

**FIGLI DI UN DIO MINORE?  
SULLA SORTE DEI CONDANNATI ALL'ERGASTOLO  
IN CASI ANALOGHI A QUELLO DECISO DALLA CORTE EDU  
IN SCOPPOLA C. ITALIA**

*Riflessioni in attesa della decisione delle Sezioni Unite (\*)*

di Francesco Viganò

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Il quadro normativo interno..– 3. Il caso di specie e i principi di diritto statuiti dalla Corte EDU in *Scoppola c. Italia* (n. 2). – 4. L'esecuzione della sentenza Scoppola nell'ordinamento italiano. – 5. Il caso di specie deciso dalla Corte d'Assise di Caltanissetta. – 6. Premesse per una soluzione: a) il significato generale della sentenza Scoppola per il nostro ordinamento. – 7. (*Segue*): sulle pretese differenze tra il caso di Franco Scoppola e quello del ricorrente avanti la Corte d'Assise di Caltanissetta. – 8. Prima conclusione: l'esecuzione della pena eccedente i trent'anni è convenzionalmente illegittima per tutti coloro che si trovino nella medesima situazione di Franco Scoppola. – 9. Rimuovere il giudicato? I termini del dilemma. – 9.1. Argomenti per una risposta negativa. – 9.2. I costi di tale soluzione. – 10. Una possibile via d'uscita (se la vedano a Strasburgo...). – 11. Alla ricerca di una via d'uscita 'interna': l'individuazione della causa normativa che ha prodotto la violazione dei diritti fondamentali dei condannati. – 12. Seconda conclusione: il giudicato può cedere di fronte alla (sopravvenuta) inapplicabilità di una norma penale sostanziale. – 13. Un ulteriore problema: è qui necessario l'intervento della Corte costituzionale? – 14. Terza conclusione: è praticabile una interpretazione conforme all'art. 7 CEDU dell'art. 7 d.l. 479/1999 da parte dello stesso giudice ordinario. – 15. Quarta conclusione: il procedimento di esecuzione è la sede appropriata per rideterminare la pena. – 16. Sintesi e considerazioni conclusive.

## 1. Il problema.

Primo antefatto. Un'importante sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – *Scoppola c. Italia* (n. 2), pronunciata dalla Grande Camera il 17 settembre 2009 – stabilisce che il nostro Paese ha violato i diritti del signor Franco Scoppola a un “processo equo”, di cui all'art. 6 CEDU, nonché all'applicazione della legge più favorevole tra tutte quelle succedutesi tra la commissione del fatto e la sentenza definitiva, di cui all'art. 7 CEDU. In particolare, il ricorrente – condannato all'ergastolo

---

\* Questo articolo è qui presentato in forma di *working paper*, con riferimenti bibliografici e giurisprudenziali ancora del tutto incompleti, con la speranza di fornire un qualche contributo, in tempo utile, per la discussione della questione avanti alle Sezioni unite. Mi riservo ovviamente di rielaborare meglio l'argomentazione e i riferimenti in una successiva versione, nella quale potrò tenere conto anche della decisione delle stesse Sezioni Unite.

in esito a giudizio abbreviato per omicidio aggravato in concorso con altri delitti – avrebbe dovuto beneficiare del trattamento sanzionatorio più favorevole previsto dalla norma in tema di giudizio abbreviato in vigore al momento della richiesta del rito alternativo, la quale contemplava per quest'ipotesi la sostituzione dell'ergastolo con la pena temporanea di trent'anni di reclusione, e non avrebbe dovuto invece essere condannato in forza della norma successiva, in vigore al momento della sentenza definitiva, dalla quale era discesa l'applicazione dell'ergastolo. Ai sensi dell'art. 41 CEDU, la Corte europea non solo riconosce un ristoro pecuniario al ricorrente per la violazione subita, ma ordina altresì allo Stato italiano di por fine a tale violazione, ancora in atto, rideterminando la pena da eseguire in quella di trent'anni di reclusione.

Secondo antecedente. Adita con ricorso straordinario *ex art. 625 bis c.p.p.* dal difensore di Scoppola, la Corte di cassazione ridetermina la pena dell'ergastolo (inflitta dalla Corte d'appello di Roma con sentenza a suo tempo confermata dalla stessa Cassazione) in quella di trent'anni di reclusione, richiamandosi espressamente all'obbligo, gravante in forza dell'art. 46 CEDU sullo Stato italiano in tutte le sue articolazioni e poteri – compreso quello giudiziario – di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea nelle controversie di cui lo Stato italiano è stato parte<sup>1</sup>.

Risolta così la questione concernente la posizione individuale di Franco Scoppola, resta però il problema di che fare con tutti gli *altri* condannati all'ergastolo che si trovino in una situazione analoga, o addirittura identica, a quella di Scoppola, avendo fatto istanza di giudizio abbreviato nel pur breve lasso di tempo (undici mesi circa, nell'anno 2000) in cui il testo allora vigente dell'art. 442 co. 2 c.p.p. disponeva la sostituzione dell'ergastolo – senza ulteriori precisazioni – con la pena temporanea di trent'anni di reclusione, ed essendo invece stati condannati alla pena perpetua in forza di una modifica normativa sopravvenuta.

Il problema è, ovviamente, che rispetto alla posizione di costoro viene meno l'argomento forte utilizzato dalla Cassazione per superare il giudicato nel caso di Franco Scoppola: e cioè la necessità di *dare esecuzione*, *ex art. 46 CEDU*, a una sentenza della Corte EDU in una controversia *che lo riguardava individualmente*. Tutti gli altri, che pure si trovavano in una situazione identica, non hanno proposto ricorso a Strasburgo entro il termine di sei mesi dalla decisione definitiva di cui all'art. 35 CEDU, e non hanno perciò ottenuto – mi si passi l'espressione – alcun "titolo esecutivo europeo" da far valere di fronte ai giudici italiani.

Non stupisce allora che la questione sia stata immediatamente assegnata alle Sezioni Unite, come già segnalato dalla nostra *Rivista*<sup>2</sup>.

La questione richiede in effetti un delicato *bilanciamento* tra due opposte esigenze. Da un lato, la salvaguardia del *giudicato penale*, già grandemente indebolito dalle recenti evoluzioni giurisprudenziali, ma dietro il quale si colloca un fascio di interessi – usualmente compendiate nella formula della "certezza dei rapporti giuridici" – di indubbio rilievo costituzionale. Dall'altro, l'obbligo a carico del giudice

---

<sup>1</sup> Cass., sez. V, 11 febbraio 2010 n. 16507, Scoppola.

<sup>2</sup> Cfr. [G. ROMEO, Alle Sezioni unite la questione della possibilità per il giudice dell'esecuzione, dopo la sentenza "Scoppola" della Corte EDU, di sostituire la pena di trenta anni di reclusione alla pena dell'ergastolo](#), in questa *Rivista*, 19 marzo 2012.

italiano di *interpretare* (e, conseguentemente, *applicare*) il diritto interno in maniera *conforme agli obblighi discendenti dalla Convenzione europea, così come interpretati dal "suo" giudice naturale, la Corte EDU.*

La questione, d'altra parte, è assai *delicata* dal punto di vista, diciamo così, della "politica giudiziaria", cui le Sezioni Unite non possono essere insensibili. Il timore è che, aprendo questa ulteriore falla, la diga del giudicato finirà per essere presto travolta, sotto il peso di una valanga di ricorsi miranti in particolare a far valere – vere o presunte – violazioni del "processo equo" secondo i principi stabiliti dalla giurisprudenza di Strasburgo, ma mai lamentati in quella sede con riferimento alle singole posizioni individuale dei ricorrenti?<sup>3</sup>

Una recente ordinanza della Corte d'Assise di Caltanissetta ci fornisce, alla vigilia della decisione delle Sezioni Unite, preziosi argomenti con cui confrontarci (cfr. *infra*, § 5), nella ricerca di una soluzione ragionevole al nostro dilemma (per un *hard case* come questo, parlare di soluzioni "giuste" o "sbagliate" sarebbe semplicemente velleitario). Ma, per prima cosa, non sarà inutile soffermarsi un po' più nel dettaglio sulle norme interne che si sono succedute nel corso dell'anno 2000, nonché sulla stessa sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 2) della Corte EDU, al fine di precisamente inquadrare le coordinate normative (interne e internazionali) entro le quali dovrà muoversi qualsiasi pensabile soluzione.

## 2. Il quadro normativo interno.

Cominciamo allora dal quadro normativo interno, caratterizzato da una successione di **tre diverse discipline**.

In seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 176/1991, che aveva dichiarato l'illegittimità per eccesso di delega dell'art. 442 co. 2 c.p.p., nella parte in cui prevedeva la sostituzione dell'ergastolo con la reclusione di anni trenta nel caso di giudizio abbreviato, *tra il 1991 e il 1999* l'accesso al rito abbreviato, sulla base degli articoli 438-442 c.p.p. all'epoca vigenti (di seguito: **legge 1**) fu radicalmente precluso agli imputati di delitti puniti con l'ergastolo.

La **legge n. 479 del 16 dicembre 1999**, entrata in vigore il **2 gennaio 2000** (c.d. legge Carotti, di seguito: **legge 2**), modificò il comma 2 dell'art. 442 c.p.p., reintroducendo la previsione della sostituzione della reclusione di anni trenta alla pena dell'ergastolo nel caso di giudizio abbreviato.

Il **decreto legge n. 341 del 24 novembre 2000**, entrato in vigore lo stesso **24 novembre 2000** e convertito successivamente nella legge n. 4 del 19 gennaio 2001 (di seguito: **legge 3**) modificò nuovamente l'art. 442 c.p.p., stabilendo, in via di interpretazione autentica della precedente modifica normativa di cui alla l. 479/1999, che "nell'art. 442, comma 2, c.p.p., 'pena dell'ergastolo' è riferita all'ergastolo senza isolamento diurno", e aggiungendo in chiusura del comma 2 la proposizione "Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato

---

<sup>3</sup> Esprime questa preoccupazione G. ROMEO, *Alle Sezioni Unite*, cit.

continuato, è sostituita quella dell'ergastolo" (art. 7 d.l. 341/2000). In via transitoria, peraltro, l'art. 8 del medesimo d.l. consentiva a chi avesse formulato istanza di giudizio abbreviato nel vigore della l. 479/1999 (**legge 2**) di revocare l'istanza entro trenta giorni dall'entrata in vigore del decreto legge, disponendosi in tale ipotesi la prosecuzione del processo con il rito ordinario.

