

IL GIUDICATO E LE LIBERTÀ FONDAMENTALI: LE SEZIONI UNITE CONCLUDONO LA VICENDA SCOPPOLA-ERCOLANO

*Nota a [Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013 \(dep. 7 maggio 2014\), n. 18821,](#)
[Pres. Santacroce, Rel. Milo, Ric. Ercolano](#)*

di Marco Bignami

1. Con la sentenza che si annota a prima lettura, le Sezioni Unite hanno posto termine ad una vicenda che è ben nota ai lettori, e che sarà perciò consentito riassumere con poche osservazioni di sintesi.

E' successo che tale Scoppola aveva domandato l'accesso al rito abbreviato, quando per il reato contestatogli l'ordinamento prevedeva che, in caso in condanna, alla pena dell'ergastolo, con o senza isolamento diurno, fosse sostituita in virtù del rito la pena di trent'anni di reclusione. Tuttavia, *dopo* la richiesta di abbreviato avanzata da Scoppola, una norma di interpretazione autentica (l'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000) era giunta a stabilire, in *malam partem*, che l'ergastolo con isolamento diurno sarebbe stato sostituito con il solo ergastolo.

Scoppola si è ritrovato così condannato ad una pena più severa di quella prevista al tempo in cui aveva formulato la domanda di accesso al rito alternativo: da qui il ricorso alla Corte di Strasburgo e la condanna della Repubblica italiana per violazione dell'art. 7 CEDU.

In quest'occasione, peraltro, la Corte EDU si è spinta ad enunciare, innovativamente, che l'art. 7 della Convenzione impone di applicare al reo la pena più mite tra quelle stabilite dalla legge tra la commissione del fatto ed il giudizio, irrigidendo in tal modo nel nostro ordinamento nazionale quanto già previsto dall'art. 2, comma 3 del codice penale con mera forza di legge ordinaria.

Il problema risolto dalle Sezioni Unite concerne la posizione di coloro che si sono ritrovati nella medesima posizione di Scoppola, ed hanno però omesso di ricorrere a Strasburgo nel termine di decadenza a tal fine previsto. Per queste persone la formazione del giudicato sulla condanna alla pena dell'ergastolo, in linea di principio, non avrebbe consentito di rimediare alla violazione del diritto: sarebbe spettato al giudice della cognizione sollevare questione di costituzionalità della norma di legge sopravvenuta, nella parte in cui essa pretendeva di trovare applicazione retroattiva, anche in danno di chi già avesse formulato domanda di rito abbreviato nel vigore di una pena più favorevole.

Per tale motivo, il giudice dell'esecuzione penale aveva respinto la domanda di tale Ercolano di rideterminare la pena, tenendo conto degli effetti della sentenza

europea sul caso Scoppola. Tuttavia, le Sezioni Unite, investite del ricorso del reo contro quest'ultima decisione, hanno ritenuto diversamente.

Muovendo dall'idea che la Costituzione impedisca che una pena continui ad essere eseguita una volta che ne sia stata accertata in sede europea la contrarietà alla Convenzione, il giudice della nomofilachia ha individuato nell'art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953 la chiave di volta con la quale adeguare la pena al *dictum* di Strasburgo.

Come è noto, questa disposizione prevede che cessino l'esecuzione e gli effetti penali di una sentenza di condanna oramai definitiva, quando viene dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma in applicazione della quale è intervenuta la decisione giudiziale.

Le Sezioni Unite hanno perciò sollevato questione di costituzionalità avente ad oggetto l'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000, reputando che, una volta rimossa la norma di interpretazione autentica che aveva imposto di applicare ad Ercolano la pena più severa, il giudice dell'esecuzione avrebbe potuto rideterminare il trattamento sanzionatorio sulla base della pena più mite.

