

Sezioni Unite - 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010) - n. 18288
- Pres. Gemelli, Est. Milo.

**Esecuzione - richiesta dell'interessato - ammissibilità della
richiesta avente ad oggetto il medesimo *petitum* - nuovi elementi
- mutamento giurisprudenziale - obbligo di interpretare le norme
interne in conformità alla CEDU - ammissibilità della richiesta
(c.p.p., artt. 666)**

L'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, impone di includere nel concetto di nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione del c.d. "giudicato esecutivo", il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, rendendo così ammissibile la riproposizione della richiesta di cui all'art. 666, comma 2, c.p.p.. (Nella specie, richiesta di applicazione dell'indulto).

L'indiscutibile rilevanza delle norme CEDU e delle sentenze della Corte Europea: il principio di legalità "allargato" e la "vincolatività" dei mutamenti giurisprudenziali.

Nell'ultimo numero dello scorso anno veniva pubblicata un'interessante decisione della Corte d'Appello di Milano,

Sezione V Penale⁽¹⁾, nella quale si stabiliva che il mutamento giurisprudenziale dovuto all'intervento delle Sezioni Unite integrasse un "nuovo elemento" e rendesse, conseguentemente, ammissibile una nuova istanza avente ad oggetto il medesimo *petitum*. Si reputava, pertanto, concedibile l'indulto su sentenza straniera riconosciuta - conformemente alla "nuova" Sez. Un. 10 luglio 2008 n. 36527⁽²⁾ -, pur se il beneficio fosse già stato precedentemente richiesto e negato in ossequio alla giurisprudenza di legittimità sino ad allora costante.

Il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Milano ricorreva contro tale decisione, eccependo che l'espressione "medesimi elementi" andasse interpretata come "medesimi presupposti di fatto" o "medesime ragioni di diritto" e che queste ultime dovessero essere distinte dagli "argomenti di diritto"⁽³⁾ - in cui deve essere ricompreso il richiamo alla sentenza della Sezioni Unite -⁽⁴⁾, e chiedeva che venisse

¹ Ordinanza del 2 febbraio 2009 - Pres. Ichino, Est. Nova.

² *"L'indulto si applica anche alle persone condannate all'estero e trasferite in Italia per l'espiazione della pena con la procedura stabilita dalla Convenzione di Strasburgo del 21 marzo 1983 sul trasferimento delle persone condannate, ratificata e resa esecutiva con legge 25 luglio 1988 n. 334. (Annulla con rinvio, App. Milano, 31 Maggio 2007)"*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2009, 1, 39, con nota di V. MAIELLO.

³ Di particolare raffinatezza giuridica la disquisizione sul termine "elementi" contenuta nel ricorso in questione, pubblicato in *questa Rivista*, 2009, p. 457 e segg..

⁴ Il medesimo Procuratore Generale effettua anche una "prova di resistenza" del proprio ragionamento, basata su due considerazioni: "se B. avesse riproposto la richiesta, senza che fosse intervenuta la sentenza delle Sezioni Unite ma richiamando puntualmente tutti gli argomenti svolti dalle stesse Sezioni Unite, la Corte d'Appello, l'avrebbe senz'altro dichiarata inammissibile; se B. avesse riproposto la richiesta richiamando la pronuncia una Sezione Semplice, successiva

dichiarata l'inammissibilità dell'istanza.⁽⁵⁾

La Prima Sezione della Suprema Corte, ravvisando un contrasto giurisprudenziale - *rectius*, evidenziando una situazione di potenziale contrasto giurisprudenziale⁽⁶⁾ -, rimetteva la decisione alle Sezioni Unite.

I nove Giudici, nella decisione in commento, partono dall'analisi della giurisprudenza di legittimità, evidenziando che in entrambe le materie in cui è stato preso in esame il "valore" del mutamento giurisprudenziale - in particolare, in tema di giudicato esecutivo⁽⁷⁾ e di giudicato cautelare⁽⁸⁾ -,

alla prima ordinanza della Corte d'Appello, il risultato sarebbe stato, molto probabilmente, lo stesso".

⁵ Depositava, successivamente, memoria integrativa, ove richiamava alcune pronunce della Suprema Corte (Sez. I, 11 marzo 2009, n. 23817; Sez. I, 13 luglio 2006, n. 27858; Sez. I, 11 luglio 2006, n. 27121) che avevano riconfermato il principio della preclusione processuale nel procedimento di esecuzione ed escluso che la formazione di un nuovo orientamento giurisprudenziale potesse costituire elemento nuovo per rendere inoperante la preclusione.

