

La retroattività della *lex mitior* nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?

Caterina Scaccianoce

SOMMARIO: 1. La retroattività della legge penale più favorevole: cenni sul fondamento costituzionale. – 2. La posizione della Corte costituzionale prima e dopo la sentenza della Corte EDU Scoppola c. Italia. – 3. La decisione “Scoppola” quale «sentenza pilota» e il problema della sua efficacia nell’ordinamento interno. – 4. La soluzione operativa suggerita dalle sezioni unite per i casi sovrapponibili a quello deciso nella vicenda Scoppola. – 5. La retroattività dell’*abolitio criminis* di matrice giurisprudenziale: la Corte costituzionale mette un freno.

1. La retroattività della legge penale più favorevole: cenni sul fondamento costituzionale

A fondamento del principio di retroattività della norma più favorevole al reo, consacrato all’art. 2, commi 2, 3 e 4, c.p., si rinviene la garanzia del *favor libertatis*, per la quale al cittadino deve essere assicurato il trattamento penale più mite tra quello previsto dalla legge penale vigente al momento della realizzazione del fatto e quello previsto dalle leggi successive, purché precedenti la sentenza definitiva di condanna.

La medesima *ratio* sta a base del diverso principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole, anch’esso previsto dall’art. 2 c.p., al comma 1, che, rispetto al primo, ha rango costituzionale con diretto riconoscimento nell’art. 25, comma 2, Cost., secondo cui «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». La dottrina prevalente¹, tuttavia, sulla base anche di una giurisprudenza orientata a porre il principio della retroattività della *lex mitior* a livelli primari, ne individua la relativa tutela costituzionale nel canone di eguaglianza-ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost. Si ritiene, infatti, come sia discriminatorio punire in maniera differenziata soggetti responsabili della medesima violazione soltanto in ragione della diversa data di commissione del reato o che, a causa del diverso

¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Milano, 2009, p. 86 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 2011, p. 81 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Milano, 2012, p. 101 ss.; D. PULITANO, *Diritto penale*, 4^a ed., Torino, 2011, p. 613 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 9^a ed., Milano, 2008, p. 38 ss.; G. VASSALLI, *Abolitio criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 377 ss. Per un’analisi comparatistica v. M. SCOLETTA, *Principe de retroactivité favorable et illegitimité de la lex mitior dans la perspective européenne*, in A. ZAPATERO, N. MARTÍN, *European Criminal Law: An Overview*, 2010, p. 337 ss. È invece favorevole alla riconducibilità del principio ex art. 2, co. 4, c.p., all’art. 25, co. 2, Cost., A. ARDIZZONE, *Limiti all’applicabilità dei nuovi termini di prescrizione ed illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 208 ss.

tempus regit actum, uno di tali soggetti continui a essere punito mentre l'altro si sottragga a qualsiasi sanzione penale.

Se identica appare la *ratio* sottesa a entrambi i principi *de quibus*, potendosi rilevare che, nell'uno e nell'altro caso, «all'ordinamento sta a cuore di garantire al singolo la libertà o, comunque, maggiori spazi di libertà»², diversamente calibrata, invece, sembra essere la tenuta degli stessi a fronte di altri interessi in gioco. Mentre, infatti, l'irretroattività della legge più sfavorevole è principio assoluto, come tale non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali, la retroattività della norma più favorevole è derogabile in virtù della prevalenza che su di essa possono darsi ad esigenze diverse, come quelle di economia processuale e di certezza dei rapporti ormai esauriti, assunte come prioritarie rispetto a quella di evitare disparità di trattamento. D'altronde è lo stesso legislatore a porre precisi limiti di applicabilità al principio della retroattività là dove, nei commi 3-6 dell'art. 2 c.p., individua quelle particolari situazioni al verificarsi delle quali non può darsi spazio alla garanzia sottesa alla retroattività della norma più favorevole.

Così, accanto allo sbarramento temporale della irrevocabilità della sentenza di condanna, figurano ipotesi chiaramente derogatorie rispetto all'applicabilità della legge posteriore più favorevole, legate alla eccezionalità o temporaneità della legge vigente al momento della commissione del fatto, oppure alla decadenza o alla mancata ratifica di un decreto-legge posteriore che, modificando la previgente normativa, abbia introdotto un trattamento migliore, o ancora alla sopravvenienza di una norma che, modificando il trattamento sanzionatorio previsto per una determinata fattispecie penale, sostituisce la pena detentiva con quella pecuniaria.

La giurisprudenza costituzionale in tema di retroattività della *lex mitior* sembra ormai muoversi su un terreno che la pone costantemente a confronto con il diritto "vivente" elaborato dai giudici di Strasburgo, rispetto al quale la prospettiva assiologia sostanziale delle fonti - diritto interno, Costituzione, diritto internazionale - la conduce a una improrogabile rivisitazione di talune prese di posizione alla luce dell' 'obbligo' per il giudice nazionale di adeguare la normativa interna alle nuove frontiere interpretative imposte (*rectius*: interposte) dalle fonti europee³. Se, infatti, in un primo momento, l'art. 3 Cost. rap-

² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 86.

³ «La Convenzione europea è infatti ormai chiamata a interagire profondamente con il nostro diritto interno, secondo una duplice e coordinata prospettiva. Anzitutto, l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo è divenuta [...] parametro di costituzionalità. Questa scelta [...] richiederà che i giudici italiani

presentava il solo parametro cui ancorare la legittimità costituzionale della normativa in deroga del principio della retroattività della legge più favorevole, la sentenza “Scoppola” della Corte Edu del 17 settembre 2009, incorporando nell’art. 7, § 1 della Convenzione il principio *de quo*, quasi ad assimilarlo al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, sembra avere arricchito il nucleo normativo di riferimento: oggi la Corte costituzionale deve verificare la contestuale legittimità della norma derogatoria, ai sensi del parametro di cui all’art. 117 Cost., in quanto richiamante l’art. 7 CEDU.

Ciò premesso, si avrà modo di verificare come l’obbligo per lo Stato, sancito a livello europeo, di far beneficiare l’imputato dell’applicazione della pena a lui più favorevole entrata in vigore dopo la commissione del reato abbia comportato importanti ricadute in tema di giudicato, la cui intangibilità sembra ormai destinata a cedere di fronte alle evocate esigenze di giustizia sostanziale sottese nel ‘nuovo diritto fondamentale’.

La sempre più intersecata attività interpretativa dei nostri giudici, frutto del crescente dialogo con la giurisprudenza europea, opera inevitabilmente in un settore della giurisdizione penale, di centrale rilevanza, nel quale il giudice dell’esecuzione, dovendo attuare i principi dettati dalla Corte EDU, è molte volte obbligato a riaprire situazioni processuali già definitivamente decise senza, tuttavia, potersi agganciare a un inequivoco dettato normativo. Ne deriva l’urgenza di un riordino da parte del legislatore di quei meccanismi processuali che, riconoscendo al giudice dell’esecuzione il potere di modificare il comando sanzionatorio contenuto nella sentenza definitiva, ben si prestano a essere mutuati come possibili, se non uniche, soluzioni offerte dal sistema al fine di adempiere agli obblighi convenzionali.

2. La posizione della Corte costituzionale prima e dopo la sentenza della Corte EDU Scoppola c. Italia

Nell’ultimo decennio la Corte costituzionale, occupandosi di inquadrare il

possessano un’approfondita e aggiornata conoscenza degli orientamenti e delle tecniche di ragionamento della giurisprudenza europea. In secondo luogo, alle indicazioni della Corte europea si dovrà comunque adeguare l’interpretazione delle norme interne, proprio per non incorrere in vizi di illegittimità costituzionale o in censure di non conformità»: così limpidamente R. E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in in A. BALSAMO, R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo italiano*, Torino, 2008, p. 7.

principio di retroattività della legge più favorevole al reo nella cornice garantistica dell'art. 3 Cost., ha in più occasioni⁴ richiamato - *ad adiuvandum* - precise fonti sovranazionali, come l'art. 15, § 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁵ e l'art. 49, comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶, nei quali la retroattività della *lex mitior* trova diretto ed esplicito riconoscimento, nonché la giurisprudenza di Lussemburgo, in particolare la sentenza Berlusconi e a., emessa dalla Corte di giustizia CE (Grande sezione) il 3 maggio 2005, che, affermando l'appartenenza dell'applicazione retroattiva della pena più mite alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, le ha attribuito rango di principio generale del diritto comunitario.

La tutela accordata al principio in esame dal diritto internazionale convenzionale e dal diritto comunitario è, dunque, secondo la Corte costituzionale, espressione del livello di rilevanza dell'interesse sotteso, che potrà essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo - quali, l'efficienza del processo o la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale - «con la conseguenza che lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost. sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole»⁷. Con tali argomentazioni la Corte ha dichiarato l'illegittimità

⁴ Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 194, con commento di D. PULITANO, *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, p. 198; Id., 8 novembre 2006, n. 394, *ivi*, 2007, p. 324; Id., 12 marzo 2008, n. 72, in *Giur. cost.*, 2008, p. 928, con nota di D. PULITANO, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*; Id., 9 giugno 2008, n. 215, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2399, con nota di M. GAMBARELLA, *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*. Per rilievi critici sul tema v. F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in V. MANES e V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 426 ss.

⁵ Il comma 1 dell'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881, stabilisce che «se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne».

⁶ Il comma 1 dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 e ora recepita dal Trattato di Lisbona, stabilisce che «se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima».

⁷ Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 194, con nota critica di D. PULITANO, *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, cit., p. 200, secondo il quale «un mutamento dei termini di prescrizione non necessariamente esprime un mutamento di valutazioni sottese alla disciplina previgente»: il problema della prescrizione «è un problema di punibilità o non punibilità, in ragione del corso del tempo, di un fatto tipico, antigiuridico, colpevolmente commesso». Peraltro la sua costruzione in chiave di improcedibilità ne accentua la distanza dal contesto dei problemi

costituzionale della norma transitoria di cui all'art. 10, co. 3, della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (recante modifiche in tema di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui subordina l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, ai soli procedimenti penali in cui non sia stato dichiarato aperto il dibattimento. La scelta del legislatore di individuare il momento della dichiarazione di apertura del dibattimento come discrimine temporale per l'applicazione delle nuove norme sui termini di prescrizione del reato nei processi in corso di svolgimento in primo grado alla data di entrata in vigore della legge n. 251 del 2005 non è assistita, a parere della Corte, da ragionevolezza, non essendo, l'apertura del dibattimento, in alcun modo idonea a correlarsi significativamente a un istituto di carattere generale come la prescrizione. Peraltro, tale momento, non solo non connota indefettibilmente tutti i processi penali di primo grado, restandone esclusi i riti alternativi a carattere deflativo del dibattimento, ma non rientra nemmeno tra gli atti interruttivi del corso della prescrizione previsti dal legislatore all'art. 160 c.p.⁸.

A distanza di due anni la Corte, pronunciandosi nuovamente sul comma 3 dell'art. 10 della legge n. 251 del 2005, ne ha sancito, questa volta, la legittimità nella parte in cui preclude l'applicabilità della nuova e più favorevole normativa sulla prescrizione ai processi pendenti in appello e avanti alla corte di cassazione alla data di entrata in vigore della medesima. Si è voluto, così, salvaguardare la funzionalità della giustizia di fronte al rischio della vanificazione di un imponente lavoro giudiziario condotto in passato secondo tempi che facevano affidamento ai criteri di prescrizione vigenti all'epoca, affermando la ragionevolezza della norma censurata perché in favore del principio di non dispersione delle attività processuali già compiute all'entrata in vigore della legge più favorevole, ritenuto prevalente rispetto alla garanzia contenuta

attinenti alla tipicità e agli elementi costitutivi dello specifico disvalore del reato. Ne consegue che la prescrizione, in quanto istituto «strutturalmente discriminatorio per ragioni casuali», consente di differenziare coerentemente con il principio di uguaglianza. Sotto questo profilo, il criterio dell'apertura del dibattimento in primo grado si esponeva a critiche sul piano della coerenza intrasistemica, ancorché, secondo l'A., non tali da risolversi in censura di illegittimità costituzionale.

⁸ Corte cost. n. 393 del 2006, cit. Con contestuale decisione, la n. 394 del 2006, cit., la Corte ha precisato, altresì, come «il collegamento al principio di eguaglianza segni anche il limite del principio in esame, che appare, perciò, a differenza della irretroattività della norma penale sfavorevole, suscettibile di deroghe, legittime sul piano costituzionale ove sorrette da giustificazioni ragionevoli».

nell'art. 3 Cost.⁹.