Con la sentenza n. 210 del 2013 la Corte costituzionale ha mostrato di condividere tali premesse, ed ha accolto la questione. La sentenza oggi in commento costituisce il seguito dell'incidente di legittimità costituzionale e provvede direttamente a sostituire a favore del reo la pena dell'ergastolo con quella di 30 anni di reclusione. Al di là di ciò, tuttavia, essa colpisce il lettore per l'ampio apparato argomentativo che vi viene sviluppato, e che per certi versi risulta inaspettato, se si considera che la pronuncia della Corte costituzionale sembrava avere risolto qualsivoglia profilo problematico.

L'impressione che se ne trae è che le Sezioni Unite si siano volute spingere oltre quanto postulato dal giudice delle leggi, tornando a predicare la solidità dell'impianto concettuale da cui aveva preso le mosse l'ordinanza di rimessione, e che la Corte costituzionale aveva invece inteso parzialmente correggere. Eppure, già molto era stato concesso al rimettente. Salvo quanto si aggiungerà in seguito, non sembra possibile negare che l'ammissibilità della questione di costituzionalità vertente sull'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000 si fonda a prima vista su di un'inversione logica facilmente percepibile. Infatti, al fine di rendere rilevante tale questione, le Sezioni Unite avevano specificato che l'accoglimento di essa avrebbe comportato un effetto nel caso concreto, ovvero la rideterminazione della pena a favore del ricorrente ai sensi dell'art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953. Eppure questo effetto non deriva affatto dalla circostanza che il giudice dell'esecuzione debba nuovamente fare applicazione dell'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000, ovvero dalla sola circostanza che rende rilevante l'incidente di legittimità costituzionale, posto che tale disposizione era già stata applicata in sede cognitiva, con efficacia di giudicato. Questo giudice è esclusivamente tenuto, in forza dell'art. 30, comma 4, a valutare gli effetti temporali di una dichiarazione di incostituzionalità *conseguente ad altro giudizio costituzionale*, visto che il legislatore ammette, entro certi limiti, che essi si impongano anche innanzi ad un giudicato. Perciò, ammettere che l'art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953 imponga di far cessare gli effetti di una

condanna basata su una pena dichiarata incostituzionale non equivale per nulla a rendere rilevanti in fase esecutiva le questioni di costituzionalità vertenti su tale pena.

Ne segue che per arrivare all'ammissibilità della questione vertente sull'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000, manca un tassello logico, sul quale fermeremo la nostra attenzione in seguito. Per ora, occupiamoci di sviluppare l'osservazione svolta innanzi, circa la divaricazione del percorso motivazionale osservato dalle Sezioni Unite rispetto alle premesse sviluppate dalla sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale.

2. Il punto di attrito tra le due Corti attiene con ogni evidenza al rilievo da attribuire al valore del giudicato, che viene ovviamente affievolito ove se ne prospetti il cedimento a fronte dell'esigenza di reprimere violazioni delle libertà fondamentali da parte del legislatore, accertate *dopo* la definitività della pronuncia giurisdizionale sul caso di specie. La sentenza n. 210 del 2013 è del tutto esplicita nell'affermare che un simile affievolimento, con riguardo alla declaratoria di illegittimità costituzionale di una pena, è affidato alla discrezionalità del legislatore ordinario, che ben può porre in bilanciamento *"il valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici"* con *"opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore (ndr: enfasi di chi scrive) intende assicurare un primato"*. Proprio in questa linea, l'art. 30, comma, 4 della legge n. 87 del 1953 si presterebbe a superare il giudicato sulla pena *"in presenza di alcune sopravvenienze"*, ed in particolare della pronuncia di incostituzionalità.

Le Sezioni Unite sono assai più radicali: *"il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona"*, poiché *"vi sono (...) argomenti di innegabile solidità che si oppongono all'esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima"*. Come subito si avvede il lettore, si tratta di argomenti di diritto costituzionale, i quali esigono, conclude il giudice della nomofilachia, che la tutela della libertà personale *"deve (...) ragionevolmente prevalere"* sul valore del giudicato.

