



**NORME PENALI “CONVENZIONALMENTE ILLEGITTIME” E QUESTIONI
INCIDENTALI DI COSTITUZIONALITÀ IN SEDE ESECUTIVA:
IL DOGMA DEL GIUDICATO SUL VIALE DEL TRAMONTO***

di

Marco Scoletta

*(Ricercatore di Diritto penale
Università degli Studi di Milano)*

28 marzo 2014

1. Con la sentenza n. 210 del 2013 la Corte costituzionale è intervenuta su una questione di diritto penale particolarmente complessa e articolata, che coinvolge il sistema complessivo delle norme, sostanziali e processuali, funzionali a consentire la revoca delle sentenze definitive di condanna inflitte sulla base di una legge che, a seguito di una successiva pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, risulti in conflitto con un diritto fondamentale sancito dalla Cedu (ponendosi pertanto in una situazione sostanziale di c.d. “illegittimità convenzionale”).

L’interesse della decisione trascende pertanto la specifica vicenda normativa oggetto del giudizio per assumere anche rilievo teorico e generale in merito ai rapporti tra diritto nazionale e diritto Cedu, in particolare in relazione alla portata sistematica delle pronunce della Corte di Strasburgo, con specifico riferimento ai potenziali effetti sui rapporti giuridici (teoricamente) intangibili nell’ordinamento interno in quanto cristallizzati in un giudicato irrevocabile di condanna¹.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Numerosi i commenti alla pronuncia qui in esame già pubblicati o in corso di pubblicazione, a conferma del particolare interesse che la sentenza ha suscitato nel dibattito dottrinale tra i penalisti, processualisti e costituzionalisti: cfr. G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *Dir. pen. cont.*, 1 ottobre 2013; F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità*

Da una pur sintetica ricostruzione della concreta vicenda oggetto del giudizio – analiticamente descritta dalla Corte e analizzata da una serie di acuti e approfonditi contributi dottrinali che hanno costantemente monitorato e studiato la questione nelle sue numerose sfaccettature² – occorre tuttavia muovere per comprendere a pieno i termini della questione e cogliere le rilevanti e problematiche implicazioni sistematiche ad essa connesse.

2. Il giudizio *a quo* prendeva le mosse dal ricorso con il quale un soggetto (il signor *Ercolano*), già condannato in via definitiva all'ergastolo (per due omicidi volontari e per reati in materia di armi), aveva presentato al giudice dell'esecuzione istanza di sostituzione della pena perpetua con quella di trenta anni di reclusione, invocando l'identità della propria situazione con quella oggetto della celeberrima sentenza *Scoppola contro Italia*, pronunciata dalla Corte europea nel 2009 (e a seguito della quale il ricorrente – il signor *Scoppola* – aveva ottenuto, appunto, la sostituzione di pena *in bonam partem*).

La vicenda giudiziaria rimessa alla Corte costituzionale nel caso in esame appariva effettivamente scandita – per quanto rilevante ai fini del sindacato di legittimità – dalle seguenti tappe normative e processuali:

della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale, in Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, 2013, 263 ss.; C. PECORELLA, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell'affidamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1430 ss.; A. PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in *Rivista AIC*, 2013, 4; A. SERRANI, *L'adeguamento del giudicato penale in executivis e il difficile rapporto tra giudizio abbreviato ed ergastolo*, in *Arch. pen.*, n. 2/2013; F. VIGANÒ-E. LAMARQUE, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in *Giur. it.*, in corso di pubblicazione.

² Si veda soprattutto il saggio di F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, *ivi*, 10 aprile 2012, dal quale fondamentalmente ha preso le mosse l'ampio dibattito successivo e le cui argomentazioni per molte aspetti sono state riprese dall'ordinanza di remissione delle Sezioni Unite alla Corte costituzionale; nonché successivamente ancora ID., *Giudicato penale e diritti fondamentali*, *ivi*, 18 aprile 2012; G. ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, *ivi*, 16 aprile 2012; a margine delle diverse decisioni intervenute nel corso della vicenda giudiziaria, cfr. anche G. CARLIZZI, *La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del "caso Scoppola" e dei casi analoghi*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2013, 27 ss.; A. GAITO-C. SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1201 ss.; M. GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. pen.*, 2012, 3981 ss.; C. MUSIO, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*, in *Cass. pen.*, 2012, 4003 ss.; C. SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale*, in *Arch. pen.*, 2013, 84 ss., nonché, nell'ambito di una più ampia trattazione, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 3981 ss.

(i) il fatto di reato era stato commesso nella vigenza di una formulazione dell'art. 442 c.p.p. (legge "originaria" o legge del *tempus commissi delicti*)³, che per i reati puniti con l'ergastolo non ammetteva l'accesso al rito abbreviato e ai conseguenti effetti premiali;

(ii) nel corso del processo, tuttavia, il ricorrente aveva fatto richiesta di giudizio abbreviato sfruttando l'entrata in vigore della legge n. 479/1999 (*lex intermedia* favorevole), che (re)introduceva la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella a trent'anni di reclusione come effetto premiale per l'adesione al rito speciale;

(iii) a conclusione del giudizio, tuttavia, l'imputato veniva comunque condannato all'ergastolo, perché nelle more della decisione era entrato in vigore il d.l. n. 341/2000 (convertito in l. n. 4/2001) (*lex iudicii*, cioè la legge vigente al momento del giudizio), che, in via di interpretazione autentica, da una parte stabiliva come il riferimento alla pena dell'ergastolo nella nuova formulazione dell'art. 442 c.p.p. dovesse essere specificamente inteso all'ergastolo "senza isolamento diurno" (art. 7, comma 1) e dall'altra aggiungeva, intervenendo additivamente sul testo del comma 2 dell'art. 442 c.p.p., che in caso di ergastolo "con isolamento diurno", comminata nelle ipotesi casi di concorso di reati o di reato continuato, la pena dovesse essere invece sostituita con quella dell'ergastolo senza isolamento diurno (art. 7, comma 2).

Si tratta pertanto di una situazione del tutto omogenea a quella oggetto del caso *Scoppola*, in relazione alla quale – come noto – la Corte di Strasburgo ha riscontrato la violazione di ben due principi fondamentali sanciti dalla Convenzione europea dei diritti umani⁴. In estrema sintesi, nella decisione relativa a tale speculare vicenda processuale, la Corte ha infatti riconosciuto: (a) la violazione dell'art. 7 Cedu (*Nullum crimen sine lege*), perché l'applicazione della *lex iudicii* – conformemente alla regola di diritto processuale intertemporale del *tempus regit actum* – avrebbe violato il principio di retroattività della legge penale sostanziale (anche *intermedia*) favorevole, innovativamente riconosciuto come corollario della legalità penale europea; (b) dell'art. 6 Cedu (equo processo), perché sarebbe stato leso il legittimo affidamento dell'imputato nei vantaggi processuali (in termini di sconto

³ Tale formulazione, peraltro, era quella risultante dalla pronuncia della Corte Costituzionale (C. Cost. n. 176 del 1991) che aveva dichiarato illegittima, per eccesso di delega, proprio la previsione – contenuta nella disposizione dell'art. 442, comma 2, c.p.p. – della sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trenta anni di reclusione nel caso di giudizio abbreviato.

⁴ C.edu, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 356 ss., con note di S. BUZZELLI e C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*; si vedano anche le note di G. ICHINO, *L'"affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2010, 832 ss. e di M. GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, *ivi*, 2010, 2020 ss.

sanzionatorio: trent'anni di reclusione in luogo dell'ergastolo) legati alla decisione di accedere al rito abbreviato con conseguente rinuncia a determinate garanzie processuali.

