N. 10/7 Esec.

Ordinanza di revoca di sentenza di condanna e di rideterminazione della pena per dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice in assenza di abolizione del reato
- art. 673 c.p.p. -

TRIBUNALE PENALE DI ROVERETO
- Ufficio del Giudice delle Indagini Preliminari -

IL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

dott. Riccardo Dies, vista l'istanza di **S.A.**presentata personalmente alla direzione della Casa circondariale di Trento e depositata in Cancelleria il 21.03.2014, intesa ad ottenere la revoca parziale e la rideterminazione della pena di anni 2, mesi 8 e giorni 20 di reclusione ed € 14.000,00 di multa di cui alla sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, a norma degli artt. 444 ss. c.p.p., del GIP di Rovereto del 25.07.2013, irrevocabile il 01.10.2013.

Visto l'esito dell'udienza in camera di consiglio del 17.04.2014 nella quale il PM chiedeva il rigetto della richiesta, mentre il difensore insisteva per l'accoglimento della domanda con richiesta che la pena sia determinata entro il limite di anni 2, che sia concessa la sospensione condizionale della pena e disposta l'immediata liberazione del condannato.

Ritenuto che a carico del condannato sussiste solo questo titolo esecutivo ed è attualmente ristretto presso la Casa Circondariale di Trento, in espiazione pena dal 07.03.2013 (inizialmente a titolo di misura cautelare), con fine pena attualmente al 26.11.2015 (cfr. posizione giuridica del 15.03.2014).

Ritenuto che la pena sopra indicata attiene a due capi di imputazione, relativi il primo a plurime cessione di sostanza stupefacente, tipo hashish e marijuana, in varie occasioni a 11 soggetti identificati, dall'ottobre 2012 al febbraio 2013 ed il secondo ad un'unica cessione di gr. 7,478 di marijuana, con un principio attivo del 6,4%, pari a mg. 486 e di gr. 1,144 di hashish, con un principio attivo del 21,5% pari a mg. 246 il 12.02.2013, con l'aggravante per entrambe le imputazioni di cui all'art. 80 d.P.R. n. 309 del 1990, per aver consegnato lo stupefacente a persona minore di età, ed è stata in concreto così determinata:

- pena base anni 6 di reclusione ed € 27.000,00 di multa;
- ridotta per la concessione delle circostanze attenuanti generiche ritenute prevalenti alla contestata aggravante ad anni 4 di reclusione ed € 18.000,00 di multa;
- aumentata per la continuazione ad anni 4 e mesi 1 di reclusione ed € 21.000,00 di multa;
- ridotta, per il rito, ad anni 2, mesi 8 e giorni 20 di reclusione ed € 14.000,00 di multa.

Ritenuto che le circostanze attenuanti generiche sono state giustificate in sentenza, testualmente, *"col corretto comportamento processuale e in particolare con l'atteggiamento collaborativo tenuto in occasione dell'interrogatorio reso al PM in data 27.05.2013 che, sia pure non in grado di integrare la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 7 d.P.R. n. 309 del 1990 risulta comunque indicativo di concreto pentimento e meritevole di considerazione nella presente sede"* (cfr. sentenza, pg. 3).

Tutto ciò premesso e a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 17.04.2014, si provvede nei termini che seguono.

1. Premessa: la sentenza n. 34 del 2014 della Corte Costituzionale ed i suoi effetti.

La richiesta è fondata sulla sentenza della Corte Costituzionale 12-25.02.2014 nr. 34 (pubblicata in G.U. il 05.03.2014), che ha dichiarato **l'incostituzionalità degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*** del decreto legge 30.12.2005, n. 272, convertito, con modificazioni, con legge 21.02.2006, n. 49 (c.d. legge Fini-Giovanardi) che hanno profondamente modificato numerose norme del d.P.R. nr. 309 del 1990 e, in particolare, gli artt. 13 e 14, relativi al sistema di classificazione delle sostanze stupefacenti in tabelle, nonché la norma incriminatrice di cui all'art. 73. Il parametro costituzionale violato è l'art. 77, comma 2 Cost., per difetto di omogeneità e quindi di nesso funzionale tra le disposizioni del decreto legge e quelle impugnate, introdotte solo nella legge di conversione. Al riguardo la Consulta ha rilevato che la legge di conversione *"segue un iter parlamentare semplificato e caratterizzato dal rispetto di tempi particolarmente rapidi, che si giustificano alla luce della sua natura di legge funzionalizzata alla stabilizzazione di un provvedimento avente forza di legge, emanato provvisoriamente dal Governo e valido per un lasso di tempo temporale breve e circoscritto"*, con la conseguenza che non può aprirsi a qualsiasi contenuto ulteriore, perché altrimenti potrebbe *"essere sfruttato per scopi estranei a quelli che giustificano l'atto con forza di legge, a detrimento delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare"*.
La rilevata assenza del necessario legame logico-giuridico, richiesto dall'art. 77, secondo comma, Cost., rende le norme denunziate adottate *"in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione e perciò costituzionalmente"* illegittimi.