In altre parole: ciò che la Corte costituzionale aveva affidato alla discrezionalità legislativa, viene nuovamente posto dalle Sezioni Unite sul più elevato piano della rigidità costituzionale; nuovamente, perché questa era in effetti l'impostazione dell'ordinanza di rimessione vertente sull'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000, che il giudice costituzionale si era invece affannato a rimodulare.

Non si tratta di una differenza da poco, perché, a voler seguire fino in fondo il ragionamento delle Sezioni Unite, l'art. 30, comma 4, a questo punto diviene solo l'approdo legislativo *costituzionalmente obbligato* di un bilanciamento compromesso in partenza dal primato della libertà personale: in altri termini, quand'anche tale norma non vi fosse, si dovrebbe trovare la via per introdurre analoga previsione, se del caso denunciando l'omissione legislativa innanzi alla Corte costituzionale. Non può sfuggire l'impatto potenzialmente dirompente di una simile premessa, che, ad essere rigorosi, rende anche piuttosto contraddittoria la pletora di argomenti tratti dal diritto

positivo primario, per dimostrare che vi sono numerosi ipotesi, a legislazione vigente, ove il giudicato è destinato a cedere.

Le Sezioni Unite pongono in dubbio, in tal modo, un convincimento piuttosto condiviso dagli studiosi della giustizia costituzionale, ovvero che il problema di delimitare gli effetti temporali delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale, stabilendo quando gli ordinamenti di settore ritengono precluse le fattispecie definite per mezzo della norma annullata, non sia un problema di diritto costituzionale, ma vada risolto in forza delle norme processuali di volta in volta conferenti. In tema di tutela delle libertà fondamentali, questo profilo viene prepotentemente attratto nell'orbita della Costituzione, benché ad opera della Corte di Cassazione, anziché del giudice costituzionale.

In primo luogo, però, è opportuno liberarsi da un equivoco. Sarebbe lecito supporre, infatti (e taluni passi della pronuncia delle Sezioni Unite legittimano tale lettura) che l'enfasi attribuita alla soccombenza del giudicato nel rapporto con la libertà costituzionale trovi la propria copertura costituzionale nell'art. 117, primo comma, Cost., posto che, nel caso di specie, essa dipende da una sopravvenuta pronuncia di condanna da parte della Corte EDU.

Tenuto conto che la sentenza di Strasburgo sul caso Scoppola ha in definitiva accertato che l'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000 è in contrasto con l'art. 7 della CEDU, il giudice nazionale, sostituendo la pena più grave con quella più mite, si troverebbe ad adempiere all'obbligo, a fondamento costituzionale, di prestare esecuzione alle pronunce di Strasburgo. La deroga al giudicato avrebbe, in tal modo, una base giustificatrice chiaramente eccedente la mera discrezionalità legislativa offerta dall'art. 30, comma 4.

Tuttavia, questo ragionamento è spendibile solo a favore della parte che abbia conseguito, grazie al ricorso individuale, una vittoria a Strasburgo, e non certamente a vantaggio di coloro che, nella medesima posizione della prima, si siano astenuti dal ricorrere. Ciò per la semplice ragione che la Corte EDU non esige affatto che le proprie pronunce si propaghino alla fattispecie già definita con il giudicato dall'ordinamento nazionale, e per le quali non si stato esperito ricorso a Strasburgo nel termine di decadenza a tal fine indicato. Come la stessa sentenza n. 210 del 2013 evidenzia, infatti, il valore del giudicato *"non è estraneo alla Convenzione"*.

A ben vedere, simile osservazione vale anche per le cd. sentenze pilota, con le quali la Corte europea, resasi conto che la violazione dipende da un assetto normativo nazionale, invita lo Stato ad adottare misure generali idonee a scongiurare analoghe lesioni della libertà fondamentale. Si tratta, infatti, di *strumenti preventivi*, che rispondono alla logica individuale del meccanismo di tutela giurisdizionale innanzi al giudice della Convenzione: posto che spetta anzitutto alle autorità nazionali applicare la CEDU, rendendo il ricorso a Strasburgo residuale, non è incoerente sollecitare l'introduzione di strumenti capaci di assicurare *ab origine* soddisfazione, esonerando la parte dall'onere di ricorrere a Strasburgo. Il carattere generale del rimedio non è dunque in contrasto con la dimensione individuale della tutela convenzionale, poiché esso è suggerito in ultima analisi in prevenzione a favore di quest'ultima.