In forza di tale pronuncia, il signor *Scoppola* aveva esperito ricorso straordinario per cassazione ex art. 625-bis c.p.p., ottenendo dalla Suprema Corte – in attuazione, ex art. 47 Cedu, della misura specifica di *restitutio in integrum* imposta dalla Corte di Strasburgo – la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella a trent'anni di reclusione⁵. A fronte di analoga richiesta presentata dal signor *Ercolano*, questa volta in fase esecutiva ex art. 666 e 670 c.p.p., il giudice dell'esecuzione ha invece rigettato l'istanza, rilevando come nel caso *de quo*, a differenza di quello *Scoppola*, non fosse stata accertata alcuna *specificata violazione* delle disposizioni della Cedu che potesse costituire titolo idoneo a legittimare l'intervento modificativo della pena irrogata con sentenza passata in giudicato (sarebbe mancato, pertanto, il 'titolo esecutivo' costituito da una specifica pronuncia della Corte europea dichiarativa della violazione convenzionale)⁶. Il ricorso per cassazione avverso tale diniego è stato quindi dirottato – alla luce della speciale importanza della questione⁷ – al giudizio delle Sezioni Unite⁸.

“Figli di un dio minore?”⁹ ci si è chiesti, nelle more di tale pronuncia, stigmatizzando la situazione di tutti i casi analoghi a quello del signor *Ercolano*, cioè i “fratelli minori”¹⁰ di *Scoppola* che, per il solo fatto di non aver avuto la lungimiranza di presentare (già nel 2000) un tempestivo ricorso alla Corte europea, sarebbero ingiustamente costretti a continuare a subire, ancora oggi, la pena della perpetua privazione di libertà di cui è stata acclarata la contrarietà con i principi fondamentali della materia penale (artt. 6 e 7) sanciti Convenzione europea dei diritti umani.

Le Sezioni unite, tuttavia, sollevando la questione di legittimità decisa della pronuncia qui in commento, hanno ritenuto che la parola definitiva sulla delicata vicenda spettasse alla Corte

⁵ Cfr. Cass., 11 febbraio 2010, *Scoppola*, in *Cass. pen.*, 2010, 3389 ss.

⁶ Nello stesso senso già Cass., 18 gennaio 2011, Raffaelli, in *C.e.d.*, n. 249328, che prospetta, in caso contrario, il rischio di una “disastrosa disarticolazione del sistema delle impugnazioni” ed il definitivo tramonto della *firmitas* giudicato penale; nello stesso senso anche C. Ass. Caltanissetta, 18 novembre 2011, in *Dir. pen. cont.*, 6 aprile 2012.

⁷ In realtà, si registrano anche sentenze in cui la Cassazione, pronunciandosi sui ricorsi presentati da alcuni “fratelli minori” di *Scoppola*, aveva dato *diretta applicazione* alla sentenza *Scoppola* per sostituire la pena dell'ergastolo con quella della reclusione a trent'anni (senza porsi affatto il problema della ‘sorte’ dell'art. 7 d.l. n. 341/2000): in tal senso, ad esempio, Cass., Sez. I, 10 gennaio 2012, n. 25227, in *C.e.d.*, n. 253093; cfr. G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta*, cit., 3.

⁸ Cass., Sez. un., 10 settembre 2012, n. 34472, *Ercolano*, in *Dir. Pen. Cont.*, 12 settembre 2012, con nota di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*.

⁹ Così, icasticamente, F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore?*, cit.

¹⁰ Cfr. G. ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, cit.; la stessa efficace espressione è stata poi ripresa da A. PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli*, cit.

Costituzionale: il Supremo Collegio, infatti, da una parte riconosce che anche il signor *Ercolano* (come tutti i fratelli minori di *Scoppola*) avrebbe pieno diritto, sulla base della pronuncia della Corte europea nell'*affaire Scoppola*, alla rideterminazione favorevole della pena, dovendo essere considerato anch'egli 'vittima' di una violazione di propri diritti fondamentali (sanciti agli artt. 6 e 7 Cedu) che lo Stato è tenuto a rimuovere "anche a costo di porre in crisi il dogma del giudicato"; d'altra parte, tuttavia, individua negli artt. 7 e 8 del d.l. n. 341/2000 l'ostacolo normativo che si frappone all'accoglimento della legittima pretesa del ricorrente: l'espressa qualifica legislativa della previsione dell'art. 7, comma 1, in termini di "interpretazione autentica" inibisce infatti un intervento diretto e autonomo del giudice ordinario, in quanto l'adeguamento agli obblighi convenzionali si risolverebbe non in una mera interpretazione conforme ma in una operazione di autentica disapplicazione normativa, non consentita per risolvere i casi di contrasto tra diritto Cedu e norme nazionali (conformemente al 'sistema' fondamentalmente disegnato dalla Corte costituzionale nelle c.d. "sentenze gemelle": C. Cost. n. 348 e 349 del 2007¹¹). La strada da percorrere, secondo le Sezioni Unite, non avrebbe potuto che essere, pertanto, quella della questione di legittimità costituzionale delle norme di legge che hanno (illegittimamente) imposto l'applicazione *in malam partem* della pena dell'ergastolo: gli artt. 7 e 8 del d.l. n. 341/2000 contrasterebbero sia con l'art. 117, comma 1, Cost. – attraverso il quale assumono rilevanza parametrica gli artt. 6 e 7 della Cedu (secondo lo schema del parametro interposto) – sia con l'art. 3 Cost. – sotto il profilo della *ragionevolezza*, per violazione del legittimo affidamento nella pena conseguente all'adesione al rito abbreviato, e della *ingiustificata disparità di trattamento* tra soggetti che versano in una identica posizione sostanziale. Quanto alla rilevanza della questione nel procedimento *a quo*, l'ordinanza di rimessione richiamava l'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953, che, in caso di accoglimento, avrebbe consentito di intervenire sul giudicato impedendo "anche l'esecuzione della pena o della frazione di pena inflitta in base alla norma dichiarata costituzionalmente illegittima".

¹¹ In *Giur. cost.*, 2007, 3475 ss., con note di M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*; A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*; V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*. Il tracciato segnato dalle sentenze gemelle è stato poi successivamente percorso e sviluppato, tra le altre, da C. cost., n. 39 del 2008; n. 311 del 2009 (con nota di M. MASSA, *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive* *ivi*, 4657); n. 317 del 2009 (con nota di G. UBERTIS, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*, *ivi*, 4765; n. 80 del 2011 (con nota di A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it, 23 marzo 2011).

Da quanto illustrato, risulta chiaro come molteplici e delicati fossero i profili sui quali la Corte costituzionale era chiamata, direttamente o incidentalmente, a pronunciarsi¹². Al di là dell'oggetto diretto della questione di legittimità (sulla cui fondatezza nel merito, se valutata alla luce delle chiare statuizioni della sentenza Scoppola, pochi dubbi si potevano effettivamente nutrire) si trattava infatti – come già anticipato nell'*incipit* delle presenti note – di definire, tra l'altro, la portata all'efficacia sistematica della giurisprudenza di Strasburgo nell'ordinamento interno, la tenuta del giudicato penale nazionale formatosi sulla base di una norma che si riveli *ex post* contrastante con il diritto convenzionale, nonché di prendere posizione sui confini discretivi tra interpretazione conforme (consentita al giudice ordinario) e disapplicazione della norma nazionale convenzionalmente illegittima (non consentita), con particolare riferimento alle leggi - almeno formalmente – di interpretazione autentica.

3. La prima e importante affermazione della Consulta – una volta circoscritto l'oggetto specifico della questione al comma 1 dell'art. 7 d.l. n. 341/2000¹³ – attiene al valore normativo dei precedenti della Corte europea, in relazione alla possibilità che possano dispiegare effetti generali nell'ordinamento nazionale, potendo essere utilizzati anche per disciplinare casi analoghi (“che presentano le stesse caratteristiche”) rispetto a quelli oggetto di specifico (e tempestivo) ricorso e conseguente pronuncia dichiarativa della violazione di un diritto fondamentale nel caso concreto. I giudici remittenti precisano come tali effetti generali debbano essere attribuiti alle c.d. “sentenze-pilota” della Corte europea, caratterizzate dal fatto che, oltre ad accordare un'equa soddisfazione alla vittima e ad indicare allo Stato membro le *misure individuali* strumentali a sanare la violazione convenzionale nel caso concreto, impongono anche l'adozione di *misure di carattere generale*, funzionali a rimuovere gli ostacoli normativi riscontrati nel caso concreto (e che, evidentemente, impediscono il generale rispetto dei principi convenzionali nell'ordinamento interno e determinano altrettante violazioni ogni volta in cui trovano applicazione normativa)¹⁴.

¹² Lo sottolineava F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono*, cit., 3.

