



Costituzionalismo.it

Fascicolo 2 | 2015
I DIRITTI DEI DETENUTI

Nuove possibilità di sollevare questioni di costituzionalità per il giudice dell'esecuzione penale?*

di ELISABETTA LAMARQUE

Nuove possibilità di sollevare questioni di costituzionalità per il giudice dell'esecuzione penale?*

di ELISABETTA LAMARQUE

Professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi di Milano-Bicocca

Abstract

Il contributo ritorna su uno dei profili processuali della sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 2013, meglio nota come sentenza Scoppola/Ercolano, relativa alla sostituzione della pena dell'ergastolo con quella dei trenta anni di reclusione, nella quale il dubbio di costituzionalità sollevato dal giudice dell'esecuzione su una norma già applicata in sede di giudizio di cognizione è stato ritenuto rilevante, prima ancora che fondato, ma solo in quanto si doveva, nel caso, dare seguito nell'ordinamento italiano a una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritto penale sostanziale relativa a un caso identico a quello pendente davanti a quel giudice e, inoltre, il rimedio sarebbe stato nell'immediata disposizione del giudice dell'esecuzione, senza

necessità di riapertura del processo. Dopo avere evidenziato come già allora queste limitazioni fossero difficilmente comprensibili, il contributo ripercorre alcuni sviluppi della giurisprudenza costituzionale e comune successivi a quella sentenza, i quali suggeriscono che oggi, ancora più fondatamente di due anni fa, la contraddizione potrebbe essere sciolta affermando la rilevanza nel giudizio di esecuzione di tutti indistintamente i dubbi di costituzionalità delle norme già applicate nel giudizio di cognizione, e la cui perdurante esistenza legittima l'esecuzione e la prosecuzione della pena.

The contribution takes another look at one of the procedural aspects of the judgment of the Italian Constitutional Court no. 210 of 2013, better known as the Scoppola/Ercolano case, on the replacement of life imprisonment by a sentence of thirty years, in which the question of constitutionality raised by the enforcement judge concerning a rule of law already applied in preliminary proceedings was held relevant, even before validated, but only because it was necessary in this case to adopt into Italian law a decision of the European Court of Human Rights in matter of substantive criminal law concerning a case identical to the one pending before that judge; moreover, the remedy would have been an immediate decision by the enforcement judge without any need to reopen the case. After having shown that these limitations were difficult to understand even then, the contribution refers to some developments in constitutional and ordinary case-law subsequent to that constitutional judgment, which suggest that today, with even more reason than two years ago, the contradiction could be resolved by stating the relevance in the enforcement judgement of all the questions of constitutionality of the statute law already applied in the judgment where the person was sentenced, whose continued existence legitimizes the execution and continuation of the punishment.

Sommario: 1. La sentenza costituzionale che offre l'occasione per queste riflessioni. 2. Le contraddizioni originarie della sentenza costituzionale n. 210 del 2013. 3. Le ragioni sottese alla scelta compiuta allora dalla Corte costituzionale. 4. Gli elementi sopravvenuti che oggi inducono ad ammettere senza particolari cautele la rilevanza delle questioni di costituzionalità sollevate in sede esecuzione penale. a) Quanto alla giurisprudenza costituzionale. 5. Segue. b) Quanto alla giurisprudenza di legittimità.

1. La sentenza costituzionale che offre l'occasione per queste riflessioni.

Gli addetti ai lavori sanno bene che la sentenza di due anni fa con la quale la Corte costituzionale ha risolto la situazione dei condannati in via definitiva che si trovavano nella medesima situazione del signor Scoppola, consentendo anche a loro di ottenere la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trenta anni di reclusione così come l'aveva ottenuta il signor Scoppola a seguito di un suo ricorso vittorioso davanti alla Corte di Strasburgo, è stata originata da una ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che in quel momento procedevano in sede esecutiva nei confronti di un altro condannato, il signor Ercolano.

Il profilo più innovativo^[1], il *clou*^[2], di quella sentenza costituzionale, la n. 210 del 2013, era dunque quello processuale perché mai, fino ad allora, era accaduto che un dubbio di costituzionalità sollevato dal giudice dell'esecuzione su una legge già applicata in sede di giudizio di cognizione – giudizio ormai chiuso da anni con sentenza passata in giudicato – fosse ritenuto *rilevante* dalla Corte costituzionale.

La Corte, tuttavia, nel momento stesso in cui consente *all'ampliamento della nozione di rilevanza* – perché proprio di questo si tratta – allo scopo di superare il motivo di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale e arrivare così a dichiarare incostituzionale la norma impugnata, ritiene necessario esplicitare quali sono le precise condizioni che rendono possibile un simile ampliamento.

L'incidente di costituzionalità sollevato all'interno del procedimento di esecuzione nei confronti di una norma penale precedentemente utilizzata nel giudizio di cognizione può infatti giustificarsi, secondo la Corte costituzionale, soltanto quando concorrono tre circostanze:

a) si deve dare seguito nell'ordinamento italiano a una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo (di condanna) in materia di diritto penale sostanziale;

b) la decisione della Corte europea è relativa a un caso identico a quello pendente davanti al giudice; e

c) non è necessario riaprire il processo, ma si può trovare un rimedio direttamente in sede esecutiva.

Dopo avere enunciato questo stringente *test*, nella stessa sentenza la Corte lo utilizza per ben due volte, applicandolo a due questioni che avevano ad oggetto la medesima disposizione, e cioè l'art. 7, comma 1, del d.l. n. 341 del 2000, convertito nella legge n. 4 del 2001, che come noto era la norma di interpretazione autentica entrata in vigore dopo la richiesta di giudizio abbreviato formulata dai signori Scoppola ed Ercolano che li sottoponeva a una sanzione più severa di quella prevista dalla legge al momento della richiesta di quel rito, sostituendo la pena dell'ergastolo con isolamento diurno con la pena dell'ergastolo e non con quella, da loro attesa, della reclusione di trenta anni.

Gli esiti dell'applicazione del *test* sono opposti: la censura relativa alla violazione del vincolo internazionale discendente dall'adesione dell'Italia alla Convenzione europea, concretizzatasi nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Scoppola (art. 117, primo comma, Cost.), è ritenuta rilevante e dunque ammissibile; mentre la censura proposta in relazione al canone di ragionevolezza e al principio di eguaglianza per la retroattività della disciplina impegnata (art. 3 Cost.) è dichiarata inammissibile[3].

In questo breve contributo si intendono svolgere due ordini di riflessioni.

Nel secondo paragrafo, innanzitutto, si tornerà sulle considerazioni già svolte da alcuni dei commentatori della sentenza costituzionale del 2013, allo scopo di evidenziare come già allora fosse contraddittorio, o per lo meno irragionevole[4], affermare la rilevanza per una delle due questioni e negarla per l'altra. A parere di chi scrive, infatti, la Corte avrebbe dovuto giudicarle entrambe rilevanti o entrambe irrilevanti, perché dal punto di vista della loro ammissibilità sotto questo profilo le due questioni non presentavano alcuna differenza. Nel terzo paragrafo si indagheranno i motivi che possono avere indotto la Corte a compiere una scelta di questo tipo.

