

## L'ORIZZONTE DEI GIURISTI E I FIGLI DI UN DIO MINORE

*Ancora sui "fratelli minori" di Scoppola, aspettando le Sezioni Unite*

di Gioacchino Romeo

1. "Figli di un dio minore?" si domanda Francesco Viganò nel lucido e appassionato saggio sulla nota questione della possibilità di sostituire *in executivis* all'ergastolo la pena di trenta anni di reclusione per quei condannati all'esito di giudizio abbreviato che si trovano nella stessa condizione di Franco Scoppola, una persona assurta agli onori di una celebrità non richiesta e forse non gradita per avere pervicacemente, e vittoriosamente, sostenuto il suo diritto a un trattamento penale non deteriore, riconosciutogli, dopo ripetuti *niet* delle giurisdizioni interne, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con sentenza 17 settembre 2009: risultato, infine, conseguito grazie alla sentenza 11 febbraio 2010 n. 16507 della Corte di cassazione<sup>1</sup>.

Questione, come sappiamo, della quale sono state investite le Sezioni unite penali della Corte di cassazione per la prossima udienza del 19 aprile 2012 e, come ampiamente illustrato da Viganò, tale da far tremar le vene e i polsi per la complessità dei problemi che pone e per le ricadute di ordine sistematico che dalla sua soluzione potrebbero conseguire (in particolare sull'applicabilità della *lex mitior* anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna).

Chi, esercitando il mestiere di giurista, non abbia smesso, come dovrebbe essere, di esercitare anche quello, certamente più complesso, di vivere, sa bene, dinanzi a un problema che tocca diritti fondamentali della persona, di non potersi semplicisticamente trincerare dietro formule astratte o stereotipe, né di poter invocare i massimi sistemi per sacrificare quei diritti sull'altare dei "sacri principi".

E quindi non può non condividere l'idea – con cui si conclude lo scritto di Viganò – che tutelare i diritti fondamentali significa soprattutto tutelare «le persone (in carne e ossa) che stanno dietro i "diritti fondamentali" e che sono incomparabilmente più importanti di tutti i principi e i dogmi che affollano l'orizzonte dei giuristi».

Ecco: è proprio qui il corno, o uno dei corni, del dilemma. L'orizzonte dei giuristi. Possiamo ritenerlo egualmente ampio per tutti coloro che si occupano professionalmente di diritto? Per chi lo insegna e per chi deve applicarlo? In linea teorica sì; nei fatti accade quasi sempre il contrario e gli spazi che si aprono dinanzi a quanti ne trattano nelle aule universitarie di solito sono (o sembrano essere) di dimensioni più ampie di quanto non lo siano quelli che occupano idee e prospettive di coloro che ne fanno quotidiano uso e applicazione nelle aule di corti e tribunali,

---

<sup>1</sup> In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1396 (con commento di Di Paola).

vincolati a parametri ritenuti troppo spesso insuperabili o, a volte, speciosamente utilizzati come alibi per rifiutare interpretazioni avvertite come “pericolose”, quantunque possibili o addirittura doverose.

2. Chi volesse avere una prova dell’affermazione potrebbe consultare utilmente l’archivio delle massime penali della Corte di cassazione, dove si possono rinvenire esempi di memorabili precedenti.

Non a caso, la memoria corre a uno, particolarmente significativo per le circostanze della fattispecie specifica esaminata. Si tratta di una singolare sentenza della Corte di cassazione, resa dalla prima sezione penale all’udienza pubblica del 20 dicembre 1995, la n. 880 del 1996<sup>2</sup>.

La decisione afferma che è esclusa l’ammissibilità del giudizio abbreviato quando l’imputazione enunciata nella richiesta di rinvio a giudizio concerne un reato punibile con l’ergastolo. Non vi sarebbe nulla da obiettare, tenuto conto del quadro normativo vigente all’epoca<sup>3</sup>, se non risultasse che il caso di specie riguardava un omicidio aggravato dalla premeditazione e dai motivi futili commesso da minorenni e che quasi due anni prima, con sentenza 28 aprile 1994 n. 168, la Consulta aveva, tra l’altro, dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 17 e 22 c.p. nella parte in cui escludono l’applicabilità della pena dell’ergastolo al minore imputabile, all’esito dello scrutinio demandato dal tribunale minorile delle Marche in una analoga fattispecie (omicidio aggravato commesso in danno di ascendente).