Come si accennava, i parametri di costituzionalità cambiano a seguito della sentenza “Scoppola” della Corte EDU del 17 settembre 2009¹⁰, con la quale i giudici di Strasburgo, mutando il precedente orientamento¹¹, hanno affermato che l'art. 7, § 1 della Convenzione non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma impone altresì che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, con la conseguenza che, nell'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, costituisce violazione dell'art. 7, § 1, CEDU l'applicazione della pena più sfavorevole. Nel caso di specie, il ricorrente aveva lamentato la violazione sia dell'art. 7, §1, sia dell'art. 6 della Convenzione, poiché gli era stata negata l'applicazione della *lex mitior* tra quelle intervenute dopo la commissione del reato, in particolare, della legge n. 479 del 1999, che prevedeva per effetto della scelta del rito abbreviato la commutazione dell'ergastolo nella pena di anni trenta di reclusione. La Corte d'assise d'appello ritenne, infatti, di riformare la sentenza di primo grado - con la quale, in applicazione della “legge Carotti” era stata inflitta all'imputato la pena temporanea, ridotta ex art. 442 c.p.p., di anni trenta di reclusione - condannandolo, secondo il principio *tempus regit actum*, alla più severa pena dell'ergastolo prevista dal d. l. n. 341 del 2000 nel frattempo entrato in vigore. Impugnata la sentenza di secondo grado davanti alla Corte di cassazione, il ricorso veniva rigettato. Sicché, dopo avere tentato, senza successo, la strada del ricorso straordinario ex art. 625 *bis* c.p.p., Franco Scoppola decideva di adire la Corte di Strasburgo che, ritenuto l'art. 442 c.p.p. ascrivibile alla categoria delle disposizioni di diritto penale materiale concernenti la severità della pena, per le quali trovano applicazione le regole sulla retroattività riconosciute indirettamente dall'art. 7, §1, CEDU, riscontrava le violazioni lamentate, affermando come, da un lato, l'imputato

⁹ Corte cost., n. 72 del 2008, cit. V. anche Corte cost., 9 giugno 2008, n. 215, cit., ove si è statuito che, per il principio di uguaglianza, la modifica mitigatrice della legge penale e, ancor di più, l'*abolitio criminis*, disposte dal legislatore in dipendenza di una mutata valutazione del disvalore del fatto tipico, devono riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore, salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione giustificativa.

¹⁰ Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; in senso conforme, Id., 27 aprile 2010, Morabito c. Italia e Id., 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia.

¹¹ Corte eur. dir. uomo, 5 dicembre 2000, Le Petit c. Regno Unito; Id., 6 marzo 2003, Zaprianov c. Bulgaria.

avesse rinunciato alle garanzie di un processo pubblico in contraddittorio confidando nella prospettiva, poi svanita, di una pena diversa dall'ergastolo (art. 6 CEDU), e come, dall'altro, lo Stato fosse venuto meno al proprio obbligo di far beneficiare l'imputato dell'applicazione della pena a lui più favorevole, entrata in vigore dopo la commissione del reato (art. 7 CEDU). La Corte, pertanto, riteneva che l'unica misura in grado di porre fine a tali violazioni, onde restituire *in integrum* il ricorrente, fosse la sostituzione della pena dell'ergastolo allo stesso inflitta con «una pena non superiore a quella della reclusione di anni trenta», prevista dalla c.d. legge Carotti vigente al momento in cui il ricorrente aveva formulato istanza di rito abbreviato. Alla rideterminazione della pena in conformità alle statuizioni della Corte europea provvedeva, nel febbraio 2010, la Corte di cassazione¹², adita da Scoppola mediante ricorso straordinario *ex art. 625 bis c.p.p.*, «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», in ossequio, del resto, al principio dell'economia dei mezzi processuali e allo speculare principio costituzionale della ragionevole durata del procedimento. La Corte rilevava, inoltre, come l'iniquità della decisione, nel caso in esame, non attenesse al profilo di formazione della prova in contraddittorio, o dell'accertamento della responsabilità penale o ancora della qualificazione giuridica dei fatti - nei quali casi è condiviso che il giudice avrebbe dovuto giudicare in maniera differente o che l'imputato avrebbe potuto difendersi diversamente, se fossero state rispettate le garanzie processuali fondamentali - bensì al solo trattamento sanzionatorio, per la cui riformulazione non era necessario che si procedesse a un nuovo giudizio di merito¹³. Sono due, infatti, le specialità della sentenza europea Scoppola c. Italia: la natura della violazione accertata rientrante nell'art. 7 della Convenzione e l'oggetto della censura, attinente al solo profilo sanzionato-

¹² Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 1396, con commento di C. DI PAOLA, *Gutta cavat lapidem: in assenza del legislatore*, secondo la quale detta pronuncia si colloca «tra l'incudine di un giudicato intangibile per inerzia del legislatore e la martellante giurisprudenza di Strasburgo, che continua a sollecitare interventi di diritto positivo».

¹³ Le due procedure, alternativamente segnalate dal ricorrente per la riformulazione della condanna, erano le seguenti: rinvio ad altra sezione della Corte di assise di appello per riformulare la condanna contestata oppure immediata pronuncia della Corte di cassazione, in attuazione della decisione della Corte europea di sostituzione della pena dell'ergastolo con pena non superiore a trenta anni.

rio del giudicato¹⁴. Sicché, libera di individuare la modalità di intervento al fine di conformarsi al *dictum* europeo e constatata l'assenza di una norma processuale interna che affidi al giudice dell'esecuzione un simile intervento diretto sul titolo esecutivo, la Corte ha scelto la via più veloce - ancorché discussa¹⁵ - di provvedervi direttamente, sostituendo la pena più grave inflitta in deroga al principio di retroattività della *lex mitior*, con quella più favorevole. Ciò detto, è indubbio che l'avere ricondotto il principio della retroattività della legge penale più favorevole entro l'area di tutela dell'art. 7 CEDU consente d'ora in poi di invocare l'incostituzionalità della norma che vi deroga perché contraria, non tanto e non solo, all'art. 3 Cost., quanto all'obbligo internazionale, ex art. 117 Cost., di rispettare l'art. 7 CEDU, così come interpretato dai giudici di Strasburgo. È da rilevare, tuttavia, come il nuovo inquadramento europeo del principio, lasciando insoluta la questione concernente la possibilità di derogarvi, abbia portato a supporre che esso sia stato collocato allo stesso livello di quello di irretroattività della legge più sfavorevole¹⁶. Ed è pro-

¹⁴ Una pronuncia, quindi, diversa da quelle che accertano iniquità processuali (art. 6 CEDU) e che prevedono, quale unico rimedio per restituire *in integrum* il condannato, la riapertura del processo, oggi esperibile, come noto, grazie al nuovo caso di "revisione europea" innestato nell'ambito dell'art. 630 c.p.p. dalla Corte costituzionale con sentenza n. 113 del 2011. Va precisato come, prima del citato intervento "additivo" della Corte costituzionale, il rimedio alle iniquità processuali accertate in sede europea fosse affidato, secondo un orientamento, al giudice dell'esecuzione, il quale avrebbe dovuto dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato (Cass., Sez. I, 1 dicembre 2006, Dorigo); secondo un altro orientamento, dettato da Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, al ricorso straordinario ex art. 625 *bis* c.p.p. In merito al rimedio 'creato' da ultimo dalla Corte costituzionale, peraltro assai discusso, si rinvia, *ex pluribus*, a M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3308 ss.; S. QUATTROCOLO, *Violazioni di convenzioni internazionali e giudicato penale interno*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 647 ss.; A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la convenzione europea dei diritti umani ... ovvero: sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Legisl. pen.*, 2011, p. 481; G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1542 ss., non senza rilevare, tuttavia, come sia auspicabile un immediato intervento del legislatore a correzione, integrazione o addirittura a sostituzione del nuovo meccanismo.

¹⁵ Non sono mancate opinioni dottrinali che hanno contestato tale scelta, abdicabile in favore di una competenza funzionale ben attribuibile al giudice dell'esecuzione, del resto già legittimato all'esercizio di poteri analoghi volti ad incidere sul contenuto della sanzione fissato nel titolo esecutivo. Si vedano al riguardo le osservazioni di G. UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, in A. BALSAMO, R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo italiano*, cit., p. 121, nota 73, che, in prospettiva *de iure condendo*, a fronte di una accertata violazione dell'art. 7, Conv. eur. dir. uomo, è favorevole a un'adeguata integrazione dell'art. 673 c.p.p.. Cfr., altresì, G. ICHINO, *L'affaire Scoppola c. Italia e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2010, 841; P. GAETA, *La Corte ritiene superfluo un nuovo giudizio e ridetermina direttamente la pena*, in *Guida dir.*, 2010, p. 24, spec. p. 85.

¹⁶ F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1174.

prio questo l'aspetto su cui si è soffermata la Corte costituzionale allorché si è trovata a misurarsi, per la prima volta, col nuovo parametro di costituzionalità invocato dal ricorrente.

L'oggetto della questione era costituito dalla compatibilità della disposizione transitoria di cui all'art. 10, co. 3, della legge n. 251 del 2005, che precludeva l'applicabilità dei nuovi e più favorevoli termini di prescrizione ai processi pendenti avanti alla corte d'appello e alla corte di cassazione, con il principio di legalità penale sancito nella sentenza Scoppola; normativa sulla cui costituzionalità, come si è accennato, la Corte si era già pronunciata con la sentenza n. 72 del 2008 riconoscendo la ragionevolezza della sua efficacia derogatoria.

Con la sentenza del 19 luglio 2011, n. 236¹⁷ i giudici della Consulta, nel tentativo di colmare importanti lacune del ragionamento compiuto dalla Corte di Strasburgo nella decisione Scoppola c. Italia, sembrano avere inaugurato una stagione nuova, improntata a un dialogo costruttivo tra le due giurisprudenze: ponendosi quale 'interprete' della giurisprudenza di Strasburgo, la Corte ha essa stessa affermato quanto non hanno fatto i Giudici europei, dando un senso al non detto, così da estrapolare un corollario di non poco rilievo del 'neo' principio convenzionale di legalità, sul piano di una sua possibile, purché ragionevole, deroga. La dialettica tra il "diritto vivente" dei singoli Stati membri e quello sovranazionale rappresenta un segnale importante, in quanto non solo ha acceso i riflettori sulla necessità della, pure difficile, armonizzazione della giurisprudenza dei diversi ordinamenti, ma, nel contribuire all'individuazione dei requisiti minimi di garanzie richiesti agli Stati per non incorrere nella violazione degli obblighi pattizi, ha messo in luce l'esigenza delle Parti di un margine di autonomia dagli indirizzi interpretativi dei giudici di Strasburgo ogni qual volta si tratti di fare prevalere, nel caso concreto, maggiori garanzie eventualmente riconosciute negli ordinamenti interni¹⁸.

Fra i diversi profili presi in considerazione dai Giudici costituzionali nella decisione n. 236 del 2011 vi era quello di individuare l'ambito di applicabilità

¹⁷ Corte cost., 19 luglio 2011 n. 236, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3021, con nota di C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*. Si vedano altresì le riflessioni di F. VIGANO, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁸ Cfr., al riguardo, le osservazioni di R. GAMBINI, *Armonizzazione dei diritti nazionali nel segno della giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1169 ss. V., altresì, G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, *ivi*, 2010, p. 371 ss., che rileva come la Corte non abbia mai asserito che uno Stato-parte, il quale disciplini più rigorosamente il contraddittorio, debba "abbassare la guardia" per restare in linea con i suoi insegnamenti.

del principio di retroattività della *lex mitior* circoscritto dalla Corte di Strasburgo: esso, come del resto le altre garanzie tutelate dall'art. 7 CEDU, si applica alle norme di diritto penale sostanziale, alle disposizioni, quindi, «che definiscono i reati e le pene che li reprimono»¹⁹, e non a quelle di natura processuale, tra le quali la Corte europea include quelle in tema di prescrizione del reato, indipendentemente dalla natura che gli attribuiscono i diversi ordinamenti nazionali²⁰. È stato quindi rilevato come l'ambito di applicabilità del principio elaborato in sede europea non coincida con quello che vive nel nostro ordinamento, riguardando quest'ultimo ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto che apporti modifiche *in melius* di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato²¹. Sulla base di tali considerazioni, ritenute assorbenti rispetto ad altre argomentazioni trattate preliminarmente, la Corte ha concluso come sia da escludere che l'obbligo convenzionale sancito nella sentenza "Scoppola" si ponga in contrasto, ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost., con la normativa impugnata, la quale, avendo ad oggetto la disciplina "processuale" della prescrizione, resta al di fuori della sfera di applicazione dell'art. 7 CEDU.

Ma, come detto, la Corte costituzionale, prima di pervenire a tale conclusione, ha affrontato il nodo centrale attinente alla derogabilità o meno del principio europeo della retroattività della *lex mitior*. Condiviso l'orientamento secondo cui è precluso al "giudice delle leggi" di sindacare l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo, dovendo applicare le norme CEDU nel significato loro attribuito da quest'ultima²², la Corte ha ricordato, nondimeno, come sia suo compito «apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi»²³. L'esigenza di tenere in conto le peculiarità dell'ordinamento interno sembra avere sollecitato la Consulta a

¹⁹ Corte eur. dir. uomo, 27 aprile 2010, Morabito c. Italia.

