

SULLE RICADUTE INTERNE DELLA SENTENZA SCOPPOLA (*)

*Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale
nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo*
(Nota a [C. cost. n. 210/2013](#))

di Elisabetta Lamarque e Francesco Viganò

Abstract. Con la pronuncia annotata la Corte costituzionale assicura il pieno adeguamento dell'ordinamento italiano alla ratio decidendi della sentenza Scoppola c. Italia (n. 2) pronunciata nel 2009 dalla Grande camera della Corte di Strasburgo, dichiarando l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., dell'art. 7 del D.L. 341/2000, in forza del quale una serie di imputati di reati punibili con la pena dell'ergastolo che avevano già chiesto di essere giudicati con rito abbreviato, confidando sulla riduzione della pena a trent'anni di reclusione loro prospettata dalla l. 479/1999, erano stati invece condannati in via definitiva all'ergastolo. Con questa sentenza, la Consulta riconosce in effetti: a) che il principio di diritto enunciato dalla Corte europea in riferimento a un singolo caso concreto vincola lo Stato parte della Convenzione a porre rimedio alla violazione anche in relazione a tutti gli altri casi in cui la violazione si è in concreto verificata; b) che il giudicato penale di condanna può e deve essere, anche in questi casi, modificato dal giudice dell'esecuzione, sì da assicurare l'adeguamento della pena ai principi statuiti a Strasburgo; e c) che il giudice dell'esecuzione ha il potere di sollevare questione di legittimità costituzionale ex art. 117, comma 1, Cost. sulla norma di legge italiana che eventualmente osti a tale adeguamento, in maniera non superabile in via di interpretazione conforme al diritto convenzionale. La Corte costituzionale avalla così tutti i fondamentali passaggi argomentativi dell'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite, fornendo così un istruttivo esempio del sempre più frequente gioco di squadra delle supreme magistrature italiane nell'assicurare l'adeguamento dell'ordinamento interno ai decisa di Strasburgo: un adeguamento spesso assicurato in via diretta dai giudici ordinari rispetto al singolo caso concreto deciso dalla Corte europea, ma che gli stessi giudici ordinari preferiscono rimettere alla prudente (e più elastica) valutazione del giudice delle leggi allorché si tratti invece – come in questo caso – di estendere gli effetti della pronuncia europea a tutti coloro che si trovino in una situazione analoga rispetto a quella del ricorrente vittorioso a Strasburgo

SOMMARIO: 1. Paragrafo. – 2. La sentenza della Corte. – 3. Interpretazione conforme *vs.* incidente di costituzionalità: un nodo consueto in materia di adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi

* Il presente contributo è stato pubblicato sul n. 2/2014 di *Giurisprudenza italiana*, che gli A. ringraziano per averne consentito la riproduzione anche in questa sede.

convenzionali. – 4. Il nodo della rilevanza della questione. – 5. Il merito della questione, tra parametro “internazionale” e parametri interni. – 6. Una vicenda esemplare sotto il profilo delle relazioni tra corti. – 7. Conclusioni. Ancora sull’equivalenza – suggerita dalla sentenza in commento – tra tutela internazionale e tutela costituzionale interna dei diritti fondamentali.

1. Gli antefatti.

La sentenza che si annota costituisce l’ultimo atto (*rectius*, come vedremo, il penultimo) di un’articolata vicenda che prende le mosse da una importante sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, *Scoppola c. Italia* (n. 2), pronunciata dalla Grande Camera il 17 settembre 2009.

Il ricorrente, Franco Scoppola, era stato condannato in via definitiva per un omicidio consumato in concorso con un tentato omicidio e altri gravi delitti alla pena dell’ergastolo, inflittagli in sede di giudizio abbreviato. Egli si doleva tuttavia avanti alla Corte di Strasburgo della mancata applicazione nei suoi confronti della *pena più mite* (nella specie, trent’anni di reclusione) prevista da una legge *entrata in vigore dopo la commissione del fatto e non più in vigore al momento del giudizio*, in quanto nel frattempo sostituita dalla più severa legge sulla base della quale si era visto infliggere la pena dell’ergastolo.

Più in particolare, Scoppola aveva commesso i fatti nel 1999, e dunque in un’epoca in cui, sulla base dall’art. 442 c.p.p. nella versione allora vigente, non era prevista la possibilità che gli imputati di un reato punibile con l’ergastolo fossero ammessi al rito abbreviato. Il 2 gennaio 2000 era tuttavia entrata in vigore la legge n. 479/1999 (la c.d. legge Carotti), che modificava l’art. 442 c.p.p., consentendo anche a questi imputati di chiedere il giudizio abbreviato, e disponendo – in caso di condanna La sentenza che si annota costituisce l’ultimo atto (*rectius*, come vedremo, il penultimo) di un’articolata vicenda che prende le mosse da una importante sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, *Scoppola c. Italia*, pronunciata dalla Grande Camera il 17 settembre 2009.

Il ricorrente, Franco Scoppola, era stato condannato in via definitiva per un omicidio consumato in concorso con un tentato omicidio e altri gravi delitti alla pena dell’ergastolo, inflittagli in sede di giudizio abbreviato. Egli si doleva tuttavia avanti alla Corte di Strasburgo della mancata applicazione nei suoi confronti della *pena più mite* (nella specie, trent’anni di reclusione) prevista da una legge *entrata in vigore dopo la commissione del fatto e non più in vigore al momento del giudizio*, in quanto nel frattempo sostituita dalla più severa legge sulla base della quale si era visto infliggere la pena dell’ergastolo.

Più in particolare, Scoppola aveva commesso i fatti nel 1999, e dunque in un’epoca in cui, sulla base dall’art. 442 c.p.p. nella versione allora vigente, non era prevista la possibilità che gli imputati di un reato punibile con l’ergastolo fossero ammessi al rito abbreviato. Il 2 gennaio 2000 era tuttavia entrata in vigore la legge n. 479/1999 (la c.d. legge Carotti), che modificava l’art. 442 c.p.p., consentendo anche a questi imputati di chiedere il giudizio abbreviato, e disponendo – in caso di condanna – la sostituzione la pena dell’ergastolo con quella di *trent’anni di reclusione*. Nel vigore

di questa legge, Scoppola aveva chiesto in effetti di essere giudicato con rito abbreviato.

Nelle more del processo, il 24 novembre 2000, era tuttavia entrato in vigore il d.l. n. 341/2000, che all'art. 7 stabiliva nel comma 1, in via di interpretazione autentica, che il riferimento alla "pena dell'ergastolo" di cui al novellato art. 442 c.p.p. dovesse intendersi come limitato alla sola pena dell'ergastolo *senza isolamento diurno*; e al secondo comma (ulteriormente modificativo dell'art. 442 c.p.p.) che, in caso di condanna con rito abbreviato di un imputato punibile con l'ergastolo *con* isolamento diurno, la pena dovesse essere sostituita con quella dell'*ergastolo senza isolamento diurno*. Dal momento che per il complesso dei reati di cui Scoppola fu ritenuto colpevole era prevista la pena dell'ergastolo *con* isolamento diurno, egli fu condannato all'ergastolo *senza* isolamento diurno, in applicazione appunto del d.l. n. 341/2000, anziché alla pena di trent'anni di reclusione, sulla quale egli aveva fatto affidamento sulla base della legge Carotti, in vigore al momento della richiesta del rito abbreviato.

La Grande Camera della Corte EDU qualificò anzitutto le norme succedutesi nel tempo – a cominciare dalle tre successive versioni dell'art. 442 c.p.p. – come norme di diritto penale *sostanziale*, nonostante la loro collocazione nel codice di rito, in ragione della loro immediata incidenza sulla *species* e sul *quantum* della sanzione applicabile. Inoltre, mediante un esplicito *overruling* dei precedenti specifici della Commissione, la Grande Camera affermò per la prima volta che l'art. 7 CEDU garantisce non solo il diritto dell'imputato a non vedersi applicare retroattivamente una norma penale sfavorevole, ma anche – implicitamente – il diritto *all'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole* tra tutte quelle succedutesi dal momento della commissione del fatto a quello della sentenza definitiva. Sulla base di tale innovativo principio di diritto, la Corte riconobbe nel caso di specie una violazione dell'art. 7 CEDU, in ragione appunto della mancata applicazione all'imputato della *lex intermedia* più favorevole, ordinando contestualmente allo Stato italiano di por fine alla violazione, rideterminando la pena inflitta al ricorrente in quella di trent'anni di reclusione.

Prendendo atto di tale statuizione, da intendersi quale vincolante per lo Stato in tutte le sue articolazioni e poteri ai sensi dell'art. 46 co. 1 CEDU ("Le Alte Parti contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte"), la nostra Corte di cassazione – adita dallo stesso Scoppola con ricorso straordinario *ex* art. 625-*bis* c.p.p. – procedette effettivamente alla rideterminazione della pena inflittagli nel senso indicato dalla Corte europea¹.

Così risolta la questione con riferimento a Scoppola, si pose però immediatamente il problema della sorte di tutti gli *altri* condannati all'ergastolo che avevano anch'essi fatto richiesta di giudizio di abbreviato nella vigenza della *lex intermedia* più favorevole (la legge n. 479/1999) ed erano stati giudicati in via definitiva quando ormai era vigente il d.l. n. 341/2000, ma che – a differenza di Scoppola – *non* avevano presentato tempestivo ricorso alla Corte EDU, entro il termine di sei mesi dalla data in cui la rispettiva sentenza di condanna era divenuta definitiva.

¹ Cass., sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, Scoppola.

Un punto era, invero, fuori discussione: *anch'essi* erano stati vittima di una violazione dell'art. 7 CEDU, esattamente negli stessi termini accertati dalla Corte di Strasburgo nei confronti di Scoppola, per effetto della decisione dei rispettivi giudici di cognizione di non applicare nei loro confronti il più favorevole trattamento sanzionatorio previsto dalla *lex intermedia*. Il problema era, piuttosto, se fosse possibile a questo punto procedere alla modifica delle loro sentenze di condanna passate in giudicato, in assenza di un "giudicato europeo" riferito alla loro specifica posizione da eseguire ai sensi dell'art. 46 CEDU.

Dopo varie decisioni di segno negativo da parte di singoli giudici dell'esecuzione², la questione approdò infine alle Sezioni Unite della Cassazione³, le quali riconobbero anzitutto che la sentenza *Scoppola* – lungi dal limitarsi ad apprezzare le violazioni lamentate dal ricorrente nel singolo caso concreto – enuncia *regole di giudizio di portata generale*, come tali applicabili a *tutti* i condannati che si trovavano nell'identica situazione di Scoppola, i quali avrebbero avuto diritto – nel processo di cognizione – ad essere giudicati secondo le più favorevoli disposizioni della *lex intermedia* rappresentata dalla legge n. 479/1999. La violazione del loro diritto fondamentale all'applicazione retroattiva di tale legge così avvenuta, d'altra parte, non ha a tutt'oggi esaurito i propri effetti, che devono essere invece considerati ancora *perduranti in sede esecutiva*, essendo i condannati in questione tuttora sottoposti alla pena dell'ergastolo, anziché a quella più favorevole – anche in relazione al ben diverso regime dei benefici penitenziari – di trent'anni di reclusione. Una tale, ancora attuale lesione dei diritti fondamentali dei condannati, secondo l'apprezzamento delle Sezioni Unite, deve essere rimossa dal giudice italiano, che non può rassegnarsi alla prospettiva dell'esecuzione di una pena giudicata dalla Corte europea come lesiva dei diritti fondamentali del condannato e, dunque, di una pena *illegittima* anche dal punto di vista dell'ordinamento interno, tenuto ad assicurare il rispetto dei diritti convenzionali.