Nella motivazione della sentenza della Corte di cassazione la declaratoria di illegittimità costituzionale viene totalmente ignorata, quantunque possa apparire rilevante come *ius superveniens in fase di cognizione*. In altri termini, dopo la sentenza 168/1994 della Corte costituzionale, non sembrava si potesse più configurare, nei confronti del minore, alcuna fattispecie criminosa punibile con l’ergastolo, *id est*, se il linguaggio non deve sofisticamente essere piegato a qualsiasi conclusione, che nel diritto penale minorile non dovrebbero avere più cittadinanza **delitti astrattamente punibili con l’ergastolo**. Dunque, quella ritenuta preclusione al giudizio abbreviato nei confronti dei minori parve (pare) in contrasto con l’assetto normativo, come risultante dopo la sentenza n. 168 del 1994 del giudice delle leggi: qui l’argomento formale posto a fondamento della decisione fu quello che la preclusione stabilita dall’art. 442, comma 2, c.p.p., riguardante delitti astrattamente punibili con l’ergastolo, non era stata investita dalla sentenza della Consulta. Insomma, una linea di pensiero da far invidia ai gesuiti delle *Lettere provinciali*.

Un orizzonte “miope”, dunque. O, per rubare l’espressione a Viganò, uno scenario di quasi totale sordità.

Esempio citato non a caso. Perché esso propone un tema molto vicino a quello del quale dovranno occuparsi le Sezioni unite; e la domanda sorge spontanea: *quid iuris*

---

<sup>2</sup>In *C.e.d. Cass.*, n. 203505.

<sup>3</sup> Art. 442, comma 2, c.p.p., dichiarato parzialmente illegittimo da Corte cost., 23 aprile 1991 n. 176, nonché Sez. un., 6 marzo 1992 n. 2977 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 370 con commento di Lozzi.

nel caso di ergastoli in corso di esecuzione contro minori dopo la sentenza che dichiarava illegittima la pena perpetua **anche in caso di pluralità di reati che debbano comportare l'irrogazione dell'ergastolo ex art. 73 c.p.**<sup>4</sup>?

Non risultano precedenti giurisprudenziali sull'argomento. Ma è mai immaginabile che l'ergastolo inflitto a un minore, cancellato dall'ordinamento con efficacia *ex tunc* dalla Corte costituzionale, potesse (possa) sopravvivere solo per ossequio a una disposizione di legge che, in caso di successione nel tempo di leggi penali, impone l'applicazione di quella più favorevole, **salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile?**

Certo che no: ripugna al senso di giustizia comune. Ma sul piano formale, riportandoci indietro di diciotto anni, l'esito appare non solo immaginabile, ma è altamente probabile, anche per il "clima storico" e la cultura giuridica del tempo: non vi sono prove, come già detto, ma l'ipotesi che *illo tempore* sentenze della Corte di cassazione avrebbero bocciato l'idea che si potesse violare l'intangibilità del giudicato di condanna all'ergastolo al minore sol perché non poteva più essergli applicato per via di una decisione della Corte costituzionale sopravvenuta alla sentenza irrevocabile di condanna appare tutt'altro che peregrina.

Indizi forti in questa direzione sono desumibili dalla giurisprudenza – questa, sì, abbastanza nutrita e monolitica – sull'applicazione di un'altra sentenza di illegittimità costituzionalità, la n. 341 del 1994, che dichiarò illegittimo l'art. 341, primo comma, c.p. nella parte in cui prevedeva come minimo edittale per l'oltraggio la reclusione di sei mesi.

Secondo la Corte di cassazione, quella decisione di incostituzionalità può trovare applicazione **solo in sede di cognizione**<sup>5</sup>; e, nel giudizio di legittimità, si può procedere direttamente alla sostituzione della pena inflitta *ex art. 619, comma 3, c.p.p.* qualora risulti che i giudici di merito hanno inteso in realtà applicare il minimo edittale della pena base<sup>6</sup>, mentre, ove ciò non risulti chiaramente, va disposto annullamento con rinvio e, se la pena è stata "patteggiata", si deve annullare la sentenza per nuovo giudizio che tenga conto del nuovo minimo edittale<sup>7</sup>: operazioni, queste, tutte precluse al giudice dell'esecuzione, quantunque la pena inflitta possa apparire non più rispondente a parametri legali al momento dell'esecuzione.