Se, viceversa, non vi è più modo di rivolgersi alla Corte europea, perché il termine è decorso, la generalità della misura, e con essa l'espansione contro il giudicato, non ha più alcuna giustificazione logica nell'ambito del sistema convenzionale, visto che si verrebbe in tal modo a beneficiare chi ha rinunciato alla tutela da esso offerto.

La sola ipotesi di cedimento del giudicato che, in concreto, potrebbe rivelarsi imposta da Strasburgo concerne la posizione della parte ivi vittoriosa, quando la Corte europea ha previsto misure individuali volte a porre il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata un' inosservanza della Convenzione. In tali casi, per quanto discussi, adeguarsi alla sentenza EDU può significare dover rimuovere l'impedimento frapposto dal diritto nazionale all'esecuzione, ovvero superare il giudicato che esprima un comando contrario al superiore dettato della Corte di Strasburgo. Può essere di interesse osservare che in questi casi non è del tutto proprio disquisire di una disapplicazione, da parte del giudice nazionale, della norma di legge su cui si è formato il giudicato, e la cui incompatibilità con la CEDU è stata accertata dalla Corte europea. Pare più corretto ritenere, infatti, che tale norma non torni ad esercitare alcun effetto nell'ambito del procedimento giurisdizionale necessario, in sede esecutiva ovvero di revisione del processo, per adeguarsi alla pronuncia europea. Questo procedimento, a ben vedere, ha proprio la finalità di definire la fattispecie per mezzo della regola di diritto formatasi a Strasburgo, *in luogo e contro* la regola nazionale divenuta inconferente nel caso di specie. Questa, e non altre, sembra dunque la ragione che permette al giudice italiano di procedere in tale direzione, senza sollevare questione di costituzionalità sulla norma nazionale in contrasto con la CEDU (come è in effetti accaduto per Scoppola, la cui pena è stata rideterminata senza impugnare l'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000): tale questione sarebbe *irrilevante*, poiché la disposizione non è più applicabile in causa.

Tornando al punto che stiamo discutendo, allora, si può concludere che la partita circa la prevalenza delle libertà fondamentali sul giudicato è tutta di diritto costituzionale, per così dire, interno, e non viene risolta appoggiandosi agli effetti prodotti dalle sentenze della Corte di Strasburgo.

3. L'ardito balzo in avanti compiuto dalle Sezioni Unite, attraverso una sostanziale decostituzionalizzazione del giudicato nel rapporto con i diritti fondamentali, pone dunque alcuni spunti di riflessione, anzitutto con riferimento al terreno su cui tale decisione è maturata, e poi di portata più ampia.

È lecito domandarsi, in primo luogo, fino a che punto sia convincente l'idea, del tutto originale, che la Costituzione imponga la cessazione degli effetti di una pena dichiarata incostituzionale dopo la formazione del giudicato di condanna. Come si è visto, non è qui in discussione un problema interpretativo concernente l'art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953 (ovvero, se il meccanismo ivi disegnato riguardi solo la norma che descrive la fattispecie di reato, come tradizionalmente si riteneva, o anche le disposizioni sostanziali che incidono sulla pena in corso di esecuzione), quanto,

piuttosto, il presunto vincolo costituzionale a risolvere simile dilemma a favore del reo, quale che sia la volontà del legislatore.