Competente a rimuovere gli effetti perduranti della violazione, attraverso la rideterminazione della pena originariamente inflitta in quella conforme ai diritti del

² Ad es. da [Corte d'Assise di Caltanissetta, ord. 18 novembre 2011](#), in *Dir. pen. cont.*, 6 aprile 2012.

³ *Cass. pen., Sez. Un., ord. 19.4.2012 (dep. 10.9.2012), n. 34472, Ercolano*, in *Dir. pen. cont.*, 12.9.2012, con nota di VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*. Sulla questione, sia consentito anche il riferimento a [VIGANÒ, Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia, ibidem](#), 10 aprile 2012, alla replica di [ROMEO, L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore, ibidem](#), 16 aprile 2012 e alla controreplica di [VIGANÒ, Giudicato penale e diritti fondamentali, ibidem](#), 18 aprile 2012. Sull'ordinanza di remissione delle S.U., cfr. altresì [CARLIZZI, La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del "caso Scoppola" e dei casi analoghi](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2013, 27 ss.; GAITO, SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 1201 ss.; GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. pen.*, 2012, 3981 ss.; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 3981 ss.; MUSIO, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*, in *Cass. pen.*, 2012, 4003 ss.; SCACCIANOCCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale*, in *Arch. pen.*, 2013, 84 ss..

condannato, è – secondo le Sezioni Unite – il *giudice dell'esecuzione*. In effetti, la situazione in esame non differisce nella sostanza da quella in cui si debba rimuovere una condanna definitiva emessa in forza di una legge dichiarata *illegittima* dalla Corte costituzionale (ipotesi questa direttamente riconducibile alla previsione di cui all'art. 673 c.p.p.), ovvero divenuta *inapplicabile* in seguito al suo sopravvenuto contrasto con il diritto dell'Unione europea, secondo il sovrano apprezzamento della Corte di giustizia: ipotesi, quest'ultima, invero normativamente non prevista, ma rispetto alla quale la stessa giurisprudenza della Cassazione si è ormai orientata nel ritenere revocabile il giudicato di condanna proprio in sede di incidente di esecuzione⁴.

Secondo le Sezioni Unite, all'accoglimento *de plano* dei ricorsi dei condannati in sede esecutiva si opponeva tuttavia la considerazione che la loro condanna all'ergastolo era stata *normativamente imposta* da una legge tuttora in vigore: e più precisamente dagli artt. 7 e 8 del d.l. n. 341/2000, nella parte in cui – sotto le mentite spoglie di una interpretazione autentica della disciplina previgente di cui alla legge n. 479/2000 – tali disposizioni introducevano in realtà una disciplina sanzionatoria più sfavorevole rispetto alla medesima, stabilendone in termini inequivocabili – e pertanto *non superabili in via interpretativa* – l'applicazione retroattiva anche agli imputati che avessero nel frattempo chiesto di essere giudicati con rito abbreviato, seppure concedendo loro la possibilità di revocare la domanda precedentemente formulata. In tale modo, le disposizioni in parola da un lato avevano *vincolato il giudice della cognizione* a derogare al principio della retroattività della legge più favorevole, impedendogli di applicare la disciplina fissata dalla *lex intermedia* di cui alla legge n. 479/2000; e, dall'altro, *vincolavano ora lo stesso giudice dell'esecuzione*, impedendogli allo stato di rideterminare *tout court* la pena.

Conseguentemente, le Sezioni Unite sollevavano questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto, appunto, queste due disposizioni, assumendone il contrasto con gli artt. 3 e 117 co. 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, motivando espressamente sulla necessità di una loro rimozione ad opera della Corte costituzionale quale condizione per la rideterminazione della pena ad opera del giudice dell'esecuzione.

2. La sentenza della Corte.

E veniamo così, finalmente, alla sentenza della Corte costituzionale.

Preliminarmente, i giudici della Consulta rigettano l'eccezione di inammissibilità formulata dall'Avvocatura dello Stato, secondo la quale il giudice ordinario avrebbe ben potuto procedere direttamente alla rideterminazione della pena disapplicando le norme impugnate, contrastanti con il principio di necessaria

⁴ Cass. pen., Sez. I, 27.10.2011 (dep. 13.1.2012), n. 977, P.M. in c. Hauohu, in *Dir. pen. cont.*, 19 gennaio 2012, con nota di [SCOLETTA, Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima.](#)

retroattività di cui all'art. 7 CEDU (e all'art. 49 § 1 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea). In proposito, la Corte ribadisce che – al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione – né i diritti riconosciuti dalla Carta, né a *fortiori* i diritti riconosciuti dalla CEDU possono trovare diretta applicazione da parte del giudice ordinario sino al punto da legittimarlo alla disapplicazione di una norma di legge contrastante.

Sempre in via preliminare, la Corte delimita la questione di costituzionalità alla sola disposizione di cui all'art. 7 co. 1 d.l. 341/2000, e cioè alla disposizione che – apparentemente in via di interpretazione autentica – stabilisce che l'espressione “pena dell'ergastolo” nell'art. 442 co. 2 c.p.p., come modificato dalla legge n. 479/1999, “è riferita” all'ergastolo senza isolamento diurno. Soltanto da questa disposizione, in realtà novativa rispetto allo stato del diritto previgente (nel quale nessuno aveva mai dubitato della sostituibilità anche della pena dell'ergastolo *con* isolamento diurno con quella di trent'anni di reclusione, in caso di giudizio abbreviato), discenderebbe infatti – secondo l'apprezzamento della Corte – quell'effetto retroattivo della modifica *in peius* della disciplina sanzionatoria introdotta dal d.l. n. 341/2000, dal quale è dipesa in concreto la violazione del diritto del ricorrente all'applicazione della disciplina previgente più favorevole.

Così circoscritta, la questione è ritenuta *fondata* dalla Corte costituzionale.

La Corte rammenta anzitutto come l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU sancito dall'art. 46 CEDU debba intendersi – anche quando la Corte EDU non abbia pronunciato una “sentenza pilota”, né abbia esplicitato l'obbligo per lo Stato di adottare “misure generali” – come implicitamente esteso alla *restitutio in integrum* di tutti coloro che, pur non avendo proposto tempestivo ricorso avanti alla Corte europea, abbiano subito una violazione identica a quella accertata nel caso concreto. La Consulta rimarca anzi come tale lettura sia stata ritenuta scontata dallo stesso governo italiano nelle sue comunicazioni al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa relative all'esecuzione della sentenza *Scoppola*, nelle quali il governo aveva fatto espresso riferimento alla procedura dell'incidente di esecuzione come misura idonea per porre rimedio a violazioni simili a quella riscontrata dalla Corte.

Ciò posto, i giudici della Consulta dichiarano di condividere l'assunto delle Sezioni Unite, secondo cui il giudicato deve cedere a fronte dell'esigenza di far cessare una violazione in atto di un diritto fondamentale del condannato, sottolineando però come il complesso rimedio della *revisione del processo* – spalancato dalla sentenza n. 113/2011 per i casi in cui appaia necessario riaprire il processo per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte EDU – sia qui inadeguato rispetto allo scopo di rideterminare semplicemente la pena, per eliminare la violazione accertata in sede europea. Piuttosto, adeguato e sufficiente rispetto allo scopo appare qui il comune rimedio dell'*incidente di esecuzione*, «specie» – sottolinea la Corte – «se si considera l'ampiezza dei poteri ormai riconosciuti dall'ordinamento processuale [al giudice dell'esecuzione], che non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (artt. 669, 670, comma 3, 671, 672 e 673 cod. proc. pen.)».

Condivisibile appare d'altra parte, secondo la Corte, anche l'ulteriore assunto delle Sezioni Unite, secondo cui l'art. 7 co. 1 del d.l. n. 341/2000 costituisce un *ostacolo normativo insuperabile*, da parte del giudice ordinario, che si oppone all'applicazione al ricorrente della pena più favorevole prevista dalla disciplina previgente: pena che la norma impugnata aveva inequivocabilmente inteso rendere inapplicabile, con riferimento ai processi in corso, a tutte le ipotesi in cui il rito abbreviato fosse già stato richiesto da imputati di reati per i quali era astrattamente prevista la pena dell'ergastolo con isolamento diurno.

Tale disposizione, tuttavia, *può e deve essere rimossa dalla Corte costituzionale*. Trattasi, infatti, di disposizione che – nella misura in cui incide sulla *species* e sul *quantum* della pena applicabile al condannato – ha natura *sostanziale*, e che pertanto non avrebbe dovuto esplicitare retroattivamente i propri effetti rispetto a imputati i quali avevano già chiesto di essere ammessi al rito abbreviato, privandoli così del diritto all'applicazione di una norma più favorevole entrata in vigore nelle more del processo. Conseguentemente, tale disposizione deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost., in relazione all'art. 7 Cedu così come interpretato dalla Corte europea in *Scoppola*.

Sulla base di questa pronuncia della Corte costituzionale, le Sezioni Unite della Cassazione hanno dunque stabilito che il giudice dell'esecuzione può sostituire la pena dell'ergastolo con quella temporanea di trent'anni di reclusione, in tal modo modificando in senso più favorevole il giudicato, nei confronti di tutti coloro che si trovino nell'identica situazione di *Scoppola*⁵. Ponendo così, davvero, la parola fine a questa complessa vicenda.

3. Interpretazione conforme vs. incidente di costituzionalità: un nodo consueto in materia di adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi convenzionali.

Una complessa vicenda sul cui sfondo stava il nodo, sempre più familiare alla recente giurisprudenza italiana, dell'adeguamento del nostro ordinamento agli obblighi scaturenti dalla Convenzione europea, così come interpretati dal "suo" giudice – la Corte di Strasburgo.

Common ground per le Sezioni Unite e per la Corte costituzionale l'incondizionata adesione allo schema disegnato dalle "sentenze gemelle" n. 348 e 349/2007: obbligo per il giudice ordinario di sperimentare la possibilità di un'interpretazione conforme alla Convenzione, ma *inammissibilità di una diretta applicazione* della Convenzione con contestuale *disapplicazione* di norme di legge nazionali, le quali devono invece essere rimosse – se effettivamente incompatibili con la CEDU – soltanto per effetto di una pronuncia di illegittimità costituzionale ex art. 117 co. 1 Cost.

⁵ Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013, Ercolano (inf. provv.).

L'impostazione generale è ineccepibile: contrariamente a quanto sostenuto dall'Avvocatura dello Stato nel giudizio avanti alla Consulta, certamente non sussistevano qui le condizioni per una *disapplicazione*, da parte del giudice ordinario, dell'art. 7 d.l. 341/2000. Vero che il principio di retroattività della legge penale più favorevole è riconosciuto, oltre che dall'art. 7 CEDU così come interpretato in *Scoppola*, anche dall'art. 49 § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea la quale ha – ai sensi dell'art. 6 TUE – lo stesso valore giuridico dei trattati, e dunque è norma *di diritto primario* dell'Unione, potenzialmente idonea ad esplicare effetto diretto negli ordinamenti interni⁶; ma ciò soltanto alla condizione, esplicitata dall'art. 51 della Carta, che si versi *nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione*⁷, sia pure nell'ampia accezione risultante dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁸. Nel caso di specie, invece, difettava qualsiasi collegamento con il diritto dell'Unione: la pena applicabile a fatti di omicidio e di tentato omicidio rientra a tutt'oggi tra le competenze esclusive degli Stati, da esercitare conformemente agli obblighi discendenti dalla CEDU, senza però che la Carta possa giocare qui alcun ruolo.