Ma davvero, per dirla con Brecht, non basta già la mannaia? Davvero ci vuole anche la sentenza che l'accompagna?

---

<sup>4</sup> La Consulta espressamente scrive nella sua sentenza che "resta ovviamente affidato al giudice penale, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità consequenziale dell'art. 73 citato, di determinare la pena sostitutiva da applicarsi in luogo dell'ergastolo, nel caso – estraneo al giudizio *a quo* – in cui si sia in presenza del concorso di più delitti, commessi dal minore, per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni".

<sup>5</sup> Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 1995 n. 3587, in *C.e.d. Cass.*, n. 200709.

<sup>6</sup> *Ex plurimis*, Cass. pen., sez. VI, 11 aprile 1995 n. 6190, *ivi*, n. 201895.

<sup>7</sup> Cass. pen., 25 gennaio 1995 n. 5759, *ivi*, n. 201667.

3. No, non è così. E fortunatamente, non è solo questo, o non è più questo, l'orizzonte di chi applica oggi il diritto nella Corte di cassazione.

Anche ai più alti livelli della giurisdizione il ricambio generazionale si fa sentire e, con esso, una sensibilità maggiore ai valori di una giustizia sostanziale che non finisca per nascondersi dietro il dito di un ossequio formale alla lettera della legge che può ucciderne lo spirito. Sul tema qui in discussione le puntuali citazioni di Viganò esimono dall'obbligo di richiami.

Ma occorre almeno ricordare che la recente sentenza della Corte di cassazione<sup>8</sup> sulla rilevanza della dichiarazione di incostituzionalità di un'aggravante ai fini dell'esecuzione della pena, ha ritenuto legittima la nuova determinazione di quest'ultima in sede esecutiva, allorché in fase di cognizione l'aggravante "incostituzionale" (nella specie, quella della clandestinità) abbia influito sulla pena, sulla sola base degli artt. 136 Cost. e 30, commi terzo e quarto, legge n. 87 del 1953, senza evocare mai l'art. 673 c.p.p.

È praticabile, in altri casi, una chirurgia di pari selettività, che salvaguardi la tenuta generale del sistema senza sacrificio di altri principi ed esigenze egualmente rilevanti sul piano costituzionale? (*per incidens*, chi ha a cuore la tutela del giudicato lo fa non per una sorta di dogmatica adorazione di un *idolum theatri* inattaccabile, ma perché si preoccupa che dalla sua intempestiva rimozione, specie se non accuratamente delimitata, possano derivarne pregiudizi, non precisamente individuabili *a priori*, ad altri valori che un "sistema di giustizia" non può ignorare).

È difficile dare una risposta alla domanda, perché le innumerevoli e imprevedibili situazioni che possono presentarsi nella realtà rendono poco agevole la formazione di cataloghi generali.

A mo' di esempio mi sia consentito ricordare che tempo fa, su una *mailing list* di penalisti, prevalentemente frequentata da magistrati, furono posti da un giudice alcuni interessanti problemi riconducibili al significato e all'estensione da attribuire all'espressione "cessazione degli effetti penali" (oltre che dell'esecuzione della condanna) in caso di *abolitio criminis*.

In particolare, la revoca della sospensione condizionale della pena disposta a seguito della condanna per il reato depenalizzato va revocata come effetto dell'*abolitio*?

E ancora: se, per effetto della condanna per il reato depenalizzato è stata applicata la recidiva, il relativo effetto sanzionatorio sulla pena per il reato non depenalizzato va eliminato?

A chi, come il sottoscritto, ritenne, d'istinto e forse frettolosamente, di dover dare risposta affermativa a entrambi i quesiti fu puntualmente replicato che mentre l'art. 673 c.p.p. espressamente prevede la revoca della sentenza di condanna se nel frattempo interviene l'abrogazione, nessuna norma, invece, prevede la revoca di una sentenza per la parte di pena conseguita all'applicazione di una recidiva successivamente superata per l'abrogazione del reato precedente, così come nessuna norma prevede la revoca di una revoca di sospensione della pena per effetto della

---

<sup>8</sup> Cass. pen., sez. I, 27 ottobre 2011 n. 977/2012, in questa *Rivista*, 2012.

successiva abrogazione del reato che aveva *illo tempore* comportato la revoca della sospensione.

