

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Giudicato penale

La decisione

Giudicato - Incostituzionalità del trattamento sanzionatorio - Illegittimità costituzionale - Deducibilità in fase esecutiva - Poteri del giudice dell'esecuzione (artt. 69, co. 4, 99, co. 4, c.p.; art. 73, co. 5, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309).

La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, ma che incide sul trattamento sanzionatorio, comporta una rideterminazione della pena in sede di esecuzione, vincendo la preclusione del giudicato. Il giudice della esecuzione, ferme le vincolanti valutazioni di merito espresse dal giudice della cognizione nella sentenza della cui esecuzione si tratta, ove ritenga prevalente sulla recidiva la circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990, ai fini della rideterminazione della pena dovrà tenere conto del testo di tale disposizione come ripristinato a seguito della sentenza Corte cost. n. 32 del 2014, senza tenere conto di successive modifiche legislative (nella specie la questione riguardava gli effetti della sentenza n. 251 del 2012 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 69, co. 4, c.p. nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p.).

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, c.c. 29 maggio 2014, (non ancora depositata) - SANTACROCE, *Presidente* - IPPOLITO *Relatore*, Ric. P.M. in proc. Gatto.

Il commento

Metamorfosi del giudice dell'esecuzione: da "esecutore" a "garante" della legittimità della pena?

SOMMARIO: 1. L'ormai ricorrente questione di diritto sottoposta alle Sezioni unite: il caso considerato dall'ordinanza di rimessione del 20 novembre 2013. - 2. La crisi della "*firmitas*" del giudicato: una questione ricorrente e destinata a ripresentarsi nel diritto vivente. - 3. Rilevanza del *mitiore* trattamento sanzionatorio e *res iudicata*. In generale... - 4. (Segue) a) Legalità convenzionale ex art. 7, § 1, C.e.d.u. e retroattività della *lex mitior*... - 5. (Segue) b) Rilevanza *in executivis* della declaratoria d'illegittimità costituzionale di norma non incriminatrice... - 6. (Segue) c) I problematici poteri di merito del giudice dell'esecuzione. Da mero esecutore di un "giudicato" altrui a rinnovato "ricalibratore" del merito della reg giudicata.

1. L'ormai ricorrente questione di diritto sottoposta alle Sezioni unite: il caso considerato dall'ordinanza di rimessione del 20 novembre 2013.

Pronunciandosi all'udienza del 29 maggio 2014, le Sezioni unite hanno adot-

tato la soluzione affermativa alla questione se la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, ma che incida sul trattamento sanzionatorio, debba comportare una rideterminazione della pena in sede di esecuzione, vincendo la preclusione del giudicato (nella specie la questione riguardava gli effetti della sentenza n. 251 del 2012 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 69, co. 4, c.p. nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 sulla recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p.)¹.

In attesa di conoscere nel dettaglio le motivazioni della decisione del Supremo Collegio, al penalista non mancano ragioni di primario interesse scientifico meritevoli di una più corale e sistematica ponderazione, vieppiù alla luce dell'affiorare ormai quasi pervasivo – quale *climax* giuridico-concettuale delle più recenti evoluzioni del diritto penale – del tema costituito dal venir meno della *firmitas* del giudicato di condanna per vicende sopravvenute alla irrevocabilità della sentenza e alla fase esecutiva della stessa².

Con l'ordinanza di rimessione, pronunciata all'udienza camerale del 20 novembre 2013³, la prima Sezione penale della Corte di cassazione demandava alle Sezioni unite della Suprema Corte la questione di diritto relativa alla delimitazione dei poteri del giudice dell'esecuzione, segnatamente in ordine alla possibilità, da parte di quest'ultimo, di rimodulare la pena irrogata dal giudice della cognizione in base a una sentenza di condanna già passata in giudicato, laddove, tuttavia, *medio tempore* la disciplina sanzionatoria concretamente applicata in fase cognitoria fosse stata oggetto di una sentenza di incostituzionalità.

La vicenda storica e giudiziaria dalla quale scaturisce l'ordinanza remissiva è relativamente semplice.

¹ Sul punto, per le prime indicazioni di carattere contenutistico, secondo cui il Supremo Collegio ha precisato che il giudice dell'esecuzione, ferme le vincolanti valutazioni di merito espresse dal giudice della cognizione nella sentenza della cui esecuzione si tratta, ove ritenga prevalente sulla recidiva la circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990, ai fini della rideterminazione della pena, dovrà tenere conto del testo di tale disposizione come ripristinato a seguito della sentenza Corte cost. n. 32 del 2014, senza considerare le successive modifiche legislative, in *questa Rivista* online. Sulla sentenza costituzionale posta a fondamento della decisione delle Sezioni unite, la n. 251 del 2012, sia consentito il rinvio a CARUSO, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola 'fine' della Corte costituzionale?*, in *questa Rivista*, 2013, 219 ss.

² Sul punto, per un'efficace e completa visione d'insieme, rievocativa dei principali nodi giurisprudenziali degli ultimi anni, cfr. GAITO F., *L'immutabilità della res iudicata: un attributo (non più) imprescindibile?*, in *questa Rivista* online.

³ L'ordinanza, pur rimettendo la questione al più elevato consesso nomofilattico, dimostra di inclinare per la soluzione negativa circa i poteri d'intervento del giudice dell'esecuzione, valorizzando il contrario, ancorché "datato", orientamento giurisprudenziale. Per la consultazione del testo integrale dell'ordinanza di rimessione, cfr. Cass., Sez. I, 20 novembre 2013, P.m. in proc. Gatto, in www.penalecontemporaneo.it.

Con decreto del 20 febbraio 2013, emesso *inaudita altera parte* ai sensi dell'art. 666, co. 2, c.p.p., il Tribunale ordinario di Napoli, in composizione monocratica e in funzione di giudice dell'esecuzione, dichiarava inammissibile la richiesta formulata il 16 gennaio 2013 dal p.m., il quale, invocando proprio la sentenza costituzionale n. 251 del 5 novembre 2012 (recante la declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 69, co. 4, c.p., siccome sostituito dall'art. 3 l. 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990, sulla recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p.), aveva sollecitato la rideeterminazione *in executivis* della pena (di anni 6 di reclusione e di € 26.000,00 di multa) inflitta all'imputato con sentenza dell'8 giugno 2011 del medesimo Tribunale, sentenza confermata in grado d'appello e conclusivamente passata in giudicato il 2 novembre 2012, per il delitto di cui all'art. 73, t.u. stup., nel concorso, giudicato in termini di equivalenza, tra l'attenuante di cui al co. 5 del ridetto articolo e la recidiva reiterata specifica.

Così motivava la declaratoria d'inammissibilità il giudice dell'esecuzione: «la decisione del giudice delle leggi non ha comportato la *abolitio criminis*; pertanto la «intangibilità derivante dalla preclusione del giudicato» rende inammissibile la richiesta del Pubblico Ministero».

Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli, in data 27 marzo 2013, proponeva ricorso per cassazione avverso la predetta ordinanza, deducendo l'inosservanza o erronea applicazione della legge penale in relazione al rinnovato «volto costituzionale» assunto dall'art. 69, co. 4, c.p., facendo rilevare come il giudice della cognizione avesse espressamente dichiarato la equivalenza tra l'attenuante della lieve entità del fatto di spaccio con la recidiva reiterata proprio in ottemperanza del vincolo costituito dalla norma successivamente dichiarata incostituzionale.

In altri termini, il ricorrente poneva la questione, della quale invocava la soluzione affermativa, se fosse consentito al giudice dell'esecuzione incidere sul giudicato di condanna *quoad poenam*, laddove la medesima fosse stata irrogata e quantificata dal giudice della cognizione sulla base di una disciplina successivamente dichiarata incostituzionale. Così l'ordinanza di rimessione: «La *quaestio iuris* posta dal ricorrente, il quale postula la soluzione affermativa, è se la dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice (nella specie, appunto, dell'art. 69, co. 4, c.p. *in parte qua*, giusta sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012), comporti, ovvero no, la rideeterminazione della pena *in executivis*, così vincendo la preclusione del giudicato»⁴.

⁴ Cfr. Cass., Sez. I, 20 novembre 2013, P.m. in proc. Gatto, cit.

2. La crisi della “*firmitas*” del giudicato: una questione ricorrente e destinata a ripresentarsi nel diritto vivente.

A ben vedere, il tema relativo ai poteri di intervento da parte del giudice dell'esecuzione in senso modificativo del giudicato penale di condanna costituisce uno tra i principali snodi giuridico-concettuali, e applicativi, affrontati da dottrina e giurisprudenza nel corso degli ultimi anni, divenendo autentico crocevia critico di alcuni principi di fondo del diritto e del processo penale: dalla rilevanza nell'ordinamento interno della normativa internazionale (in particolare della C.e.d.u.) alla legittimità della “frantumazione” della decisione penale *post iudicatum* a essa conforme; dalla rilevanza “costituzionale” in sé – e cioè indipendentemente e oltre il rispetto del canone di “ragionevolezza” ex art. 3 Cost. – del principio di retroattività *in bonam partem* delle modificazioni della legge penale diverse dall'*abolitio criminis* alle modalità tecnico-giuridiche attraverso le quali l'ordinamento interno debba, o possa, far valere la vigenza e garantire l'effettiva applicazione della *lex mitior*.

Poiché il tema si è già proposto – ed è destinato inesorabilmente a riproporsi – nel diritto vivente – ove si consideri che gli ultimi tempi (addirittura gli ultimi mesi) hanno assistito a plurime declaratorie d'illegittimità costituzionale della disciplina sanzionatoria approntata dal legislatore – non è inutile cercare di “graduare” in modo concettualmente sistematico i profili di maggiore problematicità coi quali l'interprete è chiamato a confrontarsi.