A fare data dal 24 novembre 2000, il giudizio abbreviato – che si conferma applicabile alla generalità dei delitti procedibili con l'ergastolo – consente dunque al condannato di beneficiare della sostituzione della pena dell'ergastolo *senza* isolamento diurno in quella della *reclusione di anni trenta*, e della sostituzione della pena dell'ergastolo *con* isolamento diurno in quella dell'ergastolo *'semplice'*.

### **3. Il caso di specie e i principi di diritto statuiti dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia (n. 2).**

Ricapitoliamo ora il caso di specie sottoposto all'attenzione della Corte di Strasburgo.

Il **2 settembre 1999** il signor Franco Scoppola uccide la moglie e ferisce uno dei suoi figli; il p.m. ne chiede il rinvio a giudizio per i delitti di omicidio aggravato, tentativo di omicidio, maltrattamenti in famiglia e porto d'arma abusivo. All'epoca della loro commissione, i fatti così contestati – punibili con la pena dell'**ergastolo con isolamento diurno** da due a diciotto mesi ai sensi dell'art. 72 co. 2 c.p. – *non* avrebbero consentito a Scoppola di formulare istanza di rito abbreviato, ai sensi della normativa allora vigente (**legge 1**).

Come si è visto, il **2 gennaio 2000** entra tuttavia in vigore la modifica dell'art. 442 c.p.p. (**legge 2**), che rende possibile anche agli imputati di delitti punibili con l'ergastolo accedere al rito abbreviato, con connessa sostituzione dell'ergastolo con trent'anni di reclusione in caso di condanna.

All'udienza preliminare, celebratasi innanzi al GUP di Roma il **18 febbraio 2000**, Scoppola chiede per l'appunto di essere ammesso a tale rito.

Il processo a suo carico si articola in varie udienze per concludersi il **24 novembre 2000**, data nella quale l'imputato viene riconosciuto colpevole dei reati ascrittigli e **condannato alla pena di trent'anni di reclusione**.

La condanna viene, tuttavia, impugnata il 12 gennaio 2001 dalla procura generale, la quale sottolinea come proprio il 24 novembre 2000 fosse entrato in vigore il d.l. 341/2000 (**legge 3**), che disponeva in caso di giudizio abbreviato la sostituzione della pena dell'ergastolo *con* isolamento diurno (che sarebbe stata applicabile nel caso di specie se si fosse proceduto con rito ordinario) con quella dell'ergastolo *senza* isolamento diurno, anziché con quella più mite di trent'anni di reclusione.

In accoglimento del gravame della pubblica accusa, con sentenza in data 10 gennaio 2002 la Corte d'assise d'appello riforma la sentenza del GUP, condannando Scoppola all'**ergastolo**. La Corte osserva, in particolare, che le tre discipline normative succedutesi dal momento del fatto (2 settembre 1999) al momento del giudizio da parte del GUP (24 novembre 2000) erano tutte di natura processuale, e soggette pertanto non

già al principio della retroattività della legge penale più favorevole, bensì all'opposto principio *tempus regit actum*.

La Corte di cassazione, con sentenza depositata il 20 gennaio 2003, conferma definitivamente tale statuizione.

Il **24 marzo 2003** Scoppola propone quindi un *ricorso avanti alla Corte EDU*, lamentando la violazione del proprio diritto a un processo equo e del principio di legalità di cui, rispettivamente, agli articoli 6 e 7 CEDU.

Il 2 settembre 2008 la camera della seconda sezione della Corte cui la causa era stata assegnata decide di *rinvviare il caso per la decisione in unica istanza alla Grande Camera*, in considerazione della speciale importanza della questione di diritto sollevata dal caso medesimo.

Con sentenza del **17 settembre 2009**, la Grande camera accoglie all'unanimità la doglianza del ricorrente relativa all'art. 6, e a maggioranza (con undici voti favorevoli contro sei) quella relativa all'art. 7 CEDU, ordinando comunque con decisione unanime allo Stato italiano di "assicurare che l'ergastolo inflitto al ricorrente sia sostituito con una pena conforme ai principi enunciati nel paragrafo 154 della presente sentenza", e cioè con la pena di trent'anni di reclusione.

In estrema sintesi, la Corte riconosce violato il diritto del ricorrente ad un processo equo (**art. 6 CEDU**), dal momento che la sua rinuncia alle garanzie del dibattimento – avvenuta mediante la richiesta di rito abbreviato – era stata effettuata in un'epoca in cui tale rinuncia poteva ragionevolmente apparire, agli occhi dell'imputato, controbilanciata dalla prospettiva di una sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trent'anni di reclusione; di talché l'intervento del d.l. 341/2000 (**legge 3**), che di fatto ripristinava la pena dell'ergastolo (sia pure senza isolamento diurno) anche per chi avesse già rinunciato alle proprie piene garanzie difensive optando per il rito abbreviato, aveva indebitamente frustrato il legittimo affidamento dell'imputato, indubitabilmente *innovando* lo stato del diritto vigente *in senso peggiorativo* per l'imputato medesimo, nonostante la pretesa del legislatore italiano di qualificare come mera "interpretazione autentica" la modifica normativa. Né alla frustrazione del legittimo affidamento dell'imputato poteva ovviare la previsione, di cui all'art. 8 del d.l. 341/2000, della facoltà di revoca dell'istanza di giudizio abbreviato nel termine di trenta giorni dall'entrata in vigore dello stesso d.l., dal momento che l'imputato aveva comunque fatto affidamento, per ben nove mesi, sulla possibilità di una consistente riduzione di pena per i reati da lui commessi, e che tale legittimo affidamento era venuto meno per fattori completamente al di fuori del suo controllo, come la durata dell'udienza preliminare e l'entrata in vigore, nel frattempo, della più gravosa disciplina di cui al d.l. 341/2000 (**legge 3**).

L'aspetto più innovativo della sentenza *Scoppola* concerne, peraltro, la *seconda* doglianza proposta dal ricorrente: quella, cioè, relativa al principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU. *Per la prima volta nella propria giurisprudenza*, la Corte afferma infatti che tale principio comprende anche, implicitamente, quello di *retroattività della legge penale più favorevole* tra tutte quelle entrate in vigore dal momento del fatto a quello della sentenza definitiva. E dal momento che – ad avviso della maggioranza della Grande Camera – alle leggi succedutesi nel caso di specie doveva essere assegnata natura

*sostanziale* anziché processuale, stante la loro immediata incidenza sulla pena inflitta al condannato, Franco Scoppola avrebbe avuto diritto, ai sensi dell'art. 7 CEDU, a vedersi applicata la **legge 2** – che prevedeva per i fatti dei quali è stato riconosciuto colpevole la pena di *trent'anni di reclusione*, più mite tanto rispetto a quella (ergastolo *con* isolamento diurno) discendente dalla **legge 1** in vigore al momento della commissione del fatto, nonché rispetto a quella (ergastolo *senza* isolamento diurno) discendente dalla **legge 3**, in vigore al momento del giudizio.

#### **4. L'esecuzione della sentenza Scoppola nell'ordinamento italiano.**

Come anticipato in premessa, l'11 febbraio 2010 la Corte di cassazione accoglie il ricorso straordinario *ex 625 bis* c.p.p. proposto da Franco Scoppola sulla base della pronuncia della Corte europea.

Architrave della motivazione della Corte è l'art. 46 co. 1 CEDU, nella parte in cui prevede l'obbligo a carico degli Stati parte della Convenzione di “conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie delle quali sono parti”. Dopo avere rilevato che non è possibile considerare legittima una pena inflitta in violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Convenzione europea, la Cassazione ribadisce infatti la sussistenza “da un lato, per lo Scoppola, il *diritto a una modifica della pena*, da determinare secondo la legalità della Convenzione; dall'altro, *per lo Stato e, specificamente, per gli organi investiti del potere giudiziario, l'obbligo positivo di determinare una pena rispondente alla legalità sancita dalla Convenzione, allo specifico fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli scaturite dalla violazione accertata*”.

Quanto allo strumento processuale con il quale pervenire a tale risultato, la Corte osserva come la Procura generale abbia “trasmesso gli atti alla procura generale presso la Corte di appello di Roma, ‘per quanto di competenza’, nell'evidente prospettiva di sollecitare il giudice dell'esecuzione all'adempimento dell'obbligo di conformarsi alla decisione della Corte Europea”. Osserva la Cassazione come una tale prospettiva sia “pienamente conforme alla normativa vigente”; tuttavia, considerazioni di “economia dei mezzi processuali”, anche in relazione al principio della ragionevole durata del procedimento, spingono la Corte a evitare questa ulteriore fase, “a fronte dell'estrema chiarezza della sentenza della Corte di Strasburgo e dell'esigenza di dare immediato riconoscimento all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni Europee”.

Conseguentemente la Corte, “preso atto dell'iniquità e dell'ineseguibilità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte dei diritti dell'uomo, pronunciata il 17 settembre 2009, che ha accertato che la sua formazione è avvenuta in violazione dei principi ex artt. 6 e 7 della Convenzione; preso atto della conseguente esigenza di provvedere all'immediata caducazione della decisione viziata e della immediata modifica della pena inflitta con sentenza 10.1.2002 della Corte di assise di appello di Roma, *revoca in parte qua* la sentenza di questa Corte n. 2592/03 del 25.9.2002, che ha formato il giudicato, e *annulla senza rinvio* la sentenza della corte di



assise di appello di Roma emessa il 10.1.2002, *limitatamente al trattamento sanzionatorio nei confronti di S.F., che determina in anni trenta di reclusione*".

## 5. Il caso di specie deciso dalla Corte d'Assise di Caltanissetta.

Veniamo ora al caso di specie affrontato dalla Corte d'Assise di Caltanissetta<sup>4</sup>, che fornisce lo spunto immediato per le nostre riflessioni.

Tizio, già condannato all'ergastolo dalla medesima Corte nel 2001 – in esito a giudizio abbreviato – con sentenza poi confermata in appello e cassazione e divenuta definitiva nel 2003, propone incidente di esecuzione, chiedendo la sostituzione della pena inflittagli con quella temporanea di trent'anni di reclusione.

