

LE SEZIONI UNITE SULL'APPLICABILITÀ *IN EXECUTIVIS* DELLA SENTENZA 17 SETTEMBRE 2009 DELLA CORTE EDU IN CAUSA SCOPPOLA C. ITALIA: UNA DOVEROSA POSTILLA

Ancora a proposito dell'[ordinanza 19 aprile 2012 n. 34472 delle Sezioni Unite](#)

di Giocchino Romeo

1. È stata pubblicata qualche settimana fa in questa *Rivista*, con commento di Viganò¹, l'**ordinanza 19 aprile 2012 n. 34472** con la quale le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno sollevato questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 117 Cost., degli artt. 7 e 8 d.l. n. 341 del 2000, convertito in legge n. 4 del 2001, all'esito del giudizio sulla possibilità, per il giudice dell'esecuzione, di sostituire alla pena dell'ergastolo quella di trenta anni di reclusione per coloro che si trovino nelle medesime condizioni di Franco Scoppola, pur senza avere mai adito la Corte EDU. Lunga l'attesa per il deposito della motivazione, ma erano in ballo questioni di cruciale importanza, al crocevia tra limiti all'applicazione della legge penale più favorevole, obbligo dell'ordinamento interno di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, ambito di estensione dei poteri del giudice dell'esecuzione. Materia, insomma, da far tremar le vene e i polsi.

Ordinanza **densa di spunti e ricca di riferimenti**. Forse troppi. E, si sa, i troppi argomenti non sempre rappresentano un buon partito, anche perché possono creare, in prospettiva futura e per successive applicazioni in ambiti contigui, poco auspicabili "sovraesposizioni". Al *clou* **si resta perplessi sull'idoneità del non possumus a conseguire una soluzione mediata del problema**: residua, in altri termini, qualche dubbio sulla possibilità che ad essa possa proficuamente contribuire la Corte costituzionale.

Ma andiamo per ordine. Non ci dilungheremo sulla "storia" retrostante, esposta analiticamente in queste pagine in più occasioni e ricapitolata anche negli ultimi commenti di Viganò ai due provvedimenti terminali delle Sezioni unite penali (l'ordinanza qui in discussione e la coeva sentenza di rigetto di altro ricorso, in proc.

¹ [VIGANÒ, Le Sezioni unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola, in questa Rivista, 12 settembre 2012.](#)

Giannone, per la non assimilabilità della posizione di quest'ultimo a quella di Franco Scoppola²).

Ci preme, invece, **soffermarci su** alcuni degli **aspetti più discutibili** o poco convincenti della decisione in esame. Anche perché, essendoci già altrove, in chiave prognostica, cimentati nell'arduo esercizio di ipotizzare gli argomenti plausibilmente spendibili dalle Sezioni unite³, riteniamo doveroso misurarci oggi con le reali ragioni da esse esposte, per verificare gli scarti dal reale di quanto immaginato *ante litteram*, per saggiare così la fondatezza dell'una o dell'altra posizione interpretativa.

2. Superfluo ripetere la litania di un legislatore deplorabilmente assente per decenni su un tema così importante e significativo – le modalità di adeguamento del diritto interno alle pronunce della Corte di Strasburgo – che peraltro avrebbe richiesto un (modesto) intervento di ordine generale, non surrogabile, in quanto tale, con decisioni della Corte costituzionale, come confermato anche dalla pronuncia di quest'ultima di (molto) parziale incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. disposta con sentenza 7 aprile 2011 n. 113: profilo, questo, sottolineato più volte in varie sedi e da ultimo posto in evidenza anche nella requisitoria della Procura generale della Repubblica presso la Corte suprema di cassazione, pur attestata sulla tesi radicale dell'immediata applicabilità della sentenza Scoppola a tutti gli altri casi identici *omisso medio*. Ma lo stesso insistito riferimento all'assenza legislativa sottintende una verità o, se si vuole, una preoccupazione elementare per chi sa di dover fare i conti, nell'interpretazione del diritto, con la necessità di non poter prescindere dal testuale riferimento a un atto legislativo (o, naturalmente, ad atti equiparati) nella soluzione di qualsiasi questione ermeneutica: **occorre, cioè, una legge**.