⁶ Nell'ordinanza di remissione, difatti, si precisa che "la stessa normativa comunitaria richiamata da S.U. Napolitano e l'art. 7 della Convenzione Edu, cui occorre prestare ossequio se non altro ai sensi dell'art. 117 Cost., ostino all'applicazione del principio di preclusione in situazione quale quella in esame, nella quale precedente decisione, non coperta da giudicato formale, si fonda su di una lettura della disposizione che regola la materia successivamente riconosciuta contrastante con le norme internazionali pattizie comuni dalla Sezioni Unite, che hanno sul punto espresso un principio di diritto idoneo a conformare, in termini di diritto vivente, la norma interna a quella europea. Si osserva, tuttavia, che tale soluzione è contrastata da un pressoché uniforme orientamento di segno opposto".

⁷ Per l'indirizzo prevalente, si vedano Sez. I, 28 marzo 1995, n. 1876; Sez. V, 27 aprile 2004, n. 25079; Sez. I, 15 gennaio 2009, n. 3736; Sez. I, 11 marzo 2009, n. 23817. Per quello minoritario, Sez. V, 24 febbraio 2004, n. 15099.

⁸ L'orientamento prevalente è rappresentato da Sez. Un. 19 dicembre 2006, n. 14535; Sez. II, 26 novembre 1998, n. 1180; quello contrario da Sez. V, 23 aprile 2002, n. 21344.

l'orientamento assolutamente prevalente si sia sempre espresso per l'impossibilità di ritenere il cambiamento interpretativo idoneo a superare la preclusione del "giudicato"⁽⁹⁾.⁽¹⁰⁾

Il Collegio ritiene, tuttavia, di doversi discostare da tale esegesi, affermando che l'opposta soluzione si imponga in considerazione dell'obbligo "del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo".⁽¹¹⁾

Dato per assodato tale onere, la Suprema Corte procede all'analisi del contenuto precettivo dell'art. 7 CEDU, il cui testo, "pur enunciando formalmente il solo principio di irretroattività, è stato interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel senso che esso delinea, nell'ambito del

⁹ La Corte puntualizza come in entrambi i casi sia in realtà improprio parlare di "giudicato", poiché si tratta di figure concettuali normativamente non previste bensì costruite dalla giurisprudenza, dovendosi preferire il termine di "preclusione". Il Collegio specifica che tali "nozioni" sono state create per arginare richieste meramente dilatorie, per porre un filtro processuale, in un'ottica di economia e di efficienza, al fine di "certificare il limitato effetto <auto conservativo> di un accertamento rebus sic stantibus".

¹⁰ Tale esegesi prevale anche con riferimento al vero e proprio "giudicato", atteso che "l'art. 673 c.p.p. opera solo nei casi in cui, a seguito di innovazione legislativa o di declaratoria di incostituzionalità, si verifichi una ipotesi di abrogazione esplicita o implicita di una norma, mentre tale disposizione non può trovare applicazione quando l'eventuale abrogazione implicita derivi da un mutamento di indirizzo giurisprudenziale o da una diversa interpretazione della normativa applicata nella sentenza di condanna", così Sez. I, 13 luglio 2006, n. 27858.

¹¹ C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 349; C. Cost. 24 luglio 2009, n. 239. Tale dictum non è certo nuovo per la Suprema Corte, anche a Sezioni Unite (Civ., 28507/05).

sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, i due fondamentali principi penalistici *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*"; e sottolinea come la Corte di Strasburgo non abbia esitato a dichiarare tutelati dalla disposizione in esame il principio di determinatezza delle norme penali, il divieto di analogia in *malam partem*⁽¹²⁾, il principio della retroattività della legge meno severa⁽¹³⁾.⁽¹⁴⁾ Le Sezioni Unite rilevano che il principio convenzionale di legalità venga inteso in ambito europeo in senso "allargato", cioè in considerazione delle differenze intercorrenti, quanto al sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di *common law* e di *civil law*: la Corte europea reputa necessariamente inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa sia 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 (cfr. sentenze della Corte di Strasburgo 24/4/1990, caso *Kruslin c/ Francia*; 12/2/2008, caso *Kafkaris c/ Cipro*; 15/11/1996, caso *Cantoni c/ Francia*, 25/5/1993, caso *Kokkinakis c/ Grecia*)". Proprio con riferimento al nostro Paese, peraltro, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di ribadire che

¹² Sentenza 32492/96, *Coeme e altri c/Belgio*.

¹³ Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c/ Italia*. M GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. Pen.*, 2010, 05, 2020.

¹⁴ Per un approfondimento si rinvia, tra tanti, a S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam (2001), pagg. 249 - 306.

"a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste.. non può presentare una precisione assoluta", atteso l'utilizzo di "formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica; pertanto in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria...; del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza... contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale".⁽¹⁵⁾ Il reale significato di una norma, dunque, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, bensì dall'esame contestuale e complementare di quest'ultimo e della relativa prassi applicativa.