Dall'imponente impatto che il c.d. caso “Scoppola” ha provocato – tanto direttamente⁵, quanto in relazione alle situazioni che, icasticamente, hanno coinvolto i suoi c.d. “fratelli minori”⁶ – la questione si è ripresentata, infatti, direttamente in fase esecutiva, in conseguenza di plurime pronunce costituzionali. Tra le ultime, la sentenza costituzionale n. 32 del 2014, intervenuta

⁵ Sul caso c.d. “Scoppola”, originato dalla sentenza della Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, sono ormai numerosissimi i contributi; per il recepimento della pronuncia nell'ordinamento interno, cfr. Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1396 ss., con nota di DI PAOLA, Gutta cavat lapidem: *in assenza del legislatore*; per una rivisitazione complessiva della vicenda, cfr. GAITO F., *L'immutabilità della res iudicata: un attributo (non più) imprescindibile?*, cit.; ROMEO, *Alle Sezioni unite la questione della possibilità per il giudice dell'esecuzione, dopo la sentenza «Scoppola» della Corte EDU, di sostituire la pena di trenta anni di reclusione alla pena dell'ergastolo*, in www.penalecontemporaneo.it; 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, *iv*; ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, *iv*; VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, *iv*; nonché SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in questa *Rivista*, 2013, 167 ss.

⁶ Sui c.d. “fratelli minori” del caso “Scoppola”, cfr., da ultimo, BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola – Ercolano*, nota a Cass., Sez. un., 7 maggio 2014, Ercolano, in www.penalecontemporaneo.it.

nelle more della decisione delle Sezioni unite del 29 maggio 2014, ha ulteriormente incrementato le situazioni problematiche concernenti le pene in esecuzione per delitti in materia di stupefacenti, ponendo più in generale il problema della sorte delle condanne pronunciate sulla base della disciplina sanzionatoria prevista dal d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, siccome convertito dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49 (c.d. legge Fini-Giovanardi), ora – come noto – dichiarata illegittima con conseguente reviviscenza della pregressa disciplina, caratterizzata da un trattamento sanzionatorio più mite e favorevole almeno per quanto concernente le c.d. droghe leggere⁷.

D'altra parte, al di là della specifica disciplina dettata in tema di stupefacenti, i problemi sollevati dalla declaratoria d'incostituzionalità di norma "non incriminatrice" sugli esiti esecutivi del giudicato di condanna si sono recentemente caratterizzati per una cospicua e ulteriore serie di situazioni oggetto di sentenze di accoglimento della Consulta, per quanto più in particolare concerne, in ordine cronologico e salvo omissioni:

- la circostanza aggravante della c.d. clandestinità, giusta sentenza Corte cost. n. 249 del 2010⁸, la quale ha ravvisato l'incostituzionalità della previsione aggravante riveniente dal mero *status* soggettivo del reo;

⁷ Cfr. Corte cost., n. 32 del 2014, in *questa Rivista* online; cfr., in dottrina, tra i primi commenti, DE FLAMMINEIS, *La disciplina del fatto lieve in materia di stupefacenti alla luce delle ultime sentenze della Cassazione*, in *questa Rivista*, 2014, 1 ss. Le prime prese di posizione dei giudici di merito, investiti in qualità di giudici dell'esecuzione, hanno rimodulato il trattamento sanzionatorio verso "il basso", in ottemperanza alla declaratoria d'incostituzionalità; sul punto, cfr. Trib. Milano, Sez. XI, (ord.) 3 aprile 2014, in cui il giudice rileva: «La declaratoria di incostituzionalità ha determinato la cancellazione della norma con effetto retroattivo, secondo i principi ordinari, e, a ben vedere, non è possibile effettuare un confronto tra la legge attualmente vigente (il testo originario dell'art. 73, co. 4) e quella vigente al momento della commissione del fatto, trattandosi, nel caso di quest'ultima, di norma espunta dall'ordinamento [...] Dunque, la legge attualmente in vigore deve ritenersi vigente anche al momento della commissione del fatto, e la pena a suo tempo applicata, se calcolata sulla base di limiti edittali superiori a quelli attuali, deve essere considerata non conforme a diritto. Non vi è nel caso di specie il limite del giudicato, non quando la sentenza emessa applicando la norma incostituzionale sia in esecuzione. Da un lato, infatti, si ritiene che la declaratoria d'incostituzionalità non determini in senso stretto un fenomeno di successione di leggi nel tempo, poiché l'espunzione dall'ordinamento della norma dichiarata incostituzionale non consente un compiuto confronto di normative [...]; dall'altro, a mente dell'art. 136 della Carta costituzionale, la norma dichiarata incostituzionale «cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione», pertanto l'ordinamento non può tollerare il permanere degli effetti ancora in atto di una legge non più efficace, soprattutto in considerazione del fatto che, ai sensi dell'art. 30, co. 4, l. 11 marzo 1953, n. 87, «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali»; cfr., nello stesso senso, con motivazione ancor maggiormente articolata, Tribunale Trento, ord. 18 aprile 2014, entrambe reperibili in www.penalecontemporaneo.it.

⁸ Cfr. Corte cost., n. 249 del 2010, in *Foro it.*, 2010, 2929: «È incostituzionale l'art. 61, n. 11-bis, c.p., come introdotto dall'art. 1, lett. ff, d.l. 23 maggio 2008, n. 92, nella parte in cui prevede una circostanza aggravante comune allorché il fatto sia commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale».

- l'incostituzionalità dell'art. 62-*bis*, co. 2, c.p., relativo alla delimitazione delibativa, per il giudice della cognizione, della condotta del reo successiva al reato ai fini della concessione delle circostanze attenuanti generiche, dichiarata dalla sentenza costituzionale n. 183 del 2011⁹;
- l'incostituzionalità della limitazione del giudizio di bilanciamento dichiarata con sentenza n. 251 del 2012 – dalla quale hanno preso le mosse le Sezioni unite pronunciando la sentenza del 29 maggio u.s. –, che ha censurato l'art. 69, co. 4, c.p. nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p.¹⁰;
- la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale per i delitti di cui agli artt. 267 e 266 c.p. (alterazione e soppressione di stato), la quale è stata considerata dalle sentenze costituzionali n. 31 del 2012¹¹ e 7 del 2013¹², le qua-

⁹ Cfr. Corte cost., n. 183 del 2011: «è costituzionalmente illegittimo l'art. 62-*bis*, co. 2, c.p., come sostituito dall'art. 1, co. 1, l. 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del co. 1 dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato. La disposizione censurata contrasta, in primo luogo, con il principio di ragionevolezza, giacché, precludendo al giudice di fondare il riconoscimento delle attenuanti generiche sulla condotta successiva al reato, privilegia uno dei parametri indicati dal co. 2 dell'art. 133 c.p. – la precedente attività delittuosa del reo – come sintomatico della capacità a delinquere rispetto agli altri e in particolare rispetto alla condotta successiva alla commissione del reato, benché questa possa essere in concreto ugualmente, o addirittura prevalentemente, indicativa dell'attuale capacità criminale del reo e della sua complessiva personalità, in tal modo introducendo una presunzione di capacità a delinquere, inadeguata ad assorbire e neutralizzare gli indici contrari, che possono desumersi, a favore del reo, dalla condotta susseguente, e con la quale la recidiva reiterata non ha alcun necessario collegamento; inoltre, l'inasprimento del trattamento sanzionatorio per i «recidivi reiterati», autori di determinati reati, senza la possibilità di tenere conto del loro comportamento successivo alla commissione del reato, anche quando è particolarmente meritevole ed espressivo di un processo di rieducazione intrapreso, o addirittura già concluso, elude la funzione rieducativa della pena, privilegiando un profilo general-preventivo, così violando l'art. 27, co. 3, Cost. (Corte cost., n. 313 del 1990, Id., n. 306 del 1993, Id., n. 341 del 1994, Id., n. 257 del 2006, Id., n. 192 del 2007, Id., n. 129 del 2008, Id., n. 139, Id., n. 265 del 2010, Id., n. 164 del 2011; Id., ord. n. 33 del 2008, Id., ord. 90 del 2008, Id., ord. n. 193 del 2008, Id., ord. n. 257 del 2008, Id., ord. n. 171 del 2009); sul punto, sia consentito il rinvio a CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità (a proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011)*, in questa *Rivista*, 2011, 961 ss.

¹⁰ Cfr. *supra* nota 1.

¹¹ Cfr. Corte cost., n. 31 del 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1575, in *Foro it.*, 2012, 1992: «è costituzionalmente illegittimo, per violazione del principio di ragionevolezza, l'art. 569 c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall'art. 567, co. 2, c.p., consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto».

