

GIACOMO MATTEOTTI

Dottore in Legge

---

NULLITÀ ASSOLUTA DELLA SENTENZA PENALE

---

ESTRATTO

*dalla « Rivista di Diritto e Procedura Penale »*

DIRETTA DAGLI AVVOCATI

A. BERENINI    E. FLORIAN - R. GAROFALO - A. ZERBOGLIO

Anno VIII. - Fasc. 5-6 - 1917

---

CASA EDITRICE

DOTTOR FRANCESCO VALLARDI

MILANO

1917.



GIACOMO MATTEOTTI

Dottore in Legge

---

NULLITÀ ASSOLUTA DELLA SENTENZA PENALE

---

ESTRATTO

dalla « *Rivista di Diritto e Procedura Penale* »

DIRETTA DAGLI AVVOCATI

A. BERENINI - E. FLORIAN - R. GAROFALO - A. ZERBOGLIO

Anno VIII. - Fasc. 5-6 - 1917

---

CASA EDITRICE

DOTTOR FRANCESCO VALLARDI

MILANO

1917

---

PROPRIETÀ LETTERARIA

---

---

## Nullità assoluta della sentenza penale

---

È forse inopportuno accennare a questo argomento se non in quadrato dentro una più larga trattazione che, considerando tutti i vizi delle sentenze penali, ne determini i diversi mezzi di annullamento o di impugnabilità; ma per intanto sembra urgente determinare con precisione schematica, in conformità alla procedura penale che ci regge, alcuni concetti atti ad arrestare le deviazioni e gli errori che in questo momento già minacciano di diffondersi, anche ad opera di alcuni dei migliori cultori della nostra disciplina.

1. La prima origine di codesti errori è forse in quella parola « nullità » che ha ormai assunti significati troppo vicini e troppo differenti nel tempo stesso, fino a l'ultimo eccessivo traslato di « violazione di legge processuale causa di annullamento ». Nei penalisti si è poi diffusa la smania di creare o importare continuamente nuove terminologie, sotto l'apparenza di nuove teoriche, anzichè curare il senso più logico e meno equivoco dei vecchi nomi, ed evitare così le inutili logomachie.

Nullità vorrebbe dire non aver valore, essere niente, non esistere; nullità di un atto o di una sentenza quindi la sua inesistenza e inefficacia. Ma il codice 1913, seguendo l'abitudine forense e giudiziaria derivatoci dalla Francia, ha detto nullità tutti in genere i vizi procedurali che possono produrre l'annullamento; così anzi da escludere il significato di non esistenza; e nullo vuol dire annullabile, nullità vuol dir causa di annullabilità.

Ora, se pure il linguaggio del codice ci sembra in questo caso improprio, se pure ne auguriamo in future legislazioni una buona coerente rettifica, si deve per il momento accettarlo così com'è; e quando si dice atto nullo, sia relativamente sia assolutamente, si intenda atto annullabile, non mai atto inesistente. Infatti è chiaro che, anche quando si tratta delle nullità assolute del 136 contraposte alle relative degli art. 137, 138, 139, non si esce fuori da quello che è il comune significato della parola nullità, sibbene resta sempre come causa di annullabilità; causa assoluta, cioè rilevabile in qualunque grado del giudizio e anche d'ufficio, in opposizione alle cause relative che devono essere immediatamente protestate (art. 137-140) e poi dedotte nel grado di giudizio subito susseguente. In ogni caso cioè l'atto viziato da qualsiasi di queste nullità procedurali, assolute o relative, non è

mai per se stesso inesistente, non è nullo nel significato logico della parola; esso esiste, e soltanto può essere annullato, mediante apposito giudizio, da provocarsi entro un termine perentorio (art. 130) e con determinate formalità (art. 129, 510, ecc.).

Se manchi l'impugnazione, o non intervenga il giudizio di annullamento, l'atto resta valido e capace di effetti giuridici, comunque affetto da nullità relative o assolute.

2. Subito su questo primo punto alcuni giuristi si oppongono ragionando così: nullità assoluta vuol dire chiaramente nullità piena e intera, senza possibilità di eccezioni, senza restrizioni di sorta; il codice anzi non usa letteralmente la distinzione di relative e assolute, bensì di nullità che possono essere sanate, e nullità che non possono essere mai sanate; se dunque vi sono nullità insanabili, esse rendono inesistente l'atto; qualunque fatto o omissione posteriore non può sanare il vizio, non può mantenere valido quello che non ebbe mai vita.

Ma qui è appunto il primo e più grave errore, in conseguenza della equivoca terminologia. Nullità assoluta o nullità insanabile nel linguaggio del codice non vuol dire affatto inesistenza dell'atto; se una sentenza sia stata, per esempio, emanata senza la prescritta continua assistenza del difensore (art. 73, 136) nessun articolo di legge dice e nessun'ardita interpretazione può far dire che sia da considerarsi come inesistente; perchè se non vi è regolare impugnazione, e giudizio d'appello o di cassazione, la sentenza rimane valida e passa definitivamente in giudicato. Cioè la insanabilità della nullità, la qualità di assoluta, ha sempre un limite nel procedimento, di fronte al passaggio in giudicato.

Non che non sia pensabile e attuabile un diverso sistema; ma il sistema del codice vigente è questo; imprecisi saranno i nomi, ma è chiaro e perspicuo ciò che l'ultimo legislatore ha voluto, senza possibilità di equivoci d'alcuna specie; altrimenti infatti per le nullità del 136 non esisterebbero nè appello, nè cassazione, sibbene dovrebbero ritrovarsi disposizioni regolanti una ripresa *ab initio*, e per forza stessa di legge, del procedimento viziato, come se nulla mai si fosse fatto.

3. Ma la chiara volontà del legislatore non è bastata a impedire le deviazioni e le interpretazioni arbitrarie.

Già la stessa cassazione, pur così restrittiva in altri momenti, ha ritenuto in parecchie sentenze (1) di poter rilevare le nullità insana-

(1) V. le sent. 27 maggio 1915, Nogara (in questa *Rivista*, 1915, II, 415) e 22 marzo 1916, Pastore (*Riv. Pen.*, LXXXIII, 564) in rapporto a nullità dell'art. 136. V. poi le sent. 18 febbraio 1915, Latorella e 22 aprile 1915, Rossi (*Riv. Pen.*, LXXXI, 620 e 741); 9 febbraio, Muffo; 23 febbraio, Cuoco; 20 marzo, Motta; 20 aprile, Stampa; 30 aprile, 1915, Gargiulo (*Proc. pen. it.*, 1915, 631, 636, 636, 632, 634) in rapporto all'art. 134. In genere hanno avuto una requisitoria difforme del p. m.; e sono insufficientemente motivate. La migliore pare la 13 febbraio 1916, Montuori (*Proc. pen. it.*, 1916, 464) ma anch'essa si limita a invocare

bili anche quando il ricorso sia inammissibile, di procedere quindi all'annullamento di una sentenza per difetti del 136 anche quando non esista un valido ricorso. Si può forse ammettere o lodare codesto dal punto di vista dell'equità; e si potrebbe anche giustificare mediante una sottigliezza che insegnasse essere in ogni caso investito di giurisdizione il giudice d'appello o di cassazione, cui una causa sia pervenuta per una impugnazione anche irregolare, non essere quindi ancora la sentenza passata in giudicato, e potersene rilevare d'ufficio le nullità assolute che l'affliggono.

Anche però con codesta giustificazione, o anche adottando la ingegnosa costruzione di ESCOBEDO (2) che distingue nel ricorso una parte essenziale la quale basta a dargli vita, efficacemente investendone la cassazione, e una parte complementare di forme secondarie — è sempre una breccia che si apre in un sistema legislativo ben definito, scuotendone le fondamenta per le quali è invece certo, che una sentenza passa in giudicato non appena trascorra il termine utile senza che sia presentato un gravame formalmente valido, e quindi non può più esserne rilevata alcuna nullità. Pericolosa è la breccia anche per la difficoltà di un limite, chè, come si ammettono le nullità assolute del 136, così ed anche più si dovrebbero riconoscere i casi dell'art. 134 (2<sup>bis</sup>): nè vi

« il supremo interesse della giustizia » o le « verità giuridiche che non possono essere coperte dal giudicato »: parole che non hanno precisione nè delimitazione giuridica.

In senso contrario stanno parecchie altre sentenze, implicitamente o esplicitamente, che è però inutile citare. Neppure citiamo le sent. che ammettono o non i motivi di ricorso fondati sul 134 e 136 quando non vi è stata regolare impugnazione dell'ordinanza viziata: in questo caso vi è di mezzo un vero e proprio errore commesso dal legislatore negli art. 508 p. p. e 510 p. p., che qui non può essere discusso.

La stessa questione fu anche dibattuta nella giurisprudenza austriaca Cfr: D. ROSENBLATT, *Verwerfung einer verspäteten Nichtigkeitbeschw. mit gleichzeitigem Freispruch der Angeklagten*, in A. O. G. Z., 1907, p. 142.

(2) G. ESCOBEDO, *La verità di fatto e giuridica nel processo penale e il dovere del giudice di rilevarla d'ufficio*, in *Proc. Pen. It.*, 1915, pag. 465-589, n. 24-27.

(2 bis) Così infatti A. STOPPATO, *Commento al C. P. P.*, nel Vol. IV, n. 222, Torino 1917, cioè nel fascicolo uscito quando già era scritto questo nostro studio. L'aggiungersi alla opinione di ESCOBEDO, di LANZA e di frequenti giudicati della Cassazione, anche quella di uno dei maggiori collaboratori e commentatori del nuovo codice, potrebbe farci dubitare. Senonchè essi stessi la giustificano non con identici motivi giuridici: il che dimostra trattarsi non di una precisa necessità di diritto, ma di un adattamento di questo alle pretese dell'equità.

Il professore STOPPATO in particolare ammette infatti, contro l'opinione che vedremo poi espressa da LANZA, che « la dizione dell'art. 134 suppone che esso si debba applicare fino a tanto che lo stadio del giudizio non sia chiuso per aprirsi quello dell'esecuzione »; ma poi ritiene che la decisione di inammissibilità e di esecuzione emanata dal giudice di appello o di cassazione (art. 492, s. 20) rientri nel giudizio, e quindi possa tener conto dei casi del 134. Qui è secondo noi l'inesattezza: la sentenza di merito raggiunge di per se stessa, per forza di legge, la irrevocabilità, non appena manchi nel termine perentorio un gravame formalmente valido, e in quello stesso momento è irrimediabilmente chiuso lo stadio del giudizio. L'esecuzione è poi la conseguenza concreta della irrevocabilità (art. 555); e può rimanere sospesa anche per un ricorso formalmente non valido fin che non intervenga la decisione del 487, 492, 514, 520 a ordinarne l'esecuzione. Sta bene che il giudice di fronte a un ricorso irregolare ancora « può pronunciare un provvedimento »; ma codesto non ci sembra un provvedimento nel merito del giudizio, sibbene

sarebbe ragion d'escludere l'eccesso di potere o l'incompetenza, ragioni ben più gravi di annullamento di quello che non sia per esempio la momentanea assenza del p. m. dalla sala delle udienze. Senza volerci trattenere qui più oltre, affermiamo intanto che, in uno Stato e in un tempo come il nostro, dove è altrettanto facile l'abuso delle autorità quanto la diffidenza del popolo verso di esse, è da preferirsi nelle leggi l'interpretazione più esatta e rigida, e far posto alle esigenze dell'equità solo con le dovute riforme legislative.

