

## GIUDICATO PENALE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

*Una replica a Gioacchino Romeo sulla vicenda dei "fratelli minori" di Scoppola  
all'esame delle Sezioni Unite della Cassazione*

di Francesco Viganò

1. Tra i molti vantaggi di una rivista informatica c'è quello di poter dialogare 'in diretta', o quasi, con i propri interlocutori. Opportunità preziosa, specie quando si tratta di [interlocutori intellettualmente raffinati come Gioacchino Romeo](#), il quale – in relazione ad un [mio primo intervento](#) sulla sorte dei condannati all'ergastolo che si trovano oggi nella medesima situazione di Franco Scoppola, pur senza avere ottenuto dai giudici di Strasburgo una pronuncia di condanna dello Stato italiano – muove da una condivisione di fondo dello spirito e dell'orizzonte ideale che animava il mio intervento, ma perviene poi a una *soluzione opposta* della *quaestio iuris* prospettata: può il giudice dell'esecuzione dichiarare l'ineseguibilità dell'ergastolo, e sostituire la pena nei confronti di questi condannati con quella di trent'anni di reclusione?

2. Vorrei qui partire da una cruciale – e non scontata – affermazione del mio autorevole interlocutore: "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 situazione che debbano rassegnarsi a subire l'esecuzione di un *ergastolo illegittimamente inflitto*".

L'affermazione, in verità, non è scontata: non solo perché – si potrebbe sostenere – il principio dell'irrevocabilità della *res iudicata* mette necessariamente in conto che si possano cristallizzare situazioni di diseguaglianza tra situazioni identiche, per effetto di errori o valutazioni differenti da parte dei giudici, non più rimediabili dopo il passaggio in giudicato della sentenza; ma anche perché, più in radice, potrebbe contestarsi la valutazione in termini di *illegittimità* dell'inflizione dell'ergastolo nei casi che ci occupano. Provo a immaginare l'argomento: l'ergastolo è stato a suo tempo inflitto ai sensi di una norma valida e mai dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, della quale è stata fatta applicazione secondo canoni ermeneutici passati indenni al vaglio del giudice di legittimità.

Ma proprio qui starebbe un primo, e insidioso equivoco. Ciò che è legittimo a Roma, può non esserlo a Strasburgo: *dal punto di vista del diritto convenzionale*, di cui la Corte EDU è interprete ultimo (art. 32 CEDU), *l'ergastolo è stato inflitto violando due*

*diritti fondamentali dei condannati*: onden non solo la sua *inflizione*, ma – oggi – la sua *esecuzione*, sono *illegittime* dal punto di vista della legalità convenzionale.

Legalità convenzionale che si pone, *ça va sans dire*, su un piano *superiore* rispetto a quella interna, dal punto di vista di una Corte che ha iscritta nel suo DNA – sulla base del resto di quanto stabilito dalla Convenzione – il compito di valutare se gli atti compiuti dallo Stato – da *tutti* i suoi organi e poteri: legislativo, esecutivo, giudiziario – siano o meno compatibili con il dovere incombente sullo Stato medesimo di “rispettare” (art. 1 CEDU) i diritti fondamentali statuiti dalla Convenzione. Allo Stato (e ai suoi giudici interni) spetta naturalmente il compito di interpretare e applicare il diritto nazionale secondo criteri di legalità ‘interni’; ma alla Corte spetta altrettanto naturalmente il compito di *verificare se l’applicazione del diritto nazionale fornita dai giudici interni conduca a risultati compatibili con la legalità convenzionale*.

Ora, è vero che la valutazione di *illegittimità convenzionale* dell’inflizione (e oggi dell’esecuzione) dell’ergastolo è stata resa dalla Corte EDU in relazione a *un caso concreto*, quello di Franco Scoppola; ma, come ho cercato di dimostrare nel mio precedente contributo, una simile valutazione si estende anche a tutti i casi *identici* a quello, stante la natura di *precedente* delle sentenze della Corte (e specialmente di quelle di una Grande camera investita della questione proprio per la *novità* della questione nel *case-law* della Corte).

Sicché il problema, esattamente focalizzato dallo stesso Romeo, è piuttosto *chi* debba porre rimedio a questa illegittimità convenzionale, che il nostro ordinamento non può e non deve tollerare.