²⁰ Corte eur. dir. uomo, Coëme c. Belgio, sent. 22 giugno 2000.

²¹ Corte cost., sent. nn. 455 e 85 del 1998; ord. n. 317 del 2000, n. 288 e n. 51 del 1999, n. 219 del 1997, n. 294 e n. 137 del 1996.

²² Corte cost., sent. n. 113 e n. 1 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009, n. 39 del 2008, n. 347 e n. 348 del 2007.

²³ Corte cost., 16 novembre 2009, n. 311, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4657, con nota di M. MASSA, *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*.

esercitare il proprio potere di apprezzamento proprio sulla questione, rimasta dai contorni equivoci, della derogabilità del principio convenzionale di retroattività della legge più mite in presenza di situazioni particolari, come, invece, è previsto nel nostro ordinamento. Ebbene, la Consulta è giunta alla conclusione che dalla sentenza “Scoppola” non emerge una configurazione del principio in termini di assolutezza: «nulla la Corte ha detto per far escludere la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività *in mitius* subisca deroghe o limitazioni», essendo un aspetto che non è stato preso in considerazione. Dal silenzio dei Giudici di Strasburgo sul punto, la Corte costituzionale ha dunque ritenuto di potere dedurre un corollario del principio di legalità sostanziale sancito a livello sovranazionale, che lo allineerebbe alle coordinate normative interne, legittimando così la possibilità di una sua deroga. Muovendo, infatti, dall’asserto europeo secondo cui «infliggere una pena più severa *solo* perché essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell’imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo» e che «ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all’imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive»²⁴, i Giudici costituzionali hanno dedotto che, se la retroattività non può essere esclusa “solo” perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, allora una deroga all’applicazione della legge sopravvenuta più favorevole al reo dovrebbe ritenersi ammissibile anche per la giurisprudenza di Strasburgo in presenza di una ragione diversa, che risulti positivamente apprezzabile, specie quando, come nel caso esaminato, fatti-specie incriminatrice e pena siano rimaste immutate.

Tra le ragioni che ammetterebbero una deroga all’applicabilità della legge penale più favorevole la Corte ha, ad esempio, individuato la diversità tra i contesti fattuali o normativi in cui operano le disposizioni che si succedono nel tempo²⁵, quella medesima diversità che ha poi riscontrato nel caso sottoposto

²⁴ Affermazione dalla quale si potrebbe dedurre una incondizionata applicabilità della retroattività della legge penale più favorevole.

²⁵ È proprio la diversità del contesto fattuale che, secondo la Corte costituzionale, giustifica la deroga posta dal comma 5 dell’art. 2 c.p. secondo cui, vista la eccezionalità della situazione esistente al momento della commissione del fatto, dovrà continuare ad applicarsi la disposizione che vigeva in tale momento, ancorché successivamente entri in vigore un trattamento penale più favorevole o addirittura il fatto cessi di costituire reato. Una differente modulazione normativa, invece, potrà giustificare discipline transitorie volte a limitare gli effetti retroattivi degli sviluppi normativi più vantaggiosi, come nel caso in

al suo esame. Si è così affermato come, mentre i processi ancora pendenti in primo grado sono suscettibili di essere riorganizzati in base ai nuovi termini di prescrizione introdotti dalla legge n. 251 del 2005, per i processi in grado di appello e avanti alla corte di cassazione una simile riorganizzazione non sarebbe più possibile senza una consistente dispersione delle attività istruttorie e degli accertamenti di responsabilità già dichiarati nei precedenti gradi di giudizio, ragion per cui è stata ribadita la ragionevolezza della norma transitoria, che, per questi processi, dispone una deroga al principio di retroattività della legge penale più favorevole.

Una riflessione che va oltre quanto può leggersi nella sentenza Scoppola, dove il tessuto argomentativo appare confinato ai soli criteri cardine attorno ai quali ruota la *ratio* del principio di retroattività della *lex mitior*: quello della proporzione della pena rispetto alla gravità del fatto, così come percepita al momento del giudizio, e quello del legittimo affidamento dell'imputato sull'applicazione della pena più mite entrata in vigore durante il processo.

La Corte costituzionale ha, dunque, voluto esplicitare i passaggi inespressi della sentenza Scoppola, individuando possibili sotto-regole ed eccezioni, di cui non si esclude un recepimento da parte dei giudici di Strasburgo, grazie a una «strategia argomentativa *persuasiva* anziché semplicemente *assertiva*»²⁶, quanto mai opportuna per un efficace dialogo tra le due giurisprudenze. Questa volta sono i giudici italiani a suggerire, mediante l'anticipata individuazione dei futuribili contrasti interpretativi, i profili della disciplina interna sui quali potrà pronosticarsi l'insuccesso di un'interpretazione conforme.

3. La decisione “Scoppola” quale «sentenza pilota» e il problema della sua efficacia nell'ordinamento interno

A questo punto è opportuno focalizzare l'attenzione su taluni aspetti, certamente non di secondo ordine, legati alle conseguenze di una possibile estensione del *dictum* europeo anche nei confronti di coloro che, senza avere adito

cui, sostituita per alcune ipotesi criminose la punibilità d'ufficio con quella a querela, si è data, con una norma transitoria, la possibilità di presentare la richiesta di punizione entro un termine, diverso da quello ordinario, decorrente dal giorno dell'entrata in vigore della nuova legge.

²⁶ F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit., 22. Condivide «la retromarcia nella corsa verso il *maximum standard* delle garanzie», imposta dalla Consulta con la sentenza n. 236 del 2011, O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 17.

la Corte di Strasburgo, si trovino tuttavia nella medesima situazione dello Scoppola, in quanto, pur avendo chiesto di essere giudicati con il rito abbreviato quando la legge prevedeva la riduzione della pena dell'ergastolo in quella di anni trenta di reclusione, sono stati condannati alla pena perpetua, reintrodotta dalla legge penale più sfavorevole entrata in vigore successivamente.

Il problema nasce dalla ormai acclarata vincolatività della giurisprudenza europea: da un lato, la Corte costituzionale, ma ancora prima i giudici ordinari, sono tenuti ad adattare i principi della Convenzione così come interpretati dai Giudici di Strasburgo al contesto ordinamentale interno, onde evitare condanne prevedibili in sede europea; dall'altro, adempiere alla decisione europea comporta anche l'obbligo per gli Stati membri di assumere le misure normative necessarie a prevenire nuove violazioni dei diritti, specie se ripetitive e di origine strutturale. Un intervento di portata generale risponde anche all'esigenza di contenere il sovraccarico di lavoro della Corte di Strasburgo, evitandole di essere chiamata ripetutamente a decidere fattispecie in punto di diritto uguali.

Come è noto, i giudici europei a partire da un momento ben preciso hanno arricchito il contenuto delle proprie sentenze, determinando anche un diverso *imprinting* al proprio orientamento sotto un duplice profilo: da un lato, dichiarando l'esistenza di specifiche deficienze ordinamentali da cui trae origine la violazione delle norme convenzionali, e, dall'altro, suggerendo, e a volte perfino prescrivendo nel dispositivo, l'adozione di precise modifiche legislative ritenute idonee per adeguare l'ordinamento interno alle statuizioni pattizie. Esattamente è dalla Risoluzione n. 3 del 12 maggio 2004 che la giurisprudenza di Strasburgo, divenendo molto più incisiva, ha colto l'invito del Consiglio d'Europa a esercitare il potere di identificare nella decisione, per quanto possibile, ciò che a suo avviso rivela un problema strutturale soggiacente alla constatata violazione della norma convenzionale e la sua causa, facilitando in tal modo sia lo Stato a trovare la soluzione più adatta sia il Comitato dei ministri a svolgere la sua attività di controllo sulla corretta esecuzione della sentenza di condanna²⁷. Il caso *Broniowski c. Polonia* del 2004²⁸ è il primo esempio in cui la *Grande Chambre* si è preoccupata di valutare, insieme alle

²⁷ Coeva a detta Risoluzione è la Raccomandazione n. 6, che esortava gli Stati a valutare i rispettivi ordinamenti nazionali e la loro applicazione alla luce di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che avessero evidenziato limiti strutturali o generali, allo scopo di prevedere una disciplina in grado di prevenire ripetute decisioni della Corte medesima su questioni identiche.

²⁸ Corte eur. dir. uomo, Grande Chambre, 22 settembre 2004, *Broniowski c. Polonia*.

problematiche sollevate nel caso concreto, anche se esso ha origine da un problema strutturale dell'ordinamento, invitando lo Stato a disporre le misure generali volte a porre fine alla violazione. Analogamente nel caso Sejdovic, l'Italia è stata invitata da Strasburgo a porre rimedio a un problema strutturale riscontrato nella disciplina del processo contumaciale «legato alle disfunzioni della legislazione e della prassi interne»²⁹; sollecitazione alla quale, come è noto, il nostro Paese rispondeva con il d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito nella l. 22 aprile 2005, n. 60, nel tentativo di allineare la disciplina contestata ai precetti convenzionali³⁰. E ora, in relazione al principio di retroattività della legge penale più favorevole, le sezioni unite, con la recente ordinanza del 19 aprile 2012³¹, affermando di rinvenire nella sentenza Scoppola un invito implicito da parte dell'Europa a risolvere un problema strutturale, sollevano incidente di costituzionalità, in modo da favorire l'avviamento di un rimedio che, come si vedrà, non postula un tempestivo intervento del legislatore.

Che l'ultima parola spetti alla Corte di Strasburgo non pare vi siano più dubbi: i Giudici europei seguiranno, infatti, a condannare l'Italia giudicandola inadempiente anche se la nostra Corte costituzionale, utilizzando il proprio margine di apprezzamento, statuisca - sia pure «nel rispetto della “sostanza”» delle pronunce della Corte EDU - la compatibilità con la Convenzione di quella normativa interna che per Strasburgo continua a porsi in contrasto con

²⁹ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, sent. 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia.

³⁰ Benché l'unico rimedio efficace fosse rappresentato dalla celebrazione di un nuovo processo, il legislatore ha optato per una soluzione “economica” intervenendo sulla disciplina della restituzione nel termine. Con il d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito in l. 22 aprile 2005, n. 60 è stato, infatti, modificato l'art. 175, co. 2, c.p.p., riconoscendo all'imputato contumace il diritto alla restituzione, salva la prova - incombente sull'autorità giudiziaria - che lo stesso abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione. Sulle molte ombre che incombono sul rimedio scelto dal legislatore, notate sin da subito in dottrina, i contributi sono vastissimi, *ex plurimis* si vedano: M. DEGANELLO, *Procedimento in absentia: sulla ‘tratta’ Strasburgo-Roma una ‘perenne incompiuta’*, in R. GAMBINI, M. SALVADORI (a cura di), *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, E.S.I., Napoli, 2009, p. 79 ss.; P. MOSCARINI, *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 573; G. UBERTIS, *Contumaci, doppia restituzione in termine*, in *Id.*, *Argomenti di procedura penale*, II, Giuffrè, 2006, p. 209 ss.

³¹ Cass. pen., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3969 ss., con note di M. GAMBARDILLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza “Scoppola”*, e di C. MUSIO, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*.

i precetti pattizi³².

Al riguardo, è il caso di segnalare come parte della dottrina, muovendo una severa critica al ‘monopolio interpretativo’ della Corte europea, ponga l’accento sull’esigenza di non confondere l’attività legislativa con quella giurisdizionale - la legge con l’interpretazione che ne danno i giudici - vale a dire su quei principi elementari che rischiano di essere vanificati per effetto delle ‘sentenze gemelle’ nn. 348 e 349 del 2007³³, a meno di non convenire sull’assunto che le interpretazioni della Corte EDU rappresentano soltanto autorevolissimi precedenti, senza assurgere mai a vincolo giuridico né per la Corte costituzionale né per i giudici ordinari, se non in rapporto alla specifica controversia decisa³⁴. Diversamente, il ruolo della Corte di Strasburgo verrebbe stravolto e convertito di fatto in organo legislativo: l’interpretazione giurisprudenziale europea diverrebbe lo strumento legislativo per dettare regole processuali alle quali uniformarsi benché non scritte nella normativa sovranazionale. In definitiva - si rileva - «che i giudici debbano tenere nel massimo conto gli indirizzi interpretativi di Strasburgo è fuori discussione. Che siano a

³² È quanto accaduto in Corte eur. Agrati e a. c. Italia del 7 giugno 2011, con la quale i giudici di Strasburgo hanno rimarcato di non essere vincolati alle valutazioni della nostra Corte costituzionale relative alla compatibilità con la Convenzione della disciplina legislativa italiana che stava all’origine delle violazioni ravvisate invece in sede europea.