4. Ma assai più grave è la proposta di LANZA (3), di ammettere cioè che le nullità assolute del 136 siano rilevabili anche dopo che la sentenza sia passata in giudicato e sia addirittura entrata nella fase esecutiva, facendole oggetto dello stesso incidente di esecuzione. Qui la deviazione dal concetto del legislatore è manifesta, e deve essere subito combattuta anzichè favorita con le equivoche espressioni di « presupposti processuali » e simili, cui troppi autori usano senza un senso preciso e altri (4) lasciano ambiguamente vegetare.

Vengono essi così ragionando: non è possibile un processo senza azione; l'azione deve essere legalmente costituita, cioè non devono mancare i presupposti processuali: non può ritenersi come titolo esecutivo una sentenza di condanna dove siano violati i presupposti processuali (5).

Si danno costì convegno i termini più equivoci: primo quello di azione; poi quello di presupposto, usato forse più nel senso erroneo di condizione o requisito facente parte sostanziale o formale dell'atto stesso, che non in quello suo proprio di fatto o circostanza o atto distinto e autonomo che precede necessariamente un altro. In questo senso suo proprio si potrebbe bene disputare per esempio se il dibattimento sia presupposto di una sentenza, se la citazione sia presupposto del dibattimento, ecc.; ma in quello improprio non si fa che ripresen-

a parte, sulla ammissibilità formale del ricorso, e quindi sulla eseguibilità; il giudice (che possiamo anche pensare speciale) non è investito della causa, ma di un incidente particolare, e quindi non dovrebbe « rimanere aperta la via al 134 ».

Tant'è vero che lo stesso commentatore esclude l'applicabilità del 134 per motivi verificatisi *dopo* la sentenza del giudice *a quo*; tant'è vero soprattutto che i provvedimenti accennati sono denominati (sebbene non sempre con precisione) *ordinanze* nelle quali è riconosciuto non potersi contenere una pronunzia conforme l'art. 134, che ha carattere essenziale di sentenza, così da dover invocare dal procuratore generale la richiesta della pubblica udienza e discussione!

È evidente poi l'ingiustizia che ne verrebbe a danno di coloro che dovessero subire l'ordinanza di esecuzione dello stesso giudice *a quo*, conforme il 487 e 514, poichè certo non si vorrà ammettere che lo stesso giudice innovi la propria sentenza o di propria voglia la trasmetta altrui per innovarla. Per codesta via e per la maggiore o minore buona volontà del giudice incaricato della relazione, dubitiamo che le iniquità sarebbero più stridenti di quelle cui si vuol rimediare.

(3) V. LANZA, *Azione esecutiva come azione revocatoria*, in *Rivista penale*, LXXXIII, p. 5, n. 7; e *I poteri del giudice*, Milano 1913, n. 133.

(4) V. per tutti V. MANZINI, *Trattato di procedura*, Torino 1914 Vol. II, p. 359, l'incerta opinione del quale, anche nelle prossime questioni, è manifesta pure nel vol. I, p. 270, 292, 340, nel n. 171, ecc.

(5) LANZA, *Azione esecutiva*, n. 9.

tare in sostanza la solita serie delle nullità, e quindi riproporre la questione: sono le nullità del processo e della sentenza — almeno quelle assolute del 136 — rilevabili in sede di esecuzione?

5. E rispondiamo subito: no, assolutamente. Il legislatore all'art. 500 prevede come motivi che possono condurre a cassazione, tutte le omissioni o violazioni di forme che producano nullità; cioè le nullità, per produrre il loro effetto, l'annullamento, devono essere assunte in considerazione dal giudice supremo; esse non producono l'effetto di per sè medesime, di pien diritto, ma devono essere rilevate come tali e dichiarate nel loro effetto in apposita sentenza. Ciccè dunque il legislatore, di fronte ai due possibili sistemi della nullità operante per se stessa e della nullità da riconoscersi giudiziariamente, ha attuato questo, e non può contemporaneamente aver inteso di attuare anche l'altro, poichè altrimenti sarebbero inutili tutti i termini perentori e le forme che, a pena di decadenza, si esigono per introdurre un giudizio in cassazione, o anche in appello.

Varranno quelle forme e quei termini soltanto per poter dedurre in cassazione le nullità sanabili? Nessuna parola della legge autorizza codesta restrittiva interpretazione: l'unica differenza tra l'una e l'altra specie di nullità è data dall'obbligo della protesta immediata, e dall'art. 501 che pretende, per le relative, la proposizione anche nel grado di giudizio precedente; null'altro del resto; e quindi anzi per contro se la nullità relativa è subito protestata, se in tutte le fasi e gradi del procedimento è denunziata, non si sana; nullità non sanata equivale a insanabile, e quindi l'una come l'altra dovrebbe potersi dedurre anche oltre il giudicato. Ciò che nessuno (6) osa proporre, perchè assurdo nel sistema attuale di legge.

E non a caso abbiamo detto che la cassazione resterebbe per le sole nullità sanabili, se anche qui, aperta la breccia, tutto il resto può andarsene? LANZA ce ne dà l'esempio con l'eccesso di potere che dovrebbe anch'esso potersi rilevare in sede di esecuzione, oltre il giudicato sulla sentenza di merito. Ma se la sentenza affetta da eccesso di potere è assolutamente nulla, non solo essa non passerebbe mai in giudicato, ma neppure avrebbe mai bisogno delle impugnazioni dell'art. 500: non si può impugnare ciò che non esiste!

L'istituto della cassazione verrebbe così svuotato del suo principale contenuto, tanto più che l'imputato, sicuro di potere con una sem-

(6) LANZA sfugge forse all'assurda conseguenza, perchè propone la deducibilità oltre il giudicato solo quando non vi sia stata prima una deduzione in cassazione, e quindi una pronuncia di giudice in proposito, un giudicato. Ma noi non comprendiamo un giudicato su una nullità; giudicato non vi è che su una sentenza di merito; potrebbe caso mai parlarsi di preclusione o decadenza: ma dove autorizza la legge una tale concezione? e una nullità capace di violare il giudicato sostanziale perchè dovrebbe fermarsi davanti a un giudizio formale? e poichè vi è obbligo del rilievo d'ufficio, non dovrebbe bastare l'impugnazione anzichè un positivo giudizio d'impugnazione, per stabilire la preclusione?

plice eccezione in sede di esecuzione impedire che si esegua la sentenza, non avrebbe più interesse a perseguire una via di annullamento, che è più difficile per formalità complicate e costose, e più pericolosa per il pronto succedere di un nuovo giudizio in sede di rinvio, forse meno probabile dopo un riconoscimento di nullità in sede esecutiva.

Non è dunque, riassumendo, l'arditezza della proposta che ci spaventa: potremmo essere d'accordo e anzi assai più arditi nel desiderio di riforme che diano più larga soddisfazione alla giustizia di controllo alla formalità del giudicato, ma poichè questo non è e questo non vuole il sistema legislativo attuale, è dovere dell'interprete e dello studioso di applicarlo secondo la sua precisa e chiara volontà. Gli inconvenienti non si tolgono con sottigliezze e amputazioni incoerenti: ma meglio è che la pratica li riveli nella loro piena corrispondenza con i testi di legge, per suggerire oneste e sicure modificazioni.

6. Nemmeno ci impressiona la marca italiana o tedesca della proposta (7). La scienza ha confine e marca soltanto per coloro che sono meno degni della disputa scientifica.

Che anzi — oltre la tedesca dottrina dei presupposti — il rimpianto di LANZA per l'art. 1 del progetto 1905 (« Nessuno potrà essere punito per un reato se non sia pronunziata condanna con le forme stabilite dalla legge ») come quello che avrebbe dato il fondamento giuridico più sicuro alla proposta di invalidità assoluta di una sentenza anche passata formalmente in giudicato, ha proprio un precedente di marca viennese.

Infatti nella disputa dei penalisti d'oltralpe sulle nullità irremediabili, il professor LÖFFLER (8) prese posizione appoggiandosi sull'art. 1 del codice austriaco simile all'art. 1 del nostro progetto (« Una pena . . . può essere applicata solo in seguito a procedimento conforme all'ordinamento processuale penale e a una sentenza emanata dal giudice competente ») e affermò che, oltre le nullità impugnabili, ve ne sono di più gravi, per le quali addirittura la sentenza non esiste, e non può essere eseguita senza violare la prima norma di procedura.

La proposta di LÖFFLER ha un vantaggio (9) su quella italiana, in quanto essa non confonde le nullità deducibili in appello o in cassazione con codeste altre che toglierebbero l'esistenza della sentenza; e quindi il sistema legislativo non ne resta sconvolto o confuso: le solite nullità assolute o relative, previste dalla legge, restano tutte e soltanto rilevabili in appello o cassazione secondo le solite norme, mentre per i casi speciali, non previsti dalla legge, di vizi così essenziali da rendere la sentenza una non-sentenza, si provvede con altri mezzi, ulteriori al giu-

(7) V. LANZA, *Azione esecutiva*, n. 11.

(8) A. LÖFFLER, *Ueber unheilbare Nichtigkeit im oesterreichischen Strafverfahren*, in *Grünhut's Z.*, XXXI, 1904, p. 495.

(9) Solo in astratto però, perchè nella esemplificazione dei casi concreti la vedremo cadere nello stesso errore, non sempre giustificato dalle differenze del codice.

dicato formale, quando non si abbia un istituto adatto come l'italiano incidente di esecuzione. Non solo, ma ancora bene si riconosce ed aggiunge, che l'azione penale, di fronte a codeste sentenze, non è esaurita ma è viva ed intatta; e l'esercizio ne può o ne deve essere ripreso come se nulla fosse intervenuto.

7. Inutile però e forse erroneo è l'appoggio cercato nell'art. 1. Questo è una espressione teorica — e simmetrica, nel progetto 1905 — posta in testa al codice quasi come motto riassuntivo di tutte le norme di procedura, lo scopo delle quali è appunto di condurre a una sentenza conforme la legge. Il legislatore non ha pensato certo con esso di prevedere altre irregolarità; non sarebbe stata anzitutto troppo precisa la frase, così da conseguirne, in materia sopra tutte le altre importante e delicata come quella che arriva alla negazione di un giudicato, possibilità di interpretazioni diverse, e più o meno larghe, e quindi arbitrarie. È forse assai più conveniente che il legislatore nulla abbia detto: ciò che non esiste mal si presta a essere descritto; la legge descrive le sentenze che esistono anche se viziate, dicendo come si eseguano o come si annullino; all'infuori o al di là di queste, non esistono sentenze, o sono mere parvenze, non-sentenze: la dottrina potrà parlarne, la pratica giudiziaria dovrà saperle riconoscere, se ne incontri qualcuna che pretenda efficacia giuridica, soltanto per negargliela in via assoluta.

Anche per questo, non vi è bisogno di costruire mezzi nuovi contro di esse, è anzi un errore stabilire (10) dei mezzi positivi di annullamento; ciò che non esiste non si impugna e non si annulla. Basteranno dei mezzi negativi, basterà che la procedura comunque dia il modo di contraporre una eccezione a chi voglia loro attribuire qualsiasi effetto; come ogni cittadino può resistere e opporsi a una sentenza che non sia mai stata emanata, così avrà anche sempre modo di eccepire una sentenza che, per mancanza degli elementi essenziali (11), sia da parificarsi a quella e cioè non esista.

