



Data pubblicazione 03.02.2014

La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla retroattività della *lex mitior*: applicabilità del giudizio-pilota a fattispecie ad esso assimilabili non pervenute alla Corte di Strasburgo.

Questioni a margine della sentenza n. 210 del 2013 della Corte Costituzionale.

di

Davide Antonio Ambroselli¹

SOMMARIO: – 1. Premessa – 2. Il «caso-pilota» Scoppola c. Italia – 3. Dalla Corte di Cassazione alla Corte Costituzionale, il problema delle questioni “gemelle” rispetto alla sentenza-pilota – 4. Breve *excursus* storico della giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione della *lex mitior* – 5. La sentenza-pilota come parametro interposto del giudizio di costituzionalità – 6. Considerazioni conclusive: dubbi sul recepimento *tout-court* dei principi desumibili dalla sentenza-pilota (la Corte si sveste dai panni di giudice dei diritti ed opta per la risoluzione del conflitto tra ordinamenti)

1. – Premessa

La sentenza dalla quale prende spunto il presente commento è parte di un più ampio corpo di giurisprudenza che ha visto la Corte Costituzionale confrontarsi sempre più spesso con le conseguenze interne ricollegabili alle decisioni della Corte Europea dei diritti dell’uomo (da adesso Corte EDU)². Questa si inserisce nel vasto dibattito definito comunemente dalla dottrina come “tutela multilivello dei diritti” e, nello specifico, della sorte del giudicato interno penale contrastante con le decisioni

¹ Dottore di Ricerca in Diritto Costituzionale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

² Tra i settori che hanno visto maggiormente accentuarsi il contrasto tra Corte costituzionale e Corte EDU si segnala la corposa giurisprudenza in tema di insindacabilità parlamentare. Sul punto mi sia consentito di segnalare il mio lavoro, *Corte Costituzionale e Corte di Strasburgo in tema di insindacabilità parlamentare con particolare riferimento al diritto di accesso al giudice*, apparso su questa *Rivista*, sezione Dottrina, 1 luglio 2013.

della Corte EDU³ ed ancora, in prima approssimazione, sulla applicabilità delle sentenza-pilota alle fattispecie-gemelle⁴.

La particolarità del caso in esame è data dal fatto che la Corte costituzionale si trovasse a giudicare su un caso che, seppur non pervenuto alla Corte di Strasburgo ex art. 34 CEDU (ricorso individuale), presentava caratteristiche del tutto assimilabili ad una precedente pronuncia della *Grande Chambre*. L'ordinanza da cui traeva origine il giudizio di costituzionalità muoveva dal dubbio se alla precedente sentenza dovesse darsi comunque applicazione «anche nei casi che *presentassero* le medesime caratteristiche, senza che occorra per gli stessi una specifica pronuncia della Corte EDU» (corsivo nostro)⁵.

Il giudizio era pertanto incentrato sul mancato adeguamento da parte del Stato italiano – obbligato a conformarsi alle sentenze definitive pronunciate dalla Corte di Strasburgo a norma dell'art. 46 della Convenzione⁶ – agli effetti connessi alla sentenza *Scoppola* con la quale la Corte EDU aveva rilevato la violazione degli artt. 6 e 7 CEDU in riferimento alle modifiche legislative inerenti l'art. 442 cod. proc. pen.

Quest'ultimo, nella sua disposizione originaria, prevedeva la possibilità per i reati puniti con la pena dell'ergastolo di optare per il rito abbreviato con la conseguente sostituzione di questa pena con quella di trenta anni di reclusione⁷.

³ Sulle problematiche inerenti la difficile trasposizione della giurisprudenza CEDU nell'ordinamento nazionale si veda F. GALLO, *Rapporti fra Costituzione e Corte EDU*, Bruxelles, 24 maggio 2012, in www.cortecostituzionale.it.

⁴ La tutela dei diritti fondamentali è storicamente materia demandata esclusivamente alla normazione dello Stato-nazione e che oggi, sempre più, riceve spinte di tutele centripete provenienti da diversi ordinamenti estranei rispetto a quello nazionale. Condivisibili risultano le osservazioni che vedono la nuova dimensione di tutela porsi in tensione con «*la natura stessa del diritto quale prodotto di una società come anche i fondamenti propri del costituzionalismo democratico e l'ordine costituzionale complessivo*», si veda sul punto il recente contributo di V. BALDINI, *Tutela internazionale dei diritti umani tra sovranità democratica e Jurisdiktionsstaat (i limiti della völkerrechtsfreundlichkeit nell'ordinamento costituzionale italiano)*, in *Rivista AIC*, 5 aprile 2013.

⁵ *Cons. in diritto*, punto 7.1., Corte cost. sent. n. 210 del 2013.

⁶ L'art. 46 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848), al comma primo, obbliga gli Stati firmatari a «*conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti.*»

⁷ Art. 442, comma 2, cod. proc. pen., libro sesto, *Procedimenti speciali – Titolo primo – Giudizio Abbreviato*. Così introdotto tramite il D.P.R. 22 settembre 1988 n. 447, G.U. 24 ottobre 1988, n. 250.

La Corte costituzionale (a distanza di tre anni dall'introduzione del suddetto rito speciale) aveva dichiarato la illegittimità dell'art. 442, comma 2, cod. proc. pen. per eccesso di delega⁸, eliminando la possibilità del rito premiale per i reati puniti con la pena dell'ergastolo. Con la riforma legislativa avvenuta tramite l'art. 30 della Legge 479 del 1999, il legislatore, sanando una situazione che si era protratta per ben otto anni, reintroduceva nel nostro sistema penale il beneficio del rito premiale ricalcando la disposizione precedentemente censurata per eccesso di delega⁹.

Il problema che dava seguito al ricorso alla Corte EDU derivava dal fatto che il Governo, volendo modificare con effetti retroattivi la reintrodotta disciplina del rito abbreviato, emanava il decreto legge n. 341 del 2000 il quale, tramite una (discutibile) operazione di "interpretazione autentica" della legge 479 del 1999, distingueva tra ergastolo inteso con isolamento diurno ed ergastolo senza isolamento e solo per il secondo prevedeva la possibilità di beneficiare, con il ricorso al rito abbreviato, della sostituzione della pena con quella di anni trenta di reclusione.

La questione sarà quindi oggetto di un nuovo momento dialettico tra le due Corti¹⁰ in tema di applicazione della *lex mitior* con la quale la Corte Costituzionale e la Corte EDU avevano già avuto modo in passato di confrontarsi¹¹.

Come è ormai noto, anche per il continuo richiamo al modello in ogni pronuncia avente ad oggetto il rapporto tra ordinamento nazionale e CEDU, con le sentenze "gemelle" n. 348 e 349 del 2007¹², scelta riconfermata anche nelle successive decisioni¹³,

⁸ Sentenza n. 176 del 1991. Il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano sollevò il conflitto in riferimento all'art. 76 della Costituzione perché il Governo aveva ecceduto rispetto ai principi contenuti nella legge delega n. 53 del 1987 nell'emanazione del Decreto Legislativo ad esso collegato.

⁹ Per una ricostruzione puntuale delle sentenze della Corte costituzionale e del seguito legislativo in riferimento al giudizio abbreviato si segnala V. VENEROSO – M. CARLISI, *Il giudizio abbreviato*, UTET, 2007, pp. 1 a 37.

¹⁰ Si segnala il recentissimo lavoro di A. RUGGERI, "Dialogo" tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale), pubblicato su questa *Rivista*, 11 novembre 2013.

¹¹ Si allude alla Sent. *Agrati c. Italia* della Corte EDU (nn. 43549/08) cui farà seguito la sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 2012, v. *infra*.

¹² Secondo la Consulta, «le norme CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificatamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione (art. 32 paragrafo 1, della Convenzione) – integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali».

la Corte Costituzionale ha delineato in modo puntuale il rapporto intercorrente tra le fonti nazionali e le diverse fonti provenienti dal diritto comunitario¹⁴.

Il presupposto è che dalla CEDU non deriverebbe, a differenza di quello che accade per l'ordinamento comunitario, una limitazione della sovranità nei confronti del legislatore statale. La norma Convenzionale, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, viene utilizzata come norma interposta ad integrazione del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma. Alla CEDU viene quindi conferito un rango sovra-legislativo ma sub-costituzionale, come avviene, in generale, per tutto il diritto internazionale. La scelta di non attribuire alla fonte convenzionale un rango costituzionale ha reso possibile, una volta accertato che il contrasto tra norma interna e norma CEDU non sia risolvibile in via interpretativa, di effettuare un vaglio di costituzionalità della fonte interposta: difatti qualora ne venisse accertato il contrasto con la costituzione «è esclusa l'idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro costituzionale considerato»¹⁵.