La Corte ha, opportunamente, evidenziato quali sono **gli effetti della pronuncia di accoglimento** espressamente affermando che tornano *"a ricevere applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate"*. Ciò è affermato *"in considerazione del particolare vizio procedurale accertato"* che consente di affermare come le disposizioni di legge di conversione illegittime siano state adottate *"in una situazione di carenza di potere"*. Insomma è la radicalità del vizio nella formazione della legge ad impedire che le disposizioni illegittime siano idonee *"ad innovare l'ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa"*, come già affermato dalla giurisprudenza costituzionale nelle ipotesi di incostituzionalità di norme contenute in decreti legislativi in difetto di

delega (cfr. sentenza n. 162 del 2012 e n. 5 del 2014, in tema di abrogazione del reato di associazione paramilitare). In effetti il problema si è posto soprattutto con riferimento ad alcuni tipi di legge e di vizi di costituzionalità, la cui combinazione implicherebbe che l'esclusione dell'effetto di reviviscenza della precedente normativa abrogata dalla norma dichiarata incostituzionale renderebbe le pronuncia di accoglimento *inutiliter data.* Si pensi alle norme meramente abrogatrici (è il caso della sentenza n. 5 del 2014), specie quando l'incostituzionalità sia relativa all'abrogazione stessa di norma che non possa essere abrogata senza ledere principi costituzionali ovvero quando la norma incostituzionale ha come suo unico scopo la sostituzione di una norma precedentemente esistente (cfr., ad es., sentenza n. 58 del 2006).
Si tratta, tuttavia, di una soluzione certamente non generalizzabile, ma giustificabile solo con riferimento a particolari situazioni e dal fatto che il vizio di incostituzionalità non attiene direttamente al contenuto ma alla fonte, tanto che ha incontrato numerose critiche in dottrina, sia perché la reviviscenza pone gravi problemi nella gestione degli effetti nel tempo, come dimostra il presente procedimento, sia perché l'effetto abrogante della norma illegittima potrebbe essere ritenuto definitivo ed irretrattabile, alla stregua di un "*rapporto esaurito*" e, come tale, non toccato dalla dichiarazione di incostituzionalità. D'altra parte il caso in esame pone delle criticità rispetto alla soluzione proposta, perché le norme dichiarate incostituzionali non sono meramente abrogative ma sostitutive delle disposizioni precedenti, con l'effetto di attuare una riforma di sistema dei delitti in materia di stupefacenti, attraverso non solo vistose modifiche al trattamento punitivo, ma anche una complessiva riformulazione delle condotte incriminate (in particolare, con riferimento all'illecita detenzione) e persino nuove, sia pure limitate, previsioni di reati (ad es. in tema di medicinali). Si deve pertanto ritenere che la soluzione proposta non fosse per nulla scontata.