¹³ In quanto solo tale specifica disposizione – disponendo (attraverso l'etichetta della interpretazione autentica) la sostanziale retroattività *in malam partem* del nuovo assetto sanzionatorio del rito abbreviato – integrerebbe quella violazione strutturale dell'art. 7 Cedue, denunciata dalla Corte europea nella sentenza *Scoppola*.

¹⁴ Tale tipologia di pronunce – benché già in passato utilizzata dalla Corte: cfr. ad esempio C.edu, GC, 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia* – trova oggi disciplina specifica nell' art. 61 del Regolamento della Corte entrato in vigore il 1° aprile 2011; nei confronti dell'Italia, si veda da ultimo, in materia di sovraffollamento carcerario, C.edu, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013, con nota di F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*.

A tale tipologia di pronunce, secondo le Sezioni Unite, sarebbe “sostanzialmente” ascrivibile anche la sentenza *Scoppola*, dalla quale sarebbe derivato per lo Stato italiano anche l’obbligo di intervenire sulla disposizione normativa oggetto di censura, la cui applicazione retroattiva (imposta dal suo carattere di “legge di interpretazione autentica”) si porrebbe puntualmente in contrasto, nelle ipotesi speculari a quelle oggetto della vicenda *Scoppola*, con gli artt. 6 e 7 Cedu.

La Corte costituzionale accoglie l’argomentazione dei giudici remittenti, ma aggiusta parzialmente il tiro, precisando che il riferimento alle sentenze pilota, nel caso di specie, “non è puntuale”. Tale tipologia decisoria, secondo la Corte, sarebbe evidentemente caratterizzata da una *espressa indicazione* delle norme interne in contrasto con i principi convenzionali e da un chiaro riferimento alle “misure generali” da adottare, che viceversa mancano nella sentenza *Scoppola*, nella quale si fa esclusivo riferimento alle misure di carattere individuale. Tuttavia, di là dalla disputa nominalistica, la sostanza di tale decisione è proprio quella delle sentenze pilota: secondo la Consulta, infatti, “non è necessario che le sentenze della Corte EDU specificino le misure generali da adottare per ritenere che esse, pur discrezionalmente configurabili, costituiscano comunque una necessaria conseguenza della violazione strutturale della Cedu da parte della legge nazionale”. I giudici costituzionali – questo è il dato decisivo – concordano quindi sul fatto che le obbligazioni sistematiche derivanti dal disposto della sentenza *Scoppola* impongano allo Stato di intervenire per rimuovere gli ostacoli normativi e assicurare il rispetto della Cedu “nei confronti di tutti i condannati che si trovano nelle medesime condizioni di Scoppola” (indipendentemente dall’esperimento di uno specifico e tempestivo ricorso alla Corte di Strasburgo).

A differenza che nelle sentenze formalmente ‘pilota’, in questi casi allo Stato sarebbe tuttavia concesso un certo “margine di apprezzamento” nella determinazione delle misure strumentali all’adempimento del vincolo convenzionale, ma ciò non toglie che il “contenuto rilevante” della decisione giurisprudenziale – “vale a dire la parte di essa rispetto alla quale si forma l’obbligo posto dall’art. 46 paragrafo 1 della Cedu” – abbia “una portata più ampia di quella che, per quanto concerne specificamente la violazione riscontrata, emerge dal dispositivo”¹⁵. D’altra parte, la Corte fa significativamente notare come, all’indomani della sentenza *Scoppola*, lo Stato italiano avesse dato comunicazione al Comitato dei Ministri del Consiglio

¹⁵ Cfr. F. VIGANÒ-E. LAMARQUE, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, cit., 10, secondo i quali “entrambe le nostre supreme Corti [Cassazione e Consulta] fanno discendere dalla sentenza di Strasburgo quegli effetti dirompenti sull’ordinamento italiano che la stessa Corte europea si era consapevolmente astenuta dal richiedere, limitandosi, come si è detto, a prevedere le misure individuali a favore del signor Scoppola, ed evitando invece di utilizzare nel caso di specie lo strumento più incisivo della sentenza-pilota”.

d'Europa – quale organo preposto al controllo dell'esecuzione delle pronunce della Corte europea – non solo delle pronunce giurisdizionali relative alla vicenda processuale del signor *Scoppola* relativamente alla sostituzione della pena dell'ergastolo con quella a trenta anni di reclusione (misura *individuale*), ma anche dell'«effetto diretto» accordato dai giudici italiani alle sentenze della Corte europea, idoneo ad essere invocato ed utilizzato in sede giurisdizionale, eventualmente anche in fase di esecuzione delle pena, per uniformare alle statuizioni della Corte di Strasburgo le situazioni analoghe a quella specificamente oggetto del ricorso (misura *generale*).

Sul piano generale dei rapporti tra ordinamenti giuridici, le suddette affermazioni della Corte costituzionale puntualizzano un profilo forse non proprio innovativo¹⁶, ma la cui piena valorizzazione può essere densa di conseguenze sistematiche: *tutte* le sentenze della Corte europea che riconoscono una violazione della Convenzione da parte dello Stato italiano dovranno essere interpretate *anche* dal punto di vista della possibile violazione strutturale della normativa nazionale, rispetto alla quale lo Stato sarà tenuto ad assumere le contromisure generali per sanare definitivamente il conflitto normativo da cui origina la violazione. Non si tratta certo di un generalizzato effetto *erga omnes* analogo a quello delle pronunce della Corte costituzionale - per le ragioni e i limiti che saranno meglio illustrati di seguito - ma viene nondimeno sfatata la tesi che vorrebbe circoscrivere strettamente la portata delle sentenze della Corte europea al caso concreto oggetto del giudizio. Al contrario, come illustrato, a tali pronunce viene espressamente attribuito un valore normativo/parametrico che esorbita dai confini del procedimento *a quo* – oggetto di specifico ricorso – per dispiegare i propri effetti in relazione a tutti i casi analoghi (*rectius*: identici), caratterizzati cioè dalla medesima relazione logico-normativa, nel caso concreto, tra violazione del diritto convenzionale e applicazione della norma nazionale. In queste ipotesi, dalla giurisprudenza della Corte europea deriva *direttamente* un obbligo in capo allo Stato, rilevante ai sensi dell'art. 46 Cedu, di adeguare la propria normativa (che risulta, appunto, “convenzionalmente illegittima”) ai vincoli di conformità ai principi fondamentali della Convenzione.

Diversamente, in tutti gli altri casi – non riconducibili a tale rapporto di sostanziale omogeneità con il *decisum* di una pregressa decisione della Corte europea – i precedenti di Strasburgo potranno essere utilizzati (al pari delle decisioni pronunciate nei confronti di Paese terzi) sul piano ermeneutico del significato di una norma convenzionale – ai fini, ad esempio, della interpretazione conforme di una norma nazionale o anche per definire il contenuto del

¹⁶ A ben vedere, infatti, la Corte costituzionale, già nelle “sentenze gemelle” del 2007, aveva sottolineato il potenziale valore generale, sul piano ermeneutico e su quello parametrico, delle sentenze della Corte europea.

parametro interposto di legittimità costituzionale - ma non potranno fondare, in assenza di una specifica pronuncia della Corte europea sul caso specifico, un obbligo per lo Stato sanzionabile ai sensi dell'art. 46 Cedu. A ben vedere, nelle questioni incidentali di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. relative a casi identici a quello già deciso a Strasburgo, il parametro convenzionale interposto *dovrebbe essere integrato* proprio dal riferimento anche all'*art. 46 Cedu*: in tali ipotesi paradigmatiche – alle quali è ascrivibile quella qui esaminata – le violazioni dei vincoli internazionali alle quali lo Stato sarebbe esposto non sono solo quelle specificamente integrate dalla norma censurata (nel caso *de quo* gli artt. 6 e 7 Cedu) ma, appunto, anche quella dell'art. 46 Cedu, che impone allo Stato l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea, anche in relazione alle misure generali che risultino conseguentemente necessarie per adeguare la normativa interna al diritto Cedu.