Nel quarto e nel quinto paragrafo, poi, si ripercorreranno alcuni sviluppi della giurisprudenza costituzionale e comune successivi a quella sentenza, i quali suggeriscono che oggi, ancora più fondatamente di due anni fa, la contraddizione potrebbe essere sciolta affermando la rilevanza nel giudizio di esecuzione di tutti indistintamente i dubbi di costituzionalità delle norme già applicate nel giudizio di cognizione, e la cui perdurante esistenza legittima

l'esecuzione e la prosecuzione della pena[5].

2. Le contraddizioni originarie della sentenza costituzionale n. 210 del 2013.

Rinviando al paragrafo seguente il tentativo di comprendere i veri motivi che in quella circostanza hanno indotto la Corte costituzionale a ritenere rilevante il dubbio di costituzionalità della norma italiana per contrasto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e non rilevante invece il dubbio di costituzionalità relativo alla stessa norma per contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza/ragionevolezza, qui si vuole soltanto evidenziare come quel ragionamento presentasse comunque un passaggio logico 'a vuoto'.

Sia ben chiaro. La rilevanza come presupposto per l'ammissibilità delle questioni proposte in via incidentale non è una nozione dai contorni certi e, come si sa, tradizionalmente essa è stata interpretata almeno in due modi differenti: o come necessaria influenza della pronuncia della Corte costituzionale sul giudizio da cui è sorta la questione oppure come mera applicabilità in quel giudizio della norma della cui costituzionalità si dubita. In ogni caso, le ragioni della sua previsione nell'art. 23 della legge sul funzionamento della Corte costituzionale[6] sono chiarissime, e risiedono nella necessità che esista un nesso tra il giudizio comune e il giudizio costituzionale tale da rendere concreta, e non astratta, teorica o ipotetica, l'attività di controllo sulle leggi svolta dalla nostra Corte in sede di giudizio incidentale.

Nella giurisprudenza costituzionale sembra ormai definitivamente imboccata la prima delle due strade[7] – quella che richiede una stretta pregiudizialità tra la questione di costituzionalità e l'esito del giudizio comune, pregiudizialità che il giudice *a quo* è tenuto a dimostrare motivando in modo non implausibile sull'influenza della decisione della Corte sul suo giudizio – ma non mancano le oscillazioni, e spesso sono emerse esigenze particolari che hanno giustificato eccezioni e aggiustamenti volti a consentire un sindacato sul merito delle questioni di costituzionalità che attraverso una porta di accesso troppo stretta avrebbero faticato ad arrivare al giudizio della Corte costituzionale.

Si pensi, ad esempio, a come negli anni ottanta del secolo scorso la Corte ha superato il problema, che all'epoca sembrava insormontabile, della 'istituzionale irrilevanza' delle questioni sulle norme penali di favore, derivante dall'impossibilità di applicare all'imputato del giudizio *a quo* la normativa più

sfavorevole che sarebbe riemersa a seguito della dichiarazione di incostituzionalità di quelle norme[8]. O, ancora, si consideri l'espedito che la Corte costantemente utilizza per giudicare nel merito le questioni sorte in sede di giudizio cautelare, che sarebbero anch'esse sempre 'istituzionalmente irrilevanti' in ogni caso in cui il giudice, nel dare una risposta alla domanda di tutela d'urgenza che gli è stata rivolta, abbia già utilizzato la legge della cui costituzionalità egli dubita[9]. A proposito di questa giurisprudenza la dottrina più attenta discorre a ragione di ipotesi di rilevanza "addolcita"[10].

Tornando ora al tema di queste riflessioni, è chiaro che la preferenza della Corte per l'una o per l'altra nozione di rilevanza può incidere sulla scelta se pronunciarsi, o meno, nel merito dei dubbi di costituzionalità sollevati dal giudice dell'esecuzione penale su norme a cui è stata data applicazione nel precedente giudizio di cognizione. Ed è anche evidente che una aumentata attenzione per i beni costituzionali che vengono in gioco in sede di esecuzione penale – beni fondamentali come la libertà personale o il fine rieducativo della pena, nel senso pregnante da ultimo descritto da Gaetano Silvestri[11] – ben potrebbe giustificare un'attenuazione del rigore nell'esame del requisito della rilevanza, in modo da consentire sempre e comunque il sindacato di costituzionalità sulle leggi che si sospettino sacrificare questi beni in una misura non ammessa dalla nostra Costituzione. Sul punto ci si soffermerà diffusamente nell'ultimo paragrafo.

Per ora, invece, preme sottolineare un'unica circostanza, che si colloca a monte di questi ragionamenti e vale qualunque sia la concezione di rilevanza a cui ci si riferisce, e cioè che la valutazione della sussistenza o meno della rilevanza della questione nel singolo caso si compie sempre ragionando sulla *legge oggetto della questione* e prescindendo totalmente dal parametro di costituzionalità.

Qualora si accolga la nozione di rilevanza come mera applicabilità, infatti, è la legge – e non la Costituzione – l'atto che il giudice deve applicare ai casi della vita a lui sottoposti; mentre qualora si accolga la nozione di rilevanza come necessaria influenza della sentenza costituzionale sul giudizio *a quo*, è ancora la perdurante presenza della legge o al contrario la sua eliminazione da parte della Corte costituzionale – e non certo la norma costituzionale utilizzata come parametro – l'elemento che incide sull'esito del giudizio comune alla ripresa dell'incidente di costituzionalità.

E' *la legge*, in altre parole, che rappresenta contemporaneamente la regola del

caso concreto nel giudizio comune e l'oggetto della valutazione in quello costituzionale, e dunque costituisce *quel necessario legame oggettivo* tra il primo e il secondo giudizio nel quale si risolve il requisito della rilevanza^[12].

Al contrario, il parametro costituzionale viene sì in considerazione come elemento necessario del *thema decidendum* per la valutazione della non manifesta infondatezza del dubbio di costituzionalità da parte del giudice, prima, e per la decisione sul merito della questione da parte della Corte, poi, ma ciò accade *solo se e quando* la rilevanza del dubbio è ritenuta sussistente in dipendenza del ruolo svolto dalla legge della cui costituzionalità si dubita all'interno del giudizio *a quo*.

Ne consegue che la scelta operata dalla sentenza costituzionale n. 210 del 2013 di limitare la rilevanza delle questioni sollevate dal giudice dell'esecuzione in base al parametro – art. 117 Cost. *sì*, art. 3 Cost. *no* – è difficilmente comprensibile.

3. Le ragioni sottese alla scelta compiuta allora dalla Corte costituzionale.

Certo, alcuni potrebbero dire che quella scelta era stata compiuta per una ragione non esplicitata ma apprezzabilissima, legata al fatto che il vizio di costituzionalità relativo all'art. 117 Cost. era un vizio 'sopravvenuto' e non originario del decreto legge del 2000, essendo sorto solo nel 2009, a seguito appunto della sentenza Scoppola della Corte di Strasburgo di condanna dell'Italia, che era tra l'altro era una sentenza innovativa rispetto allo stesso orientamento consolidato del giudice europeo e quindi del tutto imprevedibile a priori^[13].