Ciò che, tuttavia, preme sottolineare in questa sede è che questo effetto di reviviscenza della precedente disciplina si pone, a rigore, al di fuori dei tipici effetti vincolanti *erga omnes* delle pronunce di accoglimento della Corte Costituzionale, riconducibili alla sola perdita di efficacia della disposizione dichiarata incostituzionale, secondo la (complessa) disciplina dettata dagli artt. 136 Cost., 1 legge cost. n. 1 del 1948, 1 legge cost. n. 1 del 1953 e 30 legge n. 87 del 1953 e con obbligo del giudice di non farne applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione (cfr. art. 30, comma 3 cit.), sulla quale si dovrà tornare in seguito.
E' pacifico, infatti, nella dottrina costituzionalistica e nella stessa giurisprudenza costituzionale che non spetta alla decisione della Corte disporre circa le conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità e che la Corte non può "gestire" gli effetti che ne conseguono, né estendoli né circoscrivendoli, perché essi sono invece fissati da disposizioni costituzionali e di legge ordinarie, suscettibili di comune interpretazione ad opera essenzialmente dei giudici ordinari.
Ciò significa che la reviviscenza del previgente art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 costituisce nulla più che una, sia pure autorevole e da tenere nella massima considerazione, opinione della Corte che non è tuttavia imposta dalla decisione di accoglimento in quanto tale e che, qualsiasi giudice, disattendendola, potrebbe legittimamente affermare che l'abrogazione della precedente norma incriminatrice si è ormai prodotta in modo irretrattabile, perché la norma illegittima, prima della

dichiarazione di incostituzionalità, può comunque ritenersi efficace, per quanto invalida. Insomma gli effetti tipici, vincolanti ed *erga omnes* escludono che il giudice possa applicare le norme dichiarate incostituzionali per risolvere il caso portato alla sua attenzione, ma spetta allo stesso giudice, e non alla Corte Costituzionale, risolvere in via interpretativa il problema di come l'ordinamento reagisca alla dichiarazione di incostituzionalità, individuando la norma adeguata al caso concreto (tra le molte cfr. sentenza n. 148 del 1983 che in riferimento al problema dell'incostituzionalità di norme penali favorevoli espressamente afferma: *"lo stabilire in quali modi il sistema potrebbe reagire al loro annullamento è un problema … inerente all'interpretazione di norme diverse da quelle annullate, che i singoli giudici dovranno dunque affrontare caso per caso, nell'ambito delle rispettive competenze"*). In questa ricerca l'applicazione della norma abrogata dalla norma dichiarata incostituzionale è una semplice possibilità che va argomentata in relazione ai principi che vigono nei diversi campi del diritto.
Una diversa interpretazione comporterebbe certamente gravose conseguenze in relazione alle esigenze di continuità e completezza dell'ordinamento, ma faciliterebbe enormemente la soluzione del caso all'attenzione di questo giudice. Infatti, da un lato, si dovrebbe concludere che tutti i reati previsti dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 sono stati aboliti, non essendo applicabile né la vecchia norma incriminatrice, perché abrogata né la nuova, perché dichiarata incostituzionale, con gravi vuoti di tutela che potrebbero certamente essere colmati da una nuova norma incriminatrice, ma solo per il futuro (art. 2, comma 1 c.p. e 25, comma 2 Cost.) e, dall'altro, si avrebbe una piana e semplice applicazione dell'art. 673 c.p.p., perché tutti i giudicati di condanna dovrebbero essere revocati, con eliminazione dell'intera pena irrogata, essendo integrato il presupposto della relativa applicazione, rappresentato dall'*abolitio criminis*. Questa possibilità è stata tenuta presente dalla Corte che, non a caso, ha sentito il bisogno di sorreggere la soluzione proposta con un'argomentazione dalla forte suggestione politica, rappresentata dagli obblighi di penalizzazione imposti dalla normativa dell'unione Europea (decisione quadro n. 2004/757/GAI), che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117 Cost.

Va peraltro precisato come questo giudice non intenda minimamente contestare la soluzione proposta dalla Corte, peraltro subito pienamente condivisa dalla giurisprudenza di legittimità già consolidatasi sul punto in vero e proprio diritto vivente.
Piuttosto il senso del rilievo che pone in luce la possibilità teorica di una diversa soluzione, che corrisponde alla soluzione comunemente accolta nella generalità dei casi di dichiarazione di incostituzionalità (di norme non meramente abrogatrici e per vizi attinenti al contenuto e non alla fonte), è un altro: evidenziare fin d'ora l'incongruenza di una soluzione che, da un lato, nega qualsiasi efficacia alle norme incostituzionali, in virtù della particolare radicalità del vizio in formazione di cui sono affette, persino dell'effetto abrogante delle norme previgenti, normalmente mantenuto fermo in caso di incostituzionalità per vizi meno radicali e, dall'altro, ritiene intangibili i giudicati di condanna che hanno fatto applicazione di quelle stesse norme, così garantendone un'efficacia nel tempo, pur dopo la declaratoria di incostituzionalità, rappresentata dalla concreta esecuzione delle pene irrogate.