4. L'aspetto più delicato e complesso della ricostruzione sistematica degli effetti delle pronunce della Corte europea prospettata dalla Corte costituzionale attiene al trattamento dei fatti già passati in giudicato sulla base della norma risultante *ex post* convenzionalmente illegittima (alla luce della violazione strutturale rilevata dalla Corte di Strasburgo). Si tratta proprio della questione che la Consulta ha dovuto affrontare in via preliminare per decidere la vicenda sottoposta al suo giudizio: l'obiettivo di rendere giustizia al ricorrente attraverso l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 7 d.l. n. 340/2000 – dal cui accoglimento sarebbe derivata l'illegittimità della pena dell'ergastolo irrogata retroattivamente al posto di quella a trent'anni di reclusione – si scontrava, infatti, con il principio generale della “intangibilità del giudicato”, che rende teoricamente inoppugnabili gli effetti giuridici prodotti da una sentenza definitiva, anche qualora relativa a “fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l'illegittimità convenzionale ma che non sono state denunciate alla Corte EDU”.

Nella prospettiva del giudizio di costituzionalità, tale profilo assume un'importanza decisiva ai fini della stessa valutazione di ammissibilità della richiesta incidentale, in quanto lo sbarramento opposto dal giudicato di condanna agli effetti della eventuale pronuncia di accoglimento costituirebbe un fattore di assoluta irrilevanza della questione, destinata a non avere alcuna incidenza nel procedimento *a quo*.

La Corte costituzionale, entrando nel merito di tale problematica, ammette la “radicale differenza” esistente tra coloro che, a fronte di un giudicato interno di condanna ritenuto convenzionalmente illegittimo, esperiscono tempestivamente il ricorso alla Corte europea e coloro che, invece, non eccepiscono alcuna violazione di principi fondamentali della Cedu,

cristallizzando così definitivamente il *decisum* nazionale anche rispetto ai rimedi giurisdizionali del sistema convenzionale europeo. Non solo, ma i giudici costituzionali riconoscono il valore del “giudicato” – e le barriere che esso legittimamente pone – anche ponendosi nella prospettiva della stessa Corte di Strasburgo, che proprio nella sentenza *Scoppola* ha confermato la piena legittimità di tale limite alla efficacia retroattiva delle modifiche normative favorevoli (*lex mitior*) nella materia penale¹⁷.

Tuttavia – prosegue e puntualizza la Corte – è sul piano sistematico dell’ordinamento interno che è possibile valutare l’esistenza di una deroga al principio della intangibilità del giudicato che possa essere legittimamente estesa al caso in esame: la *firmitas* del giudicato, infatti, sottende sì un “intrinseco” valore costituzionale, ma bilanciabile e comprimibile a fronte di altrettanti valori (parimenti costituzionali) prevalenti e ad esso opponibili. Ne costituiscono conferma, tra l’altro, le previsioni normative dell’art. 2 c.p., commi 2 e 3 c.p., che – in caso di *abolitio criminis* (comma 2) e di modifica normativa che comporti la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria (comma 3) – attribuiscono prevalenza alla libertà personale rispetto all’interesse alla certezza dei rapporti giuridici sotteso alla irremovibilità del giudicato. Un’ulteriore ipotesi di cedevolezza del giudicato penale è poi quella della sentenza di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, che – ai sensi dell’espresso disposto dell’art. 30, comma 4, l. n. 87/1953 – fa cessare l’esecuzione delle decisioni irrevocabili (e di tutti gli effetti penali) emesse in applicazione della norma dichiarata illegittima. Anche a questa ipotesi, oltre che a quella di *abolitio criminis*, fa infatti specifico riferimento l’art. 673 c.p.p., che attribuisce al giudice dell’esecuzione il potere di revoca delle sentenze passate in giudicato.

Ebbene, proprio nel campo di applicazione definito dal suddetto art. 30, comma 4, l. n. 87/1953 – con specifico riferimento alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice – la Corte costituzionale, aderendo alla prospettazione delle Sezioni Unite remittenti, ritiene che possa rientrare anche il caso delle norme penali convenzionalmente illegittime; in particolare, tale norma sarebbe idonea a legittimare l’intervento giurisdizionale funzionale alla modifica della pena definitiva, “quando la misura di questa è prevista da una norma di cui è stata riconosciuta l’illegittimità convenzionale, e quando tale riconoscimento sorregge un giudizio altamente probabile di illegittimità

¹⁷ Cfr. C.edu, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., § 109, dove si precisa che il principio fondamentale di retroattività della legge favorevole “si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori *adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva* sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all’imputato”; sul punto cfr. M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in Paliero-Viganò, *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, 273 ss.

costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.”. In sostanza, conclude la Consulta, la presenza di un giudicato penale non costituisce un “ostacolo insuperabile” al doveroso adeguamento al diritto convenzionale e alla rimozione delle violazioni di diritti fondamentali riconosciuti dalla Cedu; le decisioni della Corte europea che individuano una violazione strutturale della normativa nazionale – che abbia trovato applicazione in sentenze penali di condanna divenute irrevocabili – costituiscono quindi un'altra di quelle “sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato” rispetto alle quali il valore del giudicato deve essere reputato costituzionalmente “recessivo”.

La conclusione della Corte, pienamente condivisibile nel risultato (di consentire la revoca o la correzione di sentenze definitive fondate su norme convenzionalmente illegittime), desta invece qualche perplessità nel ragionamento argomentativo che ne costituisce il fondamento. Come illustrato, la Corte ritiene che il limite del giudicato sia *legittimo* nella prospettiva convenzionale e invece *superabile* nella prospettiva sistematica interna. Come dire che, se nell'ordinamento giuridico nazionale non fosse stata individuata la finestra dell'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, l'irrevocabilità delle pene irrogate (con sentenza passata in giudicato) sulla base di norme convenzionalmente illegittime sarebbe stato un esito legittimo e insuperabile. In realtà, a nostro parere, il diritto convenzionale non tollererebbe affatto tale conclusione. La sentenza *Scoppola*, richiamata dalla Corte costituzionale per affermare la legittimità del giudicato nel contesto della Cedu, fa riferimento ad un'ipotesi di successione normativa intertemporale ben diversa rispetto a quella oggetto della vicenda *de quo*, rispetto alla quale è necessario operare un importante *distinguishing*. In quel caso, infatti, il ragionamento della Corte europea, nel momento in cui riconosceva il rango convenzionale del principio di retroattività della *lex mitior*, ruotava chiaramente attorno all'ipotesi fisiologica di successione diacronica di leggi penali “legittime”, in merito alla quale la Corte ammetteva il limite del giudicato penale (rispetto alla retroattività di leggi favorevoli entrate in vigore dopo la sentenza definitiva). Nel caso qui in esame, viceversa, la successione normativa rappresenta un'ipotesi patologica, in quanto caratterizzata dalla illegittimità della legge sulla base della quale si è formato il giudicato di condanna. Nel primo caso, la sentenza irrevocabile cristallizza una decisione legittima, che nella prospettiva dell'art. 7 Cedu può ‘resistere’ ad una *lex mitior* successiva; nel secondo caso, invece, il giudicato incorpora una decisione viziata *ab origine*, il cui mantenimento, anche a seguito della dichiarazione di illegittimità della norma ivi applicata, equivale a perpetrare e reiterare l'ingiustizia originaria (benché ‘acclarata’ da una pronuncia dichiarativa della violazione).

La possibilità di intervenire sul giudicato può allora trovare solido fondamento non solo (e non tanto) nel principio di retroattività della *lex mitior* successiva, ma autonomamente e soprattutto nella necessità di rimuovere (o di correggere) una *sentenza di condanna intrinsecamente illegittima*, tanto più quando tale illegittimità abbia il significato di una violazione di un “diritto fondamentale” della persona. Nella prospettiva della Convenzione europea tale affermazione può trovare ancoraggio comunque nell’art. 7, nella parte in cui il principio di legalità pretende che la norma penale sia caratterizzata da una sufficiente *legal basis*, cioè non poggi la propria validità sulla flagrante inosservanza di norme gerarchicamente superiori e non costituisca un’applicazione arbitraria della disposizione di legge al caso concreto¹⁸. Una pena irrogata sulla base di una norma “convenzionalmente illegittima” integra evidentemente una violazione dell’art. 7 per carenza di *legal basis*, per rimuovere la quale – a nostro parere – la Cedu non solo tollera, ma vieppiù *esige* la previsione di deroghe al limite del giudicato.