³³ Corte cost., sentenze n. 348 e 349 del 22 ottobre 2007, (entrambe in *Giur. cost.*, 2007, rispettz. p. 3475 e p. 3535, con note di A. GUZZAROTTI, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici e V. SCIARABBA, Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e Corti nazionale ed internazionali*) ove, oltre a inibirsi il potere per il giudice interno di disapplicare la legge nazionale che si ponga in contrasto con i precetti convenzionali, obbligandolo, in tale caso, a promuovere incidente di costituzionalità se impossibilitato a interpretare la legge nazionale in conformità alle norme della Convenzione, si riconosce altresì come il testo della Convenzione, stante la funzione interpretativa attribuita alla Corte europea, è da intendersi implementato dalle interpretazioni offerte in sentenza che vanno a integrare, così, il parametro interposto di costituzionalità. Insomma, come efficacemente rilevato in dottrina, «*dalla law in the books* (il dato normativo cristallizzato nella CEDU) alla *law in action* (il prodotto giurisprudenziale dei giudici europei)», così R. GAMBINI, *Armonizzazione dei diritti nazionali nel segno della giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1170.

³⁴ L’opinione è di P. FERRUA, *L’interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e Giustizia*, 2011, 4, p. 116 ss.; l’A. si era già espresso in questi termini: si veda, al riguardo, ID., *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. pen.*, 2008, 3, p. 29 s. Dissente da questa impostazione G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 372, secondo il quale togliere alla Corte europea il monopolio interpretativo costituirebbe un pericolo per la definitiva uniformità di applicazione della Convenzione, quindi un ostacolo all’evoluzione del sistema di protezione dei diritti umani. Sul tema cfr. anche A. RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un “modello” internamente composito)*, in *Itinerari sulla ricerca di un sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 35 ss.

essi rigidamente vincolati in ogni futura controversia, senza alcuna possibilità di seguire, con adeguata motivazione, una diversa e, in ipotesi, più fondata lettura delle norme convenzionali, non è scritto in alcuna legge né nazionale né sopranazionale»³⁵.

Ciò premesso, non può negarsi come l'esigenza degli ordinamenti interni di assicurare, a prescindere da un intervento del Giudice europeo sul caso concreto, il rispetto degli obblighi convenzionali e di porre fine a persistenti violazioni degli stessi ponga delicati problemi giuridici sulla tenuta di situazioni già definite con sentenze passate in giudicato, ma in palese contrasto con i diritti fondamentali convenzionalmente tutelati. È ovvio, infatti, che l'impegno ad uniformarsi, ex art. 46, §1, CEDU, alle sentenze definitive della Corte europea richiede l'individuazione nel diritto interno di strumenti «idonei alla revoca del giudicato e alla sospensione della relativa esecuzione»³⁶.

La posta in gioco non è di poco conto, investendo la tenuta del principio d'intangibilità del giudicato, che, se si pensi alle ultime decisioni della giurisprudenza costituzionale, appare in progressiva crisi, o meglio malleabilità, dando spazio sempre più consistente a una connotazione fluida della *res iudicata* quale espressione dell'esigenza di dovere rinunciare alla certezza dei rapporti esauriti di fronte ad accertate violazioni dei diritti fondamentali in sede europea.

In tema di successione di leggi penali si è visto come la retroattività della *lex mitior* possa subire deroghe o limitazioni purché ancorate a ragionevoli giustificazioni, tra le quali il valore del giudicato è tradizionalmente considerato idonea ragione per una sua disapplicazione. Tuttavia, come è stato osservato dalla dottrina, «forti esigenze di garanzia spingono in direzione opposta, soprattutto nel caso di slittamenti drastici come l'eliminazione o la forte riduzione della pena detentiva»³⁷.

Nella sentenza Scoppola, oltre a riscontrare l'illegittimità della normativa ap-

³⁵ P. FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, cit., p. 124.

³⁶ In tal senso B. LAVARINI, *Giudicato penale ed esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in R. GAMBINI, M. SALVADORI (a cura di), *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, cit., p. 130, che rileva come siano gli stessi giudici di legittimità a sottolineare il profilo secondo cui, potendo la Corte europea essere adita solo previo esaurimento di tutte le vie di ricorso interne (art. 35 CEDU), «qualsiasi sentenza della Corte di Strasburgo che accerti una violazione dell'art. 6 CEDU posta in essere dall'autorità giudiziaria nazionale verrà sempre, inevitabilmente, fisiologicamente e quindi istituzionalmente a collidere con un giudicato nazionale» (Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, in *Giur. it.*, 2007, p. 1227).

³⁷ D. PULITANO, *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, cit., p. 200.

plicata, la Corte EDU ha condannato lo Stato italiano a riformulare in modo significativo la pena inflitta al condannato, da perpetua a temporanea, individuando in tale operazione lo strumento idoneo per la reintegrazione del soggetto leso. Come si diceva, residuava il problema della sorte di coloro che, trovandosi in una situazione identica a quella dello Scoppola e non avendo tempestivamente adito la Corte EDU, non hanno ottenuto dall'autorità sovranazionale una decisione analoga che condanna lo Stato italiano a rideterminare la pena loro irrogata. Si è, in proposito, affermato come, per tale ragione, il giudice italiano, non potendo invocare l'obbligo derivante dall'art. 46 CEDU di doversi uniformare a una pronuncia europea, non abbia alcun potere di intervenire su quei giudicati. Ed è questo l'argomento in più occasioni posto a base del rigetto da parte dei nostri giudici, sia di merito sia di legittimità, della richiesta di riformulazione della pena proveniente da coloro che sostenevano di trovarsi nella medesima situazione sostanziale e processuale dello Scoppola, dovendo scontare una pena che la Corte EDU ha dichiarato illegittima, ma la cui situazione di fatto veniva ritenuta profondamente diversa da quella presa in esame dai giudici di Strasburgo nel caso Scoppola proprio in ragione dell'assenza di un *decisum* europeo emesso in loro favore³⁸. L'istanza di rideterminazione della pena veniva inoltre respinta anche in forza dell'argomento principe di molte pronunce, ormai *leit-motiv* per la salvaguardia dell'intangibilità del giudicato: la Corte europea sarebbe un giudice del caso concreto, che decide con metodo casistico sulla base di tutte le peculiarità rilevanti che caratterizzano la specifica vicenda; quindi i suoi indirizzi interpretativi non sono estensibili a fattispecie diverse³⁹.

³⁸ Cfr. Corte di Assise di Caltanissetta, Sez. I, 18 novembre 2011, C. A., www.archiviopenale.it, con nota di E. FONSECA, *Giudizio abbreviato e successione di leggi nel tempo verso nuovi equilibri* in *executivis*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 737 ss.; Cass., Sez. I, 18 gennaio 2011, n. 6559, Raffaelli, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di M. GIALUZ, ove si afferma come il giudice dell'esecuzione non abbia il potere di dichiarare l'inefficacia di un giudicato fuori dal caso in cui debba darsi esecuzione ad una sentenza della Corte EDU; Cass., Sez. I, 27 maggio 2011, n. 25280, El Magharpil ed altri, *inedita*. *Contra*, v. Corte di Assise di Appello Reggio Calabria, 20 ottobre 2010, Chilà, in www.archiviopenale.it, con nota di F. GALLUZZO, *Retroattività dell'art. 442 c.p.p.: agli sgoccioli l'era del tempus regit actum*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 255 ss., nella quale, in applicazione dei principi affermati nella sentenza della Corte EDU "Scoppola", il giudice dell'esecuzione ha disposto la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di anni trenta di reclusione. In termini analoghi cfr. Corte di Assise di Appello di Catanzaro, 11 gennaio 2011, Linardi, e Corte di Assise di Appello di Reggio Calabria, 22 febbraio 2011, entrambe consultabili in www.archiviopenale.it.

³⁹ Corte di Assise di Caltanissetta, Sez. I, 18 novembre 2011, C. A., cit. In dottrina, lo ricorda con efficacia P. FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, cit., p. 121, ove rileva come «la lettura della Convenzione svolta dai giudici

Ad ogni modo, la questione, evidentemente densa di importanti implicazioni, veniva rimessa alle sezioni unite e così formulata: «se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte EDU con la sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi intervenute in materia, di quella più favorevole». Con sentenza del 19 aprile 2012 i giudici di legittimità rigettavano il ricorso, rilevando la non sovrapponibilità della situazione processuale e sostanziale esaminata a quella decisa dalla Corte europea nel caso Scoppola c. Italia⁴⁰. Assunta la premessa che la richiesta di giudizio abbreviato cristallizza il trattamento sanzionatorio vigente al momento in cui viene formulata, e accertato come il ricorrente Giannone avesse chiesto di essere giudicato con il rito abbreviato quando era già entrato in vigore il d. l. n. 341 del 2000 - il quale, benché attraverso una discutibile interpretazione autentica della "legge Carotti"⁴¹, aveva modificato *in peius* il trattamento sanzionatorio ripristinando la pena dell'ergastolo, senza isolamento diurno, nel caso di concorso di reati e di reato continuato - le sezioni unite rilevavano la non assimilabilità della posizione processuale del Giannone a quella dello Scoppola, il quale, invece, aveva chiesto di essere giudicato con il rito abbreviato quando era in vigore la sola *lex mitior*.

Ciò nondimeno, con un'articolata ordinanza emessa nella medesima data, le sezioni unite dichiaravano d'ufficio la rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, degli artt. 7 e 8 del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito nella legge 19 gennaio 2001, n. 4, nella parte in cui tali disposizioni interne operano retroattivamente e, più specificamente, con riguardo alla posizione di coloro che, pur avendo formulato richiesta di giudizio abbreviato nella vigenza della sola legge n. 479 del 1999, sono stati giudicati successivamente, quando cioè, a far data dal pomeriggio

europei [sia] inevitabilmente funzionale alle peculiarità della fattispecie, in un gioco di reciproco condizionamento tra caso e legge», e ancora come sia «estremamente rischioso proiettarla fuori dal contesto, convertendola di fatto in una formula legislativa».

⁴⁰ Cass., Sez. Un., 19 aprile 2012, Giannone, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4015 ss.

⁴¹ La legge n. 479 del 1999, c.d. legge Carotti - si rammenta - aveva reintrodotto la possibilità di chiedere e ottenere il rito dellativo per reati puniti con l'ergastolo in modo da beneficiare dello sconto di pena che per tali fattispecie si concretizzava nella sostituzione della pena dell'ergastolo in quella di anni trenta di reclusione.

del 24 novembre 2000 (pubblicazione della Gazzetta Ufficiale), era entrato in vigore il citato decreto legge, con conseguente applicazione del più sfavorevole trattamento sanzionatorio dal medesimo previsto⁴².

L'ordinanza di rimessione merita qualche approfondimento.

Preliminarmente le sezioni unite ritengono che la decisione sulla vicenda Scoppola abbia i connotati propri di una «sentenza pilota»⁴³, in quanto «pur astenendosi dal fornire specifiche indicazioni sulle misure generali da adottare, evidenzia comunque l'esistenza, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, di un problema strutturale dovuto alla non conformità rispetto alla CEDU dell'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000, nella interpretazione datane dalla giurisprudenza europea». Ciò posto, ne riscontrano la centrale rilevanza per la valutazione del caso esaminato. Quindi si pongono il problema di verificare la compatibilità della normativa interna di riferimento, in particolare degli artt. 7 e 8 del d.l. n. 341 del 2000, convertito in legge n. 4 del 2001, con il principio di legalità penale convenzionale di cui all'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea, in modo da sondare la praticabilità, ove si profilasse un contrasto tra gli stessi, di una interpretazione della norma interna conforme alla norma convenzionale mediante il ricorso a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica; rammentando come, qualora il denunciato contrasto non fosse risolvibile in via interpretativa, sia imposto al giudice ordinario di sottoporre alla Corte costituzionale la relativa questione di legittimità, in quanto solo attraverso una declaratoria d'incostituzionalità della norma interna di riferimento, o, se del caso, con l'adozione di una sentenza interpretativa o additiva, la norma convenzionale così come interpretata dalla Corte di Strasburgo potrà essere operativa nell'ordinamento interno. Un *iter*, come si sa, inaugurato con le note «sentenze gemelle» del 2007⁴⁴ - ove è stato chiarito de-

⁴² Cass., Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, Ercolano, cit.

⁴³ Nell'ordinanza in oggetto, il giudice di legittimità, nel suo più ampio consenso, ha voluto rimarcare, per un verso, come, di recente, la tecnica delle c.d. «sentenze pilota» sia stata formalizzata nel regolamento di procedura della Corte, emendato a tale scopo nel febbraio 2011 e in vigore, così come modificato, dal 1° aprile 2011; e, per altro, come l'effettività dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo sia stata accresciuta sensibilmente, sul piano internazionale, dall'entrata in vigore, nel giugno 2010, del Protocollo n. 14 alla CEDU, il quale, modificando l'art. 46 della Convenzione, ha introdotto una procedura di infrazione, certamente attivabile anche in caso di mancato rispetto di una «sentenza pilota», che «giurisdizionalizza il meccanismo di supervisione sull'attuazione delle sentenze della Corte».