In effetti, a voler utilizzare categorie generali, si potrebbe sostenere che la negazione, in questi casi, di qualsiasi efficacia delle norme incostituzionali configura l'invalidità in termini di radicale nullità e non di semplice annullabilità, come normalmente si è soliti affermare. Ma ciò rende correlativamente plausibile che gli effetti nel tempo della dichiarazione d'incostituzionalità possono essere maggiori di quanto non accada nei casi in cui la norma incostituzionale debba essere considerata come semplicemente annullabile, con specifico riferimento al limite rappresentato dal giudicato, inteso quale "*rapporto esaurito*".
E' bensì vero che si potrebbe obiettare che non sussiste alcuna contraddizione perché la reviviscenza della previgente disciplina è finalizzata a limitare e non ad estendere l'impatto sull'ordinamento complessivo della dichiarazione di incostituzionalità e al medesimo fine risponde, in tutta evidenza, l'intangibilità del giudicato. Resta però il fatto che al riconoscimento di un'invalidità della norma per così dire "qualificata" e più radicale degli ordinari vizi di incostituzionalità, tale da giustificare l'esclusione di qualsiasi efficacia delle norme dichiarate incostituzionali, corrisponde l'esclusione della revoca dei giudicati di condanna, che si sarebbe invece determinata come conseguenza del riscontro di un ordinario vizio di incostituzionalità. Insomma, alla dichiarazione di incostituzionalità per il vizio maggiore sono riconnessi effetti minori di quelli prodotti dalla dichiarazione di incostituzionalità per il vizio minore.
Le peculiarità sopra evidenziate contraddistinguono il caso in decisione dai casi analoghi, già affrontati dalla giurisprudenza di legittimità, fondati sull'incostituzionalità non della norma incriminatrice ma di norme relative ad elementi circostanziali del reato e per vizi attinenti al contenuto e non alla fonte che, come tali, non consentono di escludere qualsiasi efficacia della norma invalida, prima della dichiarazione di incostituzionalità, suscettibile di consolidarsi in via definitiva in situazione *"esaurite"*. Tutto ciò a prescindere dal problema se, in termini generali, il giudicato penale possa ancora sempre integrare un rapporto esaurito, interrogativo al quale, come si avrà modo di diffusamente argomentare in seguito, dovrà essere data una risposta negativa, perlomeno con riferimento alla parte relativa alla determinazione concreta della pena.

Ciò chiarito, per una migliore comprensione della soluzione accolta, occorre ancora in via preliminare chiarire quali sono **gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità in relazione alla disciplina nel tempo**, che possono essere ricondotti in tre distinte tipologie.

La prima è costituita dagli **effetti sfavorevoli**, essenzialmente riconducibili alla minore pena edittale minima prevista per i delitti aventi ad oggetto le c.d. droghe pesanti dalla norma incostituzionale rispetto a quella precedente che riprende a trovare applicazione (6 anni in luogo di 8 anni di reclusione, mentre il massimo di 20 anni è rimasto invariato; la pena pecuniaria può essere trascurata a questi fini perché le differenze sono minime). Al riguardo è pacifico che per i processi in corso dovrà trovare applicazione la disciplina più severa sia per i fatti commessi dal 06.03.2014 (giorno successivo alla pubblicazione in G.U. della sentenza di dichiarazione di incostituzionalità), sia per i c.d. fatti pregressi, ossia commessi prima del 28.02.2006 (data di entrata in vigore della legge Fini-Giovanardi). Invece, per i c.d. fatti concomitanti, ossia commessi sotto la vigenza della norma dichiarata incostituzionale