Assume in particolare il condannato di trovarsi nella medesima situazione di Scoppola, avendo egli formulato istanza di rito abbreviato il **25 settembre 2000** (e dunque nel vigore di quella che abbiamo chiamato **legge 2**), allorché era prevista la sostituzione della pena dell'ergastolo, in caso di abbreviato, con quella di trent'anni di reclusione, ed essendo invece stato condannato, il **15 gennaio 2001** (e dunque circa due mesi dopo l'entrata in vigore della **legge 3**) alla pena dell'ergastolo. Conseguentemente, egli lamenta di avere subito una lesione del proprio diritto ad un "equo processo" (in violazione dell'art. 6 CEDU), oltre che un'applicazione retroattiva di una legge penale a lui sfavorevole (in violazione dell'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Grande camera nella medesima sentenza *Scoppola*).

La Corte nissena *rigetta il ricorso*, motivando in estrema sintesi come segue:

- la giurisprudenza italiana ordinaria ha più volte individuato, negli ultimi anni, rimedi alle violazioni di diritti fondamentali accertate dalla Corte di Strasburgo, anche laddove ciò comportasse la necessità di revocare o modificare una sentenza passata in giudicato (casi *Dorigo*<sup>5</sup>, *Somogyi*<sup>6</sup>, *Drassich*<sup>7</sup>, *Scoppola*<sup>8</sup>), e la Corte costituzionale dal canto suo ha introdotto, con la [sent. 113/2011](#), un nuovo caso di revisione della sentenza irrevocabile di condanna, proprio per l'ipotesi in cui la riapertura del processo quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo;

- tuttavia, tutti i rimedi individuati sinora dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale concernono casi in cui si tratta, per l'appunto, di *dare esecuzione* ai sensi dell'art. 46 CEDU ad una sentenza della Corte di Strasburgo che ha accertato una violazione dei diritti fondamentali dello *specifico ricorrente* che propone poi istanza di revoca, modifica o revisione del giudicato davanti le istanze giurisdizionali nazionali;

---

<sup>4</sup> [C. Assise Caltanissetta, Sez. I, ord. 18 novembre 2011, Pres. Balsamo, Est. Barlotti, imp. Cavallo](#), in questa *Rivista*.

<sup>5</sup> Cass. pen., sez. I, 1 dicembre 2006, n. 2800, *Dorigo*.

<sup>6</sup> Cass. pen., sez. I 12 luglio 2006, n. 32678, *Somogyi*.

<sup>7</sup> Cass. pen., sez. VI, 18 novembre 2008, n. 45807, *Drassich*.

<sup>8</sup> Cass. 16507/2010, *Scoppola*, cit. *supra*, nota 1.

- la Corte di cassazione ha invece recentemente escluso che i predetti rimedi possano essere applicati nei confronti del condannato in via definitiva che non abbia presentato ricorso ai sensi dell'art. 34 CEDU contro la sentenza di condanna e non abbia, pertanto, ottenuto una pronuncia favorevole da parte della Corte europea relativa alla propria posizione individuale<sup>9</sup> (Cass., sez. I, 18 gennaio 2011 n. 6559, Raffaelli);

- nel caso di specie, il ricorrente non ha proposto alcun ricorso alla Corte europea nel termine utile di sei mesi dall'esaurimento dei rimedi interni (art. 35 CEDU), sicché manca qui in radice il presupposto – comune a tutti i rimedi sinora elaborati in via pretoria – della necessità di “eseguire” una sentenza della Corte EDU;

- anche a prescindere da tale assorbente argomento, la situazione del ricorrente nel caso di specie sarebbe comunque “profondamente diversa” da quella di Scoppola, dal momento che quest'ultimo era stato condannato in primo grado alla pena di trent'anni di reclusione per poi vedersi riformata *in peius* in appello la pena, mentre il ricorrente – che pure aveva presentato istanza di giudizio abbreviato nel vigore della **legge 2** – aveva avuto un'equa opportunità, concessagli come abbiamo visto dalla **legge 3**, di revocare la propria domanda di rito abbreviato prima dello stesso processo di primo grado: opportunità della quale egli però non ritenne di avvalersi, venendo così condannato già in primo grado alla pena dell'ergastolo senza isolamento diurno;

- ulteriore elemento di diversità tra le due situazioni sarebbe poi rappresentato dalla circostanza che Scoppola si dolse sin da subito, già nel ricorso per cassazione contro la sentenza della Corte d'Appello e poi in un ricorso straordinario *ex art. 625 bis* c.p.p. proposto nel 2003 e dichiarato inammissibile dalla Cassazione, della violazione degli artt. 6 e 7 CEDU cagionata dalla sua condanna alla pena dell'ergastolo da parte della Corte d'appello, mentre tali doglianze non furono mai proposte nei mezzi di impugnazione ordinari esperiti nel caso di specie dal ricorrente, sicché – conclude la Corte – esse non possono essere per la prima volta proposte in sede di incidente di esecuzione;

- in ogni caso, il giudice dell'esecuzione non ha il potere di rideterminare la pena in senso più favorevole per l'imputato in caso di successione di leggi penali nel tempo, a ciò ostando il tenore letterale dell'art. 2 co. 4 c.p., che fa salvo il limite del giudicato rispetto alla regola generale dell'applicazione della *lex mitior*, con scelta normativa passata indenne al vaglio del giudice delle leggi (C. cost., sent. 74/1980).

Conclusivamente, la Corte osserva che “nel caso in esame, al pari di quello preso in considerazione da una recentissima pronuncia della Suprema Corte (Cass. Sez. I sent. 27 maggio 2011 n. 25280, El Magharpil ed altri), la sentenza pronunciata nel processo Scoppola non può assumere una specifica incidenza, tenuto conto della profonda diversità tra le rispettive situazioni di fatto. Sul punto, *va sottolineato il metodo casistico di ragionamento che è proprio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale esprime un giudizio di non equità della procedura nel suo complesso, sulla base di tutte le peculiarità rilevanti che caratterizzano la specifica vicenda.* Tale giudizio non

---

<sup>9</sup> [Cass., sez. I, 18 gennaio 2011 n. 6559, Raffaelli, in questa Rivista, con nota di M. Gialuz, Esclusa la riapertura del processo in assenza di una pronuncia della Corte di Strasburgo, 13 marzo 2011.](#)



può, quindi, essere esteso *tout court* ad una situazione fattuale profondamente diversa”: come quella, appunto, all’esame dei giudici nisseni.

## **6. Premesse per una soluzione: a) il significato generale della sentenza Scoppola per il nostro ordinamento.**

Ai fini di una valutazione critica della decisione appena riferita, e – soprattutto – ai fini di una sia pur sintetica rimeditazione dei termini complessivi del problema che dovrà prestissimo essere affrontato dalle Sezioni Unite della Cassazione, conviene anzitutto sgomberare il campo da almeno *un argomento particolarmente debole*, sul quale è opportuno subito fare chiarezza: quello, cioè, secondo cui la sentenza Scoppola non enuncerebbe alcun principio di carattere generale, bensì esprimerebbe una mera valutazione di sussistenza delle violazioni con stretto riferimento alle *peculiarità del caso concreto*.

L’argomento è contenuto nel passaggio conclusivo della Corte nissena, che riproduce un *refrain* classico nel dibattito attuale sul ruolo della Corte EDU: quest’ultima sarebbe un *giudice del caso concreto*, che decide “con metodo casistico [...] sulla base di tutte le peculiarità rilevanti che caratterizzano la specifica vicenda”.

Ovvio, si potrebbe ingenuamente pensare: non fa così qualsiasi giudice, compresa la nostra Cassazione?

Meno ovvia l’inferenza che da tale affermazione usualmente si trae: e cioè la negazione, più o meno radicale, che le sentenze della Corte possano essere utilizzate come *precedenti*, enuncianti cioè una o più *regole di giudizio* per tutti i casi analoghi a quello deciso che in futuro potranno presentarsi.

Una tale visione è però lontanissima non solo dalla *percezione* che la Corte EDU ha del proprio ruolo, ma anche del ruolo che *obiettivamente* è assegnato alla Corte dal testo della Convenzione europea.

Il numero di ricorsi è cresciuto vertiginosamente negli ultimi anni, e continua a crescere, con conseguente naturale affanno della Corte nello smaltimento del proprio carico di lavoro, nonostante le incisive riforme procedurali conseguite all’entrata in vigore del Protocollo XIV. Basti pensare, sul punto, che la Corte ha pronunciato nel 2008 (a 49 anni dalla sua istituzione) la sua sentenza numero 10.000, e che a tutt’oggi sono pendenti più di 150.000 ricorsi.

In queste condizioni, la Corte ha una vitale necessità di chiarire a tutti gli Stati membri il suo ruolo: che non è, e non può essere, quello di giudice ultimo di *ogni* singolo caso in cui un soggetto assuma di essere stato vittima di una violazione dei propri diritti convenzionali – quasi si trattasse di una quarta istanza di giudizio –, ma che deve essere confinato a quello di *interprete ultimo* della Convenzione: la cui applicazione quotidiana e la cui stessa interpretazione, in prima battuta, devono invece essere invece garantite dai *giudici nazionali*. Giudici nazionali che, lo si è detto e ripetuto tante volte in questi ultimi anni, devono essere *i primi garanti della Convenzione* nei rispettivi ordinamenti nazionali.

Il ruolo della Corte EDU dovrebbe dunque essere – e dovrà essere, se la Corte vorrà sopravvivere – quello di garantire l’uniformità interpretativa (e conseguentemente applicativa) della Convenzione in tutti gli Stati parte, attraverso la decisione delle questioni difficili – così come fanno, o dovrebbero fare, le corti supreme a livello nazionale –, e la conseguente fissazione a mezzo dei propri precedenti delle coordinate interpretative essenziali alle quali i giudici *nazionali* dovranno attenersi nel dare *essi stessi* applicazione alle norme convenzionali.

Del resto, già da tempo la Corte si muove in quest’ottica, insistendo sul suo ruolo meramente *sussidiario* rispetto alla funzione di primi garanti dei diritti convenzionali propria dei giudici nazionali<sup>10</sup>; e, soprattutto, attribuendo essa stessa grande rilievo ai propri precedenti – che vengono tra l’altro tutti classificati in ragione del loro livello di “importanza”, e cioè della loro significatività nell’ottica della ricostruzione del “diritto vivente” della Corte – nell’economia di ogni singola sentenza, nella quale la valutazione rispetto alla fondatezza delle doglianze del ricorrente è sempre preceduta dalla ricapitolazione dei “principi”, ricavabili dai precedenti, della quale la Corte è chiamata a fare “applicazione” nel caso concretamente all’esame.