5. L’attenzione delle Corte, una volta superato lo scoglio del giudicato, si sposta sul piano delle concrete modalità attraverso le quali adempiere all’obbligo di conformazione ai vincoli convenzionali, cioè sull’individuazione degli strumenti processuali idonei a consentire l’intervento correttivo sul giudicato penale.

Viene esclusa, in primo luogo, la percorribilità del procedimento di revisione ex art. 630 c.p.p. (come modificato da Corte Cost. n. 113 del 2011¹⁹), non essendo necessaria – nel caso in esame – la riapertura del processo funzionale ad un nuovo giudizio di cognizione nel merito. Impercorribile, secondo i giudici costituzionali, è anche la via del ricorso straordinario per cassazione (ex art. 625-*bis* c.p.p.), benché utilizzato nel caso *Scoppola* proprio ai fini della sostituzione della pena dell’ergastolo, dichiarata convenzionalmente illegittima, con quella a trenta anni di reclusione²⁰: la Corte, infatti, puntualizza come tale rimedio sia utilizzabile *esclusivamente* per dare attuazione ad una pronuncia della Corte europea, che – a seguito di

¹⁸ Sul significato e le implicazioni del requisito della *legal basis* della legge penale nella prospettiva dell’art. 7 Cedu, si veda ancora M. SCOLETTA, *La legalità penale*, cit., 218 ss.

¹⁹ Sulle implicazioni sistematiche di tale importante decisione si vedano le note di G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2011, 1523 ss.; M. GIALUZ, *Una sentenza «additiva di istituto»: la Corte costituzionale crea la «revisione europea»*, ivi, 2011, 3308 ss.; P. RIVELLO, *La Corte costituzionale interviene sull’istituto della revisione al fine di garantire l’obbligo di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1173 ss.; S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all’obbligo di conformarsi alle condanne europee: l’inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*, in *Giur. cost.*, 2011, 1560.

²⁰ Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, *Scoppola*, cit.

tempestivo ricorso dell'individuo condannato in via definitiva – abbia individuato una *specifica violazione* dei principi convenzionali nel caso concreto sottoposto al suo giudizio.

Il meccanismo procedurale da intraprendere è invece individuato nel procedimento di esecuzione – correttamente attivato, quindi, nel giudizio *a quo* – nell'ambito del quale al giudice sono riconosciuti (ai sensi degli artt. 669 ss.) anche i poteri necessari per incidere sul titolo esecutivo²¹, quantomeno nei casi, analoghi a quello in esame, in cui non è necessario un nuovo accertamento di merito, essendo sufficiente provvedere ad un mero intervento di rideterminazione della pena.

Il giudice dell'esecuzione – ed è questo un passaggio fondamentale della sentenza – non potrà tuttavia intervenire in via autonoma sul titolo esecutivo, cioè *direttamente* sulla base della sentenza della Corte di Strasburgo che pure abbia individuato una violazione strutturale nelle normativa nazionale (idonea astrattamente ad inficiare, come illustrato, il giudicato di condanna). Una lettura solo parziale della decisione in esame – limitata cioè alle affermazioni svolte in chiusura del § 7.3 – potrebbe creare l'illusione che il riferimento decisivo all'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953 (e il sostanziale parallelismo tra illegittimità costituzionale e illegittimità convenzionale) attribuisca direttamente al giudice dell'esecuzione tale potere di intervento correttivo sul titolo esecutivo, esattamente come accade a seguito della dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice (ai sensi dell'art. 673 c.p.). Aderendo a tale impostazione, nel caso in esame il giudice adito in fase esecutiva avrebbe potuto sostituire immediatamente la pena dell'ergastolo con quella di trent'anni di reclusione, in ragione delle inequivoche statuizioni della sentenza *Scoppola* relativamente alla illegittimità convenzionale dell'art. 7 d.l. n. 341/2000; statuizioni che effettivamente – riprendendo le parole della Consulta – possono *ex se* sorreggere “un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.”.

Senonché è la Corte stessa, proseguendo nell'argomentazione, a precisare il significato delle proprie affermazioni, smentendo inequivocabilmente tale conclusione. La possibilità di un ricorso diretto all'art. 673 c.p.p. – applicabile eventualmente in via analogica per dare attuazione alle sentenze della Corte di Strasburgo che evidenzino un'ipotesi di illegittimità convenzionale nella normativa interna – non è neppure presa in considerazione dalla Corte costituzionale, che invece ritiene *imprescindibile*, anche in queste ipotesi (di incostituzionalità

²¹ La Corte, infatti, sottolinea “l'ampiezza dei poteri ormai riconosciuti dall'ordinamento processuale”, in quanto il giudice dell'esecuzione “non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (artt. 669, 670, comma 3, 671, 672 e 673 cod. proc. pen.)”.

“altamente probabile”) il ricorso ex art. 136 Cost. all’incidente di costituzionalità della norma interna convenzionalmente illegittima. Ecco allora la “rilevanza” della questione nel caso di specie: solo in forza della dichiarazione di illegittimità dell’art. 7, comma 1, d.l. n. 341/2000 è possibile attivare in fase esecutiva il procedimento di sostituzione della pena dell’ergastolo – irrogata nel giudizio *a quo* in applicazione di una norma dichiarata illegittima – con quella a trenta anni di reclusione. In sostanza, la questione di illegittimità convenzionale viene riportata sui classici binari della illegittimità costituzionale (secondo lo schema di sindacato tracciato dalle sentenze gemelle del 2007) e come tale normalmente ‘trattata’ nei suoi riflessi sulle sentenze di condanna passate in giudicato ai sensi dell’art. 673 c.p.p.²². Tale conclusione, d’altra parte, risulta pienamente coerente con quanto la Corte già afferma – nella sentenza in esame – nel rigettare l’eccezione di inammissibilità sollevata dal Governo e cioè l’impossibilità per il giudice dell’esecuzione di disapplicare autonomamente la norma nazionale contraria al diritto convenzionale (secondo il diverso meccanismo – che trova fondamento teorico nell’art. 11 Cost. – specificamente regolativo dei rapporti con l’ordinamento comunitario).

Né, evidentemente, la Corte ha ritenuto che l’adeguamento normativo potesse legittimamente avvenire, come pure era stato suggerito in dottrina²³, per via di interpretazione conforme alle

²² La Corte ha dato evidentemente per scontato che l’art. 673 c.p.p. fosse utilizzabile non solo per “revocare” la sentenza definitiva di condanna a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice – ipotesi alla quale fa espressamente ed esclusivamente riferimento la disposizione codicistica – ma anche per rideterminare e sostituire la pena che risulti illegittima a seguito di una pronuncia di incostituzionalità; le Sezioni Unite remittente hanno quindi recepito le indicazioni della Corte costituzionale confermando la possibilità in capo al giudice dell’esecuzione, di sostituire (ex art. 673 c.p.p.) la pena irrogata sulla base della norma penale dichiarata illegittima: Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano (inf. provv.). Tale possibilità, peraltro, è stata già avallata dalla Corte di Cassazione, in relazione alla rideterminazione della pena conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una circostanza aggravante: cfr. Cass., Sez. I, 13 gennaio 2012, n. 977, Hauohu, in *Dir. pen. cont.*, 19 gennaio 2012, con nota di M. SCOLETTA, *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell’esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all’aggravante costituzionalmente illegittima*; sul punto, si veda anche F. VIGANÒ-E. LAMARQUE, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, cit., 5 s. (del dattiloscritto): “Nulla di radicalmente nuovo, del resto: si tratta in fondo della stessa operazione che il giudice dell’esecuzione è *ex lege* (in forza dell’art. 673 c.p.p.) chiamato a compiere allorché la Corte costituzionale dichiara l’illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, sulla cui base l’imputato è stato condannato e sconta attualmente la propria pena”. Decisamente *contra*, invece, M. GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato*, cit., 3999, che denuncia un’operazione assolutamente creativa della giurisprudenza; già criticamente ID., *Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna*, in *Cass. pen.*, 2012, 1664 ss.; si vedano anche, in senso problematico sulla questione, le interessanti osservazioni di F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena*, cit., 284 ss.