¹² Cfr. Corte cost., n. 7 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 169: «è costituzionalmente illegittimo l'art. 569 c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, previsto dall'art. 566, co. 2, c.p., consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto. Incidendo la pena accessoria su una potestà che coinvolge non soltanto il suo titolare ma anche, necessariamente, il figlio minore, in tanto può ritenersi giustificabile l'interruzione di quella “re-

li hanno dichiarato l'illegittimità dell'automatismo applicativo di tale pena accessoria, con conseguente preclusione per il giudice di una valutazione in concreto dell'interesse del minore;

- le pene detentive inflitte per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione ex art. 630 c.p. prima della sentenza costituzionale n. 68 del 2012¹³, che ha esteso a tale ipotesi criminosa la circostanza attenuante di cui all'art. 311 c.p., già applicabile al sequestro di persona a scopo di terrorismo o eversione di cui all'art. 289-*bis* c.p.;

- infine, le pene detentive per i delitti di ricettazione e di violenza sessuale inflitte con sentenza passata in giudicato nei confronti di imputati recidivi reiterati prima delle recentissime sentenze "gemelle" n. 105 del 2014 e n. 106 del 2014¹⁴, che hanno anche in questo caso dichiarato incostituzionale il meccanismo di congelamento del giudizio di bilanciamento in termini di prevalenza delle attenuanti previsto dall'art. 69, co. 4, c.p., e cioè nella parte in cui esso escludeva che potesse riconoscersi la prevalenza delle attenuanti di cui, appunto, rispettivamente all'art. 648, co. 2, c.p. (fatto di particolare tenuità) e all'art. 609-*bis*, co. 3, c.p. (fatto di lieve entità) sull'aggravante di cui all'art. 99, co. 4, c.p.

Non è mancata, da ultimo, un'ulteriore proiezione della crisi del giudicato, nei casi in cui l'applicazione della statuizione decisoria di condanna è stata messa in discussione non da una sentenza della Corte e.d.u., non direttamente da una sentenza costituzionale, bensì dalla riconfigurazione del merito dell'evoluzione giurisprudenziale interna¹⁵.

Valutando retrospettivamente tale impetuosa evoluzione della giurisprudenza costituzionale - al di là delle concomitanti, ma concettualmente "periferiche",

latio", in quanto essa si giustifichi proprio in funzione di tutela degli interessi del minore, sicché all'irragionevole automatismo legale va sostituita - quale soluzione costituzionalmente più congrua - una valutazione concreta del giudice, così da assegnare all'accertamento giurisdizionale sul reato null'altro che il valore di "indice" per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà, come del resto imposto dalle numerose convenzioni internazionali sulla protezione dei minori (Corte cost., n. 31 del 2012, Id. n. 134 del 2012)".

¹³ Cfr. Corte cost., n. 68 del 2012: «è costituzionalmente illegittimo l'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità», in *Cass. pen.*, 2012, 2393 ss., con nota di SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*.

¹⁴ Cfr. Corte cost., n. 105 e n. 106 del 2014, entrambe annotate da CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69: due nuove conquiste nella battaglia contro il "divieto di prevalenza"*, in questa *Rivista* online.

¹⁵ Sul punto, cfr., per tutti, GAMBARDILLA, *Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it, e la copiosa bibliografia ivi indicata; VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile) paradigma di un istituto di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, 4126 ss.

motivazioni di carattere politico ispirate dall'esigenza di arginare il sovraffollamento della popolazione carceraria, oggetto di severi moniti anche in ambito internazionale¹⁶ - non è difficile identificare talune ragioni storiche, oltre che giuridico-concettuali, che hanno reso il tema in esame di così scottante attualità: da un lato, dopo anni, per non dire decenni, in cui il Giudice delle Leggi, attraverso un prudente atteggiamento di *self-restraint*, ha evitato di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della disciplina sanzionatoria predisposta dal Legislatore - ritenuto momento quasi scolastico del dispiegamento della discrezionalità legislativa, in quanto tale costituzionalmente insindacabile - nell'ultimo lustro la Corte costituzionale sembra aver rotto gli antichi argini, censurando, direttamente o indirettamente, non solo l'*an* e il *quomodo*, ma anche il più specifico *quantum* della punibilità; da un altro lato, il prepotente imporsi dell'incidenza della giurisprudenza della Corte e.d.u. nel diritto interno, per sua natura - o, meglio, caratterizzazione strutturale - destinata a riverberare i propri effetti nella fase esecutiva, essendo - come noto - lo specifico rimedio giurisdizionale attivabile solo dopo l'esaurimento di quelli approntati dall'ordinamento interno¹⁷.

Sennonché, proprio il carattere tumultuoso di tale "esuberanza decisoria" suggerisce, in relazione alle ripercussioni che tale avanzamento della *law in action* dispiega sui compiti e sui poteri del giudice dell'esecuzione, un supplemento di riflessione critica, imponendo alcune - a nostro giudizio preziose - distinzioni teoriche. Infatti, è possibile, alla luce delle ultime prese di posizione della giurisprudenza, operare una selezione tipologica di casi, a seconda che il parametro di costituzionalità sia offerto dal rinnovato, e incrementato, spessore del principio di retroattività *in mitius* propiziato dall'art. 7 della C.e.d.u. siccome interpretato dalla Corte e.d.u.; dall'illegittimità costituzionale di taluni aspetti della disciplina approntata dal legislatore sul piano del trattamento sanzionatorio; ovvero dal mutamento radicale dell'orientamento interpretativo da parte della più autorevole giurisprudenza interna, e cioè delle

¹⁶ Cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia; sulla sentenza e sul problema del sovraffollamento carcerario, cfr. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it; MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi "compensativi": prospettive de iure condendo*, in *questa Rivista* online; CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1794 ss.

¹⁷ È noto come la Corte e.d.u. venga investita, ex art. 34 C.e.d.u., attraverso ricorsi individuali: «La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto»; per un quadro d'insieme sul rimedio giurisdizionale, cfr. BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Sub Art. 34*, in *Comm. breve C.e.d.u.*, Padova, 2012, 626 ss.

Sezioni unite della Corte di cassazione¹⁸.

I diversi contesti problematici meritano, pur nell'economia limitata delle presenti riflessioni, una separata considerazione, non solo per le evidenti differenze concettuali che ne contrassegnano l'autonomia, ma proprio in quanto le predette differenze sono destinate a ripercuotersi in peculiari "criticità" in fase esecutiva.

Si tratta, quindi, di verificare, da un lato, sul piano teorico, quali siano i segni rispettivamente contraddistintivi delle situazioni sopra delineate; quindi, di saggiare quali siano i maggiori temi problematici destinati a porsi nei confronti del giudice dell'esecuzione.

3. Rilevanza del *mitiore* trattamento sanzionatorio e *res iudicata*. In generale...

Si è detto come una complessiva considerazione dei recenti casi di *emendatio post iudicatum* affrontati da dottrina e giurisprudenza consenta di identificare talune indebite sovrapposizioni di piani teorici, laddove è invece indispensabile un ordinato incedere concettuale.

Va anzitutto rammentato come il principio dell'intangibilità del giudicato nel nostro ordinamento, corrispondente all'esigenza di assicurare la certezza del diritto in tutte le situazioni processualmente, giuridicamente e storicamente esaurite, subisca – già secondo le originarie previsioni dell'ordinamento – talune eccezioni di fondo, da tempo risalente previste dalla nostra legislazione ordinaria¹⁹.

Basti pensare alla rilevanza penale *in executivis* della c.d. *abolitio criminis* prevista dall'art. 2, co. 2, c.p. del 1930, alla quale l'art. 14 l. 24 febbraio 2006, n. 85, ha aggiunto una speciale, per pregnanza contenutistica, ipotesi di rilevanza *post iudicatum* di successione modificativa di leggi penali, oggi contemplata dall'art. 2, co. 3, c.p., segnatamente riferita alla sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria.

Contrattare "speculare" di tale assetto di disciplina sostanziale è rappresenta-

¹⁸ Nell'ambito del presente scritto, si tralascerà la trattazione di tale ulteriore momento problematico, tradizionalmente espresso, con terminologia anglosassone, dal riferimento al c.d. *overruling*.

¹⁹ Merita 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 giuridica (cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale. Essenza e limiti*, Milano, 2009, 156 ss.). In proposito, occorre tenere presente che se un'*auctoritas rei iudicatae* può affermarsi in senso forte avuto riguardo all'accertamento del fatto di reato, della sua illiceità e della responsabilità del condannato, non altrettanto può dirsi con riferimento al *quantum* di pena irrogata, suscettibile di subire anche consistenti modificazioni *in executivis* (sul punto, cfr. CORBI, voce *Esecuzione penale*, in *Dig. Pen.*, IV, Torino, 1990, 298: «La determinazione (della pena) effettuata nella sentenza irrevocabile è quanto di meno immodificabile possa pensarsi»; nello stesso senso, cfr. GATTO A., RANALDI, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. Dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 566).

to, sul piano “dinamico” della disciplina processuale, dagli artt. 665 e ss. c.p.p., e in particolare dall’art. 673, co. 1, c.p.p., a norma del quale nel «caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell’esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale di condanna dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti»²⁰. Se si considera il tenore testuale della disposizione testé citata, si comprende come, già quantomeno a seguito della riforma *ex lege* 24 febbraio 2006, n. 85 – con l’introduzione del nuovo art. 2, co. 3, c.p. – la disciplina processuale, almeno quella allestita nella specifica *sedes materiae* del codice di rito, presenti un’asimmetria, per difetto, rispetto ai casi in cui il legislatore di diritto penale sostanziale contempla la rilevanza e deducibilità *in executivis* della modifica sopravvenuta del trattamento sanzionatorio. La perentorietà del *dictum* espresso dall’art. 2, co. 3, c.p.²¹, rende infatti manifesto come, per l’ipotesi di avvicendamento della pena pecuniaria alla pena detentiva, a fronte di una disciplina processuale rimasta formalmente immutata, evidentemente l’art. 673, co. 1, c.p. – o comunque il coinvolgimento effettuale ed emendativo del giudice dell’esecuzione – sia destinato a ricevere un’estensione applicativa, in forza di una non preventivata, all’epoca di approvazione del codice, *analogia legis*. In ogni caso, al di là della tecnica giuridico-applicativa prescelta, la modifica sopravvenuta *in mitius* della pena deve potersi far valere davanti al giudice dell’esecuzione. Su tale basilare quadro ordinamentale, l’evoluzione della giurisprudenza interna e internazionale ha esercitato un’ulteriore forte “pressione” in senso estensivo, chiamando il giudice dell’esecuzione all’integrazione di funzioni emendative del giudicato di condanna, comunque di supplenza rispetto alla scabra originaria previsione dell’art. 673, c.p.p., quantomeno²² in una duplice

²⁰ Insomma, l’evenienza che il “dogma” del giudicato venga disatteso non è nuova nel nostro sistema penale processuale, ove sono contemplate diverse situazioni in cui l’esigenza di giustizia sostanziale prevale su quella di stabilità dei rapporti giuridici, ma nelle quali, come è stato efficacemente 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» (così 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, 2516, l’Autore si riferisce proprio 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 *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).