In più, si osservò altrettanto correttamente, una cosa è far cessare tutti gli effetti penali di una condanna per un reato depenalizzato, altra cosa è quella di far operare retroattivamente sul passato gli effetti di quell'abrogazione. Per esemplificare: se la condanna per reato poi depenalizzato è stata utilizzata in altra sentenza, anche solo per negare le attenuanti generiche o per determinare la pena *ex art. 133 c.p.*, occorrerà *ex post* andare a rivalutare quelle generiche e a rideterminare quella pena?

E se è vero che i "provvedimenti conseguenti" cui fa riferimento l'art. 673 c.p.p. vanno adottati d'ufficio, ciò non dovrebbe anche significare che ad ogni revoca per *abolitio criminis*, si dovrebbero rivedere tutte le ulteriori condanne della persona, per eliminare da esse ogni effetto esplicito, per il passato, dal reato depenalizzato? Interrogativi, come si vede, tutt'altro che peregrini.

Ma se i giudici di merito, come questa significativa narrazione prova, mostrano di avere una attenzione così puntuale per temi di rilievo essenziale del sistema penale – segno non già di una inclinazione a quel conservatorismo interpretativo che fino a due-tre decenni fa caratterizzava la giurisprudenza di legittimità, bensì al giusto temperamento dei più interessi in gioco di quel sistema – quanto più la Corte di cassazione, le cui aperture a frontiere interpretative ardite sono state a volte difficilmente comprensibili, dovrà evitare intempestive fughe in avanti?

L'interrogativo non è senza ragione, specie avuto riguardo a non poche sentenze delle Sezioni unite che hanno suscitato, per i più disparati motivi, perplessità in dottrina<sup>9</sup> o sono state, in numero non esiguo, clamorosamente smentite dalla Corte costituzionale<sup>10</sup>, o, addirittura, e il fenomeno diviene allarmante proprio per le suggestioni che potrebbe esercitare in un caso come quello qui in esame, hanno potuto prestare il fianco all'accusa di sovraesposizione, per una sorta di auto-investitura di ruoli spettanti al legislatore (nella specie, per avere, in qualche misura, speso *ante litteram* argomenti a favore della legge 20 febbraio 2006 n. 46, sull'abolizione del diritto di appello del p.m. avverso sentenze di proscioglimento)<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Per tutte, sul tema del diritto intertemporale delle prove, Sez. un., 25 febbraio 1998 n. 4265, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1951, con la successiva conforme Sez. un., 13 luglio 1998 n. 10086, *ivi*, 1999, p. 112; Sez. un., 31 gennaio 2008 n. 7945, in *Guida dir.*, 2008, n. 19, p. 74; sulla possibilità di ovviare all'omessa condanna alle spese sostenute dalla parte civile nella sentenza di patteggiamento mediante ricorso alla procedura di correzione dell'errore materiale, con una sostanziale "violazione" della *res iudicata*.

<sup>10</sup> Tra le più recenti, Sez. un., 31 gennaio 2008 n. 6026, *ibidem*, e Sez. un., 23 aprile 2009 n. 20780, *ivi*, 2009, n. 31, p. 77

<sup>11</sup> Proprio l'on. Pecorella, padre della legge, intervenendo a un seminario organizzato su di essa dalla Camera penale di Venezia il 5 maggio 2006, ebbe a dire: "le Sezioni Unite, che ogni tanto amano rendersi legislatore, avvertivano, con la sentenza 2003, la sentenza Andreotti: «I principi costituzionali, norme di diritto internazionale ed autorevole dottrina suggeriscono di ristrutturare sapientemente il giudizio di appello secondo cadenze e modalità tali da precludere a quel Giudice, che di regola rimane estraneo alla formazione dialettica della prova, di ribaltare il costruito logico della decisione di proscioglimento dell'imputato all'esito di una mera rilettura delle carte del processo e di un contraddittorio dibattimentale *ex actis*»" (atti consultabili all'indirizzo internet [www.camerapenaleveneziana.it/doc/899.pdf](http://www.camerapenaleveneziana.it/doc/899.pdf)).