Ha rilevato Viganò, nel commento a caldo dell'ordinanza Ercolano in questa *Rivista*, **che la soluzione accolta dal Collegio coincide** integralmente, in tutti i passaggi, **con quella da lui sostenuta** in un intervento pubblicato pochi giorni prima della camera di consiglio, **salvo che per la conclusione relativa alle modalità tecniche** con cui pervenire alla **rimozione della violazione del diritto** fondamentale del ricorrente: **rilievo esatto**, dal quale, tuttavia, si evince **anche che la tesi da noi sostenuta, della preclusione al giudice ordinario, allo stato della legislazione vigente, ad intervenire direttamente sul giudicato**, modificandone le statuizioni di diritto sostanziale in applicazione della *lex mitior*, è fondata, non trovandosi appiglio alcuno, nella legge scritta, per poter accogliere *sic et simpliciter* la domanda del ricorrente.

Naturalmente, ciò non significa che, secondo noi, possa considerarsi fondata la questione di costituzionalità sollevata con l'ordinanza in commento. Resta, anzi, da

² [VIGANÒ, Una prima pronuncia delle Sezioni unite sui "fratelli minori" di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000, in questa Rivista, 10 settembre 2012.](#)

³ G. ROMEO, *Applicabilità in executivis della sentenza Scoppola della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr. mer.*, 2012, pagg. 806-814.

verificare se per essa, che dovrebbe servire – secondo le Sezioni unite – a rimuovere quella preclusione, vi siano serie prospettive di accoglimento.

Intanto si potrebbe osservare che, **se davvero ci fosse un percorso interpretativo praticabile senza alcuna mediazione del giudice delle leggi**, la **questione** sollevata dalle Sezioni unite dovrebbe considerarsi **inammissibile**, perché proposta o senza avere previamente sondato la possibilità di risolverla con una interpretazione costituzionalmente orientata o con il fine di sottrarsi all'esercizio della funzione interpretativa: questione, dunque, surrettiziamente funzionale a demandare quella funzione, *sub specie* di incidente di costituzionalità, alla Consulta (giurisprudenza pacifica: tra le ultime, Corte cost., 16 febbraio 2012 n. 26; 15 aprile 2011 n. 139). Non sarebbe rilievo peregrino se è vero – come è indubbiamente vero – che l'opzione interpretativa dell'immediata applicabilità della sentenza Scoppola a casi analoghi, indipendentemente dal previo esperimento di un ricorso a Strasburgo, è stata fatta propria da autorevoli studiosi e persino, come già accennato, dalla Procura generale presso la Corte suprema.

In altri termini, **quanti hanno preso a suo tempo partito per l'immediata operatività della sentenza della Corte EDU Scoppola** nei procedimenti riguardanti altri soggetti e pendenti dinanzi al giudice dell'esecuzione e ne sono ancora convinti, **oggi dovrebbero concludere per l'inammissibilità della questione** sollevata dalle Sezioni unite.

Ovvio che se la Consulta fosse dello stesso avviso, dichiarata inammissibile la questione, la palla sarebbe rimandata al giudice di legittimità. Poco male. Quest'ultimo si vedrebbe costretto a un'opzione interpretativa e la prognosi può ritenersi favorevole, alla luce degli argomenti spesi nell'ordinanza: potrebbe così vedere la fine un'odissea, per chi si trova nelle stesse condizioni di Scoppola, che si spera solo non abbia pregiudicato sin qui la fruizione possibile di misure alternative alla detenzione.

3. Mesi addietro e prima del deposito del provvedimento, **avevamo ritenuto che potesse porsi un problema di rilevanza della questione proposta**, per non essere stato anche coinvolto, nel giudizio di costituzionalità, l'art. 2, comma quarto, c.p. che avrebbe costituito ostacolo – pur dopo l'eventuale rimozione dall'ordinamento, in caso di ritenuta fondatezza di essa, degli articoli censurati – all'applicazione della *lex mitior*, notoriamente preclusa dopo il passaggio in giudicato della sentenza⁴.

Ma **l'ordinanza di rimessione pare elegantemente bypassare l'argomento**, sulla scia di quanto già affermato in alcune sentenze delle sezioni semplici della Corte suprema, in tema di dichiarazione di incostituzionalità dell'aggravante *ex art. 61 n. 11-bis c.p.*, alla luce del disposto dell'art. 30 legge n. 87 del 1953.

Com'è noto, a seguito della declaratoria di incostituzionalità di tale aggravante⁵, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che debba essere espunta, ad opera del

⁴ G. ROMEO, *Applicabilità in executivis*, cit.