8. Dopo avere adunque negato che le nullità assolute o relative dal nostro codice contemplate negli art. 136-139, e anzi in generale le violazioni di diritto e di procedura accennate nella prima parte dell'art. 500, possano essere rilevate oltre il giudicato, nella fase esecutiva della sentenza, e avere quindi affermato che nullità insanabile nel nostro sistema di legge significa soltanto annullabilità condizionata dalla interposizione tempestiva di regolare gravame, siamo venuti però

(10) Come tenta LÖFFLER, o. c., p. 549; e come propongono F. OETKER, *Abhülfe gegen nichtige Strafurteile*, in *Deutsches Wochenblatt*, IX, 1896, p. 87-91; E. MUMM, *Unzulässige Verurteilung*, in *GOLTDAMMER's Archiv*, XLVII, 1900, p. 360-363; BINDING; SCHOETENSACK; FRIEDLÄNDER; e altri.

(11) Usiamo ancora per comodità queste espressioni che poi dovremo repudiare o chiarire.

implicitamente ammettendo che possano esistere difetti (11) tali in una sentenza, da superare la forza formale del giudicato, da rilevarsi anche in sede di esecuzione, protestando non la annullabilità, ma la inesistenza stessa della pretesa sentenza.

E poichè tali difetti non sono tra quelli previsti dal legislatore, e anzi si ritiene che il legislatore bene abbia ommesso di occuparsene dandoci un suo sistema logico ed equilibrato, deve ora la dottrina identificarli o, per lo meno, dare il modo, la chiave per riconoscerli.

Assai poco ne aveva detto finora la dottrina italiana, aspettandosi l'abolizione del vecchio codice che pareva fatto apposta per impedire i più sistematici studi; e in civile, oltre i cenni dei classici trattati, conosciamo soltanto due note importanti (12).

Più largo contributo ha dato la dottrina tedesca. Il problema fu posto da BINDING (13) tra i primi, con alcuni cenni che riferendosi alle violazioni di diritto materiale e alla mancanza dei presupposti processuali (capacità dell'imputato, capacità del giudice, ecc.) affermava non esistere in tali casi un processo, e deplorava che le moderne legislazioni non disponessero una corrispondente protesta di nullità, straordinaria e non legata a termine. Ma i cenni erano, e rimasero anche nelle successive edizioni, più un incitamento che un definitivo sistema.

BELING (14) invece, riprendendo il trattato di BENNECKE, cercò un fondamento nella teoria del processo serie di negozi giuridici, e considerando ogni atto processuale come una manifestazione di volontà, pretese da ognuno prima gli elementi essenziali di un atto giuridico in genere (capacità, valida volontà, manifestazione) poi quelli dell'atto processuale in specie (presupposti processuali) e infine, per la sentenza, i suoi specifici presupposti; e cioè, oltre tutti i presupposti necessari all'esistenza di un valido rapporto processuale, anche una regolare accusa e sentenza di rinvio, un precedente dibattimento in contraddittorio, e la legale costituzione dell'organo emanante la sentenza stessa. Se codesti elementi manchino, l'atto è come non avvenuto; nei casi permessi si usa contro di esso il gravame, ma se l'impugnazione non fu proposta o non è ammessa (es. contro le sentenze del tribunale dell'impero) non per questo passa mai una decisione nulla in giudicato; ogni autorità, anche esecutiva, deve rilevarne la nullità insanabile.

9. Non mancano a codesto sistema la logica e la coerenza, e il

(12) A. CALDA, *Le nullità assolute della sentenza civile*, in *Archivio giuridico*, LXXX, 1908, p. 361-392; C. LESSONA, Nota a sent. 8 ottobre 1910, *Foro it.*, 1911, I, p. 10.

V. anche una nota meno concludente di E. BARSANTI, in *Archivio giuridico*, LIX, 1897, p. 171. E per i trattati, MORTARA, *Commentario*, Milano 1905-08, Lib. III, Vol. II, p. 638; CHIOVENDA, *Principii*, Napoli 1913, p. 899.

(13) K. BINDING, *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*, Leipzig § 119-120.

(14) H. BENNECKE e E. BELING, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Breslau, 1900, § 75, 77, 93. Vedine anche i *Litteratur Berichte* su MICHEL e su KRIEGSMANN in *Zeitschrift für die g. Straf R.W.*, XXVII, 1907, p. 793; XXVIII, 1908, p. 738.

principio è svolto sino alle sue estreme conseguenze; ma l'errore storico è profondo, oltre che il principio stesso è abbastanza discutibile.

La teoria del negozio giuridico, applicata con fortuna al processo civile con i cosiddetti presupposti processuali di Bülow (15), non ci sembra applicabile per semplice trasposizione alla procedura penale (15 bis). O, sotto i nomi, le riserve e le modifiche assorbono quasi il concetto fondamentale; o si arriva a conseguenze inaccettabili: — il giudice che emette una sentenza, per esempio, non può essere discusso o esaminato nella sua coscienza o nella sua volontà, fin che è giudice: la sua sentenza ha forza di sentenza sempre e fintanto che gli è lasciata giurisdizione (16) — l'imputato che è la parte principale (unica secondo alcuni) ha una capacità nè simile nè analoga a quella del diritto comune — lo scherzo, l'errore, la finzione nelle manifestazioni hanno tutt'altro valore ed effetto che in civile, e sono apprezzate dal giudice in tutt'altro modo e per tutt'altri fini. Tra un contratto e una ricerca di fatto, tra un negozio privato che non subisce intervento di terzi e un processo che si svolge in piena luce di norme e di controlli pubblici, tra una espressione di volontà formale e una verità concreta per la quale le forme sono solo la via tracciata come la migliore per sicurezza e garanzie, vi è una differenza che non consente parificazione degli elementi costitutivi nè analogie nelle conseguenze dei loro difetti.

10. Ma anche a volerle ammettere, resta, come abbiamo detto, invincibile l'errore storico. Poichè se nessuno possiede la procedura perfetta, e se nessuno può quindi dall'alto di un proprio sistema condannare l'altrui, così come l'Asinella riguarda la Garisenda; vi è però la procedura che meglio si adatta a un tempo e ad un popolo, vi è un minimo di necessità o di opportunità in un dato momento storico, risultante di una evoluzione che non si può mai trascurare. La legislazione, anche nei tempi che sembrava affermata dalla volontà di uno solo, non è mai un fatto arbitrario, ma attua esigenze, obbedisce a tendenze e utilità suggerite dai diversi stati sociali.

Ora una caratteristica comune degli ultimi cento anni di legislazioni codificate nei diversi paesi civili, è appunto quella che esalta la forza definitiva del giudicato: di fronte alla netta e profonda distinzione che il codice penale traccia per i colpevoli di reato, sorge la necessità, sia nel cittadino che difende la propria libertà sia nella collettività che vuol prevenire e punire, di far cessare nel modo più rapido e indubbio una condizione di sospetto; cioè col giudicato la legge

(15) Il quale però opinava essere il processo eternamente nullo, un pensiero impossibile insopportabile nell'ordine del diritto.

(15 bis) V. FLORIAN, *Appunti sugli atti giuridici processuali penali* in *Riv. di dir. e proc. pen.*, 1916, I, p. 369.

(16) Diremo nulla una legge perchè qualche deputato è malato di mente o ha sbagliato a votare? Così bene KROSCHEL, *Die sogenannte absolute Nichtigkeit der Strafurteile*, in *Gerichtssaal*, LXIX, 1906, p. 137.

non sancisce un artificio formale, sibbene una manifesta necessità sociale. Dato un organo di giustizia costituito non per arbitrio, ma secondo regole e garanzie pubbliche, gli è necessariamente attribuita, nella divisione del lavoro e delle funzioni, una presunzione di saggia e legale amministrazione, senza la quale tutto sarebbe risospinto nell'incertezza, e ognuno potrebbe ripromettersi la prevalenza di un giudizio favorevole con continue perturbazioni. All' organo di giustizia sono poi date norme del procedimento: se le violi e così offenda i diritti del singolo o della collettività, può intervenire, ma sempre entro termini brevi, un organo superiore a correggere e annullare; all' organo sommo di controllo, la Cassazione, è dato l'ultimo giudizio, ma di puro diritto per ridurne al minimo le possibilità di un arbitrio concreto che è ormai irreparabile se non si voglia, con probabile maggior danno, rimandare all'infinito la decisione aspettata e urgente. Il crisma del controllo o del consenso universale (polarizzato nel preteso offensore e nel rappresentante della società offesa) rende definitiva la decisione, anche se erronea: da una parte non si possiede un migliore controllo, dall'altra si ritiene assai meno pericoloso alla giustizia e all'ordine un errore universalmente consentito, che non la possibilità continua del sospetto e di una nuova contestazione — che non sarebbe poi mai la definitiva (17).

In altri momenti — quando i codici non determinavano così precisamente le linee del diritto, del lecito e dell'illecito, quando il giudice era un diretto mandatario del re, quando la legge era in continua formazione, quando per mancanza o per deficienze della legge scritta non era possibile o non era attuato un preciso sistema di impugnazioni giudiziarie, quando il ricorso poteva confondersi col diritto di grazia, quando la libertà e le garanzie delle parti erano malsicure, quando la società non si riteneva rappresentata nel giudizio, e ancora non era la rapidità moderna degli avvenimenti e una costituzione degli Stati ormai lontana dalla primitiva famiglia — allora erano possibili, forse necessari, certo opportuni ben altri sistemi.

In Roma (18) era dato soltanto l'appello col carattere prevalente di riesame del merito della sentenza; mentre la sentenza non valida era *nullius in causa*, *nec erat iudicatum*, e bastava in ogni tempo una *exceptio* o una *replicatio*: tipico esempio di un diverso sistema e di un diverso costume.

Per trovare i primi germi di una *quaerela nullitatis*, bisogna arrivare all'evo medio (19), alle infiltrazioni longobarde, germaniche nel diritto romano consuetudinario, ed in ispecie agli statuti; sol-

(17) V. anche J. KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältniss*, Mannheim 1888, § 13.

(18) Cfr. MOMMSEN, *Le droit pénal romain*, Paris 1907, tome II, livre III, p. 146-159; COGLIOLO, *Cosa giudicata*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano 1906, p. 213; e il sottocitato A. SKEDL, p. 3.

(19) Cfr. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, Torino 1901, Vol. VI, p. 321-325, KROSCHEL, op. cit., A. MICHEL, *Absolute Nichtigkeit von Zivil- und Strafurteilen*

tanto allora, mentre il diritto si cristallizza e subentra tutto un nuovo organismo e sistema giudiziario, il valore formale del giudicato comincia a importare, e si stabiliscono ordinarie temporanee impugnazioni sulle questioni di diritto. Soltanto allora anzi, quando le antiche tradizioni sopravvivevano, e le nuove esigenze, le nuove costumanze si affermavano, poteva aversi l'unione, e una alterna prevalenza, del gravame di nullità sempre più vincolato a un termine, e della romana eccezione di nullità sempre più ridotta ai casi più gravi di difetti fondamentali (di giurisdizione o di citazione) e di nullità notorie o impossibili. Questa stessa anzi talora perdeva la forma di eccezione, e si presentava sotto l'aspetto di un ricorso straordinario con termine trentennale, di contro all'ordinario termine impugnatorio di dieci giorni.