3. La sua risposta – e qui cominciano i nostri dissensi – è: *non* può farlo il giudice, né quello ordinario, né quello costituzionale. Il solo possibile intervento sarebbe quello del *Presidente della Repubblica*, nell’esercizio delle sue prerogative di grazia, che gli consentono di commutare la pena riconducendola a limiti compatibili con la legalità convenzionale.

Ma come, verrebbe subito da replicare. Una volta che si ammetta che l’ergastolo è illegittimo, perché non solo la sua inflizione *illo tempore*, ma la sua esecuzione *oggi* viola ben due diritti fondamentali del condannato, come possiamo pensare che il *rimedio* alla violazione di questi diritti (un rimedio che costituisce esso stesso l’oggetto di un diritto convenzionale: art. 13 CEDU) sia rappresentato semplicemente da un atto *discrezionale* del Presidente della Repubblica quale la grazia, residuo di una prerogativa sovrana nata in epoche in cui nemmeno era concepibile l’idea di *diritti individuali* che *limitano* i pubblici poteri, e che sono posti addirittura su un piano sovraordinato rispetto alla legge? L’attuale Presidente della Repubblica – su questo concordo pienamente con il mio interlocutore – è certamente persona sensibile ai diritti fondamentali e agli obblighi internazionali incombenti sul nostro paese; ma quando si discute di *diritti violati*, e non di mere ragioni di opportunità o di equità, il rimedio non può che essere *giurisdizionale*: i diritti devono essere *riconosciuti* e *tutelati* da un giudice, non semplicemente *octroyés* dal potere sovrano.

E questo giudice dovrebbe essere un giudice *nazionale*, posto che non vedo come l'ordinamento si debba mai rassegnarsi alla prospettiva di non poter offrire rimedio, *al proprio interno*, ad un diritto fondamentale violato. Ma se a questo risultato non si potesse pervenire, resterebbe comunque aperta la via di un ricorso a Strasburgo da parte dei condannati, nei sei mesi dal rigetto definitivo delle loro istanze di rideterminazione della pena in sede esecutiva: un ricorso sulle cui *chances* di successo sarei meno pessimista rispetto a Gioacchino Romeo, dal momento che la sentenza *Scoppola* costituisce, per quanto riguarda almeno l'art. 7 CEDU, un *novum* anche per la stessa giurisprudenza di Strasburgo; sicché quei condannati non erano in condizione, nei sei mesi successivi al passaggio in giudicato della sentenza di condanna all'ergastolo, di prevedere ragionevolmente che la Corte avrebbe *anni dopo* (nel 2009) esteso in via interpretativa l'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU, sino a ricomprendere la loro situazione.

4. Che il giudice italiano possa porre rimedio alla violazione dei diritti fondamentali in atto del condannato in queste ipotesi appare certo ostacolato dalla presenza di un *giudicato di condanna*: da una sentenza, dunque, ormai *irrevocabile*. E su questo punto la posizione di Romeo appare granitica: il giudicato non si tocca, anche perché nessuno può prevedere dove potrebbe condurci un progressivo e inarrestabile indebolimento del giudicato, nelle mani magari di interpreti poco accorti.

Comprendo, naturalmente, queste preoccupazioni; ma vorrei provare ugualmente, una volta ancora, a spiegare perché il passo che io propongo oggi di compiere non sia affatto drammatico, e non indebolisca il giudicato più di quanto esso non sia già indebolito. Sempre, comunque, *a vantaggio*, e mai *a sfavore*, del condannato.

Anzitutto, fughiamo il terreno da un possibile fraintendimento. Non si tratta qui di escogitare rimedi per correggere *qualsiasi* tipo di *errore* (di fatto o di diritto) nei quali sia incorso il giudice di cognizione, oltre lo sbarramento rappresentato dal giudicato. Il discorso è qui rigorosamente confinato a errori (ancorché nel caso di specie rivelatisi come tali soltanto *ex post*, a seguito di una pronuncia innovativa della Corte EDU) che determinano una *lesione che si sta oggi producendo, di diritti fondamentali* del condannato.