Mentre dunque il dubbio di costituzionalità della stessa disposizione legislativa per violazione di una qualsiasi norma della Costituzione italiana avrebbe potuto essere sollevato già nel 2000 da qualsiasi giudice della cognizione chiamato ad applicarla, il dubbio relativo alla violazione dell'art. 117 Cost., tramite la sentenza Scoppola di Strasburgo, non avrebbe potuto mai essere denunciato alla Corte costituzionale da alcun giudice della cognizione, perché all'epoca in cui si consumavano le vicende processuali italiane nei giudizi di cognizione che avevano come imputati il signor Scoppola o uno dei suoi 'fratelli' – giudizi nei quali tutti costoro avevano fatto domanda di rito abbreviato per ottenere una pena più mite – la sentenza di Strasburgo non esisteva ancora, e nel momento

in cui la sentenza di Strasburgo è venuta a esistenza verosimilmente tutte queste le vicende processuali, nelle quali nel 2000 la domanda di rito abbreviato era stata accolta, si erano già definitivamente chiuse con il passaggio in giudicato della condanna all'ergastolo[14]. A denunciare il vizio di inconvenzionalità del decreto legge del 2000, in definitiva, non avrebbe potuto essere altri che un giudice dell'esecuzione.

Seguendo questo modo di ragionare, dunque, la sentenza n. 210 del 2013 rappresenterebbe un caso eccezionale di 'ammorbidimento' di un requisito di ammissibilità della questione compiuto 'ai limitati fini' della proponibilità di dubbi di costituzionalità che altrimenti non avrebbero avuto altro modo di arrivare al giudizio della Corte costituzionale, analogo ad esempio a tutti quei casi, ben noti agli studiosi di giustizia costituzionale, di allargamento della nozione di 'giudice' e di 'giudizio' appunto 'ai limitati fini' di sollevare determinate questioni. Soggetti che a rigore non avrebbero avuto la possibilità di adire la Corte costituzionale per mancanza dei requisiti soggettivi o oggettivi previsti dal sistema incidentale di controllo di costituzionalità[15], infatti, sono stati ritenuti legittimati a farlo al solo scopo di colmare le lacune e di illuminare alcune 'zone d'ombra', o 'zone franche', del sistema italiano di controllo di costituzionalità. Si pensi ai casi più risalenti, come quello dei comandanti di porto, chiamati giudici-suicidi perché ammessi a sollevare la questione di costituzionalità della loro stessa esistenza come giudici che nessun altro soggetto avrebbe mai potuto proporre[16], oppure – per restare in tema di esecuzione della pena – al caso della magistratura di sorveglianza che, pur procedendo all'interno di un procedimento di tipo amministrativo carente dei requisiti della giurisdizionalità, è stata ritenuta legittimata a sollevare questioni di costituzionalità solo perché altrimenti le leggi limitative dei diritti costituzionali dei detenuti non avrebbero avuto nessun giudice capace di portarle davanti alla Corte costituzionale[17].

Allo stesso modo, di recente l'uso elastico dei requisiti di ammissibilità della questione ha consentito alla Corte costituzionale di estendere il sindacato di legittimità costituzionale alle leggi elettorali, che fino a poco tempo fa erano relegate in un 'cono d'ombra' talmente profondo che pochi in dottrina avrebbero scommesso sul fatto che mai la Corte sarebbe riuscita a giudicarle. La sentenza dello scorso anno sulla legge elettorale[18], infatti, motiva puntualmente la sostanziale deroga al divieto di *lis ficta* sulla base dell'importanza dei beni costituzionali in gioco, da una parte, e sulla difficoltà di

portare per altra via le medesime leggi al sindacato della Corte costituzionale, dall'altra parte[19]. Ma non manca neppure un argomento che nell'economia del presente contributo torna molto utile: quello cioè secondo cui per consentire alla Corte di entrare nel merito del dubbio di costituzionalità che le è stato sottoposto è sufficiente che il giudice *a quo* sia convinto dell'esistenza di un nesso di pregiudizialità tra il suo giudizio e quello costituzionale e che l'ordinanza di rimessione motivi sul punto in modo approfondito e "non implausibile"[20].

Tuttavia, nella sentenza n. 210 del 2013 la Corte costituzionale non fonda – anche se bene avrebbe potuto farlo! – l'ammorbidente' del requisito della rilevanza sulla circostanza di fatto che *non era mai esistito, non esisteva, e non sarebbe mai più esistito* un giudizio di cognizione dal quale potesse sorgere la specifica questione di costituzionalità poi decisa nel senso dell'accoglimento.

Ed è un peccato che ciò non sia avvenuto, perché una simile motivazione sarebbe stata senz'altro migliore di quella che invece leggiamo nella sentenza.

Ragionando per assurdo, ad esempio, immaginiamo che venisse approvata una legge che prevedesse la pena di morte per un determinato reato, e che questa legge non solo superasse il vaglio del Presidente della Repubblica ma non fosse neppure denunciata alla Corte costituzionale da nessun giudice nei diversi gradi dell'*unico giudizio di cognizione* nel quale si procedesse per quel reato, fino a dare luogo a un'*unica condanna definitiva* alla pena di morte; e immaginiamo che la questione di costituzionalità per violazione dell'art. 27, c. 4, Cost. fosse sollevata, infine e finalmente, dal giudice dell'esecuzione.

Il caso non assolverebbe a due dei tre requisiti individuati dalla nostra sentenza costituzionale, e cioè la necessità di dare seguito a una decisione della Corte di Strasburgo in materia di diritto penale sostanziale in relazione a una vicenda identica a quella pendente davanti al giudice. Tuttavia, non sarebbe questo comunque un caso esemplare che meriterebbe di tenere spalancate al giudice dell'esecuzione le porte di Palazzo della Consulta, chiudendo un occhio sulla incerta rilevanza della questione sollevata perlomeno una volta constatata l'assenza attuale e verosimilmente futura di giudici di cognizione chiamati ad applicare quella legge?

Invece, come si è detto, nella sentenza n. 210 del 2013 la Corte costituzionale ha compiuto quel passaggio logico 'a vuoto', di cui prima si diceva, 'agganciando' il

minore rigore nella valutazione della rilevanza dei dubbi di costituzionalità sollevati dal giudice dell'esecuzione penale al parametro dell'art. 117, c. 1, Cost. e non all'altra e più pregnante circostanza di trovarsi di fronte a un dubbio di costituzionalità di una certa consistenza che non avrebbe potuto essere portato al suo esame per altra via.

Si svelano così con maggiore chiarezza i possibili reali motivi della scelta compiuta allora dalla Corte costituzionale.

Secondo un commentatore, la Corte probabilmente era mossa dall'idea che le pronunce della Corte di Strasburgo di condanna dell'Italia per una violazione strutturale della Convenzione introducessero una sorta di presunzione di illegittimità costituzionale della legge italiana[21], e cioè un dubbio più serio di ogni altro dubbio circa la violazione di una norma della nostra Costituzione nella materia dei delitti e delle pene.

A parere di chi scrive, invece, la ragione più profonda di tale scelta potrebbe essere quasi inconfessabile da parte di un garante della Costituzione nazionale quale è la nostra Corte. L'impressione, infatti, è che nel 2013 essa percepisse il vizio della legge derivante dalla violazione di un obbligo convenzionale accertato dalla Corte di Strasburgo come un vizio *più grave* di quello derivante dal contrasto con qualsiasi altra disposizione della nostra Carta costituzionale. Un vizio talmente grave, in definitiva, da richiedere sempre e a ogni costo un suo tempestivo intervento.