Ora, possiamo con lo storico del diritto ritrovare in codesti momenti l'origine della distinzione tra nullità sanabili e insanabili, ma non possiamo ammettere che se ne resuscitino le incongruenze, le confusioni; allora potevano essere innesti, oggi che questo tratto di evoluzione è compiuto, sarebbero ibridi. La nullità che può essere oggetto di una temporanea impugnazione e causa di un giudizio positivo per mettere nel nulla una esistenza, non può nel tempo stesso essere oggetto di una eterna eccezione, la quale valga soltanto a constatare una non esistenza già come tale dal diritto considerata.

11. Qualche autore consenziente in questo nostro ragionamento, si è lasciato indurre alla conseguente affermazione di un reciproco, e cioè: se una sentenza non impugnabile è gravemente viziata di fronte al diritto materiale o procedurale, o se un vizio grave non è contemplato dalla legge tra quelli deducibili negli ordinari giudizi d'impugnazione, è da ritenersi la nullità assoluta eccepibile in ogni tempo. Così una sentenza di cassazione nella quale si fosse calpestato ogni diritto di difesa, o cui avesse partecipato un giudice non presente alla discussione, dovrebbe considerarsi assolutamente nulla, piuttosto che assolutamente valida (20).

Ma nemmeno codesta proposizione, almeno in veste così generale, può approvarsi: se la legge volle escluse certe decisioni o certi errori dalla impugnabilità, a maggior ragione se ne deve escludere l'eccezione di nullità assoluta: se non si volle un altro giudice superiore adatto a discutere, controllare quelle sentenze o quegli errori, tanto meno si potrà riconoscere nel giudice di esecuzione, spesso inferiore, la facoltà,

*im geltenden deutschen Prozessrecht*, Berlin 1906, § 23; ma sopra tutti chiaro e compiuto A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig 1886, §§ 1, 2, 7, 13, 14, 15, 22, 23.

(20) Cfr. per es. LÖFFLER già citato; CALDA, o. c., p. 378, 383; MATTIROLO, *Trattato di dir. giudiz. civ.*, Torino 1892, Vol. IV, 1173-1178; M. FRIEDLÄNDER, *Die Lehre von der absoluten Nichtigkeit strafgerichtlicher Urteile*, in *Gerichtssaal*, LVIII, 1901, p. 344, 346.

di ritenerle addirittura inesistenti, incapaci di qualsiasi effetto (21). Sarebbe un assurdo, uno sconvolgimento del sistema giudiziario.

Lo stesso si dica per il decreto penale che è in sostanza una sentenza regolarmente non preceduta da dibattimento o contraddittorio. Se l'imputato non abbia fatta opposizione entro i cinque giorni dalla notifica, il decreto passa in giudicato, qualunque sia il vizio che lo affligga (art. 300): anche si fosse adottata la procedura per decreto in materia esorbitante dai limiti del 298, anche avesse emesso il decreto un tribunale, l'imputato non avrebbe più eccezioni di nullità da opporre all'esecuzione; al solo p. m. spetta in simili casi (art. 302) la facoltà di iniziare una nuova regolare procedura, ma il giudice nuovo investito dovrà revocare (art. 302, u. cpy.) la primitiva decisione che dunque frattanto ha giuridica esistenza (22).

12. Meno organiche e precise sono altre formule proposte allo stesso scopo di riassumere, in un principio unico, tutti i possibili casi di sentenze assolutamente nulle e non esistenti. Così imprecise anzi talvolta che, a una stessa formola e fin presso lo stesso autore, si può or sì or no secondo le più o meno coerenti applicazioni pratiche, rimproverare lo stesso difetto storico opposto alla più logica teoria di BELING.

Si possono ricondurre tutte a due più generali: la prima è la già cennata teoria dei presupposti; nome che adottato in civile da BÜLOW, diffuso da BINDING come titolo di una rubrica senza definizione, definito da KRIES ma senza determinarne le conseguenze e discusso più profondamente da KOHLER (23), spunta ogni tanto per significare le condizioni assolute di esistenza di un processo o di una sentenza. La seconda si richiama agli elementi essenziali della sentenza, senza dei quali una decisione non si può concepire come esistente.

Senza correr dietro le formulazioni più particolari di siffatte teorie (24), è possibile colpirne senz'altro il difetto comune di indeterminatezza e di elasticità, fino a una comune petizione di principio. Poichè, da sentenza inesistente a sentenza cui manchino i presupposti o gli elementi essenziali per esistere, la questione non fa alcun passo innanzi: quello che si doveva risolvere prima, bisogna spiegare anche dopo sotto il nome di presupposto o elemento essenziale, tanto più che

(21) Inconcludente è invece l'obiezione di LESSONA (o. c., XII) di pratica rarità o innocuità.

(22) Queste affermazioni, oltre che sui citati testi di legge, troveranno fondamento anche su quanto verremo poi dicendo per la sentenza in generale. *Contra*: P. KRUG, *Zur Frage der absoluten Nichtigkeit strafrichterlicher Entscheidungen*, *Z. für die g. SRW.*, XXV, 1905, p. 411.

(23) O. BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen 1868, spec. p. 5, 10, 258, 283, 301, ecc.; KOHLER, o. c., spec. §§ 11, 12, 14.

(24) Tanto più che in sostanza è sempre la stessa solfa che si ripete, dal *Digesto* a VANTIUS, da VANTIUS a GARSONNET: essere assolutamente nulla quella sentenza nella quale si violino principii così essenziali che non è più possibile riconoscerle alcun valore.

ognuno mostra di intenderne abbastanza diversamente il significato e l'estensione. Conviene quindi meglio considerare subito quali casi concreti o quali serie di casi vi si vogliano comprendere, anzichè perdersi in vane dispute dalle quali ognuno esce come vuole adattando o stiracchiando le definizioni di quello che pur dovrebbe rimanere lo stesso concetto. Cominceremo con gli errori *in judicando* e arriveremo a quelli *in procedendo*, passando attraverso ad alcuni che possono essere ambigualmente attribuiti e agli uni e agli altri, per verificare da quali sia in effetto tolto di mezzo un presupposto o un elemento essenziale della esistenza di una sentenza.

13. A parte dagli altri e prima di tutti conviene però esaminare la capacità del giudice, la quale è più concordemente designata come condizione imprescindibile per aversi una sentenza; ed è anzi oggetto di una particolare teoria che distingue la potestà in genere di giudicare, senza la quale non esiste sentenza, e l'incarico concreto di certe specie di giudizi, senza il quale si avrebbe soltanto una sentenza annullabile — salva naturalmente anche qui la libertà di ogni proponente di stringere o allargare i confini della potestà o dell'incarico!

Mettiamo subito fuori di discussione una serie di ipotesi proposte: numero di giudici insufficiente; partecipazione al collegio giudicante di persona che non è giudice; partecipazione di un giudice regolarmente ricusato; giudice unico dove è prescritto un collegio; giudice istruttore che condanna: tribunale che dichiara esecutiva una sentenza, respingendo un ricorso diretto alla cassazione o all'appello perchè infondato nel merito; pretore che funziona come tribunale in sede d'appello; pretore che condanna per delitto d'assise; giudice già dichiarato incompetente in un anteriore conflitto di competenza (25).

Tutte codeste ipotesi sono assorbite da due motivi di impugnazione espressamente previsti e regolati dal legislatore: illegale costituzione del giudice e incompetenza. Comunque si voglia interpretare la costituzione del giudice, è certo che, se in un giudizio interviene un numero di giudici inferiore a quello richiesto dalla legge, sia per assenza effettiva di qualche membro, sia perchè in sua vece siede persona che non può esser giudice in nessun caso o in quei dati casi, l'art. 136 offre il mezzo alle parti di impugnare la decisione o al giudice superiore di rilevarne d'ufficio il grave difetto. E la incompetenza di cui gli art. 500, 345, 347 ecc., comprende non soltanto il caso di un tribunale che assuma di giudicare un delitto pertinente per esempio alle assisi, ma anche quello del giudicante in istanza o fase diversa da quella che gli spetta; è vero che la competenza per materia di cui tratta il tit. II del libro I del codice, è soltanto l'attribuzione che, a seconda del titolo e della pena (cioè per elementi di diritto materiale) è fatta delle diverse specie di reati a questo o a quel giudice di prime

(25) Cfr. i già citati OETKER, p. 88 segg.; LANZA, n. 10; KRUG, p. 417, 422 CALDA, 383-388; FRIEDLÄNDER, 355, 369; LÖFFLER, 528-548; MICHEL, p. 60.

istanza, ma nessuno per questo osa ritenere esclusa o non sanzionata la competenza del giudice istruttore e della sezione d'accusa, o delle due seconde istanze, corte d'appello e tribunale. Il codice stesso altrove ne fa cenno o l'ordinamento giudiziario le regola; la materia si incrocia con la funzione per determinare una astratta attribuzione di reati e atti a ogni giudice, la quale è svolgimento della stessa competenza materiale, ne è sostanzialmente una parte, una forma, in opposizione con l'altra competenza, la territoriale, che del resto pure produce annullabilità della sentenza conforme l'art. 150. Quindi qualsiasi competenza di un giudice sia da un altro giudice illegalmente usurpata, rende la sentenza impugnabile e annullabile; non è possibile sostenere che il legislatore abbia voluto (26) non comprendere nella norma la competenza funzionale, senza arrivare ai due opposti assurdi: o che la competenza funzionale, di solito assai più importante della territoriale, non abbia alcuna sanzione nè effetto sulla validità della sentenza — o che il fatto di una corte d'appello giudicante un piccolo delitto come in prima istanza, sia considerato assai più grave di quello di un pretore che si arroghi d'infliggere trent'anni di reclusione per parricidio, questo appena impugnabile entro tre giorni, quello assolutamente nullo, inesistente.

Non ci è consentito un ulteriore indugio e concludiamo: poichè la sentenza viziata secondo quelle diverse ipotesi, è impugnabile con i comuni gravami della legge, essa dunque esiste, ed è atta a passare in giudicato senza che se ne possa più eccepire l'inesistenza. Il condannato resta condannato, l'assolto non può più essere richiamato in giudizio per lo stesso fatto.

14. Le ipotesi possono allora essere spinte più in là: un consigliere solo della corte d'appello giudica senza la presenza e l'assistenza dei colleghi; tutti meno uno i membri di un tribunale o di una corte non sono giudici, sono semplici privati, o sono giudici destituiti o in pensione.

Anche costì però in sostanza è configurabile una violazione dell'art. 136: il giudice si è illegalmente costituito, il numero dei magistrati facenti parte del collegio è insufficiente, uno invece di tre, quattro, cinque, sette; la sentenza è impugnabile, non è inesistente; vi ha collaborato qualcuno che ha giurisdizione (27).

15. Ma ecco l'estrema ipotesi: nessun membro del collegio è giudice; il pretore non è un pretore, ma un calzolaio, un avvocato, un

(26) La tesi non cambia neppure se, profittando della imprecisione dei testi di diritto, si voglia comprendere la incompetenza funzionale nell'eccesso di potere (cfr. MANZINI, o. c., parte II, p. 503).