Esclusa dunque la via della disapplicazione, le due corti interne convengono sull'impossibilità di risoluzione per via puramente ermeneutica dell'antinomia da parte del giudice ordinario, con conseguente necessità di rimuovere – per effetto di una pronuncia del giudice delle leggi – la norma che impedirebbe di pervenire alla rimozione della violazione riscontrata a Strasburgo. Ma, su questo punto, qualche dubbio non appare del tutto peregrino.

Semplificando al massimo la questione, nel caso di specie di erano succedute tre leggi incidenti sulla specie e la misura della pena: A, in vigore al momento del fatto, prevedeva per il fatto commesso dagli imputati la pena dell'ergastolo; B, entrata in vigore durante il processo, consentiva la riduzione della pena a trent'anni di reclusione; C, entrata in vigore prima della sentenza definitiva, tornava a prevedere l'ergastolo, sia pure senza isolamento diurno. La mancata applicazione di B, e cioè della *lex intermedia mitior*, è ciò che ha determinato – secondo la valutazione di Strasburgo – la violazione dell'art. 7 CEDU.

Ora, secondo le Sezioni Unite della Cassazione e la stessa Corte costituzionale, la mancata applicazione della legge B da parte del giudice della cognizione sarebbe stata *a suo tempo* univocamente imposta dalla legge C, la cui perdurante vigenza avrebbe d'altra parte impedito *oggi* al giudice dell'esecuzione di modificare il giudicato e di applicare il più favorevole trattamento sanzionatorio previsto dalla legge B.

In effetti, non c'è dubbio che la *volontà del legislatore storico*, nel momento in cui introdusse la legge C, fosse proprio quella di prevederne l'*applicazione retroattiva* anche agli imputati di reati punibili con l'ergastolo che avessero già chiesto nei mesi precedenti il rito abbreviato, sulla base di quanto previsto dalla legge B. La rinuncia all'ergastolo – in particolare – per gli autori di *plurimi* omicidi era apparsa sin da subito

⁶ Sul punto cfr., volendo VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Europa e diritto penale*, a cura di Viganò – Mazza, numero speciale di *Dir. pen. e proc.*, 2011, 21.

⁷ Così C. cost. 80/2011.

⁸ Cfr. da ultimo, sul punto, C. giust. UE, sent. 26 febbraio 2013, *Åkeberg Fransson*, causa C-617/10, §§ 16-31.

politicamente e socialmente intollerabile; sicché il legislatore aveva cercato di correre ai ripari, addirittura con un decreto legge che consentisse di intervenire in tempo utile prima che si formassero sentenze definitive. La strategia prescelta fu, come abbiamo visto, quella da un lato di introdurre una norma di interpretazione autentica (l'art. 7 *primo comma* del d.l. 341/2000), a tenore della quale l'espressione "pena dell'ergastolo" contenuta nel novellato art. 442 c.p.p. doveva intendersi come riferita al solo ergastolo *senza* isolamento diurno; e dall'altro di specificare, in un nuovo periodo aggiunto dall'art. 7 *secondo comma* d.l. 341/2000 direttamente nel testo dell'art. 442 c.p.p., che in caso di giudizio abbreviato la pena dell'ergastolo *con* isolamento diurno è sostituita con quella dell'ergastolo *senza* isolamento. Che l'art. 7 fosse *pensato* come applicabile anche agli imputati che nei processi in corso avessero *già* chiesto il rito abbreviato è dimostrato, d'altra parte, dal successivo art. 8, che consentiva proprio a questi imputati di rinunciare entro un dato termine alla richiesta di giudizio abbreviato, e di essere dunque giudicati con rito ordinario.

Si sa, tuttavia, che il criterio della *voluntas* del legislatore storico non è mai decisivo: quando la lettera della norma lo consente, l'interprete può pervenire a soluzioni diverse. E ciò è tanto più vero quando in gioco è il criterio dell'*interpretazione conforme*, alla Costituzione o alle norme sovranazionali: e dunque a norme che si pongono in varia misura in una posizione gerarchica *sovraordinata* rispetto alla legge (ordinaria) che si tratta di interpretare⁹.

Nel caso in esame, la norma applicata nel caso di specie dal giudice della cognizione – l'art. 7 d.l. 341/2000 – non prevedeva *esplicitamente* la propria applicazione retroattiva anche nei confronti degli imputati che *già* avessero formulato domanda di abbreviato, e ben poteva essere interpretata – in base al suo tenore letterale – come *riferita meramente al futuro*, stabilendo nuovi (e meno favorevoli) criteri di riduzione della pena in caso di giudizio abbreviato rispetto a quelli disciplinati dalla legge Carotti¹⁰. Una simile lettura della norma sarebbe stata, peraltro, conforme al principio generale espresso dall'art. 11 Preleggi, secondo cui la legge non dispone che per l'avvenire, salvo che sia diversamente (ed espressamente!) disposto; ed avrebbe evitato l'esito di non applicazione della *lex mitior intermedia*, con la conseguente violazione dell'art. 7 CEDU.

Nulla avrebbe ostato, allora, all'adozione da parte del giudice dell'esecuzione di una *diversa interpretazione* – rispetto a quella fatta propria dal giudice di cognizione – dell'art. 7 d.l. 341/2000, in senso questa volta conforme agli obblighi internazionali, e segnatamente al principio di necessaria applicazione della legge più favorevole all'imputato tra tutte quelle entrate in vigore dalla commissione del fatto alla sentenza definitiva.

⁹ Cfr. più ampiamente sul punto VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in Corso – E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, La Tribuna, Piacenza, 2010, 642 ss.

¹⁰ Questa possibile lettura della norma (certamente distonica rispetto all'intenzione del legislatore storico, ma conforme agli obblighi sovranazionali) era stata già proposta in VIGANÒ, *Figli di un dio minore?*, cit., 21 ss.

Le Sezioni Unite della Cassazione, come si è visto, non hanno ritenuto di percorrere questa strada, e hanno preferito delegare il superamento dell'antinomia alla Corte costituzionale. Così facendo, tuttavia, esse hanno implicitamente sconfessato le decisioni della prima sezione – a cominciare da quella, già citata, relativa allo stesso Franco Scoppola – che avevano *de plano*, senza chiamare in causa la Consulta, rideterminato la pena nei confronti dei ricorrenti, non ravvisando dunque nell'art. 7 d.l. 341/2000 un ostacolo normativo che si opponesse a una simile rideterminazione¹¹.

4. Il nodo della rilevanza della questione

Un'ulteriore difficoltà, che condizionava la stessa ammissibilità della questione, era rappresentata dalla *rilevanza* della questione di costituzionalità proposta, e poi affrontata nel merito dalla Corte: una difficoltà legata, in realtà, a doppio filo con la questione, tutta processualpenalistica, dell'ampiezza dei poteri che si devono riconoscere al giudice dell'esecuzione.

In buona sostanza, l'argomento della Cassazione – fatto proprio dalla Consulta – in punto rilevanza era questo: l'art. 7 d.l. 341/2000 ha precluso al giudice di cognizione, e preclude ora al giudice di esecuzione, di dare applicazione al più favorevole trattamento sanzionatorio previsto dalla legge Carotti previgente, così come richiesto dalla Corte europea; tale norma costituisce dunque un *ostacolo normativo* che vincolerebbe, oggi, il giudice dell'esecuzione a *rigettare* l'istanza di rideterminazione della pena. Eliminato tale ostacolo ad opera di una pronuncia ablativa della Corte costituzionale, il giudice dell'esecuzione potrebbe invece tranquillamente *accogliere* tale istanza. *Quod erat demonstrandum* – parrebbe.

La possibile obiezione, che certo sarà stata a lungo discussa nel palazzo della Consulta, era però – brutalmente formulata – la seguente: l'art. 7 d.l. 341/2000 è stato *applicato una volta per tutte dal giudice della cognizione*, allorché questi ha stabilito la misura della pena; divenuta ormai irrevocabile la sentenza, il *giudice dell'esecuzione* non è più chiamato a fare applicazione di quella norma, bensì soltanto a vagliare eventuali *vicende estintive o modificative del titolo esecutivo* rappresentato, appunto, dalla sentenza irrevocabile. Senza poter in alcun modo rimettere in discussione la correttezza non solo degli accertamenti di fatto, ma anche delle operazioni di interpretazione e applicazione delle norme già compiute dal giudice della cognizione.

¹¹ Cass., sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, Scoppola, cit., nonché – con riferimento a un diverso ricorrente – Cass., sez. I, 10 gennaio 2012, n. 25227, richiamata [da ROMEO, Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013](#), in *Dir. pen. cont.*, 1 ottobre 2013, 3, nt. 5. In verità, le due sentenze neppure si pongono il problema se l'art. 7 d.l. 341/2000 debba essere interpretato in maniera conforme alla Convenzione, ovvero se debba essere disapplicato, o ancora se debba essere fatto oggetto di una questione di legittimità costituzionale; esse argomentano piuttosto, in maniera assai netta e sbrigativa, sulla «esigenza di dare *immediato riconoscimento* all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni Europee» (n. 16507) ovvero di dare «*diretta applicazione* nell'ordinamento nazionale della Convenzione europea, nell'interpretazione datane dalla Corte europea» (n. 25227) (corsivi aggiunti).

Una simile obiezione è stata in effetti ritenuta insuperabile – determinando addirittura una pronuncia di *manifesta inammissibilità* della questione proposta – nell’ordinanza n. 235/2013, relativa a una complessa vicenda che concerneva, più che dei fratelli minori, dei lontani ‘cugini’ di Franco Scoppola¹². In quel caso, era stata sollevata questione di legittimità costituzionale di una disposizione del decreto legge n. 82/2000, emanato nel 2000 *dopo la legge Carotti*, disposizione che consentiva in via transitoria agli imputati di reati punibili con l’ergastolo di presentare istanza di rito abbreviato (e di beneficiare quindi dello sconto di pena previsto dalla legge Carotti in caso di condanna: trent’anni di reclusione anziché l’ergastolo) anche oltre i consueti termini previsti dal codice di procedura penale, purché però il processo fosse *ancora pendente nei gradi di merito*. Un condannato in via definitiva all’ergastolo, il cui processo era ormai pendente in Cassazione al momento dell’entrata in vigore del decreto legge in questione, e che non aveva pertanto potuto essere ammesso al rito abbreviato e al relativo sconto di pena, propone *oggi* istanza di rideterminazione della pena al giudice dell’esecuzione, assumendo che – alla luce della sentenza *Scoppola c. Italia* della Corte europea – egli avrebbe avuto diritto all’applicazione della *lex mitior* rappresentata, appunto, dalla legge Carotti. Il giudice dell’esecuzione, rilevato che l’applicazione della pena di trent’anni di reclusione prevista dalla legge Carotti era stata preclusa al ricorrente proprio dal decreto legge n. 82/2000, ne denuncia allora l’illegittimità costituzionale *ex artt. 3 e 117 co. 1 Cost.* (quest’ultimo in riferimento agli artt. 6 e 7 CEDU, così come interpretati nella sentenza *Scoppola* dalla Corte EDU).