4. Gli elementi sopravvenuti che oggi inducono ad ammettere senza particolari cautele la rilevanza delle questioni di costituzionalità sollevate in sede esecuzione penale. a) Quanto alla giurisprudenza costituzionale.

Va ora notato che in questi due anni che ci separano dalla sentenza n. 210 del 2013 l'atteggiamento complessivo della giurisprudenza costituzionale nei confronti degli obblighi convenzionali è molto mutato.

In particolare, è venuta del tutto meno, come si dirà tra poco, la deferenza verso la giurisprudenza di Strasburgo che la nostra Corte costituzionale aveva manifestato nelle sentenze gemelle del 2007 e, parallelamente, sono

notevolmente aumentate le manifestazioni di quell'orgoglio italiano' che già in sede di commento alla sentenza avevamo avuto occasione di rilevare[22].

Già negli anni tra il 2011 e il 2013, infatti, la Corte costituzionale aveva iniziato a trattare i diritti enunciati a Strasburgo non più come straordinarie novità, ma come semplici conferme di quanto si trova comunque garantito dalla Costituzione italiana, e non aveva perduto occasione per affermare perlomeno *la tendenziale equivalenza* tra la tutela interna e quella esterna[23]. Nella stessa motivazione della nostra sentenza, tra l'altro, si legge tra le righe che la dichiarazione di incostituzionalità derivante dalla violazione della Convenzione europea realizza anche contemporaneamente un principio costituzionale, il principio di irretroattività della norma penale, non invocato dal giudice remittente[24].

In tempi più recenti, tuttavia, la Corte costituzionale è andata ancora oltre, sia suggerendo che la propria giurisprudenza è capace di giungere prima, se non meglio, della giurisprudenza della Corte europea al risultato di garantire le posizioni soggettive che cercano un riconoscimento nelle aule dei tribunali, sia e soprattutto affermando esplicitamente che, in caso di incertezza su quale sia la carta dei diritti a cui fare riferimento, si debba assegnare sempre priorità e prevalenza alla Costituzione italiana. Il punto d'arrivo è naturalmente la notissima sentenza di quest'anno sulla confisca urbanistica, in cui si dice che "il più delle volte, l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti [la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione italiana: *ndr*]. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che *il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana*"[25] (corsivo aggiunto).

Ancora prima di giungere a questo approdo, tuttavia, i segnali premonitori di una radicale inversione di rotta nell'atteggiamento verso Strasburgo si erano moltiplicati. Dall'iniziale acritica e ossequiosa accoglienza degli orientamenti della Corte europea la Corte costituzionale era passata come si è detto a suggerire la tendenziale equivalenza, nella tutela dei diritti fondamentali, tra la garanzia esterna e la garanzia interna e poi, nel giro di qualche mese, era approdata a un atteggiamento di costante valorizzazione della garanzia offerta dalla Costituzione italiana a tutto discapito di quella predisposta dalla Convenzione europea e dal suo giudice. E non è un caso che le manifestazioni

più evidenti di quest'ultimo *trend* si ritrovino in tutte le sentenze recenti relative a temi nuovi ed eticamente sensibili, nelle quali la Corte costituzionale valorizza esclusivamente il parametro costituzionale interno. Si pensi ad esempio alla sentenza sul cd. 'divorzio imposto' a seguito della rettificazione del sesso di uno dei coniugi[26], nella quale l'incostituzionalità della norma viene fatta derivare direttamente dalla tutela costituzionale delle formazioni sociali, mentre il riferimento alla Convenzione europea e alla giurisprudenza di Strasburgo, che pure era stato invocato dal giudice *a quo*, è ritenuto non pertinente. Ma si pensi soprattutto ai due ultimi interventi del giudice costituzionale sulla legge sulla procreazione medicalmente assistita, e cioè alla sentenza che elimina il divieto di fecondazione eterologa[27] e a quella che dichiara incostituzionale la stessa legge là dove non consente il ricorso alle tecniche di procreazione assistita da parte delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili[28]. Anche qui, l'incostituzionalità viene fatta discendere dal contrasto con i parametri costituzionali invocati dai giudici remittenti, mentre i motivi di censura formulati rispetto alla Convenzione europea sono dichiarati assorbiti in entrambe le occasioni.

Ma è soprattutto nella sentenza sulla confisca urbanistica, di cui più sopra si è già richiamato un passaggio significativo, che si ritrovano numerosi motivi espliciti di 'deprezzamento' della tutela offerta dalla Convenzione europea e dalla sua Corte[29].

Questa non è la sede per ripercorrerli tutti. E' sufficiente invece richiamare l'attenzione sui due punti che dimostrano il completo rovesciamento di prospettiva compiuto dalla giurisprudenza costituzionale. Un rovesciamento che, si deve ribadirlo, rende nel quadro attuale non più sostenibile la limitazione della rilevanza delle questioni di costituzionalità su norme penali già applicate nel giudizio di cognizione sollevate nel procedimento di esecuzione a quelle relative alla violazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In primo luogo, la sentenza sulla confisca urbanistica afferma che "solo nel caso in cui si trovi in presenza di un 'diritto consolidato' o di una 'sentenza pilota', il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale".

Oggi, dunque, ogni questione di costituzionalità sollevata da un giudice per violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. che assuma come norma interposta una giurisprudenza della Corte europea non consolidata, o una sentenza europea non qualificabile come sentenza pilota, è inammissibile perché il giudice comune non avrebbe dovuto sentirvisi vincolato.

Applicando questo nuovo criterio è evidente che sarebbe stata certamente inammissibile anche la questione di costituzionalità affrontata dalla sentenza n. 210 del 2013, perché la sentenza Scoppola della Corte europea, benché adottata dalla Grande Camera, non era né espressione di un orientamento consolidato, e anzi rappresentava come si è detto una vera novità nel panorama della giurisprudenza europea, né una sentenza pilota, come la stessa Corte costituzionale ha avuto cura di precisare. E – si noti bene – sarebbe stata inammissibile anche se sollevata da un giudice della cognizione!

In definitiva, sulla base dei criteri odierni l'unico modo per dichiarare incostituzionale il decreto legge del 2000 sarebbe stato quello di consentire al giudice dell'esecuzione di denunciarne il contrasto con la Costituzione italiana. Come si vede, il rovesciamento di prospettiva è davvero completo.

In secondo luogo, la sentenza sulla confisca urbanistica per la prima volta esplicitamente afferma che il giudice, quando non può assegnare alla giurisprudenza di Strasburgo un significato compatibile con la Costituzione italiana, è tenuto a sollevare questione di costituzionalità della legge italiana del 1955 di adattamento alla Convenzione europea, nella parte in cui permette l'ingresso nell'ordinamento italiano di una regola non compatibile con la Carta repubblicana, alla quale "anzitutto" appunto ogni giudice deve "obbedienza". Fino ad allora, invece, la dottrina ancora si chiedeva quale conseguenza producesse il contrasto di una norma vivente della Convenzione europea con una norma costituzionale, e in molti ritenevano che la conseguenza più ragionevole non fosse quella estrema, e cioè la dichiarazione di incostituzionalità della legge italiana di recezione della Convenzione europea "nella parte in cui", e preferivano invece la soluzione *soft*, consistente nell'escludere di fare agire la norma europea contrastante con la Costituzione italiana come parametro interposto nel giudizio sulle leggi.

