fornire un senso di sicurezza o di incoraggiamento all'attività illecita medesima.

Alla luce del *leading case Bailey*, pertanto, Bousley, aveva presentato ricorso in *habeas corpus*, chiedendo di rivedere la propria condanna sulla base dei principi ivi affermati, che, se applicati al suo caso, avrebbero evidentemente determinato la sua assoluzione in luogo della condanna.

La Corte d'Appello distrettuale, investita del ricorso, sottopose allora la questione all'attenzione della Corte Suprema, rilevando l'esistenza di un conflitto tra le corti circondariali circa la possibilità di applicare i principi affermati in *Bailey* alle sentenze già divenute definitive.

3.1. La decisione della Corte Suprema nel caso *Bousley*: l'inapplicabilità di *Teague* e la violazione della *due process clause*.

In particolare, quanto ai profili di diritto del caso esaminato, la questione presentata da Bousley per rivedere la condanna in *habeas corpus* concerneva precipuamente la violazione costituzionale della *Due Process Clause*, nella parte in cui la garanzia del

giusto processo dovrebbe assicurare altresì la necessaria *volontarietà e consapevolezza* della dichiarazione di colpevolezza dell'imputato (*plea guilty*) posta a fondamento della sua condanna.

Secondo quanto prospettato dal ricorrente, infatti, allorquando gli elementi del reato siano chiariti soltanto *dopo* la definizione del giudizio, il *plea guilty* non potrebbe ritenersi né “*voluntary*” né “*intelligent*” e, pertanto, dovrebbe considerarsi *costituzionalmente invalido* [*Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 748 (1970)].

Nel dettaglio, Bousley lamentava di aver ricevuto una informazione *incompleta* quanto agli elementi costitutivi del reato di “uso di armi da fuoco in relazione al spaccio di sostanze stupefacenti”, poiché i verbali di udienza avrebbero dimostrato inequivocabilmente come né Bousley, né il suo legale rappresentante né tanto meno la Corte stessa avessero correttamente inteso gli elementi costitutivi della fattispecie (‘chiariti’ dalla Corte Suprema solo successivamente con la sentenza *Bailey*).

Diversamente dal precedente caso *Davis*, pertanto, la *claim* fatta valere da Bousley riguardava precipuamente una violazione *costituzionale*, lamentandosi il mancato rispetto della *due process clause* nei termini in cui questa - per costante interpretazione giurisprudenziale - impone di ritenere valido il *plea guilty* solo se *intelligent and voluntary*.

Sul punto, la Corte Suprema si è anzitutto confrontata con la *Teague doctrine* [*retro*, sez. I, § 6.3.1.], avendo sostenuto l'*amicus curiae* che l'applicazione retroattiva della sentenza *Bailey* nel caso di specie avrebbe violato i principi riconosciuti in *Teague*.

Di contro, ad avviso della Corte Suprema tale argomentazione non poteva trovare accoglimento nel caso *de quo*, applicandosi i principi espressi in *Teague* precipuamente alle sole decisioni riguardanti l'interpretazione *costituzionale* (e non anche, come in *Bousley*, la decisione concernente uno *statute law*); solo la possibilità di applicare retroattivamente una nuova decisione costituzionale, infatti, incontrerebbe i limiti delineati in *Teague* e non anche un nuovo orientamento ermeneutico che si appunti su una disposizione di legge meramente ordinaria.

Peraltro, nonostante tale rilievo, di per sé sufficiente a ‘raggirare l'ostacolo’ *Teague*, la Corte Suprema ha sottolineato altresì come la regola dell'*irretroattività* delle nuove

decisioni operi soltanto con riguardo alle regole di natura *procedurale* e non anche a quelle di tipo sostanziale, cui invece doveva ricondursi il principio statuito in *Bailey*.

Come già precisato nella medesima decisione *Teague*, infatti, i limiti in essa individuati non hanno ragion d'essere rispetto alle regole *sostanziali*: poiché si deve ritenere scopo precipuo dell'*habeas corpus* quello di evitare la condanna di un innocente, nei casi in cui la Corte rilevi - anche dopo il giudicato - che una determinata condotta non rientra nel perimetro del penalmente rilevante, tale *new rule* non può che trovare applicazione retroattiva anche nei giudizi già divenuti definitivi, comportando di per sé «*a significant risk that a defendant stands convicted of "an act that the law does not make criminal"*».

Inoltre, poiché nel sistema federale soltanto il Congresso, e non i giudici, ha il potere di rendere una condotta penalmente illecita, «*it would be inconsistent with the doctrinal underpinnings of habeas review to preclude petitioner from relying on our decision in Bailey in support of his claim that his guilty plea was constitutionally invalid*».

A ciò, si aggiunga infine, il rilievo - operato dal giudice Stevens nella opinione concorrente - per cui la decisione *Bailey* non potrebbe neppure considerarsi “*new*”, trattandosi della prima occasione in cui la Corte Suprema ha chiarito il ‘vero’ significato di un elemento della fattispecie criminosa: «*our decision in Bailey v. United States, 516 U. S. 137 (1995), did not change the law. It merely explained what § 924(c) had meant ever since the statute was enacted [...] A judicial construction of a statute is an authoritative statement of what the statute meant before as well as after the decision of the case giving rise to that construction*».

Per tali ragioni, ritenuta irrilevante la dottrina (meglio, l'ostacolo) *Teague*, la Corte Suprema ha potuto proseguire l'esame della vicenda, analizzando il merito della questione sottoposta dal ricorrente, concernente precipuamente la violazione di rango costituzionale.

Sul punto, richiamandosi al precedente *Smith v. O'Grady* [312 U.S. 329, 334 (1941)]¹²⁶, i giudici federali hanno sottolineato come un *plea guilty* possa effettivamente dirsi

¹²⁶ La ‘volontarietà’ dell'ammissione di Bousley è viceversa sostenuta dall'*amicus curiae*, il quale si richiama in tale senso ai casi *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 748, *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759 (1970) e *Parker v. North Carolina*, 397 U.S. 790 (1970). Tali decisioni riguardano tutti imputati che hanno ammesso la propria colpevolezza dopo esser stati correttamente informati circa la natura della loro accusa. In questi casi, tuttavia, gli imputati avevano successivamente appellato la propria condanna per

intelligent soltanto nella misura in cui l'imputato riceva una reale informazione circa la vera natura dell'accusa, quale primario e universale requisito per garantire il rispetto della *due process clause*.¹²⁷

Applicando tali (affermati) principi al caso di specie, la Corte ha pertanto riconosciuto come il ricorrente non avesse ricevuto una informazione precisa ed esatta circa la natura dell'accusa a suo carico mossi, risultando come né il suo rappresentante legale, né la Corte avessero chiarito l'esatta portata del termine 'use'.

Per tale ragione, i giudici, accogliendo le richieste (e le argomentazioni) del richiedente, hanno revocato la condanna definitiva, rimandando il caso avanti la Corte d'Appello, affinché il condannato potesse provare la propria innocenza in relazione al reato di cui all'art. 924(c)(1).

3.1.1. I limiti procedurali e il ruolo dell'*actual innocence*.

Come nella vicenda *Davis*, peraltro, anche in questo caso l'esame del merito presupponeva la soluzione di taluni nodi di natura procedurale, che, per le ragioni che si evidenzieranno più avanti, meritano anch'essi una, per quanto cursoria, disanima.

non aver esattamente inteso o la forza delle prove di cui disponeva l'accusa o la pena a cui sarebbe stati soggetti. In queste sentenze, la Corte Suprema ha chiarificato come l'ammissione di colpevolezza da parte di un imputato pienamente consapevole delle conseguenze del proprio *plea guilty* debba ritenersi consapevole (*intelligent*) a meno che sia stata indotta da minaccia, false dichiarazioni o da promesse che erano per loro natura inopportune, non rientrando nella sfera di competenza del *prosecutor*. Nei casi menzionati tuttavia gli imputati erano stati pienamente informati circa gli elementi essenziali del crimine loro imputato (ricadendo la mancanza di conoscenza, tutt'al più, su altri e diversi elementi rilevanti dell'accusa); per questo motivo la Corte non li ritiene rilevanti nel caso *Bousley*, trattandosi proprio di valutare la consapevolezza circa la *natura* dell'accusa.

¹²⁷ Cfr. l'opinione concorrente del giudice Stevens, in *Bousley*, cit., §33: "Quando nel 1990 il richiedente è stato informato dal giudice, dal suo legale rappresentante nonché dal pubblico procuratore che il mero possesso di arma da fuoco avrebbe sostenuto una condanna ai sensi del §924(c), egli ha ricevuto di fatto un parere legale drammaticamente errato.

La circostanza per cui tutti loro agissero in buona fede, rifacendosi a un precedente vincolante, non attenua l'impatto di questa erronea informazione. Le conseguenze per l'attuale ricorrente furono severe e ingiuste esattamente come nell'ipotesi in cui giudice e avvocato agiscano consapevolmente per ingannare l'imputato e indurlo ad ammettere la propria colpevolezza per un crimine che egli non ha commesso.

La nostra giurisprudenza rende chiaro che il *plea guilty* fondato su un'informazione scorretta rende l'ammissione costituzionalmente invalida. (*Smith v. O'Grady*, 312 U.S. 329, 334 (1941); *Handerson v. Morgan*, 426 U.S. 637, 644-645 (1976).

La condanna e la pena del ricorrente sono basati su "fatti che la legge non qualifica come penali. Non v'è dubbio che da tale circostanza intrinsecamente derivi in un completo miscarriage of justice' e che in tale caso siano presenti circostanze eccezionali' che giustificano la revoca della condanna".

In particolare, in tale caso, l'esame della richiesta poteva - *prima facie* - apparire impedito da uno *state procedural default*, presentando il condannato la *claim* attinente alla violazione costituzionale per la prima volta in *habeas corpus*.

Poiché la decisione con cui la Corte Suprema aveva chiarito gli elementi del reato era susseguita alla definizione del giudizio di Bousley, la relativa eccezione d'incostituzionalità del *plea guilty* - evidentemente - non era stata discussa nel precedente procedimento penale.

Per tale motivo, ritenendosi *tendenzialmente* precluso il rimedio straordinario nei casi in cui il condannato 'attenda' il passaggio in giudicato per far valere la proprio *claim* [*supra*, sez. I, §5.3.], dal punto di vista strettamente procedurale, la proposizione del ricorso poteva risultare (apparentemente) invalidata da uno *state procedural default*.

Come già sopra rilevato, tuttavia, tale mancanza procedurale può ritenersi, rispettivamente, 'giustificata' o 'scusata' se: (a) il ricorrente dimostra la sussistenza di una *cause* e di un *prejudice*; (b) ovvero se in ogni caso, possa derivare dalla condanna un *miscarriage of justice*; nel caso specifico, la Corte ha potuto esaminare il merito ritenendo il *default* non giustificato, bensì scusato considerato il *rischio* (la punizione di un innocente) cui altrimenti il ricorrente sarebbe incorso.

Nel dettaglio.

(a) *Cause and prejudice test*.

Il ricorrente, invero, aveva cercato di *giustificare* la mancanza procedurale, adducendo una *cause* specifica, e cioè affermando di non aver potuto presentare la propria *claim* tempestivamente giacché le basi legali su cui la medesima si fondava (*i.e.* la decisione *Bailey*) erano divenute disponibili soltanto successivamente alla definizione del suo giudizio. Bousley, in particolare, si era richiamato in tal senso al caso *Reed. v. Ross* in cui la Corte Suprema aveva ritenuto scusato il *procedural default* allorquando l'istanza sia "talmente nuova che le sue basi legali non erano disponibili per il legale rappresentante".

Inoltre, nella prospettiva difensiva, la mancanza procedurale doveva ritenersi altresì giustificata poiché che, anche se prontamente e propriamente presentato, un eventuale ricorso avverso la condanna, tendente a far valere l'incostituzionalità dell'ammissione di colpevolezza, sarebbe risultato in quel momento *futil*, dovendosi ritenere che i giudici

investiti della causa - prima del *novum* rappresentato dalla decisione *Bailey* - avrebbero senz'altro rigettato la richiesta del condannato.

La Corte Suprema, come in parte anticipato, ha tuttavia respinto ambedue le argomentazioni:

quanto alla prima, i giudici, richiamandosi al precedente *Engle v. Isaac*, 456 U.S. 107, 134 (1982), hanno affermato che le basi legali della *claim* non possono ritenersi davvero 'nuove' nei casi in cui la medesima questione sia stata comunque discussa in altre cause e di tali discussioni si riporti nei *law reports*¹²⁸;

quanto alla seconda argomentazione, la Corte ha rilevato come «l'inutilità dell'esperimento di un rimedio non può costituire 'cause' se significa semplicemente che un'istanza sarebbe risultata incettabile davanti a una determinata corte in un determinato momento».

(b) Miscarriage of justice.

Pur negando la sussistenza di una legittima *cause* scusante la *procedural default*, la Corte Suprema - lo si è visto - ha nondimeno esaminato il merito della causa ritenendo presente la seconda eccezione/scusante in precedenza già individuata dalla giurisprudenza per superare la preclusione processuale; ossia il rischio di un *miscarriage of justice*.

Ripetendo le argomentazioni in precedenza già esaminate in *Davis*, infatti, la Corte ha ritenuto la domanda di Bousley ammissibile poiché se la questione lamentata fosse risultata fondata, si sarebbe determinata la condanna di un innocente (*Murray v. Carrirer*, cit., 496).

Come nel precedente *Davis*, dunque, nelle pieghe procedurali, la Corte ha rinvenuto un significativo e cruciale nodo attinente alla c.d. 'actual innocence', che come tale - accompagnandosi a una *claim* di una violazione costituzionale - rende l'*habeas corpus* affatto esperibile.¹²⁹

¹²⁸ Cfr. sent. *Bousley*, cit., §17: «Laddove la base legale per un'istanza fosse disponibile, e un altro avvocato difensore ha considerato e discusso quell'istanza, l'esigenza di *comity* e *finality* sconsigliano di qualificare la mancanza di conoscenza dell'oggetto/materia come causa del *procedural default*».

¹²⁹ In senso adesivo, anche l'opinione concorrente del giudice Stevens, per cui: «Ciò, inoltre, dovrebbe ritenersi legittimo anche nei casi in cui il condannato non abbia fatto valere nel precedente giudizio l'invalidità costituzionale del proprio *plea guilty*».

3.1.2. L'opinione dissenziente: il valore assoluto del giudicato.

Rinviando a ulteriori considerazioni in merito a tale arresto [*infra* § 5.2.], è bene sottolineare fin d'ora che la decisione in parola è stata adottata da una maggioranza di sette giudici; due giudici (Scalia, cui si è unito Thomas), di contro, hanno espresso un'opinione dissenziente.

La posizione discordante ha riguardato in particolare proprio l'ultima questione sopra esaminata, relativa al *procedural default*, la quale, secondo il giudice Scalia, non potrebbe essere in alcun modo scusata - neppure a fronte dell'allegazione dell'*actual innocence* - allorquando venga in considerazione una condanna fondata su di una dichiarazione di colpevolezza.

Sebbene le argomentazioni spese sul punto paiano di primo acchito di tipo schiettamente procedurale, nondimeno esse, riferendosi al valore e agli interessi tutelati dal giudicato che in tali casi risulterebbero ingiustamente sacrificati, risultano certamente interessanti ai fini che qui interessano.

Più nel dettaglio, infatti, il giudice Scalia ha criticato aspramente la decisione di estendere anche all'ipotesi di ammissione di colpevolezza la 'scusante' dell'*actual innocence* poiché, in tal modo, si obliterebbe affatto il principio di *finality*, da ritenersi viceversa fondamentale per qualsiasi ordinamento penale (per cui «*No criminal-law system can function without rules of procedure conjoined with a rule of finality*»).

Soprattutto, nel caso in esame, risulterebbero ingiustamente sacrificati due fondamentali interessi tutelati dal giudicato, ossia l'interesse all'*accuracy* e l'interesse all'*efficiency*.

Quanto all'*accuracy*, questa ne resterebbe menomata nella misura in cui l'*actual innocence doctrine* richiede che il ricorrente introduca nuove prove che, *valutate alla luce delle precedenti evidenze raccolte nel procedimento penale*, dimostrino che egli non sarebbe stato condannato da alcuna giuria ragionevole. Ebbene, nel caso di *plea*

Rendere esperibile il rimedio straordinario soltanto nei casi in cui l'ammissione di colpevolezza sia stata impugnata nel procedimento principale «risulta irragionevole e in contraddizione con la funzione dell'*habeas corpus*. Un profano che giustificatamente facesse affidamento su un'informazione scorretta della corte e dell'avvocato nel decidere di ammettere la colpevolezza per un crimine che non ha commesso ordinariamente assumerebbe che un tale consiglio sia ancora giusto anche per il tempo in cui è concesso appello. L'ingiustizia di questa condanna non è mitigata dal passaggio del tempo. La sua ammissione pertanto dovrebbe essere riguardata come nulla e la condanna cassata».

guilty - e nel caso specifico di Bousley - ciò significherebbe, ad avviso dei giudici dissenzienti, permettere al ricorrente di introdurre 'nuove prove' (e presumibilmente soltanto la sua testimonianza) idonee a dimostrare che la sua innocenza (i.e. che egli non ha fatto un uso attivo dell'arma), esigendo, al contempo, irragionevolmente da parte del Governo di ricercare - a distanza di otto anni dai fatti - evidenze contrarie.

Chiaramente, secondo il giudice Scalia, una simile dinamica non può permettere alcuna ricostruzione processuale fedele ai fatti.

Quanto all'interesse di *efficiency*, inoltre, nell'opinione dissenziente si sottolinea come la Corte Suprema abbia inizialmente riconosciuto l'eccezione dell'*actual innocence* prefigurandosi un potenziale novero di casi in tal modo 'scusati' *limitatissimo*.

Di converso, ritenendo l'ammissione di colpevolezza *unintelligent* anche nelle ipotesi in cui sopravvenga una nuova interpretazione del dettato normativo, si espanderebbero notevolmente i casi di ricorso.

Secondo il giudice Scalia, dunque, mentre l'eccezione del '*miscarriage of justice*' era stata individuata anche considerando che essa sarebbe accorsa in ipotesi solo eccezionali, estendendola anche ai casi di *plea guilty* si verrebbe a gravare il sistema penale di un peso eccessivo che l'ordinamento non potrebbe in alcun modo reggere:

*«It would be marvellously inspiring to be able to boast that we have a criminal-justice system in which a claim of “actual innocence” will always be heard, no matter how late it is brought forward, and no matter how much the failure to bring it forward at the proper time is the defendant’s own fault. But of course we do not have such a system, and no society unwilling to devote unlimited resources to repetitive criminal litigation ever could. The “actual innocence” exception this Court has invoked to overcome inexcusable procedural default in cases decided by a jury “seeks to balance the societal interests in finality, comity, and conservation of scarce judicial resources with the individual interest in justice that arises in the extraordinary case.” Schlup, 513 U. S., at 324. Since the balance struck there simply does not obtain in the guilty-plea context, today’s decision is not a logical extension of Schlup, and it is a grave mistake».*¹³⁰

¹³⁰ Traduciamo liberamente a beneficio del lettore: «Sarebbe meraviglioso potersi vantare di aver un sistema di giustizia penale nel quale le questioni di “actual innocence” possano sempre essere esaminate,

3.1.3. Ulteriori applicazioni di *Bousley*.

Per completezza espositiva, concludendo l'indagine sugli effetti temporali della decisione *federale* più favorevole nel secondo periodo - quello contemporaneo -, occorre altresì notare che i principi espressi in *Bousley* si sono applicati in ulteriori casi *diversi* dalle condanne definitive conseguite a *plea guilty*.

Anche nei procedimenti conclusisi con un *jury verdict*, infatti, può consumarsi una violazione di tipo costituzionale nei casi in cui la giuria riceva *improprie* istruzioni (per essere la fattispecie rilevante intesa in senso difforme dal significato suo proprio successivamente *chiarito* dalla Corte Suprema degli Stati Uniti).

Alcuni esempi in tal senso sono rintracciabili nella giurisprudenza statunitense con riferimento alla corretta interpretazione dell'articolo 828(c), 21 U.S.C. che dispone: «*For purposes of subsection (a), a person is engaged in a continuing criminal enterprise if --*

(1) he violates any provision of this subchapter or subchapter II of this chapter the punishment for which is a felony, and

(2) such violation is a part of a continuing series of violations of this subchapter or subchapter II of this chapter --

(A) which are undertaken by such person in concert with five or more other persons with respect to whom such person occupies a position of organizer, a supervisory position, or any other position of management, and

(B) from which such person obtains substantial income or resources».

In particolare, con la decisione *Richardson v. United States*¹³¹ 526 U.S. 813, la Corte Suprema ha precisato che l'espressione “*continuing series of violations*” richiede l'accertamento non di una “*series*” (il compimento di almeno tre illeciti come sopra

non importa quanto in ritardo presentate, non importa se la mancanza di averle presentate al momento opportuno sia una colpa del solo condannato. Ma senza dubbio noi non abbiamo un simile sistema, e nessuna società riluttante a devolvere risorse illimitate alla ripetizione delle liti criminali può avere. L'eccezione relativa all' “*actual innocence*” che questa Corte ha invocato per superare l'inescusabile mancanza procedurale nei casi decisi da una giuria “cerca di trovare un equilibrio tra gli interessi della società nel giudicat, comity e nella conservazione delle scarse risorse giudiziali con gli interessi individuali nel giustizia che si presentano in casi eccezionali”. [Schulp, 513 U.S., 324]. Poiché questo bilanciamento semplicemente non è possibile nel contesto del *plea guilty*, la decisione odierna non rappresenta una logica estensione di *Schlup* e per questo motivo è un grave errore».

¹³¹ *Richardson v. United States*, 526 U.S. 813 (1999).

indicati) ma esattamente di più “violations”, costituenti altrettanti elementi dell’aggravante.

Più precisamente: i giurati devono concordare all’unanimità sulla commissione non - genericamente - di almeno tre illeciti (sull’identità delle quali può esservi disaccordo), bensì - specificatamente - su ciascuna violazione contestata come integrante la *series* (*each "violation" here amounts to a separate element*)¹³².

Gli effetti temporali di tale decisione sono stati affrontati non dalla Suprema Corte ma dalle corti circondariali, le quali, tuttavia, hanno assicurato la revisione della condanna impiegando i principi già espressi in *Bousley*.

Così nel caso *Santana-Madera v. United States*¹³³, seguendo un indirizzo giurisprudenziale affermatosi anche in altri circuiti¹³⁴, la Corte d’Appello del Secondo Circuito ha riconosciuto l’applicabilità dei principi *Bousley* in sede di revisione di una condanna definitiva, affermando come la regola enucleata nella decisione *Richardson* pur dovendosi ritenere *new* debba non di meno retroagire oltre il giudicato trattandosi di una *substantive* (e non *procedural*) rule:

«The Supreme Court has instructed that new rules are substantive when they alter "the meaning of a criminal statute enacted by Congress" such that the defendant stands convicted for conduct that may no longer be illegal [§ 138].

[...]

By deciding that the jury had to agree unanimously on each of the offenses comprising the "continuing series" in a CCE count, Richardson interpreted a federal criminal

¹³² *«In this case, we must decide whether the statute's phrase "series of violations" refers to one element, namely a "series," in respect to which the "violations" constitute the underlying brute facts or means, or whether those words create several elements, namely the several "violations," in respect to each of which the jury must agree unanimously and separately. Our decision will make a difference where, as here, the Government introduces evidence that the defendant has committed more underlying drug crimes than legally necessary to make up a "series." (We assume, but do not decide, that the necessary number is three, the number used in this case.) If the statute creates a single element, a "series," in respect to which individual violations are but the means, then the jury need only agree that the defendant committed at least three of all the underlying crimes the Government has tried to prove. The jury need not agree about which three. On the other hand, if the statute makes each "violation" a separate element, then the jury must agree unanimously about which three crimes the defendant committed».* *Richardson v. United States*, cit., §817.

¹³³ *Santana-Madera v. United States*, 260 F.3d 133 (2001).

¹³⁴ V. le decisioni richiamate §138: *United States v. Lopez*, 248 F.3d 427, 432 (5th Cir. 2001) (“*We find, however, that Teague is inapplicable, because Richardson consisted of the Supreme Court's interpretation of a statute and is therefore retroactively available on collateral review.*”); *Lanier v. United States*, 220 F.3d 833, 838 (7th Cir. 2000); *Murr v. United States*, 200 F.3d 895, 906 [*139] (6th Cir. 2000); *Monsanto v. United States*, 143 F. Supp. 2d 273, 279 (S.D.N.Y. 2001); *Benevento v. United States*, 81 F. Supp. 2d 490, 493 (S.D.N.Y. 2000).

statute and, in doing so, changed the elements of the CCE offense. In other words, it altered the meaning of the substantive criminal law [§ 139]».

Come anticipato, pertanto, rispetto a tale successiva interpretazione, si è ritenuto possibile richiedere la revisione della condanna in *habeas corpus* allegando la violazione costituzionale della *Due Process Clause*, nella misura in cui «*the district court's failure to instruct the jury to agree separately on each of the offenses that comprised the continuous series of violations*».

3.2. La retroattività della decisione *statale* più favorevole: una questione ancora aperta.

Sin qui, si è visto la posizione che la Corte Suprema degli Stati Uniti ha assunto rispetto alla retroattività dell'interpretazione più favorevole affermata dopo il giudicato, considerando a tal scopo (quale decisione più favorevole rilevante) la sentenza pronunciata a livello *federale*.

Nei casi esaminati, cioè, la Corte Suprema ha giudicato sulla possibile revisione di una condanna *federale* in virtù di una interpretazione susseguente operata dalla stessa Corte Suprema (o nel caso *Davis*, comunque, da una corte federale).

In tali ipotesi, ricapitolando per quanto concerne il secondo periodo (quello contemporaneo), il condannato in via definitiva può richiedere la revisione della propria sentenza deducendo la violazione - consumatasi nel precedente procedimento - della garanzia costituzionale della *due process clause*, in particolare sostenendo che:

- (a) il proprio *plea guilty* era *unintelligent* perché egli non era stato informato degli elementi essenziali del reato (per come in seguito *precisati* dalla giurisprudenza);
- (b) ovvero le istruzioni fornite alla giuria devono ritenersi errate in quanto contrastanti con il dato normativo di legge (per come successivamente *chiarito* dalla decisione della Corte Suprema).

Tale quadro giurisprudenziale, che appare invero lineare nell'assicurare comunque risultati garantistici, si complica di converso allorché si esamini la possibile retroattività delle nuove decisioni pronunciate (non più dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, bensì) dalle Corti Supreme dei *singoli stati* considerati; si tratta del 'livello' statale della retroattività della pronuncia favorevole.

In tale ambito, infatti, la Corte Suprema – chiamata a decidere se sia *costituzionalmente* imposto alle corti statali l'applicazione retroattiva, oltre il giudicato, delle *loro* decisioni *in mitius* – è venuta a considerare ulteriori e diversi *tipi* di interpretazione successiva più favorevole, diversi dalla decisione meramente chiarificatrice del dettato normativo (l'unico *tipo* decisionale conosciuto nell'ambito della giurisprudenza federale), e costituiti dalla “*new law*” e dal “*change in the law*”.

Tali categorie, come si è visto, seppur incidentalmente richiamante nei *case law* sopra esaminati, non vengono davvero in considerazione a livello federale, confrontandosi in

tale ambito la Corte Suprema solamente con un *tipo* di pronuncia successiva al formarsi del giudicato, ovverosia la decisione che *per la prima volta ha chiarito* la portata di un elemento della fattispecie normativa.

Tale circostanza di fatto, peraltro, deriva dalle caratteristiche proprio del sistema e dell'architettura federale:

(i) anzitutto perché i veri e propri *overruling* da parte della Corte Suprema sono estremamente rari (soprattutto a favore del reo), piuttosto preferendosi adottare - allorquando si tratti di dover prendere le distanze da un precedente - la tecnica del *distinguishing*;

(ii) secondariamente perché anche la decisione che interviene a sanare un contrasto interpretativo tra le corti distrettuali non integra una *new law* ma continua ad essere considerata - come illustrato altresì dal giudice Stevens nell'opinione concorrente in *Bousley* - come una pronuncia meramente chiarificatrice di quello che la legge ha da sempre significato.

A livello statale, dunque, la Corte Suprema si trova ad affrontare problemi *nuovi*, dovendo non solo stabilire se i principi affermati a livello federale vincolino anche le corti statali, ma altresì se essi rimangano *validi* altresì se rapportati ad *altri tipi* decisionali.

In particolare, e per questi motivi, la Corte Suprema viene chiamata a risolvere due questioni susseguenti:

(a) anzitutto se la *due process clause* imponga l'obbligo di applicare retroattivamente (non solo la sentenza pronunciata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti ma altresì) la decisione più favorevole adottata dalle Corti Supreme *statali*;

(b) eventualmente, se tale obbligo debba ritenersi sussistente rispetto a tutti i *tipi* di nuove decisioni o, viceversa, se debba considerarsi limitato alle sole sentenze "meramente chiarificatrici del dettato normativo".

3.2.1. Il primo *tipo*: la decisione *statale* più favorevole meramente chiarificatrice del dettato legislativo. Il caso *Fiore v. White*.