Alla cautela della Consulta in riferimento all'ingresso del diritto convenzionale nel nostro ordinamento corrispondeva un modello decisionale da parte della Corte di Strasburgo incentrato principalmente sulla riparazione economica del danno patito dal ricorrente per la lesione di un suo diritto convenzionalmente tutelato. La giurisprudenza successiva, in applicazione dell'art. 46 della Convenzione, ha imposto allo Stato anche la *restitutio in integrum* con la cessazione delle cause connesse alla declaratoria di illegittimità convenzionale; questo ha comportato in alcuni casi anche il

¹³ Sentenze n. 113 e n. 1 del 2011, n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010, n. 317 e n. 311 del 2009, n. 39 del 2008, e modello confermato anche dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona del 2009, sentenza n. 80 del 2011.

¹⁴ A differenza del diritto di derivazione "comunitaria" direttamente applicabile, cioè scaturente dalle fonti normative proprie di quell'ordinamento che per loro natura la dottrina identifica come *self-executive* – sia che siano Regolamenti comunitari, sia che siano qualificate come direttive "dettagliate" (secondo differenze che non è opportuno affrontare in questo commento) – dalla sentenza n. 170 del 1984, dopo un non poco travagliato confronto tra la il giudice delle leggi e la Corte di Giustizia¹⁴, la Corte costituzionale ha proteso verso la soluzione della "disapplicazione" del diritto interno in favore di quello comunitario, come risoluzione del contrasto tra norme, senza che vi sia la necessità di leggi di ricezione e di adattamento.

In base all'art. 11 Cost. l'Italia consente *limitazioni della sovranità* necessaria a promuovere e favorire le organizzazioni internazionali al fine di assicurare la pace e la giustizia fra le nazioni. E' di tutta evidenza come l'articolo, e non potrebbe essere diversamente vista la datazione di scrittura della carta costituzionale, fu pensato dai padri costituenti nell'ottica di una organizzazione ben diversa rispetto a quella che sarà poi l'ordinamento comunitario.

¹⁵ Cfr. sent. 113 del 2011, n. 93 del 2012, n. 311 del 2009, n. 349 del 2007.

superamento del principio dell'intangibilità del giudicato qualora, a seguito della pronuncia della Corte EDU, si vedesse necessaria la riapertura del processo al fine di recepire le indicazioni provenienti dalla pronuncia di Strasburgo¹⁶.

La giurisprudenza EDU più recente si caratterizza, infine, per aver abbandonato modelli decisionali ancorati alla risoluzione del singolo caso concreto: la strada intrapresa è quella di fornire indicazioni utili alla rimozione, da parte dell'ordinamento da cui scaturisce il ricorso, del problema in modo "strutturale" estendendone gli effetti anche alle fattispecie sovrapponibili al *caso-principale* il quale diviene, rispetto a giudizi successivi e ad esso equiparabili, un *giudizio-pilota*.

Ai fini del presente scritto risulterà pertanto necessario ripercorrere la vicenda Scoppola ponendosi quest'ultima come precedente convenzionale rispetto alla sentenza in commento n. 210 del 2013.

2. Il «caso-pilota» Scoppola c. Italia

Lo "stratagemma" utilizzato dal legislatore di delineare una novella legislativa come forma di interpretazione autentica mirava ad estenderne l'efficacia anche ai giudizi in corso¹⁷.

¹⁶ Corte EDU, *Dorigo c. Italia*, ric. n. 33286/96. V. nota 28.

¹⁷ L'interpretazione autentica rappresenta quel particolare strumento ermeneutico nelle mani del legislatore volto a rendere chiara una situazione legislativa che presenta dei dubbi interpretativi. L'interpretazione autentica si pone in un momento temporale successivo rispetto alla disposizione interpreta e, con questa, va a creare un unico precetto normativo, in deroga al principio di irretroattività di cui all'art. 11 delle preleggi.

La Corte costituzionale ha avuto modo di esprimersi più volte sulla ragionevolezza di disposizioni definite di interpretazione autentica che abbiano effetti retroattivi, si veda da ultimo la sentenza 257 del 2011 con la quale ribadiva come non fosse «*decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva), ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva. Infatti, il divieto di retroattività della legge, pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica, non è stato elevato a dignità costituzionale, salva, per la materia penale, la previsione dell'art. 25 Cost.*» Pertanto, il legislatore, nel rispetto di tale previsione, può emanare sia disposizioni di interpretazione autentica, che determinano la portata precettiva della norma interpretata, fissandola in un contenuto plausibilmente già espresso dalla stessa, sia norme innovative con efficacia retroattiva, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti. Sotto l'aspetto del controllo di ragionevolezza, dunque, rilevano la funzione di "interpretazione autentica", che una disposizione sia in ipotesi chiamata a svolgere, ovvero l'idoneità di una disposizione innovativa a disciplinare con efficacia retroattiva anche situazioni pregresse in deroga al principio per cui la legge dispone soltanto per l'avvenire. In particolare,

Proprio per questo motivo veniva adita la Corte di Strasburgo in virtù della sostituzione della pena inflitta al ricorrente per effetto della nuova interpretazione fornita dal Governo all'art. 442 cod. proc. penale¹⁸. Il ricorrente, avendo scelto per il rito abbreviato nella vigenza della precedente disciplina, veniva dapprima condannato in primo grado a trenta anni di reclusione e, nel giudizio di secondo grado, si vedeva infliggere la pena più severa dell'ergastolo semplice¹⁹. Ciò proprio in virtù dell'entrata in vigore del decreto legge n. 341 del 2000 il cui art. 7, intervenendo sulla disciplina del rito speciale, prevedeva la differenziazione tra le pene che dispongono per l'ergastolo con isolamento diurno e quelle che dispongono per l'ergastolo semplice²⁰.

Il giudice di secondo grado ritenne infatti che il GUP, applicando la normativa previgente, avesse determinato la pena in base al reato più grave senza esaminare se fosse necessario disporre l'isolamento diurno in ragione della contestazione di colpevolezza pronunciata per gli altri capi d'accusa e, in conseguenza del decreto legge

la norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica non può dirsi irragionevole qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario», *ex plurimis* Corte cost., sent. n. 162 e n. 74 del 2008, sent. n. 236 del 2009.

¹⁸ Nel 1999, a seguito di un litigio con uno dei suoi bambini, il Sig. Scoppola uccise la moglie e ferì un figlio. Fu rinviato a giudizio per "tentato omicidio, maltrattamenti in famiglia, possesso illegale di arma da fuoco". Proprio perché accusato di concorso di reati, la novella disciplina introdotta con il decreto legge 341 del 2000 farà sì che venisse condannato alla pena dell'ergastolo "con isolamento diurno" e solo grazie alla scelta per il rito abbreviato, all'ergastolo "semplice".

¹⁹ Il p.m. proponeva impugnazione avverso la sentenza di primo grado, che lo aveva visto condannato a 30 anni di reclusione, ritenendo applicabile alla fattispecie il reato continuato e la Corte d'assise di appello di Roma, con sentenza emessa il 10 gennaio 2002, condannava lo Scoppola alla pena dell'ergastolo. In particolare la corte territoriale riteneva che in base all'art. 8 del decreto legge citato il ricorrente avrebbe potuto ritirare la richiesta di rito abbreviato e ottenere così il rito ordinario. In particolare l'art. 8 prevedeva: «*Nei processi penali in corso alla data in vigore del presente decreto-legge, nei casi in cui è applicabile o è stata applicata la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, se è stata formulata la richiesta di giudizio abbreviato, ovvero la richiesta di cui al comma 2 dell'articolo 4-ter del decreto legge 7 aprile 2000, n. 82, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2000, n. 144, l'imputato può revocare la richiesta nel termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. In tali casi il procedimento riprende secondo il rito ordinario dallo stato in cui si trovava allorché era stata fatta la richiesta [...]*».

²⁰ La Corte d'assise d'appello, nell'idea che la novella legislativa di interpretazione autentica dovesse applicarsi anche ai giudizi in corso, rimodulava la sanzione da infliggersi allo Scoppola statuendo per la pena più severa dell'ergastolo semplice.

contestato, ai condannati per «ergastolo con isolamento diurno» dovesse applicarsi l'«ergastolo semplice»²¹; in questo senso disponeva anche per il ricorrente Scoppola²².

Dopo aver visto respinti i ricorsi dal giudice della nomofilachia²³ il ricorrente, avendo esaurito gli strumenti di tutela interni²⁴, adiva la Corte di Strasburgo²⁵ lamentando la violazione degli artt. 6 e 7 CEDU per lesione del suo diritto all'equo processo e per essere stato condannato ad una sanzione più severa rispetto a quella originariamente prevista all'epoca della scelta per il rito abbreviato.

Nella conseguente sentenza Scoppola la Corte EDU ribadiva come debba intendersi corollario applicativo strettamente connesso al principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU sia il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, che garantisce la

²¹ Il giorno stesso della condanna entrava difatti in vigore il decreto legge n. 341 del 2000, il cui art. 7 comma 1, con disposizione definitiva di interpretazione autentica, stabiliva «a) nell'art. 442, comma 2, ultimo periodo, l'espressione "pena dell'ergastolo", deve intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno; b) all'art. 442, comma 2, è aggiunto, in fine, il periodo "alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo».