²¹ Art. 2, co. 3, c.p.: «Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell’art. 135».

²² Si è già anticipato che si tralascerà un terzo fronte di disputa, particolarmente valorizzato nel corso

direzione: a) in primo luogo, dietro le sollecitazioni esercitate dalla giurisprudenza della Corte e.d.u., nel senso di estendere i casi di applicazione *in executivis* della *lex mitior*, sulla scorta di un ampliamento interpretativo operato sull'art. 7 C.e.d.u. in tema di principio di legalità, tale da considerare “convenzionalmente”, e per ciò stesso “costituzionalmente”, imposta (e cioè per effetto della rilevanza della norma C.e.d.u. quale norma interposta ex art. 117, co. 1, Cost.) la rilevanza *post iudicatum* della modifica legislativa che contempli un trattamento più favorevole per il condannato; b) in secondo luogo, dietro le sollecitazioni della giurisprudenza costituzionale, nel senso di estendere la portata applicativa delle sentenze d'incostituzionalità oltre i casi di illegittimità del precetto d'incriminazione, includendo anche la valenza *post iudicatum* del giudizio di ortodossia costituzionale del trattamento sanzionatorio.

4. (Segue) a) Legalità convenzionale ex art. 7, § 1, C.e.d.u. e retroattività della *lex mitior*...

Se si considera la più recente giurisprudenza di merito investita in fase esecutiva delle richieste emendative *quoad poenam*, è possibile riscontrare come, in realtà, i diversi temi di diritto penale intertemporale non sempre siano stati tenuti opportunamente separati, impedendo di allestire una quantomeno non disorganica configurazione dei problemi destinati a porsi *in executivis*.

In tale prospettiva chiarificatoria, va detto come l'ormai celeberrimo *affaire* Scoppola e “fratelli minori” si sia caratterizzato per un tema direttamente riferito, già quale oggetto del controllo di “costituzionalità convenzionale”, sul piano del diritto penale intertemporale: i giudici di Strasburgo, come noto, avevano affermato che l'art. 7, § 1, della Convenzione non garantisce solo il principio di irretroattività 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 del predetto art. 7, § 1 l'applicazione del tratta-

degli ultimi anni e avente a oggetto la rilevanza *in executivis* del c.d. *overruling*, in particolare laddove si tratti di consolidamenti giurisprudenziali delle Sezioni unite. Il problema, come noto, è quello relativo alle ipotesi in cui si tratti di intervenire sul giudicato eliminando la pena, o una sua frazione, ritenuta “in eccesso”, e tuttavia non in conseguenza di una norma successiva *mitiore* sul piano sanzionatorio, né in forza di una norma successivamente dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, bensì in forza di un mutamento giurisprudenziale in senso più favorevole al reo impresso, appunto, dal più vasto consenso del Giudice di legittimità; sul punto, cfr. BALSAMO, DE FLAMMINEIS, *Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole*, in *questa Rivista*, 2012, 727 ss., nonché SCACCIAOCE, *La retroattività della lex mitior*, cit., 187 ss.

mento più sfavorevole²³.

²³ Sul caso “Scoppola”, cfr., senza pretesa di esaustività, la bibliografia riporta *supra*, in nota 5. Ai presenti fini, tuttavia, è indispensabile una riepilogazione dei passaggi salienti della complessa vicenda processuale. Nello specifico, il ricorrente aveva lamentato la violazione sia dell’art. 7, § 1, sia l’art. 6 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 30 di reclusione. La Corte d’appello, infatti, ritenne di riformare la sentenza di primo grado – con la quale, in applicazione della c.d. “legge Carotti” era stata inflitta all’imputato la pena temporanea, ridotta *ex art.* 442 c.p.p., di anni 30 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, C.e.d.u., riscontrava le violazioni lamentate, affermando come, da un lato, l’imputato avesse rinunciato alle garanzie di un processo pubblico in contraddittorio confidando nella prospettiva, poi svanita, di una pena diversa dall’ergastolo (art. 6 C.e.d.u.), 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 C.e.d.u.). La Corte 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 alla reclusione ad 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 di Strasburgo provvedeva, nel febbraio del 2010, la Corte di cassazione (cfr. Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1396, con commento di DI PAOLA, Gutta cavat lapidem: *in assenza del legislatore*), 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, oltretutto, al principio di economia dei mezzi processuali e a quello, a esso connesso, di ragionevole durata del procedimento. La Corte rilevava, inoltre, come l’iniquità della decisione, nello specifico, non attenesse alla 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 qualora 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 merito (le due procedure, segnalate alternativamente dal ricorrente per la riformulazione della condanna, erano, da un lato, quella del rinvio ad altra sezione della Corte d’appello per riformulare la condanna contestata, ovvero, da un altro lato, quella di un’immediata pronuncia della Corte di cassazione, in attuazione della decisione della Corte e.d.u. di sostituzione della pena dell’ergastolo con pena non superiore a trent’anni di reclusione. Due, in particolare, le peculiarità significative della c.d. sentenza “Scoppola”: la natura della violazione accertata rientrante nell’art. 7 Convenzione e l’oggetto della censura, afferente il solo profilo sanzionatorio del giudicato, in quanto tale diversa da quelle che accertano iniquità processuali (art. 6 C.e.d.u.) e che prevedono, quale unico rimedio per restituire *in integrum* il condannato, la riapertura del processo, oggi esperibile, come noto, in virtù del nuovo caso di c.d. «revisione europea» innestato nell’ambito della 630 c.p.p. Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011 (prima del citato intervento del Giudice delle leggi, il rimedio delle iniquità processuali accertate in sede europea era affidato, secondo un orientamento, al giudice dell’esecuzione, il quale avrebbe dovuto dichiarare, *ex art.* 670 c.p.p., l’ineseguibilità del giudicato (Cass., Sez. I, 1 dicembre 2006, Dorigo, in *questa Rivista* online); secondo un diverso orientamento, dettato da Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, al ricorso straordinario *ex art.* 625-bis c.p.p.: sul

Ora, indipendentemente dall'effettiva latitudine giuridica del principio espresso dalla Corte di Strasburgo – tema sul quale la più aggiornata giurisprudenza e letteratura penalistica ha prodotto interessantissimi approfondimenti critici –²⁴ è del tutto evidente che diverso sarà il ruolo del giudice dell'esecuzione il

punto, cfr. GIALUZ, *Una sentenza «additiva di istituto»: la Corte costituzionale crea la «revisione europea»*, in *Cass. pen.*, 2011, 3308 ss.; QUATTROCCOLO, *Violazioni di convenzioni internazionali e giudicato penale interno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 647 ss; RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la convenzione europea dei diritti umani ... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Leg. pen.*, 2011, 1542 ss.). Alla stregua di tale caratterizzazione specifica della situazione *sub iudice*, e quindi libera di individuare le modalità d'intervento diretto sul titolo esecutivo, la Corte avrebbe scelto la via più rapida, ancorché non meno discussa – non essendo infatti mancate opinioni dottrinali contrarie a tale soluzione –, abdicabile in favore di una competenza funzionale ben attribuibile al giudice dell'esecuzione, del resto già legittimato all'esercizio di analoghi poteri volti ad incidere sul contenuto della sanzione fissato nel titolo esecutivo; cfr., in proposito, le osservazioni di UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'innocenza processuale*, in *Giurisprudenza europea e processo italiano*, a cura di Balsamo, Kistoris, Torino, 2008, in nota 73, il quale, in prospettiva *de iure condendo*, a fronte di una accertata violazione dell'art. 7 C.e.d.u., è favorevole a un'adeguata integrazione dell'art. 673 c.p.p.; cfr. altresì 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; GAETA, *La Corte ritiene superfluo un nuovo giudizio e ridefinisce direttamente la pena*, in *Guida dir.*, 2010, 24, 84 – di provvedervi direttamente, sostituendo la pena più grave inflitta in deroga al principio di reattività *post iudicatum* della *lex mitior*, con quella più favorevole.