Anzitutto, la prima questione - concernente la generale applicabilità dei principi stabiliti nella decisione *Bousley* altresì a livello statale - viene affrontata dalla Corte Suprema nel caso *Fiore v. White*¹³⁵.

La vicenda sottoposta all'esame dei giudici federali riguardava la legalità della condanna definitiva del sig. Fiore, ritenuto responsabile del reato statale di smaltimento di rifiuti pericolosi in assenza di un'appropriata autorizzazione (*permission*).

Il signor Fiore, in particolare, aveva dedotto in *habeas corpus* l'illegittimità della propria *custody* poiché, a pochi mesi di distanza dalla conclusione del proprio procedimento, il coimputato nel medesimo reato, accusato della stessa condotta concreta, era stato ritenuto *non colpevole* perché il fatto non costituiva il reato di illecito smaltimento di rifiuti (sentenza *Commonwealth v. Scarpone*)¹³⁶.

In tale decisione, infatti, la Corte Suprema dello stato della Pennsylvania aveva precisato come il reato in parola potesse ritenersi sussistente solo laddove le operazioni di smaltimento fossero avvenute *in assenza radicale* dell'apposita autorizzazione e non anche, come nel caso di specie, allorquando il soggetto, pur munito di una valida *permission*, aveva condotto tali attività in maniera significativamente diversa rispetto al contenuto dell'autorizzazione medesima, comunque sussistente (“*deviated from his permit's terms*”).

Poiché, come si è detto, Fiore era stato condannato per la medesima condotta - ora ritenuta non costituente reato - di Scarpone (peraltro facendo valere in appello, infruttuosamente, proprio le medesime argomentazioni successivamente accolte dalla Corte Suprema nei confronti del coimputato), egli aveva richiesto, in via straordinaria, attraverso uno *state collateral proceed*, di rivedere la propria condanna applicando i medesimi principi affermati nel caso Scarpone.

La Corte d'Appello statale, tuttavia, aveva rigettato il ricorso ritenendo che la Corte Suprema della Pennsylvania avesse annunciato, nel caso Scarpone, una *nuova regola di diritto*, come tale *inapplicabile* ai procedimenti già divenuti definitivi.

¹³⁵ *Fiore v. White*, 531 U.S. 225 (2001).

¹³⁶ *Commonwealth v. Scarpone*, 535 Pa. 273, 279, 634 A.2d 1109, 1112 (1993).

3.2.1.1. La decisione della Corte Suprema: l'estensione dei principi espressi in *Bousley*.

La Corte Suprema degli Stati Uniti, dunque, investita in ultima istanza della questione dopo il diniego della Corte d'Appello, fondato essenzialmente sulla natura di *new law* dei principi affermati in *Scarpone*, era staa chiamata a determinare se la propria giurisprudenza sviluppata in punto di 'retroattività' di un orientamento più favorevole federale trovasse applicazione anche nei confronti delle decisioni statali e, in particolare, anche qualora queste avessero enunciato una *nuova* regola di diritto.

Tale ultima questione, tuttavia, nel giudizio avanti la Corte Suprema Federale non è stata infine affrontata, poiché la Corte Suprema dello Stato della Pennsylvania, cui i giudici federali si erano rivolti in via preliminare per comprendere se i principi stabili in *Scarpone* fossero da considerarsi *nuovi*, aveva negato una simile qualificazione¹³⁷.

La Corte Suprema Statale, in risposta al quesito sottopostole, chiariva però che «*Scarpone did not announce a new rule of law. Our ruling merely clarified the plain language of the statute [...] Our interpretation of [§ 6018.401(a)] in Scarpone furnishes the proper statement of law at the date Fiore's conviction became final*».¹³⁸

Dunque, venuta meno di fatto la questione concernente la retroattività di una vera e propria *new rule*, la Corte Suprema ha considerato (soltanto) la regolamentazione degli effetti temporali della decisione statale *chiarificatrice del dettato legislativo* (che, in quanto tale, in nulla può ritenersi innovatrice), estendendo anche ala medesima i risultati ermeneutici cui era già pervenuta - rispetto alla sentenza *federale* - nel caso *Bousley*.

In particolare, come già affermato per la decisione più favorevole pronunciata a livello *federale*, la Corte ha riconosciuto anche in questo caso una violazione della *due process clause* nella misura in cui la garanzia costituzionale proibisce l'applicazione di una pena (e, ancor prima, la pronuncia di una condanna) nell'ipotesi in cui l'accusa non abbia provato tutti e ciascuno degli elementi del reato; e, si potrebbe aggiungere, anche nell'ipotesi in cui tali elementi siano stati solo successivamente *chiariti* dai giudici statali (competenti a interpretare la fattispecie considerata):

¹³⁷ «*Does the interpretation of Pa. Stat. Ann., Tit. 35, § 6018.401(a) (Purdon 1993), set forth in Commonwealth v. Scarpone, 535 Pa. 273, 279, 634 A. 2d 1109, 1112 (1993), state the correct interpretation of the law of Pennsylvania at the date Fiore's conviction became final?*».

¹³⁸ *Fiore v. White*, 562 Pa. 634, 646, 757 A. 2d 842, 848–849 (2000).

«the question is simply whether Pennsylvania can, consistently with the Federal Due Process Clause, convict Fiore for conduct that its criminal statute, as properly interpreted, does not prohibit. This Court's precedents make clear that Fiore's conviction and continued incarceration on this charge violate due process. We have held that the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment forbids a State to convict a person of a crime without proving the elements of that crime beyond a reasonable doubt. See *Jackson*, 443 U. S., at 316; *In re Winship*, 397 U. S. 358, 364 (1970)».

Si noti inoltre che la Corte, proprio perché trattasi di una sentenza meramente chiarificatrice del significato che la norma di legge ha *da sempre* avuto, ha precisato altresì come in tale ipotesi non venga in realtà in considerazione alcuna questione concernente gli 'effetti retroattivi' della sentenza:

«because *Scarpone* was not new law, this case presents no issue of retroactivity. Rather, the question is simply whether Pennsylvania can, consistently with the Federal Due Process Clause, convict Fiore for conduct that its criminal statute, as properly interpreted, does not prohibit».

3.2.2. Il secondo tipo: la decisione statale più favorevole nel contesto di una giurisprudenza evolutiva. Il caso *Bunkley v. Florida*.

Nel caso *Fiore*, dunque, la Corte Suprema ha espressamente assicurato l'estensione dei principi riconosciuti in *Bousley* anche al caso in cui la decisione successiva sia stata pronunciata da una corte statale, per lo meno, allorquando si tratti di una mera interpretazione del dato testuale che in nulla innovi la disposizione di legge o la giurisprudenza precedente.

In particolare, dalla decisione *Fiore* è possibile desumere quanto meno tre punti fermi:

- i) anzitutto occorre distinguere tra la decisione che si limita a chiarire il significato dello *statute law* e quella che di converso crea una nuova regola di diritto;
- ii) nel primo caso, come già riconosciuto per la giurisprudenza federale, l'esecuzione della condanna definitiva per una condotta che secondo la legge - per come correttamente interpretata - non costituisce reato, integra una violazione della clausola costituzionale di *due process*;

iii) per quanto riguarda il secondo caso la questione rimane aperta e di fatto affidata alle corti inferiori.

Proprio rispetto a tale ultimo passaggio, tuttavia, come anticipato, è intervenuta la successiva decisione *Bunkley v. Florida* in cui la Corte è stata chiamata a valutare se il principio di retroattività debba applicarsi anche alle decisioni (statali) diverse da quelle che “*merely clarified the plain language of the statute*”.

3.2.2.1. *Background: la giurisprudenza evolutiva.*

Anzitutto, principiando dal caso concreto sottoposto all'attenzione della Corte Suprema, è bene premettere che la vicenda in esame vedeva coinvolto il signor Bunkley, condannato - con sentenza divenuta definitiva nel 1989 - alla pena della reclusione perpetua per aver commesso il reato di rapina di primo grado.

La condotta di Bunkley era stata così qualificata poiché egli, arrestato immediatamente dopo il fatto, era stato trovato con indosso - riposto in una tasca - un coltello dalla lama di circa 2,5 pollici.

Il porto dell'arma, qualificata ai sensi dell'art. §790.001(13), Flo. Stat., quale “*dangerous weapon*”, aveva dunque comportato il sensibile aggravio di pena, altrimenti determinabile esclusivamente al di sotto del (ben più favorevole) limite edittale di cinque anni di reclusione.

Divenuta definitiva la condanna di Bousley, tuttavia, nel 1997 la Corte Suprema dello stato della Florida, nella decisione *L.B. v. Florida* applicò l'eccezione del “*common pocketknife*” a una lama da 3 pollici e $\frac{3}{4}$ di lunghezza, riconoscono espressamente che «*the knife in question was a "common pocketknife" under any intended definition of that term*»^{139 140}.

¹³⁹ «we can infer that the legislature's intended definition of "common pocketknife" was: A type of knife occurring frequently in the community which has a blade that folds into the handle and that can be carried in one's pocket." We believe that in the vast majority of cases, it will be evident to citizens and fact-finders whether one's pocketknife is a "common" pocketknife under any intended definition of that term.

Since in the vast majority of cases it will be evident whether one's particular knife is a "common pocketknife," and because "all doubts as to the validity of a statute are to be resolved in favor of constitutionality where reasonably possible," *Department of Law Enforcement v. Real Property*, 588 So. 2d 957, 961 (Fla. 1991), we hold that section 790.001(13) is not void for vagueness.

Sopraggiunta la decisione *L.B. v. Florida*, dunque, Bunkley richiese alla Corte Statale di rivedere la propria condanna in virtù del nuovo arresto giurisprudenziale, il quale, se applicato anche alla sua condotta, avrebbe comportato una pena sensibilmente inferiore a quella ormai divenuta definitiva.

La Corte Suprema dello stato della Florida, tuttavia, rigettò la richiesta di Bunkley, sostanzialmente ritenendo che la decisione *L.B.* non potesse avere effetti retroattivi oltre il giudicato.

Più nel dettaglio, la Corte statale, muovendosi su un terreno inesplorato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, motivò la propria decisione richiamandosi a una ripartizione interna alla propria giurisprudenza, senza dubbio interessante ai fini della presente indagine, nella misura in cui tipizza le diverse categorie cui è possibile ricondurre la 'nuova' interpretazione giurisprudenziale.

Essenzialmente, la Corte Suprema statale aveva operato una prima distinzione tra "clarifications in the law" e "changes in the law", poiché soltanto le seconde - ponendosi, appunto, nell'ottica di una vera e propria *mutatio* del diritto - avrebbero

As to the knife at issue here, we hold that petitioner's knife plainly falls within the statutory exception to the definition of "weapon" found in section 790.001(13). In 1951, the Attorney General of Florida opined that a pocketknife with a blade of four inches in length or less was a "common pocketknife." Op. Att'y Gen. Fla. 051-358 (1951). The knife appellant carried, which had a 3 3/4-inch blade, clearly fell within this range. Accordingly, appellant's conviction is vacated as we find that the knife in question was a "common pocketknife" under any intended definition of that term».

¹⁴⁰ Si noti peraltro che la decisione in questione concerne in prima batutta la ritenuta illegittimità costituzionale dell'eccezione del *common pocketknife*, ritenuta *void for vagueness*. La Corte Suprema, pronunciandosi sul punto, ha respinto tale censura, viceversa ritenendo che il concetto menzionato possa essere facilmente compreso - e applicato ai casi concreti - dalla giuria: «*To that end, we note that Webster's defines "common" as: "known to the community; occurring or appearing frequently esp. in the ordinary course of events; of, relating to, or typical of the many rather than the few." Webster's Third New International Dictionary 458 (1986). Webster's defines "pocketknife" as "a knife with a blade folding into the handle to fit it for being carried in the pocket." Id. at 1747. From these definitions, we can infer that the legislature's intended definition of "common pocketknife" was: "A type of knife occurring frequently in the community which has a blade that folds into the handle and that can be carried in one's pocket." We believe that in the vast majority of cases, it will be evident to citizens and fact-finders whether one's pocketknife is a "common" pocketknife under any intended definition of that term. [...] Since in the vast majority of cases it will be evident whether one's particular knife is a "common pocketknife," and because "all doubts as to the validity of a statute are to be resolved in favor of constitutionality where reasonably possible," Department of Law Enforcement v. Real Property, 588 So. 2d 957, 961 (Fla. 1991), we hold that section 790.001(13) is not void for vagueness».*

Nonostante nell'opinione dissenziente si sottolinei che, proprio per tale questione, la decisione *L.B.* dovrebbe essere trattata come un caso di interpretazione *costituzionale*, è importante sottolineare che la Corte Suprema degli Stati Uniti applica viceversa a questa decisione i principi e i precedenti elaborati per l'interpretazione giurisprudenziale degli *statute law*.

implicato un 'problema di retroattività'; viceversa, rispetto alla decisione meramente chiarificatrice del dettato legislativo, appunto in quanto disvelatrice di un significato che la legge ha da sempre avuto, non si sarebbe posta una simile questione.

Inoltre, se rispetto alle *clarifications* doveva ritenersi operante la disciplina già affermata dalla Corte Suprema nel caso Fiore, viceversa con riguardo alle "*changes in the law*", in mancanza di un'esplicita presa di posizione a livello federale sul punto, si sarebbe aperta la 'discrezionalità statale'.

La Corte della Florida, considerando quindi quest'ultima categoria decisionale, operava un'ulteriore distinzione per *tipi*, differenziando tra (a) *jurisprudential upheavals* e (b) *evolutionary refinements in the law*; i primi capaci di retroagire oltre il giudicato, i secondi confinati soltanto nei giudizi (futuri e) ancora pendenti.

In particolare, quanto ai *jurisprudential upheavals*, *sub* (a), anzitutto, dovrebbe riconoscersi efficacia retroattiva ai veri e propri 'sconvolgimenti giurisprudenziali', ossia cambiamenti radicali che - secondo la Corte Statale - possono identificarsi soltanto con "*major constitutional change of law*". Tale eccezione si giustificherebbe perché i cambiamenti costituzionali rientrano generalmente in due ampie categorie: la prima è quella delle condotte che sono poste al di fuori del potere statale di regolare certe condotte o imporre talune pene; la seconda riguarda quei cambiamenti dispositivi che sono di una magnitudine tale da richiedere una necessaria applicazione retroattiva (così come imposto anche dal test *Stovall e Linkletter*).

Quanto ai *evolutionary refinements*, *sub* (b), di converso, dovrebbe negarsi effetto retroattivo alle decisioni che rappresentano un "*conventional change*", capace di fornire differenti *guidelines* alle corti statali nell'esercizio del loro potere di applicare la legge.

In particolare, per determinare se una sentenza ricada nella prima o nella seconda categoria, sarebbe necessario anzitutto guardare alla decisione stessa per individuare il "*intent*" della Corte. Laddove la decisione sia ambigua o silente sul punto, sarebbe poi necessario guardare al dettato normativo per individuare l'intento del legislatore. In talune ipotesi, infatti, è lo stesso legislatore cede una misura di discrezionalità alle corti

- o direttamente¹⁴¹ o impiegando un linguaggio che comunemente richiede una costruzione giurisprudenziale¹⁴² -, chiamate ad attuare lo scopo legislativo 'affinando' la propria interpretazione con l'evolversi delle circostanze; esemplificativo sul punto, sarebbe l'uso di espressioni quali "careful and prudent", "reasonable" e "probable cause".

Data questa distinzione, la Corte riconduce a quest'ultima categoria - insuscettibile di applicazione retroattiva - anche la decisione *L.B.*, avendo il legislatore ceduto una parte della definizione criminosa alla discrezionalità giurisprudenziale mediante l'impiego delle espressioni "dangerous weapon" e "common pocket knife", che chiaramente richiederebbero una "judicial construction" per individuare l'ambito applicativo della fattispecie penale.

Da tali premesse, dunque, deriverebbe che la decisione *L.B.* rappresenterebbe in realtà l'esito di un processo centenario ed evolutivo, durante il quale ciascun giudice, seppur decidendo talvolta in maniera differente, avrebbe perseguito lo scopo di rispettare l'intento legislativo sotteso alla fattispecie criminosa, applicando l'interpretazione della legge in quel momento storico prevalente. Poiché dunque nessuna decisione passata poteva ritenersi realmente contrastante con l'intento legislativo, non sarebbe stato possibile rinvenire in tali differenti sentenze/interpretazione alcuna violazione della *due process clause*.¹⁴³⁻¹⁴⁴

¹⁴¹ V. la nota 13 della sent. cit.: «For example, the Legislature directly ceded to the courts the authority to formulate grounds for departing from the sentencing guidelines. See § 921.001(6), Fla. Stat. (2001) ("A court may impose a departure sentence outside the sentencing guidelines based upon circumstances or factors which reasonably justify the aggravation or mitigation of the sentence . . .")».

¹⁴² V. la nota 14 della sent. cit.: «Examples of such language include "careful and prudent," "reasonable," and "probable cause." See, e.g., § 316.1925, Fla. Stat. (2001) ("Any person operating a vehicle upon the streets or highways within the state shall drive the same in a careful and prudent manner . . .") (emphasis added); § 856.015(2), Fla. Stat. (2001) ("No adult having control of any residence shall allow an open house party to take place at said residence if any alcoholic beverage or drug is possessed or consumed [...] by any minor [...] and where the adult fails to take reasonable steps to prevent the possession or consumption of the alcoholic beverage or drug.") (emphasis added); § 933.04, Fla. Stat. (2001) ("No search warrant shall be issued except upon probable cause") (emphasis added)».

¹⁴³ V. il par. 745, per cui: «In analyzing the retroactivity of *L.B.* under *Witt*, we are called upon to determine whether *L.B.* was a "jurisprudential upheaval" or an "evolutionary refinement" in the law. As noted above, a jurisprudential upheaval is a "major constitutional change of law." Examples include *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 9 L. Ed. 2d 799, 83 S. Ct. 792 (1963), and *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584, 53 L. Ed. 2d 982, 97 S. Ct. 2861 (1977). *L.B.* clearly was not a decision of that order, for *L.B.* was a routine statutory construction case wherein this Court construed the phrase "common pocketknife." Rather, *L.B.* was an "evolutionary refinement" in the law, i.e., it was a conventional change that "affords new or different guidelines" for the courts in applying the law. To determine whether a decision refines a

3.2.2.2. La decisione della Corte Suprema: un'ulteriore applicazione della *Due Process Clause*.

In questi termini, dunque, il caso è approdato avanti la Corte Suprema degli Stati Uniti. Prima di esaminare la soluzione adottata dai giudici federali, occorre premettere che la Corte Suprema degli Stati Uniti principia dal medesimo presupposto adottato dalla Corte statale, ossia che la sentenza *L.B.* costituisca un “*change in the law*”.

Per questo aspetto, si noti, il caso in esame differisce sensibilmente dal precedente *Fiore*, poiché mentre in quell'occasione la stessa Corte statale aveva riconosciuto la propria giurisprudenza come meramente chiarificatrice del dettato, in *Bunkley* viceversa i giudici supremi dello stato della Florida qualificano la propria decisione come un vero e proprio “*change of law*”.

Secondo la Corte Suprema degli Stati Uniti, tuttavia, ciò non basta ancora a escludere - come di converso ritenuto dalla Corte Suprema della Florida - qualsiasi applicabilità dei principi statuiti in *Fiore*, che non riguardano tanto il tema della ‘retroattività’ di una decisione, quanto il rispetto della *due process clause* nel precedente giudizio.

Sia che si tratti soltanto di un chiarimento del testo di legge, sia che venga in rilievo un mutamento giurisprudenziale, infatti, occorre *in ogni caso* verificare che nel precedente giudizio l'accusa abbia effettivamente provato - oltre ogni ragionevole dubbio - tutti e ciascuno degli elementi costituenti la fattispecie incriminatrice, per come essa ‘esisteva’ (o veniva intesa) *al momento in cui la condanna è divenuta definitiva* - occorrendo viceversa una violazione della *due process clause* (nella specie, non avendo il Governo rispettato l'obbligo costituzionale di *burden of proof*¹⁴⁵).

*statute, we first look to the decision itself to discern its intent. If the decision is silent or ambiguous on this point, we then look to the statute to discern its intent. Where the Legislature cedes a measure of discretion to the courts either directly or by employing language that commonly requires judicial [**16] construction, the Legislature intends for the courts to effectuate the purpose of the statute by "refining" the decisional law in the face of "evolving" circumstances.*

Where the legislature cedes a measure of discretion to the courts either directly or by employing language that commonly requires judicial construction, the legislature intends for the courts to effectuate the purpose of the statute by "refining" the decisional law in the face of "evolving" circumstances”».

¹⁴⁴ A stretto rigore, pare arduo vedere nella decisione *L.B.* un vero e proprio *refinement*.

In tal senso anche l'opinione dissenziente per cui: «*Rather than discussing Fiore, which does not involve a retroactivity analysis, the majority analyzes L.B. based only on the principles of Witt, concluding that L.B. was "the culmination of a century-long evolutionary process." Majority op. at 11-12. However, the majority offers no precedent laying out the stages of this evolution*».

¹⁴⁵ «*the Due Process Clause [...] forbids a State to convict a person of a crime without proving the elements of that crime beyond a reasonable doubt*», sent. cit., §840, che richiama *Fiore*, cit.

Se la pronuncia susseguente appartiene alla categoria delle *mere clarification*, tale verifica si traduce in un *duplice* passaggio:

- (a) anzitutto occorre considerare quali sono gli elementi della fattispecie per come chiariti dalla nuova decisione nel tempo T_2 ;
- (b) quindi, è necessario appurare che la condanna pronunciata in un tempo precedente (T_1) si sia effettivamente fondata sulla prova di ognuno di tali elementi (per quanto *chiariti* solo in seguito).

Laddove la nuova pronuncia appartenga, viceversa, alla categoria della “*judiciary refinement*”, ciò non significa affatto che tale verifica possa essere obliterata; piuttosto è necessario interpolare il *test* precedente prevedendo un ulteriore passaggio, concernente l'esatto momento in cui è avvenuto il mutamento del diritto.

In particolare:

- (a) in primo luogo, come sopra, è necessario guardare alla decisione successiva (T_2) per appurare quali sono (ora) gli elementi del reato;
- (b) quindi (e qui si introduce l'elemento differenziale rispetto all'ipotesi di cui sopra) occorre stabilire esattamente *in quale momento* (T_0) è avvenuto il mutamento del diritto di cui la decisione susseguente costituisce soltanto l'‘esito’;
- (c) infine, soltanto rispetto alle condanne pronunciate dopo tale mutamento (nel tempo T_1 , dopo il tempo T_0) è necessario verificare se il Governo abbia soddisfatto l'onere della prova rispetto a tutti gli elementi del reato (per come già ‘*mutati*’).

Come risulta evidente, pertanto, la circostanza che la decisione appartenga all'una piuttosto che all'altra categoria, non modifica i termini della questione dovendosi pur sempre appurare quale fosse la *law* rilevante al momento della definizione del giudizio.

Nel secondo caso, tuttavia, quello del *judiciary refinement*, per le caratteristiche proprie del *tipo* considerato, non è sufficiente considerare la sola decisione susseguente più favorevole (che ‘cristallizza’ il percorso evolutivo), ma occorre altresì valutare quando - *in quale momento* - è avvenuto il mutamento giurisprudenziale e, soprattutto, se esso si collochi temporalmente prima o dopo la sentenza di condanna definitiva.

Nel caso di specie, essendosi riconosciuto che *L.B.* rappresenta l'esito di un processo evolutivo centenario, la Corte Suprema ha affermato di non poter conoscere “*what stage*

*in the evolutionary process the law had reached at the time Bunkley was convicted*¹⁴⁶ e, per tale motivo, ha rimandato alla corte statale per le opportuno considerazioni sul punto.

4. La retroattività della decisione più favorevole oltre la custodia: il diritto di *coram nobis*. Un confronto.

I principi affermatasi in giurisprudenza in relazione alla retroattività della decisione più favorevole trovano puntuale applicazione altresì in un altro procedimento straordinario: il *coram nobis*.

Il *coram nobis* rappresenta un *collateral attack* attraverso cui è possibile impugnare la sentenza di condanna definitiva allorché la pena detentiva sia già stata completamente espiata e ciononostante permangano *effetti pregiudizievoli* della condanna.

¹⁴⁶ Quanto al successivo sviluppo del caso, si noti che la Corte Suprema della Florida non ha rivisto la condanna di Bunkley, ritenendo che al tempo della sua condanna furono provati tutti gli elementi del reato.

Prima dell'intervento della decisione *L.B.*, infatti, la determinazione dell'applicazione dell'aggravante relativa alla "dangerous weapon" doveva considerarsi una questione di fatto, rimessa alla valutazione discrezionale della giuria, la quale, nel caso di Bunkley, all'unanimità si espresse per l'applicazione della pena più grave.

In questo senso, quindi, non può dirsi violata la Due Process Clause: "*In answer to the United States Supreme Court's question, we clarify that Bunkley's conviction was proper under Florida law in 1989. Basically, in light of both Fiore and L.B., Bunkley was not convicted without proof of one of the elements of his crime. Bunkley's knife could have been a "dangerous weapon" under both the statute and the decisional law at that time. In 1989, whether Bunkley's knife was a weapon was properly a factual determination for his jury. Having heard the evidence and having received proper instructions on the law, Bunkley's jury unanimously determined that his knife was a dangerous weapon, not a common pocketknife. [...] at the time of Bunkley's trial in 1987, whether or not a particular knife was a "dangerous weapon" under the statute was determined by juries based on the facts of each case after receiving proper instructions on the law. [...] The decisional law of Florida was clear in 1989 that the determination of whether Bunkley's knife was a dangerous weapon or an exempted common pocketknife was ordinarily a question of fact for a properly instructed jury, not a pure question of law. [...] In answer to the United States Supreme Court's question, we clarify that at the time Bunkley's conviction became final, the question of whether Bunkley's knife fit within the "common pocketknife" exception in section 790.001(13) was a fact question properly answered by a jury instructed on the law. Bunkley was lawfully convicted by the unanimous decision of a jury of his peers properly instructed with the unambiguous law applicable at the time of his offense. He was also sentenced according to that law. Therefore, Bunkley's conviction does not violate the federal due process requirements stated in Fiore. L.B.'s subsequent, conventional change in our decisional law has no retroactive application and thus does not negate Bunkley's lawful conviction*" [*Bunkley v. State*, 882 So. 2d 890, 2004 Fla.].

Si noti peraltro che la Corte Suprema degli Stati Uniti, investita del ricorso (*certiorari*), ha negato la possibilità di rivedere questa decisione. Nonostante il diniego non sia motivato, ancora una volta pare opportuno ricordare la profonda deferenza che nell'ordinamento statunitense viene riservata al *jury verdict*, che, forse, può in parte spiegare le ragioni di tale rifiuto.

Pare dunque opportuno concludere l'analisi del sistema nord-americano considerando anche quest'ultimo procedimento, in cui, come anticipato, i principi esaminati vengono applicati 'oltre la custodia', ossia dopo l'esecuzione della pena principale.

Si noti, tuttavia, che in questo caso, a differenza dell'*habeas corpus*, si prenderà in considerazione soltanto la giurisprudenza sviluppata dalle corti federali distrettuali e circondariali, non risultando sino a oggi alcun intervento operato in merito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti; nonché riguardante unicamente la decisione successiva più favorevole pronunciata a livello federale (non rintracciandosi casi riguardanti l'interpretazione *statale*).

Prima di procedere all'analisi dei casi giurisprudenziali, siano contenute talune brevi notazioni preliminari riguardanti il rimedio di *coram nobis*.

4.1. Definizione di *coram nobis*: base giuridica e requisiti (cenni).

Il rimedio del *coram nobis* può essere definito - e distinto dall'affine *habeas corpus* - considerando:

- (a) la base giuridica;
- (b) il pre-requisito sostanziale;
- (c) i requisiti procedurali.

(a) Base giuridica.

Rispetto alla base giuridica, occorre anzitutto premettere che il *coram nobis*, come l'affine istituto di *habeas corpus*, ha origini antiche (sebbene non *antichissime*)¹⁴⁷, rintracciabili nell'antico diritto inglese del XVI secolo quale mezzo straordinario per rimediare alla condanna definitiva ritenuta ingiusta per un errore di *fatto* (in un'epoca in cui, non sussistendo impugnazioni ordinarie, il giudicato si formava contestualmente alla pronuncia della sentenza)¹⁴⁸.

¹⁴⁷ W.R. LAFAYE, *Criminal Procedure*, cit., p. 176; nonché E. FRANK, *Coram nobis*, 1-8, 1953. Il *coram nobis*, peraltro, "made very little legal history in England and had all but vanished by time the American colonies were settled", B.R. MEANS, *State collateral review*, cit., vol I, p. 56. V. *ibidem* per approfondimenti sulla storia antica e moderna del rimedio.

Originariamente scopo del *coram nobis* era "to bring to light errors of fact that the trial court could not have avoided - mistakes that, if known at the time of the trial, would have prevented entry of the judgment", L. YAKLE, *Postconviction Remedies*, cit., p. 8.