⁴⁴ Le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, come noto, hanno avuto il merito di mettere ordine al caos in precedenza registratosi nella giurisprudenza italiana allorché, chiamata a pronunciarsi sugli effetti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno, aveva prospettato un ventaglio di soluzioni, tutte diverse e spesso generate da una importante dose di «confusioni concettuali» (l'espressione è di G. UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazioni dell'equità*

finitivamente che le norme CEDU non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, intendendo così escludere la possibilità per il giudice comune di disapplicare la legge nazionale ad esse contrastante - e ormai largamente condiviso dalla giurisprudenza costituzionale⁴⁵.

Senonché, constatata l'impraticabilità di un'interpretazione adeguatrice⁴⁶, le sezioni unite intraprendono la strada dell'incidente di costituzionalità - ritenuta via obbligata - per contrasto sia con l'art. 117, co. 1, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, e quindi alla norma interposta di cui all'art. 7 CEDU che garantisce al condannato anche il diritto all'applicazione della legge penale più favorevole, sia con l'art. 3 Cost., perché le disposizioni censurate, intervenendo a livello interpretativo sull'art. 442, co. 2, ultimo periodo, c.p.p. - pur in mancanza, come si vedrà, di una situazione di oggettiva incertezza di tale dato normativo - e facendo retroagire la disciplina in esse prevista, non rispetterebbero il canone generale di ragionevolezza delle norme, tradendo tanto il principio di affidamento sorto legittimamente nel soggetto al momento della scelta del rito alternativo, quanto il principio di uguaglianza, attese le ingiustificate disparità di trattamento che, sulla base di variabili tempi processuali, si verrebbero a determinare tra soggetti che versano in una identica posizione sostanziale.

In particolare, le sezioni unite fanno discendere la violazione del diritto convenzionale del condannato all'operatività della legge penale più favorevole

processuale, in A. BALSAMO, R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2009, p. 104, il quale ne fornisce un ricco resoconto): da quella tradizionale che mantiene la Convenzione tra le fonti primarie a quella definita d'avanguardia che, equiparando la Convenzione al diritto comunitario, la considera direttamente applicabile al diritto interno con conseguente disapplicazione di quest'ultimo se contrastante, a altre soluzioni intermedie fondate sul potere interpretativo.

⁴⁵ Corte cost., sentenze n. 113 del 2011, cit.; Id., n. 93 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1053; n. 311 del 2009, cit.

⁴⁶ Ritengono che ai giudici italiani non era dato rilevare un contrasto fra norma interna e disposto internazionale, bensì accogliere la lettura ermeneutica che i giudici di Strasburgo hanno fornito degli artt. 7 e 8 d.l. n. 341 del 2000 - qualificandole come previsioni di diritto penale sostanziale e pertanto destinate ad operare solo per il futuro - quindi interpretare queste norme in maniera conforme alla Costituzione, A. GAITO, C. SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1209. Dello stesso avviso F. 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*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 22, secondo il quale il giudice ordinario sarebbe potuto 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 abbreviato sotto il vigore della precedente disciplina.

unicamente dall'applicazione da parte del giudice interno degli artt. 7 e 8 del d.l. n. 341 del 2000, dei quali, il primo stabilisce che "nell'art. 442, comma 2, ultimo periodo, del codice di procedura penale, l'espressione "pena dell'ergastolo" deve intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno" e che "alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo", mentre il secondo, in via transitoria, consentiva a chi avesse formulato richiesta di giudizio abbreviato nel vigore della sola legge n. 479 del 1999 di revocarla entro un determinato termine, con conseguente prosecuzione del processo secondo il rito ordinario. Tali disposizioni, in quanto contenute nel Capo III del medesimo d.l. intitolato "Interpretazione autentica dell'art. 442 comma 2 del codice di procedura penale e disposizioni in materia di giudizio abbreviato nei processi per i reati puniti con l'ergastolo", dovrebbero integrare una legge c.d. interpretativa che, pertanto, - rammentano le sezioni unite - non può considerarsi posteriore a quella interpretata, ma coeva alla stessa, dando luogo a un unitario precetto normativo, con la conseguenza che le nuove norme, benché successive, avranno efficacia retroattiva, ossia saranno applicabili dal momento in cui è entrata in vigore la legge interpretata.

L'anomalia che connota tale effetto retroattivo, connessa evidentemente al contenuto *contra reum* della nuova normativa, pone quest'ultima necessariamente in contrasto con il principio convenzionale di retroattività della legge penale più favorevole: pur interpolando *in malam partem* la norma interpretata nel suo contenuto sanzionatorio, la sua formale etichetta di norma interpretativa non lascia spazio a una sua possibile disapplicazione da parte del giudice comune in favore dell'operatività della *lex mitior* oggetto di interpretazione.

Le sezioni unite, con argomentazioni che qui si condividono, contestano l'efficacia retroattiva attribuita alle disposizioni censurate, rilevando come esse appartengano, in realtà, alla categoria delle leggi che, pur ritenute formalmente interpretative, si rivelano invece innovative, in quanto intaccano, contraddicendola, la *ratio* della legge interpretata, a differenza di quelle autenticamente interpretative che si limitano a indicare il vero significato dei *verba* della legge preesistente. Il legislatore del 2000 non è intervenuto per risolvere un problema ermeneutico che in realtà non c'era, ma ha dovuto rimediare all'irragionevole appiattimento verso il basso della sanzione applicabile in caso di concorso di reati o di reato continuato determinato dal testo normativo dell'art. 442, co. 3, c.p.p., come modificato dalla "legge Carotti", diversifican-

do il trattamento sanzionatorio in relazione alla pluralità o unicità di imputazioni importanti l'ergastolo⁴⁷. Disposizioni di tal fatta - che interpretative non sono - devono valere soltanto per l'avvenire, a garanzia di valori fondamentali di civiltà giuridica, come il rispetto del principio generale di ragionevolezza, la tutela dell'affidamento che è connaturato allo Stato di diritto, la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico e il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario, potendosi attribuire, viceversa, efficacia retroattiva alle sole norme autenticamente interpretative.

L'effetto retroattivo attribuito alle disposizioni censurate, secondo i giudici costituzionali, è quindi illegittimo, rappresentando altresì un ostacolo all'obbligo di adeguamento all'interpretazione della norma convenzionale che impone l'applicazione, tra le leggi succedutesi dalla commissione del fatto, di quella che prevede la pena più mite.

Ciò posto, è opportuno soffermarsi su alcuni passaggi dell'ordinanza nei quali la Corte di cassazione nel suo ampio consesso si è spinta in affermazioni che sembrerebbero aprire nuovi e dirompenti scenari sul versante della modificabilità del giudicato penale indipendentemente da una sua censura in sede europea.

Le sezioni unite dichiarano, infatti, che «di fronte a pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già in precedenza stigmatizzate in sede europea, il mancato esperimento del rimedio di cui all'art. 34 CEDU (ricorso individuale) e la conseguente mancanza, nel caso concreto, di una sentenza della Corte EDU, alla quale dare esecuzione, non possono essere di ostacolo ad un intervento dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso la giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale, anche sacrificando il valore della certezza del giudicato, da ritenersi *recessivo* rispetto ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona». Aggiungendo come «la preclusione, effetto proprio del giudicato, non [possa] operare allorquando risulti pretermesso, con effetti negativi perduranti, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà» al punto che s'impone in questo caso «di emendare “*dallo stigma dell'ingiustizia*” una tale situazione», rimuovendo gli effetti ancora perduranti della violazione anche nei confronti di coloro che, pur non avendo

⁴⁷ Sono stati in molti a criticare l'asserita natura interpretativa delle previsioni contenute nel d.l. n. 341 del 2000: *ex plurimis*, v. A. GAITO, *Nuovo giudizio abbreviato, procedimenti in corso e cultura del “giusto processo”*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1007; E. MARZADURI, *Sui rapporti tra abbreviato ed ergastolo. Vera interpretazione o intervento autonomo?*, in *Guida dir.*, 2000, p. 102.

proposto ricorso a Strasburgo, si trovino in situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal Giudice europeo per il caso Scoppola.

Tali affermazioni, di assoluto rilievo, sottendono l'urgenza per l'Italia di indicare una soluzione operativa che consenta di ottemperare all'obbligo di adeguarsi al peculiare *dictum* europeo, qui inteso come precedente sovranazionale, ossia quale decisione enunciante una regola di giudizio di portata generale che, in quanto tale, dovrebbe essere astrattamente applicabile a fattispecie identiche a quella esaminata⁴⁸. Alla valenza generale dovrebbe seguire, infatti, l'effetto vincolante per la soluzione di casi identici che, se non risolti in conformità, finirebbero con il legittimare l'esecuzione di una pena ritenuta oggettivamente illegittima dall'interprete autentico della CEDU, determinando una «patente violazione del principio di parità di trattamento tra condannati che versano nella medesima posizione». Situazione che per le sezioni unite non può essere tollerata, anche a costo di porre in crisi il «dogma» del giudicato. Quest'ultima evenienza, d'altronde, non è nuova nel nostro sistema penale processuale ove sono presenti diverse situazioni in cui l'esigenza di giustizia sostanziale prevale su quella di stabilità dei rapporti giuridici, ma nelle quali, come è stato rilevato, «l'effetto caducatorio del giudicato si ricollega comunque ad una esplicita previsione normativa, che integra pertanto una *lex specialis*, al di fuori della cui portata riprende dunque valore il principio di intangibilità del giudicato»⁴⁹.

⁴⁸ La portata generale della decisione Scoppola è confermata dalla dichiarazione con la quale il Comitato dei Ministri, nel chiudere la procedura di sorveglianza sull'esecuzione della sentenza, prendeva atto, condividendone i contenuti, della nota con cui l'Autorità italiana, in ordine alle misure di carattere generale da adottare per situazioni analoghe, aveva ritenuto sufficiente la pubblicazione e la diffusione della sentenza ai Tribunali competenti, in considerazione sia «degli effetti diretti concessi dai Tribunali italiani alle sentenze della Corte europea», sia «delle possibilità offerte dalla procedura di incidente di esecuzione a coloro che si trovino in situazioni uguali a quella del richiedente nel caso in esame». In dottrina v. F. 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*, cit. p. 11, per il quale «leggere la sentenza Scoppola come se fosse il frutto di una valutazione sulla complessiva equità della singola vicenda processuale del ricorrente significa ... fraintendere completamente il significato di quella sentenza nell'ottica della Corte europea»: una sentenza che, proprio perché pronunciata dalla Grande Camera, si poneva un problema che «andava ben oltre le contingenze personali del signor Scoppola», domandandosi se la medesima 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».

⁴⁹ R. E. KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2516, nota 11, il quale si riferisce ai rimedi revocatori previsti dall'art. 673 c.p.p. quando sopravviene un'*abolitio criminis*; all'art. 671 c.p.p. che garantisce al condannato il diritto alla sentenza più favorevole

Le sezioni unite, ciò nonostante, ritengono plausibile un accostamento del *novum* dettato dalla Corte EDU in tema di legalità penale, quindi proveniente da una fonte giurisprudenziale europea, alla novità normativa di cui al comma 3 dell'art. 2 c.p., introdotto dall'art. 14 della l. 24 febbraio 2006, n. 85 - per il quale, in deroga allo sbarramento temporale del giudicato previsto dal comma 4 del medesimo art. 2 c.p., la pena detentiva inflitta con condanna definitiva si converte automaticamente nella corrispondente pena pecuniaria se la legge posteriore al giudicato prevede esclusivamente quest'ultima - rilevando come in entrambi i casi sia «l'esigenza imprescindibile di porre fine agli effetti negativi dell'esecuzione di una pena *contra legem* a prevalere sulla tenuta del giudicato, che deve cedere, anche *in executivis*, alla più alta valenza fondativa dello statuto della pena». In altri termini, che sia una legge o sia una sentenza della Corte EDU a richiedere la rimozione della pena o di una frazione di essa perché *contra legem* è indifferente per la Suprema Corte, dovendosi attribuire assoluta preminenza in ambedue le situazioni all'esigenza di giustizia sostanziale che impone di interromperne l'esecuzione illegale.

L'assunto ostenta *prima facie* tutta la potenza detonante delle asserzioni ivi contenute. Tuttavia è possibile, sin da subito, percepirne anche i confini applicativi: non si apre, infatti, la strada al cedimento di qualunque giudicato penale indirettamente scalfito da una pronuncia europea, bensì al solo giudicato cui si correla l'esecuzione di un comando sanzionatorio che la Corte europea reputa 'oggettivamente' illegittimo per violazione del principio di retroattività della *lex mitior* sancito dall'art. 7, §1, CEDU, *id est* del diritto all'applicazione della pena più favorevole fra quelle succedutesi dopo la commissione del fatto e prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna⁵⁰.

Certamente, permangono tutte le preoccupazioni connesse a un atteggiamen-

in executivis nel caso di concorso formale e di reato continuato; all'art. 625 *bis* c.p.p. relativo al ricorso straordinario per errore materiale o di fatto; all'art. 175, co. 2, c.p.p., dove è prevista la restituzione in termini per proporre impugnazione od opposizione contro la sentenza contumaciale o il decreto penale divenuti irrevocabili.