4. I casi citati sin qui non sono tutti omologabili sotto un comune denominatore, ma sono comunque riconducibili a parametri normativi sicuri e appaiono risolvibili, sia pure non sempre agevolmente, con il ricorso ai correnti criteri di interpretazione.

Anche quello, che fuoriesce dall'ambito delle ipotesi sin qui ricordate, scaturito dalla nota sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 28 aprile 2011<sup>12</sup> e che è stato da subito risolto dalla Corte di cassazione con numerose decisioni, non poneva insormontabili problemi di interpretazione in quanto, com'è noto, le decisioni di quell'organo di giurisdizione sopranazionale, interpretando in termini autoritativi il diritto dell'Unione con effetti diretti per tutti gli Stati membri e le rispettive giurisdizioni, incidono sul sistema normativo allo stesso modo della *lex superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui la norma interna considerata incompatibile con il diritto dell'Unione conserva efficacia e deve essere applicata dal giudice nazionale.

Per converso, qui il problema esiste, perché manca un sicuro punto di riferimento normativo che induca a una soluzione inattaccabile e certa.

La situazione è assimilabile a quella – per decenni affidata ad estemporanei interventi della Corte di cassazione, perennemente oscillante tra esigenze di giustizia sostanziale e preoccupazioni di tutela della *res iudicata* – degli errori di fatto incorsi nel giudizio di legittimità, per rimediare ai quali, sin dagli anni '30, il giudice di legittimità aveva escogitato, in assenza di una legge *ad hoc*, *escamotages* di vario tipo, in genere affidati a una estensione *extra ordinem* dell'ambito di applicazione degli artt. 149 c.p.p. 1930 e poi 130 c.p.p. 1988. Com'è noto, poi, la legge intervenne solo nel 2001<sup>13</sup> e la sua interpretazione, sin da un tempestivo intervento delle Sezioni unite<sup>14</sup>, si è da sempre ispirata a un notevole *self restraint*.

Non così è stato per il tema che qui interessa. Quantunque sollecitato da più parti, compresa la Corte costituzionale, il legislatore, con una condotta non altrimenti definibile che deplorabile, non ha sinora ritenuto di intervenire, così creando problemi agli interpreti, per l'assenza di una disciplina organica e coerente degli effetti delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nel nostro ordinamento e, conseguentemente, quell'incertezza persistente nella collettività generale che, soprattutto in un settore così delicato com'è quello dei diritti umani, dovrebbe essere cura di chi legifera evitare.

È, infatti, all'evidenza, del tutto insufficiente e inadeguato il rimedio proposto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011; tanto che esso è idoneo a risolvere un numero di casi molto limitato e certamente non si presta a risolvere la questione di cui qui si discute.

Alla quale, dopo questa lunga digressione di note disordinatamente sparse, conviene ora tornare.

---

<sup>12</sup> In questa *Rivista*, 2011, con commento di Viganò e Masera.

<sup>13</sup> Legge 26 marzo 2001 n. 128, introduttiva dell'art. 625-*bis* c.p.p. che disciplina il ricorso straordinario, peraltro solo a favore del condannato, per la correzione dell'errore materiale o di fatto incorso nel giudizio di cassazione.

<sup>14</sup> Cass. pen., Sez. un., 27 marzo 2002 n. 16103, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3475.

Credo che nessuno possa nutrire dubbi sul fatto che il nostro ordinamento non sia legittimato a consentire l'esistenza di "fratelli minori" di Scoppola, cioè di persone nella sua identica condizione che debbano rassegnarsi a subire l'esecuzione di un ergastolo illegittimamente inflitto.

Scrive Francesco Viganò che il vero nodo problematico di questa vicenda attiene non tanto al *se*, quanto piuttosto al *chi* debba occuparsi di rimuovere la pena perpetua e pone un'alternativa tra giudice ordinario e Corte costituzionale, dinanzi alla quale – se il giudice ordinario (ovviamente quello dell'esecuzione) non potesse decidere *omisso medio* – dovrebbe essere sollevata questione di costituzionalità dell'art. 7 d.l. n. 341 del 2000, nella parte in cui tale disposizione si applica anche a coloro che avevano formulato istanza di giudizio abbreviato nel vigore della legge n. 479 del 1999.