²³ Cfr. F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore?*, cit., 22; da ultimo ancora, ribadendo tale opinione a commento della sentenza della Corte costituzionale, F. VIGANÒ-E. LAMARQUE, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, cit., 5 s. (del dattiloscritto), motivando sulla base dell’argomento che in questo caso non di una (inammissibile) disapplicazione normativa si sarebbe trattato, bensì di una (ammissibile) interpretazione conforme *contraria* alla *voluntas* del legislatore storico.

indicazioni della sentenza *Scoppola*, cioè escludendo di attribuire all'art. 7 d.l. n. 341/2001 l'efficacia retroattiva – sostanzialmente *in malam partem* – oggetto di censura da parte della Corte europea. Una conclusione, quella della Corte, a nostro parere pienamente condivisibile, se solo si considera che l'unico significato normativo attribuibile alla disposizione censurata (art. 7, comma 1, d.l. n. 341/2001) era proprio quello di attribuire efficacia *ex tunc* (sostanzialmente retroattiva) agli effetti della novella legislativa (non a caso la norma era espressamente qualificata di “interpretazione autentica”), che per il futuro erano – e sono – invece già sufficientemente garantiti dalla previsione del comma 2 del medesimo articolo²⁴. Il ricorso all'interpretazione adeguatrice avrebbe perciò avuto un valore sostanzialmente analogo a quello della (inammissibile) disapplicazione normativa, con la conseguenza di approfondire le incertezze sui confini discretivi tra i due istituti (interpretazione vs. disapplicazione) e di alimentare le (spesso invero condivisibili) critiche su un uso talora troppo disinvolto dell'interpretazione conforme in sede giurisprudenziale.

Sul piano sistematico, è chiara l'intenzione della Corte costituzionale di ribadire fermamente, su una linea di perfetta continuità con la propria impostazione tradizionale, l'assoluta carenza di efficacia diretta del diritto convenzionale nell'ordinamento interno. Persino quando si tratta – come nell'ipotesi in esame – di dare attuazione ad un precedente della Corte europea in relazione a casi sostanzialmente identici a quello specificamente oggetto di ricorso, la Corte costituzionale pretende che l'eventuale intervento correttivo sul tessuto normativo convenzionalmente illegittimo – che non venga tempestivamente realizzato dal legislatore e non sia attuabile dai giudici ordinari nei limiti del loro potere interpretativo – debba comunque seguire la strada maestra del sindacato accentrato di legittimità costituzionale, nell'ambito del quale il diritto Cedu – anche nell'interpretazione evolutiva datane dalla Corte di Strasburgo – assume il ruolo di parametro interposto.

In queste statuizioni della sentenza n. 230 del 2013 è pertanto possibile leggere un deciso sbarramento a quei tentativi – giurisprudenziali e dottrinali – di ritagliare spazi di autonomo intervento alla magistratura ordinaria in tutte quelle ipotesi che, non prese direttamente in considerazione dalle sentenze del 2007, avrebbero in teoria potuto giustificare la conclusione di un adempimento ‘diffuso’ ai vincoli convenzionali (come nel caso, appunto, dell'obbligo di adeguamento a sentenze della Corte europea che individuano “violazioni strutturali” della

²⁴ Tale comma, disponendo che in caso di ergastolo “con isolamento diurno”, comminato nelle ipotesi casi di concorso di reati o di reato continuato, la pena debba essere sostituita – accedendo al rito abbreviato – con quella dell'ergastolo “senza isolamento diurno”, avrebbe autonomamente prodotto solo *pro futuro* l'effetto normativo che il comma 1 dell'art. 7 estendeva invece retroattivamente anche al passato.

normativa interna e che quindi rendono “altamente probabile” l’illegittimità costituzionale, ex art. 117 Cost., delle norme nazionali ‘censurate’ sul piano europeo).

La preoccupazione della Corte alla base di tale impostazione può essere ravvisata in comprensibili ragioni di coerenza ordinamentale e di certezza del diritto: non solo perché – come illustrato – il “contenuto rilevante” delle sentenze della Corte europea può essere oggetto di un certo “margine di apprezzamento”, ma anche perché – conformemente all’assetto sistematico tracciato dalle sentenze gemelle del 2007 – il riconoscimento della prevalenza del diritto convenzionale è subordinato al giudizio di bilanciamento con tutti i possibili contro-interessi costituzionali; una valutazione, quindi, che nel nostro ordinamento giuridico spetta sistematicamente alla Corte costituzionale, nei modi e nelle forme che assicurano il rispetto delle suddette esigenze di coerenza e di certezza²⁵.

6. Dopo aver dipanato il nodo dell’ammissibilità e della rilevanza della questione – con il riconoscimento della *possibilità* e l’individuazione delle *modalità* per incidere, in caso di pronuncia di accoglimento, sul giudicato penale – l’argomentazione della fondatezza nel merito risulta – come era prevedibile (*rectius*: “altamente probabile”) – piuttosto facile e lineare²⁶. La Corte, infatti, accede in primo luogo all’inquadramento, svolto dalla sentenza *Scoppola*, della previsione sanzionatoria contenuta nell’art. 442, comma 2, c.p.p. come norma di diritto penale materiale, in quanto tale sottoposta ai vincoli intertemporali del principio di legalità, in termini sia di irretroattività sfavorevole sia di retroattività favorevole. In secondo luogo, richiamando sul punto anche propri precedenti specifici, riconosce come l’art. 7,

²⁵ Rispetto a tale sistema – teoricamente del tutto impermeabile al riconoscimento di effetti diretti al diritto Cedu (in linea, peraltro, con l’insegnamento delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 – a risultare poco coerente potrebbe essere considerata la conclusione della Cassazione (avallata anche dalla Consulta nella sentenza in esame) sugli effetti della pronuncia della Corte europea nel caso *Scoppola* (Cass., 11 febbraio 2010, *Scoppola*, cit.): in questo caso, infatti, a seguito di una specifica sentenza della Corte di Strasburgo che accerta una violazione della Cedu nel caso *a quo*, il giudice ordinario risulta in sostanza legittimato ad attribuire *efficacia diretta* al diritto convenzionale, potendo *disapplicare* una norma interna al fine di dare *esecuzione specifica* alla sentenza europea (senza che la Corte costituzionale possa valutare l’esistenza di eventuali principi costituzionali opponibili a tale conclusione); su questi profili, si veda problematicamente anche F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena*, cit., 284 ss.; per un tentativo di spiegazione razionale di tale “doppio binario”, F. VIGANÒ-E. LAMARQUE, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, cit., 11 ss.

Per un altro caso di applicazione diretta di una sentenza della Corte europea, si veda - a seguito di C.edu, 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, in materia di procreazione assistita – Trib. Roma, Sez. I civ., 23 settembre 2013, in *Dir. pen. cont.*, 16 dicembre 2013, con perspicua e acuta nota di A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 “in esecuzione” di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*; su tale vicenda, con particolare riferimento ai profili dei rapporti ordinamentali, si veda anche A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *www.diritticomparati.it*, 8 ottobre 2013.

²⁶ Cfr. F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena*, cit., 267, che parimenti ritiene come, una volta superato il problema della rilevanza, fosse scontato l’accoglimento nel merito.

comma 1, d.l. n. 341/2001 avesse assunto²⁷ – nonostante l’etichetta nominale di norma di interpretazione autentica (“che gli è stata data per determinare un effetto retroattivo, altrimenti non consentito”) – un significato retroattivamente modificativo (*in malam partem*) del contenuto sanzionatorio dell’art. 442, comma 2, c.p.p.; su tale disposizione normativa, infatti, non pendeva in precedenza alcun dubbio o contrasto giurisprudenziale relativo alla teorica applicabilità del premio di rito (cioè la sostituzione dell’ergastolo con trent’anni di reclusione) indipendentemente dalle modalità esecutive della pena dell’ergastolo (con o senza isolamento diurno)²⁸. L’effetto della norma censurata era stato pertanto quello di determinare la condanna all’ergastolo nei confronti di soggetti che altrimenti, avendo precedentemente aderito al rito abbreviato, sarebbero stati puniti in forza della *lex mitior* (l’art. 442, comma 2, c.p.p. come modificato dall’ art. 30 l. n. 479/1999) con la pena di trenta anni di reclusione.