Qualche riserva, su questo piano, è avanzabile. Immaginiamo che la Repubblica sia sul punto di subire un tracollo finanziario di inaudita gravità, e che, per impedirlo, il legislatore commini una pena elevatissima per chi non pagherà un certo tributo, il cui gettito è in grado di evitare la disfatta. Tizio non adempie all'obbligo tributario, e viene condannato. Qualche tempo dopo, l'emergenza è cessata, ma la norma incriminatrice non viene modificata. Interviene allora la Corte costituzionale a dichiararla illegittima, nella parte in cui prevede una pena oramai divenuta manifestamente sproporzionata, anziché una pena molto più lieve che la Corte individua nell'ambito di altra fattispecie penale, reputata del tutto omogenea.

In un caso del genere, il legislatore è certamente libero di estendere gli effetti della incostituzionalità sopravvenuta a Tizio, ma fino a che punto vi è obbligato? Tizio ha meritato una pena commisurata ad un'elevata gravità del fatto, e dimostra una particolare capacità a delinquere, posto che neppure la minaccia di una pena elevatissima lo ha dissuaso dal commettere il reato. È ragionevole presumere, anche sul piano delle finalità di prevenzione speciale della pena, che egli necessiti, in vista della risocializzazione, di un trattamento più severo rispetto a chi ha evaso il medesimo tributo, e per lo stesso importo, ma quando il pregiudizio di un fallimento dello Stato era definitivamente allontanato. Del resto, la Corte, nel nostro esempio, ha dichiarato incostituzionale la pena con riguardo all'oggi, ma ben avrebbe potuto ritenerla adeguata alle eccezionali condizioni maturate quando Tizio ha commesso il reato.

Più in generale, la misura della pena è spesso il frutto di valutazioni legislative strettamente correlate al tempo in cui esse sono assunte, nell'ambito della vasta discrezionalità delle scelte di politica criminale. Ciò non significa che esse si sottraggano al controllo di costituzionalità, ma qui, più che altrove, l'esito di quest'ultimo ben può dipendere dall'evoluzione del contesto normativo e fattuale entro cui la risposta penale si trova collocata: è bene rammentare allora che ogni passo in avanti nella direzione della costituzionalizzazione delle garanzie irrigidisce l'ordinamento a scapito della dimensione aperta alla *policy* legislativa, che ha certamente un ruolo significativo nell'ambito delle scelte di incriminazione.

Ciò detto, e tutto sommato, chi scrive guarda in linea di massima con favore all'espansione degli effetti delle pronunce di incostituzionalità al trattamento sanzionatorio penale in senso proprio, ma ritiene più prudente giungervi a seguito di una lettura sufficientemente aggressiva dell'art. 30, comma 4, piuttosto che giocando l'argomento definitivo della costituzionalizzazione di tale effetto. In fondo, le obiezioni che sono state appena mosse a proposito delle scelte legislative sulla pena possono venire estese alla decisione stessa del legislatore di rendere penalmente rilevanti certi fatti in un dato momento storico, in relazione alle quali già tradizionalmente agisce la valvola di sicurezza offerta dall'art. 30, comma 4. Se si ritiene che alla decisione sull'*an* dell'incriminazione sia coessenziale la dosimetria della pena, non è azzardato concludere che la dichiarazione di incostituzionalità debba prevalere sul giudicato anche quando concerne quest'ultimo elemento costitutivo della fattispecie penale.

È perciò con grande attenzione che va attesa la decisione delle Sezioni Unite sulla questione rimessa dalla prima sezione penale con ordinanza n. 3717 del 2013, che si domanda se la dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale, *diversa dalla norma incriminatrice*, comporti la rideterminazione della pena, superando la preclusione del giudicato.

Certo, se qui si rimane nel solco tracciato dall'art. 30, comma 4, la risposta affermativa diviene complicata, poiché un limite alla frana del giudicato penale può sempre venire dal riferimento formale, leggibile nell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, alla disposizione normativa *"in applicazione"* della quale *"è stata pronunciata"* condanna, e dunque, pur nella versione interpretativa più ampia, alla descrizione del reato ravvisato e alla pena inflitta dal giudice mediante la lettura del dispositivo.