Anche in questo caso, l’intento del rimettente era dunque quello di eliminare *l’ostacolo normativo* che aveva impedito al *giudice della cognizione*, e che impediva ora a lui in quanto *giudice dell’esecuzione* di applicare la riduzione di pena prevista dalla legge Carotti, in quanto *lex mitior* sopravvenuta.

Al di là del merito della questione, sul quale non è possibile in questa sede soffermarsi, il punto ai nostri fini interessante è che – in questo caso – la Corte costituzionale conclude in modo *tranchant* sulla *inammissibilità* – qualificandola addirittura come “manifesta” – della questione *per difetto di rilevanza*, dal momento che il giudice *a quo*, in quanto giudice dell’esecuzione, non sarebbe in alcun modo chiamato a *dare applicazione* alla norma impugnata, già applicata una volta per tutte dal giudice della cognizione. “Il Tribunale rimettente” – spiega la Corte – “non ha alcun titolo per procedere alla ipotizzata sostituzione della pena dell’ergastolo con isolamento diurno con la pena detentiva temporanea, né, tanto meno, per porre in discussione, in sede di incidente di esecuzione, la legittimità costituzionale di una norma che, quale quella sottoposta a scrutinio, attiene al processo di cognizione e, più specificamente, al giudizio di cassazione”; “la questione sollevata sarebbe stata, in effetti, rilevante esclusivamente nell’ambito del predetto giudizio (quello appunto di cassazione)”, nel quale però l’imputato non aveva eccepito alcunché.

¹² Su cui [F. VIGANÒ, Prosegue la ‘saga Scoppola’: una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2013.

La contraddizione con quanto appena statuito dalla Corte nella quasi coeva sentenza n. 210/2013 qui in commento, ci pare, non potrebbe essere più evidente: *esattamente lo stesso argomento* avrebbe potuto condurre alla conclusione dell'irrelevanza della questione sollevata a proposito dell'art. 7 del d.l. 341/2000, che era stato parimenti applicato dal giudice della cognizione nel momento in cui aveva inflitto la pena dell'ergastolo, anziché quella della reclusione fino a trent'anni stabilita dalla legge Carotti.

In realtà, tra le righe della sentenza n. 210/2010, così come tra quelle dell'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite della Cassazione, sembra trasparire l'idea (rimasta estranea invece all'orizzonte nel quale si muove l'ordinanza n. 235/2013) che la sentenza della Corte europea *Scoppola c. Italia* rappresenti un *novum sopravvenuto al giudicato*, che costringe la giurisdizione italiana – in forza degli obblighi internazionalmente assunti dall'Italia, e in particolare dell'art. 46 CEDU nella sua lettura estesa di cui si è detto poc'anzi – a *rimettere in discussione* le operazioni di interpretazione e applicazione delle norme compiute dal giudice di cognizione e cristallizzatesi nella sentenza passata in giudicato, nella misura in cui proprio da tali operazioni sia scaturita la violazione riscontrata a Strasburgo. *L'errata applicazione di tali norme* da parte del giudice della cognizione, normalmente non più rimediabile una volta intervenuto il giudicato – che copre con il proprio velo tombale, come da sempre si insegna, il “dedotto” e il “deducibile” –, *deve potersi invece ancora riparare* nell'eccezionale ipotesi in cui l'errore dipenda dalla violazione di norme della Convenzione europea, accertata e dichiarata da una sentenza della Corte EDU *successiva* al formarsi dal giudicato.

E competente a riparare questo errore – ecco l'altro passaggio enunciato, ma non compiutamente motivato dalla sentenza n. 210/2013 – può essere *anche il giudice dell'esecuzione* (oltre a quello della revisione, nei casi cui si riferiva la sentenza n. 113/2011), allorché – in particolare – l'adeguamento all'obbligo di conformarsi alla sentenza della Corte EDU comporti soltanto la necessità di una rideterminazione della pena.

Dopo tutto, il giudice dell'esecuzione è quello istituzionalmente competente a verificare la *perdurante sussistenza delle condizioni che giustificano l'esecuzione della pena*, la quale in tanto si legittima in quanto – si perdoni il bisticcio – sia stata inflitta sulla base di una legge essa stessa *costituzionalmente legittima*, anche con riferimento al canone della conformità della legislazione agli obblighi sovranazionali di cui all'art. 117 co. 1 Cost. Laddove invece la legge che costituisce, per così dire, la base giuridica della sentenza di condanna e, assieme, della *privazione di libertà* sulla quale oggi il giudice dell'esecuzione è chiamato a decidere, si riveli *ex post* incompatibile con la Convenzione, e pertanto *illegittima ex art. 117 co. 1 Cost.*, il giudice dell'esecuzione dovrà necessariamente avere il potere di investire la Corte costituzionale per sollecitare l'eliminazione della norma illegittima, quale indispensabile condizione perché egli sia in grado di far cessare una *detenzione ormai anch'essa illegittima*, ovvero di *riconducere a una dimensione legittima la concreta applicazione della pena* nei confronti del condannato.

Nulla di radicalmente nuovo, del resto: si tratta in fondo della stessa operazione che il giudice dell'esecuzione è *ex lege* (in forza dell'art. 673 c.p.p.) chiamato a compiere

allorché la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, sulla cui base l'imputato è stato condannato *e sconta attualmente la propria pena*. L'ordinamento attribuisce, in questo caso, proprio al giudice dell'esecuzione il compito di revocare la sentenza, e dunque di *far cessare l'esecuzione di una privazione di libertà* che l'ordinamento riconosce essere a questo punto *illegittima*, essendo venuta meno la 'base giuridica' che ne aveva fornito sino a quel momento la giustificazione.

Una logica, questa, che la recente giurisprudenza di legittimità ha peraltro esteso ben *oltre* i confini segnati dalla lettera dell'art. 673 c.p.p., riconoscendo il potere del giudice dell'esecuzione di far cessare l'esecuzione della pena nei confronti di condannati sulla base di una legge penale *già applicata dal giudice della cognizione*, ma dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione europea *da una sentenza della Corte di giustizia sopravvenuta al giudicato*; nonché quello di *ridurre l'entità della pena* – riconducendola così a una dimensione *legittima* – in seguito a una *sentenza della Corte costituzionale, pure sopravvenuta al giudicato*, la quale abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma che stabiliva una circostanza aggravante, anch'essa *già applicata dal giudice della cognizione*.

Sulla base di questi precedenti, non stupisce dunque che Cassazione e Corte costituzionale abbiano potuto all'unisono concludere che anche le *violazioni della Convenzione europea* compiute dal giudice della cognizione, rivelatesi come tali soltanto in forza di una sentenza della Corte EDU *sopravvenuta al giudicato*, debbano poter essere rimosse dal giudice dell'esecuzione: il quale deve necessariamente avere – per essere in grado di conseguire tale obiettivo – il potere di verificare se, alla luce della pronuncia del giudice europeo, sussistano, o non sussistano più, le condizioni per la *perdurante applicazione delle norme*, già applicate dal giudice della cognizione, che giustificano oggi l'esecuzione della pena nei confronti del condannato.

Una tale *ratio* – così *narrowly tailored*, come direbbero i giudici americani, attorno alla necessità di conformarsi a una sentenza *sopravvenuta* della Corte EDU – sta non a caso alla base della dichiarazione di *inammissibilità* della questione proposta dalla Cassazione con riferimento all'art. 3 Cost., in relazione alla necessità di assicurare un uguale trattamento a Franco Scoppola e agli altri condannati che si trovavano in un'identica situazione. Il giudice dell'esecuzione non ha infatti il potere di rimettere in discussione la legittimità (costituzionale, 'eurounitaria' o convenzionale che sia) delle norme applicate dal giudice della cognizione, in assenza di un *fatto nuovo sopravvenuto al giudicato* – che come tale non aveva *potuto* essere apprezzato dal giudice i cognizione – che *abbia dichiarato* tale illegittimità (pretendendone, conseguentemente, la rimozione degli effetti): e cioè di una sentenza della stessa Corte costituzionale, della Corte di giustizia dell'Unione europea o – appunto – della Corte di Strasburgo¹³.

¹³ Soltanto quando il presente lavoro era in bozza, abbiamo avuto l'opportunità di leggere l'acuto lavoro di CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, Milano, 2013, 263 segg. Anche secondo l'A., il *clou* della sentenza n. 210/2013 sta nel giudizio di *ammissibilità* della questione – sotto il profilo della sua rilevanza – piuttosto che nel suo esito, a suo parere addirittura scontato (267). L'A.

5. Il merito della questione, tra parametro “internazionale” e parametri interni

Una volta superato il profilo più delicato dell'ammissibilità della questione, e sgomberato il campo dal parametro puramente interno rappresentato dall'art. 3 Cost., la strada per la Corte costituzionale era spianata: alla luce della pronuncia di Strasburgo, che aveva interpretato autoritativamente l'art. 7 CEDU ravvisando in tale norma un'implicita garanzia del principio di necessaria retroattività *in mitius* di qualsiasi norma più favorevole entrata in vigore tra la commissione del fatto e la sentenza definitiva di condanna, e che aveva qualificato come norma di carattere *penale sostanziale* tutte le norme succedutesi in quanto incidenti sulla natura e sulla misura della pena, non restava alla Corte costituzionale che prendere atto che l'art. 7 co. 1 d.l. 341/2000, nella misura in cui aveva avuto l'effetto di *impedire* l'applicazione della *lex intermedia mitior* e di imporre nei processi in corso l'applicazione della pena più grave dell'ergastolo, si poneva frontalmente in contrasto con l'art. 7 CEDU e, dunque, con gli obblighi internazionali gravanti sull'Italia, al cui rispetto il nostro ordinamento è vincolato in forza dell'art. 117 co. 1 Cost.

non condivide, peraltro, il presupposto dal quale tanto le Sezioni Unite quanto la Consulta hanno preso le mosse, e cioè che la questione relativa all'art 7 del D.L. 341/2000 sarebbe rilevante in quanto norma della cui persistente *applicazione* (come fondamento giustificativo della pena in corso di esecuzione) il giudice dell'esecuzione sarebbe chiamato a decidere. Secondo Caprioli, è invece «la stessa sentenza di condanna, divenuta irrevocabile, a farsi *norma del caso concreto* e a rendere doverosa l'attuazione del comando sanzionatorio penale» (271): questa sola norma (individuale e concreta) dovrebbe trovare dunque applicazione nell'incidente di esecuzione, non già la norma generale e astratta applicata dal giudice come premessa maggiore del sillogismo che lo ha condotto alla condanna.

L'A. ritiene, peraltro, che al giudice dell'esecuzione non possa essere negato, in linea generale, il potere di sollevare una questione di costituzionalità sulla norma incriminatrice già applicata in sede di cognizione, in forza – essenzialmente – di un argomento *a fortiori*: sarebbe, infatti, irragionevole un sistema che statuisce il dovere del giudice dell'esecuzione di revocare la sentenza di condanna, *ex artt. 673 c.p.p. e 30, comma 4, l. 87/1953*, allorché l'illegittimità della norma incriminatrice sia stata incidentalmente dichiarata dalla Corte nell'ambito di un *diverso* procedimento, vietandogli al contempo di sollevare egli stesso una tale questione. Egli ritiene, pertanto, possibile e doverosa una interpretazione quanto meno *estensiva* – o analogica? – del combinato disposto degli artt. 670, 673 c.p.p. e 30, comma 4, l. 87/1953, sì da conferire al giudice dell'esecuzione un simile potere (283 s.).