⁵ Disposta con sentenza 8 luglio 2010 n. 249, delle cui ricadute sul giudicato penale si è occupato [S. ZIRULIA, Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l'aggravante di clandestinità?, in questa Rivista, 9 dicembre 2010.](#)

giudice dell'esecuzione, la parte di pena inflitta con sentenza definitiva, imputabile all'aggravante applicata⁶, dati gli effetti radicali ed *ex tunc* delle pronunce di illegittimità costituzionale.

Mutatis mutandis, anche qui, rimossi gli articoli ritenuti dalla Corte di cassazione ostativi all'estensione ai "fratelli minori" di Scoppola della legge più favorevole, seguirebbe, *ex art.* 30 della legge n. 87 del 1953, la sostituzione, ad opera del giudice ordinario, della pena perpetua con quella di trent'anni di reclusione.

Sarà questo il grimaldello che permetterà alle Sezioni unite (al giudice dell'esecuzione) di "estendere" gli effetti della sentenza Scoppola ai casi nei quali il condannato, versante in condizioni analoghe, non abbia esperito previamente il ricorso a Strasburgo?

È ben possibile, e sarebbe certamente una vittoria dell'equità, se fosse. Ma **non vanno taciuti gli argomenti "scomodi"** e le possibili obiezioni a qualche argomento o a omissioni dell'ordinanza.

Quest'ultima esordisce con una premessa sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU, in origine finalizzata alla soluzione di specifiche controversie relative a casi concreti, ma nel tempo qualificatasi per la valorizzazione di una funzione paracostituzionale di tutela dell'interesse generale al rispetto del diritto oggettivo, da realizzare mediante la tecnica delle cosiddette "sentenze pilota", formalizzata nel regolamento di procedura della Corte stessa⁷.

Evoca, poi, sei sentenze della Corte costituzionale (348 e 349 del 2007, 311 e 317 del 2009, 80 e 113 del 2011), secondo le quali le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, avrebbero una maggiore resistenza rispetto alle leggi ordinarie interne che devono essere interpretate, ove possibile, in termini conformi alle prime⁸.

Quindi si avventura in un passaggio, all'apparenza consequenziale a tale evocazione, che però non trova avallo in nessuna delle sentenze costituzionali citate. Vale la pena riportare *ad litteram* il brano: **"Di fronte a pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già in precedenza stigmatizzate in sede europea, il mancato esperimento del rimedio di cui all'art. 34 CEDU (ricorso individuale) e la conseguente mancanza, nel caso concreto, di una sentenza della Corte EDU cui dare esecuzione non possono essere di ostacolo ad un intervento dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso la giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale, anche sacrificando il valore della certezza del**

⁶ Così [Cass., sez. I pen., 27 ottobre 2011 n. 977/2012, in questa Rivista, 19 gennaio 2012, con commento 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*](#). Ma sul tema v. anche [G. GATTA, *Ancora sulla non eseguibilità della porzione di pena inflitta per effetto dell'applicazione della cd. aggravante della clandestinità, sempre in questa Rivista, 29 maggio 2012.*](#)

⁷ Così l'ordinanza, la quale, peraltro, non precisa quale sia il valore giuridico tale regolamento nel nostro ordinamento.

⁸ A dire il vero, le cose non stanno proprio così. In una delle fondamentali sentenze tra quelle citate (la n. 317 del 2009) si legge: "... l'integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost. non deve intendersi come una sovraordinazione gerarchica delle norme CEDU – in sé e per sé e quindi a prescindere dalla loro funzione di fonti interposte – rispetto alle leggi ordinarie...".

giudicato, da ritenersi recessivo rispetto ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona. La preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorquando risulti pretermesso, con effetti negativi perduranti, un diritto fondamentale della persona, quale è certamente quello che incide sulla libertà: s'impone, pertanto, in questo caso di emendare dallo «stigma dell'ingiustizia» una tale situazione”.

Qui conviene fermarsi un attimo a riflettere. E prendiamo le mosse dalla fine. **Pare mera petizione di principio**, non suffragata da alcun elemento testuale, l'affermazione del **carattere recessivo del valore della certezza del giudicato** (peraltro agganciata a più di un principio costituzionale) rispetto alla violazione di un diritto fondamentale della persona. Non spettando alla Corte di cassazione, nel doveroso bilanciamento tra più valori costituzionali in gioco, stabilire la prevalenza di questo o di quello, sarebbe stato quanto meno necessario che la Corte costituzionale lo avesse affermato da qualche parte; e invece, almeno dalle decisioni citate, nulla è dato evincere nel senso affermato dalle Sezioni unite sul punto.