Ragionando in termini di prevalenza costituzionale della libertà personale sul giudicato, invece, appare più agevole concludere che ogni operazione logico-giuridica che abbia inciso sulla pena, una volta divenuta costituzionalmente illegittimo il fondamento normativo di essa, debba poter nuovamente essere posta in discussione, benché sia fuor di dubbio che tale effetto non sia mai stato voluto dal legislatore ordinario (ciò che forse potrebbe indurre le Sezioni Unite a lasciare l'ultima parola sul punto alla Corte costituzionale, impugnando l'art. 30, comma 4, nella parte in cui tale disposizione si oppone al cedimento del giudicato per tali ipotesi).

Per quanto rileva in questa sede, però, più che alla soluzione che verrà dato a questo quesito, bisognerà volgere lo sguardo alla motivazione che le Sezioni Unite adotteranno: se essa, anziché basarsi sulle scelte del legislatore codificate dall'art. 30, comma 4, tornerà ad insistere sul vincolo costituzionale che renderebbe in sé il giudicato recessivo rispetto alla *ex post* accertata lesione della libertà personale, allora le conseguenze di sistema potrebbero ben presto travalicare il diritto penale sostanziale.

4. Venendo ad approfondire l'ultimo punto appena accennato, è sufficiente individuare due bersagli verso cui potrebbe indirizzarsi un orientamento di forte svalutazione del giudicato.

Anzitutto, vi è l'area del diritto penale processuale. Sia la sentenza n. 210 del 2013, sia le Sezioni Unite nel caso Ercolano, hanno voluto sottolineare con forza che questo è caso diverso dalla sopraggiunta dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice, poiché se una pena si rivela inflitta all'esito di un giudizio ritenuto non equo dalla Corte di Strasburgo, *"l'apprezzamento, vertendo su eventuali errores in procedendo e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non può che essere compiuto caso per caso"* *"attraverso lo strumento della revisione"* (così la sentenza che si annota). Ma, come si è cercato di illustrare innanzi, qui non stiamo discutendo dell'esecuzione di una pronuncia di Strasburgo, dalla quale derivi l'obbligo della Repubblica di superare i giudicati formati in danno di altre persone. Quindi, ci interessa poco precisare che l'incompatibilità con la Convenzione di una norma processuale penale può implicare, e solo per il caso di specie, la revisione del processo, anziché l'incidente di esecuzione.

Visto che, invece, stiamo prendendo in considerazione gli effetti che l'ordinamento nazionale connette alla pronuncia di incostituzionalità della norma processuale interna, quand'anche mediata da un precedente intervento di Strasburgo, non è ben chiara la ragione che, in tali casi, permette al giudicato di sopravvivere, qualora su tale valore debba affermarsi il primato costituzionale attinente alla tutela della libertà costituzionale.

Allo stato, nessuno dubita che se fosse ritenuta incostituzionale, ad esempio, una norma che permette di assumere in dibattimento dichiarazioni rese nella fase delle indagini preliminari, in ogni caso le pronunce di condanna basate su tali dichiarazioni, e divenute definitive, non ne verrebbero intaccate. Eppure, anche in questi casi il reo sconta una pena alla quale avrebbe potuto non essere soggetto, se solo non fosse stata applicata la disposizione incostituzionale. In altri termini, anche questa è una pena ingiusta che offende lo statuto legale della libertà personale. Essa può continuare ad avere esecuzione solo se si ammette che quest'ultimo non è affatto prevalente, sempre e comunque, sul valore del giudicato, ma viene invece posto in bilanciamento con quest'ultimo secondo le regole dettate, caso per caso, dal legislatore ordinario.