Sotto questo secondo profilo la novità è duplice.

Dal punto di vista ideale e di principio, innanzitutto, la giurisprudenza della

Corte europea da sacra e intangibile, come poteva sembrare dalla lettura delle sentenze gemelle del 2007, diventa addirittura passibile di una dichiarazione di incostituzionalità, sia pure attraverso l'espedito della dichiarazione di incostituzionalità della legge italiana di esecuzione della Convenzione.

Dal punto di vista pratico, poi, non si può non notare che l'operazione suggerita dalla Corte concretizza una ulteriore, notevolissima, ipotesi di allargamento della nozione di rilevanza della *quaestio*. E' infatti una evidente forzatura ipotizzare che un giudice possa/debba sollevare un dubbio su una legge – quella di adattamento alla Convenzione europea – che egli *non può applicare al suo giudizio*, dato il rigoroso divieto di applicazione diretta delle norme della Convenzione europea più e più volte affermato e ripetuto dalla stessa Corte costituzionale[30].

Insomma, se nella sentenza del 2013 da cui abbiamo preso le mosse la forzatura del requisito della rilevanza da parte della Corte costituzionale era stata introdotta a tutto vantaggio della Convenzione europea e della giurisprudenza di Strasburgo, al contrario nel nuovo corso della giurisprudenza costituzionale l'unica forzatura ammessa sembra quella che va a discapito della stessa Convenzione e della giurisprudenza di Strasburgo, consentendo di dichiararne il contrasto con la Costituzione italiana.

Siamo di fronte dunque, serve ripeterlo, a una vera rivoluzione copernicana nell'orientamento generale della nostra Corte costituzionale nei confronti della Convenzione europea e del suo giudice proprio sul punto chiave che qui interessa.

Complessivamente è ormai chiaro che la Corte costituzionale ha smesso di ritenere che il vizio di inconvenzionalità della legge sia più grave del vizio di incostituzionalità, e anzi sembra pervenuta alla conclusione opposta.

Crollano così come un castello di carta tutte le cautele poste dalla sentenza n. 210 del 2013 volte a limitare la rilevanza delle questioni sollevate dal giudice dell'esecuzione penale a quelle relative alla violazione della giurisprudenza di Strasburgo.

Tolto di mezzo questo ostacolo, nel paragrafo che segue si esamineranno gli elementi offerti in positivo dalla giurisprudenza di legittimità che inducono oggi a sostenere che il giudice dell'esecuzione possa essere ammesso a sollevare qualsiasi dubbio di costituzionalità la cui soluzione incida sulla consistenza della

pena.

5. Segue. b) Quanto alla giurisprudenza di legittimità.

A questo scopo è utile prendere le mosse dalla motivazione sulla rilevanza contenuta nell'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite che aveva sollevato la questione di costituzionalità poi decisa dalla sentenza costituzionale n. 210 del 2013[31]. Sarà poi facile dimostrare che la giurisprudenza di legittimità degli ultimi due anni ha confermato e consolidato i segnali che le Sezioni Unite avevano allora a tal fine già colto e valorizzato, con la conseguenza che se la motivazione sulla rilevanza a quel tempo risultava, per ammissione della stessa sentenza costituzionale, “non implausibile”, i medesimi argomenti allora utilizzati oggi appaiono addirittura incontrovertibili e, soprattutto, non possono non valere indistintamente per *tutte* le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal giudice dell'esecuzione su disposizioni di legge che, una volta dichiarate incostituzionali, consentono al giudice dell'esecuzione di intervenire in senso migliorativo sul trattamento sanzionatorio del condannato.

L'ordinanza di rimessione Ercolano faceva leva su un recente orientamento della stessa giurisprudenza di legittimità che aveva assegnato una portata innovativa all'art. 30, c. 4, della legge sul funzionamento della Corte costituzionale n. 87 del 1953, secondo cui “quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali”, sostenendo che quella disposizione avesse un respiro più ampio dell'art. 673 c.p.p. (che assegna al giudice dell'esecuzione il potere di revocare le sentenze di condanna a seguito di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice), e abbracciasse anche la dichiarazione di incostituzionalità delle norme relative al trattamento sanzionatorio, affidando implicitamente al giudice dell'esecuzione il potere di rimodulare la pena.

Quell'orientamento innovativo riguardava la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'aggravante di clandestinità[32], a seguito della quale la Cassazione, adita in sede di esecuzione, aveva senz'altro provveduto a dichiarare “non eseguibile” il terzo della pena che nella sentenza definitiva di condanna era stato aggiunto in ragione della circostanza aggravante allora

vigente. Si era così realizzato un efficace gioco di squadra tra la Cassazione e la Corte costituzionale[33], che aveva assicurato la massima estensione temporale alla pronuncia costituzionale allo scopo di rendere effettivi i “principi di personalità, proporzionalità e rimproverabilità desumibili dall’art. 27 Cost., che investono la funzione della pena dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione”[34].

L’ordinanza di rimessione Ercolano, appoggiandosi a questa nuova lettura dell’art. 30, c. 4, della legge n. 87, fa appello a sorta di *rilevanza ‘in uscita’* della questione di costituzionalità, semplicemente argomentando che una eventuale sentenza di accoglimento della Corte costituzionale è destinata a incidere sull’esito del giudizio di esecuzione in quel momento pendente. Una simile nozione di rilevanza è perfettamente coerente con l’idea di un giudizio costituzionale non astratto, teorico o ipotetico ma concreto, in quanto strettamente collegato al giudizio comune da cui è sorta la questione, e quindi senza particolari traumi può prendere il posto della consueta nozione di rilevanza ‘in entrata’, consistente nella necessaria applicabilità nel giudizio *a quo* della legge della cui costituzionalità si dubita. Per questo motivo, come si è detto, la stessa Corte costituzionale ritiene che una simile motivazione sulla rilevanza sia “non implausibile”.

Per essere precisi, però, gli elementi a cui le Sezioni Unite più o meno esplicitamente si appoggiavano erano almeno tre. Il primo è appunto la nuova lettura dell’art. 30, c. 4, della legge n. 87 di cui ora si è detto. Il secondo elemento è il più ampio processo, attualmente in corso, che vede il giudicato recedere in misura sempre maggiore di fronte alla necessità di garantire i diritti fondamentali nell’esercizio della giustizia penale[35], e ormai non solo in ossequio a istanze provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo relativa all’art. 6 della Convenzione, come accadeva qualche anno fa, ma ora anche e soprattutto sulla base dell’esigenza tutta interna di superare una sentenza irrevocabile di condanna che si sia rivelata ingiusta a seguito di una pronuncia della Corte costituzionale che abbia accertato l’incostituzionalità della sanzione in essa applicata[36]. Il terzo elemento è il parallelo processo di profondo mutamento della figura del giudice dell’esecuzione, che aveva preso l’avvio dalla riforma del codice di procedura penale[37] e che oggi sembra giunto a riconoscere a quel giudice “una *competenza funzionale* in ordine alla fase esecutiva, in virtù della quale la sua cognizione deve ritenersi estesa a *qualsiasi* questione che attenga alla fase anzidetta”[38].