L’importanza delle sentenze della Corte EDU sta, pertanto, proprio nel loro ruolo di *precedenti* in grado di orientare la futura attività interpretativa: della Corte medesima ma, soprattutto, dei giudici nazionali, chiamati a interpretare il diritto interno in maniera conforme agli *standard* convenzionali o, se del caso, a dare diretta applicazione della Convenzione e/o a invalidare le scelte del legislatore nazionale, tramite le procedure appropriate previste in ciascun ordinamento, in ragione del loro contrasto con la Convenzione.

D’altronde, il *testo* della Convenzione è del tutto coerente con questa impostazione: non solo l’art. 32 attribuisce alla Corte il ruolo di “interpretare”, oltre che di “applicare” nel caso concreto, le norme convenzionali; ma, soprattutto, le modifiche introdotte con il Protocollo XIV hanno esplicitamente attribuito al “*case law*” della Corte (e cioè all’insieme delle regole di giudizio desumibili dai suoi precedenti) un ruolo cruciale nella ripartizione di competenze tra le diverse “formazioni” con cui la Corte opera: il caso, dichiarato ammissibile da un giudice monocratico, è attribuito a un “comitato” di tre giudici allorché la questione sia – nella traduzione italiana del testo convenzionale – “*oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte*” (art. 28); altrimenti, esso è deciso da una camera di sette giudici (art. 29), a meno che si tratti di una questione che “solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli” ovvero si tratti di questione che “*rischia di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte*”, nel qual caso la camera al quale il

---

<sup>10</sup> Cfr. ad es. Corte EDU, *Scordino c. Italia*, dec. 27 marzo 2003 (ric. 36813/97), ove si sottolinea espressamente che la regola di cui all’art. 35 CEDU, che obbliga coloro che intendono citare in giudizio lo Stato a utilizzare in prima battuta i rimedi assicurati dall’ordinamento nazionale, «si fonda sull’assunto, riflesso nell’art. 13 della Convenzione – con il quale essa è strettamente affine – che ci sia un rimedio *effettivo* disponibile alla pretesa violazione nell’ordinamento giuridico interno; e ciò indipendentemente dal fatto che le norme della Convenzione siano o meno incorporate nel diritto interno. Un aspetto importante del sistema di tutela stabilito dalla Convenzione è dunque il suo carattere *sussidiario* rispetto ai meccanismi di tutela dei diritti umani previsti dagli ordinamenti nazionali”.

caso era stato assegnato lo rimette alla Grande Camera per la decisione in unica istanza (art. 30). L'eventualità di un *overruling* è dunque prevista dalla Convenzione, che non stabilisce alcun meccanismo formalizzato di *stare decisis*; ma è prevista come situazione eccezionale che, per l'appunto, impone il coinvolgimento della formazione più ampia (diciassette giudici) prevista dalla Convenzione, in evidente ottica *nomofilattica*.

Proprio il caso *Scoppola* – ancorché deciso poco prima dell'entrata in vigore del Protocollo XIV – rappresenta un esempio di *overruling* pronunciato dalla Grande Camera, alla quale la questione era stata rimessa dalla Camera cui il caso era stato originariamente assegnato proprio in considerazione della possibilità che la sentenza si discostasse dai (pochi e risalenti) precedenti con cui la Commissione aveva negato che l'art. 7 CEDU comprendesse implicitamente il principio di retroattività della legge penale più favorevole. Un *overruling*, dunque, pronunciato da una Grande Camera che intendeva affermare un *precedente* dal proprio punto di vista *storico*, che per la prima volta estendeva la garanzia convenzionale in parola oltre il dato testuale dell'art. 7, allineando così il proprio "diritto vivente" agli *standard* di tutela che nel frattempo erano stati affermati, in materia di retroattività della *lex mitior* in materia penale, da altre fonti (come il Patto internazionale sui diritti civili e politici) e giurisdizioni internazionali (come la Corte di giustizia UE).

E non è senza significato che il contrasto tra maggioranza e giudici dissenzienti si sia concentrato sul *nuovo principio di diritto* ricavato implicitamente dall'art. 7 CEDU, e non già sui profili – su cui tutti erano d'accordo, compreso il giudice italiano – di violazione dell'equo processo *ex art. 6*: la posta in gioco andava ben oltre le contingenze personali del signor Scoppola, trattandosi nientemeno che di decidere se la Corte avesse o meno la legittimazione per affermare – con valenza evidentemente *generale* – un *nuovo* profilo di tutela del principio di legalità in materia penale, nonostante il silenzio del testo convenzionale.

Leggere la sentenza *Scoppola* come se fosse il frutto di una valutazione sulla complessiva equità della singola vicenda processuale del ricorrente significa, allora, fraintendere completamente il significato di quella sentenza nell'ottica della Corte europea, la cui rilevanza nel *case law* della Corte risiede proprio nella sua natura di *leading case* rispetto all'affermazione del principio di diritto secondo cui "*l'article 7 § 1 de la Convention ne garantit pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, et implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Ce principe se traduit par la règle voulant que, si la loi pénale en vigueur au moment de la commission de l'infraction et les lois pénales postérieures adoptées avant le prononcé d'un jugement définitif sont différentes, le juge doit appliquer celle dont les dispositions sont les plus favorables au prévenu*" (§ 109 della motivazione).

Alla valenza *generale* di questa enunciazione, che deduce una nuova *norma* – vincolante per tutti gli Stati parte della Convenzione, in forza dei poteri di "interprete ultimo" riconosciuti alla Corte dall'art. 32 CEDU – dalla *disposizione* di cui all'art. 7 CEDU, si affianca poi, nella sentenza *Scoppola*, l'ulteriore enunciazione *generale* (ancorché con valenza limitata all'ordinamento italiano) secondo cui "*l'article 442 § 2 du CPP est une disposition de droit pénal matériel concernant la sévérité de la peine à infliger en cas de condamnation selon la procédure abrégée*" (§ 113), come tale ricadente nell'ambito di

applicazione del principio di retroattività della *lex mitior* poco prima enunciato dalla Corte.

*Ergo*: tutti coloro che sono stati condannati all'ergastolo in una situazione analoga a quella del signor Scoppola, hanno subito la medesima violazione del diritto – fondato sull'art. 7 CEDU, così come oggi interpretato dalla Corte – all'applicazione della legge più favorevole entrata in vigore tra il fatto commesso e il passaggio in giudicato della sentenza, oltre che la connessa (ma concettualmente indipendente) violazione del loro diritto ad un "equo processo" derivante dalla perdita delle garanzie del contraddittorio, in cambio della prospettiva poi delusa di uno sconto consistente nella pena.

#### **7. (Segue): sulle pretese differenze tra il caso di Franco Scoppola e quello del ricorrente avanti la Corte d'Assise di Caltanissetta.**

Rispetto alle coordinate di fondo così ricostruite, le differenze fattuali tra il caso di specie esaminato dalla Corte nissena e il caso *Scoppola* appaiono assai poco significative.

La circostanza che Scoppola fosse stato condannato a trent'anni di reclusione in primo grado e che la condanna sia stata riformata in appello è evidentemente un *accidens* nell'economia della decisione della Corte EDU in relazione all'accertata violazione dell'art. 7: l'unico dato rilevante a questo fine è che la legge più mite (la **legge 2**), nel vigore della quale Scoppola aveva chiesto di accedere al rito abbreviato, era intervenuta dopo la commissione del fatto e prima del passaggio in giudicato della sentenza *definitiva* di condanna, e pertanto doveva essere applicata al reo al posto della **legge 3**, più severa, in vigore al momento della condanna *definitiva*. Sotto questo profilo, i due casi di specie sono assolutamente identici.

Parimenti irrilevante appare la circostanza che il difensore di Scoppola sia stato più lungimirante di quello che difese il condannato nel procedimento nisseno, e abbia tentato – peraltro senza successo – di far valere a suo tempo *già avanti alla Corte di cassazione italiana* i profili di violazione degli artt. 6 e 7 CEDU poi ritenuti fondati a Strasburgo. Risulta anzi stravagante ipotizzare una sorta di *estoppel* rispetto alla possibilità di far valere per la prima volta queste doglianze in sede di esecuzione, laddove in sostanza si sostiene l'illegittimità dell'esecuzione della detenzione eccedente i trent'anni in ragione di un principio di diritto enunciato esso stesso *per la prima volta*, e nonostante la presenza di precedenti in senso contrario, dalla Corte europea *nel 2009*. Tanto di cappello all'avvocato di Scoppola, che già nel 2003 seppe articolare una difesa che all'epoca poteva apparire visionaria, e che si rivelò poi tutt'altro che tale; ma francamente non si saprebbe come rimproverare chi, a quel tempo, neppure poteva immaginare l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU, e l'attenzione che di lì a pochi anni essa avrebbe incontrato presso la stessa giurisprudenza italiana, dopo decenni di quasi totale sordità.

## 8. Prima conclusione: l'esecuzione della pena eccedente i trent'anni è convenzionalmente illegittima per tutti coloro che si trovino nella medesima situazione di Franco Scoppola

Se dunque ai principi enunciati dalla Corte EDU deve attribuirsi una valenza *generale* (*supra*, § 6), e se le differenze tra la situazione di Franco Scoppola e quella del ricorrente nel caso nisseno sono, a ben guardare, irrilevanti (*supra*, § 7), una prima conclusione mi pare si imponga: l'*inflizione* a quel ricorrente della pena dell'ergastolo, anziché quella di trent'anni di reclusione, ha violato i suoi diritti fondamentali al processo equo (art. 6 CEDU) e all'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole entrata in vigore tra il fatto commesso e la pronuncia della sentenza definitiva di condanna (art. 7 CEDU). Conseguentemente, l'*esecuzione* di tale pena – *rectius*, della frazione di pena *eccedente* i trent'anni di reclusione – violerebbe a questo punto in maniera irreparabile tali diritti; così come accadrebbe qualora *già oggi*, o in un futuro ormai prossimo, dovessero essere negati al condannato quei *benefici penitenziari* cui egli avrebbe avuto diritto se fosse stato condannato a una pena detentiva temporanea.