²⁴ Per vero, occorre riconoscere come la configurazione del principio di legalità convenzionale scaturito dall'articolato e complesso *affaire* 'Scoppola', siccome tale da ricomprendere la costituzionalizzazione, oltre il parametro della "ragionevolezza" ex art. 3 Cost., della retroattività della legge favorevole al reo, si sia nutrita di un carico di retorica sperequato, per eccesso, rispetto all'effettivo impatto dei principi da esso veicolati e fatti penetrare nell'ordinamento interno. Se, infatti, è indubbio che l'aver ricondotto il principio della retroattività della legge penale più favorevole entro l'area di tutela dell'art. 7, § 1, C.e.d.u. consente d'ora in poi di invocare l'incostituzionalità della disciplina difforme in quanto contraria non tanto, o non solo, all'art. 3 Cost., ma anche, ex art. 117 Cost., all'obbligo consacrato dalla legalità convenzionale col principio dell'art. 7, § 1, è altrettanto incontestabile che il rinnovato inquadramento convenzionale del tema abbia lasciato insoluto, o comunque trattato in modo superficiale, la diversa e pre-supposta questione circa l'essenza giuridico-concettuale del riferimento alla *lex mitior*. Nel senso che, col caso "Scoppola", la Corte e.d.u. si è confrontata con una situazione di *mitiore* trattamento sanzionatorio, già direttamente espresso dall'ordinamento nazionale, nel passaggio dalla disciplina della legge Carotti – legge n. 479 del 199 – al recupero di rigore sanzionatorio operato dal successivo d.l. n. 341 del 2000. In tale caso, si trattava di prendere posizione su di una specifica configurazione della successione nel tempo del trattamento penale favorevole, e cioè in ordine alla successione di una pena più mite a una pena più severa. Ma i casi che l'esperienza giudiziaria e legislativa pongono all'attenzione dell'interprete sono molto più articolati e complessi di quelli trattati dalla sentenza Scoppola, ove si pensi, ad esempio, al principale tema di diritto intertemporale che gli ultimi 10 anni hanno imposto all'attenzione della nostra Corte costituzionale in ordine alla rinnovata disciplina della prescrizione del reato (sul tema, sia consentito il rinvio a CARUSO, voce *Prescrizione del reato e della pena - nuova disciplina*, in *Dig. Pen.*, Agg. IV, 2008, 767-768). Non è questa la sede per rivisitare le plurime questioni d'incostituzionalità dedotte in ordine alla disciplina transitoria relativa all'individuazione dei procedimenti in corso dei quali avrebbe potuto trovare applicazione il nuovo sistema dei termini prescrizionali. Sul punto, anche per ulteriori rimandi di bibliografia, cfr. SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior*, cit., 170 ss. Ovviamente, l'apparizione sulla scena del diritto costituzionale della sentenza "Scoppola" avrebbe ridato fiato ai sostenitori dell'illegittimità costituzionale dell'art. 10, co. 3, L. 251 del 2005,

quale debba applicare, se del caso²⁵ *in executivis*, la *lex mitior* sopravvenuta rispetto a quello svolto, sempre *in executivis*, dall'organo giurisdizionale chiamato a valutare l'*an* e il *quomodo*, e le corrispondenti ripercussioni in fase d'esecuzione, di una declaratoria d'illegittimità costituzionale.

Risulta scoperto che se i due temi si sono inevitabilmente sovrapposti con l'*affaire* Scoppola, essi nondimeno meritino di essere tenuti separati sul piano teorico: mentre le ripercussioni in fase esecutiva, nel diritto interno, della sentenza della Corte e.d.u. sul caso "Scoppola", in situazioni identiche a quelle che avevano caratterizzato la posizione del signor Franco Scoppola – tanto da indurlo a invocare l'intervento giurisdizionale dei giudici di Strasburgo per un caso risolto anche *extra alios* mediante una sentenza "pilota", o "quasi pilota"²⁶, della Corte E.d.u. – si caratterizzano per la necessità, da tempo dibattuta

anche nella residua ipotesi di rilevanza, e cioè a riguardo della limitazione di applicabilità dei più favorevoli termini prescrizionali ai procedimenti pendenti in grado di appello o avanti la Corte di cassazione, con la deduzione di ulteriori questioni di legittimità costituzionale. Semmonché, la nostra Consulta, con la sentenza 19 luglio 2011, n. 236 (Corte cost., n. 236 del 2011, in *Giur. cost.*, 2011, 3021), chiarifica i limiti della stessa interpretazione dell'estensione applicativa del principio della *lex mitior* offerta dai giudici di Strasburgo. Sul punto, cfr. SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior*, cit., 173: «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». In tale prospettiva, i Giudici costituzionali prendono posizione in ordine alla determinazione dell'ambito di applicabilità del principio di retroattività della *lex mitior* circoscritto secondo la Corte di Strasburgo: esso, come d'altronde le altre garanzie tutelate dall'art. 7 C.e.d.u., si applica alle norme di diritto penale sostanziale, alle disposizioni, cioè, che "definiscono i reati e le pene che li reprimono" (cfr. Corte eur. dir. uomo, 27 aprile 2010, Morabito c. Italia), non a quelle di natura processuale, tra le quali la Corte europea include quelle in tema di prescrizione del reato, indipendentemente dalla natura attribuita agli istituti dai singoli ordinamenti nazionali (cfr. Corte eur. dir. uomo, 22 giugno 2000, Coëme c. Belgio). La Consulta ha 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 reato (cfr. Corte cos., n. 455 del 1998 e Id. n. 85 del 1998; Id. ord. n. 317 del 2000, Id. n. 288 del 1999, Id. n. 51 del 1999, Id. n. 219 del 1997, Id. n. 294 del 1996, Id. n. 137 del 1996).

²⁵ Cfr. rilievi critici *ut supra*, nota precedente.

²⁶ Le Sezioni unite, con l'ordinanza di rimessione cc. 19 aprile 2011 inclinano per la caratterizzazione della decisione come sentenza "pilota". Così ponevano il tema: «se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte eur. dir. uomo, 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»; per quanto concerne la natura della sentenza, poi: «quando la Corte e.d.u., alla quale è affidato il compito istituzionale di interpretare e applicare la Convenzione (art. 32), accerta violazioni della stessa connesse a problemi sistematici e strutturali dell'ordinamento giuridico nazionale pone in essere una così detta "procedura di sentenza pilota", che si propone di aiutare gli Stati contraenti a risolvere a livello nazionale i problemi rilevati, in modo da riconoscere alle persone

nell'ordinamento italiano, di comprendere attraverso quali itinerari assicurare il rispetto costituzionalmente imposto alle sentenze della Corte e.d.u. – indipendentemente dal fatto che le stesse si siano pronunciate su di un tema di potenziale rilevanza costituzionale o meno (rilevanza *in executivis* della *lex mitior* ai sensi dell'art. 7, § 1, C.e.d.u.) – le questioni giuridiche sollevate dalle recenti sentenze d'incostituzionalità sopra menzionate attengono, in modo più puntuale, alla possibile rilevanza, *in executivis*, della declaratoria d'illegittimità costituzionale di norma non incriminatrice, illegittimità dichiarata dopo la formazione del giudicato penale di condanna.

La sovrapposizione tematica, ad esempio, è evidente in una recente ordinanza del Tribunale di Trento²⁷, chiamato a decidere degli effetti mitigatori, *in executivis*, della sentenza costituzionale n. 32 del 2014, la quale – come noto – ha ripristinato il tenore dell'art. 73, d.P.R. 309 del 1990 nella versione antecedente alla c.d. riforma Fini-Giovanardi, reintroducendo una considerevolmente diversa forbice sanzionatoria edittale tra droghe c.d. pesanti e dro-

interessate, che versano nella stessa condizione della persona il cui caso è stato già specificamente preso in considerazione, i diritti e le libertà convenzionali, come dispone l'art. 1, offrendo loro la riparazione più rapida, in tal modo alleggerendo il carico della Corte sovranazionale, che, altrimenti, dovrebbe esaminare moltissimi ricorsi sostanzialmente simili [...] La sentenza della Corte eur. dir. uomo, Gran. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, che viene in rilievo nel caso in esame, presenta i connotati sostanziali di una "sentenza pilota", 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 C.e.d.u. dell'art. 7 d.l. n. 341 del 2000, nella interpretazione datane dalla giurisprudenza interna; sul punto, cfr. Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, in *Cass. pen.*, 2012, 3969 ss., con nota di GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza «Scoppola»*. Contraria alla qualificazione come "sentenza pilota" della decisione "Scoppola" è, invece, il Giudice delle leggi investito della questione d'incostituzionalità, cfr. Corte cost., n. 210 del 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*: «Il riferimento alle "sentenze pilota" però nel caso in esame non è puntuale, dato che sono le stesse parole della sentenza Scoppola a segnare un distacco da tale modello là dove essa precisa che, «nella presente causa, la Corte non ritiene necessario indicare delle misure generali che si impongano a livello nazionale nell'ambito dell'esecuzione della presente sentenza». La sentenza prosegue concentrandosi sulle misure individuali, che devono essere «volte a porre il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza delle esigenze della Convenzione», e aggiunge, più in generale, che «una sentenza che constata una violazione comporta per lo Stato convenuto l'obbligo giuridico ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione di porre fine alla violazione e di eliminarne le conseguenze in modo da ristabilire per quanto possibile la situazione anteriore a quest'ultima» [...]. Ciò premesso, deve rilevarsi che le modalità attraverso le quali lo Stato membro si adegua con misure strutturali alle sentenze della Corte di Strasburgo non sempre sono puntualmente determinate nel loro contenuto da tali pronunce, ma ben possono essere individuate con un ragionevole margine di apprezzamento. Perciò non è necessario che le sentenze della Corte e.d.u. specifichino le "misure generali" da adottare per ritenere che esse, pur discrezionalmente configurabili, costituiscono comunque una necessaria conseguenza della violazione strutturale della C.e.d.u. da parte della legge nazionale [...]. In un certo senso, quindi, si può forse parlare di sentenza "quasi pilota", nei limiti in cui è comunque destinata, nelle indicazioni del Giudice delle leggi, a operare anche per i c.d. "fratelli minori" di Scoppola.