Vi sono, poi, i diritti fondamentali differenti dalla libertà personale. Per quale ragione il giudicato formatosi in danno di questi diritti dovrebbe resistere alla declaratoria d'incostituzionalità della norma offensiva? Certo, una tale distinzione non sarebbe del tutto appagante se fondata sul solo valore del bene giuridico compromesso, poiché è illusorio (oltre che terribilmente fuori moda) cercare di costruire una gerarchia tra libertà della persona, piuttosto che cogliere di volta in volta il grado effettivo di compromissione della dignità umana. Né si potrebbe sempre obiettare (l'argomento ha un'eco nella sentenza delle Sezioni Unite) che ad essere intollerabile è la sola protrazione di una pena incostituzionale *ancora in essere*, mentre lesioni di altre libertà sono definitivamente consumate. Per un verso nulla esclude, infatti, che gli effetti della violazione abbiano carattere permanente anche al di là dell'esecuzione di una pena (si pensi ad un esproprio, per chi postula la natura fondamentale del diritto di proprietà, ovvero ad un'adozione pronunciata sulla base di una norma poi reputata incostituzionale). Per altro verso, una volta ammessa la prevalenza del diritto fondamentale sul giudicato, viene a galla il tema della risarcibilità, o forse meglio della indennizzabilità, di condotte lesive del primo, che si sono rivelate illegittime solo a seguito della pronuncia di incostituzionalità. Se anche la violazione è irrimediabile, perché negare un indennizzo all'associazione segreta che è stata sciolta sulla base di una norma poi dichiarata incostituzionale, benché, a suo tempo, ne fosse stata rigettata la domanda risarcitoria? In definitiva, siamo ancora una volta nel campo del cedimento del giudicato in virtù di valori prioritari, ove essi esigano di venire tutelati in via monetaria perchè non ne è consentita di fatto la reintegrazione in forma specifica (sentenza n. 219 del 2008 della Corte costituzionale).

Bastano queste poche e necessariamente sintetiche osservazioni per convincersi dell'importanza della posta in palio. Se si volesse formulare una facile previsione, si potrebbe dire che ora, e sempre più frequentemente in futuro, ci divideremo tra chi crede che la tutela dei diritti abbia una tale preminenza da non poter soffrire di vincoli processuali, e chi pensa invece che, anche in tema di libertà costituzionali, debba venire

il momento di scrivere la parola “fine” all’esito di vicende giudicate secondo le regole vigenti. In questo confronto, al momento, è il giudice comune a condurre le operazioni, poiché la Corte costituzionale, venendogli dietro con la sentenza n. 210 del 2013, gli ha affidato il compito ermeneutico di decidere, in materia penale, entro che limiti l’art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953 permetta alla declaratoria di incostituzionalità di espandersi contro il giudicato.

5. Un’ultima chiosa può essere dedicata ad un tratto del sistema di tutela dei diritti nell’ambito della CEDU, che emerge con particolare evidenza dal caso Scoppola/Ercolano. Pur accennandovi, abbiamo prima lasciato in sospeso la questione dell’ammissibilità dell’incidente di legittimità costituzionale promosso dalle Sezioni Unite ed avente ad oggetto l’art. 7 del d.l. n. 341 del 2000. Si era però già osservato che la rilevanza non avrebbe potuto essere desunta in forza dell’art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953, il quale opera solo se una dichiarazione di incostituzionalità *precede* l’esecuzione della sentenza, e non quando la questione di costituzionalità nasce nel corso ed in ragione di tale esecuzione. Chi cercasse una risposta esplicita a questo problema nella sentenza n. 210 del 2013 non avrebbe univoca soddisfazione, ma si imbatterebbe comunque in un’affermazione di grande interesse. La Corte si lascia convincere dalle Sezioni Unite del fatto che il giudice dell’esecuzione, grazie all’art. 30, comma 4, può *“intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena, 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 (nдр: enfasi di chi scrive) di illegittimità costituzionale della norma per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost.”* Ecco la vera, e taciuta, ragione giustificatrice dell’ammissibilità della questione: il giudice costituzionale è stato in qualche modo condotto dalle Sezioni Unite a riconoscere che, al di là di ogni paravento e di qualsivoglia sofisticatezza attinente al sistema delle fonti, ad oggi un accertamento di incompatibilità della norma interna rispetto alla CEDU, da parte della Corte europea, introduce una *presunzione* di illegittimità costituzionale di questa norma, ed equivale in gran parte ad una pronuncia di incostituzionalità.