Ciò vale, evidentemente, anche per tutti gli altri condannati che si trovino in una situazione *identica* a quella di Franco Scoppola, e del ricorrente nel caso ora esaminato. Ma qui qualche precisazione si impone, al fine di individuare con esattezza il perimetro dei casi concreti cui si estende la *ratio decidendi* della sentenza *Scoppola*.

A una prima lettura si potrebbe, in effetti, pensare che i principi da essa enunciati in relazione all'art. 7 CEDU (necessaria *retroattività* della *legge penale più favorevole* tra tutte quelle entrate in vigore tra il "*moment de la commission de l'infraction*" e "*le prononcé d'un jugement définitif*": § 109 della motivazione) si applichino a *tutti* i fatti astrattamente punibili con l'ergastolo *a*) che siano stati *commessi* prima dell'entrata in vigore della **legge 3** (il 24 novembre 2000), e *b*) che non siano stati definiti con sentenza irrevocabile *prima* dell'entrata in vigore della **legge 2** (il 2 gennaio 2000). In altre parole, il percorso logico-argomentativo della Corte EDU potrebbe essere, *prima facie*, così ricostruito: tra il 2 gennaio e il 24 novembre 2000 è stata in vigore nell'ordinamento italiano una legge (**legge 2**) che prevedeva la possibilità che per fatti astrattamente punibili con l'ergastolo fosse applicata la pena di *trent'anni* di reclusione; tale legge aveva natura *penale* (sostanziale) e non processuale; come tale, essa doveva essere applicata – in quanto legge *più favorevole* tanto di quella anteriore (**legge 1**) quanto di quella successiva (**legge 3**) – a tutti coloro che avessero commesso un fatto astrattamente punibile con l'ergastolo *prima o durante* la sua vigenza (ad es., nel 1995), e il cui processo non fosse già stato definito con sentenza irrevocabile *prima* della sua entrata in vigore, appunto il 2 gennaio 2000.

All'evidenza, però, non è questa la lettura corretta della *ratio decidendi* di Scoppola in relazione all'art. 7 CEDU. La legge più favorevole in discorso (la **legge 2**) prevede sì la pena di trent'anni di reclusione, ma in relazione ad un ben preciso evento processuale, rappresentato dalla *richiesta dell'imputato di accedere al rito abbreviato*. La comminatoria di trent'anni di reclusione è, dunque, prevista come sanzione condizionata al verificarsi di una *fattispecie complessa*, composta *a*) dalla commissione di

un fatto astrattamente punibile con l'ergastolo, e b) dalla richiesta del rito abbreviato da parte dell'imputato. Solo nel concorso di entrambe le condizioni essa può logicamente trovare applicazione.

D'altra parte, *prima* dell'entrata in vigore della **legge 2** (il 2 gennaio 2000) la condizione *sub b)* non poteva verificarsi, dal momento che la **legge 1** allora vigente non prevedeva la possibilità per questa categoria di imputati di accedere al rito abbreviato. La **legge 2** potrà, e dovrà, trovare invece applicazione in relazione a quegli imputati che, avendo commesso un fatto astrattamente punibile con l'ergastolo (non importa se prima o durante la sua vigenza), *abbiano in concreto chiesto di accedere al rito abbreviato*, incentivati dalla prospettiva di un consistente sconto di pena, *durante la sua vigenza*: e cioè *nel lasso di tempo compreso tra il 2 e il 24 novembre 2000*.

A tutti costoro – ma soltanto a costoro – si applicheranno i principi statuiti in *Scoppola*, dovendosi dunque affermare conclusivamente che *essi avevano diritto, in forza dell'art. 7 CEDU, a vedersi applicata la più favorevole pena di trent'anni di reclusione in luogo dell'ergastolo*, anche se, come accadde allo stesso *Scoppola*, la loro sentenza definitiva di condanna sia stata pronunciata *dopo* il 24 novembre 2000; e che, conseguentemente, *l'esecuzione* della pena dell'ergastolo – nella parte eccedente i trent'anni di reclusione – violerebbe in maniera *definitiva* il loro diritto.

## 9. Rimuovere il giudicato? I termini del dilemma.

Il problema diviene, a questo punto, squisitamente processuale: è possibile che il giudice dell'esecuzione, o qualunque altra istanza giurisdizionale interna, possa impedire che questa violazione si produca in un futuro più o meno prossimo, o addirittura possa porre fine ad una violazione che già oggi si sia prodotta per effetto, ad es., della negazione di *benefici penitenziari* cui essi avrebbero avuto diritto in caso di condanna a una pena detentiva temporanea?

### 9.1. Argomenti per una risposta negativa

Gli argomenti per una soluzione *negativa* al quesito, naturalmente, non mancano, e sono benissimo individuati dalla decisione qui in commento. Tutti i rimedi pretori sinora individuati, dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale, contro l'esecuzione di una pena illegittima dal punto di vista della Convenzione europea concernono casi in cui il condannato *aveva ottenuto una pronuncia favorevole da parte della Corte EDU*, che accertava la violazione e che per di più ordinava allo Stato italiano soccombente, a mezzo di una misura c.d. individuale esplicitata nel dispositivo della sentenza di Strasburgo, di porre rimedio alla violazione. Di qui la valorizzazione, da parte della nostra giurisprudenza, del dovere incombente sullo Stato – in tutte le sue articolazioni e poteri, compreso quello giudiziario – di “conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle quali sono [stati] parti”, espressamente statuito dall'*art. 46 CEDU*.



Un simile argomento non può però essere utilizzato nel caso qui all'esame, né in tutti i casi analoghi oggi all'attenzione delle Sezioni Unite della Cassazione: i condannati in questione *non* hanno proposto tempestivamente ricorso alla Corte EDU, e non dispongono – per così dire – di un titolo esecutivo che è stato ormai ritenuto idoneo a scardinare la resistenza opposta, nell'ordinamento interno, dal giudicato. *Imputent sibi*, pertanto, se non hanno esperito un rimedio al quale pure avrebbero avuto accesso nei sei mesi dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna, in conformità agli artt. 34 e 35 CEDU.

Inutile nascondersi, d'altra parte, le preoccupazioni che legittimamente suscita nella dottrina, e verosimilmente in molti magistrati, la prospettiva di una pronuncia di accoglimento della loro istanza di rideterminazione della pena. Il timore, cui già facevo cenno nel paragrafo introduttivo, è infatti che all'indomani di una simile decisione i giudici dell'esecuzione italiani possano vedersi proporre una valanga di ricorsi da parte di condannati che lamentino violazioni dei loro diritti fondamentali – e in particolare dell'art. 6 CEDU – occorse nell'ambito del *processo* sfociato nella loro condanna: violazioni mai accertate dalla Corte di Strasburgo, alla quale essi non avevano fatto ricorso entro i sei mesi dal passaggio in giudicato della sentenza definitiva, ma che potrebbero desumersi dalla *giurisprudenza* della Corte EDU in materia, ad es., di valutazione delle dichiarazioni assunte al di fuori del dibattimento e acquisite al fascicolo dibattimentale ai sensi degli artt. 512 e ss. c.p.p., ovvero di mancato avvertimento all'imputato della possibilità di una diversa qualificazione giuridica del fatto contestatogli ai sensi dell'art. 521 co. 1 c.p.p.<sup>11</sup>

## 9.2. I costi di tale soluzione

Il *costo* della soluzione opposta – quella del *rigetto* sistematico dei ricorsi proposti dai condannati che versino in una situazione analoga a quella di Scoppola – dovrebbe, d'altra parte apparire altrettanto evidente.

Il risultato immediato sarebbe quello di una patente violazione del principio di *parità di trattamento* tra condannati che versano in una situazione in tutto e per tutto identica, soltanto in ragione del fatto che il difensore di uno di questi imputati si è a suo tempo rammentato della possibilità di esperire un ricorso a Strasburgo, le cui prospettive di successo per di più apparivano all'epoca assai nebulose, la Corte non avendo mai riconosciuto sino a quel momento rilievo convenzionale al principio della retroattività della *lex mitior*.

Non solo: il risultato sarebbe, altresì, quello di una indiretta *legittimazione* dell'*esecuzione* di una pena (o di una frazione di essa) *illegittima* dal punto di vista degli

---

<sup>11</sup> Proprio richiamando il rischio di una “disastrosa disarticolazione del sistema processuale penale delle impugnazioni” e della “esiziale cancellazione della definitività dei provvedimenti giudiziari e dell'istituto stesso del giudicato penale”, Cass. pen. Raffaelli 6559/2011, cit. *supra*, nota 9 ha opposto una netta chiusura alla possibilità di un superamento del giudicato di fronte ad allegate violazioni dei principi dell'equo processo, a suo tempo non fatte valere però avanti al giudice europeo mediante il ricorso di cui all'art. 34 CEDU. Nello stesso senso, in dottrina, M. Gialuz, *Esclusa la riapertura del processo*, cit., § 3.

*standard* fissati dall'interprete autentico (giusta il disposto dell'art. 32 CEDU) della Convenzione europea.

Di qui una serie di domande, imbarazzanti ma ormai ineludibili per le Sezioni Unite. E' davvero scontato che la definitività del giudicato costituisca principio *poziore* rispetto all'esigenza di impedire il prodursi di violazioni definitive ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea? E' davvero ammissibile che uno Stato di diritto – vincolato dall'obbligo di “rispettare” i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea (art. 1 CEDU) – si debba rassegnare, in nome della “certezza dei rapporti giuridici”, alla prospettiva di *eseguire una pena illegittima*, o una *frazione di pena illegittima*, in quanto *già giudicata* dalla Corte europea come contrastante con i diritti fondamentali dell'individuo, sia pure nell'ambito di un giudizio che concerneva un'altra persona che – però – versava in una *identica* condizione di fatto e di diritto?