Ora, la Cassazione ha già, negli ultimi anni, riconosciuto più volte *in via puramente pretoria* che il giudicato debba cedere quando si tratti di eseguire una sentenza della Corte EDU dalla quale discenda l'obbligo di *far cessare una violazione in atto di un diritto fondamentale*. E l'argomento chiave in tutti questi casi, nel silenzio della legislazione, è stato: *non possiamo continuare ad eseguire una pena illegittima*. Se la vedrà poi il legislatore, o la Corte costituzionale, a individuare i rimedi per riaprire eventualmente i processi; ma – questo nella sostanza il senso delle decisioni della Cassazione – la *nostra* responsabilità istituzionale di giudici che sovrintendono all'esecuzione è quella di *far cessare la violazione di diritti fondamentali in atto*.

Si noti: l'argomento non è stato, o non è stato soltanto, quello dell'obbligo convenzionale di adempiere agli obblighi statuiti da una specifica sentenza della Corte

di Strasburgo *ex art. 46 CEDU*. L'argomento speso in tutte quelle coraggiose sentenze volava più alto, e faceva – quanto meno, faceva *anche* – riferimento alla *violazione ancora in atto del diritto fondamentale* del ricorrente, alla quale occorreva porre rimedio.

*Proprio di questo si discute oggi: a prescindere dalla questione sul se, e in che misura, l'art. 46 CEDU obblighi lo Stato ad adottare – anche in assenza di esplicita statuizione della Corte – tutte le misure necessarie per ovviare a violazioni di diritti fondamentali in atto in situazioni identiche a quelle decise dalla sentenza (questione alla quale mi sentirei comunque di fornire una risposta affermativa, per le ragioni meglio esplicitate nel precedente intervento), il problema è qui che, se Franco Scoppola ha subito una lesione dei propri diritti fondamentali cui è stato ormai posto rimedio dalla Cassazione, anche tutti coloro che si trovano in una situazione identica stanno subendo l'identica violazione degli stessi diritti fondamentali, e reclamano conseguentemente una identica tutela giurisdizionale per porre fine a quella violazione.*

5. Non concordo con Gioacchino Romeo nemmeno sulle possibili ricadute di una eventuale pronuncia di accoglimento di questi ricorsi con riguardo a un temuto indebolimento del giudicato rispetto alla *lex mitior* meramente modificativa sopravvenuta.

Non stiamo discutendo qui sulla possibilità di travolgere il giudicato per effetto di una *lex mitior* sopravvenuta: la sentenza di Strasburgo ha ritenuto la violazione dell'art. 7 CEDU per effetto della mancata applicazione, nell'ordinamento italiano, di una *lex mitior* nei confronti dell'imputato *prima* del passaggio in giudicato della sentenza di condanna. E lo stesso principio di diritto enunciato in *Scoppola* (al § 109) ha cura di circoscrivere la portata della retroattività della norma più favorevole al solo lasso di tempo intercorrente tra la commissione del fatto e la pronuncia della sentenza irrevocabile.

Ciò di cui stiamo discutendo concerne piuttosto la possibilità di travolgere il giudicato per effetto della constatazione – resa possibile da una sentenza della Corte EDU che ha *interpretato*, in un caso identico, il diritto della Convenzione – che l'esecuzione di quella sentenza ormai irrevocabile sta producendo un effetto di lesione dei diritti fondamentali del condannato. Il fatto sopravvenuto non è qui rappresentato da una *nuova legge nazionale* (come nei casi di *lex mitior* sopravvenuta), ma semmai da una *sentenza della Corte EDU*; e la ragione per cui il giudicato deve essere modificato non è (come si potrebbe sostenere nei casi di successione di leggi penali) che la pena che si sta eseguendo non corrisponde più alla nuova valutazione legislativa del disvalore dei fatti commessi dall'imputato, ma è che l'esecuzione di quella pena sarebbe *radicalmente illegittima*.

Una situazione questa, come ho già avuto modo di sottolineare nel precedente intervento, assai simile a quella – già decisa dalla Cassazione nel senso del travolgimento del giudicato – relativa alla sorte delle sentenze di condanna relative ad un delitto (l'art. 14 co. 5 *ter* d.lgs. 286/1998) dichiarato *inapplicabile* dalla Corte di giustizia proprio in ragione dell'*incompatibilità della pena detentiva* con il diritto UE: la Cassazione non poté evidentemente, in quell'occasione, rassegnarsi alla prospettiva di

dover eseguire una pena *comunitariamente illegittima*, soltanto perché l'art. 673 c.p.p. non prevede *espressamente* un'ipotesi *eccezionale* di revoca del giudicato, in deroga al *principio generale* della sua inderogabilità.