Tutti e tre questi elementi, che erano già sottesi all'ordinanza di rimessione Ercolano, come si è detto hanno trovato piena conferma e definitivo consolidamento nella giurisprudenza di legittimità *successiva* alla sentenza costituzionale n. 210 del 2013.

Ai nostri fini è sufficiente farne una veloce rassegna.

Abbiamo innanzitutto la serie di pronunce della Cassazione penale relative ai 'fratelli' di Scoppola, a partire dalla sentenza Ercolano che chiude il giudizio da cui era sorta la questione[39], nella quale si ritrovano alcune affermazioni di grande interesse. In primo luogo si dice che "il divieto di dare esecuzione a una pena prevista da una norma dichiarata illegittima dal giudice delle leggi è esso stesso un principio di rango sovraordinato – sotto il profilo della gerarchia delle fonti – rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato" e, in secondo luogo, si conferma che il giudice dell'esecuzione, "avvalendosi degli ampi poteri conferitigli" dal codice, deve dichiarare "non eseguibile" il giudicato di condanna nella parte concernente la specie e l'entità della sanzione irrogata appoggiandosi non già all'art. 673 c.p.p., che riguarda la sola dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice, ma all'art. 30, c. 4, della legge n. 87, perché il riferimento alla "norma dichiarata incostituzionale" "evoca qualsiasi tipologia di norma penale – comprese quindi quelle che incidono sul *quantum* sanzionatorio".

Abbiamo poi la giurisprudenza di legittimità che dà seguito alla sentenza che ha dichiarato incostituzionale la norma del codice penale sul sequestro di persona nella parte in cui non prevedeva la diminuzione di pena in ragione della lieve entità del fatto[40]. Dapprima la Cassazione, nella veste di giudice dell'esecuzione, aveva ritenuto di non avere il potere di procedere all'adeguamento della pena perché in questo caso sarebbe stato "richiesto un nuovo accertamento fattuale, la modifica del piano concettuale del giudizio, non più tangibile, che impedisce definitivamente e per sempre l'interpretazione invasiva del giudicato ancorché al solo fine di uniformarlo all'ordinamento vigente" [41], ma poi aveva ampiamente superato questa posizione sostenendo proprio che l'art. 30, c. 4, della legge n. 87 "impone" al giudice dell'esecuzione, a seguito della declaratoria di incostituzionalità di una norma che incide sulla pena, "di rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli del giudicato non divenuti nel frattempo irreversibili", e questo perché "la conformità della pena a legalità in fase esecutiva deve ritenersi costantemente *sub iudice*, non essendo tollerabile che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non

conformi alla Carta fondamentale” [42].

Ancora più importante è il seguito presso la Cassazione in funzione di giudice di esecuzione della sentenza con cui la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata della circostanza attenuante delle violazioni di lieve entità della disciplina degli stupefacenti[43]. Qui, infatti, la giurisprudenza di legittimità si era divisa proprio sui poteri del giudice dell’esecuzione, e del contrasto giurisprudenziale erano state investite le Sezioni Unite[44], le quali poi, nella nota sentenza Gatto[45], con fermezza riaffermano che, successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, ma idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la rideterminazione della pena che non sia stata interamente espiata proprio sulla base dell’art. 30, c. 4, della legge n. 87 del 1953. In questa occasione le Sezioni Unite ribadiscono “che il diritto fondamentale alla libertà deve prevalere sul valore dell’intangibilità del giudicato, sicché devono essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all’applicazione [della] norma incidente sulla determinazione della sanzione dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile”, e ricordano che “il compito di rimuovere tale illegittimità compete al giudice dell’esecuzione”, il quale “deve procedere a quel giudizio di prevalenza che era stato illegittimamente inibito al giudice della cognizione dal divieto ritenuto costituzionalmente illegittimo”.

La sentenza Gatto centra l’obiettivo di compattare tutta la giurisprudenza di legittimità successiva[46], relativa sia al seguito della medesima sentenza costituzionale, sia al seguito della successiva sentenza che dichiara l’illegittimità costituzionale del decreto legge Fini-Giovanardi sui reati in materia di stupefacenti, determinando la reviviscenza del trattamento sanzionatorio più mite per gli illeciti concernenti le droghe leggere e di sanzioni più severe per le droghe pesanti[47]. Sulla stessa linea è infine atteso un altro intervento delle stesse Sezioni Unite, di cui a oggi si ha solo l’informazione provvisoria resa dal servizio novità della Cassazione, in cui si precisa che in materia di droghe leggere il giudice dell’esecuzione ha il potere di rideterminare anche la stessa pena applicata su richiesta delle parti[48].

Cosa dire di più? A parere di chi scrive, le prospettive che si aprono sono molto interessanti[49].

Ritenere che ogni giudice dell’esecuzione possa valutare la perdurante

rispondenza della pena legislativamente prevista e già applicata in particolare al principio costituzionale della finalità rieducativa e al *favor* per la libertà personale, e conseguentemente possa/debba investire la Corte costituzionale degli eventuali dubbi di costituzionalità, moltiplica le *chances* di ricondurre i trattamenti sanzionatori concreti alla legalità costituzionale, favorendo in particolare la proposizione delle questioni di costituzionalità più delicate.

Si pensi, ad esempio, a quanto deve essere ‘psicologicamente’ difficile per un giudice della cognizione sollevare i dubbi di costituzionalità – certamente non manifestamente infondati^[50] – che la disciplina legislativa italiana dell’ergastolo attualmente presenta, e ciò sia in considerazione delle possibili ripercussioni emotive sulle vittime o sui loro parenti, sia per l’esposizione mediatica che ne seguirebbe; e quanto invece sarebbe più ‘facile’ farlo per un giudice dell’esecuzione a distanza di molti anni non solo dai fatti commessi, ma anche dalla stessa condanna^[51].

* Il presente contributo è destinato agli Scritti in onore di Gaetano Silvestri.

[1] A. Pugiotto, *Scoppola e i suoi fratelli (l’ergastolo all’incrocio tra giudizio abbreviato, Cedu e Costituzione)*, in *Rivista Aic*, n. 3/2013, e poi in *Giur. cost.*, 2013, inizio par. 7.

[2] F. Caprioli, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano, Giuffrè, 2013, 267.

[3] Le parole esatte della sentenza costituzionale (punto 8, in fine, del Considerato in diritto) sono le seguenti: “la questione di legittimità costituzionale proposta con riferimento all’art. 3 Cost. invece è inammissibile, perché non attiene alla necessità di conformarsi a una sentenza della Corte Edu, cioè al solo caso che, come si è visto, può giustificare un incidente di legittimità costituzionale sollevato nel procedimento di esecuzione nei confronti di una norma applicata nel giudizio di cognizione”. Si deve dare atto che dopo la stesura definitiva del testo di questo contributo e la sua approvazione da parte dei revisori anonimi della Rivista è stata depositata un’ulteriore pronuncia nella quale la Corte costituzionale applica per una seconda volta il medesimo criterio allo scopo di dichiarare manifestamente inammissibile una questione di costituzionalità sollevata da un giudice dell’esecuzione su una norma già applicata nel giudizio di cognizione (Corte cost., sent. n. 100 del 2015).