Con ciò Caprioli finisce, però, per attribuire al giudice dell'esecuzione poteri addirittura *più ampi* di quelli ora riconosciutigli dalla Corte costituzionale, che come si è visto ha avuto cura di dichiarare *inammissibile* la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il contrasto della norma impugnata con l'art. 3 Cost., sulla base dell'affermazione che al giudice dell'esecuzione è *normalmente* preclusa ogni valutazione sulla incostituzionalità delle norme già applicate in sede di cognizione, *salvo che* nell'ipotesi specifica in cui tale incostituzionalità – ai sensi del *solo* art. 117, comma 1, Cost. – divenga manifesta per effetto di una sentenza della Corte di Strasburgo *sopravvenuta* al giudicato (oltre che, aggiungiamo, nell'ipotesi di dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione che non incide sul precetto ma sulla specie e la misura della pena: ipotesi parimenti caratterizzata da un fatto *sopravvenuto* al giudicato, come tale rimasto estraneo all'orizzonte valutativo del giudice della cognizione).

A meno che, naturalmente, la soluzione imposta dall'art. 7 CEDU, così come interpretato da Strasburgo, non fosse ritenuta dalla Corte costituzionale essa stessa *contraria alla nostra Costituzione*, secondo la nota riserva contenuta nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007. Ma così certamente non è, come la Consulta si affretta a dimostrare: la soluzione cui è pervenuta la Corte europea risultando anzi "ineccepibile anche in base all'ordinamento interno".

Per cominciare, la giurisprudenza della Corte di cassazione aveva già riconosciuto, negli novanta, la natura *sostanziale*, anziché meramente processuale, delle norme in materia di rito abbreviato di cui all'art. 442 c.p.p., allorché aveva affermato l'*irretroattività* sui processi in corso, rispetto agli imputati che avessero già formulato richiesta di abbreviato, della sentenza n. 176/1991 con la quale la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità per eccesso di delega dello stesso art. 442 c.p.p., nella parte in cui consentiva per l'appunto l'accesso al rito abbreviato (e alla conseguente riduzione di pena) anche agli imputati di reati punibili con l'ergastolo.

D'altra parte, la norma di cui all'art. 7 d.l. 341/2000 ora impugnata – anch'essa di natura sostanziale in ragione della sua incidenza sul trattamento sanzionatorio – aveva *solo apparentemente* carattere di norma di *interpretazione autentica*, stante l'assenza di qualsiasi dubbio interpretativo, prima della sua entrata in vigore, sulla pacifica sostituibilità dell'ergastolo (con o senza isolamento diurno) con la pena di trent'anni di reclusione, in caso di condanna conseguente a giudizio abbreviato. La norma aveva, invece, l'evidente finalità di *modificare in senso peggiorativo la disciplina sanzionatoria, con effetto retroattivo* per gli imputati che avessero già presentato istanza di abbreviato, e che sotto il vigore della disciplina formalmente "interpretata" avrebbero avuto dovuto essere condannati alla pena di trent'anni di reclusione.

La logica conclusione di questo ragionamento è che un simile congegno normativo era a ben guardare contrario, prima ancora che alla Convenzione europea, all'art. 25 co. 2 Cost., e in particolare al principio di *irretroattività* della norma penale¹⁴.

¹⁴ A una conclusione a ben guardare non dissimile perviene C. PECORELLA, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell'affidamento?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 1430 ss., la quale da un lato pone in rilievo come la norma ora dichiarata incostituzionale fosse già stata ritenuta tale – evidentemente in base a parametri puramente interni – da autorevole dottrina al momento della sua emanazione, e dall'altro come la norma violasse a ben guardare non già il principio di retroattività *in mitius* della legge penale, bensì il generale divieto di retroattività *in malam partem* di una norma processuale il cui effetto sia quello di frustrare, irragionevolmente, «il legittimo affidamento dell'imputato sull'applicazione della legge più favorevole sulla cui base sono già stati compiuti atti giuridicamente rilevanti [come, nella specie, la richiesta di giudizio di abbreviato a fronte della prospettiva di un consistente sconto di pena], i cui effetti perdurino nel tempo o siano comunque destinati a prodursi in un momento successivo rispetto al compimento dell'atto; una rilevanza che, derivando dall'esigenza del rispetto delle regole del gioco da parte dello Stato, rende certe leggi processuali non suscettibili di modifiche *in malam partem* con effetto retroattivo, al pari di quanto dispone come regola generale l'art. 25, comma 2, Cost. per le leggi penali sostanziali» (1435) (corsivi aggiunti). Giustissimo: ma una tale censura non avrebbe potuto essere accolta oggi dalla Corte costituzionale nell'ambito di una questione sollevata dal giudice dell'esecuzione, stante quanto si osserverà immediatamente nel testo. Affinché una simile questione di legittimità costituzionale potesse sottrarsi alla scura dell'inammissibilità, la via dell'art. 117 co. 1 Cost. era, dunque, l'unica praticabile.

Ma la Corte non può, naturalmente, dirlo espressamente: non solo perché il giudice rimettente non aveva evocato questo diverso parametro; ma anche, e *more importantly*, perché una questione sollevata sotto tale profilo sarebbe stata giudicata *inammissibile* per le considerazioni poc'anzi svolte in punto rilevanza, non spettando al giudice dell'esecuzione alcun potere generale di verifica della legittimità costituzionale delle norme già applicate da giudice della cognizione, eccezion fatta per il caso in cui tale illegittimità si sia potuta apprezzare per la prima volta soltanto *dopo* il formarsi del giudicato, in particolare per effetto di una sentenza della Corte di Strasburgo.

Tout se tient, come si vede.

6. Una vicenda esemplare sotto il profilo delle relazioni tra corti.

Dopo avere ripercorso in tutti i suoi passaggi l'intera storia di Franco Scoppola e dei suoi fratelli¹⁵, che come si è detto ha trovato finalmente compimento, e prima di tornare a svolgere un'osservazione finale sul merito della sentenza della Corte costituzionale che ne costituisce lo snodo fondamentale, è utile ora allontanarsene un po'. Solo recuperando la necessaria distanza dai suoi complicati dettagli normativi, infatti, si possono apprezzare i tratti che la rendono una vicenda esemplare dal punto di vista del grande tema, che ormai da qualche anno è di grande di interesse e attualità anche per i pratici del diritto, dei raccordi tra le corti nella garanzia dei diritti fondamentali, e in particolare tra le (supreme) corti interne nei loro reciproci rapporti e tra queste ultime e la Corte di Strasburgo.

Ciò che salta immediatamente all'occhio è la perfetta *consonanza* – tanto sugli obiettivi quanto sui mezzi per conseguirli – tra la suprema magistratura penale e la Corte costituzionale nella difficile 'gestione' della pronuncia di condanna della Corte di Strasburgo.

Siamo di fronte, in altre parole, a un gioco di squadra efficacissimo nel quale, per rimediare alla situazione 'personale' del signor Scoppola, la Cassazione conta sulle sue proprie forze e decide il caso singolo sulla base della sentenza europea, segnando così il primo punto a favore dell'Italia dopo la sconfitta a Strasburgo; mentre per portare a casa il risultato completo – e finale – alza la palla alla Corte costituzionale, la quale è già a rete e non esita a schiacciare, dichiarando incostituzionale la legge interna. Con effetti generali, e dunque con piena soddisfazione di tutti, all'interno e all'esterno del nostro ordinamento.

Certo, la partita aveva visto qualche incertezza nelle fasi iniziali, perché come si è appena ricordato la prima sezione penale della Cassazione aveva almeno in una occasione deciso direttamente sulla base della sentenza europea anche il caso di un condannato che si trovava nella medesima situazione del signor Scoppola (ma non

¹⁵ Per questa suggestiva espressione si vedano ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, cit., e poi PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli. (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, Cedu e Costituzione)*, in *Rivista AIC*, 2013, 4.

aveva fatto ricorso a Strasburgo), e aveva quindi scelto di provare a giocare da sola la partita dell'ordinamento italiano senza passare la palla alla Corte costituzionale¹⁶. Ma le Sezioni Unite hanno alla fine preferito senza tentennamenti il gioco di squadra con il giudice delle leggi, riportando all'ordine il giocatore solitario.

Da questa complessa vicenda si ricava quindi l'ennesima riprova, se ancora ce ne fosse stato bisogno, del fatto che il tratto caratteristico del nostro attuale sistema incidentale di giustizia costituzionale è il clima di fraterna condivisione dei compiti e delle responsabilità nelle attività di controllo della legge e di attuazione dei diritti fondamentali tra la Corte costituzionale e l'autorità giudiziaria¹⁷.

Se i primi quaranta anni del giudizio incidentale italiano (1956-1996) possono essere paragonati a lunghe 'prove d'orchestra', nelle quali la Corte e i giudici hanno progressivamente accordato gli strumenti processuali di cui disponevano, riempiendo i vuoti delle norme positive, al giro di boa del nuovo millennio le regole giurisprudenziali di raccordo erano ormai tutte collaudate, e sperimentata era soprattutto la collaborazione tra i due soggetti, fondata sulla reciproca interdipendenza del loro lavoro e sulla condivisione dei loro obiettivi.

Nel momento in cui entra prepotentemente in gioco quella che è stata efficacemente definita la 'dimensione europea' della giustizia italiana¹⁸, dunque, lo speciale rapporto di fratellanza tra la Corte costituzionale e l'autorità giudiziaria è già ben consolidato. La nuova dimensione non fa altro che renderlo ancora più profondo, consentendo alla Corte costituzionale e alle supreme magistrature italiane, ordinaria e amministrative, di affacciarsi sulla scena del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea sempre insieme e concordi nella loro veste di giurisdizioni nazionali di più alto livello. *Come se*, in altre parole, l'ordinamento italiano, visto dall'esterno, fosse dotato di un unico grande potere giudiziario, al cui vertice si ponessero, insieme e a pari titolo, pur nella distinzione delle funzioni e dei poteri, la Corte costituzionale e tutte le supreme magistrature.

Vale ora la pena di esaminare più attentamente gli elementi su cui il supremo giudice penale e la Corte costituzionale dimostrano piena consonanza. Sono a nostro parere almeno tre.

a) Innanzitutto vi è concordia nel modo di intendere l'esecuzione delle decisioni del giudice europeo, perché entrambe le corti nazionali fanno propria una – non scontata, e anzi piuttosto innovativa¹⁹ – accezione *forte* dell'obbligo di conformarsi alle

¹⁶ Cass., sez. I, 10 gennaio 2012, n. 25227, cit.

¹⁷ LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 101 ss. e in particolare 132 ss.

¹⁸ LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011*, Roma, 26 gennaio 2012, all'indirizzo www.cortedicassazione.it

¹⁹ Per un quadro chiaro e aggiornato delle varieghe posizioni della dottrina in ordine all'interpretazione degli artt. 41 e 46 Cedu si rinvia al bel lavoro di VEZZANI, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che richiedono l'adozione di misure a portata generale*, in *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, a cura di Casseti, Napoli, 2012, 43 ss.

pronunce di condanna del nostro Paese pronunciate dalla Corte di Strasburgo, sia per quanto riguarda le misure individuali, sia per quanto riguarda le misure generali.