Ma vi è di più. Ed è che, **contrariamente a quel che opinano le Sezioni unite, la Consulta ha affermato l'esatto contrario**, quando, nella sentenza 22 luglio 2011 n. 236⁹ (sentenza ignorata in venti pagine del provvedimento – salvo un cenno, del tutto irrilevante, nel penultimo capoverso di pag. 12 – quantunque centrale ai fini di una compiuta disamina di ogni argomento *pro o contra*) si è così espressa, a proposito della sentenza Scoppola: “È però significativo che la Corte (di Strasburgo: *n.d.r.*) abbia espressamente posto un limite, escludendo che il principio in questione **possa travolgere il giudicato** (nella sentenza si fa esclusivo riferimento a «leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva»), diversamente da quanto prevede nel nostro ordinamento l'art. 2, secondo e terzo comma, cod. pen. È da aggiungere che la sentenza Scoppola, anche se in modo non inequivoco, induce a ritenere che il principio di retroattività della norma più favorevole sia normalmente collegato dalla Corte europea all'assenza di ragioni giustificative di deroghe o limitazioni. Si legge infatti nella sentenza che «infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo» e che «ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive». Ma, se la retroattività non può essere esclusa 'solo' perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti.

Insomma, secondo la Corte europea, la circostanza che un determinato fatto era previsto come reato dalla legge in vigore al momento della sua commissione ed era punito con un certa sanzione non può costituire, di per sé, valida ragione per giustificare l'applicazione di tale legge, ancorché successivamente abrogata o

⁹ In [questa Rivista, 2011](#), con scheda illustrativa di G. LEO. Prende spunto da essa per spaziare su temi generali di retroattività della *lex mitior* F. VIGANÒ, [Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole, in questa Rivista, 6 settembre 2011](#).

modificata *in melius*, continuando così a «infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive». Perciò, qualora vi sia una ragione diversa, che risulti positivamente apprezzabile, la deroga all'applicazione della legge sopravvenuta più favorevole al reo dovrebbe ritenersi possibile anche per la giurisprudenza di Strasburgo, specie quando, come è avvenuto nel caso in esame, fattispecie incriminatrice e pena siano rimaste immutate.”

Naturalmente, si può anche ritenere, quanto all'interpretazione della sentenza Scoppola sul persistente valore della certezza del giudicato, che siano nel giusto le Sezioni unite e che versi in errore la Consulta¹⁰; ma è **certamente molto singolare che le prime, nel trattare in modo ampio e tendenzialmente completo l'argomento, abbiano taciuto sull'unica decisione costituzionale specifica sul tema.**

Omissione da distrazione? Difficile pensarlo. Non solo per l'elevata professionalità dei componenti il collegio giudicante, tutti magistrati di prim'ordine, ma anche perché nella sentenza costituzionale “trascurata” erano presenti altri passi “scomodi”, che non sarebbero tornati utili agli argomenti complessivamente elaborati dalle Sezioni unite.

Difatti, sempre **secondo Corte cost., n. 236 del 2011**, “ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, **la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso Scoppola resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata**: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio.”

Affermazione difficilmente compatibile con quanto, invece, scrivono al riguardo le Sezioni unite: “La sentenza della Corte EDU, G.C., 17/09/2009, Scoppola c. Italia, che viene in rilievo nel caso in esame, **presenta i connotati sostanziali di una «sentenza pilota»**, in quanto, pur astenendosi dal fornire specifiche indicazioni sulle misure generali da adottare, evidenzia comunque l'esistenza, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, di un problema strutturale dovuto alla non conformità rispetto alla CEDU dell'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000, nella interpretazione datane dalla giurisprudenza interna.”