E ancora, nell'interesse di chi, o di che cosa, l'esecuzione di una pena che *illegittimamente* viola i diritti individuale dovrebbe *legittimarsi* in omaggio alla “certezza dei rapporti giuridici”? In nome della tutela di diritti fondamentali altrui (ma di chi mai?), ovvero in nome di una esigenza – rispettabilissima, ma forse soccombente rispetto ai diritti fondamentali del condannato – di *economia processuale*? Ma se di economia processuale in effetti si discute (*id est*, di *risparmio* nell'impiego di risorse scarse come quelle odierne a disposizione della giustizia penale), allora almeno si chiamino con il loro nome queste esigenze, senza presentarle – come troppe volte si sente dire – quale corollario del diritto alla *ragionevole durata* del processo di cui all'art. 6 CEDU: ché il condannato ha tutto l'interesse, ed anzi il diritto, a che il procedimento penale che lo riguardi *si prolunghi* quanto basti per far cessare la violazione dei suoi diritti fondamentali.

## 10. Una possibile via d'uscita (se la vedano a Strasburgo ...).

Una prima, e comparativamente agevole via d'uscita potrebbe essere quella di rinviare semplicemente la palla ai giudici di Strasburgo. In pratica: i nostri supremi giudici potrebbero rigettare i ricorsi, richiamandosi allo sbarramento opposto dal giudicato e sottolineando l'assenza, nei casi concreti all'esame, di una sentenza della Corte EDU che ordini allo Stato italiano, *ex art. 46 CEDU* di riparare alle conseguenze della violazione. Dopodiché i condannati soccombenti resterebbero ovviamente liberi di adire la Corte di Strasburgo nei sei mesi successivi alla pronuncia della Cassazione, assumendo che *quest'ultima* costituisca la decisione definitiva che esaurisce i ricorsi interni a tutela dei loro diritti convenzionali. Nel motivare avanti alla Corte sull'ammissibilità del ricorso, essi potrebbero in particolare sottolineare come la stessa possibilità di dolersi della violazione dell'art. 7 CEDU sia sorta soltanto a seguito del *revirement* prodottosi nella giurisprudenza della Corte EDU con la sentenza *Scoppola*, che ha attribuito un *nuovo* significato allo stesso art. 7, di talché essi non sarebbero stati in grado di proporre il ricorso al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, *anteriore* alla sentenza *Scoppola*.

Valuteranno poi i giudici di Strasburgo se considerare ammissibili simili ricorsi, alla luce della *six-months-rule* di cui all'art. 35 CEDU; ma per l'appunto – potrebbe pensare la nostra Cassazione – saranno problemi loro; qualora poi il ricorso dovesse essere considerato ammissibile e fondato, se ne riparlerà, alla luce però di sentenze riferite alla posizione dei singoli condannati, da eseguire ai sensi dell'art. 46 CEDU.

#### **11. Alla ricerca di una via d'uscita 'interna': l'individuazione della causa normativa che ha prodotto la violazione dei diritti fondamentali dei condannati.**

Una strada diversa, certamente più economica dal punto di vista dei tempi di una possibile soluzione (e forse più consona all'idea di una leale cooperazione tra autorità giurisdizionali nazionali e Corte EDU nella tutela dei diritti convenzionali), potrebbe però essere sin d'ora esplorata. Con l'obiettivo di circoscrivere il più possibile gli effetti di una tale decisione ai *solii profili concernenti il rispetto dell'art. 7 CEDU*, evitando il temuto effetto collaterale di una valanga di ricorsi originati da asserite violazioni dei principi dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU, mai rilevate ed accertate a Strasburgo.

Una simile strada passa per l'esatta individuazione della *causa normativa* della violazione dell'art. 7 CEDU che si è consumata con l'emanazione delle sentenze di condanna in questione, e che rischia oggi di perpetuarsi con la loro integrale esecuzione.

Il nodo è rappresentato, a ben guardare, dall'*applicazione retroattiva nei processi già in corso, e per i quali l'imputato avesse già chiesto di accedere al rito abbreviato*, della più sfavorevole disciplina di cui al d.l. 341/2000 (**legge 3**), e in particolare della disposizione di cui all'art. 7 di tale decreto legge, in cui da un lato si disponeva (in via, apparentemente, di interpretazione autentica) che "nell'art. 442, comma 2, c.p.p., 'pena dell'ergastolo' è riferita all'ergastolo senza isolamento diurno" (comma 1), e dall'altro si modificava il comma 2 dell'art. 442 c.p.p., prevedendosi che in caso di giudizio abbreviato "alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo".

E' proprio questa *applicazione retroattiva in malam partem* – allora motivata dalla giurisprudenza italiana in nome della natura *processuale* delle norme in successione temporale, e della conseguente applicabilità del principio *tempus regit actum* – ad avere determinato, a giudizio della Corte EDU, la violazione del diritto dell'imputato a vedersi applicata la pena più mite tra quelle previste da tutte le leggi succedutesi sino al momento del passaggio in giudicato della sentenza. Nella lettura della Corte EDU, infatti, tanto la legge 2 quanto la legge 3 – nel momento in cui stabilivano l'entità della sanzione per un fatto di reato, sia pure in presenza del presupposto processuale rappresentato dalla richiesta del rito abbreviato – avevano natura *sostanziale*, dal momento che da esse discendeva la determinazione della pena che doveva essere applicata per il fatto commesso.

In estrema sintesi, la violazione è dunque dipesa – e continua a dipendere, in relazione agli effetti che *oggi* discendono dal giudicato – dall'*illegittima applicazione* agli imputati della **legge 3**.

## **12. Seconda conclusione: il giudicato può cedere di fronte alla (sopravvenuta) inapplicabilità di una norma penale sostanziale.**

Letta in questa luce, la situazione non mi pare sostanzialmente dissimile da ogni altra situazione in cui l'imputato sia stato condannato in forza di una legge penale che, nella sua parte precettiva o sanzionatoria, sia stata *ex post* dichiarata *illegittima*, o comunque sia stata dichiarata *inapplicabile* rispetto all'imputato, in ragione del suo contrasto con norme di rango superiore alla legge penale medesima.

Il pensiero corre immediatamente alla recente sentenza *El Dridi* della Corte di giustizia UE, in relazione alla c.d. direttiva rimpatri e alla sua incidenza sul diritto penale dell'immigrazione vigente nell'ordinamento italiano. In quell'occasione, la Corte di giustizia statò l'incompatibilità delle *pene detentive* previste dall'art. 14 co. 5 *ter* e *quater* d.lgs. 286/1998 nella versione allora vigente con il diritto UE, e il conseguente obbligo del giudice nazionale di *disapplicare* tali disposizioni penali, richiamando anzi espressamente lo stesso giudice interno al rispetto del principio di *retroattività* della norma penale più favorevole<sup>12</sup>; e la Corte di cassazione non esitò ad ammettere la legittimità della *revoca* dei giudicati di condanna per quelle incriminazioni, nonostante l'art. 673 c.p.p. facesse esplicito riferimento soltanto alle ipotesi della abrogazione della norma incriminatrice e della dichiarazione di *illegittimità costituzionale* della stessa<sup>13</sup>.

L'idea di fondo sottesa a questa decisione della Cassazione era, all'evidenza, che l'ordinamento non potesse tollerare l'esecuzione di una pena dichiarata ormai *illegittima* dal punto di vista del diritto UE, dotato di *primazia* sul diritto interno, e dunque sulla stessa norma incriminatrice sulla cui base era stata applicata la pena da parte del giudice di cognizione. Dall'inapplicabilità della pena ai processi ancora in corso – sancita a chiare lettere dai giudici di Lussemburgo – il nostro giudice di legittimità ha dedotto l'illegittimità dell'*esecuzione* della pena *anche rispetto alle condanne già passate in giudicato*, nonostante – ripeto – l'assenza di una disposizione che prevedesse *espressamente* una simile eccezione all'irrevocabilità del giudicato, sulla base evidentemente dell'analogia tra la situazione in cui la norma incriminatrice (nella sua parte precettiva o sanzionatoria) viene dichiarata *illegittima* dalla Corte costituzionale, e quella in cui essa è dichiarata comunque *inapplicabile* dalla Corte di giustizia in quanto lesiva del diritto dell'Unione, prevalente sul diritto interno.

Ma pensiamo anche a una diversa situazione, nient'affatto scolastica ed anzi assolutamente attuale, che concerne invece direttamente il diritto della Convenzione europea (in senso lato, comprensivo dei suoi protocolli addizionali che ne condividono

---

<sup>12</sup> [Corte di giustizia dell'Unione europea, \*El Dridi\*, sent. 28 aprile 2011, in questa Rivista.](#)

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. I, 25 novembre 2011 (ud. 10 novembre 2011), n. 43787, Pres. Giordano, Est. Bonito, p.m. in c. O.A.

lo *status* giuridico). La Corte EDU ha ormai affermato a chiare lettere, da ultimo anche in un caso originato da un ricorso dello stesso Franco Scoppola (nel caso c.d. *Scoppola n. 3 c. Italia*, del 18 gennaio 2011), l'illegittimità di ogni automatismo nell'applicazione delle pene accessorie, e segnatamente della pena dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici che consegue d'ufficio alla condanna per talune categorie di delitti, la quale comporta la perdita definitiva del diritto di elettorato attivo, e ciò in ragione del contrasto di tale automatismo con l'art. 3 Prot. 1 CEDU<sup>14</sup>. Anche in questo caso, la violazione accertata dai giudici di Strasburgo deriva dunque dall'*applicazione* di norme di legge interne, ed in particolare degli artt. 20, 28 e 29 c.p., *che produce un effetto illegittimo* dal punto di vista del Protocollo 3; e a tale situazione di illegittimità – che si produce *oggi*, per effetto della perdurante esecuzione della pena – occorrerà a questo punto ovviare, eliminando per l'appunto gli effetti della pena accessoria in questione (o comunque rivalutandone i presupposti applicativi in base a un puntuale apprezzamento, da parte del giudice dell'esecuzione, delle circostanze del caso concreto) *nonostante la presenza di un giudicato*, a meno che non si voglia cristallizzare una situazione di *perdurante violazione* dei diritti convenzionali del condannato<sup>15</sup>.

Anche nel caso che ora ci occupa, *l'applicazione nel giudizio di cognizione* – a suo tempo celebrato – di una *norma di diritto penale sostanziale* produce *oggi*, per effetto della esecuzione del giudicato, un *risultato di lesione dei diritti fondamentali del condannato*, che l'ordinamento italiano *ha un preciso dovere di rimuovere* nei confronti del Consiglio d'Europa, in forza dei principi statuiti nella sentenza *Scoppola*. E ciò, se del caso, superando la preclusione rappresentata dalla cosa giudicata: preclusione che è, del resto, *già stata riconosciuta dalla nostra giurisprudenza di legittimità come inidonea a legittimare*, dal punto di vista dei nostri obblighi convenzionali, *una situazione di perdurante lesione dei diritti medesimi*.