²² Prima di adire la Corte EDU il ricorrente proponeva quindi due distinti ricorsi nei confronti della Corte di Cassazione: con il primo chiedeva la nullità del processo di appello perché pronunciato in sua assenza e, successivamente, presentava un nuovo ricorso straordinario per errore di fatto, adducendo questa volta che l'impossibilità di partecipare in qualità di imputato al giudizio di appello costituiva violazione dell'art. 6 CEDU. Denunciava quindi la violazione dell'art. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo²² derivante dalla nuova interpretazione accordata all'art. 442 cod. proc. pen. per effetto del decreto legge 341 del 2000.

²³ Cassazione, I Sez. Penale, sent. n. 2592 del 25 settembre 2002, e IV sez. penale, sent. n. 42218, 14 maggio 2004.

²⁴ L'art. 35 della Convenzione, rubricato «Condizioni di ricevibilità» descrivendo la situazione di sussidiarietà della Corte di Strasburgo rispetto ai giudizi interni, al primo comma, prescrive che «La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva.». Si segnala in tal senso la Sentenza Scordino con la quale la Corte di Strasburgo ebbe a dire che «La tutela dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione riguarda in primo luogo le autorità nazionali. Il meccanismo di tutela davanti alla Corte riveste dunque un carattere sussidiario rispetto ai sistemi nazionali di salvaguardia dei diritti dell'Uomo, tuttavia le disposizioni dell'art. 35 della Convenzione esigono l'esaurimento solo dei ricorsi relativi alle pretese violazioni al tempo stesso accessibili e adeguati. Essi devono presentare un sufficiente grado di certezza non solamente in teoria ma anche in pratica, senza il quale sono privi dell'effettività e accessibilità desiderata.», Scordino c. Italia, ric. 36813/97, 23 marzo 2006.

²⁵ Ricorso n.10249/03, Scoppola c. Italia, sentenza 17 settembre 2009. Il nuovo orientamento è confermato nella successiva pronuncia Morabito c. Italia, ric. 58572/00, decisione del 27 aprile 2010, con la quale la Corte ha ribadito che «le disposizioni che definiscono i reati e le pene sottostanno a delle regole particolari in materia di retroattività che includono il principio di retroattività della legge penale più favorevole all'imputato».

punibilità per i soli reati la cui pena sia prevista al momento della commissione del fatto, sia il divieto del ricorso all'analogia in ambito penale²⁶.

Elemento di maggiore novità rispetto alla precedente giurisprudenza CEDU, e che potremmo definire l'architrate argomentativo della sentenza, è rappresentato dalla affermazione secondo la quale «*la Convenzione non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe ma impone che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo*»²⁷.

Per la Corte EDU il decreto legge n. 341 del 2000, convertito successivamente in legge n. 4 del 2001, seppur qualificato come di interpretazione autentica, è in realtà norma di diritto penale materiale sostanziale (e non processuale) concernente la severità della pena e, per questo motivo, rientrante a pieno titolo nella tutela di cui all'art. 7 il quale, alla luce dell'interpretazione fornita dalla stessa Corte EDU, impone l'applicabilità della sanzione più favorevole al condannato da ricercare nello spazio temporale tra la commissione del fatto e la successiva sentenza definitiva²⁸.

²⁶ Per il principio di tassatività dei reati ed il divieto di interpretazione analogica si veda in tal senso, Corte EDU, *Coëme ed altri c. Belgio* nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 145, ECHR 2000-VII. Cfr. anche *Kokkinakis c. Grecia* ric. n. 14307/88, 25 marzo 1993, *Mione c. Italy*, 7856/12, 12 febbraio 2004, *Rasnik c. Italy*, 45989/06, 10 Luglio 2007, *Martelli c. Italy*, n. 20402/03, 12 aprile 2007. Nella sentenza *Coëme*, in particolare, la Corte EDU stabilì che l'art. 7 par. 1, della CEDU sancisce il divieto di applicazione retroattiva delle norme penali incriminatrici e, in generale, delle norme penali più severe, in modo da assicurare che, «*nel momento in cui un imputato ha commesso l'atto che ha dato luogo all'azione penale, [debba esistere] una disposizione legale che rendeva l'atto punibile, e che la pena imposta non [abbia] superato i limiti da tale disposizione.*»

²⁷ Sent. *Scoppola c. Italia, Grande Chambre*, sentenza 17 settembre 2009, ricorso n. 10249/03, *Diritto*. Con la sentenza *Scoppola*, ampliando la sua precedente giurisprudenza ricollegabile al caso *Coëme*, la Corte EDU, ha ammesso che «*l'art. 7, par. 1, della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della irretroattività della legge penale meno severa*». Cfr. in tal senso anche ric. 21743/07, *Morabito c. Italia*, 27 aprile 2010, e ric. n. 43549/08, *Agrati c. Italia*, con la quale la Corte di Strasburgo ha precisato che l'art. 7 riguarda solamente le norme penali sostanziali, e in particolare le disposizioni che influiscono sull'entità della pena da infliggere.

²⁸ Nella opinione dissenziente allegata alla Sentenza *Scoppola*, i giudici di minoranza contestarono gli altri componenti del collegio per non aver considerato come la riconduzione della retroattività della legge *in mitius* all'interno dell'art. 7 CEDU avesse comportato come conseguenza lo stravolgimento della *ratio* dell'articolo in questione andando ben al di là della interpretazione consentita alla Corte di Strasburgo stessa.

Risultava parimenti lesa l'art. 6 CEDU nella parte in cui il ricorrente non aveva potuto autodeterminare liberamente la propria scelta avendo maturato la decisione per il rito abbreviato in base alla previgente disciplina, con conseguente lesione del proprio diritto a beneficiare di un processo equo. La Corte concludeva quindi invitando lo Stato italiano a porre rimedio alla situazione verificatasi sostituendo la pena dell'ergastolo con una non superiore ai 30 anni di reclusione²⁹.

3. Dalla Corte di Cassazione alla Corte Costituzionale, il problema delle questioni "gemelle" rispetto alla sentenza-pilota

Uscito vincente dalla sede di Strasburgo il ricorrente Scoppola adiva la Cassazione *ex art. 625 bis c.p.p.* per la revoca della sentenza che lo aveva visto condannato alla pena dell'ergastolo (secondo uno schema già delineato nella ormai celebre sentenza "Dorigo"³⁰) chiedendo alternativamente o il rinvio al giudice dell'esecuzione per la rimodulazione della pena, oppure immediata pronuncia da parte della Corte della

²⁹ L'art. 46 CEDU impone l'obbligo per i soggetti firmatari della Convenzione di conformarsi alle sentenze della stessa. Per molto tempo la riparazione della situazione accertata in contrasto con la convenzione comportava come mera conseguenza per lo Stato firmatario l'obbligo del ristoro economico così come già previsto dall'art. 41 CEDU.

Nel caso di specie, difatti, oltre a chiedere il mutamento della quantificazione della pena, a norma dell'art. 41 CEDU, statuiva allo stesso tempo in favore del ricorrente il risarcimento del danno quantificandolo in euro 10.000 ed euro 10.000 per spese processuali.

³⁰ Nel Caso *Dorigo* l'accusato non aveva potuto controinterrogare i testimoni a carico, sicché la condanna era fondata solo sulle dichiarazioni etero-accusatorie di coimputati mai esaminati in contraddittorio i quali si erano avvalsi in dibattimento della facoltà di non rispondere. A seguito della sentenza della Corte EDU, che aveva accertato la violazione dell'art. 6 CEDU sull'equo processo, e non essendo previsti strumenti di revisione del processo passato in giudicato, la Corte di appello, chiamata ad esaminare la richiesta di revisione, sollevava il giudizio di costituzionalità in riferimento all'art. 630 c.p. (sulla base degli artt. 3, 10 e 27 Cost.): la domanda veniva dapprima ritenuta inammissibile dalla Corte costituzionale (sent. 129 del 2008 dove comunque la Consulta invitava il legislatore a provvedere ad una riforma del sistema penale ai fini della ricevibilità delle sentenze EDU); e successivamente (sent. 113 del 2011, questa volta in riferimento all'art. 117 Cost.) la Corte decideva di introdurre in via additiva, a seguito dell'inerzia del legislatore, «un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna, al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art 46 CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte Europea dei diritti dell'uomo». A commento della sentenza, A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la convenzione Europea dei diritti umani ... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*; G. CANZIO, *Giudicato "Europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, R. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Rivista online AIC*, n. 2, 2011.

nomofilachia con sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di anni 30 di reclusione.

La Cassazione in quella sede rilevava la mancanza nel nostro ordinamento di uno strumento *ad hoc* utile ai fini della modifica della sanzione penale derivante dall' "illegittimità convenzionale" accertata presso la Corte di Strasburgo³¹. Per il principio di economia dei mezzi processuali modificava direttamente, e senza rinvio, la sanzione da infliggersi al ricorrente, convertendo la pena dell'ergastolo con quella di anni 30 di reclusione.