(commessi dal 28.02.2006 al 05.03.2014) deve trovare applicazione la disciplina più favorevole.
Le ragioni di questa soluzione saranno esplicitate nel prossimo paragrafo.
In ordine a questa tipologia di effetti è altrettanto pacifico che è impossibile anche solo immaginare di modificare i giudicati di condanna, perché va a priori escluso una modifica del giudicato in *malam partem* per effetto di una dichiarazione di incostituzionalità (in concreto prospettabile solo nei limitati casi di giudicato formatosi sotto la vigenza della norma incostituzionale ma in relazione a fatti pregressi, perché solo in questi casi si sarà fatta applicazione di una norma diversa – quella più favorevole - da quella applicabile ai processi in corso). Invero, a imporre questa conclusione gioca il nucleo duro del giudicato penale, certamente da considerarsi come rapporto esaurito, rappresentato dal *ne bis in idem* (art. 649 c.p.p.) che costituisce una garanzia per il condannato idonea ad essere qualificata come vero e proprio diritto fondamentale, espressamente riconosciuto dall'art. 4 Prot. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito CEDU). Va solo aggiunto che la norma convenzionale appena richiamata ricollega questo diritto fondamentale proprio alla *"sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale"* (§ 1), ma ammette che il principio non impedirà *"la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio nella procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso"* (§ 2). Si tratta, pertanto, di un diritto pensato in chiave di tutela del singolo contro la potestà punitiva dello Stato che, se vale certamente a precludere modifiche del giudicato in *malam partem*, a maggior ragione in assenza di una espressa previsione di legge in tal senso, non si oppone, invece, a modifiche *in melius.*

Le altre due tipologie di effetti appartengono al medesimo genere degli **effetti favorevoli** che vanno però ulteriormente suddivisi in due ulteriori specie, a seconda che configurino una vera e propria abolizione di reato o un semplice trattamento punitivo meno severo.

Dalla dichiarazione di incostituzionalità in esame sono conseguiti, invero limitati, **effetti abolitivi di reato**, riconducibili, anzitutto, alle nuove incriminazioni previste dalle norme dichiarate incostituzionali che restano quindi definitivamente abolite per effetto della dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice, non trovando riscontro nella precedente disciplina tornata in vigore (cfr., ad es., l'art. 73, comma 1-*bis* lett. b) che puniva la detenzione, anche se per uso meramente personale, di taluni medicinali in misura eccedente a quanto prescritto).
Ulteriori casi di *abolitio criminis* sono inoltre riconducibili all'incostituzionalità dell'art. 4-*vices ter*, del decreto legge n. 272 del 2005, introdotto con la legge di conversione n. 46 del 2006 che ha modificato l'art. 13 ed interamente riscritto l'art. 14 del d.P.R. n. 309 del 1990, relativi al sistema di classificazione in tabelle, sostituendo le originarie 6 tabelle con solo 2 tabelle (una per gli stupefacenti ed una per i medicinali), modificando anche il sistema procedurale di approvazione. Infatti, si deve ritenere che la dichiarazione di incostituzionalità abbia travolto le tabelle allegate alla c.d. legge Fini-Giovanardi ed anche tutti i successivi decreti ministeriali di aggiornamento delle medesime, col ripristino delle vecchie tabelle. L'effetto abolitivo

del reato sembra pertanto inevitabile in riferimento a tutte le (numerose) sostanze stupefacenti inserite con la legge Fini-Giovanardi o dopo la sua entrata in vigore, mediante le procedure da essa previste.
Né a modificare la situazione può essere invocato il decreto legge 20 marzo 2014, n. 36, (pubblicato in G.U. il 21 marzo 2014 ed entrato in vigore il medesimo giorno) che ha, assai opportunamente, modificato le tabelle, distinguendo tra droghe c.d. leggere e c.d. pesanti, con la dichiarata finalità di garantire continuità di disciplina a seguito della sentenza della Corte Costituzionale nr. 32 del 2014. In particolare, l'art. 2 del cit. decreto dispone: *"a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto continuano a produrre effetti gli atti amministrativi adottati sino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 12 febbraio 2014"*, con ciò in sostanza ripristinando tutti gli aggiornamenti nel frattempo intervenuti. Sennonché una simile previsione, sul piano strettamente penalistico, non può che valere per il futuro, integrando una nuova incriminazione, insuscettibile di applicazione retroattiva (diversamente la norma dovrebbe ritenersi a sua volta incostituzionale, per violazione dell'art. 25, comma 2 Cost.). Questa interpretazione appare del resto confermata dalla recentissima conversione in legge in Senato del suddetto decreto che ha sostituito la parola "*continuano"* con la parola *"riprendono"*, con ciò rendendo manifesto come la disposizione operi esclusivamente per il futuro, fugando il dubbio che la precedente formulazione poneva (cfr. legge n. 79 del 2014).
Ad ogni modo, a prescindere dai dubbi interpretativi relativi alla precisa individuazione dei suddetti effetti abolitivi, è certo che una volta ravvisati determinano una piana e semplice applicazione dell'art. 673 c.p.p., con necessità di revoca integrale dei giudicati di condanna (per un'applicazione concreta, cfr. la richiesta della Procura di Busto Arsizio, 7 aprile 2014, in www.penalecontemporaneo.it, 11.04.2014, di revoca di una condanna relativa alla *"catha edulis"* essiccata, sostanza inserita tra gli stupefacenti solo con le tabelle allegate alla legge c.d. Fini-Giovanardi).