Sulle *misure individuali* nei confronti del signor Scoppola, in realtà, la stessa sentenza europea era chiarissima nell'imporre all'Italia, accanto al versamento di una somma pecuniaria per il danno morale e per le spese, la *restitutio in integrum* della situazione del ricorrente, e cioè la completa rimozione delle conseguenze derivanti nei suoi confronti dalla violazione dell'art. 7 CEDU, ai sensi degli artt. 41 e 46 della stessa CEDU, dichiarando all'unanimità che l'Italia era tenuta ad "assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente sia sostituita con una pena conforme ai principi enunciati nella presente sentenza". Di conseguenza, la prima sezione della Cassazione, adita dai difensori di Scoppola, provvede senza fiatare in tale senso, e la Corte costituzionale approva incondizionatamente il suo operato, operandone una sorta di 'convalida' successiva in diversi passaggi della sentenza in commento.

Ma è per quanto riguarda le *misure generali* conseguenti alla sentenza europea che la consonanza tra le Sezioni Unite e la Corte costituzionale ci appare straordinaria. Sotto questo aspetto, infatti, entrambe le nostre supreme corti fanno discendere dalla sentenza di Strasburgo quegli effetti dirompenti sull'ordinamento italiano che la stessa Corte europea si era consapevolmente astenuta dal richiedere, limitandosi, come si è detto, a prevedere le misure individuali a favore del signor Scoppola, ed evitando invece di utilizzare nel caso di specie lo strumento più incisivo della sentenza-pilota.

Al contrario, sia le Sezioni Unite che il giudice delle leggi ignorano il *self restraint* della Corte di Strasburgo, e interpretano la sentenza di Strasburgo *come se* effettivamente chiedesse all'Italia di sostituire la pena a tutti coloro che fossero stati condannati all'ergastolo sulla base medesimo quadro normativo nel quale si era consumata la vicenda di Scoppola. E' il "contenuto rilevante" della sentenza europea che lo impone, a nulla rilevando la mancanza della forma della sentenza-pilota, afferma espressamente la sentenza costituzionale in commento, aderendo completamente, anche in questo, al ragionamento delle Sezioni Unite.

b) In secondo luogo, tutte e due le nostre corti concordano sulla interpretazione della legge nazionale, nel senso che ritengono impossibile leggerla in modo compatibile con la sentenza europea. E questo accade – si badi bene – nonostante entrambe siano certamente consapevoli dell'esistenza di un vero e proprio dovere del giudice di interpretare la legge in modo conforme alla CEDU ogniqualvolta ciò sia tecnicamente possibile, e benché, come si è più sopra dimostrato, un'interpretazione conforme fosse in astratto praticabile, sia pure superando la volontà del legislatore storico.

Sul punto è utile notare che neppure la sentenza della prima sezione penale che aveva sostituito la pena a un condannato diverso dal signor Scoppola aveva percorso la strada dell'interpretazione adeguatrice, ma piuttosto aveva dichiarato di procedere alla "diretta applicazione nell'ordinamento nazionale della Convenzione europea, nella interpretazione della Corte europea"²⁰, e cioè aveva imboccato l'unica strada che la

²⁰ Sempre Cass., sez. I, 10 gennaio 2012, n. 25227, cit.

Corte costituzionale aveva più volte detto e ripetuto essere in linea di principio vietata al giudice comune, e che in seguito le stesse Sezioni Unite, e poi di nuovo la Corte costituzionale nella sentenza in commento, respingeranno con durezza.

Si conferma così quanto si era già rilevato in altra sede²¹, e cioè che quando l'autorità giudiziaria procede all'interpretazione conforme al diritto CEDU (e a quello dell'Unione europea) lo fa sempre con molta prudenza, mentre è soltanto l'interpretazione conforme a Costituzione quella che i giudici praticano con pochi scrupoli formali, pervenendo in molti casi a soluzioni interpretative talmente 'tirate' o fantasiose da essere assimilabili, nella sostanza, a una correzione/manipolazione del testo della legge.

Con riguardo in particolare alle norme della CEDU una simile prudenza si spiega soprattutto per due motivi. Il primo è che i giudici, piuttosto che azzardare un'interpretazione della legge conforme alla CEDU di cui non sono perfettamente convinti, oppure piuttosto di dare ingresso a un diritto convenzionale il cui contenuto presenta da qualche margine di incertezza o oscurità, preferiscono affidare ogni loro dubbio alla Corte costituzionale, che è ad oggi l'unico loro interlocutore in materia di diritti fondamentali in ambiti estranei al diritto UE²², e che comunque è tuttora il loro interlocutore privilegiato anche in tali ambiti²³. Tuttavia, sia pure in casi più rari, i giudici decidono di non praticare simili interpretazioni adeguatrici anche per un secondo e completamente opposto motivo, e cioè perché, per raggiungere il medesimo risultato applicativo che avrebbero potuto ottenere con una interpretazione conforme 'ardita', preferiscono far cadere il velo della finzione e dichiarare apertamente di volere applicare la CEDU *al posto* della legge interna. E questo si verifica naturalmente sia se il giudice non ha ben chiara la teoria, perché non conosce le chiare indicazioni offerte dalla Corte costituzionale, dalle sentenze gemelle in poi, circa il sindacato accentrato di convenzionalità; sia se, pur conoscendole, non le condivide, e in particolare se ritiene che sia possibile e opportuno introdurre nel nostro ordinamento un sindacato diffuso di convenzionalità. Ma alla disapplicazione della legge pare che oggi abbiano definitivamente rinunciato tutte le supreme giurisdizioni, ordinaria e amministrative, adeguandosi alla richiesta della Corte costituzionale di evitare il sindacato diffuso di convenzionalità²⁴.

c) In terzo luogo, le Sezioni Unite e la Corte costituzionale, dopo avere convenuto sull'impossibilità di procedere all'interpretazione della legge italiana in

²¹ Sia consentito il rinvio a LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, a cura di Cappuccio – Lamarque, Napoli, 2013, 277 ss.

²² Fino all'entrata in vigore del Protocollo 16 alla Cedu, che prevede la possibilità che i giudici superiori nazionali individuati dai rispetti Stati contraenti siano abilitati a sollevare un questione interpretativa alla Corte di Strasburgo.

²³ LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., 135 ss.

²⁴ CARLOTTO, *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, cit., in particolare 125..

senso conforme alla CEDU, si trovano perfettamente concordi anche sul percorso – o meglio, come vedremo tra un attimo, sui *due percorsi paralleli* – da seguire nel caso di dichiarato fallimento del doveroso tentativo di interpretazione adeguatrice a una sentenza della Corte di Strasburgo del tipo della Scoppola: una sentenza, cioè, che condanna il nostro paese per una violazione della CEDU di tipo strutturale, discendente in particolare dal chiaro dettato di una legge nazionale vigente.

Il *doppio binario* a cui soggiace una sentenza di Strasburgo di questo tipo, praticato dalla Cassazione e successivamente ‘convalidato’ senza alcuna esitazione dalla Corte costituzionale, è presto descritto.

Per il ricorrente vittorioso a Strasburgo che per qualche ‘strano’ motivo abbia ancora un giudice nazionale a cui rivolgersi – cosa che non dovrebbe accadere spesso, dato che il ricorso a Strasburgo presuppone l’esaurimento delle vie giurisdizionali interne – la Cassazione penale e la Corte costituzionale concordano sul fatto che il giudice italiano debba a ogni costo dare esecuzione direttamente alla sentenza europea, in ossequio appunto agli artt. 41 e 46 CEDU. Dove *a ogni costo* vuole dire, naturalmente, *a costo di disapplicare la legge italiana* il cui tenore testuale si oppone all’attuazione del diritto convenzionale del ricorrente vittorioso a Strasburgo.

Qui, come si è visto, il signor Scoppola aveva non una, ma ben due vie giurisdizionali interne da tentare per ottenere l’esecuzione della sentenza di Strasburgo, e cioè il giudice dell’esecuzione penale oppure il ricorso straordinario *ex art. 625-bis c.p.p.* Questa seconda è poi stata la via effettivamente percorsa²⁵, con sostanziale disapplicazione di quella medesima legge che poi sarà dichiarata incostituzionale dalla sentenza in commento a seguito della successiva ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite.

Per tutti gli altri soggetti che soggiacciono alla stessa legge italiana che regolava la condizione del ricorrente vittorioso a Strasburgo, invece, la Cassazione penale e la Corte costituzionale convergono, come si è detto, verso l’opposta conclusione, secondo la quale, in mancanza del dovuto intervento del legislatore che ristabilisca la legalità convenzionale in ossequio alla pronuncia della corte europea, resta sempre assolutamente vietato al giudice comune di disapplicare la legge per fare posto, in ognuno dei casi singoli, alla sentenza di Strasburgo. Le nostre due corti ripetono con forza e all’unisono che in tali casi la via obbligata è il sindacato accentrato della Corte costituzionale, con la conseguenza che il giudice comune deve sollevare la questione di costituzionalità della legge in relazione all’art. 117, c. 1, Cost. – detta anche da alcuni ‘questione di convenzionalità’ –, mentre al giudice costituzionale spetta di dichiararla incostituzionale per violazione del parametro interposto costituito dalla sentenza di Strasburgo. Cosa che è esattamente avvenuta nella nostra vicenda.

²⁵ Cass., sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, Scoppola, cit. *supra* alla nota 1. All’indomani della pronuncia della Cassazione non furono poche le critiche all’eccessiva disinvoltura con cui la Cassazione aveva dato esecuzione al giudicato europeo nei confronti del ricorrente vittorioso a Strasburgo (si veda sul punto RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano, 2012, 187-190), anche se nessuno, salvo errore, ha assimilato l’operazione compiuta dal supremo giudice penale a una sostanziale disapplicazione della legge nel caso singolo (lettura che invece qui nel testo si propone).

Come valutare questo *doppio regime giurisdizionale* al quale sembrano soggette le sentenze di condanna della Corte di Strasburgo nel nostro ordinamento?

Innanzitutto si deve dire che siamo di fronte a una vera novità. Il descritto doppio binario, infatti, rappresenta uno slittamento rispetto al modello delle sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007, dove l'accentramento delle questioni di convenzionalità presso la Corte costituzionale non sembrava passibile di alcuna, neppure limitatissima, eccezione. Oggi, invece, *l'eccezione* inequivocabilmente c'è: la disapplicazione della legge non solo sembra ammessa, ma addirittura imposta al giudice comune che sia chiamato a eseguire una misura individuale dettata da una sentenza di condanna di Strasburgo. Mentre il modello delle sentenze gemelle resta valido in tutti gli altri casi.

Tra l'altro, anche la giurisprudenza di merito, sia pure con mille incertezze, sembra avviata nella medesima direzione. Ricordiamo cosa è successo a seguito della sentenza della Corte di Strasburgo sul caso *Costa e Pavan*, relativo alla possibilità – vietata dalla legge italiana – per una coppia di portatori sani di una malattia genetica, ma non infertili, di accedere alla procreazione medicalmente assistita previo esame clinico e diagnostico degli embrioni²⁶. In quel caso nessun giudice ha per ora sollevato questione di legittimità della legge sulla procreazione medicalmente assistita per violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., assumendo la sentenza europea come parametro interposto, nella parte in cui non ammette al trattamento le coppie non infertili, che invece secondo la sentenza europea dovrebbero potervi accedere. Abbiamo tuttavia la sentenza del Tribunale di Roma che disapplica quella stessa legge in favore proprio della coppia che era stata ricorrente vittoriosa a Strasburgo, ammettendola così al trattamento medico nonostante che la legge italiana tuttora lo vieti²⁷.