¹⁰ Le Sezioni unite sottolineano che si ha violazione dell'art. 7 CEDU quando non venga inflitta all'imputato la pena più mite tra quelle previste dalle diverse leggi succedutesi dal momento del fatto a quello della sentenza definitiva, rilevando che tale precisazione è riferita “all'individuazione del termine entro il quale la modifica normativa *in melius* del trattamento sanzionatorio deve essere intervenuta, perché se ne ritenga l'applicabilità, e non certo al limite temporale entro il quale la violazione della norma convenzionale può essere dedotta dinanzi al giudice nazionale, non affrontando espressamente la Corte europea il tema della preclusione del giudicato”. Ma, se è così, l'affermazione del carattere recessivo del giudicato dinanzi a violazione della norma convenzionale diviene ancor di più una inaccettabile fuga in avanti, che non solo non trova fondamento in alcun atto normativo o statuizione di giurisdizione sopranazionale o costituzionale, ma contrasta espressamente con disposizioni in vigore. In proposito condivide l'affermazione della Corte costituzionale F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 10.

Dunque, *pour cause* le Sezioni unite tacciono sulla citata sentenza della Corte costituzionale. Non avrebbe loro consentito di allestire negli stessi termini la pur brillante ricostruzione sistematica, così come oggi la leggiamo. E però si tratta di una reticenza che pesa. Se vorrà accogliere la questione, la Consulta dovrà, quanto meno, rivedere qualche sua non remota affermazione.

Peraltro, pare eccessivo e in qualche misura enfatico proclamare il carattere recessivo della stabilità del giudicato rispetto all'esigenza di tutela del diritto a un trattamento penale *in mitius*, specie tenuto conto che sono le stesse Sezioni unite ad affermare che sulla preclusione del giudicato la Corte EDU non si è mai pronunciata¹¹. Ci si può domandare, infatti, in una prospettiva "futuribile", se una sentenza che, non tenendo conto della *lex mitior*, abbia inflitto una condanna a pena non legittima¹² o comunque sproporzionata al fatto-reato, possa mai essere modificata *in executivis*, in assenza delle previste e non esperite impugnazioni. Riterremmo di no; ma, alla luce di quanto scrivono le Sezioni unite, la conclusione può non essere certa. Perché mai non sollevare, all'occorrenza, una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma quarto, c.p., nella parte in cui non prevede – specie quando la pena inflitta appaia illegale – la modifica, sia pure parziale, del giudicato? Non parrebbe giusto dover concludere, per un imputato caduto nelle mani di un cattivo difensore: *imputet sibi*.

L'argomento sollecita un'ulteriore riflessione. Siamo proprio certi della fondatezza del motivo per infrangere il giudicato identificato nel fatto che l'esecuzione di una pena ritenuta illegittima dall'interprete autentico della Convenzione determinerebbe "una patente violazione del principio di parità di trattamento tra condannati che versano in identica posizione"? Diciamola tutta: i condannati non versano **in identica posizione** (diversamente il problema del quale qui si discute non si sarebbe posto¹³). Sappiamo, infatti, che lo Scoppola si giovò dell'assistenza di un difensore che esperì "un ricorso a Strasburgo, le cui prospettive di successo [...] apparivano all'epoca assai remote, non avendo mai la Corte riconosciuto sino a quel momento rilievo convenzionale al principio della retroattività della *lex mitior*"¹⁴; mentre tutti gli altri condannati all'ergastolo con vicende analoghe a quelle dello Scoppola non fruiro di un'assistenza tecnica parimenti oculata.

Proprio il diverso percorso seguito dalle rispettive difese rende differenti le posizioni di quei condannati; ed è noto quanto le mancanze e negligenze difensive

¹¹ Pag. 8, primo cpv., ult. parte, dell'ordinanza.

¹² La *lex mitior* potrebbe anche avere fissato il massimo edittale in misura inferiore alla pena da eseguire in forza di condanna non impugnata sul punto e passata in giudicato. Più in generale, potrebbe stabilire una pena massima inferiore a quella minima precedentemente comminata. Non si tratterebbe anche in questo caso di un'esecuzione *contra ius*, seguendo il ragionamento dell'ordinanza (sulla scia di quanto pensano i giudici europei)? E non si dovrebbe riaprire il caso *in executivis* anche per questa ipotesi, trattandosi di violazione di un diritto fondamentale come quello di libertà?

¹³ Tra l'altro, è abbastanza singolare che le Sezioni unite, pur insistendo in modo alquanto enfatico sulla violazione di un diritto fondamentale, al *clou* adoperino un'espressione dubbiosa: "è agevole trarre la conclusione che l'aver inflitto al ricorrente Ercolano, la cui posizione è sostanzialmente sovrapponibile a quella dello Scoppola, la pena dell'ergastolo, anziché quella di trent'anni di reclusione, **sembra** avere violato il suo diritto all'applicazione retroattiva (art. 7 CEDU) della legge penale più favorevole...".