²⁷Cfr. Trib. Trento, (ord.) 18 aprile 2014, M.A., in *www.penalecontemporaneo.it*.

ghe c.d. leggere. Afferma il Tribunale di Trento: «con la sentenza n. 32 del 2014 la Corte costituzionale ha reintrodotto il regime sanzionatorio più favorevole per le cosiddette “droghe leggere”, già in vigore fino al 2005; ed ora la previsione sanzionatoria, appunto per effetto di tale sentenza, stabilisce per le sostanze stupefacenti di cui alle tabelle II e IV dell’art. 14 la pena della reclusione da due a sei anni, oltre la multa [...]; infatti, essa ha dichiarato la illegittimità costituzionale della diversa disciplina, entrata in vigore con il d.l. 272 del 2005; ed è pacifica la natura di norma sopravvenuta più favorevole della nuova formulazione rispetto alla disciplina di cui alla legge Fini-Giovanardi»²⁸; segue una precisazione che, lungi dal comprovare l’esatta comprensione della diversità dei piani teorici, ne alimenta vieppiù l’indebita commistione: alla fattispecie non si può applicare la previsione di legge in tema di successione di leggi nel tempo *sub* art. 2, co. 4, c.p., con quanto ne consegue in punto degli effetti preclusivi delle sentenze divenute irrevocabili; perché esiste e perciò si applica la specifica previsione (che quindi costituisce previsione di legge speciale) dell’ultimo co. dell’art. 30, legge 87 del 1953, in punto di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, secondo cui «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali»²⁹.

Già si staglia, evidente, la sovrapposizione dei due piani concettuali: la retroattività della *lex mitior*, e la sua eventuale costituzionalizzazione “convenzionale”, da un lato, e gli effetti della declaratoria di incostituzionalità di norma non incriminatrice, dall’altro³⁰.

²⁸ Trib. Trento, (ord.) 18 aprile 2014, M.A., cit.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Sul punto, molto efficacemente, GAMBARDELLA, *Qualche considerazione sull’illegittimità costituzionale della legge «Fini-Giovanardi»*, in *questa Rivista*, 2014, con richiami agli autorevoli insegnamenti di GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, Torino, 1999, 150 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 2001, 287. In giurisprudenza, cfr. già Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2007, Berlusconi, in *Cass. pen.*, 2007, 1957 ss., secondo cui i due fenomeni, «pur potendo presentare profili di analogia, vanno tenuti concettualmente e giuridicamente distinti»; si è pertanto affermato che «l’abrogazione di una disposizione o di una norma ricade nella normalità dell’evoluzione di qualunque ordinamento. Il diacronico succedersi di leggi, che in tutto o in parte disciplinano innovativamente – ampliando, riducendo o comunque modificando i loro ambiti – materie già regolate da leggi precedenti, è fenomeno che involge la fisiologica vita dell’ordinamento giuridico e le relative problematiche rinvencono soluzione (ove lo stesso legislatore non detti criteri volti a comporre l’interscambio temporale o successorio di norme) attraverso processi interpretativi, talora complessi, ispirati dai principi di diritto intertemporale di cui ciascun ordinamento è dotato [...] La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma investe, invece, un evento che pertiene alla patologia ordinamentale. La norma illegittima è espunta dall’ordinamento perché infirmata da una invalidità originaria che ne ha condizionato l’applicazione, e che giustifica (rendendola, anzi, indispensabile) la proiezione sui rapporti giuridici pregressi, che da tale incostituzionale norma siano stati disciplinati) la retroattività della pronuncia di incostituzionalità, certificante – per così dire – la definitiva uscita dall’ordinamento di una norma geneticamente nata morta».

Quindi, nel valorizzare la soluzione positiva in ordine alla possibilità di far valere in sede esecutiva gli effetti della sentenza n. 32 del 2014, l'argomentazione "spuria", oltre che sugli effetti tipici della declaratoria d'incostituzionalità, viene, ulteriormente e indebitamente, ancorata proprio al *dictum* della sentenza della Corte e.d.u. Scoppola e ai suoi corollari giurisdizionali italiani.

Da un lato, infatti, si osserva correttamente come «tale approdo interpretativo appare giustificato [...] dal fatto che la pronunzia che accerta e dichiara l'illegittimità costituzionale è dotata di una forza invalidante *ex tunc*», posto che «il citato art. 30 nel suo testo letterale appare destinato ad impedire anche solamente la prosecuzione di una parte dell'esecuzione, vale a dire quella relativa alla porzione di pena che discendeva dall'applicazione della norma poi riconosciuta costituzionalmente illegittima»³¹.

Da un altro lato, tuttavia, si "sommano" istituti destinati a operare in contesti diversi e secondo cadenze "invalidatorie" non assimilabili: «è da tenere in conto l'intervento in materia analoga delle fonti internazionali (convenzionali), che confermano l'interpretazione più ampia del principio della retroattività della *lex mitior*: in particolare alcune pronunce in tema di art. 7 C.e.d.u., della Corte di Strasburgo (per tutte, la sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia), ove si è pervenuti al conferimento di uno *status* convenzionale e di un nuovo fondamento costituzionale (art. 117 Cost.) al principio della retroattività della *lex mitior*; ed infatti la Corte e.d.u. ha statuito che «l'art. 7, § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio dell'irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche e implicitamente il principio della retroattività della legge penale meno severa», traducendosi «nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione 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 all'imputato»³² ». Di qui, il richiamo alla sentenza costituzionale n. 210 del 2013, recettiva a livello costituzionale interno della sentenza della Corte di Strasburgo, ove si sottolinea come l'ordinamento nazionale «conosce ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale a esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato», e che «tra questi non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

in favore del reo»³³.

Nella convinzione che occorra distinguere tra successione di leggi penali nel tempo, con i connessi problemi di possibile, ma non assoluta, rilevanza *post iudicatum* della sopravvenienza della *lex mitior*, e declaratoria d'incostituzionalità della legge penale, con precipuo riguardo al caso in cui la stessa non sia incriminatrice, ma incida, direttamente o indirettamente, sul trattamento sanzionatorio in corso di esecuzione, è utile soffermarsi su una diversa, ma altrettanto recente, pronuncia di merito, che si rivela maggiormente fondata su basi giuridico-razionali.

5. (Segue) b) Rilevanza *in executivis* della declaratoria d'illegittimità costituzionale di norma non incriminatrice...

Decisamente meglio argomentata ci sembra l'ordinanza pronunciata, quale giudice dell'esecuzione, dal Tribunale di Milano in data 3 aprile 2014³⁴, sempre con riferimento alla declaratoria d'illegittimità costituzionale espressa dalla Consulta con sentenza n. 32 del 2014. Afferma il Tribunale: «con riferimento ad hashish e marijuana la legge dichiarata incostituzionale comportava un radicale aggravamento della pena, prevista dal testo originario della legge 309 del 1990, al co. 4, dell'art. 73, nella reclusione da due a sei anni e nella multa da 5.164,00 a 77.468,00 €»; poi, con apprezzabile rigore metodologico e concettuale, prosegue: «la declaratoria di incostituzionalità ha determinato la cancellazione della norma con effetto retroattivo, secondo i principi ordinari, e, a ben vedere, non è possibile effettuare un confronto tra la legge attualmente vigente (il testo originario dell'art. 73, co. 4) e quella vigente al momento della commissione del fatto, trattandosi, nel caso di quest'ultima, di norma espunta dall'ordinamento»³⁵. Perspicua e rigorosa la sequela giuridica che il Tribunale trae in proposito: «dunque, la legge attualmente in vigore deve ritenersi vigente anche al momento della commissione del fatto, e la pena a suo tempo applicata, se calcolata sulla base di limiti edittali superiori a quelli attuali, deve essere considerata non conforme a diritto».

Insomma, a nostro giudizio in modo ineccepibile il Tribunale prende le distanze dall'assimilazione tra fenomeno successorio e invalidazione della norma scaturita dalla declaratoria d'incostituzionalità, con reviviscenza *ex tunc*, sul piano normoteoretico, della previgente disciplina, posto che quella viziata sarebbe, anche nel periodo intermedio di sua effettuale vigenza, *tamquam*

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cfr. Trib. Milano, (ord.) 3 aprile 2014, A., in www.penalecontemporaneo.it; altra ordinanza di merito meritevole di segnalazione per la corretta delimitazione del *thema decidendum* è Trib. Pisa, 15 aprile 2014, A., in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

³⁵ *Ibidem*.

non esset: «si ritiene che la declaratoria di incostituzionalità non determini in senso stretto un fenomeno di successione di leggi nel tempo, poiché l'espunzione dall'ordinamento della norma dichiarata incostituzionale non consente un compiuto confronto di normative, dovendosi concludere, secondo una *fiction iuris* che tuttavia è sostanza, che la norma in vigore prima dell'emanazione di quella incostituzionale non sia mai venuta meno, e sia applicabile anche ai casi giudicati sotto la vigenza della novella incriminata»³⁶.

D'altra parte, la linearità dell'interpretazione qui segnalata si fa apprezzare anche sul piano dei puntuali riferimenti alla disciplina di rango costituzionale: «a mente dell'art. 136 della Carta costituzionale, la norma dichiarata incostituzionale «cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione», pertanto l'ordinamento non può tollerare il permanere di effetti ancora in atto di una legge non più efficace, soprattutto in considerazione del fatto che, ai sensi dell'art. 30, co. 4, l. 11 marzo 1953, n. 87, «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali»³⁷». In conclusione, «il giudice dell'esecuzione può e deve eliminare la parte di pena relativa a detta aggravante, se del caso, in ipotesi di carenza della sentenza, determinandola compiutamente».