Verificato il contenuto dell'art. 7 Convenzione EDU, il Giudice di legittimità prosegue con l'interpretazione sistematica del secondo comma dell'art. 666 c.p.p. alla luce della disposizione appena citata, asserendo che nel concetto di nuovo "elemento di diritto" debba essere ricompreso anche il mutamento giurisprudenziale, che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite, carattere di stabilità ed integra il "diritto vivente".

La Corte precisa, infine, che non tutti i mutamenti giurisprudenziali legittimino il superamento della preclusione

¹⁵ Così le Sezioni Unite in commento, che si riferisco in particolare alle sentenze 17 settembre 2009, Scoppola c/ Italia; 08 dicembre 2009, Previti c/ Italia.

di cui al comma secondo dell'art. 666 c.p.p.: *"non lo consente certamente una diversa e nuova interpretazione contra reum di norme sostanziali, considerato che tanto la legge nazionale (artt. 25 Cost. e 2 c.p.) quanto l'art. 7 della Convenzione europea sanciscono il principio della irretroattività delle norme sfavorevoli al reo"*.⁽¹⁶⁾

La conclusione cui giunge la Suprema Corte nella decisione in commento, oltre ad essere pienamente condivisibile, appare meno "sconvolgente" di quanto potrebbe pensarsi. Una simile concezione, infatti, non è per nulla nuova nel nostro sistema, atteso che - come correttamente rilevato dallo stesso Supremo Collegio⁽¹⁷⁾ - da lungo tempo si parla del "diritto vivente", quale prodotto dell'interpretazione ed applicazione della norma astratta⁽¹⁸⁾, nonché della c.d. giurisprudenza costante o

¹⁶ In quanto interpretazione non ragionevolmente prevedibile nel momento della commissione dell'infrazione.

¹⁷ In particolare, la Cassazione cita le diverse figure elaborate dalla Corte costituzionale - la *"norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei giudici (sent. n. 3/1956)"* - la norma *"come vive nella realtà concreta (sent. n. 198/1972)"* -, prima che quest'ultima pervenisse al sintagma *"diritto vivente"*

¹⁸ Si noti che, come evidenziato nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, anche il legislatore pare ormai attribuire valore determinante all'elaborazione giurisprudenziale nella creazione delle norme, tanto che nell'art. 44, comma 1, della legge n. 18 giugno 2009 n. 69, rubricato *"delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo"*, ha disposto che *"Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori"*.

consolidata¹⁹). Del resto, che il giudice - anche di merito! - rivesta un ruolo fondamentale nella "creazione" della legge applicabile al caso concreto non pare certo un segreto: ogni termine contenuto in una disposizione normativa "per quanto chiaro possa essere"²⁰) viene interpretato e concretizzato dal soggetto chiamato ad applicarlo. Ciò si rende, naturalmente, tanto più necessario quanto più il testo della legge sia vago o volutamente "aperto"²¹), ovvero quando sia necessario adeguare una disposizione "datata" alle nuove esigenze imposte dall'evoluzione²²), tecnologica e non, fatto sempre salvo il

¹⁹ La nozione è riferita alla pronunce della Cassazione medesima, "in ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato dall'ordinamento giudiziario. Tali pronunce meritano una considerazione preminente, perché sono il frutto del lavoro esegetico della Corte Suprema, finalizzato a garantire <quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini>. Per le decisioni di legittimità predomina 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 singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata all'affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza (cfr. C. Cost. sentenze n. 317/2009, n. 260/1992, n. 292/1985, n. 34/1977)".

²⁰ Si veda nota n. 15

²¹ Si consideri, a titolo esemplificativo, l'art. 189 c.p.p., il cui testo è stato redatto in maniera appositamente "aperta", al fine di non precludere l'accesso al processo dei nuovi ritrovati della scienza e della tecnica.

²² Si veda, ad esempio, quanto statuito in tema di molestie o disturbo alle persone, con riferimento all'interpretazione della locuzione "mezzo del telefono". In una recente sentenza la Suprema Corte (Sez. I, 17 - 30 giugno 2010, n. 24510) ha dovuto analizzare alcuni moderni

limite dell'interpretazione in *malam partem*.