Molti altri giudici dell'esecuzione, tuttavia, nonostante la sentenza "pilota" fosse stata loro inviata per evitare nuove violazioni, disattesero la sostituzione della pena in tutte le altre "fattispecie-gemelle". La Cassazione si trovò pertanto a ricevere una serie di ricorsi provenienti da soggetti che, seppur trovatisi nelle medesima situazione del ricorrente nel giudizio-pilota, erano privi di una pronuncia favorevole da parte della Corte di Strasburgo e domandavano che i principi contenuti nella "sentenza-pilota" producessero effetti comunque anche nei loro confronti.

Nel giudizio *a quo* in commento la Corte d'appello nelle vesti di giudice dell'esecuzione, nel motivare il diniego rispetto alla domanda di conversione, ritenne che «nessuna violazione del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU era stata accertata, nel caso specifico, dalla Corte EDU, sicché non era sopravvenuto all'esecutività della condanna alcun fatto nuovo». Fino a quel momento le sezioni semplici della Cassazione, con una soluzione più limitativa rispetto a quella adottata dalle sezioni unite per il caso Scoppola, inclinarono per una modifica della sanzione solo laddove l'imputato avesse optato prima dell'entrata in vigore del d.l. 341 del 2000 per il rito abbreviato³².

L'incidente di costituzionalità venne quindi sollevato dalle sezioni unite della Cassazione, in virtù della non omogenea applicazione da parte dei diversi giudici

³¹ La mancanza di un seguito legislativo rispetto alle sentenze della Corte di Strasburgo è un problema che diviene sempre più attuale nel nostro ordinamento. Se il legislatore, di volta in volta, si adoperasse per recepire le indicazioni provenienti da Strasburgo, in particolar modo i moniti "pilota", la Corte costituzionale non si troverebbe nella "scomoda" situazione di dover sopperire alla mancanza in sede giurisprudenziale. La insufficienza di centralità del parlamento nel sistema politico e istituzionale italiano è messo in luce in diversi contributi, si segnalano i lavori della *Relazione Finale del Gruppo di Lavoro sulle riforme istituzionali*, Istituito il 30 marzo 2013, testo disponibile su federalismi.it

³² Sez. I, 2 novembre 2011, n. 8689/2012, in *C.e.d. Cass.*, e sent nn. 252211, 23227, 253093 del 2012. G. ROMEO, *op. cit.*, nota n. 5, p. 3.

dell'esecuzione della sentenza Scoppola al fine di risolvere la questione circa la possibilità o meno di estendere gli effetti delle sentenze della Corte dei diritti anche alle fattispecie sprovviste di una corrispondente pronuncia che abbia accertato, per quel diverso giudizio, un contrasto con la Convenzione.

Come visto, a partire dal caso *Bronowski c. Polonia*³³ la Corte EDU, discostandosi dalla sua precedente giurisprudenza finalizzata alla risoluzione del mero caso concreto, enuclea dei veri e propri principi – *pilot-judgement procedure*³⁴ – valevoli per la risoluzione di situazioni assimilabili al caso dedotto in giudizio.

Nel caso Scoppola, come la stessa Corte di Cassazione faceva notare, la motivazione alla sentenza non presentava quel *quid* in più attraverso il quale la Corte EDU forniva delle linee guida tipiche di un *pilot-judgments* ma, nonostante ciò, la sentenza evidenziava comunque l'esistenza all'interno dell'ordinamento giuridico italiano di un problema "strutturale" rispetto alla CEDU dovuto all'interpretazione retroattiva dell'art. 442 c.p.p. derivante dall'entrata in vigore del d.l. n. 341 del 2000³⁵.

4. Breve *excursus* storico della giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione della *lex mitior*

La Corte costituzionale in passato aveva già avuto modo di affrontare il tema della retroattività delle disposizioni in ambito penale. In particolar modo nelle sentenze n. 393 e 394 del 2006³⁶ la Corte distingueva il principio della irretroattività della pena più severa, costituzionalizzato dall'art. 25 Cost., dal principio della retroattività della legge

³³ *Grande Chambre*, n. 31443/96, §§ 184-194 CEDH, 2004-V.

³⁴ La Corte opera un allargamento del *thema decidendum* allo scopo di affrontare in modo strutturale i problemi di compatibilità della disciplina oggetto del suo giudizio con la protezione dei diritti fondamentali, F. GALLO, *Rapporti fra Costituzione e Corte EDU*, op. cit., p. 5.

³⁵ «Nella presente causa, la Corte non ritiene necessario indicare delle misure generali che si impongano a livello nazionale nell'ambito dell'esecuzione della presente sentenza», *Scoppola c. Italia*, punto 124.

³⁶ I. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem, due decisioni dall'impostazione divergente (sentt. 393 e 394 del 2006)*, in *Rivista online di forum costituzionale*. La questione principale, ripresa nella successiva sent. 236 del 2011, verteva sull'art. 10 comma III della l. 251 del 2000 (c.d. ex Cirelli) in tema di accorciamento dei termini di prescrizione.

penale più mite (con base legislativa nell'art. 2 comma II c.p.)³⁷. La retroattività della legge penale più favorevole, precisava in quella sede, trova applicazione nel diverso, e più generico, principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. il quale impone «*di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice*»³⁸.

La medesima questione veniva ripresa nella successiva sentenza n. 236 del 2011³⁹ dove il dubbio verteva sulla nuova interpretazione accordata all'art. 7 CEDU dalla sentenza Scoppola e se questa nuova lettura avesse mutato «natura e caratteristiche» del principio di retroattività della legge *in bonam partem*; oppure viceversa se tale principio dovesse rimanere ancorato al criterio di ragionevolezza, con conseguente valutazione da parte della Corte costituzionale dei motivi che ne giustificassero il differente trattamento sanzionatorio.

La particolarità della sentenza n. 236, avente ad oggetto l'estensione dei nuovi termini di prescrizione anche per i giudizi oltre il primo grado, consentiva alla Corte costituzionale di circoscrivere l'applicabilità del principio della *lex mitior* alle sole norme penali incriminatrici, incidenti cioè sul regime punitivo, escludendo da questo

³⁷ Pietra angolare del ragionamento della Corte è il principio di autodeterminazione del soggetto agente il quale può conoscere della sanzione solo se questa è, appunto, conoscibile in un momento anteriore rispetto al compimento del fatto. La diversa regola dell'applicabilità della *lex mitior* trova la sua giustificazione nell'evitare ingiustificate e disomogenee applicazioni delle sanzioni penali, non avendo tendenzialmente giustificazione punire più severamente comportamenti successivamente valutati in modo meno grave dall'ordinamento. Cfr. sent. 6 del 1978, n. 78 del 1980, n. 80 del 1995, n. 72 del 2008, n. 215 del 2008 e 394 del 2006.

³⁸ Sentenza n. 394 del 2006, punto 10 del *Cons. in diritto*. In particolar modo si precisava come «*non sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve). Per il principio di eguaglianza, infatti, la modifica mitigatrice delle legge penale, ancor più, l'abolitio criminis, disposte dal legislatore in dipendenza di una mutata valutazione del disvalore del fatto tipico, devono riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore, salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione giustificativa*» (ex plurimis, sent. n. 215 del 2008, n. 393 del 2006).

³⁹ A commento della sentenza E. CACACE, *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme Cedu: ribadendo principi consolidati, aperure non irrilevanti della Corte Costituzionale. Nota a margine della sentenza 236/2001*, in *Rivista online Forum di Quad. cost.*, 2011, il quale si esprime da una parte criticamente rispetto alla avocazione della discrezionalità attribuitasi da parte del giudice delle leggi in merito alla "ragionevolezza" dell'applicabilità della *lex mitior*, e dall'altra in senso favorevole quando la medesima impostazione viene vista come garanzia di tutela rispetto ad un eventuale successivo *overruling* della giurisprudenza della Corte EDU.

novero le diverse norme aventi ad oggetto i termini di prescrizione⁴⁰. La possibilità di beneficiare dei nuovi termini per i soli giudizi non ancora pendenti in appello e in Corte di Cassazione veniva giustificata dal fatto che la riduzione dei tempi in una fase iniziale, quale è quella del primo grado, rendeva possibile la riorganizzazione delle fasi processuali successive senza il rischio di una interruzione (per prescrizione, appunto) di una moltitudine di procedimenti già incardinati nei gradi superiori come anche della dispersione dell'attività processuale svolta. Nella sentenza n. 236 del 2011 la Corte conservava pertanto il suo orientamento volto a circoscrivere l'applicabilità della *lex mitior* avocando a se un certo «margine di apprezzamento» da valutarsi caso per caso⁴¹.