La Corte costituzionale, alla luce di tale ricostruzione del quadro normativo oggetto di censura, non può che ribadire e ratificare le conclusioni della Corte europea, che negli effetti sostanzialmente novativi e sfavorevoli dell’art. 7 d.l. n. 341/2000 aveva individuato la violazione del principio di retroattività favorevole, riconosciuto per la prima volta proprio nella sentenza *Scoppola* quale parte integrante del *Nullum crimen sine lege* sancito dall’art. 7 Cedu. Conclusioni, peraltro, che sebbene fatte valere – come eccepito dall’ordinanza di rimessione – nell’ottica dell’art. 117, comma 1, Cost. (secondo il modello del parametro interposto), la Corte ritiene sostanzialmente suffragate anche dai principi costituzionali interni della materia penale²⁹.

E’ sulla base di tale pronuncia di illegittimità che il signor *Ercolano* e come lui tutti gli altri “fratelli” (non più “minori”) di *Scoppola* possono ora rivolgersi al giudice dell’esecuzione – ai sensi dell’art. 673 c.p.p. – per chiedere la sostituzione della pena dell’ergastolo, irrogata in forza di una norma dichiarata incostituzionale, con quella a trent’anni di reclusione (cioè la pena legittimamente applicabile in forza del principio di prevalenza della *lex mitior*).

²⁷ Nel prevedere, in caso di adesione al rito abbreviato, la sostituzione dell’ergastolo *con isolamento diurno* in ergastolo *senza isolamento diurno*.

²⁸ Su questo profilo cfr. A. PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli*, cit., 4 s., che sottolinea come nella sentenza in esame la Corte opportunamente “resuscita così la tesi dell’incostituzionalità, *in sé e per sé*, di leggi solo apparentemente interpretative, ma in realtà innovative e retroattive”; sulla tematica, fondamentalmente ID., *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, spec. 332 ss.

²⁹ Sul tale atteggiamento della Corte, si vedano le interessanti osservazioni di F. VIGANÒ-E. LAMARQUE, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, cit., 13 ss.: “La nostra Corte costituzionale, in definitiva, tratta i diritti enunciati a Strasburgo non come straordinarie novità, ma al contrario come semplici conferme di quanto si trovava già scritto nella Costituzione italiana”; la spiegazione di questo atteggiamento, secondo gli Autori risiederebbe, tra l’altro, “nella assoluta necessità di *non perdere terreno* nei confronti delle altre corti, interne ed esterne”.

7. Come accennato in apertura, la portata della sentenza n. 210 del 2013 va al di là della specifica vicenda normativa oggetto del giudizio, assumendo una rilevanza sistematica da cui deriva, da una parte, il rafforzamento degli effetti della giurisprudenza della Corte europea nell'ordinamento nazionale (benché comunque *mediati* dal necessario passaggio dal giudizio di legittimità costituzionale) e, dall'altra, un ulteriore e profondo indebolimento del dogma del giudicato.

In sostanza, in forza di tale pronuncia è possibile intervenire in sede esecutiva sul giudicato penale tutte le volte in cui la sentenza definitiva di condanna abbia fatto applicazione di una norma che – a seguito di una decisione della Corte europea che proprio in tale norma abbia sostanzialmente riconosciuto una violazione strutturale della Cedu da parte dello Stato – risulti convenzionalmente illegittima e quindi oggetto di un obbligo di rimozione. In questi casi, il giudice dell'esecuzione, al fine di poter legittimamente intervenire sul giudicato (per revocarlo o modificarlo *ex art. 673 c.p.p.*), è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117, comma 2, Cost., integrato dalla norma convenzionale – quale parametro interposto – di cui la Corte di Strasburgo abbia riconosciuto la violazione pronunciandosi su un caso normativamente identico³⁰.

Nella consapevolezza degli effetti piuttosto dirompenti di questo nuovo meccanismo di aggressione del giudicato, la Corte costituzionale si preoccupa di fissare ben precisi paletti all'ammissibilità di tali questioni di legittimità; si deve trattare di ipotesi in cui: (i) la questione abbia ad oggetto “un caso che sia *identico* a quello deciso” (dalla Corte europea); (ii) “si debba applicare una decisione della Corte europea in materia *sostanziale*”; (iii) l'accoglimento della questione “non richieda la riapertura del processo, ma possa trovare rimedio direttamente in *sede esecutiva*”.

La preoccupazione della Corte nasce evidentemente dalla nuova estensione attribuita al requisito della ammissibilità/rilevanza della questione di costituzionalità nella sentenza in esame: qui, infatti, ‘rilevante’ è anche la questione sollevata *in sede di esecuzione* della pena e direttamente *funzionale* ad ottenere la revoca (o la modifica) del giudicato penale; ciò sul presupposto che la pronuncia di accoglimento sarebbe idonea a rendere illegittima la base giuridica sulla quale si fonda il giudicato di condanna e a giustificare, appunto, la deroga alla sua tendenziale “intangibilità”.

³⁰ Sulla necessità, in queste ipotesi, di integrare il parametro interposto con il riferimento anche all'art. 46 Cedu, così da marcare la differenza con la generalità delle ipotesi in cui il parametro convenzionale è invece richiamato in relazione a casi “non identici” ad un fatto già specificamente deciso dalla Corte europea, si veda quanto da noi osservato *retro*, § 3.

Fino ad oggi, viceversa, il procedimento esecutivo funzionale alla revoca (o alla modifica) del giudicato poteva essere attivato (ex art. 673 c.p.p.) esclusivamente sulla base di una *pregressa* dichiarazione di *illegittimità costituzionale* di una norma di legge posta a fondamento della sentenza irrevocabile, pronunciata cioè in via incidentale nel corso di un diverso giudizio; giammai sarebbe potuto essere il procedimento esecutivo la sede per fare valere dubbi di legittimità costituzionale che non fossero già stati eccepiti durante il giudizio di cognizione.

Nell'ammettere eccezionalmente la possibilità di sollevare la questione incidentale durante il giudizio di esecuzione, l'interesse della Corte è dunque quello di circoscrivere al massimo la portata di tale deroga al sistema, al fine di evitare che il procedimento esecutivo si trasformi in un ulteriore giudizio strumentale a poter mettere continuamente in dubbio la tenuta della sentenza di condanna definitiva di cui si possa anche solo sospettare l'illegittimità (in quanto emessa sulla base di norme suppostamente illegittime)³¹.

In questa prospettiva è chiaramente intellegibile il presupposto *sub* (i) della stretta "identità" tra il caso passato in giudicato – rispetto al quale viene sollevata l'eccezione di legittimità costituzionale – e quello deciso dalla Corte di Strasburgo (tale da rendere "altamente probabile" la fondatezza della questione): solo tale rapporto di effettiva identità, infatti, assicura che la questione di legittimità costituzionale sia esclusivamente funzionale a dare attuazione, nell'ordinamento nazionale, alla specifica pronuncia della Corte europea, adempiendo in tal modo agli obblighi derivanti dall'art. 46 Cedu relativi all'adozione di "misure generali". Come illustrato *supra*, infatti, si deve trattare di sentenze che facciano emergere una violazione strutturale della normativa interna, rispetto alla quale l'intervento della Corte costituzionale rappresenta la specifica modalità di adempimento all'obbligo di esecuzione che non abbia trovato tempestiva risposta sul piano legislativo.