(27) Cfr. i citati KOHLER, 55; FRIEDLÄNDER, 349; KROSCHEL, 160; e N. H. KRIEGSMANN, *Die Nichtigkeit des Strafurteils*, in *Festgabe der Kieler Juristenfakultät zum Dr. HÄNEL's Jubiläum*, Kiel 1907, p. 465; v. BALIGAND, *Zur Lehre von der absoluten Urteilsnichtigkeit*, in *Gerichtssaal*, LXXII, 1908, p. 196.

cancelliere che mai hanno fatto parte della magistratura; è un giudice rimosso o destituito.

Qui non vi è più un giudice illegalmente costituito o incompetente; qui *non* vi è addirittura più UN GIUDICE. Tra la decisione di costui, emanata pure nell'aula più degna del palazzo di giustizia e col rispetto più rigoroso di tutte le forme e di tutte le leggi, e la opinione manifestata dal mio farmacista mentre filtra un sciroppino, non vi è una rilevante differenza. L'una e l'altra non esistono per la legge, non hanno efficacia giuridica; sono tutte e due di un non-giudice, di persona cui non è affidata dalla legge alcuna facoltà di giudicare; se il farmacista lasciasse il suo banco e vestisse toga e tocco per venire a dire quella sua decisione dallo scanno più alto del tribunale, la giustizia penale non ne sarebbe mai mossa.

Non vi è un giudice, quindi non vi può essere una sentenza; la pronuncia di un magistrato privo temporaneamente di giurisdizione, anche se emessa con le solennità e formalità proprie della sentenza, non esiste giuridicamente come tale, e non può quindi acquistare forza di giudicato nè per trascorso di tempo, nè per volontà delle parti — così testualmente ha deciso anche la cassazione romana in causa Carolini-Finistauri (28).

Ma se non vi è una sentenza, neppure si concepisce una impugnazione. Se il preteso condannato, per eccesso di timore, ricorresse in appello per annullare la pretesa sentenza, si dovrebbe vedere respinto il gravame per mancanza di oggetto su cui giudicare. Se il giudice d'appello accetta il gravame e annulla la sentenza, la sua decisione, siccome quella d'un giudice, vale, ma è pleonastica; tutto resta allo stesso punto di prima, come se non fossero mai esistite nè la prima nè la seconda sentenza. E se il giudice d'appello confermasse la condanna o assoluzione (o, dopo l'annullamento, sentenziasse in merito) questa decisione avrebbe un valore, un'efficacia positiva ma per sè sola, non in quanto s'appoggia sull'altra; e così potrebbe passare in giudicato, se alcuno non l'impugni o per incompetenza o per mancanza di un dibattimento regolare avanti la sentenza (29).

Qual'è invece la linea logica delle conseguenze della sentenza inesistente di un non-giudice? O si pretende eseguire la condanna, e il perseguito ecciperà davanti al giudice di esecuzione la mancanza di qualsiasi titolo esecutivo. O il p. m. inizierà daccapo, se non prescritta, la sua azione per un nuovo processo, e il giudice regolarmente investito respingerà ogni eccezione dell'imputato che si pretendesse già assolto per quello stesso fatto.

16. Unico e preciso è dunque per noi il caso: non esiste la sentenza di chi non è giudice, di chi è privo di giurisdizione — tutte le

(28) In data 8 ottobre 1910, cit. da LESSONA, o. c. Così anche CALDA, 380-382; COGLIOLO, p. 353; P. TUOZZI, *L'autorità della cosa giudicata*, Torino 1900, § 33.

(29) Cfr. FRIEDLÄNDER, o. c., 373; BALIGANI, o. c., 244.

altre sentenze esistono e possono passare in giudicato, cioè sono annullabili e impugnabili ma non nulle di pien diritto.

La materia è però tanto delicata che anche qui intorno possono fiorire dubbi o equivoci.

Qualcuno, per le solite reminiscenze del diritto civile, ha detto: se un giudice emana sentenza mentre è pazzo, infermo di mente, questa non è più la manifestazione della sua volontà, è come se egli non sia più giudice, essa non ha alcun valore giuridico. E si aggiungono e si moltiplicano le ipotesi del giudice che agisce in istato ipnotico, o per costrizione materiale e morale, o in istato di ebbrezza, fino a quella del giudice dormiente (30).

Sono però tutte in fascio da respingere. Già intanto è lecito osservare che le conseguenze pratiche di una simile ammissione sarebbero assai pericolose: ogni condannato e — perchè non? — ogni rappresentante il p. m., che si vedesse respinta la sua tesi, potrebbe con incidente di esecuzione mettere in discussione lo stato di mente del giudice, il vino bevuto o altri fatti di sua vita privata; il giudice di esecuzione sarebbe poi di solito quello stesso di cui si discute, e la commedia compiuta. Non è, ripetiamo, possibile trapiantare codesti concetti del diritto privato nel nostro campo; il giudice fin che è giudice, fin che cioè non interviene un regolare provvedimento legale a rimuoverlo, destituirlo o sospenderlo, ha giurisdizione, ha capacità di giudicare; la presunzione non ammette eccezione; non è un contratto nel quale le parti privatamente convengono, sibbene la legge e tutta una serie di atti solenni hanno investito il giudice di quella qualità e capacità, che solo con altrettale solennità gli può essere tolta, non mai per l'eccezione retroattiva di colui che egli deve giudicare.

L'istituto della revisione prevede il caso di una sentenza emanata per corruzione del giudice o per falsità; e può prevedere in altre legislazioni anche altre ipotesi più affini alle discusse; ma è allora sempre un concetto di opportunità e di politica legislativa, per il quale una sentenza così viziata può essere soltanto annullata, e cioè tolta di mezzo la sua attuale esistenza, per opera di un giudizio superiore apertamente convocato.

17. Per curiosità ricordiamo alcune minori ipotesi: giudice che pronunzia il contrario di quello che dentro di sé vuole, volontariamente per scherzare, o involontariamente per errore; presidente che dichiara il contrario di quanto è stato votato dal collegio, col silenzio degli altri giudici, o con protesta degli altri giudici (31).

Nel primo, secondo e terzo caso la sentenza può, quando non sia attuabile una procedura di rettifica (32), passare bene in giudicato. Se

(30) V. BINDING, BELING, KRUG, OETKER, LÖFFLER. *Contra*: MICHEL, KROSCHEL.

(31) Cfr. KOHLER, § 14; BELING, § 77; LÖFFLER, p. 521; FRIEDLÄNDER, p. 351; BALIGAND, p. 205.

(32) E quando, soprattutto nel secondo caso, non risulti dalle circostanze ricor-

il giudice non dice immediatamente di avere scherzato dichiarando la sua vera volontà, e invece chiude regolarmente il giudizio, la sentenza è valida e solo impugnabile; e se la maggioranza dei giudici non disdice immediatamente la pronunzia del presidente, in modo che essa appaia la pronunzia di un solo (quarto caso, nel quale ricorrerebbe il 136 e quindi impugnabilità), la sentenza deve considerarsi come valida manifestazione della volontà del collegio, la quale fino all'ultimo momento, fino a che non sia pubblicata, può sempre modificarsi.

Similmente, per le variazioni e gli errori nel passaggio della sentenza dalla pronunzia orale allo scritto, o per falsità nella sentenza scritta da notificare, ecc., possono alternatamente valere la procedura di rettifica, la impugnazione ordinaria, la revisione; non è mai però il caso di nullità assoluta o inesistenza.

18. Ma con gli ultimi casi siamo già entrati nella più larga e generale categoria degli errori di procedura, riservati per più tardi; mentre invece qui è ancora da considerare una importantissima specie, sempre sull'argomento della capacità del giudice.

Dicendo che la sentenza emanata da chi ha giurisdizione può essere oggetto di impugnazione e di annullamento, ma in ogni caso esiste — si ha presente di solito l'autorità giudiziaria ordinaria, non si pensa ai giudici speciali o eccezionali. Per l'autorità giudiziaria ordinaria è anche più facile la affermazione, perchè essa, oltre la propria giurisdizione e competenza, ha anche quella che qualcuno ha detta la competenza della competenza; cioè essa ha il potere di auto-delimitare in concreto il potere datole dalla legge, cioè nell'ipotesi di una causa dubbia se rientri o esca dalla giurisdizione e competenza, è il giudice stesso che può risolvere il quesito. Così la sentenza del giudice ordinario ha una singolare vitalità e validità garantite in confronto di ogni altra autorità; e se in particolare un giudice ordinario invada il campo del giudice speciale, la sua sentenza è impugnabile presso il superiore giudice ordinario, ma sempre esistente e atta a passare in giudicato.

Nel caso invece delle giurisdizioni speciali la dottrina (33) ritiene che il limite della loro competenza sia anche contemporaneamente il limite ultimo della loro giurisdizione; quindi la sentenza del giudice speciale che esorbiti dai poteri concessigli, è da considerarsi come la sentenza di un giudice o di un non-giudice? è annullabile o inesistente? (34).

rere l'ipotesi di cui più oltre al n. 26. In altri casi poi possono ricorrere anche gli estremi del 538, 3° per una procedura di annullamento in sede di revisione.

(33) È merito di LANZA di aver posto tale principio in singolare rilievo, nel suo *Potere del giudice*, e nei *Principi di dir. proc. pen.*; ma i « giovani scrittori » possono averlo già in antico appreso da KOHLER (o. c., p. 53) o da altri tedeschi presso i quali è dottrina corrente. V. poi CHIOVENDA, *Nuovi saggi*, p. 75, e *Principii*, p. 368.

(34) LESSONA, KROSCHER, MICHEL, KRIEGSMANN propendono per la prima opinione; *Contra*: CHIOVENDA, KOHLER, OETKER, FRIEDLÄNDER, LÖFFLER, ecc.

In tesi astratta è forse possibile difendere l'una e l'altra opinione; l'esposizione precedente mostra già gli argomenti per la nullità assoluta, ma si può anche non senza ragione obiettare che ad ogni modo si tratta di persone cui è dato, comunque ristretto, un potere di giudicare che non ha la comune degli uomini.

Perciò ottimamente qui è intervenuto con una espressa disposizione il legislatore, e per il cpv. dell'art. 500 le sentenze di condanna (35) di autorità giudiziaria non ordinaria possono in ogni tempo impugnarsi per determinati motivi che riguardano essenzialmente la capacità del giudice a dire il diritto nel caso concreto. Cioè si è fatto eccezionale ricorso a quella impugnazione illimitata o trentennale, cui si ricorreva nel medioevo nel contrasto tra la nullità assoluta dei romani e la formale regiudicata del nuovo diritto: la sentenza del giudice speciale esiste e ha forza esecutiva, ma è in ogni tempo annullabile, non per eccezione ma mediante particolare ricorso e sentenza di annullamento.

19. Vale lo stesso per le sentenze di quei tribunali eccezionali creati talvolta in Italia in occasione di moti rivoluzionari o lotte civili, con la proclamazione dello stato d'assedio e la dittatura dell'autorità militare?