Negli Stati Uniti, in verità, il diritto è rimasto sostanzialmente inutilizzato fino a che la Corte Suprema degli Stati Uniti, con la pronuncia *United States v. Morgan*¹⁴⁹, ha 'rivitalizzando' l'istituto, individuando una base giuridica atta a legittimare - di nuovo - l'esperimento del rimedio (di cui ormai gli *statutes* non riportavano più traccia).

Allo scopo di fornire un rimedio giuridico alla condanna ingiusta nei casi in cui l'*habeas corpus* non risulti più esperibile (essendosi ormai eseguita per intero la *custody*), con la decisione *Morgan*, infatti, la Corte ha garantito il diritto di *coram nobis* richiamandosi alla "all-writ section" del *Judicial Code*, ai sensi della quale:

«*The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may issue all writs necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usages and principles of law*».¹⁵⁰

(b) *Il pre-requisito delle conseguenze sfavorevoli.*

Quanto ai requisiti, si è già detto che il pre-requisito del *coram nobis* consiste anzitutto nell'aver già espiato la pena principale - custodiale o *similia* -, dovendosi in costanza di *custody* necessariamente (e altresì esclusivamente) percorrere la strada dell'*habeas corpus*.

Peraltro, accanto a questo primo requisito di tipo negativo - assenza di *custody* -, evidenziato dalla stessa Corte Suprema nella decisione *Morgan*, talune corti circondariali richiedono altresì che il condannato dimostri di soffrire ancora, dopo l'esecuzione della condanna, un qualche effetto sfavorevole derivato dalla sentenza definitiva (c.d. *collateral consequences*)¹⁵¹.

Sull'esatta portata di tali '*collateral consequences*', peraltro, non vi è concordia: se avanti talune corti può risultare sufficiente il solo "facing the remainder of their lives branded as criminals"¹⁵² - criterio riduzionistico che di fatto volatilizza il requisito in parola, considerando sufficiente, almeno per crimini di una certa gravità, l'aver

Anche originariamente, comunque, il *coram nobis* era usufruibile soltanto nei casi in cui non esisteva altro rimedio e soltanto laddove l'imputato "without negligence" aveva ommesso di produrre in giudizio la circostanza di fatto rilevante per la revisione [*United States v. Mayer*, 235 U.S. 55, 35 (1914)].

¹⁴⁹ *United States v. Morgan*, 346 U.S. 502 (1954).

¹⁵⁰ Si noti che a livello statale, viceversa, il rimedio è stato dichiarato "obsolete" in alcune giurisdizioni; cfr. MEANS, *Postconviction remedies*, vol. I, p. 49 (e p. ss. per una panoramica del rimedio nelle diverse giurisdizioni statali).

¹⁵¹ Si tratta del c.d. *lingering civil disabilities test* che, al fine di ammettere il ricorso straordinario, impone la prova di *adverse collateral consequences stemming from an erroneous conviction*.

¹⁵² *United States v. Mandel*, 862 F.2d 1067, 1075 (4th Circ. 1988).

riportato la precedente condanna penale -, in altri circuiti si esige viceversa una prova più rigorosa, dovendosi dimostrare che: (a) *the disability must cause present harm*, (b) *must arise out of the erroneous conviction*, (c) *the harm must be more than incidental*.¹⁵³

(c) *Disciplina: i requisiti*.

Quanto, infine, alla disciplina del rimedio, se i pre-requisiti di cui sopra risultano soddisfatti, il *coram nobis* può essere impiegato - stante la sua origine storica - per rimediare anzitutto all'*errore di fatto*.

In tali casi il ricorrente deve dimostrare:

(a) *an error of fact*,

(b) *unknown at the time of trial*

(c) *of a fundamentally unjust character which probably would have altered the out come of the challenged proceeding if it had been know*.

Al di là di questa prima applicazione, tuttavia, il rimedio risulta oggi - dopo la decisione fondamentale *Morgan* - idoneo a coprire altresì gli *errori di diritto*¹⁵⁴, allorquando:

(a) *occurring of errors of the most fundamental character*,

(b) se "*no other remedy [is] then available*" e

(c) ricorrono "*reasons for failure to seek appropriate earlier relief*".¹⁵⁵

4.2. La retroattività della decisione più favorevole in *coram nobis*.

Proprio perchè il rimedio del *coram nobis* risulta idoneo a rimuovere gli effetti pregiudizievoli della condanna allorché questa sia derivata - non solo da un errore di fatto ma altresì - da un errore di *diritto*, evidentemente anche attraverso tale mezzo impugnatorio si è posta la questione concernente la retroattività della decisione più favorevole (qui, per le ragioni che si sono dette, solo federale).

¹⁵³ In tale concezione, se non vi è dubbio che il *coram nobis* rimanga esperibile per coloro che debbano scontare pene più pesanti in ragione della precedente condanna, il rimedio risulta invece precluso nei casi in cui il pregiudizio risulti "*merely speculative*" o interamente già sofferto ("*past harms*").

¹⁵⁴ "*In its more modern usage, the writ was available in criminal cases "whether the error was in fact or law," but applied "only to that very small number of legal questions which concerned the regularity of the proceeding itself"*", *United States v. Sawyer*, 239 F.3d 31, 2001.

¹⁵⁵ *United States v. Hager*, 993 F.2d 4, 5 (1st Cir. 1993); *United States v. Mandanici*, 205 F.3d 519, 524 (2d Cir. 2000); *United States v. Barrett*, 178 F.3d 34, 56 n.20 (1st Cir. 1999).

Nei procedimenti per *coram nobis*, peraltro, le corti federali - distrettuali e circondariali, non avendo avuto la Corte Suprema occasione di pronunciarsi in merito - si sono sostanzialmente limitate a recepire e ad applicare i principi già elaborati dalla Corte Suprema in punto di *habeas corpus*, sia prima, sia dopo la decisione Teague (se si vuole, sia prima, sia dopo il cambio di maggioranza).

4.2.1. Prima di Teague: il caso *Lo Schiavo* e l'applicazione dei principi di Davis.

Prima della decisione Teague, ad esempio, nel caso *United States v. Loschiavo*¹⁵⁶, la Corte d'Appello del Secondo Circuito ha applicato i principi già riconosciuti in Davis per annullare la sentenza di condanna e gli effetti che da questa ancora derivavano al ricorrente.

Nel caso di specie, in particolare, il signor Loschiavo era stato condannato per il reato federale di corruzione, avendo consegnato 15.000 dollari a due impiegati (Morales, *Deputy Director*, e Sanders, *Acting Director*) dell'Harlem-East Harlem Office of the New York Model Cities Administration allo scopo di concludere a suo vantaggio un contratto di locazione.

Divenuta definitiva la condanna, tuttavia, nella successiva sentenza *Del Toro*, la Corte d'Appello circondariale, giudicando un fatto di corruzione avvenuto nei confronti dei medesimi funzionari già implicati nel caso *Lo Schiavo* (Morales e Sanders), aveva ritenuto che la condotta imputata non potesse integrare il reato contestato giacché tali soggetti non presentavano la qualifica richiesta dalla norma incriminatrice, non potendo essi considerarsi pubblici ufficiali *federali*¹⁵⁷.

¹⁵⁶ *United States v. Loschiavo*, 531 F.2d 659, 1976.

¹⁵⁷ Cfr. l'art. 201 (*Bribery of public officials and witnesses*) del 18 U.S. Code, ai sensi del quale: «(a) For the purpose of this section (1) the term "public official" means Member of Congress, Delegate, or Resident Commissioner, either before or after such official has qualified, or an officer or employee or person acting for or on behalf of the United States, or any department, agency or branch of Government thereof, including the District of Columbia, in any official function, under or by authority of any such department, agency, or branch of Government, or a juror.».

Nel precedente giudizio, invero, Morales e Sanders erano stati qualificati pubblici ufficiali sul presupposto che il governo federale finanziava talune agenzie cittadine (come Model Cities, presso cui i due erano impiegati) finanziando il 100% dei programmi di cui esse erano titolari, nonché l'80% dei salari dei dipendenti, attraverso un premio alla città. Nel caso di specie, inoltre, l'attività dell'agenzia era supervisionata dal Dipartimento della casa e dello sviluppo urbano degli Stati Uniti d'America (HUD).

Nel ribaltare la decisione, la Corte d'Appello, rilevando tra l'altro i massicci e pervasivi finanziamenti federali in ogni campo della vita pubblica, ha sottolineato l'esigenza che, per configurarsi un reato federale, il pubblico ufficiale debba risultare effettivamente alle dipendenze di un dipartimento, agenzia o ramo del governo federale. In tal senso dunque non basta che la fonte 'ultima' delle risorse stipendiali sia

La Corte, in particolare, all'uopo aveva evidenziato come ai fini di tale qualifica fosse richiesto che il pubblico ufficiale agisca «*under or by authority of any [such] department, agency, or branch of Government*» e, poiché Morales e Sanders risultavano impiegati per la città di New York, al di fuori di qualsiasi rapporto di subordinazione rispetto a un'agenzia federale (avuto riguardo specialmente al potere di assunzione e di licenziamento), essi non potevano considerarsi pubblici ufficiali *federali*, ancorché il progetto per cui concretamente prestavano servizio fosse finanziato dal governo federale.

Si noti, peraltro, che i giudici si muovevano in tale ambito su di un terreno 'inesplorato' dalla giurisprudenza precedente: un «*comparatively clean slate, for there are no decisions holding city employees like Morales to be federal public officials*» [§ 662].

Alla luce di tale decisione, Loschiavo impugnò dunque la propria condanna, oramai definitiva, attraverso il procedimento di *coram nobis* avanti la Corte d'Appello distrettuale, la quale accolse la richiesta di annullare la condanna e gli effetti penali che da questa ancora derivavano richiamandosi (anche) anche al precedente *Davis* - con cui la Corte Suprema, nella fase *pre-Tague*, aveva garantito il rilascio per *habeas corpus* in caso di interpretazione successiva favorevole.

Si noti peraltro che la Corte distrettuale, in questo caso, fondò la propria decisione soprattutto su motivi di giustizia che, nell'ipotesi esaminata, avrebbero imposto di annullare la precedente sentenza e rimediare agli effetti pregiudizievoli ancora in essere: «*The petitioner, Loschiavo, was placed in the same hopeless situation of invalid penal custody with no clear way out and with the Government striving to block any remedy, in spite of the clear knowledge that he had been convicted on a charge which was no federal crime at all. The injustice of the case is sharply pointed up by reflecting that it was the same man, Morales, who received similar bribes in like circumstances from both Del Toro and Loschiavo. If then, this Court denied the petition and permitted the*

di tipo federale, ma è necessario che il soggetto presenti altresì un rapporto di subordinazione-dipendenza, qui escluso anche considerando come il potere di assunzione e licenziamento non spettasse al Dipartimento federale ma alla città di New York: “*In Del Toro the court rested its conclusion that Morales was not a federal "public official" on the fact that he was not acting "under or by authority of any . . . department, agency or branch of [the federal] Government." Morales was found to be "a city employee, carrying out a task delegated to him by his superior [Sanders], another city employee"; and his powers and duties were the same at all times relevant to the present case as they were in Del Toro. There was testimony in both the Del Toro and Loschiavo trials that the Housing and Urban Development agency could not hire or fire persons in the positions of Morales and Sanders. These were the crucial factors pertaining to Morales' employment status*” [§661].

conviction of Loschiavo to stand, after it had reversed the conviction of Del Toro on the ground that the jury had been charged that it could find that Morales was a federal "public official" when it knew that the same charge had also been given to the jury in Loschiavo's case, the frustration and defeat of justice would be glaringly apparent to the most myopic and obtuse» [§ 38]¹⁵⁸.

Il richiamo a tale ragione di giustizia sostanziale (per cui, a fronte del rilascio di Del Toro, la permanenza della condanna di Loschiavo avrebbe frustato i fini stessi di giustizia) risulta peraltro pienamente coerente con i caratteri propri del procedimento di *coram nobis*, trattandosi di un rimedio 'rivitalizzato' dalla Corte Suprema proprio allo scopo di fornire una "avenue" per la condanna ingiusta, allorquando non risultino più esperibili altri mezzi impugnatori atti a rimediare a "errors of the most fundamental character".

Si noti inoltre che la considerazione operata dalla Corte evidenzia chiaramente le ragioni di giustizia sostanziale - intesa soprattutto in termini di *uguaglianza* - che sottostanno alla soluzione più garantistiche raggiunte rispetto all'interpretazione favorevole successiva al giudicato.

4.2.2. Dopo *Teague*: la decisione *Sawyer* e i principi di *Bousley*.

Aanche dopo la sentenza *Teague* - e quindi anche dopo il 'cambio di maggioranza' - le corti federali hanno continuato a garantire il rimedio in parola per il caso in cui la condanna definitiva, anche a *custody* 'esaurita', si ponga in contrasto con la nuova

¹⁵⁸ Cfr. altresì il § 27 della medesima sentenza *Lo Schiavo*, cit.: «*In the present case the change in the law from that pronounced by the district court at Loschiavo's trial and the decision of this court in Del Toro meant that Loschiavo was convicted for a federal offense that did not exist. The Government insists that he be charged with serving his prison sentence nevertheless. We consider that what Judge Medina said, writing for the court in Liguori, is, by analogy, applicable to the present case.*

We think these cases now before us can be disposed of by applying the simple and universal rule that a judgment in a criminal case in which the prosecution has offered and the record discloses no proof whatever of various elements of the crime charged has a fatal constitutional taint for lack of due process of law. As we said in our in banc decision in United States ex rel. Angelet v. Fay, 333 F.2d 12, 16 (2d Cir. 1964), aff'd, 381 U.S. 654, 85 S. Ct. 1750, 14 L. Ed. 2d 623 (1965), the question of whether to grant retroactivity in this type of case should be decided with 'precisely the same operations of the judicial process as does the development of a body of decisional law in any other field.' We must examine the principles involved in the constitutional ruling under consideration and decide whether, upon 'considerations of convenience, of utility, and of the deepest sentiments of justice,' the judgments of conviction were so 'tainted by some fundamental unfairness within the orbit of constitutional law,' United States ex rel. Angelet v. Fay, supra, at 21, that we cannot allow them to stand».

interpretazione giurisprudenziale, dovendosi considerare la condotta imputata al condannato interamente *lecita*.

In merito, nonostante talune corti abbiano motivato le proprie decisioni richiamandosi semplicemente ai propri precedenti pronunciati prima di *Teague*, altri giudici, viceversa, si sono confrontati apertamente con la nuova disciplina e con la giurisprudenza ad essa successiva, garantendo il rimedio del *coram nobis* attraverso l'applicazione dei principi già espressi in *Bousley*.

Così, ad esempio, nel caso *United States v. Sawyer*¹⁵⁹, la Corte distrettuale del Massachusetts ha annullato la condanna e i suoi effetti considerando invalido, alla luce di una nuova interpretazione giurisprudenziale, il *plea guilty* del ricorrente.

In particolare, il caso sottoposto all'attenzione della Corte vedeva coinvolto il Sig. Sawyer, *senior lobbyist* presso la compagnia Hancock, condannato nel 1996 - a seguito di *plea guilty* - per il reato di *mail fraud* cui al 18 U.S.C. §§ 1341, 1346, per aver finanziato taluni intrattenimenti (quali cene o partite di golf) a certi esponenti politici.

Una volta divenuta definitiva la condanna di Sawyer, la Suprema Corte nel 1999, con la decisione *United States v. Sun-Diamond Growers of California*, riconobbe tuttavia che per stabilire una violazione del *federal gratuity statute*, il governo ha l'onere di provare un "*specific link*" tra la liberalità operata nei confronti del pubblico ufficiale e "*a particular, identifiable, official act for or because of which it was given*".

Sawyers, dunque, ricorse in *coram nobis* richiedendo di applicare la medesima interpretazione anche al reato *statale* di cui Mass. Gen. L. ch. 268A, § 3 (*the "gratuity" statute*), richiamato, secondo il medesimo Sawyers, dalla pubblica accusa quale parte integrante del reato addebitatogli.¹⁶⁰

¹⁵⁹ *United States v. Sawyer*, United States District Court of Massachusetts, 15 novembre 1999.

¹⁶⁰ E' questo un passaggio cruciale per comprendere l'evoluzione successiva di questo caso. Come si vedrà infatti, mentre la corte distrettuale ha garantito il rimedio, la Corte d'Appello circondariale ha invece cassato tale decisione [*United States v. Sawyer*, 239 F.3d 31].

Secondo la Corte d'Appello, infatti, la violazione della legge *statale* non era stata richiamata per integrare il reato *federale* contestato:

«*Because the duty of honest services owed by government officials derives from fiduciary duties at common law as well as from statute, see Silvano, 812 F.2d at 759, there is no need to base a prosecution under § 1341 on allegations that the defendant also violated state law [...]*

Indeed, proving violations of state law is one way a federal prosecutor might choose to structure a prosecution for honest services mail fraud. In Sawyer's case, the government adopted this strategy in the original indictment. See Sawyer, 85 F.3d at 726 (noting, "the parties agree that the indictment, as structured, required [the prosecution] to prove that Sawyer violated at least one state law."). Using the

Investita del ricorso, la Corte distrettuale ha quindi garantito il rimedio del *coram nobis*, anzitutto escludendo che la decisione *Teague* ostasse all'applicazione retroattiva dell'interpretazione adottata in *Sun-Diamond*, e quindi considerando i diversi requisiti di natura procedurale che condizionavano l'esperibilità del ricorso.

(a) *La non applicabilità della decisione Teague.*

Quanto al primo aspetto, la Corte, richiamandosi alla pronuncia *Bousley*, ha ricordato come la disciplina in parola si applicherebbe solo ed esclusivamente alle “*rule of constitutional import*” e non anche alla mera “*interpretation of criminal statute*”.

La regola *Teague*, pertanto, non dovrebbe trovare applicazione al caso in esame, poiché con la decisione *Sun-Diamond* la Corte Suprema non aveva riconosciuto una nuova regola costituzionale ma, di converso, aveva chiarito il significato da attribuire alla fattispecie legale.

Si trattava pertanto di una mera “*interpretation of statute*” e una “*clarification*”, che, in quanto tale, esula dall'ambito interessato dalla dottrina *Teague*.

(b) *Il diritto processuale: la sussistenza dei requisiti per il coram nobis.*

Quanto ai requisiti-ostacoli di natura processuale, la Corte ha riconosciuto al richiedente il diritto di agire in *coram nobis* (e di ottenere l'annullamento della precedente condanna) considerando:

- i. la possibilità di sottoporre (anche) il *plea guilty* a un *collateral attack*;
- ii. l'impossibilità di un *earlier relief from judgment*;

state law violations as "the sole vehicle to prove the scheme or artifice to defraud" allowed the government to "narrow the issues of intent and good faith [...].
the government had two basic options for continuing to press its "honest services" mail fraud claim against Sawyer with regard to the gratuities that he allegedly had made. First, it could continue to assert what it had been asserting all along: that Sawyer had engaged in a "scheme or artifice to defraud" by violating the state gratuity law with the requisite, corrupt intent to deprive the public of an official's honest services. Alternatively, it could attempt to demonstrate that Sawyer's actions were intended to induce a breach of some non-statutory source of state legislators' common law fiduciary duty to the public, without regard to the application of the gratuity statute [...].
The information itself does not refer to any state law. Rather, it charges Sawyer with "knowingly and willfully devising and executing a scheme and artifice to defraud the Commonwealth of Massachusetts and its citizens of their right to the honest services of members of the Massachusetts Legislature for the purpose of promoting Hancock's legislative interests." There is no language in the information itself indicating that Massachusetts state law was a part of the prosecution's case against Sawyer. Thus, there is no basis for concluding that Sun-Diamond undermined the criminality of a state law that was the basis for Sawyer's guilty plea».

iii. la perduranza di *significant collateral consequences*;

iv. ancora, la sussistenza di un *fundamental error*.

In particolare, quanto alla possibilità di sottoporre anche il *plea guilty* a *collateral attack* (*sub i.*), la Corte, similmente a quanto statuito in *Bousley*, ha affermato che laddove l'imputato sia stato accusato di una condotta *lecita*, l'ammissione di colpevolezza non può mai ritenersi *properly informed or voluntary*.

Pertanto, essendo il *plea guilty* invalido, deve riconoscersi la possibilità di impugnare la condanna anche in via straordinaria.

Quanto l'impossibilità di un *earlier relief from judgment*, la Corte ha osservato come il richiedente, già in appello, avesse eccepito la questione concernente la corretta interpretazione della fattispecie penale, sicchè non solo può ritenersi che egli "*doogedly and persistently pursued this issue*", ma altresì che ogni altra impugnazione - ordinaria o straordinaria - per il medesimo motivo sarebbe risultata *futile*.

Il ricorrente, inoltre, dimostrava altresì di soffrire di significative ricadute pregiudizievoli derivanti dalla condanna (*sub iii*); tra cui, al di là del semplice 'stigma penale' (che la Corte ha espressamente riconosciuto poter essere in taluni casi sufficiente a fondare il ricorso in *coram nobis*), la possibilità di lavorare in ambito assicurativo solo previo consenso scritto del *Commissioner of Insurance*, nonché l'essere ancora sottoposto ad altro procedimento, di natura civile, intentato dalla compagnia presso cui il ricorrente prestava servizio per i danni derivati dalla condotta 'criminale'.

Nel caso di specie, infine, la Corte ha ritenuto sussistente anche "un errore dal carattere fondamentale":

«As stated earlier, if Sawyer were prosecuted today, it is evident that a conviction of honest services mail fraud based on a violation of the state gratuity statute would not stand. Sawyer's prosecution would be for an act that the law does not make criminal. A judgment in a criminal case in which the record discloses no evidence of an element of the crime charged is fatally and constitutionally tainted for lack of due process of law. Sawyer's guilty plea and conviction, therefore, was a legal error of fundamental proportion. For a person to be branded a felon for an act which is not criminal corrupts the very heart of due process».

5. Considerazioni conclusive.

Delineato il quadro delle soluzioni adottate nell'ordinamento statunitense rispetto alla problematica della retroattività della decisione più favorevole in ambito penale, pare doveroso, prima di muovere verso le conclusioni della ricerca, operare talune considerazioni finali rispetto al sistema nord-americano.

Poiché, tuttavia, l'esame della questione si è articolato attraverso l'analisi di più *case law* - tra i quali non sempre risulta facile districarsi -, pare opportuno ricapitolare anzitutto brevemente gli esiti cui è giunta sin qui l'indagine.

In primo luogo - si è visto - si è distinto storicamente tra un primo periodo - quello della corte Warren, tendenzialmente più permissiva e attenta specialmente alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo -, da una seconda fase storica, che, viceversa, ha visto l' 'avvento' della Corte Rehnquist, di converso, caratterizzata da un atteggiamento improntato a *self restraint* nell'interpretazione delle disposizioni legislative e costituzionali, atto anche a salvaguardare i diversi valori della *finality* e della *comity*.

Non sorprendentemente dunque, nel primo periodo la Corte Suprema, con la pronuncia *Davis*, ha garantito il ricorso in *habeas corpus* per rivedere la condanna definitiva sulla base di una nuova interpretazione (di rango *federale*), estendendo a tale ipotesi i principi già affermati nella decisione *Sanders* per l'ammissione della "*saim petition*" già decisa e rigettata in *habeas corpus* (c.d. *successive petition*) - ritenuta validamente riproponibile qualora sia sopraggiunto un *change in the law* (laddove, si badi, *law* corrisponde nel nostro linguaggio al nostro termine *diritto*, comprensivo tanto dello *statute law* quanto del *judicial law*). In tale caso, peraltro, la Corte aveva fatto propria la prospettiva adottata dal ricorrente, per cui l'illegalità della *custody* doveva ritenersi derivata dalla violazione di una disposizione non costituzionale bensì *legislativa* (radicandosi nella scorretta applicazione della fattispecie penale in seguito autorevolmente interpretata).

Poiché inoltre, come si ricorderà, allorquando si deduce in *habeas corpus* una 'mera' violazione di legge è necessario provare un interesse particolarmente pregnante, connotando l'azione legale da un alto rischio di "*fundamental miscarriage of justice*", la Corte aveva altresì ritenuto nel caso esaminato sussistente un pericolo siffatto, ravvisando il rischio, in caso di diniego, della punizione di un innocente.

Nel seconda fase storica - in questo caso, di converso, per le caratteristiche proprie della Corte Rehnquist, si potrebbe dire *inaspettatamente* - la Corte ha continuato ad assicurare simili soluzione garantistiche affrontando per la prima volta la questio *de qua* nel caso *Bousley*; in tale ipotesi, peraltro, deducendosi una violazione precipuamente *costituzionale*, nei termini del mancato rispetto della *Due Process Clause*.

La Corte ha quindi riconosciuto l'inosservanza della garanzia in parola qualora nel precedente giudizio non siano stati provati tutti gli elementi del reato per come successivamente 'chiariti' dalla Corte Suprema stessa; a seconda del procedimento, tale violazione si traduce nel difetto dell'ammissione di colpevolezza - da considerarsi *unintelligent* perché non consapevole della corretta portata del fattispecie criminale - ovvero nell'erronea impartizione delle istruzioni alla giuria - chiamata a non accertare o ad accertare non correttamente un elemento del reato.

Tale decisione, riferita alla pronuncia susseguente di rango federale, ha poi trovato applicazione anche a livello statale, espressamente riconoscendosi nel caso *Fiore* l'applicazione dei medesimi principi all'ipotesi in cui sopraggiunga una sentenza meramente chiarificatrice della fattispecie penale da parte della Corte Suprema dello Stato interessato. La medesima *ratio* e i medesimi principi (in breve: verifica della possibile violazione della *Due Process Clause* alla luce della nuova giurisprudenza) hanno infine trovato applicazione altresì nell'ipotesi in cui venga in considerazione una *refinement jurisprudence* (decisione *Bunkley*) nonché anche una volta espiata la *custody*, nel diverso procedimento di *coram nobis*.

Dato questo quadro giurisprudenziale, pare opportuno richiamare l'attenzione su taluni profili emergenti da tale complessivo esame; precipuamente considerando:

- (a) le soluzioni adottate, precisando i 'fattori' determinanti per il raggiungimento degli esiti analizzati;
- (b) il valore che in tale contesto assume l'interesse della *finality*, nonché il ruolo che, di contro, sembrano giocare altri interessi confliggenti;
- (c) infine, la funzione oggi riconosciuta al formante giurisprudenziale nel sistema statunitense.

5.1. Le soluzioni adottate: i *tipi* di decisione favorevole e la tutela del *Due Process*.

Quanto anzitutto allo ‘svolgimento’ delle soluzioni adottate in punto di retroattività della decisione favorevole, occorre sottolineare come l'ordinamento statunitense si differenzi da quello italiano, ancor prima che per l'esito infine raggiunto (*retroattività v. irretroattività* del nuovo orientamento giurisprudenziale), altresì per le premesse maggiori e minori che strutturano il ragionamento adottato dalle corti per risolvere la questione vagliata.

(a) *Le premesse maggiori*

Rispetto alle premesse maggiori, si è visto che la giurisprudenza nord-americana distingue tra almeno tre *tipi* di decisioni successive più favorevoli:

- (i) la mera chiarificazione del dato testuale;
- (ii) l'*evolutionary refinement in the law*,
- (iii) la *new rule*.

In particolare.

(i) La mera clarification si ha anzitutto allorquando la Corte Suprema intervenga *per la prima volta* - e nonostante l'eventuale contrasto tra le corti inferiori - a chiarire il ‘vero significato’ della norma incriminatrice, interpretando autorevolmente un elemento della fattispecie; in tal senso “*It merely explained what [the statute law] had meant ever since the statute was enacted*”.

(ii) L'*evolutionary refinement in the law* individua viceversa un *tipo* giurisprudenziale *evolutivo*, che può avere luogo allorquando la definizione di un elemento della fattispecie richieda - direttamente o indirettamente - l'intermediazione giurisprudenziale, implicando un'interpretazione adeguatrice rispetto all'evolversi della società.

(iii) La *new law*, invero, risulta richiamata nelle pronunce esaminate soltanto in termini negativi, ovvero unicamente per escludere che la nuova decisione integri proprio una nuova regola di diritto.

Quanto alla nozione di *new law*, essa è forse ricavabile in via interpretativa guardando alla definizione elaborata dalla giurisprudenza statunitense ai fini della “*Teague* analisi”, e dunque per escludere la retroattività di una nuova regola procedurale.

Come si ricorderà, in quel contesto al concetto di *new law* vengono ricondotte diverse ipotesi.

Anzitutto, può considerarsi *new* la decisione che *breaks new ground or imposes a new obligation*, considerandosi tale - avuto riguardo alle categorie giurisprudenziali già elaborate prima di *Teague* - la sentenza con cui la Corte ‘rovesci’ un proprio precedente (*overruling*) o decida per la prima volta una questione completamente nuova, *whose resolution was not clearly foreshadowed*.

Secondariamente, è innovativa e in quanto tale non può retroagire oltre il giudicato, altresì la decisione che appaia *not dictated by precedent*, nei termini in cui, secondo l’elaborazione giurisprudenziale più recente, l’*issue* infine deciso risultava “*susceptibile of debate among reasonable minds*”¹⁶¹.

Ebbene, tale ampia nozione di *new rule* - elaborata precipuamente per escludere gli effetti retroattivi di una nuova regola procedurale - se trasportata nel contesto qui in esame, evidentemente si riduce a una sola ipotesi - quella dell’*overruling* - risultando tutte le altre già assorbite nei *tipi* di cui sopra.