A tale ultimo riguardo, peraltro, è opportuno sottolineare come al fine di 'sanare' la violazione in relazione ai fatti passati in giudicato in applicazione della normativa illegittima, il mero intervento legislativo potrebbe non essere affatto sufficiente ad adempiere efficacemente all'obbligo di conformazione alle statuizioni della Corte europea: nei casi –

³¹ E' su tali basi, infatti, che la Corte costituzionale, nella sentenza in esame, ha dichiarato invece inammissibile l'eccezione di legittimità per violazione dell'art. 3 Cost. (v. *retro* § 2): la Corte sottolinea, in sostanza, come il procedimento di esecuzione non possa trasformarsi in un nuovo giudizio *nel corso del quale* sia possibile continuare a mettere in dubbio la legittimità costituzionale delle norme poste a fondamento del giudicato penale; il caso della "illegittimità convenzionale" rappresenta un'ipotesi eccezionale, in cui la sentenza della Corte europea - che accerti una violazione strutturale nella normativa interna - integra una particolare "sopravvenienza" idonea ad incidere sul titolo esecutivo e che non può essere estesa ad altri casi più o meno analoghi (con il risultato, inammissibile, di attribuire al giudice dell'esecuzione un generale potere di sollevare questioni incidentali di legittimità costituzionale; possibilista in questo senso, invece, parrebbe l'autorevole posizione di F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena*, cit., 283 ss.)

come quello in esame – in cui ad essere dichiarato convenzionalmente illegittimo fosse il trattamento sanzionatorio comminato da una norma di legge, l'intervento 'correttivo' del legislatore sulla disposizione censurata non sortirebbe alcun effetto, stante il limite opposto dall'art. 2, comma 4, c.p. alla retroattività favorevole in caso di successione meramente modificativa (della disciplina sanzionatoria). Al contrario, come sopra illustrato, la dichiarazione di incostituzionalità – incidendo sulla validità delle norme poste a fondamento della condanna eseguita o in esecuzione – può legittimare l'intervento anche soltanto *modificativo* del giudicato penale, strumentale alla rideterminazione favorevole della pena e alla conseguente completa sanatoria della violazione convenzionale.

Lo stesso risultato, a ben vedere, si potrebbe ottenere anche per via legislativa, ma solo attraverso la previsione di specifiche disposizioni di diritto transitorio, che, derogando alla regola intertemporale del comma 4 dell'art. 2 c.p., dispongano espressamente la retroattività 'illimitata' della modifica *in mitius* (e quindi il poter del giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena anche sulla base della mera successione modificativa). Il vincolo costituzionale di adeguamento alle sentenze europee renderebbe certamente legittima una previsione transitoria di tal fatta, che tuttavia presuppone interventi tempestivi da parte di un legislatore attento e scrupoloso, al quale oggi si può pensare solo in termini consapevolmente illusori. Piuttosto, tale vicenda pone in modo sensibile sul tappeto, in una prospettiva *de lege ferenda*, la questione relativa al mantenimento dello sbarramento del giudicato di cui all'art. 2, comma 4, c.p., che inizia ad accusare chiari segni di anacronismo.

8. Meno giustificati appaiono invece gli ulteriori due limiti – sub (ii) e sub (iii) – posti dalla Corte costituzionale alla possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale funzionale alla modifica del giudicato penale. In particolare, risulta difficile condividere la *ratio* della limitazione – quale possibile parametro interposto della eccezione di incostituzionalità – alle decisioni della Corte europea che dichiarino violazioni nazionali in materia "sostanziale". Ciò forse deriva dalla presunzione che le pronunce in materia "processuale" (art. 6 Cedu) accertino di regola violazioni non strutturali ma contingenti da parte dello Stato, dovute cioè al mancato rispetto di garanzie procedurali da parte degli organi giudiziari intervenuti nel corso del giudizio *a quo*. In realtà, occorre convenire sul fatto che anche la dichiarazione di violazioni di natura processuale può potenzialmente implicare il riconoscimento di una inadeguatezza normativa "strutturale" dell'ordinamento interno rispetto ai vincoli convenzionali del processo equo (ad esempio in materia di ammissione di materiale probatorio, di diritti di udienza, di diritto all'indipendenza e imparzialità del tribunale, di

ripartizione dell'onere probatorio, etc.); in questa prospettiva, non è impossibile che il giudizio di "identità" possa essere predicato anche in relazione a condanne passate in giudicato proprio sulla base della norma processuale che risulti "convenzionalmente illegittima" a seguito di una pronuncia della Corte europea. Conseguentemente, ci sembra che anche in relazione a queste ipotesi sia teoricamente possibile 'censurare' i giudicati penali per violazione dell'art. 117 Cost., non diversamente dai casi in cui il parametro interposto della questione di legittimità costituzionale sia costituito da una pronuncia della Corte europea in materia sostanziale (non rinvenendosi ragioni giustificative per una differenziazione degli effetti).

Piuttosto, il problema sta nel fatto che in queste ipotesi l'eventuale accoglimento della questione di legittimità non potrebbe trovare rimedio in sede esecutiva, poiché imporrebbe un nuovo accertamento rispettoso della regola processuale (risultante dalla pronuncia della Corte costituzionale) conforme ai vincoli convenzionali. E qui il discorso si salda con il terzo limite posto dalla sentenza in commento e cioè – appunto – con la necessità che l'accoglimento della questione non richieda una successiva riapertura del processo.

Si tratta, tuttavia, di una conclusione che lascia molte perplessità quanto alla coerenza dell'impianto sistematico 'di risulta'. Occorre infatti considerare che quando la sentenza della Corte europea accerta una violazione in materia sostanziale o processuale pronunciandosi su uno specifico caso a seguito di tempestivo ricorso, il ricorrente è legittimato – a seguito della sentenza n. 113 del 2011 della Corte costituzionale – a chiedere anche un nuovo giudizio di merito *post rem iudicatam*, attraverso il rimedio della "revisione" del processo (funzionale a dare specifica attuazione alla pronuncia europea ai sensi dell'art. 46 Cedu).

Non si comprende allora perché, al contrario, nel caso in cui dalla sentenza europea emergano violazioni strutturali in seno alla normativa nazionale, la possibilità di intervenire sul giudicato penale (in casi identici a quello oggetto della pronuncia europea) debba essere limitata alle violazioni di tipo sostanziale, che siano sanabili *post iudicatum* solo attraverso il promovimento di eccezioni di legittimità il cui accoglimento non imponga un nuovo giudizio di cognizione sul fatto. Stando ai limiti tassativamente posti dalla sentenza n. 210 del 2013, infatti, in questi casi – ai quali sono normalmente riconducibili le violazioni strutturali in materia processuale – il ricorso alla eccezione di legittimità costituzionale strumentale a travolgere il giudicato nazionale formatosi sulla base della norma convenzionalmente illegittima sarebbe sempre *inammissibile*, in quanto comporterebbe la necessità di nuovi accertamenti di merito (attraverso, ad esempio, l'integrazione del materiale probatorio) che esorbitano dalla sfera di competenza del giudice dell'esecuzione.

D'altra parte, non è neppure difficile individuare possibili modalità tecniche di intervento sul giudicato *anche* nelle ipotesi che impongono un rinnovamento del giudizio di cognizione (o una sua integrazione); sarebbe infatti astrattamente sufficiente incardinare l'incidente di costituzionalità proprio nella richiesta di revisione del processo: la questione di legittimità sarebbe rilevante proprio perché dal suo accoglimento dipenderebbe l'ammissibilità o meno della riapertura del giudizio. In sostanza, nei casi in cui la eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale non richieda alcun accertamento ulteriore – comportando la revoca *tout court* del giudicato o la rideterminazione/sostituzione della pena – l'eccezione di costituzionalità dovrà essere sollevata in sede esecutiva; viceversa, quando l'accoglimento della questione imporrebbe la riapertura del processo di cognizione del fatto – come normalmente accade nel caso di vizi processuali o di vizi sostanziali che implicino una estensione dell'oggetto del giudizio – l'eccezione dovrebbe essere sollevata in sede di revisione.

In conclusione, le limitazioni poste dalla Corte costituzionale all'ammissibilità delle questioni di legittimità 'convenzionale' funzionali alla modifica del giudicato penale sembrano, da una parte, essere state disegnate attorno alla specificità del giudizio nel caso *a quo* e, dall'altra, fortemente condizionate da comprensibili esigenze di economia processuale e di tenuta complessiva del sistema giudiziario. Il progressivo ma parziale scardinamento del dogma del giudicato, via via operato nell'ottica limitata dell'adeguamento ordinamentale alle contingenze dei vincoli convenzionali, fa emergere le inevitabili incoerenze di un'opera di adattamento sistematico (dell'ordinamento giuridico nazionale a quello della Cedu) attuata in via pretoria invece che attraverso una riforma legislativa complessiva e organica; soluzione, quest'ultima, che anche se tardiva rimane la strada maestra che sarebbe auspicabile percorrere.