Si tratta di una prospettiva suggestiva, ma non so quanto praticabile. Anche tenuto conto delle motivazioni che sorreggono Corte cost., 7 aprile 2011 n. 113, la questione, a fronte di un (a suo tempo) omesso accesso alla Corte di Strasburgo, potrebbe essere ritenuta irrilevante, una volta formatasi la *res iudicata* che la stessa Corte costituzionale ha ritenuto non possa essere travolta dal sopravvenire di una *lex mitior*, proprio in forza dell'esclusivo richiamo, nella stessa sentenza Scoppola della Corte Edu a «leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva».

D'altro canto, pare arduo, come pure ritiene Viganò, che il giudice dell'esecuzione, allo stato della legislazione vigente, possa *sic et simpliciter* compiere un'operazione che vada a incidere sul giudicato. I casi in cui questa facoltà oggi gli compete sono tassativi, sono stati da sempre intesi in senso rigorosamente restrittivo e non permettono estensione per analogia. L'esempio citato più sopra, dell'ergastolo incostituzionale per i minorenni, non è assimilabile al presente, nel quale manca una dichiarazione di incostituzionalità che ha efficacia retroattiva ed *erga omnes*.

Neanche mi pare praticabile, al di là della sua complessità e delle lungaggini che comporterebbe, l'idea di un ricorso a Strasburgo all'esito di un rigetto dell'incidente da parte del giudice dell'esecuzione, in modo da conseguire un "titolo sopranazionale" spendibile dinanzi alle autorità giudiziarie italiane. Si tratterebbe di un modo surrettizio per far rivivere artificiosamente termini di decadenza già inesorabilmente spirati; e la Corte europea difficilmente potrebbe sottrarsi a una declaratoria di inammissibilità del ricorso.

Assimilare, poi, come pure è stato affermato da qualcuno, le sentenze della Corte Edu a quelle con le quali la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge mi pare un errore puro e semplice.

5. E allora? Quei venti o trenta condannati, attualmente in espiazione dell'ergastolo che abbiano subito la stessa ingiustizia di Franco Scoppola sono destinati a rimanere "figli di un dio minore"?

No. Non lo sono. La Corte europea esige dagli ordinamenti nazionali, e quindi anche dal nostro (il che significa non solo dall'autorità giudiziaria, ma da tutti coloro

che rivestono pubbliche funzioni) che essi si adeguino ai suoi *dicta*, indifferenti essendo le modalità di adeguamento.

Per questo caso, che tocca verosimilmente un numero esiguo di persone, il nostro ordinamento contempla già istituti idonei a porre rimedio, in assenza di un **sicuro mezzo giurisdizionale espressamente contemplato dal diritto processuale**, all'ingiustizia di una pena in contrasto con le regole enunciate dalla Corte europea stessa. Si tratta dell'indulto e della grazia che – dispone l'art. 174 c.p. – condonano, in tutto o in parte, la pena inflitta, o **la commutano in un'altra specie di pena stabilita dalla legge**. E poiché per il primo istituto i tempi sono quelli, non definibili, ma verosimilmente lunghi, delle aule parlamentari, e le probabilità incerte, non sembrando, allo stato, che i diritti umani ingombrino le volontà, il cuore e la mente dei nostri legislatori, l'indicazione più specifica per la risoluzione del problema è quella della **grazia**. I tempi sarebbero ragionevoli, perché ridotti a una veloce istruttoria dell'apposito ufficio del Ministero della giustizia e alla firma del Capo dello Stato; i vantaggi immediati, anche per la non necessità del ministero di difensore e l'informalità delle procedure (peraltro, non dovrebbe esservi particolare premura per la fruizione dei benefici penitenziari da parte degli interessati, data l'entità della pena).

All'obiezione che la grazia non è un atto dovuto, ma del tutto discrezionale, si può agevolmente replicare che in un caso del genere il Presidente della Repubblica, persona già molto sensibile alle istanze europee, non potrebbe non esercitare la discrezionalità se non nel senso imposto da una decisione della Corte di Strasburgo. In più, potrebbe essere proprio questo caso emblematico l'occasione per il Capo dello Stato per una sollecitazione delle forze parlamentari ad approvare in tempi rapidi quella legge di attuazione delle sentenze della Corte Edu nell'ordinamento interno la cui approvazione appare non più dilazionabile.