¹⁴ Così [F. VIGANO, Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia, in questa Rivista, 10 aprile 2012.](#)

possano ricadere sugli assistiti, senza che per essi ci sia altro rimedio, nei congrui casi, che quello di un'azione di danni verso il "cattivo" difensore.

Ecco: questo della diversità delle posizioni è un argomento che sarebbe stato opportuno esaminare nell'affrontare il problema che qui si pone. Ma le Sezioni unite non ne sembrano convinte, se l'hanno ignorato.

Analogamente, hanno ignorato la *regula iuris* contenuta nell'art. 2, comma quarto, c.p.; si dirà che l'itinerario seguito per conseguire un risultato utile rendeva superflui i riferimenti. Ed è rilievo esatto; ma quanti argomenti non del tutto essenziali sono stati pure evocati!

E invece nell'ordinanza l'unico accenno all'art. 2 c.p. viene paradossalmente fatto come prova della crisi dell'irrevocabilità del giudicato. Leggiamo: "La crisi dell'irrevocabilità del giudicato è riscontrabile nell'art. 2, comma terzo, cod. pen. (inserito dall'art. 14 della legge 24 febbraio 2006, n. 85), secondo cui la pena detentiva inflitta con condanna definitiva si converte automaticamente nella pena pecuniaria, se la legge posteriore al giudicato prevede esclusivamente quest'ultima, regola questa che deroga invece a quella posta invece dal quarto comma dello stesso art. 2 cod. pen. (primato della *lex mitior*, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile)".

Ora, **che il legislatore sia libero di disciplinare come meglio crede l'applicazione della *lex mitior* (estendendola anche oltre il giudicato) è fin troppo ovvio e nessuno si scandalizzerebbe se ciò accadesse.** Ma che una molto modesta deroga alla regola generale stabilita nel comma quarto dell'art. 2 c.p. possa essere intesa come elemento significativo di una crisi dell'irrevocabilità del giudicato pare davvero una deduzione di notevole ardimento. Tanto più che proprio la previsione **per legge** della deroga ricordata avrebbe dovuto indurre a ritenere, per implicito, la conferma e il rafforzamento, in una certa misura, della regola generale di cui al comma quarto dell'art. 2 c.p. e la sua possibilità di modifica solo mediante atto avente valore di legge. E ciò senza contare le numerosissime leggi che espressamente continuano a limitare l'applicazione delle proprie disposizioni ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato.

Quanto, poi, all'accostamento della novità normativa costituita dall'art. 14 della legge n. 85 del 2006 al *novum* dettato dalla Corte europea in tema di legalità della pena, esso appare di non agevole comprensione, non solo date le diverse modalità di produzione degli effetti, nel nostro ordinamento, di una *lex superveniens* più favorevole e di una sentenza di condanna della Corte EDU, ma soprattutto perché non si capisce come la novità legislativa "interna" sia interpretabile alla stregua di un "colpo mortale" inflitto al giudicato e lo stesso si predichi della sentenza del giudice sopranazionale, di cui pure altrove si afferma non avere mai affrontato il tema della preclusione del giudicato.

4. Che cosa accadrà nell'ulteriore, e si spera ultimo, stadio di questa procedura?

Molti, e diversi, i possibili esiti. Difficile una prognosi: il punto più spinoso potrebbe riguardare proprio la valutazione comparativa tra i valori in gioco che la

Consulta dovrà eseguire, in particolare quello della stabilità della *res iudicata*, che essa ha da sempre ricondotto al diritto di difesa¹⁵.

Escluderemmo infondatezza e manifesta infondatezza della questione. Poco probabile anche una decisione interpretativa di rigetto (che però potrebbe determinare la soluzione della *vexata quaestio*). Restano l'ipotesi dell'inammissibilità e quella dell'accoglimento.