Precisamente: la *rule deciding an issue of first impression* si identifica evidentemente con la decisione meramente chiarificatrice del dettato legislativo, tale proprio perché interviene *per la prima volta* a precisare un elemento della fattispecie normativa; in tal senso esemplificativa è l’opinione concorrente del giudice Stevens in *Bousley* (§625):

«*This case does not raise any question concerning the possible retroactive application of a new rule of law, cf. Teague v. Lane, 489 U. S. 288 (1989), because our decision in Bailey v. United States, 516 U. S. 137 (1995), did not change the law. It merely explained what § 924(c) had meant ever since the statute was enacted*».¹⁶²

¹⁶¹ Come si ricorderà nel contesto delle decisioni costituzionali è nuova la sentenza che decisa sulla questione suscettibile di dibattito tra menti ragionevoli.

¹⁶² L’opinione concorrente, peraltro, prosegue evidenziando: «*The fact that a number of Courts of Appeals had construed the statute differently is of no greater legal significance than the fact that 42 U. S. C. § 1981 had been consistently misconstrued prior to our decision in Patterson v. McLean Credit Union, 491 U. S. 164 (1989). Our comment on the significance of the pre-Patterson jurisprudence applies equally to the pre-Bailey cases construing § 924(c): "Patterson did not overrule any prior decision of this Court; rather, it held and therefore established that the prior decisions of the Courts of Appeals which read § 1981 to cover discriminatory contract termination were incorrect. They were not wrong according*

Secondariamente, la decisione *not dictated by precedent*, può ricadere a seconda dei casi o, ancora una volta, nella sentenza meramente chiarificatrice (soprattutto nelle ipotesi in cui la Corte Suprema intervenga a risolvere un conflitto tra le corti inferiori - come in *Bousley* -, prendendo posizioni su una questione “*susceptibile of debate among reasonable minds*”) o, tutt'al più, nell'*evolutionary jurisprudence* (considerando che si ritiene apertamente “*not dictated by precedent*” altresì il “*gradual developments in the law [as long as they are ones] over which reasonable jurists [could] disagree*”).

Per tali motivi, nel contesto delle decisioni *interpretative* del dettato legislativo, se si vuole riconoscere un ambito di rilevanza alla *new law*, rispetto alla definizione impiegata in *Teague* e nella sua *progeny*, non può che adottarsi una nozione di molto più ristretta, ridotta alla sola ipotesi di vero e proprio *overruling*.

(b) La premessa minore

Quanto alla premessa minore, si è visto che la soluzione degli effetti temporali delle decisioni più favorevoli (declinate nei *tipi* di cui sopra) passa nell'ordinamento statunitense solo ed esclusivamente per la garanzia del giusto processo, nella misura in cui (sintetizzando) essa esige che la decisione di condanna accerti tutti gli elementi della fattispecie imputata.

Per ognuna delle ipotesi summenzionate, dunque, la *due process clause* impone *sempre*, in primo luogo, di determinare al tempo della condanna la sussistenza di quali elementi fosse richiesta dalla norma incriminatrice; secondariamente, di verificare se la sentenza passata in giudicato abbia accertato la sussistenza di tutti e ciascuno di tali elementi.

(c) Le soluzioni adottate

Combinando le premesse esaminate, quindi, parrebbe conseguire che:

(i) se la pronuncia si limita a chiarire la portata della norma incriminatrice - portata che tuttavia essa ha *sempre* avuto - la *due process clause* sarà violata se la sentenza di condanna non ha accertato - o ha accertato in termini scorretti - l'elemento ulteriore in seguito 'chiarito';

to some abstract standard of interpretive validity, but by the rules that necessarily govern our hierarchical federal court system. Cf. Brown v. Allen, 344 U. S. 443, 540 (1953)».

- (ii) se viene in considerazione una giurisprudenza di tipo evolutivo, occorre invece determinare quale fosse l'interpretazione della fattispecie criminale al momento del giudizio e rispetto ad essa valutare se è stato soddisfatto il *burden of proof*;
- (iii) in caso di *new rule*, infine, per quanto non apertamente affrontato dalla giurisprudenza statunitense, è forse possibile ritenere che, dovendosi rapportare l'onere probatorio all'interpretazione in seguito 'rovesciata', possa non ravvisarsi alcuna violazione di rango costituzionale.

Da questo punto di vista, dunque, è possibile rilevare come l'ordinamento statunitense rilasci soluzioni differenziate quanto al *tipo* di decisione considerata, distinguendo tra diverse pronunce a seconda del rapporto tra interpretazione giurisprudenziale e *statute law*.

Secondariamente, occorre altresì notare come la giurisprudenza americana impieghi nell'esame della problematica menzionata 'soltanto' una garanzia costituzionale di tipo *processuale*, ossia la *due process clause* (declinata nel dovere di accertare - o, per il caso di *plea guilty*, ammettere - tutti gli elementi del reato).

Da tale impostazione, peraltro, consegue in ultima analisi l'estraneità della tematica esaminata dal campo della vera e propria '*retroattività*' della decisione susseguente al giudicato, non trattandosi mai di rivedere la condanna definitiva *applicando* "*retroattivamente*" il nuovo precedente vincolante, quanto piuttosto di analizzare se la sentenza passata in giudicato poteva dirsi legittima al momento in cui è stata pronunciata, ossia se nel precedente giudizio siano stati accertati tutti gli elementi della fattispecie addebitata, per come essa doveva intendersi in quell'istante.¹⁶³

¹⁶³ Così come espressamente riconosciuto in *Bousley*, 841 "This case does not raise any question concerning the possible retroactive application of a new rule of law, cf. *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288, 103 L. Ed. 2d 334, 109 S. Ct. 1060 (1989), because our decision in *Bailey v. United States*, 516 U.S. 137, 133 L. Ed. 2d 472, 116 S. Ct. 501 (1995), did not change the law. It merely explained what § 924(c) had meant ever since the statute was enacted".

Peraltro anche allorquando si tratti di una '*new law*' (costituzionale) è evidente per la giurisprudenza statunitense che non si tratti nemmeno in quel caso di un problema di retroattività: "Indeed, we note at the outset that the very word "retroactivity" is misleading because it speaks in temporal terms. "Retroactivity" suggests that when we declare that a new constitutional rule of criminal procedure is "nonretroactive," we are implying that the right at issue was not in existence prior to the date the "new rule" was announced. But this is incorrect. As we have already explained, the source of a "new rule" is the Constitution itself, not any judicial power to create new rules of law. Accordingly, the underlying right necessarily pre-exists our articulation of the new rule. What we are actually determining when we assess the "retroactivity" of a new rule is not the temporal scope of a newly announced right, but whether

5.2. I valori implicati: *finality in criminal law, actual innocence e legal innocence.*

‘Dipante’ le soluzioni adottate dalla giurisprudenza statunitense in punto di retroattività della decisione più favorevole – ossia precisati gli elementi che combinandosi tra loro restituiscono gli esiti finali sopra analizzati –, occorre ora guardare altresì al quadro valoriale retrostante tali soluzioni, svolgendo alcune considerazioni rispetto agli interessi implicati e, in particolare, in relazione ai valori di *finality, actual innocence* e, soprattutto, *legal innocence*.

A tale proposito, occorre anzitutto rilevare come appaia (a prima vista) sorprendente che l'ordinamento americano assicuri esiti complessivamente assai garantistici in punto di retroattività della decisione più favorevole, pur conoscendo un interesse della *finality* altamente connotato, cui viene riconosciuto un valore senza dubbio rilevante - se non proprio *rilevantissimo* .

Nel sistema nord-americano, infatti, - lo si è visto - il giudicato appare investito della funzione di tutelare non genericamente, come nel nostro ordinamento, la “certezza nel diritto”, bensì interessi pubblicistici ben precisi e consistenti; tra questi: la funzione di deterrenza della norma penale, l'obiettivo di rieducare il condannato, la salvaguardia della pace sociale, l'*accuracy* del precedente giudizio nonché l'efficienza del sistema e la corretta allocazione delle risorse finanziarie.

Tali interessi, già individuati e ampiamente giustificati in dottrina, vengono richiamati espressamente nelle pronunce della Corte Suprema per legittimare i limiti procedurali che restringono la possibilità di instaurare un nuovo giudizio sulla precedente condanna; il valore della *finality* acquista in tal modo una dimensione e un peso considerevoli, arricchendosi di funzioni tangibili, puntualmente riferite alla realtà concreta e sottoponibili anche a un giudizio di falsificazione (si pensi, ad esempio, all'aspetto finanziario, concernente le spese per la rinnovazione del giudizio, richiamato non casualmente dal giudice Scalia nella *dissenting opinion* in *Bousley*).

a violation of the right that occurred prior to the announcement of the new rule will entitle a criminal defendant to the relief sought” Danforth v. Minnesota, 552 U.S. 264, 271 (2007) e, al §290: “It is important to keep in mind that our jurisprudence concerning the “retroactivity” of “new rules” of constitutional law is primarily concerned, not with the question whether a constitutional violation occurred, but with the availability or nonavailability of remedies. The former is a “pure question of federal law, our resolution of which should be applied uniformly throughout the Nation, while the latter is a mixed question of state and federal law.” American Trucking Assns., Inc. v. Smith, 496 U.S., at 205, 110 S. Ct. 2323, 110 L. Ed. 2d 148 (Stevens, J., dissenting)”.

Tale valore, tuttavia, nonostante risulti così vigorosamente connotato, retrocede (pressoché) in ogni caso allorquando venga in rilievo il confliggente interesse della *actual innocence*.

L'*actual innocence*, ossia l'innocenza del condannato, assume in effetti all'interno della sistematica dell'*habeas corpus* una funzione di primario rilievo, di - si potrebbe definire - autentico '*lasciapassare*'.

Pressoché tutti i limiti procedurali, che fungono da altrettanto restrizioni all'esperibilità del ricorso straordinario - in tal modo da più parti contingentato -, vengono infatti rimossi allorquando il richiedente riesca a dimostrare (oltre alla violazione costituzionale o di legge) la propria *actual innocence*; in tali ipotesi, nonostante la domanda sia, ad esempio, tardiva o *procedural foreclosed*, il rimedio di *habeas corpus* risulta comunque percorribile se altrimenti (ossia, se rigettando la richiesta processualmente 'impropria') ne conseguirebbe - meglio si avallerebbe - un *miscarriage of justice* (appunto, la condanna di un innocente).

Ebbene, allorquando si guardi alle sentenze che si occupano della retroattività della decisione più favorevole, proprio considerando il concetto di *actual innocence*, è possibile rintracciare una rilevante estensione di tale nozione, capace di abbracciare non solo la *factual innocence*, bensì anche la *legal innocence*, ovverosia l'innocenza di tipo *normativo*¹⁶⁴.

Nelle ipotesi considerate, infatti, il richiedente può evitare gli ostacoli processuali allegando non già di non aver commesso il fatto, bensì che il fatto non costituisce reato. Si noti, tale ampliamento della definizione di *actual innocence* è peraltro fondamentale laddove si intenda garantire la revisione della condanna definitiva in virtù di una nuova interpretazione favorevole, verificandosi in tali eventualità *tipicamente* (e non *accidentalmente*) taluni ostacoli procedurali: allorquando la decisione più favorevole sia intervenuta a lunga distanza dalla sentenza definitiva, infatti, non solo potrà risultare presumibilmente violato il termine di un anno per impugnare la condanna, ma, verosimilmente, la medesima *claim* non sarà neppure stata avanzata nel precedente

¹⁶⁴ Per un'ampia ricognizione in punto di *legal innocence*, v. L.M. LITMAN, *Legal innocence and federal habeas*, in *Virginia Law Review Association*, 2018, p. 471 ss. Secondo l'A., peraltro, determinante per considerare i due concetti "*inextricably linked*" sarebbe la considerazione per cui "*in both kinds of cases, the defendant was convicted or sentenced under a law she did not violate*" (p. 471).

giudizio (come si ricorderà l'*habeas corpus*, connotandosi nei termini di un rimedio impugnatorio straordinario, esige che la questione sia stata già in precedenza dedotta), dando luogo a un *procedural default*. Nei casi di *coram nobis*, inoltre, la stessa disciplina elaborata dalla giurisprudenza richiede *sempre* la prova di un *fundamental miscarriage of justice*, in difetto del quale la richiesta deve essere rigettata.

Pertanto, per garantire l'impugnazione straordinaria della condanna definitiva e travolgere l'interesse del giudicato è risultata fondamentale l'estensione del concetto di *actual innocence* - già ampiamente sperimentato dalla giurisprudenza statunitense - alla c.d. *legal innocence*, dovendosi ritenere il soggetto sostanzialmente innocente non solo quando egli non ha commesso il fatto ma anche quando il fatto non integra reato (per come correttamente e successivamente interpretato)¹⁶⁵.

Si noti peraltro che in entrambi i casi - di *factual* e *legal innocence* - le eccezioni procedurali e l'assicurazione del rimedio di *habeas corpus* vengono in ultima analisi giustificati mediante ragioni di giustizia sostanziale, considerandosi che, se l'imputato fosse stato processato dopo la decisione più favorevole, egli sarebbe stato giudicato *non colpevole*.

5.3. Il ruolo dei giudici nel sistema statunitense (cenni).

Un'ultima considerazione, infine, deve riguardare il ruolo dei giudici nell'ordinamento statunitense, per quanto il tema possa esser qui soltanto cursoriamente avvicinato.

Muovendo l'indagine in un ordinamento di *common law*, infatti, si potrebbe forse ritenere, almeno di primo acchito, che la 'retroattività' oltre il giudicato dell'interpretazione giurisprudenziale favorevole poggi in tale sistema interamente sul ruolo dei giudici quali 'creatori' del diritto - *judicial law-making*.

A un primo sguardo, cioè, si potrebbe credere che, riconoscendosi in capo alla Corte Suprema il potere di 'creare diritto' e di renderlo vincolante per tutte le corti inferiori, il precedente giudiziale acquisti per tale via forza di legge e retroagisca, per ciò stesso, oltre la condanna definitiva.

¹⁶⁵ E' questo un passaggio cruciale del sistema statunitense già preconizzato dalla prima eccezione di Teague, allorquando la giurisprudenza ha riconosciuto efficacia retroattiva alla nuova regola costituzionale di tipo sostanziale perché altrimenti si permetterebbe la punizione per una condotta che lo stato non può sanzionare.

Sul punto, tuttavia, occorre rilevare - e chiarire immediatamente - che la 'retroattività' del precedente giurisprudenziale non può giustificarsi in alcun modo per la comunanza (o l'identificazione di quest'ultimo) con la legge (o comunque in quanto *dotato* di forza di legge), non fosse altro perché la legge stessa *non* è dotata di effetto retroattivo - meglio, perché nell'ordinamento statunitense non vi è alcuna disposizione che imponga al legislatore di applicare una disposizione di legge più favorevole *in maniera retroattiva*.

L'identificazione del precedente con la norma (o la forza) di legge non può, dunque, evidentemente spiegare gli esiti garantistici assicurati dall'ordinamento statunitense.

Di converso, tali esiti sembrano motivarsi in termini esattamente opposti, ossia non perché la legalità venga sovvertita, ma di contro proprio perché sia rigorosamente rispettata.

La retroattività dell'interpretazione più favorevole, infatti, pare motivarsi proprio perché il precedente *non* è legge, ossia perché nessun giudice può convertire in illecito penale una condotta che la legge viceversa ritiene lecita.

E' la stessa Corte Suprema che, nella decisione *Bousley*, pone chiaramente in evidenza questa considerazione ritenendo:

*«For under our federal system it is only Congress, and not the courts, which can make conduct criminal¹⁶⁶. Accordingly, it would be inconsistent with the doctrinal underpinnings of habeas review to preclude petitioner from relying on our decision in Bailey in support of his claim that his guilty plea was constitutionally invalid».*¹⁶⁷

Inoltre, a sostegno di tali conclusioni, occorre altresì ricordare che l'esito garantista in punto di retroattività della decisione più favorevole è stato assicurato non solo dalla Corte Warren nel primo periodo (come si ricorderà, Corte caratterizzata da un atteggiamento fortemente permissivo ed espansionistico), ma altresì dalla Corte Rehnquist nella seconda fase storica *supra* esaminata.

La circostanza che entrambe le Corti, nonostante le visioni differenti in punto di fini dell'ordinamento penale e dell'*habeas corpus*, abbiano raggiunto i medesimi risultati

¹⁶⁶ La Corte richiama *United States v. Lanier*, 520 U.S. 259, n. 6, (1997); *United States v. Hudson*, 11 U.S. 32, 7 Cranch 32, 3 L. Ed. 259 (1812).

¹⁶⁷ Per la medesima ragione, inoltre, non è corretto ragionare in termini di 'retroattività'; v. *retro* § 3.2.2.2.

laddove si sia trattato di considerare gli effetti della nuova interpretazione giurisprudenziale, è senza dubbio significativa.

Per i fini che qui interessano, in particolare, certamente significativa è la circostanza che il medesimo risultato sia stato accordato anche dalla Corte Rehnquist, la quale, dopo le critiche rivolte alla precedente maggioranza - e in special modo quella di aver adottato una posizione “*unduty legislative*”¹⁶⁸ -, si caratterizzava precipuamente per l'intento di garantire maggiormente la separazione dei poteri e il rispetto della funzione legislativa, assumendo un atteggiamento fortemente conservatore e improntato a *self restraint*.

Non sorprendentemente, dunque, la Corte Rehnquist ha accordato la revisione delle condanne definitive a fronte di una nuova interpretazione, *non* tuttavia per sovvertire la funzione legislativa, bensì, di converso, proprio per garantire l'attuazione della volontà congressuale per il tramite del formante giurisprudenziale.¹⁶⁹

¹⁶⁸ R.H. FALLON - D.J. MELTZER., *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, in *Harvard Law Review*, vol. 104, no. 8, 1991, pp. 1739.

¹⁶⁹ L'atteggiamento oggi fortemente rispettoso del dettato legislativo è impersonificato dal giudice Scalia, il quale nell'interpretazione degli *statute law* esprime sempre l'intenzione di garantire la funzione legislativa.

Significativa l'opinione in *American Trucking Assns., Inc. v. Smith*, 496 U.S., 201:

“*I share [the dissent's] perception that prospective decisionmaking is incompatible with the judicial role, which is to say what the law is, not to prescribe what [the law] shall be. The very framing of the issue that we purport to decide today --whether our decision in Scheiner shall 'apply' retroactively--presupposes a view of our decisions as creating the law, as opposed to declaring what the law already is. Such a view is contrary to that understanding of 'the judicial Power,' U.S. Const., Art. III, § 1, which is not only the common and traditional one, but which is the only one that can justify courts in denying force and effect to the unconstitutional enactments of duly elected legislatures, see Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803) --the very exercise of judicial power asserted in Scheiner.*”

Capitolo V -

La decisione più favorevole e il limite del giudicato in materia penale.

I modelli di gestione possibili.

SOMMARIO: 1. Sintesi dei risultati d'indagine. - 1.1. Prolegomeni della ricerca: i modelli di gestione elaborati dalla giurisprudenza interna. - 1.2. Il ruolo del formante giurisprudenziale. - 1.3. Il limite del giudicato in materia penale. - 1.4. Il raffronto con l'ordinamento di *common law*. - 2. Risultati dell'indagine. Premessa. - 2.1. I possibili modelli di gestione della decisione più favorevole *post rem iudicatam*. - 2.1.1. «Giudice-interprete dichiaratore del diritto preesistente». - 2.1.2. «Giudice-interprete creatore del diritto» e «giudice-interprete come solutore di conflitti». - 2.1.3. «Giudice-interprete cauto adeguatore del diritto». - 2.2. Adozione del modello del «giudice-interprete cauto adeguatore del diritto». - 2.2.1. Precisazioni sul modello adottato. La *sententia mitior* come espressione della legalità. - 3. Implicazioni del modello adottato. - 3.1.1. Gli interessi: in gioco il giudicato. - 3.1.2. Il possibile bilanciamento costituzionalmente imposto dal *tertium comparationis*: la revisione. - 3.1.3. I caratteri del bilanciamento: i limiti legislativi della revisione. - 3.1.4. Ulteriori considerazioni sulla revisione per *legal innocence*. - 3.2. Implicazioni sul piano esterno. - 3.2.1. La possibilità di trasportare i risultati della ricerca comparatistica. - 3.2.2. La possibile violazione della *Due Process Clause, rectius* del diritto all'equo processo. - 3.2.3. Ulteriori precisazioni: *time limits for filing petitions*; giudicato e violazione processuale; la posizione dei c.d. "fratelli minori". - 4. Una riflessione conclusiva.

1. Sintesi dei risultati d'indagine.

Esaminata la gestione della 'retroattività' della decisione più favorevole negli Stati Uniti d'America, è giunto il momento di raccogliere i risultati dell'indagine.

All'uopo, pare anzitutto opportuno ripercorrere brevemente il percorso di ricerca qui articolato, al fine di riepilogare i risultati parziali che, ottenuti nell'indagine, fungono da altrettante premesse per la prospettazione degli esiti finali della ricerca.

1.1. Prolegomeni della ricerca: i modelli di gestione elaborati dalla giurisprudenza interna.

Anzitutto, principiando l'analisi dall'esame del 'caso italiano' concernente l'evoluzione normativa del reato di omessa esibizione dei documenti da parte dello straniero, in uno

con le pronunce sul punto succedutesi (della Corte Costituzionale prima e della Corte di Cassazione poi), si sono individuati *per astrazione*¹ due ‘modelli di gestione’ degli effetti della decisione più favorevole *post rem iudicatam*.

In particolare:

(a) Alla stregua del primo modello, la *quaestio* oggetto di studio può essere affrontata nei termini di una problematica concernente il principio della *lex mitior*, principio da riferirsi in tale prospettiva al nuovo orientamento giurisprudenziale più favorevole.

In tale ottica, sostanzialmente, l’interprete si domanda se la nuova interpretazione giudiziale può retroagire oltre la sentenza definitiva, determinando la revoca della condanna o la rideterminazione della pena.

Il nodo problematico della questione, conseguentemente, interessa la forza e il ruolo del nuovo orientamento interpretativo, di cui ci si chiede se e fino a che punto può essere assimilato alla legge penale (successiva e più favorevole); in questa prospettiva, dunque, la problematica della ‘decisione più favorevole’ intercetta in ultima analisi il tema delle fonti del diritto, vagliandosi la possibilità di riconoscere il ruolo di fonte di produzione del diritto anche al formante giurisprudenziale.

(b) Secondo un diverso approccio, viceversa, la questione che ci occupa può essere affrontata come un problema di stretta legalità (da ricollegarsi al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*): assumendosi che il giudice non crei mai diritto, ma che si limiti ad accertare il ‘vero’ (giusto) significato della legge, non si tratta più di verificare la possibile retroattività della *decisione*, ma di vagliare la forza del principio di legalità a fronte del contro-interesse del giudicato.

In tale prospettiva, dunque, l’interprete deve domandarsi se sia possibile rivedere la condanna definitiva qualora essa contrasti con la previsione legale dei reati e delle pene, o perché il fatto addebitato non è previsto dalla legge come reato o perché, pur essendo previsto, è punito meno severamente.

In quest’ottica, conseguentemente, la questione problematica si concentra sul raffronto tra legalità e giudicato, chiedendosi l’interprete se sia possibile legittimare o tollerare

¹ Consapevoli cioè che i due modelli non corrispondono esattamente ai paradigmi utilizzati dalle due Corti.

l'esecuzione di una pena non prevista dall'ordinamento (punendosi il soggetto o per un fatto lecito o con una pena più grave di quella imposta *ex lege*) unicamente in ragione della irretrattabilità del *dictum*.

1.2. Il ruolo del formante giurisprudenziale.

Tra i due 'modelli di gestione' in tal modo individuati, pertanto, pare variare a monte il ruolo riconosciuto al giudice penale: là (nel primo modello collegato al principio della *lex mitior*) «creatore di diritto», qui (nel secondo modello relazionato con il principio di legalità) «dichiaratore del diritto preesistente».

Nel secondo capitolo, quindi, si è vagliata la possibilità riconoscere un ruolo creativo al giudice penale, esaminando se una simile legittimazione, al di là delle basi teoriche su cui essa poggia, provenga effettivamente dall'attuale realtà giuridica.

Posto l'insuperabile principio di riserva di legge in materia penale, infatti, pare che un ruolo creativo del giudice possa oggi riconoscersi soltanto attraverso una legittimazione *ab esterno*, ovverosia nella misura in cui tale funzione aggallerebbe di fatto nella realtà giuridica, a molteplici livelli.

Analizzando, tuttavia, tanto il piano giurisprudenziale - interno e sovranazionale -, quanto quello legislativo, si è ritenuto di contro che un simile ruolo non trovi riconoscimento nella realtà giuridica attuale, in cui il giudice rimane mero dichiaratore-interprete del diritto preesistente (estraneo dunque a una funzione *innovatrice* del diritto oggettivo).

Tale funzione, peraltro, nulla toglierebbe alla centralità della giurisprudenza nell'interpretazione del dettato legislativo, riconoscendosi alla medesima il ruolo di fonte privilegiata (non di produzione bensì) di *cognizione* del diritto.

Tale riconoscimento, peraltro, si accompagna oggi alla consapevolezza della *fallibilità* dell'attività interpretativa giudiziale, dischiudendosi l'ipotesi di un'evoluzione nel diritto vivente dovuta non già all'opera creativa dei giudici o all'adeguamento dell'interpretazione al nuovo significato assunto dalla disposizione, bensì soltanto alla *correzione* - dovuta a una miglior elaborazione giuridica - di un precedente orientamento. Interpretazione questa designata come "correttiva" di cui oggi la stessa legge, con la riforma Orlando, recherebbe segno, imponendo alle sezioni semplici la

rimessione alle Sezioni Unite qualora ritengano motivatamente di doversi discostare dal precedente delle medesime.

1.3. Il limite del giudicato in materia penale.

Principiando dunque dal paradigma della legalità – e pertanto intendendo la condanna definitiva esattamente *contra legem* (per come successivamente correttamente interpretata dalla giurisprudenza) e non *contra iudicem* (meglio, *iudices*) – ci si è chiesti quando è possibile rivedere la sentenza passata in giudicato che condanni l'imputato per un fatto *lecito* o a una pena *diversa* da quella prevista dall'ordinamento. All'uopo, ricostruita l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in punto di giudicato, si è ricondotta la funzione 'forte' dell'istituto alla tutela *del* diritto e *dal* diritto o, in termini diversi, alla garanzia del *ne bis in idem* *soggettivo* e *oggettivo*.

Dal primo punto di vista, il giudicato tutela l'individuo dal rischio di un nuovo procedimento per il medesimo fatto dopo la definizione del giudizio; declinandosi in funzione garantistica dell'individuo, peraltro, il *ne bis in idem* *soggettivo* non impedisce il nuovo processo, fondato su nuovi elementi di fatto, volto all'assoluzione del condannato (revisione).

Nella seconda prospettiva, inoltre, il giudicato tutela la funzione giurisdizionale dal rischio di una nuova decisione per la medesima questione dopo la definizione del giudizio; così articolato, pertanto, il *ne bis in idem* *oggettivo* non dovrebbe - tendenzialmente, per principio - impedire la nuova decisione *in mitius* se fondata su nuovi elementi.

Ovviamente, al di là di tali funzioni 'forti' assicurate dal giudicato, si è rilevato come l'istituto tuteli, al di là della garanzia di *ne bis in idem*, anche interessi pratici dell'ordinamento, quali la tenuta del sistema giustizia e l'accuratezza del fatto (funzione 'debole' del giudicato). Tali interessi, di portata eminentemente pratica, non sono in grado di fondare da soli l'irretrattabilità del *decisum*, ma agiscono in funzione dosimetrica sulla possibilità di rivedere il giudicato, allorquando questa sia permessa dall'assenza della funzione 'forte'.

Provvisoriamente, dunque, si è prospettata l'equiparazione del nuovo orientamento giurisprudenziale a un nuovo elemento che, correggendo la precedente interpretazione e pur non elevandosi a fonte di produzione del diritto oggettivo (ma rimanendo soltanto fonte di cognizione del medesimo), legittimi la revisione della condanna definitiva pronunciata *contra legem*, ponendosi quale elemento sopravvenuto che, non considerato nel giudizio di cognizione, non contraddice la funzione di *ne bis in idem* oggettivo. Quanto agli interessi di natura pratica, si è prospettata la possibilità di ripetere anche in tale caso i limiti già imposti dal legislatore per la revisione della condanna ingiusta, riflettendosi in tali condizioni il bilanciamento di interessi operato tra giudicato (nella sola funzione 'debole' corrispondente agli interessi pratici) e correzione della sentenza ingiusta [su cui oltre § 3.1.3.].

1.4. Il raffronto con l'ordinamento di *common law*.

Raggiunto dunque in tal modo un esito provvisorio, l'indagine è proseguita sul piano comparatistico, esaminandosi la problematica degli effetti della decisione più favorevole successiva al giudicato per come regolata nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America. L'esame dell'ordinamento statunitense ha rilasciato, rispetto alle conclusioni provvisoriamente raggiunte, importanti stimoli, nella misura in cui esso sembra offrire taluni argomenti, militanti a favore di una soluzione garantistica-possibilistica, che paiono poter essere trasposti e impiegati anche nel nostro ordinamento.