Altrettanto assodato - e condivisibile - pare l'onere di attribuire valore predominante alle norme CEDU ed alla giurisprudenza europea⁽²³⁾; valenza che, peraltro, non può che aumentare con l'intensificarsi della coesione tra Paesi ed ordinamenti europei.⁽²⁴⁾

Ma se è ormai pacifico che l'ordinamento nazionale debba conformarsi ai principi dettati dalla Corte di Strasburgo e che ogni giudice italiano non possa esimersi dall'interpretare la normativa interna in conformità con i principi della CEDU - e debba sollevare questione di legittimità costituzionale tutte le volte in cui ciò non sia possibile⁽²⁵⁾ -, la questione che rimane aperta, nella perdurante inerzia del legislatore, riguarda le modalità con cui dare esecuzione, nel caso "originario", alla pronuncia della Corte europea. Appare, difatti, paradossale che la pronuncia *de qua* valga per tutti i procedimenti futuri, che essa vincoli legislatore e magistrati in tutte le rispettive

mezzi di comunicazione - la posta elettronica e gli sms - per verificare se potessero essere ricompresi o meno in tale previsione (Il Tribunale aveva stabilito che la posta elettronica rientrasse nella previsione; la Cassazione, al contrario, ha rigettato tale interpretazione, ritenendovi, invece, ricompresi gli sms nonché le comunicazioni a mezzo citofono).

²³ C. Cost., sent. n. 348 e 349 del 2007; n. 39/2008; 239 e 311 del 2009. Si veda V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. Cost.*, 2007, 5, 3579.

²⁴ Il riferimento è rivolto, in particolare, alla Carta di Nizza ed al Trattato di Lisbona.

²⁵ Sez. I civ., 19 ottobre 2006, n. 22357. Parte minoritaria della dottrina ritiene che il giudice abbia il dovere di non applicare, direttamente, la norma contraria alla CEDU - R. CONTI, *espropriazione legittima ed illegittima: il giudice nazionale "multilivello" alla ricerca dell'arca*, in *Il Corriere giuridico*, 2006, fasc. 7, p. 984 -.

successive decisioni, ma non trovi "effettiva" applicazione nel caso concreto che l'ha determinata.⁽²⁶⁾ Il ben noto e lodevole sforzo operato dalla Suprema Corte⁽²⁷⁾ per cercare di rendere tali sentenze produttive di qualche effetto, infatti, non può certamente essere reputato sufficiente a garantire in modo pieno

²⁶ La difficoltà, come noto, deriva dalla circostanza che la decisione di Strasburgo interviene in relazione ad una sentenza nazionale passata in giudicato, attesa la possibilità di ricorrere alla Corte europea solo dopo aver esaurito le impugnazioni interne, ex art. 35 Convenzione EDU. Tuttavia, l'intangibilità del giudicato deve essere messa in qualche modo in discussione e l'art. 41 della Convenzione menzionata non può certamente essere interpretato a favore dell'impermeabilità dell'ordinamento interno. Per approfondimenti: V. SCIARABBA, *La riapertura del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giur. Cost.*, 2009, 01, 513; M. GIALUZ, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 04, 1844; L. DE MATTEIS, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso "Dorigo"*, in *Cass. Pen.*, 2007, 4, 1448; A. SACCUCCI, *La riapertura del processo penale quale misura individuale per ottemperare alle sentenze della Corte europea*, in *AA. VV.*, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. BALSAMO E R. E. KOSTORIS, Giappichelli (2008), p.81 e segg..

²⁷ Da lungo tempo il Giudice di legittimità si è posto il problema di come eseguire le sentenze europee, quali strumenti utilizzare. In alcune ipotesi si è deciso di dichiarare l'inefficacia dell'ordine di esecuzione, ossia di ritenere l'ineseguitabilità del giudicato (Sez. I, 01 dicembre 2006, Dorigo; Sez. I, 25 gennaio 2007, n. 2800); altre volte si è ritenuto superabile il giudicato attraverso l'utilizzo dell'istituto della restituzione nel termine ex art. 175 c.p.p. (Sez. I, 16 luglio 2006, Somogyi; Sez. V, 15 novembre 2006, Cat Berro); ovvero utilizzando il ricorso straordinario di cui all'art. 625 bis c.p.p. (Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich; Sez. V, 11 febbraio - 28 aprile 2010, n. 16507). Si è, altresì, tentata la via della revisione, chiedendo l'intervento della Corte costituzionale - che ha, tuttavia, dichiarato infondata la questione (sentenza n. 129/2008) -. In dottrina, tra gli altri, E. LUPO, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo per il giudice interno e la svolta recente della cassazione civile e penale*, in *Cass. Pen.* 2007, 05, 2247.

i diritti del ricorrente.⁽²⁸⁾ L'intervento del legislatore pare quanto mai indispensabile ed urgente.

CHIARA M. ZANOTTI

²⁸ Non sempre il mero risarcimento del danno può ritenersi congruo, spesso, anzi, l'unica vera soluzione sarebbe quella di instaurare un nuovo processo. Si pensi ai casi di accertata violazione dell'art. 6 CEDU. La Corte europea, peraltro, non è nuova a "suggerimenti" in tal senso: Ocalan c/ Turchia, n. 46221/99; sentenza 03 marzo 2005, Stoichkov c/ Bulgaria; 11 dicembre 2007, Drassich c/ Italia.