⁵⁰ Le sezioni unite, nell'ordinanza in oggetto, rammentano come la Corte di Strasburgo, quando riscontri la violazione dell'art. 7 CEDU per non essere stata inflitta all'imputato la pena più mite tra quelle previste dalle diverse leggi succedutesi dal momento del fatto a quello della sentenza definitiva, si riferisca chiaramente all'individuazione del termine entro il quale la modifica normativa *in mitius* del trattamento sanzionatorio deve essere intervenuta, perché se ne ritenga l'applicabilità, e non certo al limite temporale entro il quale la violazione della norma convenzionale può essere dedotta dinanzi al giudice nazionale, non avendo affrontato espressamente, la Corte europea, il tema della preclusione del giudicato.

to dei nostri giudici sempre più propenso a fare propria una interpretazione il cui apporto creativo sembra piegarsi a improrogabili scopi squisitamente pragmatici, intesi a dare seguito agli impegni di cui all'art. 46 CEDU, rispetto ai quali - non è superfluo qui ripeterlo - si continua a subire una scandalosa latitanza del legislatore. Purtuttavia, una lettura restrittiva delle affermazioni, contenute nell'ordinanza in esame, ha il vantaggio di mettere a freno i prospettati timori riguardo al proliferarsi di ricorsi che, lungi dal censurare illegalità convenzionali analoghe a quelle accertate nella vicenda Scoppola, mirano, piuttosto al riconoscimento di iniquità processuali *ex art. 6 CEDU*, ancorché mai lamentate in sede europea⁵¹. D'altronde sembrano proprio le medesime sezioni unite a circoscriverne gli effetti ai soli casi sovrapponibili alla vicenda Scoppola: sulla scia di un dialogo con l'Europa sempre più ispirato a forme di collaborazione tra i diversi livelli della giurisprudenza, i giudici di legittimità reagiscono alle richieste della Corte europea di intervenire sul piano strutturale, suggerendo, senza nessuna forzatura interpretativa, una soluzione 'interna' dagli effetti circoscritti, che, se accolta, contribuirà a ridurre il carico di lavoro di Strasburgo.

4. La soluzione operativa suggerita dalle sezioni unite per i casi sovrapponibili a quello deciso nella vicenda Scoppola

Occorre ora confrontarsi con le concrete modalità operative con cui, secondo le sezioni unite, il giudice dell'esecuzione potrà neutralizzare gli effetti negativi correlati all'esecuzione di una pena dichiarata da Strasburgo *contra legem* perché, analogamente al caso Scoppola, lesiva del diritto all'applicazione della pena più mite *ex art. 7 CEDU*.

Con l'ordinanza del 19 aprile 2012 i giudici di legittimità, pur affermando come non vi siano ostacoli all'intervento dell'ordinamento giuridico italiano

⁵¹ G. ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un Dio minore*, in www.penalecontemporaneo.it p. 8, il quale, tuttavia, precisa come i rischi connessi a un'operazione di *by pass* del giudicato in presenza di una decisione della Corte EDU siano ben altri, riguardando, su un piano generale, l'applicazione della *lex mitior* sopravvenuta: il pericolo sta «nel lasciare le briglie sciolte a giudici che esercitano un potere "diffuso" non potendo loro impedire di «aprire varchi sempre più consistenti nel già fragile muro che protegge il giudicato» (pp. 8-9). L'A., ai fini dell'imposto adeguamento ai *dicta* europei, propone, con specifico riferimento a coloro che rivestono una posizione identica a quella dello Scoppola (un numero esiguo di persone), di ricorrere a due istituti contemplati dal nostro ordinamento: l'indulto e la grazia, dando prevalenza, per ragioni temporali, a quest'ultimo.

attraverso la giurisdizione per eliminare una situazione di illegalità convenzionale, hanno scelto di promuovere incidente di costituzionalità per consentire, in futuro, al giudice dell'esecuzione di non dovere avallare violazioni dello stesso tenore di quelle riscontrate in sede europea nella vicenda Scoppola. Infatti, l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità degli artt. 7 e 8 del d.l. n. 341 del 2000, nella parte relativa alla loro efficacia retroattiva, avendo una forza invalidante *ex tunc*, inciderebbe sull'esecuzione ancora in corso della pena illegittimamente inflitta al ricorrente in applicazione del trattamento sanzionatorio più severo ivi previsto³².

«Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali»: a prevederlo è l'art. 30, comma 4, legge n. 87 del 1953, che deroga al principio d'intangibilità del giudicato mediante un incisivo intervento su una situazione esecutiva non ancora esaurita. Tale disposizione, peraltro, impedisce di dare esecuzione alla condanna pronunciata in applicazione della norma dichiarata incostituzionale, anche in relazione alla sola parte dell'esecuzione relativa alla porzione di pena conseguente all'applicazione della normativa poi riconosciuta costituzionalmente illegittima. Si tratta, pertanto, di una norma che ha un campo di operatività più esteso rispetto a quello dell'art. 673 c.p.p., il quale, disciplinando la revoca della sentenza di condanna nei casi di «abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice», si riferisce ai fenomeni di depenalizzazione o di illegittimità costituzionale dell'intera fattispecie oggetto del provvedimento divenuto irrevocabile e non consente di scindere il singolo capo d'accusa per pervenire alla risoluzione del giudicato formale in relazione ad aspetti meramente circostanziali o sanzionatori ad esso interni. L'art. 673 c.p.p., tuttavia, pur completando la disciplina generale sostanziale in materia di successione della legge penale nel tempo *ex art. 2 c.p.*, non esaurisce i casi in cui può trovare applicazione il

³² Come noto, l'art. 136 Cost., stabilendo che la norma dichiarata incostituzionale cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, lascerebbe intendere che gli effetti delle declaratorie d'illegittimità costituzionale operano con effetto *ex nunc* ostacolando, pertanto, una loro applicazione non solo ai giudizi pendenti, ma anche al medesimo giudizio nell'ambito del quale era stata sollevata la relativa questione. La palese incongruenza è tuttavia superata con la previsione di cui al comma 3 dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, il quale sancisce l'inapplicabilità della disposizione dichiarata illegittima dal giorno successivo alla pubblicazione includendovi sia il giudizio *a quo* e quelli successivi, sia quelli pendenti al momento della pronuncia. Residua, ovviamente, l'inapplicabilità della disposizione ai rapporti regolati in via definitiva, che però trova un'eccezione nel successivo comma 4 del medesimo art. 30, ove è stabilito che, nell'ipotesi in cui in applicazione di una norma dichiarata incostituzionale sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.

principio di retroattività delle sentenze che dichiarano l'invalidità costituzionale di una norma, figurandovi tra questi proprio il caso della dichiarazione di incostituzionalità di una normativa con riferimento al solo trattamento penale. Per tali ragioni, l'art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953, è norma già evocata - e conseguentemente applicata quale rimedio preferibile rispetto alla procedura di revoca prevista dall'art. 673 c.p.p. - in diverse pronunce di legittimità aventi ad oggetto l'eliminazione della frazione di pena inflitta in forza della circostanza aggravante dell'art. 61, co. 1, n. 11-*bis* c.p., successivamente dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sentenza n. 249 del 2010. Si è, infatti, affermato come l'art. 673 c.p.p., riferendosi alle sole norme che istituiscono specifiche fattispecie incriminatrici, con esclusione delle norme penali "in senso lato" che incidono sulla punibilità del fatto o sul *quantum* sanzionatorio, consenta di rimuovere formalmente la sentenza e il giudicato nei soli casi di *abolitio criminis* e di dichiarazione d'illegittimità costituzionale della fattispecie penale. Con la conseguenza che, in assenza di una ipotesi di abrogazione *tout court*, come nel caso di specie, andrebbe applicato il comma 4 dell'art. 2 c.p. - ove è sancito che se vi è diversità tra la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile - con l'annesso limite dello sbarramento temporale del giudicato⁵³. Viceversa, il dettato dell'art. 30, legge n. 83 del 1957, non circoscrivendo in alcun modo, né direttamente né indirettamente, il divieto di dare esecuzione alla

⁵³ Cass., Sez. I, 24 febbraio 2012, T.A.B., in www.penalecontemporaneo.it, dove la Corte ha accolto la richiesta del ricorrente di annullamento dell'ordinanza con la quale il Tribunale di Modena, in funzione di giudice dell'esecuzione, rigettava l'istanza di revoca parziale della sentenza del Tribunale di Reggio Emilia con cui l'imputato era stato condannato, previo giudizio di equivalenza tra le attenuanti generiche e l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*bis* c.p., alla pena di mesi sei di reclusione per il delitto di cui all'art. 337 c.p., chiedendo di eliminare la parte di pena applicata per effetto dell'aggravante *de qua*, essendo stata la stessa dichiarata incompatibile con i principi della Costituzione con sentenza n. 249 del 2010. Benché il ricorrente avesse chiesto di eliminare gli effetti penali dell'aumento di pena stabilito dal giudice in conseguenza dell'aggravante, poi dichiarata costituzionalmente illegittima, applicando in via analogica l'art. 673 c.p.p., il giudice di legittimità, assunto come osta all'applicazione dell'art. 673 c.p.p. la sopraggiunta irrevocabilità della sentenza, ha tuttavia considerato applicabile, in accoglimento della richiesta del ricorrente, l'art. 30 della legge n. 87 del 1953, riconoscendo come il dettato di tale disposizione consenta di impedire che sia data esecuzione anche solo alla parte di pena conseguente ad una norma penale dichiarata incostituzionale, e come l'eliminazione di questa parte di pena risponda alle esigenze di giustizia, non essendo accettabile che un soggetto debba scontare anche solo una porzione di pena in conseguenza di una norma che è contraria ai principi della Costituzione. Ha, pertanto, demandato al giudice dell'esecuzione il compito di stabilire la porzione di pena da eliminare tenuto conto del venir meno del giudizio di comparazione tra attenuante e aggravante a causa della dichiarata illegittimità di quest'ultima.

condanna pronunciata “in applicazione” di una norma penale dichiarata incostituzionale, si presta ad essere letto nel senso di impedire anche solamente una parte dell’esecuzione, quella relativa alla porzione di pena applicata in forza di una norma poi riconosciuta costituzionalmente illegittima⁵⁴. È, quindi, all’interno della disciplina generale degli effetti della dichiarazione d’illegittimità costituzionale che la Corte di cassazione ha individuato lo strumento processuale idoneo ad eliminare la porzione di pena inflitta sulla base della predetta aggravante ritenuta invalida⁵⁵.

Da tali rilievi si può dedurre che la scelta delle sezioni unite, da un lato, di ritenere non applicabile estensivamente la revoca del giudicato di cui all’art. 673 c.p.p.⁵⁶ e, dall’altro, di attivare l’intervento della Corte costituzionale di annullamento della legislazione che è all’origine della violazione dei diritti convenzionali, appare un rimedio in tanto apprezzabile in quanto offre una adeguata risposta alla richiesta europea di porre riparo ai riscontrati problemi strutturali⁵⁷. Una soluzione che, in linea con le esigenze pattizie, persegue lo scopo di prevenire nuove condanne in sede europea relativamente a tutte le posizioni assimilabili a quella dello Scoppola, rispetto alle quali il giudice dell’esecuzione, una volta dichiarata l’illegittimità dell’efficacia retroattiva delle norme censurate, potrà intervenire in forma riparatoria, correggendo la misu-

⁵⁴ Cass., Sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, Hauohu, in www.penalecontemporaneo.it; cfr., tuttavia, Trib. Milano, Sez. XI, 26 gennaio 2011, in www.penalecontemporaneo.it, dove, sulla base di una interpretazione analogica dell’art. 2, co. 3, c.p., è stata applicata la procedura di cui all’art. 673 c.p.p. al fine di ottenere in sede esecutiva l’eliminazione della parte di pena inflitta in seguito a una circostanza aggravante poi dichiarata costituzionalmente illegittima; in dottrina, in senso adesivo a tale soluzione, v. S. ZIRULIA, *Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l’aggravante di clandestinità?*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 3 ss.; con alcuni ravvedimenti, ID., *Aggravante della “clandestinità” e giudicato: rimuovibili gli effetti?*, in *Corr. mer.*, 2011, p. 510 ss.

⁵⁵ Sul tema si rinvia per tutti a M. GAMBARDILLA, *Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1664 ss.

⁵⁶ Soluzione, invece, ritenuta praticabile, in ossequio alla prevalenza del diritto dell’Unione Europea sul diritto interno, da Cass., Sez. I, 25 novembre 2011, O. A. (in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 157), che ha ammesso la revoca dei giudicati di condanna per le incriminazioni di cui all’art. 14, commi 5 *ter* e *quater* del d.lgs. n. 286 del 1998 in tema di immigrazione, “sostanzialmente” abrogate dagli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE del Parlamento e del Consiglio U.E.; *ad adiuvandum*, la Corte di cassazione ha rilevato come le pene detentive previste dalla citata normativa nazionale siano state ritenute non più applicabili perché incompatibili con il diritto UE dalla Corte di Lussemburgo con la nota sentenza 28 aprile 2011, *El Dridi*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2780.