²⁶ Corte eur. dir. uomo, sent. 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 54270/10, trad. it. in http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?previousPage=mg_16_1&contentId=SDU768178

²⁷ Trib. Roma, sez. I civ., sent. 23 settembre 2013, *Costa e Pavan c. ASL Roma A e Centro Tutela della Donna e del Bambino S. Anna* (giud. Donatella Galterio), in http://www.giurcost.org/casi_scelti/TribunaleRoma23092013.pdf, su cui RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della Cedu e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in www.diritticomparati.it, 8 ottobre 2013 e poi ancora ID., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 4-5. La sentenza richiama, ci pare non a sproposito, Cass., sez. III civ., sent. 30 settembre 2011, n. 19985. Anche Ruggeri ravvisa, nel ragionamento della sentenza del Tribunale di Roma, l'applicazione alle sentenze della Corte di Strasburgo di un criticabile "doppio regime", ma lo scopo della sua critica è opposto a quello qui perseguito, perché egli sostiene che mai, in nessun caso, il giudice comune, posto di fronte a una sentenza di Strasburgo di condanna dell'Italia per un problema strutturale discendente dalla legge, come quella relativa al caso *Costa Pavan*, debba adire la Corte costituzionale.

Nella giurisprudenza comune, tuttavia, la confusione regna ancora sovrana. Nella vicenda Godelli, ad esempio, relativa al diritto di una persona che non era stata riconosciuta alla nascita di conoscere l'identità della madre genetica, un giudice di merito, adito dalla stessa signora Godelli, già ricorrente vittoriosa a Strasburgo, non si è sentito in grado di prendere né l'una né l'altra strada: e quindi, non volendo né disapplicare la legge italiana né sollevare la relativa questione davanti alla Corte costituzionale, ha deciso pilatescamente – ed erroneamente – di sospendere in modo del tutto irrituale il suo procedimento, nell'attesa che la questione di legittimità costituzionale avente la sentenza europea Godelli come

C'è allora da chiedersi perché la Corte costituzionale non sollevi alcuna obiezione, nella sentenza qui in commento, contro un tale doppio binario nell'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle pronunce di condanna della Corte europea (disapplicazione della norma ad opera del giudice ordinario nello stesso caso di specie deciso a Strasburgo; vaglio accentrato di costituzionalità della norma con riferimento agli *altri* casi), quando essa stessa aveva molto combattuto per rivendicare il proprio ruolo di unico controllore della conformità della normativa nazionale alla Convenzione europea. Dopo tutto, la Corte costituzionale ben avrebbe potuto, in questa occasione, censurare la prima sezione della Cassazione per avere dato diretta esecuzione alla sentenza di Strasburgo nel caso Scoppola, senza passare per la previa dichiarazione di incostituzionalità della legge: ma non l'ha fatto, limitandosi ad approvare la decisione delle Sezioni Unite di sollevare la questione di costituzionalità in riferimento ad *altri* condannati, diversi da Scoppola.

Per tentare di dare una risposta a questo quesito, occorre forse fare un passo indietro, e riflettere sullo *strumento* di cui la Corte costituzionale si è voluta dotare proprio allo scopo di evitare, se e quando vuole, di dichiarare incostituzionali leggi italiane già inequivocabilmente 'condannate' dalla Corte di Strasburgo.

Ricordiamo quali sono la genesi e il modo di operare di un simile strumento. Qualche anno fa la Corte italiana ha voluto elaborare un criterio per ammettere o meno nel nostro ordinamento un diritto umano proveniente dall'esterno, e in particolare enunciato dalla Corte di Strasburgo, perché evidentemente si era accorta che quando un diritto esterno entra nel nostro ordinamento porta con sé non solo benefici ma sempre anche costi, che devono essere attentamente valutati. Se pure non arriva a creare doveri a carico di altri soggetti, infatti, un nuovo diritto può comprimere o trasformare la consistenza di altri diritti o interessi costituzionalmente rilevanti in un modo e in una misura non individuabili *a priori* e in astratto, ma solo dopo che gli effetti si sono prodotti. Ed è proprio per evitare l'ingresso di diritti che portino con sé costi eccessivi che la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni è giunta ad applicare alla Cedu controlli alle frontiere diversi – e *più severi* – di quelli teoricamente enunciati in relazione a qualsiasi altro trattato internazionale.

Il criterio enucleato a tale scopo dalla giurisprudenza costituzionale fa la sua prima apparizione in un'importante sentenza del 2009, nella quale si afferma che, “con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di

parametro interposto, già sollevata da altro giudice, fosse decisa dalla Corte costituzionale (Trib. min. Trieste, decr. 9 ottobre 2013). E ora la Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione sollevata dall'altro giudice, il Tribunale di Catanzaro, con la sentenza C. cost., n. 278/2013, su cui si tornerà in chiusura del presente commento.

Le due pronunce dei giudici di merito Costa e Pavan e Godelli sono commentate congiuntamente da CONTI, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle corti europee*, Roma, 2013, parte III, cap. I, par. 5.

ampliamento della tutela stessa”²⁸. La stessa Corte costituzionale, già in quella prima occasione, lo battezza con il nome di principio della “massima espansione delle garanzie”.

Bisognerà poi aspettare il 2012, tuttavia, perché la minaccia di non ammettere nell’ordinamento italiano un diritto di origine esterna sia messa in atto. Ciò avviene nel noto caso delle ‘pensioni svizzere’, in cui la Corte costituzionale si richiama proprio al principio della massima espansione delle garanzie per *non dare seguito* alla decisione della Corte di Strasburgo che aveva condannato l’Italia in relazione a una legge di interpretazione autentica in materia di calcolo delle pensioni dei cittadini italiani che avevano lavorato in Svizzera, meno favorevole nei loro confronti della legge precedente²⁹. Secondo la Corte costituzionale la giurisprudenza di Strasburgo avrebbe tutelato “in modo parcellizzato” i “singoli diritti” dei ricorrenti e non avrebbe tenuto conto del fatto che gli effetti della legge italiana di interpretazione autentica, benché sfavorevoli a quei pensionati, “ricadono nell’ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall’articolo 81, quarto comma, della Costituzione, ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso, impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali”.

Successivamente, in due sentenze del 2013, il giudice costituzionale arriva a dire e a ripetere che il suo ruolo nelle operazioni di bilanciamento ed integrazione tra diritti interni ed esterni allo scopo di assicurare sempre la massima espansione delle garanzie è “infungibile”³⁰, e cioè necessario e non sostituibile dall’intervento di qualsiasi altro giudice.

E’ chiaro ormai, allora, che la Corte costituzionale si è assunta l’incarico di vigilare affinché l’ingresso delle norme della Cedu provochi un effettivo innalzamento, anziché un arretramento, del livello di tutela dei diritti già garantito nell’ordinamento costituzionale italiano. Succederà quindi altre volte quello che è successo nel caso delle ‘pensioni svizzere’: a fronte di una condanna dell’Italia per una violazione strutturale della Cedu, causata da una legge italiana, la Corte costituzionale non procederà automaticamente a dichiarare incostituzionale quella legge, ma lo farà solo e soltanto dopo avere applicato con esito positivo al diritto convenzionale enunciato dalla Corte di Strasburgo il *test* della massima espansione delle garanzie. Altrimenti farà restare in vigore la legge italiana, ritenendo che da essa derivi una tutela complessivamente più alta dei diritti dei nostri consociati.

²⁸ C. cost. n. 317/2009. La frase è ripresa testualmente dalla successiva C. cost. n. 264/2012, su cui ci si sofferma più avanti nel testo. Su questo criterio introdotto dalla giurisprudenza costituzionale si vedano le fondamentali riflessioni di RUGGERI, “*Dialogo*” tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in www.federalismi.it, 4 dicembre 2013, 16 ss.

²⁹ C. cost. n. 264/2012.

³⁰ C. cost. n. 170/2013 e C. cost. n. 202/2013.

Se così è, la nostra domanda – perché un doppio binario? – ha forse trovato una risposta. Perché solo il doppio binario, consentendo che nei confronti del ricorrente già vittorioso a Strasburgo la legge sia disapplicata per fare largo al diritto convenzionale, rende *certa* l'applicazione delle misure individuali discendenti da una sentenza di condanna del nostro paese da parte della Corte di Strasburgo.

Se invece anche il giudice adito dal ricorrente già vittorioso a Strasburgo, come tutti gli altri giudici, fosse tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., le stesse conseguenze positive discendenti dalla sentenza di Strasburgo nei confronti del suo ricorrente, alla pari di quelle nei confronti di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, resterebbero *incerte*, perché solo *eventuali*.

Quando l'esecuzione della sentenza di condanna dell'Italia pronunciata dalla Corte di Strasburgo si trova a dipendere dalla rimozione della legge con effetti generali in sede di giudizio di costituzionalità, infatti, le misure generali imposte da quella sentenza non sono assicurate sempre e comunque, ma sono realizzate *solo a condizione che* il diritto enunciato dalla sentenza di Strasburgo superi positivamente il *test* della massima espansione delle garanzie che la Corte costituzionale si dichiara sempre tenuta a effettuare.

7. Conclusioni. Ancora sull'equivalenza – suggerita dalla sentenza in commento – tra tutela internazionale e tutela costituzionale interna dei diritti fondamentali.

Come si è ricordato più sopra (al par. 5), nella sentenza in commento la Corte costituzionale suggerisce tra le righe, ma in modo inequivocabile, che la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge pronunciata per il contrasto con la pronuncia Scoppola della Corte europea soddisfa *anche* un principio costituzionale non invocato né invocabile all'interno del giudizio da cui era sorta la questione, e cioè il principio di irretroattività della norma penale.

La sottolineatura della sostanziale equivalenza della tutela accordata ai diritti fondamentali dalla Cedu per bocca della Corte di Strasburgo, da una parte, e delle garanzie costituzionali dei diritti della persona, dall'altra parte, è ormai da qualche tempo un motivo ricorrente, in varie forme, nelle motivazioni delle pronunce del nostro giudice costituzionale, e va anch'essa letta, a parere di chi scrive, nel quadro delle relazioni tra corti.

Non è difficile comprendere le ragioni di questa sottolineatura se si tiene a mente che, come si è appena detto, la Corte costituzionale si riserva sempre di 'difendere' l'ordinamento italiano da eccessive ingerenze della Corte europea, respingendo alle frontiere diritti enunciati a Strasburgo che non solo non trovano equivalenti nella nostra Costituzione, ma che addirittura fanno regredire il livello complessivo già raggiunto dalla nostre garanzie costituzionali. E' dunque per *compensare* un simile atteggiamento difensivo nei confronti della Corte europea, che molto opportunamente il nostro giudice costituzionale non perde occasione per *valorizzare* quando c'è – e nella stragrande maggioranza dei casi c'è – il suo *contributo positivo* allo sviluppo del nostro ordinamento, cercando di dimostrare che la

giurisprudenza di Strasburgo, quando non aumenta le garanzie individuali già previste dalla Costituzione italiana, come minimo vale a confermarle e renderle più salde.