6. La posta in gioco evocata da Gioacchino Romeo mi pare allora attenga essenzialmente alla *funzione del giudicato come principio di garanzia* nell'ordinamento. Ma anche qui, mi siano consentite alcune cursorie osservazioni, pur svolte con tutta la grossolanità di chi purtroppo non ha alcuna specifica competenza in materia processuale – anche per effetto della sciagurata 'separazione delle carriere' universitarie tra penalisti 'sostanziali' e 'processualpenalisti'.

Non c'è dubbio che l'interesse generale alla *certezza dei rapporti giuridici*, spesso identificato come fondamento dell'intangibilità del giudicato, svolga un ruolo essenziale nell'ambito del *diritto civile*, dove le controversie oppongono normalmente *due parti private*, i cui reciproci rapporti devono essere a un certo punto definiti in maniera chiara e tendenzialmente irrevocabile, anche in relazione alla possibilità che i diritti riconosciuti all'una o all'altra parte vengano poi *trasferiti a terzi* il cui *affidamento* deve essere tutelato.

La formula della certezza dei rapporti giuridici mi è sempre parsa, però, del tutto vuota in relazione alle specificità del *processo penale*, dove le parti non sono affatto su un piano di parità, e dove non ci sono affidamenti di terzi da tutelari; e dove, piuttosto, si contrappongono la pretesa punitiva statale e un fascio assai vasto di diritti fondamentali dell'imputato e/o del condannato.

Rispetto a quest'ultimo, il giudicato adempie evidentemente a una (essenziale) funzione di garanzia del suo *diritto fondamentale al ne bis in idem*, riconosciuto a livello internazionale – tra l'altro – dall'art. 4 Prot. 7 CEDU; un diritto che risponde alla logica secondo cui l'individuo non può restare indefinitamente esposto alla pretesa punitiva statale, che con l'esaurimento del giudizio nei suoi confronti *si consuma*. Rispetto dunque a chi sia stato *assolto*, ovvero *condannato* a una certa pena, con sentenza ormai definitiva, l'irrevocabilità del giudicato risponde primariamente a una *funzione di garanzia di un diritto fondamentale*, e comporta conseguentemente l'illegittimità di tutte le revisioni *sfavorevoli* – come quelle prospettati da Romeo nel paragrafo finale del suo intervento – di una statuizione ormai definitiva.

Rispetto però a possibili revoche o modifiche del giudicato in senso *favorevole* al condannato, il diritto fondamentale di quest'ultimo al *ne bis in idem* non potrà più giocare alcun ruolo: trattandosi appunto di un *diritto*, egli avrà tutta la possibilità di *rinunciare* ad esso, e di sollecitare una revisione del giudizio o una modificazione in senso più favorevole della pena. La ragione giustificativa dell'intangibilità del giudicato andrà qui cercata altrove, e precisamente – se non vedo male – nell'ovvia *necessità di porre un limite alle risorse, economiche e umane*, che lo Stato può ragionevolmente impiegare per accertare i reati e le relative responsabilità individuali, garantendo al tempo stesso un'equa possibilità di difesa all'imputato. I processi penali costano: ed è giusto che le risorse della collettività non siano inutilmente sprecate per

garantire all'infinito margini di difesa ad un imputato già riconosciuto colpevole, dopo ben tre gradi di giudizio.

Ma se questo è l'interesse sotteso alla immodificabilità del giudicato *in senso favorevole al condannato*, allora non dovrebbe essere difficile argomentarne il carattere *recessivo* rispetto all'esigenza di tutela di *diritti fondamentali* del condannato, la cui violazione divenga manifesta – *dopo la formazione del giudicato* – in seguito a una pronuncia dell'organo giurisdizionale cui, su scala sovranazionale, è istituzionalmente demandato il relativo accertamento. *In questo limitato caso*, credo davvero che lo Stato possa permettersi di impiegare qualche risorsa in più rispetto a quelle già spese: non già per assecondare pretestuose ed infondate strategie difensive, ma per porre rimedio a situazioni di conclamata violazione dei diritti.

7. Un'ultima osservazione prima di concludere. A me pare che la posta in gioco in questa vicenda sia molto più alta e importante che non la difesa del giudicato.