Quindi, l'opzione per un'interpretazione «estensiva» dell'art. 673 c.p.p., inteso quale norma suscettibile di ampliamento applicativo al fine di rimodulare la severità e la durata della pena ancora *in executivis*: «Il fondamento della rideterminazione della pena deve naturalmente essere individuato, da un punto di vista processuale, nella norma di cui all'art. 673 c.p.p., sulla base di un'interpretazione estensiva ampiamente giustificata dalla giurisprudenza di legittimità che si è presa in esame [...]».

Per altro verso, la tesi dell'interpretazione estensiva dell'art. 673 c.p.p. è stata recentemente (deposito delle motivazioni il 7 maggio 2014) suffragata dalle stesse Sezioni unite nel caso Ercolano, e segnatamente nella decisione susseguente la declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 7, co. 1, d.l. 24 no-

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, ove si rammentano i casi, anche molto recenti, in cui la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha assecondato tale interpretazione demolitiva del giudicato in fase esecutiva: «Tale interpretazione, peraltro più che suggerita dalla lettera della legge, trova riscontro, in caso diverso ma sotto vari aspetti assimilabile, in una nota sentenza della Suprema Corte (Cass., Sez. I, 27 ottobre 2011, Hauhou, in *Guida al dir.*, 2012, 9, 71, poi seguita, negli stessi termini, da Id., Sez. I, 24 febbraio 2012, Tetei Assic, in *Mass. Uff.*, n. 19361), riguardante gli effetti della declaratoria di incostituzionalità dell'aggravante dell'art. 61, n. 11-bis c.p.». Si tratta proprio della giurisprudenza richiamata, quale orientamento più recente, nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite Cass., Sez. I, (ord.) 20 novembre 2013, P.m. in proc. Gatto, in www.penalecontemporaneo.it, e che, salva la considerazione delle motivazioni che ancora non sono state depositate, sembra essere stata recepita dal più elevato consenso della Suprema Corte il 29 maggio 2014.

vembre 2000, n. 341 (Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia), convertito con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4³⁸: «s'impone un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quali il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo [...] Eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale costituzionale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, devono dunque essere rimossi [...] anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo per il caso Scoppola»; e, soprattutto: «Ritenuto quindi superabile, anche nel caso in esame, lo scoglio del giudicato, rivelatosi *ex post* intrinsecamente illegittimo nella parte relativa all'esecuzione della pena irrogata, perché convenzionalmente e costituzionalmente illegittima, l'attenzione deve essere rivolta all'individuazione dello strumento processuale idoneo a consentire l'intervento correttivo sullo stesso giudicato». Le Sezioni unite, dopo aver escluso il rimedio della revisione *ex art.* 630 c.p.p.³⁹, il ricorso straordinario *ex art.* 625-*bis* c.p.p.⁴⁰, nonché la procedura della restituzione in termini di cui all'*art.* 175 c.p.p.⁴¹, propongono di avvalersi dell'incidente di esecuzione, mediante una serrata analisi logico-giuridica che merita un'appropriata citazione testuale: «i margini di manovra che l'ordinamento processuale riconosce alla giurisdizione esecutiva sono molto ampi. I poteri di questa non sono circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, ma possono incidere, in vario modo, anche sul contenuto di esso, allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità

³⁸ Cfr. Corte cost., n. 210 del 2013, cit.

³⁹ Cfr. Cass., Sez. un., 7 maggio 2014, Ercolano, cit.: «non è percorribile il procedimento di revisione *ex art.* 630 c.p.p., come integrato dalla sentenza additiva di principio n. 113 del 2011 della Consulta, non essendo necessaria una "riapertura del processo" funzionale a un nuovo giudizio di cognizione sul merito della vicenda».

⁴⁰ Cfr. Cass., Sez. un., 7 maggio 2014, Ercolano, cit.: «impraticabile è anche la via del ricorso straordinario *ex art.* 625-*bis* c.p.p., benché risulti essere stata percorsa, nel suo intento pragmatico di rispettare i principi dell'economia dei mezzi processuali e della ragionevole durata del procedimento, proprio nel caso Scoppola, al fine di sostituire la pena dell'ergastolo, dichiarata convenzionalmente illegittima, con quella di anni trenta di reclusione [...] Detto rimedio, previsto per ovviare ad errori di fatto contenuti in provvedimenti pronunciati dalla Corte di cassazione, è inidoneo strutturalmente a intervenire in casi non contraddistinti da violazioni verificatesi nell'ambito del giudizio di legittimità».

⁴¹ Cfr. Cass., Sez. un., 7 maggio 2014, Ercolano, cit.: «analoga conclusione si impone in riferimento all'impiego dell'istituto della restituzione in termini per la proposizione dell'impugnazione (*art.* 175, co. 2, c.p.p.), trattandosi di meccanismo utilizzabile unicamente per porre rimedio alle violazioni della C.e.d.u. collegate alla disciplina del processo contumaciale, ipotesi che non viene in rilievo nella specie».

della sentenza, lo esigano [...] A norma dell'art. 665 c.p.p., il giudice dell'esecuzione è «competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento», assolve il compito quindi di garantire il rispetto dei presupposti e delle condizioni legittimanti l'attuazione del comando esecutivo, tanto che gli sono anche riconosciuti dal successivo art. 666, co. 5, ove ritenuti necessari ai fini della decisione, poteri istruttori da esercitare nel rispetto del contraddittorio [...] L'incidente di esecuzione disciplinato dall'art. 670 c.p.p., pur sorto per comporre i rapporti con l'impugnazione tardiva e la restituzione nel termine, implica necessariamente, al di là del dato letterale, un ampliamento dell'ambito applicativo dell'istituto, che è un mezzo per far valere tutte le questioni relative non solo alla mancanza o alla non esecutività del titolo, ma anche quelle che attengono alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo. Il *genus* delle doglianze da cui può essere investito il giudice degli incidenti ex art. 666 c.p.p., in sostanza, è molto ampio e investe tutti quei vizi che, al di là delle specifiche previsioni espresse, non potrebbero farsi valere altrimenti, considerata l'esigenza di garantire la permanente conformità a legge del fenomeno esecutivo»⁴².

Tali passaggi motivazionali si rivelano preziosi non solo sul piano giuridico – processuale, ma anche su quello pratico e applicativo, laddove escludono gli eccessi di retorica e la *vis attractiva* per solito esercitata, *in parte qua*, dal solo riferimento all'art. 673 c.p.p., proponendo una soluzione del tema *in executivis* caratterizzato da una corale considerazione normativa e funzionale dei compiti del giudice dell'esecuzione, nella cui cornice il riferimento al predetto disposto si rivela solo una tessera di un organico mosaico più ampio e complesso: «l'art. 673 c.p.p., tuttavia, non esclude che, in sede di esecuzione, pos-

⁴² *Ibidem*. Per una soluzione affatto contraria, addirittura fondata sulla singolare tesi che l'art. 673 c.p.p. avrebbe comportato l'implicita abrogazione dell'art. 30, co. 4, l. 11 marzo 1953, n. 87, cfr. Cass., Sez. I, 9 gennaio 2012, H.R.B.A., in *Cass. pen.*, 2013, 5, 1866,. Nel senso della decisione, si è osservato che tanto l'art. 30, ult. co., legge n. 87 del 1953, quanto l'art. 673 c.p.p. non trovano applicazione nel caso di dichiarazione di incostituzionalità di disposizioni disciplinanti il mero trattamento sanzionatorio penale. In entrambe le disposizioni, il legislatore sembrerebbe invero riferirsi in modo esplicito soltanto alla declaratoria di incostituzionalità delle vere e proprie norme incriminatrici (così GAMBARDELLA, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della «clandestinità»: abolizione o annullamento?*, in *Cass. pen.*, 2011, 1348 ss.; ID., *Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna*, in *Cass. pen.*, 2012, 1664 ss.). In senso contrario, e cioè ammissivo della possibilità dell'uso dell'art. 30 legge n. 87 del 1953 per rendere non eseguibile il giudicato rispetto alla circostanza aggravante incostituzionale, valorizzandosi la disciplina generale degli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale, cfr. Cass., Sez. I, 27 ottobre 2011, H, in *Cass. pen.*, 2012 1660 ss., con nota di GAMBARDELLA, *Annullamento di circostanze aggravanti*, cit.; per un quadro molto efficace dei due orientamenti antecedenti l'intervento delle sezioni unite, cfr. Corte di Cassazione – Ufficio del ruolo e del massimario – Settore penale, *Prime riflessioni sulle possibili ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti*, Roma, 5 marzo 2014, 16 ss.

sano venire in rilievo situazioni diverse che, sebbene in esso non considerate, impongano comunque un intervento parziale sul contenuto del giudicato e una sua modifica»⁴³. E ancora: «è sull'art. 30 legge n. 87 del 1953 che, ai fini che qui interessano, deve farsi leva, disponendo tale norma di un perimetro operativo più esteso rispetto a quello prescrittivo dell'art. 673 c.p.p. [...] I commi terzo e quarto del citato art. 30 rispettivamente dispongono che «Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» e che «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali»⁴⁴.

L'argomentazione dispiegata dalle Sezioni unite è serrata e selettiva, laddove, lungi dall'insistere sul piano della "statica" rilevanza costituzionale – guadagnata per via del principio di "legalità convenzionale" – del canone di retroattività della *lex mitior*, si sofferma accuratamente sugli effetti prodotti dalle declaratorie d'incostituzionalità *post iudicatum* e nei confronti del giudice dell'esecuzione.