Quest'ultima determinerebbe il diretto intervento della Corte di cassazione sulla *res iudicanda*, non essendovi materia per rinvio al giudice di merito, data la necessità di una sostituzione *sic et simpliciter* della pena inflitta (da ergastolo a reclusione di anni trenta), in ossequio a quanto dispone l'art. 619, comma 2, c.p.p.; ma è evidente che vi sarebbero immediate ricadute sulla posizione di tutti coloro che versano in condizioni analoghe a quelle di Scoppola, che non abbiano pendente ricorso per cassazione e che dovrebbero rivolgersi al giudice dell'esecuzione per la medesima sostituzione. Ovvio che in caso di rigetto dell'istanza, esperirebbero ricorso per cassazione, sicuramente vittorioso.

Diverso il caso dell'inammissibilità. Qui la sorte della questione dipenderebbe dalla causale per cui la declaratoria intervenga. Se fosse dovuta a una ritenuta proposizione di una questione interpretativa che la stessa Corte di cassazione può e deve affrontare, senza mediazioni del giudice delle leggi, trionferebbe la posizione già assunta dalla Procura generale della Corte suprema e in queste pagine sostenuta sin dal primo momento con competenza e passione da Viganò, e quindi sarebbe il giudice ordinario, *omisso medio*, a dover decidere nel merito della questione, cioè a sostituire la pena detentiva temporanea con quella perpetua (nel caso del processo Ercolano, come appena scritto, la stessa Corte di cassazione).

Superfluo aggiungere che possedendo solo la declaratoria di incostituzionalità efficacia *erga omnes*, nessun altro esito del giudizio costituzionale vincolerebbe i giudici diversi da quello *a quo* (nella specie, la Corte di cassazione). Ma è evidente che, se – anche in assenza di una dichiarazione di incostituzionalità – le Sezioni unite dovessero accogliere il ricorso, la questione sarebbe definitivamente chiusa anche per tutti coloro che ancora non hanno fatto valere la loro posizione di “fratelli minori” di Scoppola¹⁶.

5. Una breve riflessione finale. Per tanti versi e da tante parti negli ultimi tempi si sono ripetute occasioni di “confronto”, nella giurisprudenza di legittimità, con il principio di stabilità della *res iudicata*. In varie circostanze, come certamente nella presente, esigenze di equità hanno condotto a dubitare di un valore che, sino alla fine

¹⁵ Corte cost., 3 luglio 1996 n. 224 e 17 novembre 2000 n. 501, la quale evoca anche il principio della ragionevole durata del processo. È, poi, costante, la giurisprudenza costituzionale nel ritenere, in ossequio al principio dell'intangibilità del giudicato, che la problematica dell'errore di fatto, *in iudicando o in procedendo*, in cui sia incorso il giudice di cognizione, afferisce al giudizio di revisione ed è estranea alla competenza del giudice dell'esecuzione (Corte cost., 17 gennaio 2000 n. 14; 29 ottobre 1999 n. 413).

¹⁶ Non va, peraltro, dimenticato, che, secondo Sez. un., 16 dicembre 1998 n. 25, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1405 ss., le sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale costituiscono, nei giudizi diversi da quello in cui la questione è stata sollevata, precedente autorevole al quale i giudici sono tenuti ad uniformarsi, in mancanza di validi motivi contrari rispetto ai quali sussista l'obbligo di fornire adeguata spiegazione.

del secolo scorso, appariva pressoché intoccabile: tanto che può dirsi memorabile il rigore con cui la Corte di cassazione lo ha irremovibilmente difeso nel più eclatante dei casi, quello dell'errore di fatto occorso nella lettura degli atti interni al giudizio di legittimità, che di certo avrebbe richiesto maggiore apertura¹⁷ e che, pur dopo l'intervento legislativo del 2001, ha visto la giurisprudenza di legittimità osservare, in proposito, un inflessibile *self-restraint*.

In molte altre circostanze, invece, il ripudio o, più semplicemente, l'insofferenza verso quel valore non è parso giustificato dall'attuazione di fini "superiori" di giustizia. Qui non mette conto ricordare casi in cui pronunce "a briglie sciolte", senza una consapevolezza esatta della portata di certe affermazioni, si sono avventurate su terreni impervi esponendo a rischio grave lo stesso bene della certezza del diritto che è compito della Corte di cassazione assicurare. I "terreni impervi" sono, com'è naturale, quelli del diritto sostanziale; perché una cosa è riaprire una vicenda oggetto di sentenza irrevocabile per un *vitium in procedendo*, altra cosa è rimuovere un giudicato per un *vitium in iudicando*.