D'altronde, se è vero – come ho più volte sottolineato – che in tutti i casi in cui sinora la Cassazione ha ritenuto di superare il giudicato per porre rimedio a una violazione di diritti convenzionali accertata a Strasburgo, lo ha fatto nei confronti di persone che avevano esperito vittoriosamente un ricorso contro lo Stato italiano, è tuttavia necessario non sottovalutare la portata *generale* degli *obblighi* discendenti sullo Stato soccombente da una pronuncia che ne accerta la responsabilità per una singola violazione. Non bisogna dimenticare, infatti, che l'art. 46 CEDU è stato fatto oggetto di una *interpretazione estensiva* da parte della Corte EDU, che per l'appunto sulla base di tale norma ha affermato (a partire dal caso *Broniowski c. Polonia*, del 2004) il proprio potere di statuire *misure c.d. generali* a carico dello Stato resistente, con le quali la Corte ordina allo Stato medesimo di introdurre nell'ordinamento nazionale le misure idonee

---

<sup>14</sup> Sulla sentenza in questione, e sulle sue ricadute nell'ordinamento italiano, cfr. più ampiamente A. COLELLA, [Terza condanna dell'Italia a Strasburgo in relazione all'affaire Scoppola: la privazione automatica del diritto di voto in caso di condanna a pena detentiva contrasta con l'art. 3 Prot. 1 CEDU](#), in questa *Rivista*, 8 marzo 2011.

<sup>15</sup> Rispetto a una tale situazione, il rimedio processuale sarebbe del resto agevole: cfr. Cass. pen., sez. I, 13 ottobre 2010, n. 38245, De Marco, secondo la quale il giudice dell'esecuzione può correggere la pena accessoria illegittimamente inflitta dal giudice di cognizione, in virtù dello stesso principio di legalità dei reati e delle pene.

ad evitare il ripetersi della violazione accertata nel caso concreto, nei confronti dunque della *generalità* di coloro che si trovino nella medesima situazione del ricorrente<sup>16</sup>. Nello stesso caso *Scoppola*, la Corte – pur astenendosi poi dall’indicare *specificamente* le misure da adottare – ha ribadito (al § 147) quanto testualmente affermato in *Broniowski*, e cioè che “in forza dell’art. 46 le Parti si sono impegnate a rispettare le sentenze definitive della Corte in ogni caso in cui sono state parti [...]. Da ciò consegue, *inter alia*, che una sentenza nella quale la Corte ha individuato una violazione impone allo Stato resistente un obbligo legale non solo di pagare alle persone indicate dalla Corte le somme da questa stabilite a titolo di equa soddisfazione ai sensi dell’art. 41, ma anche di individuare, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri, le misure *generali* e, se necessario, individuali da adottare nell’ordinamento giuridico interno *per porre fine alla violazione accertata dalla Corte e per eliminarne per quanto possibile gli effetti*”.

Gli effetti ancora perduranti della violazione – dipendente, nel caso concreto, da una *illegittima applicazione* dal punto di vista della Convenzione di una norma interna di diritto penale sostanziale – devono dunque essere eliminati anche nei confronti di coloro che *non* hanno proposto ricorso a Strasburgo, ma si trovano in una situazione analoga a quella che è stata oggetto della sentenza della Corte in *Scoppola*. Dall’angolo visuale della Corte – e degli organi politici del Consiglio d’Europa, che curano l’esecuzione delle sentenze della Corte – questi signori non sono affatto “figli di un dio minore”, ma sono titolari di diritti fondamentali ai sensi della Convenzione, che lo Stato italiano è tenuto a tutelare nell’estensione loro attribuita dalla giurisprudenza della Corte: in particolare, assicurando *l’eliminazione in sede esecutiva degli effetti* che ancora *oggi* discendono dalla *originaria violazione* commessa durante il giudizio di cognizione.

### 13. Un ulteriore problema: è qui necessario l’intervento della Corte costituzionale?

Il vero nodo problematico che mi pare di scorgere, nella vicenda oggi all’esame, attiene non tanto al *se*, quanto piuttosto al *chi* debba porre rimedio alla (perdurante) violazione: il giudice ordinario o la Corte costituzionale?

La strada di una soluzione diretta della questione da parte del giudice ordinario sembrava infatti, in quell’occasione, spianata dal particolare *status* del diritto UE (di cui le sentenze della Corte di giustizia sono parte integrante, essendo le stesse pacificamente riconosciute come *fonte* dello stesso diritto UE), che è dotato di *effetto diretto* nell’ordinamento nazionale, con conseguente idoneità a determinare addirittura la *disapplicazione* delle norme interne eventualmente contrastanti.

Al diritto della Convenzione europea e dei suoi protocolli il diritto vivente italiano, così come cristallizzato nelle storiche sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, non riconosce invece questo *status* privilegiato: le loro

---

<sup>16</sup> Corte EDU (Grande Camera), *Broniowski c. Polonia*, sent. 22 giugno 2004 (ric. n. 31443/96), § 192. Nel caso di specie, la Corte ordinò conseguentemente allo Stato resistente di adottare le misure legislative ed amministrative appropriate per tutelare i diritti di *tutti* coloro che, pur non avendo adito essi stessi la Corte europea, si trovassero nella medesima situazione del ricorrente.



norme – così come *interpretate* dalla Corte EDU – sono bensì idonee a costituire *parametro interposto di legittimità costituzionale* delle leggi italiane, in forza dell'art. 117 co. 1 Cost.; ma ad esse è preclusa la possibilità di determinare la disapplicazione delle leggi medesime da parte del giudice ordinario, il quale – in caso di contrasto tra queste e il diritto convenzionale – sarà piuttosto tenuto a investire la Corte costituzionale del compito di risolvere il conflitto.

Dal momento allora che l'illegittimità dell'applicazione retroattiva della **legge 3** agli imputati che avevano formulato istanza di abbreviato nel vigore della **legge 2** è stata sancita da una *sentenza della Corte EDU*, nella sua veste di interprete degli articoli 6 e 7 CEDU – e dunque di due norme *non* dotate di effetto diretto, ma meramente idonee a costituire parametro interposto di legittimità costituzionale –, si potrebbe dunque argomentare, nei casi che ci occupano, nel senso dell'obbligo a carico del giudice ordinario di sollevare questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. *in relazione all'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla sentenza della Corte EDU Scoppola c. Italia (n. 2)*, della disposizione di legge interna da cui deriva la violazione del diritto dei ricorrenti, e cioè *dell'art. 7 d.l. 341/2000, nella parte in cui tale disposizione si applica anche a coloro che avevano formulato istanza di giudizio abbreviato nel vigore della l. 479/1999*.

#### **14. Terza conclusione: è praticabile una interpretazione conforme all'art. 7 CEDU dell'art. 7 d.l. 479/1999 da parte dello stesso giudice ordinario.**

Non sono, peraltro, convinto che il coinvolgimento della Corte costituzionale nei termini appena prospettati rappresenti una strada obbligata, in relazione al rango della CEDU – e mediamente delle sentenze di Strasburgo – nel nostro ordinamento.

Non bisogna infatti dimenticare che il giudice *ordinario* – se non ha il potere di *disapplicare* la legge interna contrastante con la Convenzione europea – ha tuttavia il dovere, assolutamente pacifico, di *interpretare* la legge interna in maniera *conforme* alla Convenzione. Ché anzi, ove il giudice ordinario non esperisse tale tentativo di interpretazione conforme, laddove consentito dalla lettera della legge, la stessa questione di legittimità costituzionale sarebbe *inammissibile*, ai sensi della costante giurisprudenza della Corte costituzionale.

E, si noti, il dovere di interpretazione conforme *prescinde* totalmente dall'esistenza di una *sentenza* della Corte EDU che abbia deciso il *singolo* caso in discussione accertando la violazione di un diritto fondamentale di quel particolare ricorrente, e sancendo i correlativi obblighi riparatori *ex art. 46 CEDU*: il dovere in capo al giudice ordinario è, in linea assai più generale, quello di assicurare il rispetto nell'ordinamento interno degli obblighi discendenti dalla Convenzione *così come interpretati dall'insieme della giurisprudenza della Corte EDU*, utilizzando tutti i margini di

cui dispone per evitare applicazioni della normativa nazionale in contrasto con tali obblighi<sup>17</sup>.

Onde la questione si riduce ai seguenti termini: ci sono spazi, qui, per una *interpretazione conforme* da parte dello stesso giudice ordinario della disposizione di legge (l'art. 7 d.l. 341/2000) dalla cui applicazione è derivata, e tuttora deriva, la violazione del diritto fondamentale del condannato all'applicazione retroattiva della legge più favorevole di cui all'art. 7 CEDU?

La mia opinione è che *tali spazi vi siano*, la lettera dell'art. 7 d.l. 341/2000 non ostando in alcun modo da una sua interpretazione che *ne precluda l'applicabilità per il passato*, e segnatamente *per tutti i casi in cui l'imputato – nel vigore della l. 479/1999 – avesse già formulato istanza di giudizio abbreviato*.

Alla possibilità di ricavare in via interpretativa dalla *disposizione* di cui all'art. 7 d.l. 341/2000 una *norma* che ne confini in tal modo l'ambito di applicazione, in modo da evitare il protrarsi della violazione del diritto fondamentale del condannato, non si oppone infatti il testo della disposizione, che non prevede *espressamente* la sua applicabilità retroattiva ai processi già in corso nei quali l'imputato avesse formulato istanza di rito abbreviato; né costituisce ostacolo insuperabile *l'intenzione del legislatore storico* di introdurre un'interpretazione autentica della disposizione previgente, posto che siffatti tentativi di introdurre disposizioni surrettiziamente retroattive a danno di diritti o legittime aspettative individuali sono stati tante volte denunciati e sanzionati dalla giurisprudenza, ordinaria e costituzionale.