Ebbene, uno sguardo più aperto all'esperienza e alla scienza costituzionalistica, dovrebbero rendere avvertiti dell'ormai indiscusso rilievo *ex tunc* ed *erga omnes* delle declaratorie di illegittimità costituzionale. Lo stesso riconoscimento della efficacia retroattiva, "oggi *ius receptum*", rappresenta un punto di arrivo in passato tutt'altro che pacifico, avendo la "poco felice" dizione costituzionale insinuato tra i primi commentatori "tormentosi dubbi di interpretazione"⁴⁵. Non può sorprendere, pertanto, la seguente, efficace e perspicua, affermazione: «la Costituzione è quantomai precisa ed inequivocabile su questo», potendo chiaramente dedursi dall'art. 136, Cost., che, essendo «certa, obiettiva e permanente» l'illegittimità che le dà origine, «la decisione della Corte toglie alla legge incostituzionale qualsiasi efficacia, per cui questa, dal giorno successivo a quello della pubblicazione della decisione, non esiste più nel mondo giuridico, e, perciò, non può essere più applicata da parte del giudice a qualsiasi rapporto»⁴⁶.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Cfr. COSMELLI, *Efficacia intertemporale delle declaratorie di illegittimità costituzionale e situazione sostanziale: appunti in tema di «incostituzionalità sopravvenuta»*, in *Giur. cost.*, 2012, 1558: «L'art. 136, co. 1, Cost., infatti, prevedendo che la norma dichiarata incostituzionale «cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione», era sembrato alludere ad una portata soltanto *ex nunc* delle sentenze di accoglimento. La tesi, già di per sé non irresistibile, era però divenuta non ulteriormente sostenibile in seguito all'introduzione del criterio dell'incidentalità nell'accesso al giudizio costituzionale, da cui può farsi discendere logicamente l'efficacia *ex tunc*, ed *erga omnes*, dell'accertamento di incostituzionalità».

⁴⁶ Così *Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente sul disegno di legge approvato dal Senato nella seduta del 17 marzo 1949*, in *Camera dei Deputati, Atti parlamentari*, I Legislatura,

Se l'estromissione della norma incostituzionale dall'universo giuridico avviene per "qualsiasi rapporto", perché mai potrebbe, o - peggio - dovrebbe, conservare i propri effetti nel contesto del dinamismo esecutivo della sanzione, e cioè nell'ambito del "rapporto esecutivo", quando la soggezione del cittadino condannato nei confronti dello Stato è anche "fisicamente" percettibile in termini di patimento e limitazione di libertà personale?

La domanda è volutamente retorica.

6. (Segue) c) I problematici poteri di merito del giudice dell'esecuzione. Da mero esecutore di un "giudicato" altrui a rinnovato "ricalibratore" del merito della regiudicata.

Solo il tempo e le prossime applicazioni giurisprudenziali si potranno incaricare di offrire elementi di valutazione sufficienti per comprendere fino a che punto l'intervento *in executivis* del giudice dell'esecuzione possa garantire l'architettura originaria dei compiti assegnati alla giurisdizione *post iudicatum*. Ai limitati fini del presente studio, è tuttavia possibile esprimere l'impressione che nuovi e molto penetranti poteri deliberativi e decisionali siano destinati a confluire nella fase esecutiva, tali da non potersi escludere possibili sovrapposizioni e contrasti con le porzioni integre del *decisum* passato in giudicato: come può, ad esempio, il giudice dell'esecuzione, eliminare una circostanza aggravante incostituzionale e rideterminare la pena? Ridurrà "di" un terzo o "fino" a un terzo quanto aveva tenuto illegittimamente in conto il giudice della cognizione? E oggi, nel caso del giudizio di bilanciamento, in che termini la prevalenza delle attenuanti potrà estendersi oltre la pena base, e in forza di quali compendi istruttori o motivazionali? Direttamente ricavata dal giudice dell'esecuzione, magari in contrasto di vedute rispetto a quanto ritenuto dal giudice della cognizione?

La situazione che si profila all'orizzonte non sembra tra le più semplici, anche se già sono state prospettate in dottrina una serie di stimolanti considerazioni operative.

Così raffigura lo *staus quaestionis* una recente dottrina: «l'ordinario incidente di esecuzione disciplinato dall'art. 670 c.p.p. costituisce - ci dicono oggi le Sezioni unite - la naturale sede processuale in cui fare valere la sopravvenuta illegittimità del titolo esecutivo nella sua dimensione dinamica di fondamento dell'esecuzione della pena, e per rimuovere conseguentemente tale illegittimità, riconducendo la pena alla sua dimensione (costituzionalmente) legittima. Operazione questa non prevista espressamente da alcuna norma, ma imposta [...] dai principi sottesi all'art. 136, co. 1, Cost. e all'art. 30, co. 2, legge n. 87

Documenti, disegni di legge e relazioni, n. 469-A, 37-38.

del 1953, declinati in relazione alle peculiarità delle ipotesi che qui vengono in considerazione»⁴⁷. Contro tale apparentemente lineare soluzione potrebbe obiettarsi che, mentre rispetto ai c.d. “fratelli minori” di Scoppola il giudice sarebbe chiamato ad una operazione automatica di ricostruzione della pena di trent’anni di reclusione a quella dell’ergastolo originariamente inflitta, senza alcuna valutazione discrezionale sulla concreta misura della pena, in tutti i casi problematici di cui ora è discorso occorrerebbe invece procedere a una nuova commisurazione della pena, «operazione che esulerebbe dal limitato orizzonte conoscitivo e, conseguentemente, decisionale del giudice dell’esecuzione»⁴⁸.

Di qui, sono state ipotizzate alcune più articolate soluzioni, quale una rinnovata questione di legittimità dell’art. 630 c.p.p., tale da incrementare i casi oltre la c.d. “revisione europea”; ovvero ipotesi di riduzioni meccaniche, quasi a “rima baciata”, delle pene a seconda delle flessioni apportate, già in astratto, dalle declaratorie d’illegittimità costituzionale⁴⁹.

In attesa di una organica presa di posizione del Legislatore, a noi sembra, concordando con la dottrina da ultimo citata, che l’attribuzione al giudice dell’esecuzione di un potere commisurativo ulteriore e, per profili eminenti, dissociato rispetto alle cadenze incostituzionali delle operazioni qualificatorie del giudice della cognizione, reclaims per lo stesso un non irrilevante margine di discrezionalità – del resto già sperimentata negli istituti del concorso formale e del riconoscimento della continuazione *in executivis* –, resa non apoditti-

⁴⁷ Cfr. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei «fratelli minori» di Scoppola*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁸ Cfr. Su tale distonia applicativa, cfr. anche MANES, ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge c.d. «Fini-Giovanardi»: gli attuali orizzonti della democrazia penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁹ Cfr. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei «fratelli minori» di Scoppola*, cit.: «Né mi convincono le proposte di una *riduzione meccanicamente proporzionale della pena* in ragione, ad esempio, del nuovo minimo edittale (secondo lo schema seguente: 7 anni di reclusione inflitti concretamente dal giudice stanno al minimo di 6 anni di reclusione previsti dalla legge Fini-Giovanardi come, oggi, la pena X sta al minimo di 2 anni di reclusione oggi previsto per le droghe “leggere”) ovvero del nuovo massimo. L’insostenibilità di tale approccio si coglie sol che si consideri che la decisione del giudice di cognizione di attenersi al minimo edittale, o di discostarsi di poco da esso, potrebbe essere stata motivata – rispetto a una normativa che, come la Fini-Giovanardi, non distingueva tra droghe “pesanti” e droghe “leggere” – proprio dalla natura di droga “leggera” della sostanza oggetto materiale della condotta; mentre tale circostanza, oggi rilevante già ai fini della determinazione del quadro edittale applicabile, non potrà più essere nuovamente considerata al momento in cui si debba commisurare concretamente la pena all’interno del corrispondente quadro edittale. Si che, ad es., ben potrebbe immaginarsi la rideterminazione della pena per la detenzione di un chilo di marijuana, originariamente fissata in 6 anni di reclusione proprio in considerazione della tipologia di droga “leggera” della sostanza, in quella di 3 o 4 anni di reclusione – dunque in una misura marcatamente superiore al nuovo minimo edittale – in considerazione della significativa quantità della sostanza posseduta [...]».

ca dagli innegabili poteri istruttori esercitabili a tal fine⁵⁰.

GIOVANNI CARUSO

⁵⁰Cfr. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei «fratelli minori» di Scoppola*, cit.: «La fantasia dei pratici potrebbe ulteriormente sbizzarrirsi: ma del tutto inutilmente, posto che a dover essere contestato – in radice – è il presupposto da cui muove la ricerca di soluzioni «a rime obbligate» per il giudice dell'esecuzione: e cioè la presunta insuperabile refrattarietà dell'incidente di esecuzione a qualunque valutazione discrezionale del giudice in materia di commisurazione della pena. Affermazione, quest'ultima, contraddetta a tacere d'altro dalla disciplina di cui all'art. 671 c.p.p., che consente espressamente al giudice dell'esecuzione non solo di apprezzare la sussistenza di un concorso formale o della continuazione tra più reati giudicati in procedimenti distinti, e di rideterminare conseguentemente (in maniera tutt'altro che meccanica!) la pena complessiva; ma anche di valutare – teoricamente anche sulla base delle prove assunte ai sensi del citato art. 666, co. 5, c.p.p. – se concedere la sospensione condizionale e la non menzione della condanna, nonché di adottare ogni altro provvedimento conseguente».