Com'è noto, anche prima che fosse ratificata la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la giurisprudenza aveva "costruito" una sorta di rimozione del giudicato nei casi in cui questo si fosse formato attraverso violazioni della legge processuale (ad es., decisioni rese in contumacia non correttamente notificate), configurando la sentenza come "inesistente" e quindi solo apparentemente divenuta irrevocabile¹⁸.

Si può concedere che nel caso sottoposto all'esame delle Sezioni unite e sfociato nell'ordinanza qui in esame, al di là dei "sacri principi" calati da Strasburgo sul nostro diritto, potessero emergere esigenze di giustizia sostanziale inopinatamente oblierate e che quindi, anche senza una pronuncia della giurisdizione sopranazionale, quella "interna" avrebbe alla fine trovato una via d'uscita all'*impasse*. Ma va anche detto, in generale, che non giovano fughe in avanti giustificate da generiche esigenze equitative, di non agevole ingresso in ordinamenti come il nostro.

Forse, anche a costo di apparire iconoclasti, riterremmo che occorra ripensare, al di là della specifica vicenda qui esaminata, alla fondatezza di una rappresentazione del diritto a fruire di un trattamento penale più favorevole come a un **diritto fondamentale**, o comunque a un diritto dinanzi al quale sia recessivo il valore del giudicato.

Già su un piano generale, è dubbio che risponda a criteri di equità l'irrogazione di una pena inferiore a quella comminata per il reato sia al momento del fatto, sia in quello del giudizio, per la sola circostanza che nel relativo intervallo di tempo ce ne sia stata in vigore una più mite, anche per un giorno soltanto. Non può sfuggire, specie in un Paese, come il nostro, che ha visto la legislazione penale negli ultimi tempi obbedire spesso ad esigenze che poco avevano a che vedere con il principio di "proporzionalità della pena", ma in compenso apparivano molto sensibili a una programmata

¹⁷ Ancora memorabili due sentenze delle Sezioni unite, rese su ricorsi del medesimo soggetto in momenti diversi, ma con riferimento alla stessa *res iudicanda* (18 maggio 1994 n. 8, in *C.e.d. Cass.*, n. 198542-3 e 9 ottobre 1996 n. 19, *ivi*, n. 206176-7).

¹⁸ Tra le più risalenti decisioni memorizzate, in tema di incidente di esecuzione e contestuale impugnazione tardiva, nell'archivio elettronico di documentazione della Corte di cassazione, Sez. II, 2 marzo 1960 n. 3128, in *C.e.d. Cass.*, n. 098418.

vanificazione dell'effettività del magistero penale per finalità *ad personam* (analogamente a leggi di dilatazione *ad libitum* dei processi), è quanto meno imprudente accettare i verdetti che provengono da Strasburgo come fossero un vangelo da applicare ciecamente in ogni circostanza. Ecco perché molto saggiamente la Corte costituzionale non solo si è riservata l'ultima parola in tema di bilanciamento di valori in conflitto, ma ha anche guardato con diffidenza a quella "metamorfosi" delle sentenze europee da decisioni del caso di specie a decisioni "pilota", alla quale fanno riferimento le Sezioni unite, per il momento escludendola¹⁹.

Se non si può non essere cultori dei valori costituzionali e *in primis* dei diritti di libertà, "nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e da obblighi internazionali" (art. 117 Cost.), non si possono, tuttavia, ignorare le degenerazioni patologiche che la legislazione penale ha vissuto negli ultimi anni in Italia, con una continua fibrillazione ascrivibile alla tutela di interessi prevalentemente personalistici.

In tale contesto è dovere del giurista non solo sperare che questo *trend* della legislazione penale cessi e impegnarsi perché l'inversione di tendenza rispetto a leggi *monstre* sia realizzata quanto prima, ma anche – poiché l'ipotesi virtuosa può essere di là da venire e quella infausta, dati i tristi precedenti, ripetersi – guardare con cautela alle "magnifiche sorti e progressive" di pronunce che, al di là del caso deciso, potrebbero rivelarsi dirompenti in chiave sistemica in un Paese il cui *standard* di "normalità" è ancora molto lontano da quello medio delle Nazioni evolute, come comprovano le "contorsioni" parlamentari di questi giorni nell'approvazione di una nuova legge anticorruzione.

¹⁹ Come si è detto, con la sentenza n. 236 del 2011, della quale più sopra si è riportato un significativo passo.