[4] F. Caprioli, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, cit., 287.

[5] In questi esatti termini già si esprimeva, commentando in senso critico un'ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale di poco successiva alla nostra sentenza (Corte cost., ord. n. 235 del 2013) e auspicando proprio un mutamento di rotta della giurisprudenza costituzionale, F. Viganò, *Prosegue la 'saga Scoppola': una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. contemp.*, 26 luglio 2013, p. 6.

[6] L'art. 23, c. 2, della l. n. 87 del 1953, lo si ricorda, afferma che la questione di costituzionalità può essere sollevata "qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale".

[7] E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2013, 105.

[8] Corte cost., sent. n. 148 del 1983, cui segue un orientamento costante confermato, da ultimo, da Corte cost., sent. n. 46 del 2014, punto 3 del Considerato in diritto.

[9] Per questa giurisprudenza si rinvia, per tutti, ad A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Giappichelli, Torino, 2014, 226-227.

[10] R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura del medesimo Autore, Giappichelli, Torino, 85.

[11] G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte Edu*, a cura di M. Ruotolo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 178-179; ma sul tema si rinvia anche naturalmente a M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, II ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

[12] G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 282.

[13] Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03, Scoppola.

[14] Lo ricorda anche M. Gambardella, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cass. pen.*, 2015, 76.

[15] Art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 e art. 23 della l. n. 87 del 1953.

[16] Corte cost., sent. n. 121 del 1970.

[17] Corte cost., sent. n. 212 del 1997.

[18] Corte cost., sent. n. 1 del 2014.

[19] “L’ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nel corso di tale giudizio si desume precisamente dalla peculiarità e dal rilievo costituzionale, da un lato, del diritto oggetto di accertamento; dall’altro, della legge che, per il sospetto di illegittimità costituzionale, ne rende incerta la portata. Detta ammissibilità costituisce anche l’ineludibile corollario del principio che impone di assicurare la tutela del diritto inviolabile di voto, pregiudicato – secondo l’ordinanza del giudice rimettente – da una normativa elettorale non conforme ai principi costituzionali, indipendentemente da atti applicativi della stessa, in quanto già l’incertezza sulla portata del diritto costituisce una lesione giuridicamente rilevante. L’esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende quindi imprescindibile affermare il sindacato di questa Corte – che «deve coprire nella misura più ampia possibile l’ordinamento giuridico» (sentenza n. 387 del 1996) – anche sulle leggi, come quelle relative alle elezioni della Camera e del Senato, «che più difficilmente verrebbero per altra via ad essa sottoposte» (sentenze n. 384 del 1991 e n. 226 del 1976). Nel quadro di tali principi, le sollevate questioni di legittimità costituzionale sono ammissibili, anche in linea con l’esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato. Diversamente, si finirebbe con il creare una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale proprio in un ambito strettamente connesso con l’assetto democratico, in quanto incide sul diritto fondamentale di voto; per ciò stesso, si determinerebbe un vulnus intollerabile per l’ordinamento costituzionale complessivamente considerato”.

[20] “In ordine all’ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale in esame, va premesso che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, siffatto controllo ai sensi dell’art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) «va limitato all’adeguatezza delle motivazioni in ordine ai presupposti in base ai quali il giudizio a quo possa dirsi concretamente ed effettivamente instaurato, con un proprio oggetto, vale a dire un *petitum*, separato e distinto dalla questione di legittimità costituzionale, sul quale il giudice remittente sia chiamato a decidere» (tra le molte, sentenza n. 263 del 1994). Il riscontro dell’interesse ad agire e la verifica della legittimazione delle parti, nonché della giurisdizione del giudice rimettente, ai fini dell’apprezzamento della rilevanza dell’incidente di legittimità costituzionale, sono, inoltre, rimessi alla valutazione del giudice *a quo* e non sono suscettibili di riesame da parte di questa Corte, qualora sorretti da una motivazione non implausibile (fra le più recenti, sentenze n. 91 del 2013, n. 280 del 2012, n. 279 del 2012, n. 61 del 2012, n. 270 del 2010). Nella specie, la Corte di cassazione, con motivazione ampia, articolata ed approfondita, ha plausibilmente argomentato in ordine sia alla pregiudizialità delle questioni di legittimità costituzionale rispetto alla definizione del giudizio principale, sia alla rilevanza delle medesime”.

Una conferma dell’orientamento attuale della nostra Corte costituzionale che rimette alla unilaterale valutazione del giudice *a quo* la valutazione del requisito della rilevanza si ha ancora, tra le altre, nella nota Corte cost., sent. n. 10 del 2015, in particolare punto 4 del Considerato in diritto, dove addirittura la Corte ritiene sufficiente una scarna motivazione sul punto.

[21] Così M. Bignami, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *Dir. pen. contemp.*, 16 maggio 2014, 9.

[22] F. Viganò, E. Lamarque, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell’adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in *Giur. it.*, 2014, 392 ss.

[23] *Ibidem*, 406-408.

[24] In realtà, quanto al principio della retroattività della *lex mitior*, la perfetta corrispondenza tra l’orientamento della Corte di Strasburgo e quello della Corte

costituzionale italiana si verifica solo in relazione alle disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono (cosa che avviene appunto per il caso risolto dalla sentenza costituzionale n. 210 del 2013), mentre per quanto riguarda altri istituti penali quali la prescrizione la Corte costituzionale ha affermato, in altre pronunce che qui non si richiamano, che la retroattività della *lex mitior* possa essere bilanciata con altri beni, valori o esigenze di rango costituzionale, circoscrivendo così la portata del principio enunciato dalla Corte europea. Sul punto si rinvia integralmente a M. Cartabia, *I diritti in Europa. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 48-49, la quale ravvisa una parziale divergenza di interpretazioni tra le due corti ma non un vero e proprio conflitto giurisprudenziale.

[25] Corte cost., sent. n. 49 del 2015, punto 4 del Considerato in diritto.

[26] Corte cost., sent. n. 170 del 2014.

[27] Corte cost., sent. n. 162 del 2014.

[28] Corte cost., sent. n. 96 del 2015.

[29] Corte cost. sent. n. 49 del 2015 è commentata molto criticamente, tra gli altri, da A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Dir. pen. contemp.*, 2 aprile 2015; V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC – Osservatorio costituzionale*, maggio 2015; F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Dir. pen. contemp.*, 30 marzo 2015; D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 aprile 2015; R. Conti, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *Consulta on line Studi*, 2015/I. Posizioni meno critiche, invece, sono quelle di G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e ‘disobbedienza funzionale*, in *Dir. pen. contemp.*, 28 aprile 2015; V. Manes, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. contemp.*, 13 aprile 2015 e M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, Cedu e diritto vivente*, in *Dir. pen.*

contemp., 30 marzo 2015.