La giurisprudenza sul punto sviluppata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, infatti, consente in virtù dell'orientamento successivo e più favorevole la revisione della condanna, anzitutto per ragioni di stretta legalità, in netto contrasto con il *judicial law making*.

Nell'ordinamento statunitense, infatti, poiché soltanto il Congresso può decidere liberamente degli effetti temporali del nuovo *statute law*, disponendo l'applicazione retroattiva o soltanto *pro futuro*, l'interpretazione giudiziale più favorevole, nella misura in cui si limita a interpretare il diritto scritto, deve dispiegare la propria efficacia anche nei confronti delle condanne già definitive, avendo le corti reso penalmente rilevante ciò che penalmente rilevante *ex lege* non è:

«*For under our federal system it is only Congress, and not the courts, which can make conduct criminal Accordingly, it would be inconsistent with the doctrinal*

underpinnings of habeas review to preclude petitioner from relying on our decision in Bailey in support of his claim that his guilty plea was constitutionally invalid».

Secondariamente, significativo ai nostri fini, è il complessivo quadro valoriale retrostante le soluzioni raggiunte, in cui l'interesse del giudicato viene confrontato con considerazioni di segno opposto, relative all'*actual innocence* e all'uguaglianza di trattamento.

L'interesse nella *finality* – che la giurisprudenza statunitense riconduce alla tutela della pace sociale, della funzione retributiva e preventiva della pena, nonché di tenuta economica del sistema giustizia – soccombe, infatti, allorché si confronti con il rischio di sottoporre/continuare a sottoporre a pena un “innocente”, con l'ulteriore precisazione che deve considerarsi ugualmente “innocente” tanto colui che non ha commesso il fatto (*factual innocence*) quanto colui che ha commesso un fatto che non costituisce reato (*legal innocence*). I due tipi di innocenza reclamano le medesime tutele/rimedi nella misura in cui, in ambo i casi, la perdurante esecuzione della condanna viene a costituire un *miscarriage of justice*.

Per quanto riguarda, infine, il mezzo adoperato per garantire la revisione della condanna, si è visto come la clausola azionata a tal fine dalla giurisprudenza americana sia la *due process clause*, violata allorché l'accusa non abbia provato tutti e ciascuno gli elementi del reato (per come successivamente rettamente inteso) o la dichiarazione di colpevolezza si sia rivelata alla luce del nuovo orientamento *unintelligent*, ignorando l'imputato l'esatta interpretazione della fattispecie penale.

2. Risultati dell'indagine. Premessa.

Date le premesse sopra brevemente ricapitolate nel corso dell'indagine, è possibile ricavare alcune considerazioni/punti di arrivo conclusivi, che si auspica possano formare oggetto del futuro dibattito scientifico.

Pur consapevoli della provvisorietà dei risultati raggiunti, riteniamo possibile articolare le conclusioni dell'indagine come segue:

- (i) identificazione dei modelli di gestione teorici ‘possibili’ degli effetti sulle condanne definitive della decisione più favorevole (§2.1);
- (ii) presa di posizione sulla scelta del modello preferibile (§2.2);
- (iii) prospettazione delle conseguenze derivate dal modello di gestione adottato (§3 ss.).

2.1. I possibili modelli di gestione della decisione più favorevole *post rem iudicatam*.

La gestione degli effetti sulle condanne passate in giudicato dell’orientamento giurisprudenziale successivo e più favorevole può avvenire teoricamente secondo tre differenti modelli, che, adoperando una distinzione già usata in dottrina², indichiamo con i seguenti *titoli*:

- (a) «giudice-interprete dichiaratore del diritto preesistente»;
- (b) «giudice-interprete creatore del diritto» (cui è possibile accostare anche il paradigma del «giudice-interprete come solutore di conflitti»);
- (c) «giudice-interprete cauto adeguatore del diritto».

Ciascun modello si connota diversamente quanto a:

- (i) ruolo della giurisprudenza;
- (ii) qualifica dell’errore di diritto (in senso lato) che inficia la sentenza di condanna (alla luce del nuovo orientamento giudiziale);
- (iii) rimedi alla condanna *ingiusta* (identificando la condanna “ingiusta” con la sentenza in contrasto con l’orientamento giudiziale consolidatosi dopo il suo passaggio in giudicato).

Ciascuno dei tre modelli peraltro ha trovato a vario titolo riscontro nella giurisprudenza analizzata nel percorso di ricerca.

² Elaborati da C. Luzzati quali modelli metodologici dell’interpretazione, in C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 123 ss. e ripresi recentemente da C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di ‘extrema ratio’*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Speciale “I principi del diritto penale nella postmodernità”. *Atti del VI Convegno nazionale dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Roma, 10/11 novembre 2017)*, p. 79 del dattiloscritto.

2.1.1. «Giudice-interprete dichiaratore del diritto preesistente».

Il primo paradigma - «giudice-interprete dichiaratore del diritto» -, proprio dell'Illuminismo giuridico (ad esempio di *Montesquieu* e *Beccaria*), «assegna all'interprete il compito di limitarsi a dichiarare il diritto preesistente»; in tale modello «[i]l ruolo dei giudici è passivo, meramente riproduttivo di un dato - la legge - anteriore al loro operato. Le norme giuridiche sono dunque la premessa necessaria di qualsiasi pronuncia dei giudici i quali non esprimono (o non dovrebbero esprimere) mai un punto di vista indipendente, bensì sono puri strumenti - *êtres inanimés*, secondo la nota metafora di Montesquieu - che eseguono i precetti del legislatore.»³

In tale prospettiva, pertanto, l' "interpretazione" giudiziale non è, a ben vedere, vera interpretazione, almeno se si intende il termine nella sua comune accezione di «ricerca di un «significato tramandato»⁴; l'attività del giudice si avvicina piuttosto all'ermeneutica aristotelica [ἐρμηνεία], quale analisi semantica della φωνή σημαντική nel contesto del λόγος, indirizzato dunque alla comprensione del valore logico della frase e sostanziandosi in «un tipo d'indagine, che cerca il rigore e la coerenza e nega la possibilità di significati molteplici e contrastanti».⁵

Dovendosi il giudice limitare ad applicare meccanicamente il diritto positivo - (da altri) *positum* - e negandosi la possibilità di derivare più significati dalla medesima disposizione, l'eventualità di un *error iuris* è in tale modello estremamente ridotta e comunque sempre rimediabile mediante gli ordinari mezzi di impugnazione (risolvendosi l'errore del primo giudice in un'applicazione *extravagante* o affatto illogica della norma, il cui testo letterale non dovrebbe né potrebbe concedere spazi di discrezionalità o creatività).

In un paradigma di tal fatta, pertanto, appare arduo individuare la possibilità di rimediare alla sentenza "ingiusta", proprio perché la stessa esistenza di una simile decisione è tendenzialmente aberrante per il modello (puro) del giudice mero dichiaratore del diritto preesistente.

³ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 124.

⁴ E. PARESCHE, *Interpretazione* (voce), in *Enc. dir.*, Giuffrè, XXII, 1972, p. 156.

⁵ *Ibidem*, p. 156, con richiamo ad ARISTOTELE, *Oganon*, introduzione e note di G. COLLI, Bari, p. 55 ss.

Di tale paradigma sembra riportare qualche traccia la sentenza n. 26259 del 2015 (*Mraidi*) della Corte di Cassazione [retro §I, 2.2.], nella misura la Corte non solo afferma l'origine esclusivamente legislativa dell'abolizione del reato, ma annichilisce altresì - per lo meno a fronte della variazione del dato testuale - il ruolo giurisprudenziale, tanto che la condanna per un fatto già divenuto *ex lege* lecito può verificarsi solo in due ipotesi:

- (a) allorquando il giudice si sia confrontato con il dato di legge e ne abbia escluso la portata abolitiva; in tal caso l'*error iuris* (secondo tale prospettiva, aberrante) deve rilevarsi tramite impugnazione ordinaria (a nulla valendo l'esistenza di un orientamento interpretativo conforme, ribaltato solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza);
- (b) la seconda allorquando il giudice non abbia percepito (*letto*) la novella legislativa e pertanto abbia pronunciato condanna applicando la norma precedente e non più in vigore; in tal caso sarebbe ammesso il ricorso all'art. 673 c.p.p. , configurandosi un errore percettivo rimediabile *in executivis*. Anche in tale seconda ipotesi, peraltro, il movimento evolutivo della giurisprudenza non esplica alcun ruolo sulla rimediabilità della decisione ingiusta, essendo determinante il nuovo dato di legge e l'assenza di una sua autentica valutazione.

2.1.2. «Giudice-interprete creatore del diritto» e «giudice-interprete come solutore di conflitti».

Il secondo modello, storicamente affermatosi in reazione all'approccio positivisticò, assegna al giudice il ruolo di creatore del diritto, cui conseguentemente viene riconosciuta una larga autonomia nella decisione delle controversie.

In tale paradigma «[l]a giurisprudenza assurge a fonte di norme generali e astratte erodendo la posizione di privilegio e di preminenza della legge»⁶, veicolando «il passaggio da uno Stato dove prevale il diritto legislativo (*Gesetzstaat*) a uno Stato dove prevalga il diritto di formazione giudiziaria (*Richterstaat*), cioè il passaggio da una situazione di controllo centralizzato a una situazione di controllo diffuso»⁷.

A tale modello, derivato dalla dottrina del diritto libero e oggi probabilmente in declino quale paradigma di tipo esplicativo, è possibile affiancare altresì il modello del

⁶ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 127.

⁷ *Ibidem*.

«giudice-interprete come solutore di conflitti», viceversa più ‘promettente’ nello scenario giudico attuale.

In tale ottica «[v]iene affermato il primato del caso sul sistema. La legge limita l’autonomia del giudice ma si tratta pur sempre di un condizionamento elastico: infatti la legge, le cui formulazioni devono essere relativizzate a una certa situazione storica concreta è solo uno degli elementi, non l’unico, che permettono di raggiungere una soluzione socialmente accettabile della controversia».⁸

In tal modo, la «motivazione dei provvedimenti giudiziari [...] diventa [...] un momento essenziale dell’agire giuridico» e il «diritto non s’identifica con la legge soltanto, in quanto esso ricomprende in sé anche una indispensabile dimensione d’intrinseca razionalità — e giustizia — che si esprime attraverso principi generali non codificati»⁹ socialmente condizionati.

Tendenzialmente, assegnando alla giurisprudenza il ruolo - concorrenziale rispetto al formante legislativo - di fonte di produzione del diritto, tale paradigma riconosce massimo rilievo al formante giurisprudenziale che viene ad assimilarsi necessariamente alla legge stessa, quanto a ruolo nel sistema delle fonti e cogenza applicativa.

In tale modello, dunque, la sentenza ingiusta - che applica una legge in maniera difforme da come successivamente interpretata (ma conformemente all’orientamento allora vivente) - non appare connotata da alcun errore di diritto, avendo il giudice applicato esattamente il diritto allora vigente e *vivente*.

Piuttosto il nuovo orientamento si pone rispetto alla decisione passata in giudicato alla stregua di una nuova legge (successiva e più favorevole) e dalla medesima legge mutua la disciplina regolatrice degli effetti temporali del tempo.

In particolare, la nuova interpretazione *abolitrice* è incondizionatamente (ossia obbligatoriamente) retroattiva, determinando la revoca della condanna *in ogni caso*; di contro, se il nuovo orientamento ricade sull’esatta interpretazione di elementi attinenti alla disciplina del reato, esso dovrà incontrare il limite del giudicato (eccettuata l’ipotesi concernente la conversione della pena detentiva in pecuniaria).

Questo secondo modello aggalla - quale ‘ipotesi di lavoro’ - nella sentenza della Corte Costituzionale n. 230 del 2012 nonché - quale precipua premessa da cui derivare esiti

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

garantistici per il condannato (*i.e.* la riproposizione della richiesta di indulto fondata su un nuovo orientamento) - nella decisione delle Sezioni Unite n.18288 del 21 gennaio 2010, Beschi [*retro* § II, 3.1.].

In particolare, in tale seconda sentenza (certamente ai nostri fini più significativa, rilevando il ruolo della giurisprudenza-fonte non, come nella decisione costituzionale, quale ipotesi in ultima analisi falsificata, bensì precipuamente quale premessa, mantenuta ferma sino alle conclusioni del ragionamento della Corte), le Sezioni Unite penali esplicitamente hanno riconosciuto che:

«il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, "una relazione di tipo concorrenziale" tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso unicum, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza».¹⁰

2.1.3. «Giudice-interprete cauto adeguatore del diritto».

Il terzo modello è «frutto di una revisione critica del positivismo giuridico che è tutt'ora in corso»¹¹ di cui recupera «il nucleo vitale» rappresentato dalla «difesa dell'autonomia del discorso giuridico rispetto agli altri tipi di discorso [...]. Il programma metodologico del giuspositivismo comporta per il giurista-interprete una serie di vincoli e impegni precisi. [...]. Si ammette che l'interprete della legge compia scelte ed esprima valutazioni, ma tali scelte e tali valutazioni, secondo i positivisti, devono avvenire (e molte volte hanno effettivamente luogo) nell'ambito consentito dalle norme e dal discorso tecnico-giuridico in quanto discorso dotato di logica interna. [...] I giuristi-

¹⁰ Tali affermazioni sono imputate alla Corte di Strasburgo, di cui tuttavia si afferma la piena validità anche nel nostro ordinamento.

¹¹ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 133.

interpreti non devono riscrivere le leggi *ex novo*; essi devono semplicemente chiarirle e specificarle adattandole alle diverse situazioni». ¹²

Come può forse apparire evidente, tale paradigma si pone a metà via - in un'ottica sincretistica - tra i due modelli poc'anzi esaminati: riconosce l'esistenza dell'interpretazione giurisprudenziale, la sua importanza quale fattore di stabilizzazione del diritto in un'ottica di certezza, ma non sopraeleva la giurisprudenza a fonte del diritto positivo, in posizione concorrenziale rispetto al potere legislativo.

Compito della giurisprudenza è quello di specificare il diritto secondo i canoni interpretativi di tipo tecnico, rifiutando e rifuggendo da «un canone interpretativo di secondo livello il quale faccia spesso prevalere le esigenze pragmatiche (in senso lato) presenti all'interprete su ogni altro elemento» ¹³.

Così ricostruito ruolo della giurisprudenza e canoni dell'interpretazione, tale modello individua nella condanna ingiusta una sentenza lesiva (non del precedente giudiziale bensì) del principio di legalità, ancorché si richiami, nell'individuazione esatta della legge contraddetta dalla condanna definitiva, all'interpretazione giudiziale consolidatasi dopo il giudicato.

Il modello deriva dunque i possibili rimedi alla condanna ingiusta a partire da tale assunto di natura sincretista; anticipando sin d'ora la nostra adesione per tale ultimo modello, rinviando per l'analisi dei rimedi 'derivati' ai §§ 3.1 e 3.2.

2.2. Adozione del modello del «giudice-interprete cauto adeguatore del diritto».

Rispetto ai tre modelli esplicativi sopra delineati, riteniamo che i primi due paradigmi 'di gestione' non possano essere proficuamente/legittimamente impiegati.

(a) Rifiuto del modello «giudice-interprete dichiaratore del diritto preesistente».

Quanto al primo modello - «giudice-interprete dichiaratore del diritto preesistente» - , sebbene esso possa forse trovare accoglimento sul piano prescrittivo - dei desiderata -, certamente tale paradigma non può essere accettato quale modello esplicativo-descrittivo del nostro ordinamento.

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem*, p. 134.

Come già rilevato [retro § II, spec. 2.1.], il mito di matrice illuministica è oggi ampiamente superato da più parti (non solo in dottrina, ma anche, come immediatamente si dirà, in giurisprudenza e sul piano legislativo), riconoscendosi pacificamente la natura sempre polisensa della disposizione e, conseguentemente, la possibilità di trarre dal medesimo testo di legge più norme tra loro diverse (giacché «Da un punto di vista linguistico una certezza assoluta è irraggiungibile. [...] La certezza del diritto (come fatto) non è una caratteristica dei sistemi giuridici che c'è o non c'è. Essa, invece, si configura come una caratteristica graduabile la cui misura varia di caso in caso»¹⁴).

Tale consapevolezza emerge con nitidezza non solo a livello giurisprudenziale - con particolare riferimento alla 'dottrina' del diritto vivente (da contrapporsi al diritto *vigente*) impiegata dalla Corte Costituzionale - ma ancora di più sullo stesso piano legislativo concernente le attribuzioni della Corte di Cassazione, tra le quali si annovera la funzione nomofilattica, oggi ancor più rafforzata ('proceduralmente') dalla riforma Orlando [retro § II, 4.1.].

(b) Rifiuto del modello «giudice-interprete creatore del diritto» e «giudice-interprete come solutore di conflitti».

Nemmeno il secondo modello, peraltro, sembra poter trovare accoglimento nel nostro ordinamento.

Sebbene sul punto sia possibile richiamarsi alle motivazioni già adottate dalla Corte Costituzionale con la sentenza 230 del 2012, riteniamo opportuno svolgere alcune considerazioni ulteriori.

Tale paradigma, anzitutto, nella misura in cui riconosce un elemento di pura creatività (discrezionalità in senso forte) al giudice, evidentemente, non può trovare accoglimento sul piano prescrittivo, ostandovi chiaramente il principio di separazione dei poteri.

Sul piano descrittivo, inoltre, tale modello, nella misura in cui poggia sulle basi teoriche della concezione dell'interpretazione come *applicazione* - ritenendo la 'norma' integralmente dipendente dal 'caso' ovvero il 'diritto dal 'fatto - , richiamate da taluni Autori per legittimare precipuamente il ruolo della giurisprudenza fonte¹⁵, in realtà se

¹⁴ *Ibidem*, p. 422.

¹⁵ Cfr. ad esempio M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna, cit., passim*.

può forse fornire una chiave di lettura della decisione del singolo giudice nel caso concreto, non riesce di contro a spiegare la formazione di un diritto vivente.

In tal senso, si è rilevato come tale concezione possa contenere «vari spunti di verità riguardanti la “genesi” di una norma (del contenuto ermeneutico della disposizione astratta, una volta sottoposta al processo di concretizzazione e applicazione ai casi), ma non la sua costante applicazione dopo l’acquisizione della regola applicativa».¹⁶

Rispetto al consolidarsi di diversi orientamenti interpretativi, pertanto, il modello del giudice creatore del diritto può esplicitare una valenza descrittiva solo nella misura in cui riconosca come talvolta la giurisprudenza assuma un potere para-legislativo (e dunque eminentemente politico) scegliendo al di fuori di un canone di tipo tecnico (discrezionalità forte¹⁷) la norma che maggiormente incontra le inclinazioni contingenti del ceto giudiziale (si voglia o meno riconoscere alle medesime il riflesso di bisogni sociali-punitivi).

Se tuttavia ciò avviene, avviene patologicamente e, pertanto, un uso dell’ “interpretazione” siffatto (che evidentemente interpretazione non è) non può auto-legittimarsi e nemmeno, come rilevato nel capitolo II, riceve legittimazione ulteriore (*ab esterno* rispetto al sistema positivo delle fonti) sul piano convenzionale o della giurisprudenza costituzionale.

Per tali ragioni, non appare possibile accogliere una concezione del diritto che legittimi il formante giurisprudenziale quale fonte di *produzione* del diritto positivo, collocata peraltro su un piano concorrenziale rispetto alla legge, di cui mutuerebbe la medesima forza.

(c) *Accoglimento del modello «giudice-interprete cauto adeguatore del diritto».*

A metà via, di contro, si colloca il modello esplicativo del «giudice-interprete cauto adeguatore del diritto» che riteniamo di adottare allo scopo di avanzare una *proposta* di gestione della decisione più favorevole *post rem iudicatam*, confortati in tale

¹⁶ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla fognatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, p. 77.

¹⁷ Nell’accezione di R. DWORKIN, *Il modello delle regole*, in ID., *I diritti presi sul serio*, trad. it. a cura di G. Rebuffa, Bologna, 1976, p. 103 s. per indicare una discrezionalità priva di vincoli, di standard di riferimento («scegli all’interno di quel gruppo le tre persone più esperte e capaci a svolgere una determinata funzione» è differente da «scegli all’interno di quel gruppo tre persone»).

‘preferenza’ anche dall’analisi comparatistica, in cui - con forte senso pragmatico tipico della giurisprudenza di *common law* - pare rilevare e primeggiare il rispetto del principio di legalità in uno con la consapevolezza del ruolo di autorevole e autentico interprete della legge assunto dalla giurisprudenza, nonché con il riconoscimento della possibilità che avvengano dei mutamenti giurisprudenziali al di fuori di un potere creativo delle corti.

2.2.1. Precisazioni sul modello adottato. La *sententia mitior* come espressione della legalità.

Prima di prospettare gli esiti cui può condurre l’adozione del modello del «giudice- interprete cauto adeguatore del diritto», riteniamo opportuno operare alcune precisazioni inerenti a tale ‘premessa maggiore’ della nostra proposta.

Anzitutto, il modello adottato comporta:

- (a) il riconoscimento di un *ruolo* all’interpretazione giudiziale (ruolo viceversa disconosciuto dal modello illuminista);
- (b) il riconoscimento di tale ruolo non già in termini di *fonte di produzione* del diritto (cui rimanda invece il secondo modello), bensì di *fonte di cognizione* del diritto positivo.

Ammettendo che la giurisprudenza, e quindi all’interpretazione giudiziale, svolgano un ruolo comunque significativo nella conoscenza del diritto, il modello nega che l’applicazione del diritto possa essere sempre e comunque immediata, ritenendo, viceversa, come tale operazione possa essere talvolta difficoltosa.

Da tale presupposto deriva la possibilità di riconoscere la possibilità di un *mutamento di giurisprudenza* non già in termini creativi - la giurisprudenza innova il diritto da essa stessa posto -, bensì in termini *correttivi* - la giurisprudenza corregge una precedente interpretazione.

L’orientamento esegetico, pertanto, muta perché la prima interpretazione consolidata in giurisprudenza si ritiene *errata* - dunque *contra legem* -, e muta in favore di un secondo indirizzo, che viceversa si ritiene *corretto* e, dunque, corrispondente al significato che la legge ha da sempre avuto.

In questi termini, il giudicato formatosi prima del mutamento giurisprudenziale di tipo *correttivo* contrasta (non con il diritto giurisprudenziale ma) con la legge stessa, per come successivamente correttamente interpretata.

Di contro, non si profila alcun contrasto tra giudicato e legalità, nel caso in cui il mutamento interpretativo sia di tipo *evolitivo*. In tal caso, infatti, la modifica dell'indirizzo giurisprudenziale si limita a riflettere/certificare il mutamento stesso della norma, dovuto o a fattori interni (la modifica di altre disposizioni che sul suo significato si ripercuotono) o esterni (il cambiamento sociale dalla disposizione richiamato mediante elementi normativi).

In caso di giurisprudenza *evolutive*, pertanto, si deve escludere sia occorso effettivamente un mutamento giurisprudenziale in senso stretto, giacché in tale ipotesi è la norma stessa a cambiare, limitandosi la giurisprudenza a rilevare tale 'autonomo' mutamento.

La regolamentazione degli effetti temporali di tale modificazione - e segnatamente l'eventuale retroattività oltre il giudicato - è già stata ampiamente scandagliata dalla dottrina che si è occupata della successione di leggi penali nel tempo e del mutamento dell'elemento normativo e dei suoi possibili riflessi sull'incriminazione, distinguendo, in quest'ultimo caso, a seconda che si tratti di una norma che integra o meno la fattispecie (individuandosi soltanto nel primo caso, nell'ipotesi di restringimento della portata della norma richiamata, l'evenienza di *abolitio criminis* capace di retroagire oltre il giudicato¹⁸).

Ovviamente, il passaggio fondamentale della tesi prospettata è costituito dal riconoscimento della seconda interpretazione quale interpretazione che esplica il corretto significato della legge, 'franteso' dal primo orientamento; donde il contrasto del giudicato con il principio di stretta *legalità*.

Ma, si dirà: come è possibile riconoscere nel secondo orientamento giurisprudenziale l'interpretazione *corretta*, che attua, in contrasto con il primo, la volontà parlamentare? All'uopo, riteniamo possano soccorrere diversi criteri e considerazioni.

(a) Anzitutto, che la Cassazione assicuri l'«*esatta* osservanza della legge» è previsto, sul piano prescrittivo, dall'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1941 [*retro* §

¹⁸ Cfr. in particolare G. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi.*, Milano, 2008 e D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006.

II, 4.]; pertanto, è il nostro stesso ordinamento a prevedere, che l'«ultima parola» sulla correttezza dell'interpretazione spetti proprio alla Corte di Cassazione.

Se, pertanto, le Sezioni Unite adottano un indirizzo interpretativo, componendo un contrasto o mutando un previgente orientamento, proprio l'art. 65 ord. giud. impone di considerare la nuova interpretazione come «*esatta*».

(b) Secondariamente, la seconda interpretazione - di tipo *restrittivo* - dovrebbe accreditarsi come interpretazione *corretta* avuto riguardo altresì al principio di *extrema ratio* del diritto penale.

All'uopo, occorre considerare che è senza dubbio vero che tale principio, ad oggi, sia da più parti sconosciuto come canone ermeneutico in grado *da solo* di orientare l'interpretazione in diritto penale, dovendo prescindere l'interpretazione 'corretta' da considerazioni attinenti all'ampliamento o al restringimento della punibilità; tuttavia, a prescindere dalla condivisibilità o meno di tali rilievi, riteniamo che nel confronto tra interpretazioni egualmente ragionevoli, i canoni ermeneutici propriamente penalistici possano esplicare senza dubbio un ruolo dirimente.¹⁹

A ciò si aggiunga, inoltre, che, in base al diritto convenzionale, l'unica interpretazione *corretta* in materia penale è proprio quella di tipo restrittivo, essendo l'unica in grado di garantire al meglio i diritti fondamentali dell'uomo [*retro* § II, 1.].

Si noti, infine, che anche a livello nazionale, non molti anni orsono, la Commissione Bicamerale aveva proposto la costituzionalizzazione del divieto di interpretazione analogica ed *estensiva*²⁰, che, seppur accolta da non poche critiche in dottrina, non può

¹⁹ In tal senso, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7° ed., Torino, 2014, p. 137, per cui: «il complesso dei principi che concorrono a delineare l'attuale volto del sistema penale «non può che avere una ulteriore proiezione sull'attività interpretativa almeno sotto un triplice profilo: a) innanzitutto, per escludere dall'area del penalmente rilevante comportamento che non raggiungono una soglia minima di offensività; b) in secondo luogo, per evitare di estendere, in violazione del principio di frammentarietà, la tutela nei confronti di forme di aggressione al bene protetto non espressamente tipizzate nella fattispecie incriminatrice; c) in terzo luogo, e conclusivamente, per scegliere comunque, tra le diverse interpretazioni possibili, quelle più rispettose della concezione del diritto penale come *extrema ratio*».

Sul principio dell'*extrema ratio* cfr. da ultimo l'ampio lavoro analitico - sullo stato attuale dell'"*Extrema-Ratio-Klausel*" nel nostro ordinamento - di C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, n. 3, p. 1447 ss., il quale sottolinea come il principio possa (ma altresì debba) affermarsi e consolidarsi «a livello (anche) del Tipo (della singola 'isola'), inserendosi nel (comunque insopprimibile) "circolo ermeneutico" come 'precomprensione' determinante, attraverso un'interpretazione *restrittiva* della fattispecie, per un esito *deflattivo* della penalità (della criminalizzazione in concreto)».

²⁰ Si tratta del progetto di revisione costituzionale in materia penale (c.d. progetto della Bicamerale) approvato il 4 novembre 1997; in merito, v. termini critici, soprattutto perché «se è già difficile

nondimeno evidenziare la preferenza tendenziale da accordarsi all'interpretazione in grado di lasciare tra «le isole della penalità» spazi di «mare aperto».²¹

(c) Da ultimo, nel ragionamento che andiamo prospettando, il riconoscimento della 'correttezza' della seconda interpretazione di tipo restrittivo deve avvenire solamente nei riguardi della decisione *mitior* che abbia raggiunto nel panorama giurisprudenziale un certo grado di consolidamento, essendo dotato di un alto tasso di persuasività, giusta l'argomentazione a suo sostegno.

In tale ottica, di contro, il medesimo riconoscimento non può essere operato nei confronti di una singola pronuncia della Corte in Cassazione, che in maniera 'spuria' abbia superato un precedente orientamento.

Come si vedrà, tale limite deriva dal bilanciamento di interessi sottostante la possibilità di rivedere il giudicato in caso di *overruling favorevole* [*infra* § 3.1.3.].

Ciò posto, al fine di superare l'irretrattabilità del *decisum*, assumono valore solo le decisioni delle Sezioni Unite atte a comporre un contrasto o a superare un precedente orientamento, attraverso un'argomentazione completa che tenga conto delle decisioni già espresse in merito, segnalando le ragioni idonee a superarle o a confermarle.