Né, ancora, potrebbe opporsi a tale interpretazione conforme l'argomento secondo cui il successivo art. 8 prevede una specifica disciplina transitoria, con la quale si consentiva a chi avesse formulato istanza di abbreviato nel vigore della disciplina previgente di revocare tale istanza nei trenta giorni successivi all'entrata in vigore del d.l. 341/2000, dal momento che – quale che fosse *l'intentio* del legislatore storico – tale facoltà di revoca non esclude che l'interessato potesse invece preferire *mantenere* la richiesta di abbreviato e al tempo stesso *invocare*, come lo stesso Franco Scoppola inutilmente fece, l'applicazione del più favorevole trattamento sanzionatorio che gli era stato promesso nel momento della formulazione della richiesta.

Il canone dell'interpretazione conforme agli obblighi sovranazionali prevale del resto indubitabilmente su quello dell'interpretazione storica e persino sistematica, laddove non si incontrino ostacoli insuperabili sul piano della *lettera* della legge: e anche questo può essere dato tranquillamente per pacifico, alla luce dei molteplici esempi offertici in questo senso dalla stessa giurisprudenza di legittimità<sup>18</sup>.

Breve: il giudice ordinario potrà plausibilmente pervenire *in via ermeneutica*, senza necessità di investire la Corte costituzionale, alla conclusione che l'art. 7 d.l. 341/2000 non doveva essere applicato agli imputati che avevano richiesto il giudizio

---

<sup>17</sup> Sull'obbligo di interpretazione conforme, particolarmente importanti e significative – tra le molte altre che si sono succedute negli ultimi anni – sono, anche per l'autorevolezza della fonte da cui provengono, Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2010, Beschi, e Cass. pen., Sez. Un., 25 novembre 2010, n. 27918, D.F.

<sup>18</sup> Si consenta sul punto il rinvio a F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in P. Corso – E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, p. 642 ss., anche per i puntuali riferimenti alla giurisprudenza nel senso indicato nel testo.

abbreviato sotto il vigore della precedente disciplina, e non può pertanto legittimare – oggi – l'esecuzione della pena da esso prevista (l'ergastolo) in luogo di quella prevista dalla disciplina più favorevole previgente (trent'anni di reclusione).

#### **15. Quarta conclusione: il procedimento di esecuzione è la sede appropriata per rideterminare la pena.**

La questione che residua, a questo punto, mi pare sia semplicemente la seguente: qual è lo *strumento processuale* idoneo per porre rimedio alla violazione in atto del diritto fondamentale del condannato, che discende per l'appunto dall'esecuzione di una pena inflitta sulla base di una legge che non avrebbe dovuto essergli applicata?

Ma qui mi pare che la strada, una volta tanto, sia tutta in discesa.

Non v'è dubbio che l'art. 673 c.p.p. *non* sia, all'uopo, il rimedio idoneo: non occorre qui *revocare* una sentenza di condanna emanata sulla base di una norma abrogata o dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale (e nemmeno di una sentenza emanata sulla base di una norma incompatibile con il diritto UE), bensì semplicemente *rideterminare la pena da eseguire*. Ma la nostra giurisprudenza di legittimità ha a ben guardare già riconosciuto che, tra i poteri del giudice dell'esecuzione attribuitigli dal *complesso* delle norme che disciplinano il relativo procedimento (artt. 655-667 c.p.p.), si colloca anche il potere, discendente dalla logica del sistema dell'incidente di esecuzione e – direi – analogicamente argomentabile quanto meno dall'art. 671 c.p.p., di *rideterminare la pena da eseguire*, segnatamente allorché *una frazione di essa* per qualsiasi ragione non debba, per l'appunto, essere eseguita. Come, appunto, dovrebbe accadere nel caso in cui tale frazione risulti addirittura *illegittima* in quanto inflitta in forza di una norma, *di natura sostanziale e non già processuale*, che violava a un diritto fondamentale del condannato, come era quella dalla quale discendeva la *misura della pena* allo stesso applicabile.

Così è già accaduto, in effetti, nel caso di specie che ha originato la recente pronuncia della Cassazione nella quale si è affermato – *senza scandalo alcun di nostra gente*, come sussurra il Conte di Almaviva nello splendido terzetto delle *Nozze* – che il giudice dell'esecuzione ha il potere di *rideterminare* la pena inflitta a chi sia stato condannato per un delitto aggravato dalla propria condizione di clandestinità *ex art. 61 n. 11-bis c.p.*, in seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di quella (oscena) aggravante: *eliminando*, in particolare, *la frazione di pena in eccesso*, che deve ormai considerarsi *illegittima* e, pertanto, *non eseguibile*<sup>19</sup>.

Nulla di più, e nulla di meno, di quanto i ricorrenti nei casi in esame chiedono oggi di ottenere.

---

<sup>19</sup> [Cass. pen., Sez. I, 27 ottobre 2011 \(dep. 13 gennaio 2012\), n. 977, Pres. Giordano, Rel. Di Tomassi, imp. Hanoum, in questa Rivista](#). Cfr. del resto, anche la già citata cass. 38245/2010 (*supra*, nota 16, nella quale – con riferimento al riconosciuto potere del giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena accessoria illegittimamente inflitta dal giudice di cognizione – afferma perentoriamente che “la pena illegale per specie e/o misura va corretta anche *in executivis*, dovendo tendenzialmente cedere il giudicato a tale più alta valenza fondativa dello statuto della pena”.

## 16. Sintesi e considerazioni conclusive.

Al termine di questo lungo percorso, può forse riuscire utile ricapitolare i passaggi e le conclusioni essenziali cui ho ritenuto – non senza molte perplessità e inquietudini –, di pervenire:

- la *ratio decidendi* della sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 2) si estende a *tutti* coloro che si trovano in una situazione analoga a quella di Franco Scoppola, avendo formulato richiesta di giudizio abbreviato tra il 2 gennaio 2000 e il 24 novembre 2000 ed essendo stati invece condannati in via definitiva alla pena dell'ergastolo;

- la pena dell'ergastolo è stata dunque inflitta nei confronti di tutti costoro in violazione dei loro diritti fondamentali al processo equo (art. 6 CEDU) e all'applicazione della legge più favorevole tra tutte quelle entrate in vigore tra la commissione del fatto e la pronuncia della sentenza definitiva (art. 7 CEDU);

- conseguentemente, l'esecuzione nei loro confronti della frazione di pena eccedente i trent'anni di reclusione risulterebbe *illegittima*, anche in relazione ai benefici penitenziari cui essi potrebbero avere diritto laddove fossero stati condannati a una pena detentiva temporanea;

- nonostante il mancato esperimento da parte di costoro del rimedio di cui all'art. 34 CEDU e la conseguente mancanza di una sentenza della Corte EDU cui dare esecuzione nei loro confronti, l'ordinamento italiano non può tollerare che, in nome dell'intangibilità del giudicato (e degli interessi sottesi a tale principio), venga *eseguita* una pena, o una *frazione di pena*, prevista da una norma di diritto penale sostanziale la cui applicazione ha leso il diritto fondamentale di cui all'art. 7 CEDU all'applicazione della pena più mite tra tutte quelle entrate in vigore dalla commissione del fatto alla sentenza definitiva, e che per tale motivo *non avrebbe dovuto essere applicata* agli stessi dal giudice di cognizione;

- la giurisprudenza italiana di legittimità ha del resto già affermato – in particolare in relazione alle pene previste dall'art. 14 co. 5 *ter* e *quater* d.lgs. 286/1998 prima della modifiche normative del giugno 2011 – che il giudicato penale di condanna debba venir meno allorché la pena sia stata inflitta in forza di una legge penale riconosciuta da una giurisdizione internazionale come *inapplicabile* al condannato;

- alla conclusione dell'*ineseguibilità* nei casi in esame della pena dell'ergastolo discendente dall'art. 7 d.l. 341/2000, in nome della tutela del diritto fondamentale del condannato di cui all'art. 7 CEDU, può pervenire già il *giudice ordinario* in via di *interpretazione conforme alla CEDU della normativa nazionale*, senza necessità di investire la Corte costituzionale della questione;

- la sede processuale per la rideterminazione della pena nella misura (legittima) di *trent'anni di reclusione* è l'*incidente di esecuzione*, così come già ha ritenuto la giurisprudenza di legittimità in relazione alla questione analoga della rideterminazione della pena in seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della c.d. aggravante di clandestinità.

Il rischio maggiore che si paventa – la valanga di ricorsi per supposte violazioni del “processo equo” – dovrebbe essere così scongiurato: la soluzione favorevole alla rideterminazione della pena è qui argomentata *chirurgicamente* attorno (*on the narrow basis of*, direbbero i giuristi anglosassoni) all’idea della contrarietà al diritto fondamentale di cui all’art. 7 CEDU dell’*applicazione di una norma, di natura sostanziale, che disciplinava la misura della pena*; applicazione che ha per effetto immediato l’*esecuzione di una pena illegittima*. Altro sarebbe assumere che l’illegittimità della pena dipenda soltanto dal suo essere stata inflitta in esito a un processo non equo, ai sensi dell’art. 6 CEDU: lì l’apprezzamento non potrebbe, in effetti, che essere compiuto *caso per caso*, sulla base dei complessi bilanciamenti di cui fa uso la Corte EDU, nell’ambito però della *sede naturale* di questo giudizio: che è, appunto, il processo instaurato avanti alla Corte di Strasburgo, entro il termine di decadenza fissato dall’art. 35 CEDU. In difetto del quale il giudicato interno non potrà che segnare il limite ultimo e – questa volta sì, invalicabile – per discutere di eventuali *errores in procedendo*.

Si tratta, ne sono consapevole, di una linea di demarcazione non irresistibile, e aperta a possibili obiezioni: ma proprio non riuscirei a rassegnarmi all’alternativa di mantenere all’ergastolo persone che – esattamente come Franco Scoppola – hanno rinunciato a una parte dei loro diritti di difesa in vista di un consistente sconto di pena, poi negato loro con una soluzione “all’italiana” giustamente censurata da Strasburgo, soltanto perché questi signori non hanno avuto la fortuna di disporre di un difensore tecnicamente agguerrito come quello di si è avvalso Scoppola.

Tutelare i diritti fondamentali, del resto, non è mai operazione indolore, né priva di rischi: ma sono rischi che vale la pena di correre, in nome della tutela delle *persone* (in carne e ossa) che stanno dietro i “diritti fondamentali”, e che sono incomparabilmente più importanti di tutti i principi e i dogmi che affollano l’orizzonte dei giuristi.