La sentenza Scoppola è utilizzata come parametro interposto di un altro interessante giudizio di costituzionalità verificatosi l'anno successivo con la sentenza n. 230 del 2012. In quella circostanza il quesito posto alla Consulta verteva sulla possibile introduzione «additiva» di un nuovo strumento di revoca della sentenza di condanna, anche passata in giudicato, derivante da un mutamento giurisprudenziale *in bonam partem* da parte della Corte di Cassazione (la quale con la sua pronuncia vada ad escludere l'applicabilità ai fatti decisi della disposizione incriminatrice precedentemente considerata applicabile a tale fattispecie)⁴². A suffragare la suddetta

⁴⁰ «Del resto la sentenza Scoppola riguardava proprio una questione relativa alla pena, e non è senza significato che, nel richiamare la precedente e consolidata giurisprudenza sull'art. 7 della CEDU e sulla sua portata, la Corte di europea abbia avvertito l'esigenza di chiarire la nozione di pena cui fa riferimento la citata norma convenzionale, specificando che si tratta della misura che viene imposta a seguito di una condanna di un reato, e non di qualsiasi elemento incidente sul trattamento penale». Cfr. punto 14 del Cons. in diritto, sent. 236 del 2011. Si veda a commento della sentenza F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza n. 236 del 2011*, in *Dir. pen. cont.*, (www.penalecontemporaneo.it, novità legislative e giurisprudenziali), 6 settembre 2011.

⁴¹ L'applicazione della convenzione quale fonte interposta del parametro di cui all'art. 117, I comma, cost., deve avvenire in ogni caso «con un margine di apprezzamento e di adeguamento che consenta [alla Corte costituzionale] di tener conto della peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi». Sent. 236 del 2011, punto 9, Cons. in diritto.

⁴² A commento della sentenza di segnala F. COLOMBI, *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra costituzione e cedu: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di Cort cost. sent. 8 ottobre 2012, n.230*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, del 13 settembre 2013. L'A. si esprime criticamente in riferimento alla sentenza in commento in particolar modo nel passaggio dove la Consulta cerchi di differenziare il "diritto" scaturente da base normativa da quello di tipo giurisprudenziale. Difatti, «una volta ricompreso il principio di retroattività in mitius fra le garanzie di cui all'art. 7 Cedu, tale principio si applica ogniqualvolta esista una base legale ai sensi di tale articolo, dunque anche se di origine giurisprudenziale». Questo è reso ancora più in discussione, prosegue l'A., quando «è la stessa Convenzione, all'art. 15, par. 2, a sancire

tesi il giudice *a quo* argomentava come la nozione di diritto («*law*») utilizzata nella norma convenzionale potesse includere tanto la produzione legislativa quanto il diritto di formazione giurisprudenziale⁴³. Partendo da questo assunto, e seguendo l'interpretazione data all'art. 7 CEDU, anche un mutamento migliorativo per il reo della giurisprudenza della Cassazione, il quale comportasse una «*abolitio sine abrogatio*» della norma, poteva dunque intendersi come *lex mitior* nei confronti dei condannati, con susseguente possibilità per questi ultimi di vedersi revocata la decisione in vista di una evoluzione giurisprudenziale ad essi più favorevole.

In tale ultima sentenza la Corte ha, in primo luogo, ribadito le peculiarità che sono alla base della differenziazione tra gli ordinamenti di *civil law*⁴⁴ rispetto agli altri ordinamenti definiti di *common law* dove alle tecniche giuridiche basate sulla astrattezza e sistematicità prevalgono viceversa argomentazioni incentrate in particolar modo sul precedente giudiziario e sul caso tipico («*case law*») le quali portano ad una concezione del diritto («*law*») più ampia rispetto a quella conosciuta nei paesi continentali europei dove il cambiamento della giurisprudenza («*overruling decision*») non può comportare, per le ragioni esposte, le medesime conseguenze sul piano ordinamentale⁴⁵.

l'inderogabilità assoluta delle garanzie di cui all'art. 7 Cedu, cui è stato ricondotto il principio di retroattività in mitius».

⁴³ Cfr. sentt., tra le tante, *Previti c. Italia*, 8 dicembre 2009; *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, *Sud Fondi s.r.l. ed altri c. Italia*, 20 gennaio 2009; *Kruslin c. Francia*, 24 aprile 1990.

⁴⁴ Ricorda difatti la Corte nella sentenza da ultimo citata come le decisioni della Corte di Strasburgo abbracci tanto una giurisprudenza simile a quella nazionale di *civil law* che una assimilabile ad una di stampo anglosassone la quale esclude il principio della «riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost.; decideva nel senso di proteggere la struttura tipica degli stati di *civil law* i quali basano la loro normazione in ambito penale sul principio della riserva di legge e con l'attribuzione della disciplina di dette materie al solo organo legislativo⁴⁴ che demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale, il quale esprime altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e sia pure indirettamente, con la pubblica opinione». Punto 7, Cons. in diritto, sent. 230 del 2012.

⁴⁵ Gli ordinamenti di *civil law*, ricordava la Corte, sono basati sul principio della riserva di legge e con l'attribuzione della regolamentazione delle materie inerenti i diritti (in particolar modo per la materia penale, ex art. 25 Cost.) al solo organo legislativo democraticamente eletto. La “regola” nel diritto anglo-americano è una concezione differente rispetto a quella cui sono abituati a confrontarsi i giuristi del continente europeo. La letteratura sul tema è diffusissima, ai fini del presente scritto si segnala K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Vol. I, Milano 1998, p. 220 e ss.

Circoscritta, quindi, la portata applicativa della Sentenza Scoppola alle sole norme di tipo “penale-sostanziale” ed esclusa l’applicabilità dei principi in essa contenuti nei confronti della giurisprudenza *in mitior* – tramite l’affermazione di uno «scarto di tutela» tra la tutela apprestata dall’organo democraticamente eletto nei confronti delle materie inerenti i diritti fondamentali rispetto a quella offerta da un organo estraneo al circuito democratico, quale è il giudice – veniamo quindi ad analizzare come con la sentenza n. 210 del 2013 in commento la Corte costituzionale risolve il problema derivante da tutti quei giudizi nazionali assimilabili per contenuto ad una “sentenza-pilota” della Corte EDU che non dispongano della medesima pronuncia presso quella sede⁴⁶.

5. La sentenza-pilota come parametro interposto del giudizio di costituzionalità

⁴⁶ Seppur non avente ad oggetto la materia penalistica si segnala altresì per completezza nella ricostruzione giurisprudenziale sul tema la sentenza n. 264 del 2012 in tema di legittimità dei criteri di computo dei trattamenti previdenziali spettanti ai cittadini che, avendo lavorato in Svizzera ed in quella sede versato i contributi previdenziali secondo la normativa elvetica, chiedevano successivamente il ricalcolo secondo il sistema retributivo italiano avvalendosi dei patti italo-elvetici sulla sicurezza sociale. La questione è comunque di particolare interesse ai fini del presente commento in quanto anche in quella circostanza si era in presenza di una pronuncia della Corte EDU che aveva accertato l’illegittimità convenzionale della norma di interpretazione autentica perché produttiva di effetti anche per i giudizi in corso incidendo sul principio convenzionale dell’equo processo di cui all’art. 6 CEDU. Il dubbio di legittimità verteva proprio sulla idoneità della sentenza *Morabito c. Italia* a fungere da parametro interposto con effetti caducatori rispetto alla norma su cui era incardinato il giudizio di costituzionalità. Con la sentenza che ne scaturiva n. 264 del 2012 la Consulta faceva salva la disciplina sottoposta al suo esame invocando, ancora una volta, il proprio «margine di apprezzamento» in tema di ricevibilità delle pronunce provenienti da Strasburgo. Nel caso specifico l’applicabilità di un sistema contributivo differente per coloro che avessero deciso di trasferire la loro pensione dalla Svizzera all’Italia, secondo accordi stipulati tra le due nazioni in epoche precedenti, contrastava con i nuovi principi dell’equilibrio di bilancio di cui all’art. 81 Cost., ed avrebbe comportato, in ogni caso, una irragionevole equiparazione pensionistica tra coloro che avevano versato le minor somme in Svizzera rispetto a coloro che, nel medesimo periodo, si erano sobbarcati esborsi maggiori secondo il sistema contributivo nazionale italiano. A commento della sentenza si segnala A. RUGGERI, *La consulta rimette abilmente a punto la strategia dei rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di una sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in *Consulta online*; M. MASSA, *La sentenza n. 264 del 2012 della Corte costituzionale: dissonanze tra le corti sul tema della retroattività*, in *Quad. Cost.*, n. 1/2013.

La Corte di Cassazione⁴⁷ evidenziava nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale come il problema su cui era chiamata a pronunciarsi fosse del tutto assimilabile al caso Scoppola e che quest'ultima sentenza presentasse, rispetto a quella dedotta in giudizio, le caratteristiche del "giudizio-pilota"⁴⁸.

A parere della Corte di Cassazione il mancato esperimento del ricorso *ex art. 34 CEDU* da parte del ricorrente non poteva comportare, per le ragioni esposte, l'impossibilità da parte dello stesso di beneficiare dei medesimi effetti del precedente internazionale, avente per contenuto l'identica violazione della Convenzione. La necessità di recepire le indicazioni fornite nelle "sentenze-pilota" anche in tutti gli altri casi uguali doveva essere garantita sacrificando il valore della certezza del giudicato da ritenersi recessivo qualora il mancato recepimento delle indicazioni contenute nel "giudizio-pilota" comportassero come conseguenza una illegittima compressione di un diritto fondamentale (quale è la libertà personale)⁴⁹.