La lettera dell'art. 500 cpv. che, parlando di « qualsiasi altra autorità » usa l'espressione più lata possibile comprensiva di ogni organo, il motivo specifico della legittima costituzione, che pare diverso dal 136, i lavori preparatori del codice nei quali appare nata proprio da quei casi la prima idea della disposizione (36), consentono certamente, e con più pratica utilità per resistere agli arbitrii e gli abusi della forza, la impugnabilità senza limite di tempo di codeste sentenze. Ma noi crediamo anche che si possa resistere alla loro esecuzione con una semplice eccezione di inesistenza: chiunque si permetta di giudicare e condannare senza averne il potere secondo lo statuto fondamentale del regno (art. 71) secondo le leggi, sia esso anche incaricato dal potere esecutivo e investito dal ministero, egli non è giudice; la sua sentenza penale non vale più di quella che potrebbe arbitrarsi di emanare un privato qualsiasi, un consiglio comunale, o il consiglio di stato: non esiste assolutamente.

20. Esaurita così in rapidi tratti la particolare questione della capacità del giudice, ripassiamo ora, anche più in breve e in generale, tutta la serie degli errori *in judicando* e errori *in procedendo*, che sono proposti da varie parti come causa di mancanza dei presupposti o degli elementi essenziali della sentenza, come causa quindi della sua nullità assoluta o inesistenza.

(35) V. nota seguente.

(36) Perciò forse anche l'art. 500 cpv. prevede la sola ipotesi di condanna e non quella di assoluzione, perchè cioè si pensava piuttosto a garantire la libertà individuale; mentre sarebbe stato più esatto prevedere tutte e due le ipotesi.

Quasi nessuno in vero propone, per gli errori *in judicando*, l'insanabilità oltre il giudicato. Il legislatore infatti ha rivolto la sua prima attenzione a quelli che potrebbero essere gli errori nel merito della sentenza, e ne ha esplicitamente dette le norme con tanta cura che poco può essere permesso a una ulteriore costruzione dottrinale.

Gli errori nell'apprezzamento del fatto imputato sono rilevabili soltanto in sede d'appello; neppure il giudice di cassazione può sottoporlo a riesame, e quindi tanto meno il giudice di esecuzione o altri che sia, dopo il passaggio in giudicato; la revisione è concessa in alcuni pochi casi con rigorose e restrittive disposizioni. Il caso di Tizio condannato per errore col nome di Caio e in seguito a caratteristiche tutte personali di Caio (es. per bigamia) (37) o il caso di Sempronio condannato per un delitto da dirsi poi insussistente quando si assodi che la pretesa vittima aveva una data diversa qualità escludente la possibilità materiale del reato (38) — danno motivo appunto secondo il nostro codice a revisione, cioè possono essere annullati con apposito giudizio straordinario, non mai essere ritenuti nulli di pien diritto.

All'infuori di codesti e altri simili casi conforme l'art. 538 — che ognuno può a sua posta augurare, e ogni legislazione sancire variamente esteso o ristretto — e anche quando i fatti ritenuti in sentenza sieno dimostrati contrari al vero da documenti o prove che in dibattimento erano state però già assunte e che il giudice male valutò o omise di valutare, la sentenza, se non sieno interposti gli ordinari immediati gravami, passa irremediabilmente in giudicato. Per quanto gravi sieno le circostanze particolari, nessuna azione o eccezione può essere più concessa senza scuotere tutto il nostro ordinamento, senza mettere ogni sentenza nell'incertezza e instabilità più repugnanti al diritto attuale.

Anche quando, con evidente errore di fatto, il giudice ritenga per esempio l'imputato non infermo di mente o non minore di nove anni, la sentenza non impugnata ha valida esistenza; ammesso pure che se ne possa sospendere l'esecuzione per tempo più o meno determinato, resta però immutabile e ferma almeno per quella parte del suo contenuto, la quale dichiara che il condannato ha commesso il fatto proibito dalla legge. E altrettanto non inesistente e, almeno par-

(37) Cfr. LÖFFLER, p. 519; non può poi il diritto preoccuparsi della pubblicità dannosa conseguente a tale un giudizio di revisione; e del resto un giudizio altrettanto pubblico era poc' anzi avvenuto, così da essere piuttosto utile anzi la pubblica riparazione.

(38) Codeste ipotesi sono dunque ben differenti da quelle di un semplice errore di dato o di nome, per il quale può bastare la rettifica, o esserè superflua quando la identificazione del giudicabile con l'individuo che ha commesso il delitto sia comunque in fatto avvenuta (art. 414, 434). In senso conforme cfr. la sent. della II sez. 7 nov. 1911, Cassardo, in *Riv. pen.* LXXV, 208. Così anche bene la Cassaz. in causa Greco 12 giugno 1914 (*Giust. pen.*, 1914, 1562) e contro il parere del P.M., ritenne nulli il nuovo giudizio e la nuova sentenza emessa dal Tribunale che riteneva inesistente un'altra sua sentenza sullo stesso fatto ma col nome errato dell'imputato; e affermò doversi invece seguire la procedura di rettifica.

zialmente, efficace resta la sentenza che, con errore di diritto, condanni il riconosciuto infermo di mente, il minore di nove anni, un sovrano o un ambasciatore.

21. Di codesti errori di diritto, che, affliggendo il merito della sentenza, sono in specie di diritto materiale, si prospettano o si possono immaginare proposti come causa di nullità assoluta i seguenti principali gruppi: — condanna per un fatto che la legge non ritiene punibile — condanna a pena giuridicamente o moralmente o materialmente impossibile — condanna a pena indeterminata o equivoca — sentenza di colpevolezza con omissione della pena — sentenza contraddittoria.

La prima ipotesi è in sostanza la più grave di ogni altra immaginabile, così da potersi dire col pratico e col profano che la risoluzione di essa importa tutte le altre; si condanna mentre si dovrebbe assolvere, si viola il massimo diritto e il massimo bene di un cittadino, la sua libertà. La coscienza giuridica romana non avrebbe esitato un istante a ritenere inefficace e inesistente una simile decisione, come non esita BINDING (§ 119, III) a proclamarne la irremediabile nullità.

Ma appunto perchè era il caso più grave, il legislatore moderno ha invece predisposte tante cautele e tanti controlli, da non ammettere poi più quell'ultima conseguenza: tutto il codice penale non rappresenta che la volontà di porre un limite preciso chiaro e non equivocabile, tra il lecito e l'illecito; e nella procedura il massimo istituto, la cassazione, oltre che per garantire la legalità del procedimento, è dato espressamente per toglier di mezzo le violazioni o erronee applicazioni della legge penale (art. 500). La protesta contro la violazione, la sua deducibilità davanti la Corte suprema, sono subordinate, ripetiamo ancora, a termini perentorii (art. 130, 131, 510) al di là dei quali dunque non si può più invocare; e si tratta di un solenne formale procedimento e giudizio (sez. II e sez. III del capo III, tit. III, lib. III del codice) per annullare con apposita sentenza (art. 523 e segg.) ciò che quindi esiste, e non di una quasi pleonastica constatazione di un effetto di per se stesso già verificatosi.

Chi volesse insistere per contraporre le sottigliezze degli estremi giuridici della frode dell'appropriazione indebita dell'ingiuria, come oggetti di cassazione, e l'errore evidente di una condanna infitta a chi per esempio non siasi levato il cappello dinanzi a un tronco d'albero, come oggetto di una perpetua eccezione, tenterebbe invano la resurrezione dell'*jus clarum in thesi*: il legislatore moderno presume in via assoluta che gli interessi del singolo e della collettività, forniti dei mezzi legali, rendano impossibili codeste enormezze, e quindi non permette che per pretese simili ragioni, e con facili sottigliezze, si possano ad ogni momento rimettere in questione tutte le sentenze ormai passate in giudicato.

22. Alcuni ritengono che una condanna a morte, o alla schiavitù, o alla deportazione, o a dieci bastonate, o a cinque anni di arresto, o a dieci mila lire di ammenda non sia da considerarsi come vitale. Riprendendo anzi l'accennato concetto della potestà in generale di giudicare contrapposta all'incarico concreto alla competenza, qualcuno afferma che quella ha un solo limite nel limite estremo di qualità e quantità segnato dalla legge per le diverse pene; un errore dentro il limite produce una nullità impugnabile, ma un errore oltre quei limiti equivale a esorbitare dalla giurisdizione e vizia irrimediabilmente la sentenza (39).

È certo che siffatte condanne non potranno mai essere eseguite; il nostro sistema punitivo non le conosce, e si può anzi opinare che, in certi casi, l'esecuzione o il tentativo di esecuzione costituirebbe delitto o contro la libertà o contro la persona o contro la pubblica amministrazione. Ma di una sentenza non è unico effetto o unica essenza la eseguibilità della pena; se non altro la dichiarazione di colpevolezza, con le sue conseguenze di esaurimento definitivo dell'azione da una parte e di impossibilità di un nuovo processo per la stessa imputazione dall'altra, resta integra in tutto il suo vigore, e sufficiente a negare che la sentenza che la contiene sia inesistente.

Si proponga pure la rettifica con la procedura del 434, se per esempio cinque anni di arresto e diecimila lire di ammenda siano un semplice errore materiale, invece di cinque anni di detenzione e diecimila di multa; rifiuti pure il giudice di esecuzione la facoltà di eseguire al di là di quanto la legge delle pene consente; ma non per questo si neghino gli altri effetti della sentenza nè si permetta a un altro giudice di riprendere il processo come se il primo neppure fosse stato.

23. La condanna a una pena impossibile non solo sotto l'aspetto giuridico, ma anche morale (es.: la libbra di carne pretesa da Shylok) o fisico (es.: portare sulle spalle dalla cava le colonne pronte per il tempio di Selinunte) è anche male indicata come inesistente (40): la pena non si può eseguire, ma neppure si può imporre al condannato un'altra pena nè un nuovo processo, nè egli a sua volta può liberarsi dalla positiva constatazione di colpevolezza e dai correlativi eventuali obblighi di spese e di danni; effetti tutti questi di una sentenza che esiste.

È lo stesso può dirsi per una condanna a pena indeterminata (es.: agli arresti) o equivoca (es.: a diecimila lire di carcere) per la quale non sia neppure possibile la procedura di rettifica, o addirittura

(39) Cfr. BIERLING, *Strafrechtsverhältniss und Strafprozessverhältniss*, in *Z. für die g. SRW.*, X, 1890, p. 313; A. SCHOETENSACK, *Recensione* su LÖFFLER, in *Gerichtssaal*, LXVIII, p. 464; e i citati KRUG, MUMM, FRIEDLÄNDER, ecc. *Contra*: CALDA, LESSONA, MICHEL.

(40) Così KOHLER, p. 59; CHIOVENDA, p. 899; TUOZZI, § 33; LÖFFLER, 516; FRIEDLÄNDER, 359; *Contra*: CALDA, LESSONA, MICHEL, KRIEGSMANN.

per una sentenza nella quale sia omessa, dopo la dichiarazione di colpevolezza, la attribuzione della pena. Sia questa la pena principale o una secondaria obbligatoria, la sentenza non tempestivamente impugnata sussiste sempre ugualmente: potrà anche il giudice di esecuzione negare al procuratore del re di infliggere il minimo di carcere che la dichiarazione del giudice comporterebbe, ma non potrà mai dire che non vi è una sentenza e che un processo nuovo si deve iniziare. Un processo valido si è ormai avuto, e una sentenza esiste; difettosa, ma esiste; atta ad esaurire il procedimento o ad essere impugnata; titolo sufficiente per ripetere spese o danni, anche in un successivo giudizio civile (art. 13 p. p.); decisiva in una eventuale controversia civile relativa a un diritto che dipenda dall'accertamento del reato (art. 6); sufficiente a permettere la promozione o prosecuzione di una separata azione civile (art. 9) ecc.; capace cioè di alcuni se non di tutti i suoi normali effetti, ed immutabile.