[30] Salvo naturalmente che non ci si trovi nel caso, a parere di chi scrive piuttosto raro, in cui ci sia spazio per una applicazione diretta della Convenzione europea che non comporti una previa disapplicazione della legge interna. Sul tema si vedano da ultimo, F. Viganò, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della Cedu)*, in *Dir. pen. contemp.*, 8 giugno 2015 e *ivi* riferimenti a scritti precedenti dello stesso Autore; ma prima ancora A. Ruggieri, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della Cedu (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XV. Studi dell'anno 2011*, Giappichelli, Torino, 2012, 38 ss.; Id., *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la Cedu e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XVI. Studi dell'anno 2012*, Giappichelli, Torino, 2013, 284; Id., *Costituzione e Cedu, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, *ivi*, 242; Id., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, e, volendo, E. Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009*, Giuffrè, Milano, 2010, 122-132; Ead., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Istruzioni per l'uso*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, a cura di S. Sonelli, Giappichelli, Torino, 2015, 194.

[31] Cass., sez. un. pen., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, annotata da F. Viganò, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte Edu*, in *Dir. pen. contemp.*, 12 settembre 2012.

[32] Corte cost., sent. n. 249 del 2010.

[33] Sia consentito sul punto il rinvio a E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012, 93 e *ivi* nota

[34] Cass., sez. I pen., 27 ottobre 2011, n. 977, Hauohu, commentata da M. Scoletta, *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima*, in *Dir. pen. contemp.*, 19 gennaio 2012; N. La Rocca, *Adeguamento della pena per sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'aggravante: poteri "inediti" al giudice dell'esecuzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 1 ss.; F. Nuzzo, *Illegittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-bis, c.p. e poteri del giudice dell'esecuzione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, 421 ss. Salvo Cass., sez. I pen., 19 gennaio 2012, n. 27640, Hamrouni, che va di opposto avviso, la soluzione si consolida immediatamente nella giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. I pen., 24 febbraio 2012, n. 19361, Tete Assic.; Cass., sez. I pen., 25 maggio 2012, n. 26899, Harizi; Cass., sez. I pen., 12 giugno 2012, n. 40464, Kabi Ben Hassane). Sulla giurisprudenza di merito precedente all'intervento della Cassazione si veda S. Zirulia, *Aggravante della "clandestinità" e giudicato: rimuovibili gli effetti?*, in *Corr. mer.*, 2011, 5 ss.

[35] Sul punto G. Ubertis, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *Dir. pen. contemp.*, 5 luglio 2012, 6 e, in commento a Corte cost., sent. n. 210 del 2013, C. Pecorella, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell'affidamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, in particolare 1433.

[36] Insiste molto, e giustamente, sulla dimensione tutta 'interna' delle più recenti tappe di erosione del giudicato, dopo quelle segnate dalle vicende relative all'adeguamento dell'ordinamento italiano alle pronunce di Strasburgo che accertano la violazione nel caso singolo dell'art. 6 della Convenzione, G. Sorrenti, *Crisi e tenuta del mito del giudicato nell'impatto con le condanne emesse a Strasburgo*, in *federalismi.it*, n. 2/2015, *passim* e in particolare 18.

[37] Con l'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, infatti, il giudice di esecuzione da "giudice degli incidenti" diventa il giudice che "conosce dell'esecuzione del provvedimento" sulla base dell'art. 665 c.p.p., con conseguente crisi di identità della giurisdizione esecutiva (M. Tolomelli, *Giudicato penale e lex mitior ex art. 7 Cedu: argomenti a difesa della stabilità della preclusione*, in *Cass. pen.*, 2014, 2720-2721) che solo recentemente sembra sciogliersi nel senso suggerito nel testo.

[38] G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, VIII ed., 2013, 812.

[39] Cass., sez. un. pen., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, annotata tra gli altri da F. Viganò, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unire che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. contemp.*, 12 maggio 2014, cui seguono almeno Cass., sez. I pen., 10 gennaio 2014, nn. 6002, 6003, 6004, 6005, 13401 e 13402 e Cass., sez. I pen., 5 febbraio 2014, n. 9299.

[40] Corte cost., sent. n. 68 del 2012.

[41] Cass., sez. I pen., 23 aprile 2013, n. 28468, su cui peraltro adesivamente G. Romeo, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte costituzionale n. 210 del 2013*, in *Dir. pen. contemp.*, n. 4/2013, 267.

[42] Così Cass., sez. I pen., 4 dicembre 2014, n. 5973, ma v. anche Cass., sez. I pen., 4 dicembre 2014, n. 1615.

[43] Corte cost., sent. n. 251 del 2012.

[44] Cass., sez. I pen., 20 novembre 2013, n. 4725.

[45] Cass., sez. un. pen., 14 ottobre 2014, n. 42858, Gatto, su cui si vedano soprattutto i commenti di C. Pecorella, *La rideterminazione della pena in sede di esecuzione: le Sezioni Unite danno un altro colpo all'intangibilità del giudicato*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2015, 181 ss., G. Riccardi, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, in *Dir. pen. contemp.*, 22 dicembre 2014 e S. Ruggeri, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona, ibidem*.

[46] Cass., sez. VI pen., 15 ottobre 2013, n. 2295; Cass., sez. I pen., 14 novembre 2014, n. 49238; Cass., sez. I pen., 22 dicembre 2014, nn. 2490, 53793 e 53801; Cass., sez. I pen., 19 gennaio 2015, n. 16363; Cass., sez. I pen., 20 gennaio 2015, nn. 7865 e 7867; Cass., sez. I pen., 26 febbraio 2015, nn. 10702 e 10705; Cass., sez. I pen., 27 febbraio 2015, nn. 13985 e 13986; Cass., sez. I pen., 4 marzo 2015, nn. 13345, 13349 e 13350; Cass., sez. I pen., 19 marzo 2015, n. 17050; Cass., sez. I pen., 10 aprile 2015, n. 17065.

[47] Corte cost., sent. n. 32 del 2014, commentata sul punto che qui interessa,

delle sue ricadute in sede di esecuzione, da B. Lavarini, *Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute ante e post iudicatum*, in *Giur. cost.*, 2014, 1905 ss. e da V. Manes e L. Romanò, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. contemp.*, n. 1/2014. Si attendono poi anche i seguiti in sede di giudizio esecutivo della successiva coppia di sentenze costituzionali che riguardano sempre il problema della comparazione di circostanze affrontato da Corte cost., sent. n. 251 del 2012 (Corte cost., sentt. nn. 105 e 106 del 2014, annotate anche sul punto che qui rileva da C. Bernasconi, *L'ennesimo colpo inferto dalla Corte costituzionale alle scelte legislative in tema di comparazione di circostanze*, in *Giur. cost.*, 2014, 1863 ss.).

[48] Udienza 26 febbraio 2015, ric. Marcon, rel. Fidelbo.

[49] Lo ritiene A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte Edu*, cit., 20.

[50] A. Pugiotto, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Volti e maschere della pena*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Ediesse, Roma, 299 ss.

[51] Il suggerimento in tal senso è ancora di A. Pugiotto, *Scoppola e i suoi fratelli (l'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, Cedu e Costituzione)*, cit., par. 11.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Francesco **BILANCIA**
Giuditta **BRUNELLI**
Paolo **CARETTI**
Lorenza **CARLASSARE**
Elisabetta **CATELANI**
Pietro **CIARLO**
Claudio **DE FIORES**
Alfonso **DI GIOVINE**
Mario **DOGLIANI**
Marco **RUOTOLO**
Aldo **SANDULLI**
Massimo **VILLONE**
Mauro **VOLPI**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)

Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Marco **BETZU**, Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**, Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**, Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**, Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano **PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**, Ilenia **RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**