⁵⁷ Guarda con favore a una soluzione del genere M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e l’ordinamento italiano*, in A. BALSAMO, R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2009, p. 66.

ra della sanzione applicata in violazione dei principi convenzionali⁵⁸. È auspicabile, pertanto, che la Corte costituzionale dichiari fondata la relativa questione.

Quanto alla temuta lesione del principio d'intangibilità del giudicato, non può certo obiettarsi che un'operazione di tal fatta si collochi al di fuori di itinerari procedurali già codificati. Nel rammentare come l'intangibilità del giudicato rappresenti non un principio di rango costituzionale, bensì un principio del sistema processuale, volto ad assicurare un valore costituzionalmente protetto, quale l'esigenza di certezza giuridica⁵⁹, non si deve ignorare come un'*auctoritas rei iudicatae*, se può affermarsi in senso forte con riguardo all'accertamento del fatto di reato, della sua illiceità e della responsabilità del condannato, non altrettanto può dirsi con riguardo al *quantum* di pena irrogata, suscettibile, viceversa, di subire modifiche, anche consistenti, *in executivis*⁶⁰: il comando sanzionatorio contenuto nella sentenza definitiva è, infatti, sempre risolubile per effetto della sopravvenienza processuale di nuovi fatti riportabili entro gli schemi tracciati dal legislatore, conferendo al giudice dell'esecuzione il potere di riformularlo.

7. La retroattività dell'abolitio criminis di matrice giurisprudenziale: la Corte costituzionale mette un freno

Un ultimo cenno merita, infine, l'ipotesi in cui si chiede di intervenire sul giudicato eliminando la pena, o una sua frazione, ritenuta "in eccesso", ma dove la rimozione (della porzione) di pena appare necessaria non perché applicata in forza di una norma successivamente dichiarata illegittima da una legge o dalla Corte costituzionale, bensì perché la sua illegittimità è conseguente a un mutamento giurisprudenziale in senso più favorevole, impresso dalle sezioni unite.

Il tema, contenente «una proiezione del diritto penale verso la modernità e

⁵⁸ Il giudice dell'esecuzione, uniformandosi alla normativa pattizia (art. 7, §1, CEDU), dichiarerà, ex art. 30, co. 4, legge n. 87 del 1953, la cessazione dell'esecuzione della pena perpetua illegittimamente inflitta e disporrà la sua sostituzione con quella temporanea prevista dalla *lex mitior*.

⁵⁹ V. F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale. Essenza e limiti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 156.

⁶⁰ «La determinazione [della pena] effettuata nella sentenza irrevocabile è quanto di meno immodificabile possa pensarsi»: così F. CORBI, voce *Esecuzione penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 298; del medesimo avviso, A. GAITO, G. RANALDI, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 566.

verso un ordinamento integrato con le fonti del diritto europee»⁶¹, investe principalmente la questione se il principio di retroattività della *lex mitior* possa essere esteso, in presenza di determinate condizioni, anche alle pronunce giurisprudenziali⁶².

Appare immediatamente percepibile la delicatezza della materia, venendo ad essere intaccato, con una pericolosa *vis* destabilizzante, il sistema delle fonti, il cui nuovo assetto fa sì che ogni giorno i nostri giudici si confrontino con il c.d. “diritto vivente” elaborato dalla Corte di Strasburgo, in forza del quale hanno l’obbligo di applicare le norme interne secondo una ‘interpretazione conforme’, assumendosi non di rado la ‘responsabilità’ di fare prevalere sulla norma positiva scritta quella che si desume dalla sua interpretazione convenzionalmente orientata.

La questione della retroattività dell’*abolitio criminis* di matrice giurisprudenziale ha ultimamente impegnato i giudici, sia di merito sia di legittimità, nella ricerca di una normativa che ne accrediti un riconoscimento all’interno del nostro sistema. Semmonché, la manovra intesa ad equiparare diritto normativo e diritto giurisprudenziale è stata sconfessata nella sentenza n. 230 del 2012 della Corte costituzionale⁶³, con la quale il ‘giudice delle leggi’ ha voluto frenare “fughe in avanti” dirette a considerare possibile, sulla scia della decisione delle sezioni unite “Beschi”⁶⁴, la revoca del giudicato di condanna ai sensi

⁶¹ A. BALSAMO, S. DE FLAMMINEIS, *Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 727.

⁶² Sull’argomento v. M. GAMBARDILLA, *Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it, e la copiosa bibliografia ivi indicata; E. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4126 ss.

⁶³ Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in www.penalecontemporaneo.it. Per un primo commento v. V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, *ivi*.

⁶⁴ Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, p. 17, con nota di R. RUSSO, dove si afferma che «il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell’indulto in precedenza rigettata». Questa soluzione sarebbe imposta, secondo la Corte, dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, il cui art. 7, come interpretato dalle Corti europee, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale. Ripercorrendo il medesimo ragionamento, Cass., Sez. II, 6 maggio 2010, Merlo, in *Mass. Uff.*, n. 247113, ha ritenuto che il *revirement* di giurisprudenza integra un «nuovo elemento» idoneo a legittimare la riproposizione della richiesta di revoca di sequestro preventivo già rigettata con provvedimento non più suscettibile di gravame.

dell'art. 673 c.p.p. anche nell'ipotesi di abrogazione della norma incriminatrice, originata da una decisione delle sezioni unite⁶⁵.

Non può celarsi come, a seguito di una legge di modificazione normativa, un mutamento della giurisprudenza che escluda rilievo penalistico a condotte ritenute in precedenza criminose⁶⁶, specie se affermato dalle sezioni unite, generi fondate riserve sulla sostanziale giustizia delle pronunce di condanna emesse in via definitiva sulla base del precedente indirizzo interpretativo. Esigenze garantistiche condurrebbero, infatti, ad equiparare il *revirement* giurisprudenziale in *bonam partem* a una vicenda abrogativa della norma incriminatrice con conseguente estensione al fenomeno di tutte le garanzie sottese alle ipotesi di *abolitio criminis* e correlate al principio di retroattività della *lex mitior*, inclusa la revocabilità del giudicato ex art. 673 c.p.p.⁶⁷.

⁶⁵ Ha ritenuto, ad esempio, di potere utilizzare la procedura di cui all'art. 673 c.p.p. il Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Torino, in funzione di giudice dell'esecuzione: con ordinanza del 30 gennaio 2012, (in www.penalecontemporaneo.it) ha, infatti, revocato la sentenza del Gip presso il tribunale di Torino relativamente alla condanna per violazione degli artt. 6, co. 3, d.lgs. 286/98, anche se emessa dopo l'entrata in vigore della novella del 15 luglio 2009, n. 94, ma prima della sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione del 24 febbraio 2011 (al riguardo v. *infra*), affermando come tale condanna si riferisca a parametri di legalità "aboliti" dall'intervento del massimo organo di nomofilachia. V. anche Cass., Sez. I, 21 dicembre 2011, B. A., in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 304, per la quale deve essere revocata ai sensi dell'art. 673 c.p.p. la sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 6, co. 3, d.lgs. n. 286 del 1998, emessa a carico di uno straniero illegalmente presente nel territorio dello Stato, anche nel caso in cui la sentenza di primo grado sia stata emessa dopo l'entrata in vigore della novella n. 94 del 2009 e il condannato non abbia fatto valere l'intervenuta *abolitio criminis* nel giudizio di impugnazione.

⁶⁶ Diverso è il caso in cui l'*overruling* giurisprudenziale in senso favorevole avvenga in un contesto di immutato dato legislativo. In proposito si sostiene come il semplice mutamento di giurisprudenza a prescindere da una modifica legislativa, «producendo una semplice successione nel tempo di divergenti interpretazioni giurisprudenziali rispetto alla medesima disposizione, non possa comportare una *abolitio criminis*»; pertanto, il giudice dell'esecuzione non avrebbe altra scelta se non quella di dichiarare inammissibile la richiesta di revoca della sentenza di condanna in quanto manifestamente infondata per difetto delle condizioni legali (M. GAMBARDELLA, *Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole*, cit., pp. 19-20).

⁶⁷ Ritiene che, in tale ipotesi, non essendo l'*overruling* giurisprudenziale la fonte della vicenda abolitiva con effetti iperretroattivi, bensì l'atto del legislatore, il giudice dell'esecuzione potrà senza dubbio revocare ex art. 673 c.p.p. la sentenza di condanna definitiva «pronunciata sulla base della porzione di norma incriminatrice abrogata all'esito della novità legislativa», M. GAMBARDELLA, *Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole*, cit., p. 21.

Con particolare riguardo alla procedura di revoca ex art. 673 c.p.p., è bene rammentare come la dottrina sia divisa tra chi sostiene che la stessa è inammissibile quando la vicenda abolitiva sia stata valutata e poi espressamente esclusa dal giudice della cognizione, poiché altrimenti si ammetterebbe il potere di sindacare nella fase esecutiva questioni di merito già coperte dal giudicato (F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 333; A. GAITO, *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 896; D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, p. 197 ss., per la

Ebbene, sono queste stesse esigenze garantistiche che il tribunale di Torino ha posto a fondamento della sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non include tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna, come pure del decreto penale di condanna e della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, l'ipotesi di mutamento giurisprudenziale favorevole, operato dalle sezioni unite, in base al quale il fatto giudicato non è più previsto dalla legge come reato. In particolare, si è rilevato come un'integrazione di tale norma nel senso anzidetto sia oggi quanto mai necessaria se si intenda recepire l'interpretazione europea del principio di legalità in materia penale che, privilegiando una visione più sostanziale che formale del concetto di diritto, vi include oltre a quello di produzione legislativa anche quello di derivazione giurisprudenziale⁶⁸.

Il mutamento di giurisprudenza che ha dato origine al predetto incidente di costituzionalità riguardava l'individuazione dei confini soggettivi di operatività della contravvenzione di omessa esibizione di documenti prevista dall'art. 6, co. 3, del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), dopo le modifiche ivi apportate dalla legge 15 luglio 2009, n. 94. La nuova formulazione della disposizione in oggetto, infatti, richiedendo, non più la esibizione di due categorie di documenti in alternativa fra loro, bensì la esibizione congiunta sia dei documenti di identificazione sia del titolo di soggiorno, aveva immediatamente generato fondati dubbi sulla relativa *ratio legis*. *Ratio* ancora diretta ad assicurare la sicura identificazione dello straniero o piuttosto volta a verificarne la regolare presenza nel territorio dello Stato? Da qui, la correlata questione se,

quale la procedura *ex art.* 673 c.p.p. sarebbe preclusa anche quando invece il giudice della cognizione abbia trascurato o dimenticato di dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato; di contrario avviso, su quest'ultimo punto, è altra parte della dottrina che considera l'art. 673 c.p.p. rimedio esperibile anche quando la vicenda abolitiva già verificatasi sia sfuggita al giudice della cognizione: F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 281 s.), e chi, invece, ritiene come, non essendo prevista, nell'art. 673 c.p.p., alcuna limitazione dei poteri di accertamento e valutazione del giudice dell'esecuzione, questi possa liberamente accertare e valutare la sussistenza di una *abolitio criminis*, ancorché la stessa non sia stata rilevata o sia stata esclusa dal giudice della cognizione (L. KALB, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VI, 2009, p. 232 ss.; A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 207). Conformemente a quest'ultimo orientamento v., in giurisprudenza, Cass., Sez. I, 21 dicembre 2011, n. 545/2012, B. A., cit.

⁶⁸ Trib. Torino, Sez. III, 27 giugno 2011, in www.penalecontemporaneo.it, con cui si denunciava un sospetto di illegittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. in relazione all'art. 117, co. 1, Cost. in quanto richiamante gli artt. 5, 6 e 7 CEDU, e agli artt. 3, 13, 25, co. 2, e 27, co. 3, Cost.

tra i soggetti attivi della contravvenzione *de qua*, vi figurassero anche gli stranieri sprovvisti di permesso di soggiorno. Il nodo interpretativo, di lì a poco, veniva sciolto dalle sezioni unite in linea con l'orientamento maggioritario adottato da subito dai giudici di merito⁶⁹. Preso atto dell'avvenuto mutamento dell'interesse protetto dalla norma in oggetto, ormai riconducibile alla verifica della regolarità della presenza dello straniero in territorio nazionale, si affermava, in termini non equivoci, e contrariamente a tre precedenti pronunce della prima sezione della medesima Corte, che la novella del 2009 aveva determinato l'abolizione, ai sensi dell'art. 2, co. 2, c.p., della fattispecie criminosa preesistente, per la parte in cui si indirizzava agli stranieri in posizione irregolare⁷⁰.