Un capitolo a sè potrebbe reclamare la sentenza contraddittoria, sia per la difficoltà complicata dall'infinito numero delle concrete ipotesi, sia per l'inadeguata considerazione che forse ne ebbe il legislatore. Ma la linea contenuta e breve di questo studio da una parte, e dall'altra il senso ristretto che qui assume l'ipotesi, impongono semplici conclusioni.

Si tratta della più grave contraddittorietà, nelle disposizioni della sentenza, che dunque offende il diritto materiale; quindi anzitutto è impugnabile, deducibile in appello e in cassazione, poi non toglie una serie di minori effetti della decisione, in fine la stessa esecuzione può in molti casi attuarsi: insomma la sentenza esiste e può passare in giudicato (41).

Di fronte alla sentenza anche la più equivoca, informe ed ambigua, il pubblico ministero e l'imputato, che non l'hanno in tempo impugnata, sono venuti in sostanza ad accettarla così com'è, ed efficacemente per quella collaborazione tra parti e giudicante, che la nuova legge sollecita. Forse credeva l'uno di ravvisarvi una assoluzione, e l'altro una punizione, ciascuno cioè la decisione più conforme alla propria tesi; comunque però in fondo ed implicitamente accettandola quale il giudice dell'esecuzione dovrà secondo logica e secondo legge interpretarla. Solo su questo terreno interpretativo essi potranno combattere, ma sempre ferma restando e irrevocabile la sentenza; senza sorprese di nuovi procedimenti da una parte, senza impreveduto pericolo dall'altra di colpevoli sfuggenti alla giustizia.

24. Una notevole serie di errori si riconnette al tema dell'azione: l'ambiguità dell'appartenenza al diritto materiale e al processuale, le empiriche disposizioni del legislatore, che non hanno potuto ancora raccogliere dalla scienza un chiaro concetto, favoriscono le ipotesi

(41) Cfr. LESSONA (XII, XIII) contro CALDA.

che si pretendono al di là e al disopra della legge, facili a rientrare nell'indeterminato di una eccezione più che in una quadra azione di ricorso.

Si viola per esempio il principio della cosa giudicata (42). Vi è dubbio che non ricorra un mezzo d'impugnazione? vi è dubbio che non vi sia una violazione di diritto materiale nell'applicare due pene a uno stesso fatto delittuoso, o nel punire un fatto che è stato dichiarato in via giudiziaria e definitiva non punibile, o nell'assolvere quello che è stato dichiarato un reato? No; e allora perchè parlare di inesistenza e nullità irreparabile? la sentenza è impugnabile o, se non impugnata, passa esecutoriamente in giudicato, così come avviene nella più generale ipotesi di una sentenza che condanni per un fatto che non è reato — salvo che non possa aiutare per un nuovo giudizio di annullamento qualche argomento di revisione, la quale (art. 538, 1°) chiaramente implica la validità attuale della sentenza (42 *bis*).

Manca la querela, manca l'autorizzazione, il p. m. non ha esercitata l'azione, il giudice è andato *ultra petita* (43); forse che meno per questo la sentenza non in termine impugnata è valida ed eseguibile? Non si è opposta la eccezione procedurale dell'art. 387; non si sono richiamati a tempo gli art. 416, 417; non si è opposto con ricorso che il delitto non sussiste perchè a integrarlo manca l'apprezzamento dell'offeso da manifestarsi con la querela; non si son fatti valere insomma i mezzi di impugnazione messi a disposizione dalla legge; e la sentenza allora deve senza eccezione presumersi regolare, ha con sé implicita una valida azione, il giudice era bene investito della causa per il consenso universale, sia di chi poteva disporre dell'azione, sia del soggetto passivo capace di eccezione.

Per curiosità ricordiamo ancora la condanna di un morto, di una persona inesistente, di una persona giuridica non fisica (44); la quale, se non può essere pronunciata con l'intervento in processo del condannato, se non può essergli notificata, se non può essere regolarmente impugnata (45), non può neppure formalmente passare in giudicato. Essa esiste però, poichè se non altro è immutabile, il giudice che l'ha emessa non può ritrarla, o cambiarla; ma solo non è compiuta ed efficace, così come se un processo fosse, troncone senza frutto, interrotto per morte del giudice o per altro accidente.

25. Ultimi restano ormai gli errori nella forma o di pura procedura, sia nella sentenza stessa, sia in tutto l'antecedente procedimento

(42) Cfr. KRUG, 420, contro OETKER, 88.

(42 *bis*) oppure un ricorso nell'interesse della legge, come bene ha opinato la Cassazione in causa Castrichelli, 9 mag, 1914 (*Giust. pen.*, 1914, 1799).

(43) Cfr. KOHLER, 52, contro LÖFFLER, 520; BEILING, § 93.

(44) Cfr. KRUG, 419, OETKER, 88, FRIEDLÄNDER, 341, 358. *Contra*: MICHEL, 52.

(45) Si può discutere se l'ente giuridico abbia facoltà d'impugnare; e si può ritenere che la non impugnazione porti efficacemente spese e danni a carico di esso.

quando possono influire sull'atto decisivo conseguente, per ragione di dipendenza. La legge e la fantasia possono suggerire ai dottrinari della nullità assoluta delle sentenze, un'infinità d'ipotesi: la sentenza mancante di dispositivo; la sentenza senza precedente processo; la sentenza emanata senza concedere alcuna difesa, o conforme gli antichi sistemi inquisitorii; la sentenza non sottoscritta; la sentenza non pronunciata: ecc. (46).

Ma la sentenza mancante di dispositivo non è che una sentenza annullabile; per la espressione letterale dell'art. 414 si potrebbe perfino dubitare che essa resti sanata, se non immediatamente protestata seduta stante; in ogni caso passa in giudicato se non è in tempo impugnata, con alcuni effetti giuridici specialmente desunti dalla motivazione di diritto e di fatto, quando non anche con quello della materiale eseguitività. La sentenza senza processo, la sentenza senza difesa, violano l'art. 136, violano numerose altre disposizioni del codice; ma per tutte queste il codice ha disposto, se pure non siano nullità relative, che la violazione può e deve esserne denunciata in cassazione, con ricorso limitato in forme e termini perentorii, al di là dei quali quindi la sentenza passa irremediabilmente in giudicato, non soggetta neppure al rimedio della revisione concesso soltanto per motivi di merito.

Tutte insomma codeste violazioni, appena siano giuridicamente rilevanti e atte a produrre nullità, possono togliere di mezzo la viziata decisione, possono farla nulla, ma soltanto mediante un apposito e tempestivo giudizio positivo che dichiari non valida la sentenza. La sentenza non sottoscritta (47), la sentenza non motivata (art. 414)

(46) Cfr. MORTARA, Vol. IV, 53; GLASSON cit. da LESSONA; KRUG, LÖFFLER, FRIEDLÄNDER, BIERLING, ecc. *Contra*: MICHEL. Notevole è in proposito anche la *Spiegazione pratica* di ALOISI e MORTARA in calce all'art. 414 (Torino 1915, Vol. II p. 122) per la quale, in senso conforme al nostro, è ritenuta semplicemente annullabile la sentenza mancante dei diversi requisiti essenziali enumerati nell'art. 414. Vi si fa eccezione per la mancanza del dispositivo; ma forse perchè non si distingue ulteriormente la pura mancanza del dispositivo, che lascia sussistere il resto della sentenza e dedurne disposizioni dal giudice di esecuzione, e la mancanza di dispositivo equivalente a una sentenza inesistente comediremo in seguito, al n. 26. Un po' equivoca è invece degli stessi autori la spiegazione dell'art. 558 (ibid. p. 564) dove, pur affermandosi bene e nettamente la non deducibilità delle nullità assolute del giudizio in sede di esecuzione, non è poi troppo chiaro se si ammettono tutte quelle del 414 o la sola mancanza del dispositivo. Infine nella stessa *Spiegazione* è richiamata la giurisprudenza formatasi in occasione del terremoto di Messina, per ritenere esistenti e integrabili le sentenze semplicemente pronunziate nel loro dispositivo e non tradotte in iscritto, nè sottoscritte nè motivate — conforme dunque la nostra opinione.

(47) Bene in proposito ha argomentato la Cassazione nella sent. 29 febbraio 1916, Mazza, Rel. SANTORO: « Quale che sia la violaz. di legge incorsa nella decisione del giudice, se questa non sia stata impugnata nelle forme e termini di legge, ovvero se la impugnazione sia stata rigettata, è esaurita la potestà giurisdizionale del giudice in rapporto alla medesima persona e al medesimo fatto, vien meno la *facultas judicandi* di fronte al giudicato, ne *fiant pene immortales* i giudizi. Quindi la nullità di forma della sentenza del tribunale o della Corte, per mancanza della sottoscrizione di uno dei giudici era relativa e sanabile: basta aver constatato l'esistenza del giudicato per rendere giuridicamente impossibile ogni esame e provvedimento relativo a qualsiasi nullità anche insanabile ». E per la sentenza emanata senza dibattimento cfr. Il sez., 9 gennaio 1912, Roncucci, in *Riv. pen.*, LXXV, 749.

la sentenza contenente le più gravi incoerenze tra motivi e dispositivo tra lo scritto e il pronunziato (48) la sentenza pronunziata dal cancelliere e la sentenza addirittura non pronunziata (art. 412) — esistono tutte anche se viziate, e sono atte a divenire irrevocabili, efficaci, eseguibili.

26. Ma allora, potrà osservare qualcuno, anche se il giudice soltanto pensi o scriva per esclusivo proprio conto la sentenza; se della sentenza non siano state dette nel processo che le prime sacramentali parole o poco più, e poi il soffitto crollando abbia soffocata la voce del giudice; se il giudice abbia per ischerzo o in conversazione con amici al caffè, sentenziato su una causa pendente — anche allora direte che la sentenza è semplicemente annullabile?

No, di certo, qui (49) non esiste sentenza.

Ecco il punto critico della questione. Fin che i sostenitori della nullità assoluta si affannano ad accumulare esempi mostruosi di mancanze dei requisiti legali anche i più essenziali della sentenza, l'avversario ha sempre buon gioco per rispondere: no, tutti codesti vizi rendono la sentenza annullabile, impugnabile fin che volete, ma appunto perchè la sentenza è annullabile e impugnabile, essa dimostra di esistere: per annullarla occorre un procedimento che dichiara la nuova considerazione che ne fa la legge e l'autorità. Ma se, con gli estremi esempi, non si abbia IN FATTO una sentenza, se non sia comunque venuta ad avere una vita esterna, accettabile dalla collettività o dai suoi autorizzati rappresentanti, allora soltanto vi è la famosa nullità assoluta e non rimediabile nè per trascorso di tempo, nè per consensi di alcuno; qui veramente la sentenza non esiste.