In tale ottica, la decisione delle Sezioni Unite può accreditarsi quale interpretazione 'corretta' secondo non già il criterio della *verificazione* (tramite esperimento empirico di

distinguere fra interpretazione estensiva e analogia, pare davvero impossibile distinguere fra interpretazione estensiva e interpretazione *tout court*» M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 101 ss., considerando che «è invece inevitabile e anzi opportuno che il prodotto dell'interpretazione logica, teleologica e sistematica conduca sovente a una "estensione" del significato della mera lettera della legge»; viceversa l'interpretazione "estensiva" che si spinga oltre i limiti di quella letterale, storica, logica, teleologica e sistematica altro non sarebbe che analogia; nonché G. FIANDACA, *La giustizia penale bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, p. 166 s. e F. RAMACI, *Il progetto della Bicamerale*, in *Studi senesi*, 1998, p. 209 ss.

Cfr. anche E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 111 s., il quale sottolinea: «A me pare che l'aspirazione politico - culturale ad un obbligo di interpretazione restrittiva (o a un divieto di interpretazione estensiva che è lo stesso) in materia penale debba essere compresa per quella che è: non già come espressione di un potere legislativo decisamente sovraordinato al potere giudiziario, bensì come recupero dei valori di libertà dei singoli in un quadro di riequilibrio dei poteri dello Stato attorno al valore della legalità. [...] Quali che siano le "colpe" del legislatore penale nell'esercizio delle sue funzioni, quella regola vuole in fondo dissacrare sia il dogma dell'onnipotenza dell'interpretazione in materia penale, che sta dietro l'illimitata libertà dell'interprete (vuoi giudice o dottore), sia il mito della completezza della tutela penale postulato con subdola insistenza».

²¹ Per l'efficace metafora dell'arcipelago, per cui il diritto penale deve essere «un'isola nel mare della libertà, e non viceversa» v. F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Principio di legalità e diritto penale* (per Mario Sbriccoli), in *Quad. fior. stor. pens. giur. mod.*, n. 36, Milano, 2007, p. 1279 ss.; metafora recentemente ripresa da C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, n. 3, p. 1447 ss.

falsificazione - certamente non disponibile per le scienze umanistiche -), bensì di *evidenziazione* delle ragioni a sostegno dell'interpretazione prescelta.

Ed invero, le moderne teorie dell'interpretazione, abbandonando le uniche prospettive della deduzione e della induzione del risultato ermeneutico, hanno viceversa descritto l'interpretazione del diritto penale quale spirale ermeneutica che si muove tra i poli della fattispecie e del fatto (da intendersi non quale fatto concreto - sequenza storica di accadimenti - bensì quali elementi penalmente rilevanti).²²

Ovviamente, tali teorie possono essere qui richiamate nella misura in cui non riteniamo che esse aprano davvero al ruolo creativo dell'interprete: pur non essendo il risultato ermeneutico 'predato', infatti, secondo tali prospettive i canoni del ragionamento sono certamente legali, sicchè non abbandonano l'applicazione del diritto all'arbitrio interpretativo (o, se si preferisce a un tasso di discrezionalità elevato).

Ciò è tanto più vero, in quanto in tali Autori si riscontra un criterio di correttezza dell'interpretazione ravvisabile proprio nel summenzionato procedimento di *evidenziazione*, tale per cui «il decorso dell'interpretazione e le ragioni della decisione [debbono essere] riflessi nell'interprete e in seguito resi disponibili alla riflessione altrui nei loro singoli stadi. In fin dei conti, ciò che può fondare la correttezza dell'interpretazione delle fattispecie è la *completezza della riflessione e dell'argomentazione nel procedimento interpretativo*».²³

Ai fini della correttezza vengono infatti in rilievo «l'intersoggettività e la trasmissibilità come requisiti scientifici», sicché «si esige argomentazione e discussione critica. Se tutte le *causae* sono poste allo scoperto e sono accessibili alla critica e alla riflessione altrui, la trasmissibilità è garantita».²⁴

In tale ottica, pertanto, acquista rilevanza fondamentale anche il sistema delle impugnazioni che mira a rimuovere quel «resto che è «atto» e che non può più essere evidenziato a sufficienza. [...] attraverso la riflessione estranea ricadente sul medesimo oggetto (*questa* decisione), tale resto è sottoposto a una sovrapposizione (convergenza), e con ciò - almeno nell'ipotesi normale di corretto funzione dell'intero sistema giuridico - viene «rimosso» nella prassi giudiziaria».²⁵

²² Il riferimento corre a W. HASSEMER, *Fattispecie e Tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, trad. it. a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2007.

²³ *Ibidem*, p. 208.

²⁴ *Ibidem*, p. 210.

²⁵ *Ibidem*, p. 221.

Se ciò dovrebbe avvenire nel corso di un singolo procedimento, *a fortiori* dovrebbe apparire corretta la decisione che intervenga a seguito di un contrasto interpretativo (o all'indomani dell'affermazione di un indirizzo esegetico) e che, esponendo le diverse ragioni che militano verso uno o l'altro risultato, a seguito di un'ampia discussione infragiudiziaria sul punto, prenda posizione sulla *quaestio iuris*.

Per lo meno, tale dovrebbe essere il risultato sulla cui correttezza, anche richiamandosi al principio di *extrema ratio*, sarebbe il più possibile difficile dubitare.

O, il che è lo stesso, pare che questo sia il grado di correttezza maggiore, raggiungibile dal nostro ordinamento.

(d) Infine, sembra opportuno aggiungere altresì un'ulteriore considerazione - anticipando in questa sede profili che tratteremo oltre - concernente lo strumento idoneo a 'ridiscutere' il giudicato, ossia la revisione.

Adoperando tale strumento, idoneo eventualmente a re-investire la Cassazione della causa, la correttezza del nuovo orientamento interpretativo viene assunta a *tesi*.²⁶

Nulla impedisce, tuttavia, che la Corte d'Appello dissenta circa l'*esatta* interpretazione della legge e rigetti la richiesta di revisione attraverso un'argomentazione che, evidentemente, vada a confrontarsi con l'interpretazione consolidata, evidenziando le ragioni di dissenso.

In caso di impugnazione, tale diversa lettura può quindi risalire in Cassazione e divenire, a seconda, confermata o cassata.

3. Implicazioni del modello adottato.

Dal modello che abbiamo adottato è possibile derivare talune soluzioni sul piano della gestione della decisione più favorevole dopo il giudicato.

²⁶ Tale prospettazione - della correttezza del nuovo orientamento più favorevole quale *tesi* da verificare con la revisione - è pienamente confacente al medesimo istituto della revisione giacché: «Non è corretto affermare che la revisione trae fondamento dall'errore giudiziario, "perché, se così fosse, risulterebbe già dimostrato ciò che il rimedio straordinario punta a dimostrare: la revisione, insomma, non servirebbe a verificare un'ipotesi -- bensì a ratificare una tesi; e l'errore giudiziario finirebbe per preesistere al suo stesso accertamento». L'accertamento dell'errore giudiziario, dunque, costituisce il *risultato* della revisione. In tali termini G. DEAN, *La revisione*, Padova, 1999, p. 6 s.

All'uopo, rimarcando la natura meramente propositiva di tali soluzioni, che si auspica il futuro dibattito scientifico possa accogliere alla stregua di nuovi elementi su cui dialogare anche in maniera critica, è possibile prospettare talune implicazioni ('strumenti di gestione') tanto sul piano interno, quanto su quello esterno (con particolare riferimento al sistema convenzionale).²⁷

Occorre inoltre rimarcare che tali soluzioni, muovendo dal presupposto che la decisione successiva più favorevole appalesi il significato che la legge *ha da sempre avuto* (dove il contrasto tra giudicato e legalità), non concernono il caso in cui la giurisprudenza si modifichi in senso *evolutivo*. In tale ipotesi, infatti, - lo si è detto - non muta l'interpretazione della legge ma la stessa disposizione: o nella parte del suo elemento

²⁷ Rispetto ai possibili rimedi interni esperibili, si deve dare conto altresì delle posizioni di coloro che - o al fine di garantire l'omogeneità dell'interpretazione giurisprudenziale o al fine contingente la *vis* espansiva *in malam partem* del diritto giudiziale - propongono di riservare l'«ultima parola» sull'esatta interpretazione alla Corte Costituzionale.

In questo senso: R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1769 ss., il quale, adottato un paradigma del rapporto tra legge e interpretazione di tipo «teleologico-tipologico» (e dunque, posto al centro dell'attività interpretativa il tipo criminoso cui l'interpretazione deve risultare conforme), individua il «“soggetto-potere” legittimato a decidere in termini ultimi e definitivi lo scopo di tutela che deve prevalere» nella Corte Costituzionale, quale potere «in grado di porre un vincolo reale non solo e non tanto al legislatore, quanto piuttosto alla stessa giurisprudenza» (p. 1790 s.). In senso per certi versi analogo, quanto meno negli esiti, anche G. FIANDACA, *La giustizia penale bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 168 ss., il quale rileva: «v'è da chiedersi se non sarebbe il caso di ipotizzare un organo apposito, cui attribuire il compito di controllare la conformità delle interpretazioni penali al canone della stretta legalità, cassando di conseguenza quelle viziate da straripamenti in senso estensivo della punibilità. [...] Escluso [...] che la funzione di custode dell'ortodossia interpretativa in materia penale sia credibilmente oggi assolvibile dalla Cassazione, non rimarrebbe forse che azzardare - sia pure a m' di provocazione - quest'idea: perché non immaginare di assegnare tale nuovo compito a una Corte costituzionale ripensata delle strutture e nelle funzioni?»

Così anche G. CONTENUTO, *L'insostenibile incertezza delle decisioni giudiziarie*, ora in *Scritti (1964-2002)*, a cura di Spagnolo, Bari-Roma, 2002, 375 (per cui «la Corte Costituzionale [...] se può «cancellare» le leggi, potrà bene - senza che alcuno debba trarne motivo di scalo - censurare l'interpretazione giurisprudenziale non conforme alle norme, e potrà farlo ancor prima che questa produca «diritto vivente», ma, anzi, prevenendone, quando ne sia il caso, la nascita e la formazione») e M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 105 s., che segnala «la possibilità di costituire un organismo parlamentare che abbia il potere di sollevare d'ufficio questioni di illegittimità costituzionale rispetto non già a singole interpretazioni erranee, ma di fronte al consolidarsi di un “diritto vivente” costruito in via analogica dalla giurisprudenza di legittimità (o eventualmente anche di merito)».

Al di là del riproporsi, anche in tali prospettive dell'annoso problema «*quis custodiet ipsos custodes*», le proposte sono senza dubbio interessanti ai nostri fini poiché, ammettendosi l'ampia possibilità di dichiarare l'illegittimità costituzionale del diritto vivente per contrasto con l'art. 25 cpv., importa di conseguenza effetti dirompenti sul giudicato, sia nel caso in cui la pronuncia della Corte Costituzionale comporti la revoca della sentenza di condanna, sia allorquando la medesima determina 'soltanto' la rimodulazione del trattamento sanzionatorio (giusta l'evoluzione giurisprudenziale in punto di *pena illegittima*).

Tali proposte, ovviamente, si muovono in un'ottica di *de iure condendo* e presentano, come si è detto, profili assolutamente interessanti e stimolanti; la proposta che noi avanziamo, di contro, si muove in una prospettiva di *de iure condito*.

normativo, allorquando si modifichino le norme da essa richiamate, o nella sua interezza, allorquando si modifichino altre disposizioni che, per via indiretta, incidono sull'estensione applicativa della medesima.

3.1. Implicazioni sul piano interno. Gli interessi in gioco: la legalità.

Chiarito che la giurisprudenza - considerata nel suo complesso come formante capace di delineare orientamenti interpretativi stabili (non fosse altro da un certo momento in poi) e uniformi - non innova il diritto oggettivo (e dunque non si pone come *fonte di produzione* del diritto), ma si limita esclusivamente a precisarlo e a chiarirlo, ne consegue anzitutto che il mutamento giurisprudenziale favorevole, fuori dal caso della giurisprudenza *evolutiva*, avviene al fine di *correggere* la precedente interpretazione (evidentemente *errata*) della legge.

In tale ipotesi, dunque, si deve considerare la sentenza passata in giudicato (contrastante con il nuovo orientamento giurisprudenziale) come pronunciata in contrasto con la legge vigente al momento della condanna, seppur nell'interpretazione consolidatasi dopo il giudicato; la decisione definitiva, pertanto, viola il principio di legalità nella parte in cui vieta di sanzionare un fatto dall'ordinamento considerato *lecito* ovvero irrogare una pena più grave di quella prevista *ex lege*.

Evidentemente, inoltre, tale decisione si pone altresì in antitesi con il principio di uguaglianza - dipendendo il diverso e deteriore trattamento del condannato soltanto dal fattore tempo - nonché con quello di rieducazione della pena - leso dall'imposizione di una pena per un fatto lecito o di una sanzione più grave di quella ritenuta adeguata *ex lege*.

3.1.1. Gli interessi: in gioco il giudicato.

Se da una parte la sentenza definitiva, confrontata con il nuovo orientamento, viola il principio di legalità (nonché di rieducazione e di uguaglianza), d'altro canto a una sua incondizionata revoca si oppone il contro-interesse del giudicato.

In particolare, come già rilevato, la violazione della legalità cadrebbe in tale ipotesi esattamente sul “*deciso*”, come tale, tendenzialmente e in mancanza di elementi nuovi/sopraggiunti, coperto dal giudicato.

Come si ricorderà, infatti, il giudicato, nella sua espressione oggettiva di garanzia della funzione giurisdizionale - necessaria affinché la funzione del giudice non si riduca al ruolo di dare meri pareri consultivi -, concerne proprio (e soltanto) il dedotto “*deciso*”, lasciando invece scoperto il mero “*deducibile*”. Tale dicotomia si riflette nella possibilità di rimediare *in executivis* all’errore percettivo, lasciando di contro inemendabile il vero e proprio errore valutativo (il giudice si è espresso e l’irretrattabilità di tale valutazione, in mancanza di elementi sopraggiunti e, in quanto tali, non valutati, deve essere garantita per assicurare la funzione giurisdizionale).

Orbene, cionondimeno, si ritiene che in questo caso il giudicato possa essere superato valorizzando il nuovo orientamento interpretativo alla stregua di un *quid novi* che, proprio in quanto intervenuto dopo la definizione del giudizio, può essere considerato *in executivis* senza porre a repentaglio la funzione giurisdizionale e l’irretrattabilità del *decisum*.

3.1.2. Il possibile bilanciamento costituzionalmente imposto dal *tertium comparationis*: la revisione.

Anche in tale prospettiva, tuttavia, residuano certamente gli interessi di portata pratica tutelati *in ogni caso* dal giudicato e, attualmente, nel nostro ordinamento non obliterabili *tout court* (c.d. funzione ‘debole’ del giudicato).

Si tratta, come anticipato, di quelle preoccupazioni di carattere pratico concernenti l’esigenza di contenere la riapertura dei giudizi definitivi e principalmente ricollegabili all’esigenza di evitare un eccessivo affaticamento dei tribunali – sì da garantire la tenuta del sistema e il buon andamento della macchina giudiziaria – , ma altresì relative all’accuratezza del giudizio sul fatto – che può, senza dubbio, risultare più difficile allorquando si ripeta l’accertamento a lunga distanza di anni dal reato contestato, o, addirittura, *ad infinitum*.

Per questi motivi, le questioni concernenti la possibilità di superare il giudicato si risolvono sempre in questioni di bilanciamento di interessi contrapposti, anche

allorquando il giudicato possa essere 'legittimamente' superato per elementi sopravvenuti (che non pongono in crisi una delle due funzioni 'primarie' dell'istituto, ossia il *ne bis in idem oggettivo*).

Nel caso che ci occupa, pertanto, mancando, all'evidenza, uno strumento *ad hoc* predisposto dal legislatore occorre vedere se e in che misura un bilanciamento di interessi sia costituzionalmente imposto.

Riteniamo che la risposta a simile interrogativo possa essere affermativa nella misura in cui si ritenga *irragionevole* il diverso trattamento riservato alla c.d. *actual innocence* – l'innocenza di fatto, a tutela della quale, ricorrendo determinati presupposti, è concessa la revisione – e la c.d. *legal innocence*, *innocenza normativa*, ossia l'innocenza perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Dalla medesimezza delle due situazioni, di contro, deriverebbe l'irragionevolezza dell'assenza di qualsivoglia rimedio a tutela del secondo 'tipo' di innocenza, atto a riparare, non diversamente dal primo caso, un vero e proprio errore giudiziario.

In effetti è proprio la tutela dell'innocente che, acquistando valore costituzionale, impone al legislatore di apprestare i rimedi idonei ad assicurare la riparazione degli errori giudiziari, in tal modo fondando la *ratio* stessa della revisione:

«Di qui il richiamo, quanto mai significativo, alla disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 24 della Costituzione, che - come è stato espressamente riconosciuto dalla Corte costituzionale con riferimento all'assetto normativo disciplinato dal codice abrogato - riflette il principio di giustizia sostanziale rispondente alla "esigenza di altissimo valore etico e sociale, di assicurare, senza limiti di tempo ed anche quando la pena sia stata espiata o sia estinta, la tutela dell'innocente, nell'ambito della più generale garanzia, di espresso rilievo costituzionale, accordata ai diritti inviolabili della personalità" (sentenza n. 28 del 1969)».²⁸

Ricollegandosi, in ultima analisi, la revisione «non tanto all'interesse del singolo ma piuttosto all'interesse pubblico e superiore alla riparazione degli errori giudiziari, facendo prevalere la giustizia sostanziale sulla giustizia formale»²⁹.

²⁸ Cassazione penale sez. un. , 26 settembre 2001, n. 624.

²⁹ Anche in dottrina, è pacificamente riconosciuto il fondamento della revisione nella realizzazione di «una non facile mediazione tra la tendenza auto conservativa del giudicio e la necessità di verificare

Se così è, il giudizio di bilanciamento fondante i casi di revisione dovrebbe legittimamente estendersi altresì all'ipotesi di *legal innocence*, ripetendosi anche in tale caso la medesima esigenza di eliminare l'errore giudiziario in accordo al principio del *favor innocentiae*.

Invero: «si è [...] affermato che la base giustificativa della res iudicata non è di ordine teorico ma di natura eminentemente pratica. Da tale peculiare carattere scaturisce che l'ordinamento, con precise scelte di politica legislativa, ben può sacrificare il valore del giudicato in nome di esigenze che rappresentano l'espressione di valori superiori. E, rispetto alla regola della intangibilità del giudicato, uno dei valori fondamentali, cui la legge attribuisce priorità è costituito proprio dalla necessità dell'eliminazione dell'errore giudiziario, dato che corrisponde alle più profonde radici etiche di qualsiasi società civile il principio del *favor innocentiae*, da cui deriva a corollario che non vale invocare alcuna esigenza pratica - quali che siano le ragioni di opportunità e di utilità sociale ad essa sottostanti - per impedire la riapertura del processo allorché sia riscontrata la presenza di specifiche situazioni ritenute dalla legge sintomatiche della probabilità di errore giudiziario e dell'ingiustizia della sentenza irrevocabile di condanna».³⁰

3.1.3. I caratteri del bilanciamento: i limiti legislativi della revisione.

In tal modo fondata la necessità costituzionalmente imposta di ricorrere alla revisione anche in caso di “*sententia mitior*”, occorre tuttavia mutuare anche per questa nuova ipotesi i limiti che il legislatore, operando un bilanciamento tra opposti interessi, impone per il ricorso a tale mezzo di impugnazione straordinaria.

L'istituto della revisione, infatti, appare da più ‘lati’ particolarmente contingentato proprio al fine di realizzare quel bilanciamento di interessi di cui si è detto:

«È proprio la specifica funzione di superamento del giudicato, da cui consegue il carattere straordinario dell'impugnazione per revisione, a spiegare i precisi limiti posti dalla legge processuale, la cui ratio è quella di realizzare un equilibrato bilanciamento

l'ipotesi dell'errore giudiziario, così da scongiurare «il pericolo che al rigore delle forme siano sacrificate le esigenze della verità e della giustizia reale», così G. DEAN, *La revisione*, Padova, 1999, p. 1 s., che cita A. DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, 4° ed., Napoli, 1966, p. 328.

³⁰ Cassazione penale sez. un. , 26 settembre 2001, n. 624, §12.

tra opposti interessi mediante soluzioni normative dalle quali traspare che "la revisione è necessariamente subordinata a condizioni, limitazioni e cautele, nell'intento di contemperarne le finalità con l'interesse fondamentale in ogni ordinamento alla certezza e stabilità delle situazioni giuridiche ed all'intangibilità delle pronunzie giurisdizionali di condanna, che siano passate in giudicato" (sentenza costituzionale n. 28 del 1969). Il compito essenziale dell'interprete consiste, perciò, nel porre in luce i termini di tale bilanciamento e nel ricostruire le linee portanti della normativa vigente, solo riflettendo che queste ultime sottendono precise scelte di valore tra gli interessi in conflitto, tradottesi nelle particolari configurazioni attribuite alle forme del procedimento e, soprattutto, nell'elencazione tassativa dei casi che autorizzano la presentazione della richiesta di revisione: a quest'ultimo riguardo - si aggiunge - deve osservarsi che essi rappresentano la tipizzazione legale di specifiche situazioni alle quali lo stesso ordinamento collega la probabilità di una condanna ingiusta e implicano il perentorio divieto di dissolvere ab intrinseco - in mancanza di nuovi elementi rimasti estranei ai precedenti giudizi - l'efficacia formale e sostanziale del giudicato sulla base di una diversa valutazione delle identiche prove esaminate nella sentenza divenuta irrevocabile (Sez. I, 6 ottobre 1998, Bompressi)»³¹.

Al fine di ripetere il bilanciamento di interessi già operato dal legislatore con riferimento all'*actual innocence*, riteniamo possibile valorizzare, rispetto alla *legal innocence*, i seguenti elementi:

- (a) la straordinarietà del rimedio;
- (b) la probabilità di una condanna ingiusta;
- (c) l'esito di proscioglimento.

Nello specifico.

(a) *La straordinarietà del rimedio.*

Anzitutto, rimarcando la natura di mezzo di impugnazione *straordinaria* del rimedio³², la revisione dovrebbe essere preclusa nei casi in cui l'*error iuris* - l'errata

³¹ *Ibidem*

³² La revisione è mezzo di impugnazione straordinario ma non eccezionale.

interpretazione della legge - fosse rilevabile mediante gli *ordinari* mezzi di impugnazione.

Si diano tre casi:

(i) *Dopo la formazione del giudicato, la sentenza delle Sezioni Unite supera un contrasto tra orientamenti interpretativi di segno opposto esistenti al momento del giudizio*: nel caso in cui, durante il tempo del giudizio, esistano due orientamenti contrastanti, il criterio della straordinarietà del rimedio impone di ritenere ammissibile la richiesta di revisione allorché il condannato abbia (inutilmente) fatto valere nel giudizio di cognizione l'interpretazione a lui più favorevole mediante gli ordinari mezzi di impugnazione; in caso contrario, ammettendosi la revisione anche in mancanza di un simile requisito, l'istituto si trasformerebbe in una impugnazione ordinaria *sine die*.

(ii) *Dopo la formazione del giudicato, la sentenza delle Sezioni Unite ribalta un orientamento consolidato esistente al momento del giudizio*: se, al tempo del giudizio, era consolidato in giurisprudenza un orientamento interpretativo sfavorevole all'imputato, la revisione potrebbe risultare esperibile sia nel caso in cui l'imputato diligentemente (ma anche temerariamente) abbia fatto valere l'interpretazione contraria in giudizio, sia anche allorché tali ragioni di diritto non sia state spese nel procedimento di cognizione, dovendosi in tal caso ritenere che un'eventuale impugnazione, atta a far valere il diverso indirizzo esegetico, potesse rivelarsi *futil*. Solo dopo l'*overruling*, i nuovi argomenti di diritto divengono a tutti gli effetti conoscibili e spendibili dall'imputato.

Anzitutto è mezzo di impugnazione trattandosi di rimedio giuridico desistano a «rimuovere una sentenza pregiudizievole mediante altra sentenza»; in questo senso: G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, III, p. 257; A.A. DALIA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1997, p. 718; A. PRESUTTI, *Revisione*, in Enc. giur. Treccani, XXVII, ROMA, 1991, p. 1.

E' mezzo di impugnazione straordinario in quanto «non fa progredire la regiudicanda verso l'irrevocabilità, ma presuppone l'avvenuta formazione del giudicato per sovvertirne gli effetti», G. DEAN, *La revisione*, cit., p. 3.

Infine non è mezzo eccezionale, poiché il fatto che l'istituto presupponga l'avvenuta formazione del giudicato, non determina l'eccezionalità del rimedio (e dunque la sua applicazione il più ristretta possibile), quanto la sua 'diversità'. «l'idea che la revisione costituisca un rimedio straordinario, di natura eccezionale, presuppone che la regola sia costituita dal giudizio esatto e l'eccezione dal giudizio errato [...]. Si ritiene di dover assegnare valore di principi assoluti alla immutabilità ed alla certezza che promanano dal giudicato penale, [...] [con] la conseguenza che il giudizio penale 'di regola' è esatto, che solo in limitati casi può essere errato e che, pertanto, solo in via di eccezione può essere sottoposto a revisione». A.A. DALIA, *Le nuove norme sulla revisione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 799 s.

(iii) *Dopo la formazione del giudicato, la sentenza delle Sezioni Unite chiarisce una quaestio iuris sulla quale, in passato, non si era formato alcun orientamento consolidato esistente al momento del giudizio* (è il caso di cui all'art. 610, co. 2, allorquando il presidente della corte di cassazione «assegna il ricorso alle sezioni unite quando le questioni proposte sono di speciale importanza»):

se al tempo del giudizio l'imputato non ha fatto valere una determinata questione di diritto non ancora 'trattata' dalla Corte di Cassazione, nel caso in cui le Sezioni Unite si pronuncino dopo il giudicato affermando un'interpretazione a lui favorevole, la richiesta di revisione dovrebbe ritenersi preclusa, non potendosi ritenere che un eventuale ricorso ordinario potesse rivelarsi in questo caso effettivamente *futil*.

(b) *La probabilità di una condanna ingiusta.*

Il secondo elemento che restringe i casi in cui la sentenza *post iudicatum* più favorevole può legittimare la revisione della condanna definitiva, limita il novero di tali decisioni a quelle che, più di altre, implicano la probabilità che la condanna già passata in giudicato sia *ingiusta*, ossia *contra legem*.

In particolare, poiché, attraverso la revisione, il legislatore ha inteso dare rilevanza esclusivamente a «specifiche situazioni alle quali lo stesso ordinamento collega la probabilità di una condanna ingiusta», riteniamo che, in caso di *legal innocence*, l'esperibilità del mezzo di impugnazione debba limitarsi alle sole decisioni della Cassazione a Sezioni Unite.

Invero, poiché *per legge* le Sezioni Unite sono chiamate a intervenire in caso di contrasto (attuale o potenziale) tra diversi orientamenti interpretativi o per «questioni di speciale importanza», a tali decisioni si ricollega di per sé, tipicamente e sistematicamente, un'alta probabilità che esistano condanne, già passate in giudicato, *ingiuste* in quanto inficiate da un errore giudiziario di interpretazione.

Tale probabilità, addirittura, si tramuta in certezza nell'ipotesi di contrasto *attuale* tra indirizzi esegetici, implicando tale condizione l'avvenuta definizione di giudizi fondati su interpretazioni opposte e, quindi, su almeno un'interpretazione, se non entrambe, errata.

Viceversa in caso di contrasto *potenziale*, la probabilità di condanna ingiusta definitiva è limitata all'ipotesi in cui le Sezioni Unite ribaltino un precedente orientamento; in tal caso, evidentemente le precedenti decisioni hanno applicato erroneamente e *contra reum* la legge penale.

Quanto infine alle decisioni concernenti «questioni di speciale importanza», si deve ritenere che le Sezioni Unite intervengano in questi casi a chiarire una *questio iuris* su cui ancora non si è formato alcun indirizzo interpretativo; seppur anche in tali casi è possibile intravedere un rischio tipico di condanna ingiusta passata in giudicato, la revisione dovrebbe risultare cionondimeno preclusa in forza del suo carattere di straordinarietà (di cui si è già detto sopra).

(c) *L'esito di proscioglimento.*

Infine, si deve ritenere che restringa i casi in cui sarebbe possibile ricorrere allo strumento della revisione, altresì l'art. 631 c.p.p. a norma del quale:

«Gli elementi in base ai quali si chiede la revisione devono, a pena d'inammissibilità della domanda, essere tali da dimostrare, se accertati, che il condannato deve essere prosciolto a norma degli articoli 529, 530 o 531».

Come detto, dovendosi mutuare il bilanciamento di interessi già operato dal legislatore per l'*actual innocence*, anche in caso di *legal innocence* l'esperimento del mezzo d'impugnazione straordinaria dovrebbe essere condizionato al possibile esito di *proscioglimento* del condannato; con esclusione dunque dei mutamenti interpretativi che incidono sul mero *quantum* o *species* di pena³³.