Nella fattispecie in esame il precedente internazionale aveva in effetti già censurato il meccanismo di cui all'art. 7 comma, 1 del decreto-legge n. 341 del 2000,

⁴⁷ La Corte di Cassazione si trovava nelle vesti di giudice *a quo* investita del ricorso avverso il provvedimento del giudice dell'esecuzione con il quale si era negata la sostituzione della pena che sarebbe dovuta intervenire proprio in virtù del fatto che il condannato si trovava in una situazione analoga a quella avente ad oggetto i fatti decisi nella sentenza *Scoppola c. Italia*.

⁴⁸ "la sentenza della Corte EDU ha rilevato nel nostro ordinamento un problema strutturale e gli eventuali effetti, tuttora pendenti, della violazione devono essere eliminati, perché essa contiene una «regola *fi* giudizio di portata generale, che, in quanto tale, è astrattamente applicabile a fattispecie identiche a quella esaminata», Punto 1, *Cons. in diritto*, sent. 210 del 2013.

⁴⁹ In passato la Corte EDU aveva spesso fatto salvo il principio della intangibilità del giudicato quale corollario del più generale principio della certezza del diritto. E' lo stesso ordinamento nazionale, ricorda la Corte costituzionale, a prevedere ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato in tutti i casi in cui il bilanciamento tra diversi valori costituzionali renda tale principio recessivo in favore di altri principi fondamentali ritenuti parimenti meritevoli – o più meritevoli – di tutela. Uno di questi casi è *l'abolitio criminis* con il quale il legislatore può decidere di sopprimere disposizioni penali in conseguenza del mutamento della percezione del loro disvalore sociale. La scelta del legislatore di non ritenere più socialmente punibile una condotta non può che comportare la cessazione degli effetti sanzionatori nei confronti di tutti gli altri soggetti puniti nella vigenza della normativa abrogata (art. 2, secondo comma, cod. pen.). Stessa situazione si verifica allorché la norma applicata al giudizio divenuto irrevocabile sia successivamente dichiarata illegittima da parte della Corte costituzionale (art. 30, quarto comma, l. n. 87 del 1953). Nella sentenza in commento alla Corte veniva chiesto se, in aggiunta ai casi suddetti, i medesimi effetti caducatori potessero verificarsi quando un precedente internazionale – in virtù dell'art. 117, comma 1 e dell'art. 46 CEDU – avesse accertato l'illegittimità convenzionale di una norma nazionale la quale rimaneva efficace nei confronti di tutte le altre fattispecie-gemelle non munite della corrispondente sentenza CEDU.

qualificato come di interpretazione autentica, nella parte in cui si imponeva con efficacia retroattiva nei confronti di coloro che avessero optato per il rito premiale prima dell'entrata in vigore del suddetto decreto. L'eventuale mancata sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trenta anni di reclusione, come avvenuto nel caso Scoppola, avrebbe comportato una nuova violazione da parte dello Stato italiano dell'art. 7 CEDU, così come interpretato a Strasburgo⁵⁰, per la mancata applicazione nei confronti del reo della legge penale a lui più favorevole⁵¹.

Differenziati quindi i casi nei quali la Corte EDU si fosse espressa sulla fattispecie dedotta in giudizio (per i quali permane la procedura di cui all'art. 625-bis, come verificatosi nel caso "pilota"), ed esclusa parimenti la procedura di revisione valevole per i diversi casi nei quali si vedesse necessaria una riapertura del processo (art. 630 c.p. così come integrato dalla sentenza n. 113 del 2011); la Corte si trovava a decidere se propendere per la diretta applicabilità della sentenza-pilota oppure, viceversa, se fosse necessario l'incardinamento del giudizio di costituzionalità per consentirne, in tal modo, l'estensione degli effetti anche nei confronti delle altre fattispecie-gemelle.

Se la scelta fosse ricaduta sull'attribuzione dell'efficacia diretta delle sentenze-pilota anche per le fattispecie-gemelle il risultato sarebbe stato quello di un rovesciamento della giurisprudenza costituzionale in tema di non diretta applicabilità delle norme convenzionali⁵² e della corrispondente limitazione del meccanismo del «margine di apprezzamento» di cui la Corte si era munita, tutelandosi, in passato.

⁵⁰ La Corte ha più volte affermato come le sia preclusa la possibilità di poter sindacare l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo. Le norme CEDU devono essere applicate, pertanto, nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte cost., nn. 236, n. 113 e n. 1 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009, n. 39 del 2008, n. 349 e n. 349 del 2007).

⁵¹ Nel caso-pilota Scoppola lo Stato italiano non era incorso nella violazione di cui all'art. 46, § 2, CEDU proprio in virtù della soluzione adottata dalla Corte di Cassazione, tramite l'incidente di esecuzione, che aveva previsto la sostituzione della pena con l'applicazione del principio, che da quella sentenza scaturiva, secondo il quale l'applicazione della sanzione penale più favorevole al reo andrebbe ricercata nell'arco temporale fra la commissione del fatto e la sentenza definitiva. Risoluzione del Comitato dei Ministri CM/ResDH(2011)66. In data 8 giugno 2011 il predetto comitato comunicava che lo Stato italiano aveva provveduto a ripristinare la questione di illegittimità convenzionale.

⁵² Nella sentenza n. 80 del 2011 la Corte tende a ribadire quanto già affermato in precedenza e nello specifico rilevava, come «*da nessuna delle predette fonti di tutela è, peraltro, possibile ricavare la soluzione prospettata dalla parte privata*» la quale propendeva per l'ingresso del sistema CEDU nel diritto dell'Unione a seguito del Trattato di Lisbona. La Corte decideva nel senso che «*la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, dunque, allo stato, ancora*

Per questi motivi la Corte costituzionale giungeva ad accogliere la questione di legittimità dell'art. 7 comma 1, del decreto legge 24 novembre 2000, n. 341, convertito con modificazioni dalla legge n. 4 del 2001, perché affetto da illegittimità convenzionale utilizzando come parametro interposto, ex art. 117, 1 comma, l'art. 7 CEDU così come interpretato nel caso-pilota Scoppola.

6. Considerazioni conclusive: dubbi sul recepimento *tout-court* dei principi desumibili dalla sentenza-pilota (la Corte si sveste dai panni di giudice dei diritti ed opta per la risoluzione del conflitto tra ordinamenti)

La sentenza n. 210 del 2013 aggiunge un nuovo tassello argomentativo nei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte EDU in riferimento alla effettività delle pronunce di Strasburgo. L'analisi della giurisprudenza più recente sul tema consente la differenziazione tra le diverse conseguenze interne ricollegabili alle pronunce di Strasburgo con le quali si accerti un contrasto con la Convenzione.

Il primo corpo di giurisprudenza riguarda quelle fattispecie nelle quali l'illegittimità convenzionale comporta come necessaria conseguenza la riapertura del processo. In questi casi la Corte costituzionale, nelle more di un intervento più strutturale del legislatore, ha previsto di aggiungere alle ipotesi disciplinate dall'art. 630 c.p. sulla revisione del processo anche quella derivante dalla necessità di conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU che abbia accertato, per quel ricorso, una violazione della Convenzione⁵³.

Una seconda ipotesi riguarda il caso in cui da una pronuncia della Corte di Strasburgo consegua la necessità di rimodulare semplicemente la sanzione irrogata: in questo caso la strada percorribile indicata dalla Corte di Cassazione, così come avvenuto nel caso-pilota Scoppola, sembra essere quella della procedura del ricorso

improduttiva di effetti. La puntuale identificazione di essi dipenderà, ovviamente, dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata». Il richiamo alla CEDU contenuto all'art. 6, par. 3, TUE, invece, non fa che riprendere la forma di protezione preesistente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e su cui si basava la ricostruzione compiuta dalla Corte costituzionale nelle sentenze "gemelle" del 2007. A commento della sentenza, A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?* (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato) in *www.Giustamm.it*.

⁵³ Sent. 113 del 2001, *cit.*, ed il diverso caso del procedimento contumaciale, sent. 317 del 2009 in riferimento all'art. 175, comma 2, C.p.p.

straordinario ex art. 625-bis Cod. proc. pen., con sostituzione della pena da parte del giudice della nomofilachia o, per suo tramite, del giudice dell'esecuzione.

L'ultima ipotesi, che è poi quella che riguarda la sentenza in commento, concerne le conseguenze derivanti dalla sentenza-pilota nei confronti di tutte le altre fattispecie-gemelle non munite della corrispettiva decisione favorevole da parte della Corte di Strasburgo. Per quest'ultima ipotesi la Corte costituzionale sembra propendere per il necessario sollevamento del giudizio di costituzionalità al fine di garantire l'efficacia del precedente internazionale anche alle fattispecie ad esso sovrapponibili.