Ma è dunque *un fatto* e non una questione di diritto. Gli stessi avversari della nullità assoluta quando, dopo averne combattute le diverse ipotesi, vogliono anch'essi andare a cercare nella legge quale sia la definizione di sentenza o, poichè la legge non ne parla che in riferimento ai difetti e alla impugnazione, quale sia il minimo di esigenze per aversi una decisione atta ad essere impugnata: quando acconsentano a costruire una definizione o a descrivere gli elementi indispensabili per l'esistenza di una sentenza; quando parlino, senza meglio spiegarsi, di elementi costitutivi o di elementi concettuali (50) — cadono o mostrano di cadere anch'essi nel medesimo fondamentale errore. Dall'accennato caso, per esempio, di inesistenza come sentenza

(48) Talora rientranti nel 414, talora rettificabili per il 434 o il 531, talora infine soggette alle stesse norme che regolano le violazioni di diritto materiale (v. retro n. 23).

(49) Salvo sempre, come si vedrà poco più innanzi, che per altri fatti non si debba ritenere il contrario.

(50) Cfr. specialmente CALDA, 362-364; MICHEL, 60-61; BALIGAND, 182, 185; KRIEGSMANN; e R. DE NOTARISTEFANI, *Del giudizio*, nel *Commento al C.P.P.* Torino 1914-16, Vol. VI, n. 77 e 405.

di una opinione espressa intorno a un tavolo di caffè, non si può e non si deve costruire l'elemento del luogo della pronunzia come requisito essenziale per l'esistenza di una sentenza (51); affatto, noi possiamo concepire benissimo una sentenza emanata in un caffè (es.: in occasione di un sopraluogo) e atta a passare in giudicato, almeno quando non sia stata tempestivamente impugnata. La sentenza non esiste soltanto quando l'insieme delle circostanze di fatto dimostrino e persuadano che si trattava solo di uno scherzo o di un discorso irrilevante tra amici.

Similmente la pronunzia non costituisce essa per sé un elemento essenziale di esistenza; la mancanza di pronunzia e di notifica potrà impedire la decorrenza del termine per l'impugnazione e quindi non potrà parlarsi di regiudicata (52); ma la questione si sposta più in là. O in fatto la sentenza esiste, cioè ebbe una manifestazione esteriore (per esempio anche nel verbale); e già si hanno positivi effetti, quali la immutabilità di essa, la cessazione del tribunale dalle sue funzioni di giudice della causa, la possibilità di impugnare già (cioè anche prima della notifica) la sentenza, oltre la possibilità che o la pronunzia o la notifica vicendevolmente si sanino, e la capacità della sentenza a divenire compiuta e atta a passare in giudicato quando la si vorrà regolarmente notificare. O invece non è; ma allora non si tratta di un difetto di pronunzia o di notifica, sì bene del fatto, o di un insieme di circostanze di fatto, dal quale risulta che sentenze in proposito non se ne sono mai avute.

27. Quindi davanti al giudice di esecuzione sarà inutile dedurre qualsiasi difetto giuridico della sentenza. Per quanto grave esso sia, il giudice sempre risponderà che la cosa giudicata gli vieta di esaminare l'eccezione, che quell'errore o quel difetto dovevano essere dedotti nei termini concessi dalla legge per le impugnazioni, che la sentenza da eseguire è ormai quel che è, insanabilmente definitiva.

Potrà concedersi, se del caso, una rettifica d'errore nei limiti di legge, potrà in sede di revisione essere addotto motivo sufficiente per ottenere dalla cassazione l'annullamento, ma non mai chiedersi al giudice di esecuzione di ritenere nulla la sentenza. Potrà anzi lo stesso giudice negare al richiedente pubblico ministero la pretesa esecuzione, potrà, ancora più, negare la possibilità di eseguire e applicare una concreta pena qualsiasi; ma sempre ferma restando e immutabile e valida la denunciata sentenza.

Unica ammissibile eccezione: la sentenza, in fatto, non esiste. Deve allora il giudice di esecuzione assumere o esaminare le dedotte circostanze di fatto, sufficienti e necessarie a stabilire se vi sia o non

(51) Così MICHEL, p. 63, e forse anche BALIGAND, 200, il quale però alternando le diverse richieste mostra di intuire il vero.

(52) Cfr. SHOETENSACK, I. c. e KRIEGSMANN, 486.

un titolo, apprezzarle e dichiarare: è stata emanata o non è stata emanata una sentenza. Se no, cade implicitamente ogni richiesta e ogni possibilità di un effetto qualsia. Se sì, quella sentenza è per lui intangibile e unico fondamento per la esecuzione; la logica e la legge gli aiuteranno a interpretarla e attuarla; la legge gli può imporre di applicare l'ammnistia, gli può imporre di combinare e modificare la quantità della pena secondo le norme del cumulo, gli può proibire la ghigliottina o il bastone, la logica gli può impedire di attribuire a certe espressioni un significato positivo o comprensivo di pratiche attuazioni; ma la sentenza resta sempre imprescindibile e unica. Conforme la legge, cioè entro i limiti e nei modi da essa prescritti, il giudice deve far eseguire quella e quella sola sentenza.

28. Siamo così ritornati alle pratiche e attuali applicazioni di dove ha avuto inizio il nostro studio; e possiamo concludere.

Per l'attuale sistema legislativo le nullità si distinguono in sanabili e insanabili, altrimenti dette anche relative e assolute. Le prime consistono in difetti minori di procedura, per i quali occorre la immediata protesta se si voglia ottenere l'annullamento della sentenza che ne risulti viziata; le seconde invece non abbisognano di immediata protesta, possono essere dedotte anche per la prima volta in cassazione, per ottenere che questo giudice superiore annulli la infetta sentenza. Alle seconde si parificano la violazione della legge materiale, la incompetenza materiale e l'eccesso di potere, tutti motivi i quali possono e devono produrre la cassazione, l'annullamento della sentenza.

Nullità assoluta o nullità insanabile nel linguaggio del codice non vuol dir mai nullità di diritto o inesistenza della sentenza; l'assolutezza e insanabilità si intendono sempre entro i limiti del giudicato, in contrapposto a quelle nullità che subito si sanano appena non siano protestate, anche prima che il procedimento continui e la sentenza abbia ad essere emanata. Perciò quando sieno decorsi i termini utili per proporre l'impugnazione, senza che dall'una o dall'altra parte sia proposta, e senza quindi che il procedimento resti ancora aperto e un nuovo giudice investito della causa, non si può più parlare di nullità nè relative nè assolute, — sempre intendendo codeste espressioni nel significato, linguisticamente erroneo ma sostanzialmente preciso, della legge. La sentenza esiste, è valida e irrevocabile, perchè così attinge il passaggio in giudicato, non ostante gli errori e le imperfezioni che l'affliggano: il sistema vigente preferisce una certezza immediata di rapporti, quando le parti col silenzio vi abbiano consentito, a una ipotetica maggiore giustizia futura a prezzo di un continuo turbamento, di una sempre rinnovata discutibilità degli stessi rapporti.

Esiste, può essere impugnata, può passare in giudicato e avere giuridica rilevanza però soltanto **UNA SENTENZA EMANATA DA UN GIUDICE.**

Se in fatto non si ha una sentenza, o se chi l'ha emanata non è un giudice, nulla esiste che possa essere detto sentenza, quella

entità non può essere impugnata, non può passare in giudicata, non può essere eseguita. Qui soltanto si ha quella che in linguaggio pratico può dirsi nullità assoluta, in linguaggio più concorde con la nomenclatura del vigente diritto positivo, una sentenza inesistente, una non-sentenza.

Perciò dinanzi al giudice di esecuzione è possibile eccepire la non esistenza in fatto di una sentenza, o il difetto della qualità di giudice, la mancanza di giurisdizione, di potestà di giudicare in genere, in colui che pretese emanarla; e di fronte a tal condizione di cose, necessariamente sarà negata ogni esecuzione, per mancanza di un titolo sul quale l'esecuzione stessa possa mai fondarsi. Se invece in fatto una sentenza esista, e un giudice l'abbia emanata, nessuna eccezione più è permessa di nessuna specie, che la tocchi, che la metta in discussione; essa resta fondamento imprescindibile; il giudice vedrà con la legge quale esecuzione possa o non possa essere consentita, ma sempre ferma restando quella sentenza e sempre immutabile.

Corrispondentemente, quando si abbia comunque una sentenza emanata da un giudice e quindi, per mancanza di tempestiva impugnazione, un giudicato, mai sarà permesso di riproporre davanti a un giudice la stessa azione penale cui quella sentenza anche irregolarmente abbia esaurito; anche se sia violata nel modo più grave la legge, anche sieno omesse le più fondamentali garanzie per l'imputato o per la collettività persecutrice, ormai quello e immutabile è il giudicato. Soltanto se non esista in fatto una sentenza, o sia la semplice espressione di un privato, di una persona non investita di giurisdizione, allora è come se non si fosse mai giudicato, allora l'azione penale, salvi gli ordinari limiti della prescrizione, è così viva e vitale e pronta ad essere esercitata e quindi definitiva, come se appena e per la prima volta fosse giunta a cognizione degli organi competenti. Tanto se la pretesa sentenza aveva le apparenze di una assoluzione, quanto di una condanna.

Da una parte dunque le sentenze che esistono, dall'altra quelle che non esistono. Definitive, irrevocabili, ineccepibili le prime, appena decorsi i termini di legge, quale che sia la nullità relativa o assoluta che le affligga, qualunque sia la violata disposizione di legge sostanziale o formale, la quale può essere motivo soltanto di una impugnazione, cioè di una positiva richiesta di annullamento. Inesistenti, irrilevanti le seconde, incapaci di giudicato o di qualsiasi altro effetto, oggetto di eccezione soltanto, contro chi le pretenda esistenti efficaci, mai oggetto di una azione positiva o di un'impugnazione o di un giudizio di annullamento.

Unica eccezione, o per meglio dire una condizione di diritto tutta particolare, è fatta per le sentenze di condanna del giudice speciale: esse non attingono mai la irrevocabilità definitiva del giudicato e nel tempo stesso sono legalmente eseguibili ed efficaci; non sono oggetto della comune impugnazione legata a termine, nè di una eccezione perpetua di invalidità, bensì sempre e in ogni tempo di un ricorso per

annullamento; si tratta in sostanza di una specie di revisione per motivi giuridici, che non ha e non può avere nel nostro diritto altre applicazioni, nè per estensione nè per analogia.

Questa è la legge che ne governa, questo, credo, il diritto che si deve applicare secondo il codice vigente. Si potrà proporre, *de lege ferenda*, una diversa disposizione, si potrà costruire un sistema meglio corrispondente alle esigenze del senso popolare di giustizia, del momento storico attuale, e farvi aleggiare lo spirito di Roma antica; ma intanto si applichi quello che la legge vuole. E con *lege ferenda* si intenda in ogni caso un sistema unico coordinato ed armonico di disposizioni sul giudicato, le impugnazioni, le nullità, l'esecuzione; non la disordinata proposta di colui che, lasciandosi vincere dall'impressione del particolare iniquo caso concreto, ne pretenda il più pronto rimedio, senza tener conto dei danni che ne verrebbero per altri casi o sotto altri aspetti.

GIACOMO MATTEOTTI

*Dottore in legge.*

---