La scelta che le Sezioni Unite saranno, domani, chiamate a compiere è, in ultima analisi, se intendano o meno proseguire lungo la strada coraggiosa aperta dalle sezioni semplici della Cassazione penale nelle sue storiche decisioni *Cat Berro*, *Somogyi*, *Dorigo*, *Drassich*, *Scoppola*, e in tutte le altre nelle quali negli ultimissimi anni si è poco a poco iniziato a far penetrare nell'ordinamento italiano l'idea di fondo per cui il giudice (il giudice *ordinario*) è il *primo garante dei diritti fondamentali* riconosciuti dalla Convenzione, così come interpretati dal 'suo' giudice naturale.

Una strada, questa, le cui implicazioni – che forse sfuggivano, in tutte le loro dimensioni, agli stessi autori di quelle decisioni, e alla stessa Procura generale presso la Cassazione che un ruolo così importante ha giocato nel promuovere questa evoluzione – sono di assoluto rilievo, giacché marcano un passo essenziale nella direzione dell'elaborazione, anche nel nostro paese, di un 'diritto dei diritti umani', ossia di un settore del diritto – trasversale alle diverse discipline – specificamente deputato alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

Quanto è accaduto e sta accadendo nel Regno Unito è, al riguardo, istruttivo. Nel 1998 il Parlamento inglese – per iniziativa del governo Blair, che si sarebbe poi pentito amaramente di questo passo solo qualche anno più tardi – incorpora formalmente nell'ordinamento inglese la Convenzione europea attraverso lo *Human Rights Act*. Immediatamente le corti inglesi, che pure non avevano alcuna familiarità con l'idea dei diritti umani non avendo mai dovuto confrontarsi con una Costituzione scritta, cominciano ad *applicare* la Convenzione nei più diversi settori del diritto interno, compreso il diritto penale, confrontandosi con la giurisprudenza di Strasburgo e a volte anticipandone le soluzioni nella necessaria opera di *interpretazione* della medesima, per adattarla ai casi concreti di volta in volta affrontati. Il risultato è che, nell'arco di pochissimi anni, le librerie giuridiche inglesi si sono riempite di manuali di *human rights law*, che sfiorano ormai le mille pagine; e la *House of Lords* britannica – oggi *Supreme Court* – è oggi divenuta l'interlocutore più autorevole della Corte di Strasburgo nell'opera di interpretazione della Convenzione, come chiunque può constatare leggendo le più recenti sentenze della Corte europea concernenti il Regno

Unito, ove si dedicano pagine intere a discutere con l'interpretazione offerta dalla suprema corte britannica sui medesimi problemi affrontati a Strasburgo.

Riflettendo su questa stupefacente vicenda inglese, da tempo mi chiedo perché mai ciò non sia sinora accaduto anche nell'ordinamento italiano, dove – dopo tutto – l'*incorporazione* della Convenzione nel diritto nazionale, mediante la clausola di “piena e intera esecuzione” contenuta nella legge di autorizzazione alla ratifica, risale addirittura al 1955. E l'unica risposta che riesco a darmi è che, ancora, non sia sufficientemente penetrata presso la nostra giurisprudenza la consapevolezza che la Convenzione è *diritto vigente* nel nostro ordinamento, ed è parte di quella “legge” che il giudice – anche il giudice ordinario – è tenuto a *interpretare* e ad *applicare* nei casi concreti ai sensi dell'art. 101 Cost., nel rispetto beninteso dei principi e delle ripartizioni di competenze tra giudice ordinario e costituzionale fissate dalle sentenze gemelle 348 e 349 del 2007.

La ‘svolta’ della Cassazione penale a partire dal 2005/2006 ha segnato un passo storico verso questa direzione, ed è stata verosimilmente essa stessa una delle cause fondamentali che hanno condotto la stessa Corte costituzionale alle sentenze gemelle, e alle pronunce successive che hanno dato applicazione all'art. 117 co. 1 Cost. rispetto alla Convenzione – la Corte costituzionale si è probabilmente resa conto, come ho scritto in altra occasione, che altrimenti la Cassazione l'avrebbe presto scavalcata nel dare attuazione alla Convenzione nel diritto interno, minando così alle fondamenta il principio del controllo di costituzionalità accentrato su cui finora si era retto il sistema –. Sta ora al massimo consesso della Cassazione penale decidere se proseguire coraggiosamente su questo cammino, proponendosi così anche all'attenzione della Corte di Strasburgo come interlocutore prezioso sul terreno comune della difesa dei diritti fondamentali dell'individuo.