Nella fattispecie in oggetto entrambe le Corti convengono sulla natura sostanzialmente penale della norma impugnata e ne escludono il carattere di "interpretazione autentica": accertata pertanto la natura penale-sostanziale della norma contestata, la Corte EDU utilizza come argomentazione valevole ai fini della decisione il principio che vuole (nella irrogazione della pena) la ricerca della norma più favorevole al condannato tra le diverse susseguite nel tempo. E' noto come il principio da ultimo richiamato non rappresenti una novità all'interno del nostro ordinamento⁵⁴. L'art. 11 delle disp. prel. cc. dispone che «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo». Questa regola trova la sua massima espressione in ambito penale dove, diversamente dagli altri casi, è innalzata a livello costituzionale in base all'art. 25, secondo comma, Cost., con il quale si esclude la possibilità di deroghe da parte del legislatore. L'irretroattività delle disposizioni penali, per la sua funzione garantistica, si riferisce alle norme di tipo sfavorevole per il condannato e prevede che nessuno possa essere punito in forza di una legge che, al momento del fatto, non era ancora entrata in vigore; tale principio non esclude che possa essere applicato al reo una normativa a lui più favorevole in forza di una legge successiva. Riguardo ciò la Corte costituzionale, come affrontato nella breve

⁵⁴ Se Tizio è stato condannato in via definitiva ad una certa pena, la legge successiva che, ad es., diminuisca la pena o introduca nuove circostanze attenuanti, non può incidere sul trattamento punitivo già determinato in base alla legge precedente. L'argomento è vasto e rappresenta uno dei principi cardine della parte generale del diritto penale. Ai fini del presente commento si segnalano, F. MANTOVANI, *Principi di Diritto Penale*, Padova 2002, pp. 29 e ss., I. CARACCIOLI, *Manuale di Diritto Penale*, II ed., Padova 2005, pp. 77 e ss., G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, IV ed., 2010, p. 75 e ss., D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, IV ed., Torino 2011, pp. 611 e ss., T. PADOVANI, *Diritto Penale*, X ed., 2012, pp. 39 e ss.; C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di Diritto Penale*, Milano 2013, pp. 107 e ss.

ricostruzione precedente, ha precisato come il differente principio della *lex mitior* non trovi effettività nell'art. 25 Cost. ma bensì sulla base del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. Il principio della *lex mitior* (o della norma più favorevole) «è garanzia del favor libertatis, il quale assicura il trattamento penale più mite tra quello previsto dalla legge penale vigente al momento della realizzazione del fatto e quello previsto dalle leggi successive, purché precedenti la sentenza di condanna»⁵⁵.

Sul versante della normazione di rango primario, l'art. 2 c.p., oltre che ribadire il principio della irretroattività delle norme incriminatrici, prevede la retroattività della legge penale favorevole, principio sovrapponibile a quello affermato con la sentenza Scoppola presso la sede di Strasburgo. Tale previsione del codice penale, come prescrive lo stesso articolo, incontra il limite del giudicato: «qualora la legge successiva intervenga quando il giudicato si sia già formato, questa non può avere effetti per il condannato»⁵⁶.

Nel caso in commento, specifica la Corte costituzionale, l'intangibilità del giudicato può cedere il passo davanti alla salvaguardia di altri valori ugualmente meritevoli di tutela (come il diritto all'equo processo e alla libertà personale) quando una sentenza definitiva di Strasburgo ne abbia accertato una compressione convenzionalmente illegittima. L'art. 2, terzo comma, cod. pen, prevede che «se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135 c.p.»: tale possibilità è presa dalla Corte costituzionale come

⁵⁵ G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁶ L'art. 2 c.p. può essere diviso in tre precetti normativi. Il primo di cui al primo comma, ribadisce il principio già contenuto nell'art. 25 Cost. (ma il codice penale precede la Costituzione) secondo il quale «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato». Al secondo comma si occupa dell'abolizione delle incriminazioni preesistenti, in rapporto alle quali si dispone la retroattività della pena abrogatrice: «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali». All'ultimo comma si prescrive che (disposizione che riguarda più da vicino la problematica affrontata dalla Corte) «se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile». Il limite dell'intangibilità del giudicato ha subito una lieve flessione a seguito della novella legislativa avvenuta tramite l'art. 14 della legge n. 85 del 2006 la quale ha aggiunto ai commi precedenti un quarto in base al quale «se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 135 c.p.». Sul punto, oltre ai classici del diritto Penale, si segnala tra i più aggiornati il volume di T. PADOVANI, *Diritto Penale*, X ed., 2012, p. 39 e ss.

spunto per rilevare come «nell'ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l'ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato»⁵⁷.

Se, quindi, il superamento del giudicato veniva risolto dalla Corte costituzionale secondo le motivazioni esposte, maggiori perplessità mostra invece l'apparato argomentativo con il quale si giunge alla decisione di incostituzionalità della norma impugnata. Accertato difatti che quest'ultima si ponesse come norma di diritto penale-sostanziale, e non di interpretazione autentica; ed accertato per questi motivi che la norma dedotta in giudizio non potesse produrre effetti per il passato, non risulta tuttavia chiara la ricostruzione con cui si perviene alla declaratoria di illegittimità sulla base del parametro interposto della sentenza-pilota.

Nella citata sentenza Scoppola la Corte EDU, più che accertare l'illegittimità convenzionale dell'art. 7 del decreto legge 341 del 2000, mirava ad applicare il principio di legalità penale – che proprio tramite quella decisione andava ad affermare superando una giurisprudenza precedente⁵⁸ – il quale imporrebbe l'applicazione della legge più favorevole al reo nell'arco temporale da rinvenirsi tra le norme esistenti al momento della commissione del fatto e quelle successive. A ben vedere, quindi, più che sanzionare la disposizione in sé – la quale lo si ricorda introduce la differenziazione tra ergastolo con isolamento diurno ed ergastolo senza isolamento diurno – la Corte EDU non fa altro che andare a ricercare nello spazio temporale anzidetto la *lex mitior* che, nel caso di specie, individua nella normativa pre-riforma. Non è, difatti, la differente qualificazione della nozione di ergastolo derivante dall'art. 7 del decreto legge n. 341 del 2000 ad essere censurata presso la sede di Strasburgo – e non potrebbe essere diversamente data la libertà del legislatore di poter decidere liberamente una modifica della disciplina penalistica *in peius* – quanto piuttosto la

⁵⁷ Sent. Corte cost., n. 210 del 2013, *Considerato in diritto*, punto 7.3.

⁵⁸ Causa X. c. *Repubblica federale di Germania*, ric. n. 7900/77, decisione della Commissione del 6 marzo 1978, *Décisions et rapports* n. 13, pp. 70-72. In quella circostanza la Commissione precisò come «l'articolo 7 della Convenzione non contiene alcuna disposizione simile all'articolo 15, paragrafo 1 in fine del Patto delle Nazioni Unite, che riguarda peraltro una ipotesi diversa garantendo al delinquente il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato. Nella fattispecie, una parte dei fatti ascritti al ricorrente è stata in qualche modo oggetto di una depenalizzazione. Rimane comunque il fatto che, al momento in cui è stata commessa, l'azione del ricorrente costituiva un reato secondo il diritto nazionale ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, e quindi anche il ricorso è manifestamente infondato».

natura retroattiva che il legislatore voleva attribuire alla riforma tramite lo strumento dell'interpretazione autentica⁵⁹.

La Corte costituzionale, diversamente, argomenta la sua decisione basandosi unicamente sul parametro interposto della sentenza-pilota ma, lo si precisa ancora, da quella pronuncia internazionale non derivava alcuna censura in riferimento alla norma in quanto tale ma solo nei confronti degli effetti retroattivi che la stessa intendeva produrre.

La giurisprudenza costituzionale che ha caratterizzato il rapporto tra diritto interno e diritto Convenzionale ha visto in passato un atteggiamento della Corte costituzionale basato su di un certa cautela in tutti quei casi nei quali il principio desumibile da Strasburgo trovasse già piena effettività nel nostro ordinamento sulla base della tutela apprestata dalla Costituzione e dalla fonte legislativa primaria; la CEDU diveniva allora un motivo (in più) per avvalorare la decisione finale la quale rimaneva comunque ancorata prevalentemente a criteri ermeneutici ricavabili dall'ordinamento interno. Nel caso in esame, appurata la natura sostanzialmente penale dell'art. 7 del decreto-legge n. 341 del 2000, che si qualificava illegittimamente come di interpretazione autentica, la Corte costituzionale, argomentando secondo il diritto interno, avrebbe senz'altro potuto basare la propria decisione utilizzando come parametro costituzionale l'art. 25 Cost. il quale sancisce il principio della irretroattività della norma penale sfavorevole.

La mancata automaticità nel recepimento della sentenza-pilota avrebbe consentito l'utilizzo di una diversa tipologia argomentativa rispetto all'accoglimento *tout-court* della questione sollevata con riferimento all'art. 117 Cost., 1 comma.

Più conforme alla richiamata cautela da parte della Consulta sarebbe stato sanzionare, come invero era avvenuto anche nella sentenza Scoppola, solo l'effetto retroattivo che la norma impugnata intendeva produrre tramite lo stratagemma dell'interpretazione autentica. Una soluzione più rispettosa, questa, del margine di discrezionalità rilasciato al legislatore che la stessa Corte costituzionale ha sempre tentato di garantire. In poche parole la Corte, seppur richiamando giustamente la

⁵⁹ «Nella presente causa la Corte ha concluso che l'applicazione retroattiva, a svantaggio del ricorrente, delle disposizioni del decreto-legge n. 341 del 2000 ha violato i diritti sanciti dagli articoli 6 e 7 della Convenzione», *Scoppola c. Italia*, punto 128.