Solo ragionando in questi termini, infatti, si può ammettere che l’art. 30, comma 4, si adatta al caso di specie e rende rilevante la questione: il giudice dell’esecuzione si trova dinanzi una sentenza europea che produce *nella sostanza*, almeno in prima istanza, gli effetti della declaratoria di incostituzionalità, ed è perciò tenuto ad assicurare la cessazione degli effetti della condanna; al contempo, ne viene impedito *formalmente* dalla perdurante vigenza nell’ordinamento nazionale della disposizione su cui la condanna si è basata, e, al fine di rimuovere detto impedimento (ecco la rilevanza!) la impugna dinanzi alla Corte. L’intervento di quest’ultima, in tale schema, assolve ad una duplice funzione: garantisce la tenuta formale del sistema delle fonti del diritto, che non permette alla Corte di Strasburgo di privare di effetti la disposizione nazionale, e consente un controllo di ultima istanza circa l’osservanza della Costituzione da parte della norma europea consolidatasi attraverso la giurisprudenza di Strasburgo.

Per quanto possa lasciare insoddisfatti gli appassionati elogiatori delle sentenze gemelle, chi scrive ritiene che non vi sia altra spiegazione, dal punto di vista logico, all'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000. Possiamo continuare a raccontarci che il giudizio di Strasburgo cade su fatti e non su norme; che dal magma delle pronunce della Corte EDU non si estrapolano principi di diritto; che il ruolo del nostro giudice costituzionale nella tutela integrata dei diritti è "infungibile". La verità resta differente: una volta che si postula l'ingresso nell'ordinamento di norme che vivono del significato attribuito loro da una Corte europea, e che come tali prevalgono sulla legge ordinaria, è assai complicato ignorare che le sentenze promananti da quella Corte possono equivalere ad un accertamento circa la contrarietà di tale legge al superiore diritto convenzionale.

Naturalmente, resta obbligato il passaggio dinanzi alla Corte costituzionale, che così appone il suo sigillo. Eppure, dal 2007 ad oggi, in una sola occasione la Corte ha ritenuto di doversi discostare dalla giurisprudenza europea, e per di più con modalità piuttosto sorprendenti. Con la sentenza n. 264 del 2012, difatti, si dichiarò *infondata* la questione vertente su una norma nazionale di interpretazione autentica, che rendeva meno favorevole un trattamento pensionistico, e che era stata reputata incompatibile con la Convenzione dal giudice di Strasburgo. Al di là della decisione, è significativo che ad essa non si sia giunti attraverso la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge nazionale di esecuzione della CEDU, nella parte in cui essa aveva dato ingresso ad una norma convenzionale in conflitto con la Costituzione. Questo, infatti, sarebbe il meccanismo di salvaguardia elaborato dalle sentenze gemelle, in difetto del quale continuano a convivere nell'ordinamento nazionale due norme, quella europea e quella nazionale, benché la seconda sia contraria alla prima, e benché tale contrarietà ne comporti l'illegittimità costituzionale.

Se ne trae l'idea che la Corte costituzionale stessa abbia in via eccezionale preferito opporre una prima linea di resistenza rispetto ad una giurisprudenza europea reputata indivisibile, ma si sia comunque resa conto della inopportunità di attivare il conflitto sul piano delle fonti del diritto, confermando ancora una volta quanto quest'ultima soluzione finisca sempre di più per assumere i tratti chimerici propri dei controlimiti in materia di diritto dell'Unione.

In definitiva, ad oggi le Sezioni Unite hanno mostrato fedeltà, sul piano formale, rispetto all'impostazione che promana dalla giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra CEDU e diritto interno. Ma la vicenda Ercolano ha insinuato un ulteriore granello di sabbia in un meccanismo, quello del doppio passaggio Corte EDU-Corte costituzionale, sul quale forse, prima o poi, si tornerà ad avanzare qualche dubbio.