Gli esempi di questo atteggiamento sono numerosi e, si noti, riguardano le più importanti questioni in tema di diritti fondamentali di cui si è recentemente occupato il nostro giudice costituzionale, la cui attività è per il resto oggi quasi monopolizzata dal contenzioso tra lo Stato e le Regioni. Qui si possono richiamare solo alcuni degli esempi più significativi.

Va detto innanzitutto che la possibilità di pronunciarsi sulla corrispondenza o meno della legge a entrambi i parametri, interno ed esterno, è offerta alla Corte costituzionale dall'impostazione delle questioni di costituzionalità sollevate dai giudici. E' quindi a loro che si deve il merito di tenere viva l'attenzione del giudice delle leggi sulle carte internazionali e sovranazionali dei diritti e sulle giurisprudenze delle due corti europee, senza dimenticare la ricchezza della tutela offerta dalle norme costituzionali.

Una volta sollevata la questione di costituzionalità della legge contemporaneamente in relazione al parametro interno e al parametro esterno si danno due casi.

Quando la Corte costituzionale non ravvisa il contrasto della legge con la Costituzione, non può fare altro che prendere posizione anche sulla questione relativa al parametro esterno. E' quanto è avvenuto, ad esempio, nella notissima sentenza sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, non previsto dal codice civile italiano. La sentenza costituzionale di inammissibilità della questione per la sussistenza di un'ampia discrezionalità del legislatore in ordine alla predisposizione delle forme di tutela delle unioni omosessuali è motivata sia sulla base della non contrarietà ai parametri costituzionali invocati, sia sulla base della non contrarietà alle norme della Carta dei diritti dell'Unione europea e della Cedu indicate dal giudice remittente, dalle quali esplicitamente la Corte costituzionale afferma di trarre una "*conferma* che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento"³¹ (corsivo nostro).

Quando invece il contrasto con la Costituzione c'è, la Corte costituzionale certamente potrebbe, se volesse, dichiarare assorbito il motivo relativo alla violazione della norma esterna. Tuttavia, in alcune recenti e importanti occasioni la Corte costituzionale ha scelto di pronunciarsi *anche* sulla seconda questione e ha di conseguenza dichiarato incostituzionale la legge *anche* per il contrasto con la norma esterna.

Siamo dunque di fronte a una precisa volontà della Corte costituzionale di chiarire che la tutela interna e la tutela esterna del diritto coincidono e concorrono parimenti a eliminare la legge impugnata.

Un primo esempio di un simile atteggiamento è la sentenza con la quale la Corte costituzionale dichiara incostituzionale la legge che impedisce allo straniero irregolarmente soggiornante in Italia di procedere alle pubblicazioni matrimoniali.

³¹ C. cost. n. 138/2010.

Essa perviene a questo risultato proprio sulla base di un duplice motivo: *sia* perché ravvisa l'esistenza di un diritto costituzionale inviolabile di sposarsi; *sia* perché l'art. 12 Cedu, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, che era stato invocato come parametro interposto, dà luogo come tale a un autonomo motivo di illegittimità costituzionale della stessa legge³².

Nella giurisprudenza costituzionale dell'ultimo anno si ritrovano altri esempi interessanti di questo modo di ragionare. Abbiamo la pronuncia nella quale per la prima volta la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge italiana di interpretazione autentica per avere violato il parametro interposto costituito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo severamente contraria alle leggi in materia civile che si ingeriscono nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia³³. Si tratta di una pronuncia molto importante perché proprio sulla conformità a Convenzione europea delle leggi italiane di interpretazione autentica si erano consumati negli ultimi due anni i più gravi scontri frontali tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di Strasburgo, e quindi l'allineamento alla giurisprudenza della Corte europea su quest'ultima questione segna certamente una tregua nel conflitto. Anche in questa pronuncia, tuttavia, la Corte costituzionale si premura di precisare che la legge è dichiarata incostituzionale per il contrasto con entrambi i parametri – quello interno e quello esterno – invocati dal giudice che aveva sollevato la questione, e cioè “*sia* per violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., *sia* per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della Cedu, in considerazione del pregiudizio che [la legge impugnata] arreca alla tutela dell'affidamento legittimo e della certezza delle situazioni giuridiche, in assenza di motivi imperativi di interesse generale costituzionalmente rilevanti” (corsivi nostri).

In modo analogo ragiona la sentenza che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che, in sede di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero condannato per alcuni tipi di reato, non prevedeva la possibilità di valutare discrezionalmente la pericolosità attuale della persona, ma ne imponeva automaticamente l'allontanamento pur in presenza di suoi legami familiari nel territorio dello Stato³⁴. Anche qui la Corte costituzionale, dopo avere verificato la sussistenza di un irragionevole pregiudizio ai diritti fondamentali della persona garantiti dalle norme costituzionali che forniscono “una protezione privilegiata” ai rapporti familiari, non rinuncia a pronunciarsi sull'ulteriore questione, sollevata dall'ordinanza di rimessione, che vedeva come norma interposta l'art. 8 della Convenzione europea, così come applicato dalla Corte di Strasburgo. Dichiara di conseguenza l'illegittimità costituzionale della legge italiana anche sotto questo secondo profilo, rilevando – ed è ciò che qui interessa – che quella norma sovranazionale “esprime un livello di tutela dei rapporti familiari *equivalente*, per

³² C. cost. n. 245/2011.

³³ C. cost. n. 170/2013.

³⁴ C. cost. n. 202/2013.

quanto rileva nel caso in esame, alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale” (corsivo nostro).

Accanto a questi esempi, si possono richiamare le catene di decisioni su questioni analoghe nelle quali la Corte costituzionale mostra di considerare completamente intercambiabili, ai fini del giudizio sulla costituzionalità di una legge, i parametri costituzionali interni e i corrispondenti parametri esterni. Si pensi soprattutto all’importantissima sequenza di decisioni costituzionali sui diritti a prestazioni sociali (pensione di inabilità; indennità di accompagnamento; assegno mensile di invalidità; indennità di frequenza) in favore degli stranieri regolarmente presenti nel territorio italiano ma non dotati del permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo³⁵. Questi soggetti hanno visto via via riconosciute le prestazioni sociali prima negate dalla legge, grazie a sentenze di illegittimità costituzionale fondate ora sull’art. 3 Cost. (principio di eguaglianza), ora sull’art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (divieto di discriminazione) attraverso l’art. 117, c. 1, Cost., a seconda della prospettazione della questione di volta in volta scelta dai giudici remittenti, *ma* senza che la diversità formale del parametro compromettesse la coerenza delle argomentazioni addotte dalla Corte costituzionale a sostegno della incostituzionalità delle discriminazioni in tutte le sentenze della serie.

La nostra Corte costituzionale, in definitiva, tratta i diritti enunciati a Strasburgo non come straordinarie novità, ma al contrario come semplici *conferme* di quanto si trovava già scritto nella Costituzione italiana.

C’è poi anche una seconda spiegazione di questo atteggiamento della Corte costituzionale, che risiede a nostro parere nella assoluta necessità di *non perdere terreno* nei confronti delle altre corti, interne ed esterne.

E’ infatti solo valorizzando il parametro costituzionale agli occhi dei giudici comuni che la Corte costituzionale può sperare di restare il loro primo interlocutore in materia di diritti fondamentali. Ed è solo dimostrando che la Costituzione italiana ha ancora qualcosa da dire sulle questioni nuove e controverse che si affacciano nelle società pluraliste europee che la Corte costituzionale italiana può provare a essere, o diventare, una voce autorevole, capace di contribuire alla costruzione di quello *ius commune* europeo dei diritti fondamentali di cui discorreva qualche anno fa l’attuale presidente del collegio costituzionale³⁶.

L’obiettivo strategico del nostro giudice costituzionale di conservazione e valorizzazione del proprio ruolo appare già perseguito sia dalla sentenza in commento

³⁵ C. cost. n. 187/2010; C. cost. n. 329/2011; C. cost. n. 40/2013.

³⁶ SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 7 ss. E’ importante notare che Silvestri anche recentemente (ID., *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali*, in *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, a cura di Salvi, Torino, 2012, 65-66) ha voluto richiamare la medesima idea, confermando così che l’intento della Corte costituzionale è proprio quello che si propone in questo commento. Egli infatti afferma che “l’omogeneizzazione delle giurisprudenze” (delle corti interne ed esterne) “è l’unico modo per superare e prevenire i conflitti” e aggiunge che “la strada giusta è quella del reciproco appoggio” (tra tutte le Corti che si pronunciano in materia di diritti), specificando che “in questo reciproco appoggio ... la Costituzione italiana ha ancora qualcosa da dire”.

sia dalle altre cui si è appena fatto cenno, ma diventa palese nella recente pronuncia sull'anonimato della madre biologica che abbia dichiarato di non volere essere nominata nell'atto di nascita del figlio, dove – diversamente dalla sentenza in commento e dalle altre ora richiamate – è solo il parametro costituzionale interno a essere valorizzato ai fini della decisione della questione, mentre la giurisprudenza europea viene relegata sullo sfondo.

In quel caso, come si è detto, a seguito della sentenza Godelli della Corte di Strasburgo che aveva condannato l'Italia a causa della eccessiva compressione del diritto del figlio garantito dall'art. 8 Cedu da parte della legge italiana che non consentiva in alcun modo al figlio l'accesso alle informazioni sulle proprie origini, un giudice aveva sollevato questione di legittimità costituzionale della legge in relazione sia a parametri costituzionali interni (artt. 2, 3, 32 Cost.) sia all'art. 117, c. 1, Cost., e cioè in relazione al parametro esterno interposto costituito proprio dalla sentenza Godelli di Strasburgo. Rispondendo ai dubbi del giudice *a quo*, la Corte costituzionale dichiara incostituzionale la legge “nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non volere essere nominata ... - su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione”³⁷.

Tuttavia – si badi bene – a un simile risultato, che tra l'altro ribalta un precedente nel senso della infondatezza della questione del 2005, e dunque non vecchissimo, la Corte costituzionale afferma di giungere sulla sola base dei parametri interni, ritenendo che la legge italiana comprime in modo irragionevole il diritto all'identità personale del figlio garantito appunto dagli artt. 2 e 3 Cost. della nostra Carta costituzionale, mentre dichiara addirittura *assorbito* il dubbio sollevato sulla base dell'art. 117 Cost. Secondo il nostro giudice delle leggi, in altre parole, la sentenza Godelli della Corte di Strasburgo non rappresenta affatto la causa della dichiarazione di incostituzionalità della legge, ma solo l'occasione – una buona occasione, si intende – per tornare a riflettere sulla perdurante compatibilità della legge con la Costituzione.

La Costituzione italiana, ‘la più bella del mondo’, ritorna così a essere l'unico faro, o il più luminoso, a cui affidarsi nelle notti senza luna³⁸.

³⁷ C. cost. n. 278/2013.

³⁸ In questo senso in dottrina c'è chi propone proprio che la Corte costituzionale prenda autonomamente in considerazione il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost. «soltanto quando la violazione addotta non sia specificamente riferibile ad altro parametro costituzionale, sia pure interpretato evolutivamente o estensivamente alla luce degli “obblighi internazionali” assunti dallo Stato» (così Ruotolo, *L'incidenza della Cedu sull'interpretazione costituzionale. Il “caso” dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2013, 2, 7).