Sentenza-Scoppola, ben avrebbe potuto decidere con una sentenza «riduttiva» con la quale stabiliva che l'art. 7 del decreto-legge impugnato è da considerarsi illegittimo nella parte in cui, qualificandosi come di interpretazione autentica, intenda disporre anche per il passato.

La soluzione adottata, viceversa, più che porre la Corte nella posizione di giudice dei diritti, la qualifica piuttosto come *giudice dei "conflitti"* fra ordinamento CEDU ed ordinamento nazionale. La Corte sembra svestirsi delle argomentazioni costruite in passato in riferimento all'applicabilità nel nostro ordinamento della *lex mitior* e della irretroattività della legge sfavorevole, propendendo per una soluzione incentrata unicamente sull'individuazione del *vincolo costituzionale*, per gli effetti del richiamo dall'art. 117, comma 1, Cost., ricavabile dalla Sentenza-pilota Scoppola⁶⁰.

La decisione della Corte costituzionale stupisce proprio in virtù del fatto che anche questa aveva qualificato l'art. 7 del decreto legge n. 341 come norma penale-sostanziale e, per questi motivi, se avesse voluto applicare i principi della sentenza-pilota avrebbe dovuto reputare la norma impugnata come una "delle tante" disposizioni incriminatrici susseguitesesi nel tempo tra la commissione del fatto e la sentenza definitiva e, in ossequio all'art. 7 CEDU, scegliere tra queste la più favorevole al reo.

Il principio della *retroattività* della norma più *favorevole (lex mitior)*, conosciuto a livello di legislazione ordinaria tramite l'art. 2 c.p., terzo comma, e confermato a livello costituzionale in base all'art. 3 Cost. (che impone di evitare ingiustificate o irragionevoli disparità di trattamento); con la sentenza in commento trova quindi un nuovo paradigma normativo sulla base della fonte interposta desumibile dalla sentenza-pilota Scoppola. In riferimento a questo la Corte costituzionale, proprio in virtù della laconicità delle motivazioni contenute nella sentenza-pilota⁶¹, ben avrebbe

⁶⁰ Se l'obiettivo della Corte era quello di creare un "modello" valevole per tutti i casi nei quali si intendano produrre gli effetti di una sentenza-pilota anche nei confronti delle fattispecie-gemelle, avocando a se la decisione, l'obiettivo può dirsi senz'altro raggiunto. Per quello che concerne invece la soluzione adottata nel caso concreto, per i motivi esposti, sembra che la Corte abbia "forzato la mano" applicando in modo errato la pronuncia di Strasburgo la quale, lo si ripete ancora una volta, più che censurare la novella legislativa avvenuta tramite la decretazione d'urgenza mirava a sancire il principio dei legalità penale e della conseguente applicazione al reo della pena a lui più favorevole, anche retroattivamente.

⁶¹ Principio, tra l'altro, neanche unanimemente assunto in virtù dell'opinione in parte divergente del giudice Nicolaou, condivisa dai giudici Bratza, Lorenze, Jočiene, Villiger e Sajó. In particolar modo ricordava come l'art. 7, comma 1, quando fu introdotto, non prevedeva il

potuto chiarire se il richiamo al precedente convenzionale abbia mutato la sua precedente giurisprudenza sull'utilizzo della *lex mitior* per il tramite dell'art. 3 Cost. (con possibilità di valutarne gli effetti tramite utilizzando il criterio di ragionevolezza); oppure viceversa se il nuovo parametro-interposto si ponga in posizione di rottura rispetto al combinato disposto dell'art. 2 c.p. e 3 Cost., sino ad arrivare al superamento del limite del giudicato.

Se con la sentenza n. 317 del 2009 la Corte costituzionale precisava che «*il confronto tra la tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti*»⁶², parimenti nella medesima sentenza avocava a se il compito di «*valutare come ed in quale misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano*»⁶³.

Come già affrontato, la nozione di diritto (*law*) utilizzata dalla Corte di Strasburgo non sempre è pedissequamente ribaltabile negli ordinamenti di *civil law* proprio in virtù delle differenze che la stessa Corte costituzionale aveva ravvisato con la sentenza n. 230 del 2011 tra i due tipi di sistema. Cosa intende quindi la Corte di Strasburgo quando parla di “*law*” più favorevole al condannato?⁶⁴, vi rientrerebbe anche, per

principio della legge più favorevole e «*nulla ha lasciato intendere che si potesse pensare all'epoca che esso fosse incorporato nel principio nullum crimen nulla poena sine lege, spesso citato sotto questa forma abbreviata. L'articolo 7 § 1 della Convenzione, adottato nel 1950, è stato redatto sul modello dell'articolo 11 § 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni unite nel 1948, articolo che esso riprende quasi parola per parola. I lavori preparatori all'articolo 7 § 1 mostrano (pagina 7, punto 5) che la possibilità di aggiungervi il principio della legge più favorevole è stata prevista e poi abbandonata (...). Come la Corte ha indicato nella causa Johnston e altri c. Irlanda (18 dicembre 1986, § 53, serie A n. 112): «La Convenzione e i suoi Protocolli devono essere interpretati alla luce delle condizioni attuali (v., tra le altre, la sentenza Marckx c. Belgio, già cit., serie A n. 31, p. 26, § 58), ma la Corte non può estrarne, attraverso una interpretazione evolutiva, un diritto che non vi è stato inserito in partenza. Questo accade in modo particolare quando si tratta, come in questo caso, di una omissione deliberata.»».*

⁶² Corte cost. n. 317/2009, *Cons. in diritto*, punto 7.

⁶³ Corte cost. n. 317/2009, *Cons. in diritto*, punto 7.

⁶⁴ Nella sentenza *Scoppola c. Italia* la Corte EDU si esprime nel modo seguente “*La nozione di «diritto» («law») utilizzata nell'articolo 7 corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale ed implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità*”, Punto 75.

ipotesi, un decreto legge non convertito per il solo fatto che questo abbia avuto vigenza in un periodo, seppur ristretto, di sessanta giorni?⁶⁵

Ed ancora, su quali basi argomentative è possibile far entrare nel nostro ordinamento il principio dell'applicabilità al condannato della *lex intermedia* che si frapponga tra la legge esistente al momento della commissione del fatto e quella successiva, in ipotesi più severa, divenuta efficace prima della sentenza definitiva? Il problema non è di poco conto se si prende ad analisi la *ratio* che sottende ai principi della irretroattività della legge penale più sfavorevole e quello della retroattività della *lex mitior*. Se il primo trova la sua ragion d'essere nell'art. 25 Cost., il quale impone l'irretroattività della legge penale più severa, ed il secondo nel diverso principio dell'art. 3 Cost., secondo una valutazione basata sulla ragionevolezza della scelta; la terza ipotesi, e cioè l'applicabilità della *lex intermedia*, non trovava una medesima ragione giustificativa sul piano costituzionale⁶⁶.

Per i motivi anzidetti sembrerebbe che l'aver recepito *tout-court* la sentenza-pilota senza aver predisposto il consueto margine di apprezzamento che proverbialmente la Corte si era riservata, e senza aver fatto alcun richiamo alla tutela già apprestata dall'ordinamento Costituzionale interno in riferimento alla irretroattività delle leggi penali favorevoli, potrebbe indurre a ipotizzare un certo avvicinamento in corso tra le due giurisprudenze proprio in prospettiva dell'imminente ingresso della Convenzione EDU all'interno dell'ordinamento dell'Unione.

I problemi, di tutta evidenza, potrebbero porsi allorché una sentenza-pilota enucleasse principi che non si concilino completamente con quelli interni, situazione che imporrebbe necessariamente alla Corte costituzionale di fare un passo indietro riabbracciando la teoria del margine di apprezzamento e del vaglio positivo di ragionevolezza che, almeno per questa pronuncia, sembra aver accantonato

⁶⁵ In passato con la sentenza n. 51 del 1985 la Corte costituzionale, nel dubbio se fosse applicabile al reo in base all'art. 2 cod. pen. anche la pena più mite derivante da un decreto legge non convertito, decideva per la non applicabilità al reo della disposizione suddetta non avendo ricevuto il necessario avallo del Parlamento (*ex art. 77 Cost.*). Sul punto si veda per un approfondimento G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, pp. 86 - 88.

⁶⁶ Secondo alcuni la suddetta ragione giustificativa dell'applicabilità della *lex intermedia* «andrebbe ricercata nella tutela dell'affidamento creatosi durante il processo *in capo all'imputato sull'applicazione della pena più mite entrata nel frattempo in vigore*». F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 18.

propendendo per l'utilizzo della Sentenza-pilota Scoppola, *ex art. 117, 1 comma, Cost.*, come mero parametro argomentativo.