³³ Da ciò, deriva anche l'esclusione tra i casi di revisione della mera successione di fattispecie incriminatrici, che, di converso, secondo la giurisprudenza, in caso di abolizione legislativa del reato, legittimerebbe la revoca per *abolitio criminis* a prescindere dalla riesplorazione di altra fattispecie rilevante. In questo senso v. Cass. pen., sez. I, 19 gennaio 2015, n.4461 per cui: «a fronte della abolitio criminis del reato contestato e per il quale è intervenuta condanna, al giudice dell'esecuzione non soltanto non è consentito modificare l'originaria qualificazione o accertare il fatto in modo difforme da quello ritenuto in sentenza, ma neppure è comunque consentito di affermare che la condotta del condannato è sussumibile sotto fattispecie diversa se la riconducibilità della condotta a detta fattispecie non ha mai formato oggetto di accertamento e di formale contestazione nel giudizio di cognizione».

3.1.4. Ulteriori considerazioni sulla revisione per *legal innocence*.

Il ricorso della revisione appare lo strumento più idoneo a rivedere la condanna ingiusta in quanto *contra legem* (sempre che sia sopraggiunto un orientamento interpretativo più favorevole)³⁴, anche in forza di ulteriori considerazioni che riguardano l'onere della prova, da una parte, e la possibilità di discostarsi dall'interpretazione prevalente, dall'altra.

Anzitutto, quanto all'onere della prova, occorre ricordare che nell'avanzare la richiesta di revisione il condannato deve presentare gli elementi che, se accertati, dovrebbero condurre al suo proscioglimento. L'art. 633, 1° co., c.p.p., infatti, prescrive che la richiesta di revisione deve essere motivata, cioè «deve contenere l'indicazione specifica delle ragioni e delle prove che la giustificano»

Ciò comporta che l'onere probatorio, a distanza di anni dal giudizio, ricade sul soggetto richiedente, sgravando il pubblico ministero dalla ricerca di prove che, data la distanza dal momento storico della commissione dei fatti, potrebbero oramai risultare impossibili da reperire.³⁵

Si dia il caso del reato di omesso versamento di ritenute certificate, nel testo anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158, art. 7, comma 1, lett. b), che sanzionava l'omesso versamento, unicamente ove riguardante "ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti", per un ammontare superiore a cinquantamila euro per ciascun periodo di imposta.

Come noto prima dell'intervento delle Sezioni Unite³⁶, una parte della giurisprudenza aveva ritenuto sufficiente a integrare l'elemento della "certificazione" la mera dichiarazione mod. 770 del sostituto; orientamento questo successivamente disconosciuto dalle Sezioni Unite, le quali, viceversa, hanno affermato la rilevanza penale dell'omesso versamento delle sole ritenute «"risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti"; in altri

³⁴ Senza tale *quid novi*, infatti, il giudicato svolge la funzione di *ne bis in idem* oggettivo e, per tale ragione, non risulta in alcun modo aggredibile, neanche negli stretti margini in cui è concessa la revisione.

³⁵ Quanto inoltre al successivo giudizio, si ricordi che si applicano le disposizioni relative agli atti preliminari del dibattimento e quelle concernenti il dibattimento di primo grado «in quanto [...] applicabili e nei limiti delle ragioni indicate nella richiesta di revisione» (art. 636, 2° co., c.p.p.). Per quanto riguarda specificatamente le norme sulla prova, tale limitazione si riflette evidentemente sul *thema probandum*, da commisurare «non al *petitum*, ma alla *causa petendi*», G. DEAN, *La revisione*, cit., p. 107.

³⁶ Cass. pen., Sez. Un., sent. del 22 marzo 2018, n. 24782.

termini, solo le ritenute che risultino, ovvero siano attestate, dalle certificazioni predette sono quelle idonee ad attingere il grado di disvalore penale considerato dal legislatore ». ³⁷ Ovviamente, poiché, come si è detto, in caso di contrasto, le ragioni di diritto devono esser già state spese in giudizio, il condannato dovrà presumibilmente allegare alla propria richiesta la sentenza di condanna, da cui si evincerà la mancanza di una certificazione e, di contro, la sussistenza del mero mod. 770.

Ancora, un altro esempio, può ricorrere rispetto alla sentenza delle Sezioni Unite che ha riconosciuto la possibilità di applicare la nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.) alle fattispecie contravvenzionali previste dall'art. 186, comma II, lettere *b*) e *c*), Codice della Strada nonché dall'art. 186, comma VII, Codice della Strada. ³⁸

In tal caso il condannato per guida in stato di ebbrezza potrebbe allegare alla richiesta la decisione delle Sezioni Unite, unitamente agli elementi atti a dimostrare la particolare tenuità del fatto; ad esempio, che la guida era avvenuta solo per un lasso di tempo molto breve e in una landa desolata.

Lo strumento della revisione, inoltre, permette al giudice investito della causa (la Corte d'Appello) di discostarsi eventualmente dall'orientamento più favorevole sopraggiunto al giudicato.

Tale 'libertà ermeneutica' permette di ritenere comunque rispettato il principio di separazione dei poteri, che, viceversa, risulterebbe violato allorché la nuova interpretazione sia imposta (dall'intervento additivo della Corte Costituzionale) con forza cogente al giudice investito della causa.

Come si ricorderà, infatti, la Corte Costituzionale nella sentenza 230 del 2012, nel giudicare sulla possibile estensione dell'art. 673 c.p.p. anche all'*overruling* favorevole sopraggiunto al giudicato, aveva altresì rilevato:

«L'art. 673 cod. proc. pen. attribuisce, infatti, natura obbligatoria all'intervento del giudice dell'esecuzione, in presenza d'una abolitio criminis. Nel caso di accoglimento del petitum, tale tratto di obbligatorietà si comunicherebbe anche all'ipotesi aggiuntiva

³⁷ Cfr. sent. ct., §2.2. «A parte l'innalzamento della soglia della rilevanza penale, appare dunque evidente l'elemento differenziale nelle due versioni della norma: mentre in quella ante 2015 si faceva riferimento alle sole "ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti" (quindi il CUD o CU) ad oggi la norma appare operare anche, ed alternativamente, il riferimento alle "ritenute dovute sulla base della stessa dichiarazione" (cioè quella annuale del sostituto, e, quindi, il mod. 770)».

³⁸ Cass. pen., Sez. Un., sent. del 25 febbraio 2016, n. 13681 e sent. del 25 febbraio 2016, n. 13682.

di revoca prefigurata dal rimettente (com'è, del resto, nella logica delle sue censure): con la conseguenza che il giudice dell'esecuzione sarebbe senz'altro tenuto a rimuovere il giudicato di condanna contrastante col dictum dell'organo della nomofilachia, anche qualora non lo condividesse.

In questo modo, tuttavia, la richiesta pronuncia additiva comporterebbe una vera e propria sovversione "di sistema", venendo a creare un generale rapporto di gerarchia tra le Sezioni unite e i giudici dell'esecuzione, al di fuori del giudizio di rinvio: con risultati, peraltro, marcatamente disarmonici, stante la estraneità della regola dello stare decisis alle coordinate generali dell'ordinamento».

Come risulta evidente, tale rischio di «sovversione "di sistema"» risulta invece del tutto assente nel caso di ricorso alla revisione.

3.2. Implicazioni sul piano esterno.

Sul piano dei rimedi esterni, inoltre, pare possibile prospettare una soluzione alla sentenza "ingiusta" che passi dal piano convenzionale.

A tale livello, in un'ottica 'futuristica' – ossia con la consapevolezza che le soluzioni che si verrà a proporre non trovano attuale riscontro nella giurisprudenza di Strasburgo – pare possibile importare e impiegare proficuamente l'esperienza statunitense, prospettando soluzioni simili a quelle adottate dalla giurisprudenza americana nel procedimento di *habeas corpus* (ma, come si è visto, anche di *coram nobis*).

3.2.1. La possibilità di trasportare i risultati della ricerca comparatistica.

Su questo piano, invero, è possibile operare una trasposizione dell'esperienza americana in maniera quasi perfetta, ovverosia senza particolare accorgimenti dovuti alla diversità dei sistemi considerati, poiché il giudizio avanti la Corte di Strasburgo pare ricalcare esattamente quello di *habeas corpus*, giacché:

(i) anzitutto, in entrambi i procedimenti si investe una Corte 'superiore' (nel nostro sistema, tendenzialmente superiore alla giurisprudenza ordinaria) *previo esaurimento dei rimedi interni*. In entrambi i giudizi, pertanto, il superamento del giudicato consegue in maniera automatica all'esito dell'accoglimento della richiesta, senza che si possa

opporre un qualche valore che impedisca (*ex post*) la tutela (qui nella forma di *reintegrazione*) dei diritti fondamentali. A livello convenzionale, pertanto, il valore del giudicato, quanto meno nel caso del ricorrente vittorioso, non viene tendenzialmente in rilievo;

(ii) secondariamente entrambi i giudizi si atteggiavano non già a sindacato delle norme considerate, ma a verifica nel caso singolo considerato della violazione di una disposizione convenzionale/costituzionale (per l'ordinamento americano anche di legge). Ciò permette di accogliere la richiesta del ricorrente anche qualora non vi sia una norma incostituzionale/contrastante con il dato convenzionale, se ciononostante l'imputato abbia subito concretamente una violazione dei suoi diritti (esempi paradigmatici in tal senso sono quelli di matrice processuale; si pensi a una tortura avvenuta di fatto e al di fuori di una base legale al fine di estorcere la confessione dell'imputato).

Qualora si consideri il problema della sentenza "ingiusta" tale peculiarità del giudizio avanti la Corte Edu (e specularmente in *habeas corpus* avanti la Corte Suprema) rappresenta un autentico 'vantaggio' rispetto agli strumenti di diritto interno, che viceversa accordano gli effetti maggiori *contra* il giudicato alla *dichiarazione di incostituzionalità* di una disposizione, che tuttavia, in caso di diritto vivente contrastante con l'art. 25 cpv., non appare esperibile³⁹;

(iii) infine - ed è forse la chiave di volta per accostare in maniera perfetta i due sistemi - avanti entrambe le Corti il superamento del giudicato può (deve) avvenire anche per un *error in procedendo*. Avanti la Corte Edu (e si è visto, seppur con taluni temperamenti, anche in *habeas corpus*) è quindi possibile far valere una violazione di tipo procedurale e ottenere il travolgimento del giudicato.

3.2.2. La possibile violazione della *Due Process Clause*, *rectius* del diritto all'equo processo.

Date queste premesse, e sempre adottando un'ottica di tipo soltanto futuristico, pare possibile paventare in caso di sentenza "ingiusta" il ricorso alla Corte Edu per violazione del diritto all'equo processo, di cui all'art. 6 Cedu.

³⁹ Come si è visto, la Corte Costituzionale ha rinunciato a sindacare la *correttezza* dell'interpretazione di una legge, limitandosi a vagliarne il possibile contrasto con la Carta costituzionali.

Come nell'ordinamento di *common law* è possibile ottenere il riconoscimento di una violazione costituzionale - e dunque dell'illegittimità della propria *custody* - deducendo il mancato rispetto della *due process clause*, allo stesso modo pare possibile prospettare una violazione dell'art. 6 Cedu che riguardi l'onere probatorio, nonché le informazioni sull'accusa.

Ovviamente, a monte di tale prospettazioni, vi è pur sempre il riconoscimento del formante giurisprudenziale quale «cauto adeguatore del diritto», identificando nell'orientamento successivo al giudicato l'interpretazione corretta della legge la cui violazione è stata imputata al ricorrente.

In particolare:

(a) *L'onere probatorio.*

Quanto al primo profilo, concernente l'onere probatorio, pare opportuno ricordare che l'art. 6 § 2 prevede:

«Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata».

Tale disposizione, secondo l'interpretazione autorevole della Corte di Strasburgo, prescrive che l'onere della prova sia a carico dell'accusa, gravando sempre sulla medesima l'onere di produrre prove sufficienti per la condanna (*Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, § 77; *Janosevic v. Sweden*, § 97).

Importando in tale contesto le soluzioni raggiunte nell'ordinamento statunitense, dunque, si potrebbe prospettare la violazione dell'art. 6 nella misura in cui l'accusa non ha provato tutti gli elementi del reato per come successivamente correttamente interpretato dalle corti interne.

Evidentemente, tale via permette però la rimozione del giudicato solo nell'ipotesi in cui la giurisprudenza abbia successivamente interpretato in maniera favorevole un elemento che sarebbe onere dell'accusa provare; viceversa questa soluzione non sarebbe azionabile a fronte, ad esempio, dell'estensione interpretativa di una causa di giustificazione o di non punibilità.

(b) *Le informazioni sull'accusa.*

A ciò potrebbe aggiungersi la violazione della medesima garanzia, nella parte in cui l'art. 6 prevede altresì al §3 lett. a) il diritto a:

«essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico».

Tale disposizione viene interpretata dalla Corte Europea nel senso che essa garantisce il diritto di essere informato non solo sui “motivi” dell'accusa, - i.e. la condotta che si presume l'indagato abbia realizzato e sulla quale si basa l'incolpazione - ma anche sulla “natura” della stessa, e cioè, la qualificazione giuridica attribuita a tale condotta (*Mattoccia v. Italy*, § 59; *Penev v. Bulgaria.*, §§ 33 e 42, 7 gennaio 2010).

Riferendosi a questo diverso corollario dell'equo processo, pertanto, il ricorrente potrebbe lamentare l'inesatta informazione circa l'accusa mossagli e in particolare circa gli elementi della fattispecie addebitatagli (o gli elementi ulteriori che fondano la pena più grave) e solo in un secondo momento, e cioè dopo il passaggio in giudicato della sentenza, *chiarificati* dalla giurisprudenza.

Invero, tale ultima soluzione appare forse più debole rispetto alla prima via concernente l'onere probatorio, poiché la garanzia in parola deriva precipuamente dal più generale principio di equità processuale di cui all'art. 6 § 1 e, pertanto, risulta più che altro volta ad assicurare la parità delle armi tra accusa e difesa, in modo tale che la prima non celi informazioni essenziali alla seconda. In tale prospettiva, e facendo valore tale rapporto derivazione dalla previsione di cui all'art. 6 § 1, sarebbe difficile prospettare una violazione della parità delle armi allorquando i ‘veri’ elementi del reato non siano conosciuti né dall'accusa, né tanto meno dalla difesa. Addirittura tale violazione sarebbe di per sé esclusa in tutti i casi in cui il condannato abbia fatto valere infruttuosamente l'interpretazione della fattispecie penale poi consolidatasi dopo il giudicato.

3.2.3. Ulteriori precisazioni: *time limits for filing petitions*; giudicato e violazione processuale; la posizione dei c.d. “fratelli minori”.

Prospettata nei termini sopra menzionati la possibilità di ricorrere, in caso di condanna “ingiusta”, alla Corte Europea per violazione del diritto all’equo processo, pare opportuno precisare tale proposta considerando: (a) il limite semestrale per proporre ricorso; (b) il travolgimento del giudicato; (c) la posizione dei c.d. fratelli minori.

(a) Quanto al limite semestrale per proporre ricorso, evidentemente la soluzione prospettata può essere azionata solo allorché la nuova e più favorevole interpretazione si consolidi prima che siano trascorsi sei mesi dal passaggio in giudicato della sentenza.

All’uopo pare opportuno ricordare che la giurisprudenza statunitense considera la *petition* validamente proposta anche se già trascorso il termine annuale per ricorrere in *habeas corpus* sia quando sia eccepita la c.d. *actual innocence*, sia quando si intenda far valer la violazione di un diritto riconosciuto dalla Corte Suprema dopo la formazione del giudicato [*retro* § IV, sez. I, 5.4.].

Anche con riferimento al termine semestrale, quindi pare forse possibile prospettare l’uso delle argomentazioni statunitensi deducendo la conoscenza incolpevole degli elementi per presentare il ricorso (dell’orientamento più favorevole) una volta superato il limite temporale.

(b) Se validamente presentato e accolto, peraltro, il ricorso, meglio la sentenza di condanna dello Stato italiano, dovrebbe comportare il travolgimento del giudicato almeno per il ricorrente vittorioso.

Nonostante si affacci sullo scenario sovranazionale alcuni temperamenti alla ‘regola’ in esame [*retro* § III, 2.1.2.], non pare che nel caso esaminato si possa dubitare della necessità di incidere sulla sentenza definitiva ricorrendo le due condizioni già individuate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, con la raccomandazione R(2008)2, per ritenere tendenzialmente doverosa la riapertura del procedimento, ossia: la permanenza per il ricorrente di “*very serious negative consequences*”, nonché la sussistenza di una violazione procedurale tale da porre in “*serious doubt*” il risultato del processo (*i.e.* la colpevolezza dell’imputato). Rispetto a tale ultimo requisito, forse, si

potrebbe dubitare della sussistenza di questa condizione allorquando in base al nuovo orientamento venga soltanto a modificarsi il *quantum* o la *species* della pena, potendo tutt'al più sussistere un dubbio sul risultato del processo (forse) solo con riferimento a una variazione sanzionatoria ingente o comunque significa.

All'uopo, tuttavia, occorre rimarcare che la nostra giurisprudenza, nell'introdurre lo strumento della revisione europea, non ha fatto riferimento a simili temperamenti, prospettando la riapertura del procedimento (apparentemente) in ogni caso di violazione convenzionale.

(c) Le considerazioni sopra esposte, infine, riguardano il singolo ricorrente vittorioso e rimangono valide rispetto a costui.

Con riguardo ai c.d. fratelli minori la situazione si fa senza dubbio più complessa, anche a fronte dell'attuale panorama giurisprudenziale italiano che sul punto non sembra restituire risultati coerenti [*retro* §§ III, 2.1.1 e 2.3.1.].

All'uopo pare opportuno considerare anzitutto che il possibile risultato favorevole ottenuto avanti la Corte di Strasburgo sarebbe senza dubbio estensibile agli altri soggetti attraverso una pronuncia di costituzionalità.

Nel caso considerato, tuttavia, pare arduo prospettare una questione di legittimità costituzionale plausibile: la norma penale sostanziale (allora vivente) dovrebbe dirsi illegittima per contrasto con l'art. 117 in relazione all'art. 6 Cedu nella misura in cui - per come allora interpretata - permetteva di non provare un elemento del reato - per come in seguito correttamente interpretato. Una questione di tal fatta non sembra seriamente prospettabile, proponendosi il contrasto di una norma sostanziale con una garanzia convenzionale prima, e costituzionale poi, di tipo processuale. E' evidente la mancanza di tenuta logica di una simile questione.

In verità, nel caso che ci occupa l'estensione ai c.d. fratelli minori potrebbe risultare possibile soltanto richiamandosi alle argomentazioni della Corte di Cassazione, sez. I penale, sentenza n. 44193 del 18 ottobre 2018 (ric. Dell'Utri) che ha individuato la possibilità di reclamare l'applicazione dei principi affermati dalla Corte di Strasburgo nei confronti del ricorrente vittorioso, attraverso l'incidente di esecuzione, purché ricorrano tre condizioni:

“a) la decisione, sia o meno stata adottata nelle forme della 'sentenza pilota', abbia effettiva e obiettiva portata generale;

b) le situazioni in comparazione (caso deciso dalla CEDU/caso soggettivamente diverso sottoposto a scrutinio) siano identiche;

c) non sia necessaria la previa declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma e l'intervento di rimozione o modifica del giudicato non presenti nessun contenuto discrezionale, risolvendosi nell'applicazione di altro e ben identificato precetto”.

Anche ritenendo percorribile tale via, peraltro, si noti che l'incidente di esecuzione rimarrebbe precluso allorquando il giudice sia chiamato a operare valutazioni discrezionali; valutazioni probabilmente escluse in caso di *abolitio criminis*, viceversa possibili allorquando si consideri l'applicazione di altro trattamento sanzionatorio.

Tale soluzione, inoltre, sarebbe prospettabile in caso di violazione dell'onere probatorio e non dell'esatta informazione sull'accusa, che di contro richiederebbe un esame caso per caso, non risolvendosi in una violazione effettivamente e obiettivamente generale.

4. Una riflessione conclusiva.

«Tanto maggiore è il grado di resistenza della *res iudicata* all'interno dell'ordinamento, tanto minore è - ovviamente in determinati casi - lo spazio che separa l'imperatività del comando giudiziale dall'abuso»⁴⁰.

Con questa espressione di Giovanni Dean, vorremmo concludere il percorso di ricerca intrapreso nelle pagine precedenti, cercando di riflettere brevemente, e con specifico riguardo alla tematica che ci ha interessati, sullo spazio che attualmente separa nel nostro ordinamento l'*imperatività* del comando giudiziale - diremmo, la necessaria e inevitabile *esecutorietà* della condanna - dall'*abuso* del potere punitivo.

Invero, è possibile ritenere che, fin tanto che si tolleri l'esecuzione di una condanna a fronte di un fatto che la stessa Corte di Cassazione - cui è demandata la funzione garantire l'esatta osservanza della legge penale - non reputa vietato dalla legge, possa risultare inevitabile ammettere altresì, all'interno dell'ordinamento, una sorta di “zona

⁴⁰ G. DEAN, *La revisione*, p. 9.

franca” (corrispondente alle condanne passate in giudicato prima che il ‘conflitto’ interpretativo sia risolto) esposta all’abuso del potere punitivo (evidentemente - e non può essere altrimenti - esercitato al di fuori dei limiti consentiti). Ciò, inoltre, nella nostra letteratura giuridica, sembra avvenire sotto il vessillo della legalità, il cui gonfalone assicura l’intoccabilità di tali decisioni per l’impossibilità di attribuire agli indirizzi giurisprudenziali successivi la medesima efficacia (iper)retroattiva della legge abolitrice.

Ebbene, obiettivo specifico dell’indagine che si è sviluppata è stato proprio quello di discutere in maniera critica tale assunto, oramai sedimentato nella coscienza del giurista, per cui la revisione della condanna definitiva sulla base di un nuovo e più favorevole orientamento giurisprudenziale non può che fondarsi sul riconoscimento della giurisprudenza quale fonte di produzione del diritto.

Proprio in merito a tale aspetto, la ricerca, lungi dal cercare di restituire al lettore un vero e proprio ‘punto di arrivo’ o ‘soluzione definitiva’, ha inteso piuttosto proporre nuovi spunti di riflessione (auspicabilmente funzionali a stimolare un rinnovato dibattito sul tema), *in primis* ridiscutendo la possibilità di superare l’assunto di cui sopra.

Ponendosi criticamente rispetto a tale ‘dato di partenza’, infatti, e per le ragioni già esposte, si è adottata la prospettiva contraria, che individua nella revisione di quella condanna definitiva “ingiusta” un punto di emersione del principio di legalità (inteso, ovviamente, quale riserva di legge), che è, e non può che rimanere, presidio irrinunciabile della libertà dell’individuo.

Specialmente in un momento storico in cui del diritto penale sembra farsi un uso sempre più *smisurato*, riteniamo che la riaffermazione della legalità, anche per la via qui tracciata, costituisca un tentativo che è valso la pena esperire, nella perdurante convinzione che il fondamento del diritto penale risieda non certo nella pena, bensì fondamentalmente nella tutela dei singoli.

In tale prospettiva, l’individuazione di taluni spazi in cui sia possibile rivedere la condanna definitiva sulla base dell’interpretazione corretta («esatta») della legge penale, serve precipuamente la funzione di garantire e riaffermare il principio inderogabile del nostro ordinamento per cui nessuno può essere punito se non per un fatto previsto *dalla legge* - e giammai *dai giudici* - come reato; specialmente a fronte di contrasti

giurisprudenziali che troppo spesso paiono frutto di un «capriccio intellettuale»⁴¹ compiuto alle spese (ma anche *sulla pelle*) dell'individuo condannato [restituendo «l'immagine di un 'sistema delle regole', in cui, nietztschenamente, “*tutto è interpretazione*”, *oscillante e sospesa* su un 'vuoto' determinato dall'assenza di una *rete 'positiva'* e, come tale, vincolante»⁴²].

Tale possibilità, inoltre, ci pare assicurare altresì nella realtà processuale il principio di frammentarietà del diritto penale, che, a nostro avviso, dovrebbe operare non solo sul piano dell'astratta previsione di legge e dell'applicazione giudiziale, imponendo al legislatore prima e all'interprete poi un uso quanto il più possibile *dosato* del diritto penale, ma altresì sul piano dell'esecuzione della condanna definitiva, legittimando il (perdurante) ricorso alla sanzione penale soltanto nella misura in cui essa sia realmente *extrema ratio* (una sorta di “*frammentarietà in action*”).

In definitiva, crediamo che tali principi, che si pongono alla base del nostro diritto penale e che ci restituiscono l'immagine di un diritto penale 'tollerabile', debbano essere decisamente riaffermati allorquando il condannato in via definitiva si trovi a scontare una pena per un fatto non previsto dalla legge come reato.

Certo, abbandonando il piano dei principi e calandosi nella realtà concreta, si potrebbe forse obiettare che gli effetti pratici di una tale revisione potrebbero essere quelli di produrre un tendenziale ingessamento della giurisprudenza, inducendo tale formante del diritto a farsi carico anche dei costi del sistema giudiziario e, di conseguenza, a evitare strategicamente 'virate' *in bonam partem*, al precipuo fine di scongiurare il rischio di un eccessivo affaticamento dei tribunali.

Ebbene, al di là della considerazione per cui una previsione di tal fatta non è, per il momento, empiricamente verificabile (e che difficilmente parrebbe in grado di contrastare l'affermarsi di principi di elevatissimo rango di cui si è detto, e che si possono rintracciare a fondamento delle tesi qui prospettate), si potrebbe controbattere -

⁴¹ G. PIOLETTI, *Sul ruolo delle sezioni unite penali della Corte di cassazione*, cit., p. 465: «Si vogliono giustificare queste «inosservanze» sempre più frequenti e pericolose delle decisioni delle sezioni unite sostenendo la loro scarsa persuasività, ponendo così suggestivamente in tensione nomofilachia della Cassazione e dipendenza dalla legge di ogni giudice, si da far apparire la sentenza difforme come il frutto di coscienza lacerata e non piuttosto di capriccio intellettuale che ci sarebbe dovuto esprimere più opportunamente in un convegno o in un articolo piuttosto che in una ponderata, responsabile sentenza».

⁴² C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, cit.

rimanendo sul piano empirico - che un simile meccanismo di revisione, se rivolto a una magistratura coscienziosa del proprio operato, potrebbe di contro stimolare la stessa giurisprudenza a risolvere i contrasti interni celermente, evitando il passaggio in giudicato di una serie cospicua di condanne errate; in tal modo incrementando, in ultima analisi, il tasso di certezza del diritto.