Alla luce di tale decisione, il pubblico ministero investiva il tribunale di Torino, in funzione di giudice dell'esecuzione, della richiesta di revoca parziale ex art. 673 c.p.p. di una sentenza emessa ai sensi degli artt. 444 e ss. c.p.p. nei confronti di uno straniero condannato, tra l'altro, anche per la contravvenzione di omessa esibizione di documenti così come riformulata dalla legge n. 94 del 2009. Il predetto tribunale sollevava, quindi, la questione di costituzionalità nei termini di cui si è detto e la Corte costituzionale, con la pronuncia n. 230 del 2012, la dichiarava non fondata, disattendendo, in tal modo, i tentativi «di incanalare nell'alveo dell'art. 673 c.p.p. fenomeni attinenti alle “dinamiche interpretative” della norma incriminatrice, quali il mutamento e la risoluzione di contrasti giurisprudenziali, benché conseguenti a decisioni delle se-

⁶⁹ Trib. Bologna, 19 ottobre 2009, H.B., in *Foro it.*, 2010, II, c. 70; Trib. Monza, 12 gennaio 2010; Trib. Milano, 19 gennaio 2010, A., in *Corr. mer.*, 2010, p. 529; Trib. Monza, 3 maggio 2010, in *De Jure*.

⁷⁰ Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2011, Alacev, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2876 ss., con commento di G. SANTALUCIA e V. DI PEPPE; v. altresì G. L. GATTA, *Inottemperanza del “clandestino” all'ordine di esibire i documenti: davvero abolitio criminis?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1348. Nel senso che le modifiche apportate dalla legge n. 94 del 2009 fossero di carattere meramente formale, senza alcuna ricaduta sul precedente orientamento statuito da Cass., Sez. Un., 29 ottobre 2003, Mesky, secondo cui la norma sarebbe stata applicabile indifferentemente allo straniero regolare come a quello irregolare, cfr. Cass., Sez. I, 30 settembre 2010-18 ottobre 2010, Timimouni, in *Mass. Uff.*, n. 37060; Cass., Sez. I, 20 gennaio 2010-16 febbraio 2010, n. 6343, Wainan; Cass., Sez. I, 23 settembre 2009, Calmus, in *Foro it.*, II, 2010, c. 70 ss. Esprime perplessità sull'assunto che la parola dettata dalle sezioni unite con la sentenza Alacev integri realmente un mutamento di giurisprudenza, V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, cit., p. 10, per il quale la decisione delle sezioni unite «più che *mutare*, era valsa a *formare* per la prima volta un “diritto vivente” sulla nuova norma».

zioni unite»⁷¹.

Per quanto qui interessa, la norma convenzionale interposta, rispetto alla quale la norma censurata si poneva in asserito contrasto - non componibile attraverso la via della interpretazione adeguatrice - veniva individuata dal giudice rimettente nell'art. 7 della CEDU. In particolare, il giudice motivava la presunta violazione dell'art. 117 Cost., mettendo in relazione due asserti contenuti nella citata norma convenzionale: da un lato, il riconoscimento, insieme al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, di quello della retroattività della *lex mitior*; e dall'altro, l'assunto che, in rapporto al principio di legalità sancito dall'art. 7 CEDU, la nozione di «diritto» («*law*») ivi utilizzata deve considerarsi comprensiva tanto del diritto di produzione legislativa quanto del diritto di formazione giurisprudenziale.

Sennonché, la Corte costituzionale, proprio con riferimento a questa seconda affermazione, pone l'accento sulla maggiore tutela accordata dal nostro Costituente al principio di legalità penale, laddove, all'art. 25, co. 2, Cost., impone la «riserva di legge» - profilo, quest'ultimo, estraneo all'equivalente principio convenzionale - deducendo la ferma preclusione di una trasposizione meccanica nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale⁷².

Ciò nondimeno, per il «giudice delle leggi» non è lo scarto di tutela a essere determinante per affermare l'infondatezza della questione, bensì la considerazione che la Corte di Strasburgo «non risulta avere mai, fino ad oggi, enunciato il corollario che il giudice *a quo* vorrebbe far discendere dalla combinazione tra i due asserti dianzi ricordati: e, cioè, che, in base all'art. 7, § 1, della CEDU, un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo imponga la rimozione delle sentenze di condanna passate in giudicato contrastanti col nuovo indirizzo»⁷³. Con la precisazione che, sebbene i Giudici europei si fossero occupati dei mutamenti di giurisprudenza solo con riferimento al princi-

⁷¹ Così, V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, cit., p. 11.

⁷² In proposito, si è rilevato come tale enunciato, benché incidentale, rappresenti «la prima applicazione concreta di uno dei postulati-cardine della teoria delle “norme interposte”», le quali, restando pur sempre subordinate alla Costituzione, perdono «la capacità di integrare il “rinvio mobile” dell'art. 117, co. 1, Cost. quante volte entrino in conflitto con le altre regole della Carta» (V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, cit., p. 14).

⁷³ Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, cit., p. 15.

pio di irretroattività della norma sfavorevole - ritenendo contraria alla norma convenzionale l'applicazione a fatti anteriormente commessi di un indirizzo giurisprudenziale estensivo della sfera operativa di una fattispecie criminosa, ove la nuova interpretazione non rappresenti un'evoluzione ragionevolmente prevedibile della giurisprudenza anteriore - ciò non consente di ricavare «l'esigenza "convenzionale" di rimuovere, in nome del principio di retroattività della *lex mitior*, le decisioni giudiziali definitive non sintoniche con il sopravvenuto mutamento giurisprudenziale in *bonam partem*». La differente soluzione trova giustificazione sia nel diverso fondamento sotteso ai due principi, sia nella circostanza che il principio della retroattività della *lex mitior*, per come interpretato da Strasburgo, sconta un limite alla sua operatività di segno contrastante rispetto alla ricostruzione prospettata dal giudice *a quo*. Esso, infatti, secondo la Corte europea, non può operare oltre la soglia del giudicato⁷⁴, diversamente da quanto è previsto, nel nostro ordinamento, dai commi 2 e 3 dell'art. 2 c.p. Limitazione che, secondo la Corte, non può non valere anche in rapporto ai mutamenti di giurisprudenza: il principio d'intangibilità del giudicato non potrà essere travolto dall'esigenza di assicurare la parità di trattamento a seguito dell'avvenuta composizione di un contrasto di giurisprudenza da parte di un tribunale supremo nazionale⁷⁵. Di qui, il rilievo che l'ipotetica norma convenzionale interposta, chiamata a fungere da parametro di verifica della legittimità costituzionale della disposizione denunciata, risulta in realtà priva di attuale riscontro nella giurisprudenza della Corte europea. La Consulta, quindi, prosegue nell'ottica di una ferma difesa del principio di intangibilità del giudicato - «espressivo dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti» - disattendendo l'assunto del rimettente secondo cui un legislatore che, da un lato, valorizza la funzione nomofilattica della Corte di cassazione e delle Sezioni Unite in particolare, e, dall'altro, omette di prevedere la revoca delle condanne definitive pronunciate in relazione a fatti che, alla

⁷⁴ Nella più volte citata decisione Scoppola c. Italia della Corte europea i giudici hanno affermato che il principio della retroattività della *lex mitior*, ricavabile dall'art. 7, §1, della CEDU, «si traduce nella norma per cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli», introducendo così il limite del giudicato.

⁷⁵ Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 2007, Perez Arias c. Spagna, della quale la Corte costituzionale richiama un passaggio fondamentale: «intendere il principio di eguaglianza nell'applicazione della legge nel senso che ciò che risulta dalle decisioni posteriori implica la revisione di tutte le decisioni definitive anteriori che risultino contraddittorie con quelle più recenti sarebbe contrario al principio di sicurezza giuridica».

stregua di una sopravvenuta diversa decisione dell'organo della nomofilachia, non sono previsti dalla legge come reato, finirebbe con il consentire irragionevolmente trattamenti radicalmente differenziati di autori di fatti analoghi. La Corte, infatti, affronta il problema sotto il profilo della prevedibilità dell'interpretazione giurisprudenziale della legge penale e della relativa conoscibilità anticipata, insistendo sull'efficacia essenzialmente «persuasiva» e non cogente dell'orientamento espresso dalla decisione delle sezioni unite. Questa decisione, restando potenzialmente suscettibile di essere disattesa, sia pure con l'onere di adeguata motivazione, difetta dei connotati di «stabilità» e «vincolatività» propri della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, che restano, pertanto, i soli paradigmi ai quali può ricollegarsi l'effetto caducatorio del giudicato⁷⁶.

Viene, inoltre, posto l'accento sulla «sovversione di sistema» che la richiesta pronuncia additiva comporterebbe, venendo a creare un anomalo rapporto di gerarchia tra le sezioni unite e i giudici dell'esecuzione, per il quale solo questi ultimi sarebbero tenuti a uniformarsi alla decisione «favorevole» delle sezioni unite, revocando il giudicato di condanna, diversamente dal giudice della cognizione che non avrebbe il medesimo obbligo pur trovandosi a giudicare un fatto analogo.

Il «giudice delle leggi», in conclusione, si oppone fermamente all'asserita equazione tra risoluzione del contrasto giurisprudenziale e atto di produzione normativa, evocando il principio di separazione dei poteri che affonda nell'*humus* costituzionale del canone di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, co. 2, Cost.). Il diritto è prodotto dal legislatore e applicato dai giudici e la soggezione soltanto alla legge dei giudici implica che la creazione giurisprudenziale di nuovo diritto sia vietata⁷⁷.

La posizione della Corte costituzionale sembra qui visibilmente orientata a guidare i giudici nell'attività interpretativa delle norme convenzionali, fissando

⁷⁶ È da segnalare, inoltre, che la Corte costituzionale ha preso le distanze dalle recenti pronunce di legittimità (Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, Beschi, cit. e Cass., Sez. II, 6 maggio 2010, Merlo, cit.) con le quali si è data rilevanza ai mutamenti di giurisprudenza per superare i cosiddetti «giudicato esecutivo» e «giudicato cautelare», mettendone in rilievo la profonda diversità rispetto al giudicato vero e proprio.

⁷⁷ Tali principi sono stati ribaditi di recente da Cass. civ., Sez. Un., 11 luglio 2011, in *Mass Uff.*, n. 617905, dove, in tema di mutamento di giurisprudenza rispetto a norme processali, si è affermato che il precetto di cui all'art. 101, co. 2 Cost. impedisce di attribuire alla interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto. In dottrina v., *ex plurimis*, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2007; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale. Artt. 1-9*, in SCAJOLA, BRANCA, *Commentario al codice civile*, Zanichelli, 2011; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, p. 159 ss.

basilari punti fermi in tema di legalità penale, il cui rispetto diviene necessario per contenere future “derive” ermeneutiche dai riflessi potenzialmente eversivi⁷⁸.

È fuor di dubbio che stiamo vivendo una stagione in cui «la nostra giustizia penale non può più prescindere dai cromosomi europei»⁷⁹ e i cui orizzonti sono destinati a dovere fronteggiare nuovi mutamenti venendo a intrecciarsi, condizionandosi reciprocamente, con quelli tracciati e suggeriti dalla giurisprudenza europea in vista di una armonizzazione dei diritti nazionali. Tuttavia, non può ignorarsi come la giurisprudenza europea sia pur sempre una giurisprudenza casistica e, partendo da tale premessa, auspicare che il nostro legislatore, *rectius* la nostra giurisprudenza, si accosti ad essa con persuasivo rispetto, senza però restarne assoggettata al punto da ridisegnare il sistema processuale interno, stravolgendo, ad esempio, il sistema delle fonti del diritto, secondo presunte sollecitazioni interpretative che, sebbene provenienti da un'autorità sovranazionale, hanno ancora molta strada davanti perché sia loro riconosciuta una valenza *erga omnes*⁸⁰.

Vero è che il dialogo tra le due Corti deve essere quanto più possibile sinergico, ma non è chi non veda, insieme agli esiti fruttuosi, le molteplici insidie sul piano sistematico del recente modo di *ius dicere* dei nostri giudici. Il nuovo sistema di tutela “multilivello” nel quale tutti gli operatori del diritto sono oggi proiettati si presenta talmente numinoso da fare sorgere l'esigenza di rapportarsi ad esso in modo estremamente cauto: restarne suggestionati, sì, ma nel contempo cercare di controllare gli entusiasmi nella consapevolezza delle degenerative implicazioni che potrebbero riflettersi negli ordinamenti interni.

⁷⁸ Secondo O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, cit., p. 22, con la sentenza in oggetto la Corte «ha (almeno per il momento) restaurato l'ordine previgente, ispirando la decisione ad una comprensibile e forse doverosa prudenza».

⁷⁹ O. MAZZA, *Giustizia penale in trasformazione: profili d'indagine*, in *Arch. pen.*, 2012, 1, p. 2.

⁸⁰ Mettono in guardia da un simile approccio, oltre a P. FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, cit., 116 ss., R. GAMBINI, *Armonizzazione dei diritti nazionali nel segno della giurisprudenza europea*, cit., p. 1169 ss.