Infine, verrebbe meno ogni necessità per i giudici di fare salti mortali al fine di piegare le regole scritte a soluzioni *de iure* improbabili, senza bisogno di scomodare i massimi sistemi.

Al qual proposito vorrei subito fugare l'idea che la maggiore preoccupazione sia quella di una valanga di ricorsi per supposte violazioni del "processo equo" che potrebbe essere rovesciata sul tavolo delle autorità giudiziarie italiane indipendentemente da un previo ricorso a Strasburgo.

I rischi connessi a un'operazione di *by pass* del giudicato in presenza di una decisione della Corte Edu che si ritenga impositiva di un obbligo di adeguamento diretto del giudice italiano son ben altri. E riguardano, su un piano più generale, l'applicazione della *lex mitior* sopravvenuta. Che potrà anche essere di segno tale da rendere del tutto illegale, nel senso di "incompatibile", una pena inflitta con sentenza irrevocabile secondo la legge abrogata. Si potrà mai, dinanzi a situazioni non difficilmente immaginabili (una modifica che riduca il massimo edittale di pena per un reato al di sotto del vecchio minimo; o che trasformi un delitto in contravvenzione; o che punisca con sola pena pecuniaria reati precedentemente puniti con sola pena detentiva, e così via), impedire al giudice di sollevare incidenti di costituzionalità per disparità di trattamento? E riuscire così ad aprire varchi sempre più consistenti nel già fragile muro che protegge il giudicato?

Soluzioni chirurgicamente selettive sono forse illusorie e possono finire per essere, senza volerlo, potenti grimaldelli per scardinare quel poco che resta della stabilità della *res iudicata*.

Il pericolo, dunque, sta nel lasciare le briglie sciolte a giudici che esercitano un potere “diffuso”: anche per essi vale, infatti, *mutatis mutandis*, il principio che “se li uomini fussino tutti buoni, questo precetto non sarebbe buono”.

Sia chiaro: non ci sarebbe da scandalizzarsi se domani la legge affermasse che della *lex mitior* si debba tener conto anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza. Ma occorre sempre che la legge lo preveda espressamente, non ipotizzare, con pericolose fughe in avanti, strumenti di ardua praticabilità e comunque incompatibili, allo stato, con la lettera della legge.

6. *Last, but not least*: sia consentita una riflessione fuori tema, a margine di un discorso al di sopra delle mie “forze”.

Quante volte accade, per le tante disfunzioni della giustizia, che a un imputato venga inflitta una pena inferiore al minimo edittale oppure viene omessa la condanna a una pena pur prevista (ad es. solo pena pecuniaria in luogo di quella congiunta) e la sentenza “vantaggiosa” passa in giudicato?

Naturalmente nessuno se ne preoccupa, perché la cosa va a vantaggio del reo. Ed è formalmente giusto che sia così. Ma forse lo Stato, inteso come collettività generale, potrebbe in qualche caso recriminare, se non fossero stati inflitti a un contrabbandiere, come si dovrebbe per legge, svariati milioni di euro di multa. L’uomo della strada rimane sconcertato dinanzi al fatto che una decisione così macroscopicamente illegale non possa essere comunque corretta: va a spiegargli che il sacro principio del giudicato, “intoccabile”, preclude ogni modificazione.

È legittimo domandarsi, dinanzi a vicende del genere, se sia “giusto” che in un processo nel quale si ritenga operante il principio della parità delle parti e delle armi, che sia considerata legittima una condanna a pena non legale perché inferiore a quella minima prevista dalle legge, in danno della collettività? Dobbiamo, insomma, sempre preoccuparci dei condannati e mai di tutta l’altra gente, a cominciare dalle vittime del reato, che esige l’effettività della giustizia?

Detto questo, occorre nutrire fiducia nelle virtù della ragione e coltivare la certezza che le Sezioni unite sapranno risolvere nel modo migliore il difficile quesito sottoposto alla loro attenzione. Anche se sin d’ora sappiamo che la soluzione alla quale approderanno troverà lettori entusiasti, lettori scontenti e lettori indifferenti. Qualunque sia la veste nella quale, dopo il deposito della sentenza, ci ritroveremo, avremo sicuramente modo di riparlarne.