BIBLIOGRAFIA

R.J. ALLEN - W.J. STUNTZ - J.L. HOFFMANN - D.A. LIVINGSTON - A.D. LEIPOLD, *Comprehensive Criminal Procedure*, 3 ed., New York, 2011;

S.W. ALLEN, *Toward a Unified Theory of Retroactivity*, in *NYL Sch. L. Rev.*, 2009, 54, p. 106 ss.;

G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente». Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Rassegna forense*, 2007, p. 495 ss.;

D. AMATO, *Scardinata l'intangibilità del giudicato*, in *Guida al Diritto*, 2006, fasc. 14, p. 29 ss.;

D.A. AMBROSELLI, *La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla retroattività della lex mitior: applicabilità del giudizio-pilota a fattispecie ad esso assimilabili non pervenute alla Corte di Strasburgo. Questioni a margine della sentenza n. 210 del 2013 della Corte Costituzionale*, in *Diritti fondamentali* in www.giurcost.org;

E.M. AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato - Dalla novella del 1974 al nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1991;

R.A. ANDERSON, *Wharton's Criminal Law and Procedure*, New York, 1957, vol. V, p. 446 ss.;

E. ANSELMINI, *Abolito criminis non rilevata dal giudice della cognizione: giudicato e pena illegale*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2017, 3, p. 337 ss.;

A. ANZON, *Il giudice «a quo» e la Corte Costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1083 ss.;

M.M. ARKIN, *The Prisoner's Dilemma: Life in the Lower Federal Courts after Teague v. Lane*, in *North Carolina Law Review*, 1991, 69, p. 371 ss.;

T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 361 ss.;

A. BALSAMO - S. DE FLAMMINEIS, *Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole*, in www.archiviopenale.it;

G. BARBUTO, *Inottemperanza all'ordine di esibizione di documenti di identificazione e del permesso di soggiorno*, in S. Corbetta - A. Della Bella - G. Gatta (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 229 ss.;

S. BARTOLE, *Spunti di diritto costituzionale*, Padova, 1962, p. 29 ss.;

R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1769 ss.;

R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero; S. Moccia; G. De Francesco; G. Insolera, Napoli, 2016, p. 283 ss.;

A. BASSI, *La continuazione criminosa come strumento applicabile dal giudice dell'esecuzione: la nuova veste dell'istituto e le sue implicazioni processuali*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 236 ss.;

P. BATOR, *Finality in Criminal Law and Federal Habeas Corpus for State Prisoners*, in *Harv.L.Rev.*, 1963, 76, p. 441 ss.;

S. BERNARDI, *La Grande Camera di Strasburgo sulle competenze della Corte in materia di esecuzione delle sentenze europee da parte degli Stati: una scelta di self restraint?* in www.penalecontemporaneo.it, 10 novembre 2010,

A. BERNARDI, *Art. 7 Nessuna pena senza legge*, n S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, p. 249 ss.

W.W. BERRY, *Normative Retroactivity*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2016, 19, p. 485 ss.;

F. BERTOLINI, *Dal confronto con ordinamenti "altri", la riflessione sulla propria identità*, in *Giur. It.*, 2013, 8-9, p. 1911 ss.;

M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2014;

M. BONTEMPELLI, *La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2018, vol. 4, n. 3, p. 1064;

A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014;

A. CADOPPI, *Riflessioni sul valore del precedente*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Cocco, Padova, 2005, p. 160 ss.;

N. CANZIAN, *Quando è incostituzionale la pena. Illegittimità di norme penali sostanziali non incriminatrici e tutela della libertà personale*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1121 ss.;

G. CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte Costituzionale*, in www.rivistaaic.it;

G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 aprile 2016;

G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6 febbraio 2017;

F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011;

F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte Costituzionale*, in *Studi in ricordo di M.G. Aimonetto*, M. Bargis (a cura di), Milano, 2013, p. 263, ss.;

G. CARUSO, *Metamorfosi del giudice dell'esecuzione: da "esecutore" a "garante" della legittimità della pena?*, in *Arch. pen.*, 2014, II, p. 8 ss.;

Z.JR. CHAFEE, *The Most Important Human Right in the Constitution*, in *B.U. L. Rev.*, 1952, 32, p. 143 ss.;

M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 83 ss.;

D. CHISUEM, *In Defence of Modern Habeas Corpus for State Prisoners*, in *De Paul L.Rev.*, 21, 1972, p. 682 ss.;

D. CHISUM, *In Defence of Modern Habeas Corpus for State Prisoners*, in *DePaul L.Rev.*, 1972, n. 21, p. 682 ss.;

V.W. CHURCH, *A treatise of the writ of habeas corpus, including jurisdiction, false imprisonment, writ of error, extradition, mandamus, certiorari, judgments, etc. With practice and forms*, San Francisco, 1884;

G. CIANI (a cura di), *Esecuzione*, vol. IX, in G. LATTANZI - E. LUPO, *Cod. proc. pen.*, 2003, Milano, p. 419 ss.;

G. CONSO - V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1989;

G. CONTENTO, *L'insostenibile incertezza delle decisioni giudiziarie*, ora in *Scritti (1964-2002)*, a cura di Spagnolo, Bari-Roma, 2002;

A. CONZ, *L'"overruling" della Corte di Cassazione in seduta plenaria: assenza dei limiti al "diritto vivente" nel procedimento di esecuzione?*, in *Processo penale e Giustizia*, 2012, fasc. 4, p. 6 ss.;

F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969;

- F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992;
- F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1259;
- P.M. CORSO, *Liberazione condizionale militare e garanzie giurisdizionali: nuovi problemi interpretativi dopo l'intervento della corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1977, fasc. 2, p. 400 ss.;
- P. CORVI, *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Torino, 2016;
- F. COSTANTINI, *L'intervento in executivis per erronea applicazione di una pena accessoria tra principio di legalità e intangibilità del giudicato: la decisione delle Sezioni unite*, in *Cass. Pen.*, 7-8, 2015, p. 2578 ss.;
- R.M. COVER - T. A. ALEINIKOFF, *Dialectical Federalism: Habeas Corpus and the Court*, in *Yale L.J.*, 1979, 86, p. 1035 ss.;
- R.M. COVER - T.A. ALEINIKOFF, *Dialectical Federalism: Habeas Corpus and the Court*, in *Yale L.J.*, 1979, p. 1035 ss.;
- V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, Milano, 1964;
- V.N. D'ASCOLA, *Limiti all'applicazione della disciplina del reato continuato nella fase dell'esecuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 1278 ss.;
- A.A. DALIA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1997;
- A.A. DALIA, *Le nuove norme sulla revisione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 799 ss.;
- G. DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di diritto intertemporale della legge penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, p. 231 ss.;
- G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino, 2004;
- L. DE MATTEIS, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1479 ss.;

A. DE CARO, *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle Sezioni unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, in *Arch. pen.*;

G. DE FRANCESCO, *Due temi controversi: lo sviluppo del 'diritto giurisprudenziale' ed i principi inerte temporali della legge penale*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero; S. Moccia; G. De Francesco; G. Insolera, Napoli, 2016, p. 271 ss.;

L. DE RUGGIERO, *Tra consenso e ideologia. Studio di ermeneutica giuridica*, Napoli, 1997;

G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004;

G. DEAN, *La revisione*, Padova, 1999;

L. DELLI PRISCOLI - F. FIORENTIN, *La Corte Costituzionale e il principio di retroattività della legge più favorevole al reo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1180 ss.;

P. DI GERONIMO – L. GIORDANO, *Deducibilità della illegalità della pena in sede esecutiva*, in *Cass. pen.*, 6, 2016, p. 2528 ss.;

P. DI GERONIMO E L. GIORDANO, *La problematica individuazione dei poteri di intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena illegale nella recente giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 6, 2016, p. 2514 ss.;

V. DI PEPPE, *Il reato dello straniero che non ottempera all'ordine di esibizione dei suoi documenti identificativi: considerazioni in margine all'intervento della "legge sicurezza" 2009*, in *Cass. pen.*, 1, 2011, p. 341 ss.;

A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*

C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofiliachia)*, in *Questione Giustizia*, 2017, 3, p. 82 ss.

P. DI GERONIMO – L. GIORDANO, *Deducibilità della illegalità della pena in sede esecutiva*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 6, p. 2514 ss.;

- F.R. DINACCI, *La riforma del giudizio di Cassazione tra pragmatismi operativi ed accentuata nomofilachia*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 591 ss.;
- M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla fognatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, p. 77.
- M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003;
- M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003;
- M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale, La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004;
- F. DUKER, *The Originis of the Writ of Habeas Corpus. A peculiar Path to Fame*, in *N.Y.U.L. Rev.*, 1978, 53, p. 983 ss.;
- R. DWORKIN, *Il modello delle regole*, in *Id.*, *I diritti presi sul serio*, trad. it. a cura di G. Rebuffa, Bologna, 1976,
- R. E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 473 ss.
- T.E. EPIDENDIO, *Brevi impressioni e spunti a margine del dibattito su mutamento giurisprudenziale "in bonam partem" e giudicato*, in www.drittopenalecontemporaneo.it, 14 dicembre 2012;
- A. ERCOLE, *I "meccanismi" di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza penale di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2011, fasc. 9, p. 3216 ss.;
- A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile: quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.

- J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it. a cura di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli, 1983;
- R.H. FALLON - D.J. MELTZER, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, in *Harvard Law Review*, vol. 104, no. 8, 1991, p. 1739 ss.;
- A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Varese, 1973, p. 487;
- O. FANELLI, *La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione*, in *Il Foro It.*, 1988, vol. 111., p. 3302;
- C. FEDERMAN, *The Body and the State. Habeas corpus and American Jurisprudence*, Albany, 2006;
- P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 10, p. 1265 ss.;
- G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7° ed., Torino, 2014;
- G. FIANDACA, *La giustizia penale bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, p. 161 ss.;
- G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 33 ss.;
- G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss.;
- G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, *Il Foro Italiano*, vol. 123, no. 5, 2000, p. 137 ss.;
- C.D. FORSYTHE, *The Historical Origins of Broad Federal Habeas Review Reconsidered*, in *Notre Dame L.Rev.*, 1995, p. 1079 ss.;
- M. FRANSHELLI, *Nomofilachia e Corte di Cassazione*, in *Giust. e Cost.*, 1986, p. 39 ss.;

- H.J. FRIENDLY *Is Innocence Irrelevant? Collateral Attack on Criminal Judgments*, in *University of Chicago Law Review*, 1970, Vol. 38, n. 1, p. 142 ss.;
- S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica. (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, in www.archiviopenale.it;
- H. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. a cura di G. Vattimo, Milano, 1972;
- F. GAITO, *L'immutabilità della res iudicata: un attributo (non più) imprescindibile?*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, p. 1 ss.;
- G. GAITO, *Concorso formale e reato continuato nella fase dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 994 ss.;
- M. GAMBARDELLA, *Abolitio criminis: casi e regole processuali*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1739 ss.;
- M. GAMBARDELLA, *Ancora sulla mancata esibizione dei documenti da parte del cittadino straniero "irregolare"*, in *Questione giustizia*, 2010, 3, p. 173 ss.;
- M. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 giugno 2011;
- M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013;
- M. GAMBARDELLA, *Lo straniero clandestino e la mancata esibizione del documento di identificazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 776 ss.
- M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cass. pen.*, I, 2015, p. 65 ss.;
- G. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi.*, Milano, 2008;

G. GATTA, *Ancora sulla non eseguibilità della porzione di pena inflitta per effetto dell'applicazione della cd. aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.)*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 29 maggio 2012;

G. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1336 ss.;

G. GATTA, *Inottemperanza del "clandestino" all'ordine di esibire i "documenti": davvero abolitio criminis?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1348 ss.;

G. GATTA, *Mutamento di giurisprudenza e revoca del giudicato: a proposito dell'art. 6, comma 3 t.u. imm.*, in *Corriere Merito*, 2013, n. 3, p. 307 ss.;

M. GIALUZ *Una sentenza «additiva di istituto»: la Corte costituzionale crea la «revisione europea»*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3308 ss.;

M. GIALUZ, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Milano, 2011, XXXIX.2,

M. GIALUZ, *La doglianza per errore di fatto*, in P. CORVI, *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Milano, 2016, p. 150 ss.;

M.S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione*, Milano, 1956, p. 907 ss.;

G. GORLA, *Les sections reunies de la Cour de cassation en droit italien: Comparaison avec le droit français*, in *Il Foro Italiano*, 1976, Vol. 99, p. 113 ss.;

G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per l'interpretazione delle sentenze*, in *Foro.it*, 1964, V, c. 73 ss., e in M. BIN, *Il precedente giudiziario*, 1995, p. 11 ss.;

G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 507 ss.;

C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010;

- S.R. GREEN, *Retroactivity of New Rules of Constitutional Law: Why the Supreme Court Should Have Overturned Warren Summerlin's Unconstitutional Death Sentence*, in *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, 2004, 13, p. 275 ss.;
- R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, in C. Luzzati (a cura di), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milano, 1987, p. 3 ss.;
- R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici, Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2010;
- R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1991, p. 131;
- W. HASSEMER, *Fattispecie e Tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, trad. it. a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2007;
- J.L. HOFFMANN - N.J. KING, *Rethinking the Federal Role in State Criminal Justice*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2009, 84, p. 791 ss.;
- J.L. HOFFMANN, *The Supreme Court's New Vision of Federal Habeas Corpus for State Prisoners*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1990, p. 165 ss.;
- W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, II ed., London, 1938, p. 108 ss.;
- G.E. HOWARD, *Development of the King's Peace, and the English Locale Peace-Magistracy*, in *Neb. U. Stud.*, 1, 1890, p. 235 ss.;
- C. IASEVOLI, *Mutamento del principio di diritto e "ne bis in idem" cautelare*, in *Critica del diritto*, 2012, fasc. 1-2, p. 78 ss.;
- G. ICHINO, *Sulla competenza in materia di liberazione condizionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1975, fasc. 4, p. 635 ss.;
- G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell' "epoca dei giudici"*, in *Criminalia*, 2012, p. 296 ss.;
- L. KALB, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. VI, 2009, p. 232 ss.;

- L. KALB, *Il processo per le imputazioni connesse*, Torino, 1995;
- A. KAUFMANN, *Analogia e "natura della cosa": un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli, 2004 (ed. orig. 1972);
- J.C. KENDRICK, *Criminal Procedure - Retroactivity - Invalidation of ACCA's Residual Clause Deemed New Substantive Rule with Retroactive Effect in Cases on Collateral Review*, in *Cumberland Law Review*, 2016, vol. 47, no. 1, p. 227 ss.;
- D. KENNEDY, *Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*, in *Diritto, giustizia e interpretazione*, a cura di J. Derrida e G. Vattimo, Roma-Bari, 1998, p. 229 ss.;
- R. KEY, *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, in *Faculty Articles and Papers*, 2014, p. 297 ss.;
- N.J. KING - J.L. HOFFMANN, *Habeas for the Twenty-first Century. Uses, Abuses, and the Future of the Great Writ*, Chicago, 2011;
- M.J. KLARMA, *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, 2006,
- M. KRIELE, *Il precedente nell'ambito giuridico*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Padova, 1988, p. 515 ss.;
- W.R. LAFAVE - J.H. ISRAEL - N.J. KING - O.S. KERR, *Criminal procedure*, 4 ed., St. Paul, 2015, vol. VII;
- W.R. LAFAVE, *Criminal Procedure*, 4 ed., vol. 7, 2015, p. 230;
- E. LAMARQUE - F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 marzo 2014;
- E. LAMARQUE, *Nuove possibilità di sollevare questioni di costituzionalità per il giudice dell'esecuzione penale*, in *Costituzionalismo.it*;

- G. LATTANZI, *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte Edu in materia penale*, in *Cass. Pen.*, fasc.10, 2014, p. 3192 ss;
- G. LATTANZI, *La Corte di cassazione tra nuovo e vecchio processo penale*, in *Il Foro It.*, 1988, vol. 111, p. 453 ss.;
- B. LAVARINI, *Violazione delle garanzie "processuali" della CEDU e rimedi post-iudicatum*, in *Revista brasileira de direito processual penal*, 2018, p. 1003 ss.;
- D.P. LAY, *Modern Administrative Proposals for Federal Habeas*, in *DePaul L.Rev.*, 1972, 21, p. 709 ss.;
- G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, p. 177 ss.;
- G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, III;
- J.S. LIEBMAN - R. HERTZ, *Federal Habeas Corpus Practice and Procedure*, vol. II, Newark, N.J., 2005;
- L.M. LITMAN, *Legal innocence and federal habeas*, in *Virginia Law Review Association*, 2018, p. 471 ss.;
- A. LOGLI, *La riapertura del processo a seguito della sentenza Cedu. Questioni interpretative sul nuovo caso di "revisione europea"*, in *Cassazione penale*, 2012, p. 941 ss.;
- S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*, in *Giur. cost.*, p. 1557 ss.;
- F. LUISO, *Il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003, p. 817 ss.
- C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 123 ss.

A. MACCHIA, *La modifica interpretativa cambia il “diritto vivente” e impone di rivalutare la posizione del condannato*, in *Guida al Diritto*, n. 27, 3 luglio 2010, p. p. 78 ss.;

V. MAIELLO, *Il rango di retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1614 ss.;

V. MANCA, *Giudicato penale e lex mitior nella tutela dei diritti fondamentali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 ottobre 2016;

V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. «Fini-Giovanardi»: gli attuali orizzonti della democrazia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*;

V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, in *Giur. cost.*, 2012, fasc. 5, p. 3474 ss.;

V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, *ivi*, p. 27 ss.;

V. MANES, *Art. 7 CEDU*, in S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 259 ss.;

D.E. MANVILLE - G.N. BREZNA, *Post-conviction remedies a self-help manual*, Dobbs Ferry, NY, 1988;

A. MARI, *Mutamento sopravvenuto di giurisprudenza e giudicato: la consulta dichiara infondata la questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 3, p. 945 ss.;

G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, 2006, p. 89 ss.;

- L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il "pacchetto sicurezza 2009"*, a cura di Mazza-Viganò, Torino, 2009, p. 38 ss.;
- A. MASSARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (e non solo): contenuti e limiti della l. n. 85 del 2006*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3865 ss.;
- L. MAYER, *"Nothing We Say Matters". Teague and New Rules*, in *University of Chicago Law Review*, 1994, 61; 2, p. 423 ss.;
- A. MAZUREK, *Criminal Law: No Looking Back: Narrowing the Scope of the Retroactivity Doctrine for Juveniles Sentenced to Life Without Release—Roman Nose v. State*, in *William Mitchell Law Review*, 2015, vol. 41:1, Art. 12, p. 330 ss.;
- O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, fasc. 5, p. 3464 ss.;
- O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999;
- F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes - V. Zagrebelsky, Milano, 2011, p. 436 ss.;
- R.G. MCCLOSKEY, *The American Supreme Court*, Chicago, 2005;
- N.D. MCFEELEY, *The Historical Development of Habeas Corpus*, in *Sw L.J.*, 1976, vol. 30, p. 585 ss.;
- D. MEADOR, *Habeas Corpus and Magna Carta*, Virginia, 1966;
- B.R. MEANS, *Postconviction Remedies*, Eagan, Minnesota, 2017;
- M. MELONI, *Il ruolo del precedente nella Corte di Cassazione*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Cocco, Padova, 2005 p. 163 ss.;
- L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Jus*, 1988, p. 14 ss.;

- D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, p. 619 ss.;
- D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006;
- M.R. MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giustizia civile*, 1995, II, p. 172 ss.;
- E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004;
- E. NADIA LA ROCCA, *Adeguamento della pena per sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'aggravante: poteri «inediti» al giudice dell'esecuzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, p. 1 ss.;
- V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 ottobre 2012;
- G.L. NEUMAN, *Habeas Corpus, Executive Detention, and the Removal of Aliens*, in *Columbia Law Review*, 1998, vol. 98, n. 4, p. 961 ss.;
- R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996;
- D. NOTARO, *Commento alla legge 24 febbraio 2006, n. 85 - Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 417 ss.;
- S.D. O'CONNOR, *Trends in the Relationship Between the Federal and State Courts from the Perspective of a State Court Judge*, in *Wm. & Mary L.Rev.*, 1981, 22, p. 812 ss.;
- R.N. OLSEN, *Judicial Proposal to Limit the Jurisdictional Scope of Federal Post-Conviction Habeas Corpus Consideration of the Claims of State Prisoners*, in *Buff.L.Rev.*, 1982, n. 31, p. 301 ss.;
- V. ONIDA, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in Bin-Brunelli-Pugiotto-Veronesi (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, p. 285 ss.;

T. PADOVANI, *Dubbi sulla conversione della pena detentiva*, in *Guida dir.*, 2006, n. 14, p. 25 ss.;

T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 130 ss.;

A. PAGLIARO, *La legge penale nel tempo*, (voce), in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973(c), p. 1064 ss.;

F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 10, p. 1173 ss.;

F. PALAZZO, *Destinatari e limiti dell'obbligo di esibizione di documenti previsto dal testo unico sull'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2004, 4, p. 791 ss.;

F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Principio di legalità e diritto penale* (per Mario Sbriccoli), in *Quad. fior. stor. pens. giur. mod.*, n. 36, Milano, 2007, p. 1279 ss.;

F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1061;

C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Speciale "I principi del diritto penale nella postmodernità". *Atti del VI Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Roma, 10/11 novembre 2017)*, p. 79 del dattiloscritto.

A. PALMA, *Disciplina dell'immigrazione e contrasto alla clandestinità*, in *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, a cura di F. Giunta - E. Marzaduri, Torino, 2010, p. 290 ss.;

E. PARESCHE, *Interpretazione* (voce), in *Enc. dir.*, Giuffrè, XXII, 1972, p. 156.

F. PASCAL, *Habeas Corpus and the Constitution*, in *Duke Law Journal*, 1970, p. 605 ss.;

S. PATANÈ, *Giudice competente e procedimento per la concessione della liberazione condizionale dopo la sentenza 4 luglio 1974, n. 204, della Corte Costituzionale*, in *La Giustizia Penale*, 1975, fasc. 4, p. 247 ss.;

V. PAZIENZA, *La “cedevolezza” del giudicato nelle ipotesi di condanna per fatti successivi all’abrogazione della norma incriminatrice*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 novembre 2016;

C. PECORELLA, *L’efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008;

C. PECORELLA, *sub art. 2*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, II ed., 2006, p. 76 ss.;

M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 120 ss.;

M. PELISSERO, *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena. Una lettura sostanziale della crisi del giudicato*, in *La pena ancora: fra attualità e tradizione*, F. Basile - G.L. Gatta - C.E. Paliero - F. Viganò (a cura di), Milano, 2018, p. 339 ss.;

M. PETRONE, *L’abolitio criminis*, Milano, 1985;

C. PINELLI, *Retroattività della legge più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3047 ss.;

G. PIOLETTI, *Sul ruolo delle sezioni unite penali della Corte di cassazione*, in *Il Foro It.*, 1988, vol. 111, p. 461 ss.;

A. PIZZORUSSO, *commento a CORTE COSTITUZIONALE: sentenza 27 novembre 1974, n. 265 (Gazzetta ufficiale 4 dicembre 1974, n. 317); Pres. Bonifacio, Rel. Oggioni; imp. Besagni, Goldoni ed altri; interv. Pres. Cons. ministri (Avv. dello Stato Azzariti)*, in *Il Foro Italiano*, 1975, Vol. 98, n. 1, p. 9 ss.;

C. PODO, *Successione di leggi penali (voce)* in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, Torino, 1971, p. 643 ss.;

- D. POTETTI, *Vecchi problemi in tema di reato continuato e nuovo rito penale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 965 ss.;
- J.R. POTUTO, *Prisoner Collateral Attacks: Federal Habeas Corpus and Federal Prisoner Motion Practice*, New York, 1991;
- A. PRESUTTI, *Revisione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, ROMA, 1991, p. 1;
- A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994;
- D. PULITANÒ, *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1272 ss.;
- D. PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 950 ss.;
- D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità, Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 2, 2015;
- S. QUATTROCCOLO, *Violazioni di convenzioni internazionali e giudicato penale interno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 647 ss.;
- S. QUATTROCCOLO, *Giudicato interno e condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: la corte di cassazione "inaugura" la fase rescissoria in merito*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2622 ss.;
- F. RAMACI, *Il progetto della Bicamerale*, in *Studi senesi*, 1998, p. 209 ss.;
- G. RANALDI, *L'esecuzione leale*, in A. Gaito - G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, Terza ed., Milano, 2016, p. 3 ss.;
- F.J. REMINGTON, *State Prisoner Access to Post-conviction Relief - A Lessening Role for Federal Courts; An Increasingly Important Role for State Courts*, in *Ohio S.L.J.*, 1983, n. 44, p. 287 ss.;
- C. RENZETTI, *Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2615 ss.;

G. REPETTO, *Corte costituzionale e CEDU ai tempi dei conflitti sistemici*, in *Giur. cost.*, p. 1548 ss.;

G.U. RESCIGNO, *Intorno a interpretazione, interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di cassazione di disposizioni penali incriminatrici, principio della lex mitior in diritto penale e sentenze penali di condanna definitive*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3795 ss.;

G.U. RESCIGNO, *Comunicare, comprendere, interpretare il diritto*, in *Dir. pub.*, 2009, p. 1083;

G. RICCARDI, *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2015;

D.M. RISINGER, *Substance and Procedure Revisited with Some Afterthoughts on the Constitutional Problems of Irrebuttable Presumptions*, in *UCLA L. Rev.*, 1982, 30, p. 189 ss.;

G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta; note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, www.penalecontemporaneo.it, 1 ottobre 2013;

G. ROMEO, *La resistibile stabilità del giudicato: revocabile in executivis la sentenza di applicazione della pena per reato abrogato con legge anteriore al fatto e non considerata dal giudice della cognizione?* in www.penalecontemporaneo.it, 16 luglio 2015;

G. ROMEO, *Le Sezioni unite sull'applicabilità in executivis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*. in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2012;

G. ROMEO, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena “incostituzionale”*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2014;

R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Il Foro It.*, 2006, Vol. 129, n. 9, p. 281 s.;

Y. ROSENBERG, *The Federal Habeas Corpus Custody Decisions: Liberal Oasis or Conservative Prop?*, in *Am.J.Crim.L.*, 1995, 23, p. 99 ss.;

A. RUGGERI, *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in www.diritticomparati.it;

A. RUGGERI, *L'“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come “sistema”*, in www.giurcost.org,

A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani ... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, tutti in www.rivistaaic.it, 28 giugno 2011;

A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale*, in www.diritticomparati.it;

S. RUGGERI, *Giudicato Costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, I, 2015, p. 31 ss.;

C.R. RUSSELL, *Death Anyways: Federal Habeas Corpus Retroactivity Law and the Decision in Schriro v. Summerlin*, in *Oregon Law Review*, 2004, vol. 83, no. 4, p. 1389 ss.;

R. RUSSO, *In materia di indulto*, in *Il Foro Italiano*, 2010, fasc. 11, p. 575 ss.;

R. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite Un tema ancora aperto*, in *Cass. pen.*, 2011, fasc. 1, p. 26 ss.;

A. SAMMARCO, *Le altre competenze funzionali del giudice dell'esecuzione*, in *Trattato di procedura penale* a cura di G. SPANGHER, vol. VI *Esecuzione e rapporti con autorità straniere* (a cura di L. KALB), Torino 2009, pag. 232 ss.;

A. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967, p. 20 ss.

- G. SANTALUCIA, *Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 9, p. 2885 ss.;
- G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 59 ss.;
- C. SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in www.archiviopenale.it;
- A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1, 17, p. 205 ss.;
- V. SCIARABBA, *Il giudicato e la Cedu. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Pavia, 2012;
- M. SCOLETTA, *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 gennaio 2012;
- M. SCOLETTA, *L'abolitio criminis "parziale" tra vincoli costituzionali e aporie processuali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, p. 519 ss.;
- M. SCOLETTA, *Norme penali "convenzionalmente illegittime" e questioni incidentali di costituzionalità in sede esecutiva: il dogma del giudicato sul viale del tramonto*, in www.federalismi.it;
- M. SCOLETTA, *Retroattività in mitius e pronunce di incostituzionalità in malam partem*, in Bin-Brunelli-Pugiotto-Veronesi (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, p. 342 ss.;
- S. SENESE, *Per la Corte di Cassazione. VII. Funzioni di legittimità e ruolo di nomofiliachia*, in *Foro it.*, 1987, V, p. 263;

- G. SERGES, *Il giudicato pregiudicato? Dalla certezza alla flessibilità*, Relazione provvisoria presentata nell'ambito del Seminario *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, organizzato dall'Associazione "Gruppo di Pisa", Brescia, 24 novembre 2017;
- C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012;
- G. SPANGHER, *Nomofilachia "rinforzata": serve trasparenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 8, p. 985 ss.;
- J. STEIKER, *Incorporating the Suspension Clause: Is There a Constitutional Right to Federal Habeas Corpus for State Prisoners?*, in *Michigan Law Review*, 1993-1994, 92, p. 862 ss.;
- P. STELLA RICHTER, *Vizi dell'atto normativo e vizi della norma*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 560 ss.;
- G. TAMBURINO, *Intervento alla Tavola rotonda*, in *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, p. 371,
- A. TAMIETTI, *Iniquità della procedura contumaciale ed equa riparazione sotto forma di restitutio ad integrum: Un passo verso un obbligo giuridico degli stati membri alla celebrazione di un nuovo processo?*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3801 ss.;
- M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007;
- P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritto fondamentali*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2015;
- P. TUOZZI, *L'autorità della cosa giudicata nel civile e nel penale*, Torino, 1900;
- M.V. TUSHNET, *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, Charlottesville, Virginia, 1993M
- G. UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in [www. penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28 giugno 2012;

G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1542 ss.;

M. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 21 marzo 2017;

V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012;

G. VARRASO, *Il reato continuato - Tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003;

G. VASSALLI, *Abolito criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 377 ss.;

D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, p. 1006 ss.;

D. VICOLI, *La rivisitazione del fatto da parte del giudice dell'esecuzione: il caso dell'abolito criminis*, in *Cass. pen.*, 4, 2010, p. 1689 ss.

F. VIGANÒ, *Nota introduttiva a Mutamento in bonam parte del diritto giurisprudenza e revoca del giudicato: la palla torna al giudice ordinario?*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 ottobre 2012.

F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014, 1, p. 250 ss.;

F. VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 settembre 2017;

F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte*

costituzionale e Corte Edu: riflessioni in margine alla sentenza n. 236/2011, in www.penalecontemporaneo.it, 6 settembre 2011;

F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 aprile 2017;

F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 12 settembre 2012;

D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009;

A. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto giuridico di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 12, p. 4126 ss.;

P. VINOGRADOFF, *Oulines of Historical Jurisprudence*, vol. 1, New York, 1920;

F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003;

M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 2015, n. 44, p. 171;

R. WALKER, *The Constitutional and Legal Development of Habeas Corpus as the Writ of Liberty*, Oklahoma, 1960;

R. WEISBERG, *A Great Writ While It Lasted*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1990, 81, p. 9 ss.;

J.J. WERT, *Habeas Corpus in America. The Politics of Individual Rights*, Kansas, 2011;

L.W. YACKLE, *Postconviction Remedies*, San Francisco, California, 1981;

L. YAKLE, *The habeas Hagioscope*, in *S.Cal.L.Rev.*, 1993, 66, p. 1331 ss.;

G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Napoli, 2007;

F. ZACCHÉ, *Cassazione e iura notiv curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009. p. 764 ss.;

G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2001, p. 211;

V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale in La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, a cura di: V. Manes - V. Zagrebelsky, Milano, 2011, p. 69 ss.

G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 642;

V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1578 ss.;

V. ZAGREBELSKY, *La continuazione senza pace e le sezioni unite senza ruolo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 927 ss.;

S. ZIRULIA, *Aggravante della "clandestinità" e giudicato: rimovibili gli effetti?*, in *Corr. merito*, n. 5/ 2011, p. 507 ss.;

F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le nuove norme sul giudizio penale in cassazione e la crisi della corte suprema*, in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 524 ss.