Infine, l'ultima tipologia di effetti è costituita dagli effetti favorevoli che non hanno determinato alcuna *abolitio criminis*, ma solo un **trattamento punitivo meno severo**. In particolare, per le c.d. droghe leggere, tra le quali la marijuana e l'hashish, oggetto dei reati di cui alla condanna in esecuzione, la dichiarazione di incostituzionalità ha comportato una notevolissima riduzione dei limiti edittali di pena, perché dalla pena della reclusione da 6 a 20 anni e della multa da € 26 mila ad € 260 mila, si passa alla pena della reclusione da 2 a 6 anni di reclusione e da € 5.164,00 ad € 77.468,00 di multa. La riduzione è assai meno rilevante, ma comunque significativa, con riferimento alla circostanza attenuante del fatto di lieve entità, di cui all'art. 73, comma 5 d.P.R. 309 del 1990, perché si passa dalla pena della reclusione da 1 a 6 anni e della multa da € 3.000,00 ad € 26.000,00, alla pena della reclusione da 6 mesi a 4 anni di reclusione e della multa da € 1.032,00 ad € 10.329,00 (per effetto del decreto legge n. 146 del 2013, entrato in vigore il 24.12.2013, l'ipotesi circostanziata è stata sostituita con un reato autonomo punito con la pena della reclusione da 1 a 5 anni e la multa da € 3.000,00 ad € 26.000,00, ma si tratta di una modifica legislativa non toccata dalla dichiarazione di incostituzionalità che, pertanto, troverà applicazione sulla base della disciplina della successione di leggi penali nel tempo di cui all'art. 2 c.p.).

In questi casi, scontata l'applicazione della disciplina più favorevole nei processi in corso, si pone il grave problema dell'applicabilità della medesima disciplina alle condanne già passate in giudicato che è precisamente l'oggetto della presente decisione. Infatti, la riviviscenza della precedente norma incriminatrice esclude qualsiasi effetto abolitivo del reato, che avrebbe comportato la piana applicazione dell'art. 673 c.p.p., con revoca integrale del giudicato. In effetti il condannato, in buona sostanza, si limita a richiedere l'applicazione dei più favorevoli limiti di pena sopra indicati, con revoca della pena determinata in applicazione della norma dichiarata incostituzionale e con concessione della sospensione condizionale della pena, nel caso la pena sia determinata entro il limite dei 2 anni.

2. La corretta impostazione del problema: la necessaria distinzione tra successione di leggi nel tempo (art. 2 c.p.) e dichiarazione di incostituzionalità.

Per risolvere il complesso problema è di fondamentale importanza procedere ad una corretta impostazione preliminare del problema, perché nella prassi sono assai diffuse erronee convinzioni assunte come postulati e premesse logiche del discorso che conducono, inevitabilmente, ad errate conclusioni.

In particolare occorre scogliere **il nodo dei rapporti con l'art. 2 c.p.** che disciplina la successione di leggi nel tempo, secondo le regole dell'irretroattività della disciplina più sfavorevole (comma 1) e della retroattività della disciplina più favorevole, col limite del giudicato (comma 4), salvo che comporti l'abolizione del reato (comma 2) ovvero la sostituzione della pena detentiva in pena pecuniaria (comma 3).
In effetti se fosse applicabile l'art. 2 c.p. la richiesta andrebbe senz'altro respinta essendo evidente che l'effetto favorevole conseguente alla dichiarazione di incostituzionalità non ha comportato, secondo quanto si è sopra evidenziato, né un'abolizione del reato né la necessità di applicare una pena pecuniaria in luogo di una pena detentiva, sicché il limite espresso del giudicato sarebbe invalicabile. Unica possibilità per sottrarsi a questa conclusione sarebbe l'eccezione d'incostituzionalità dell'art. 2, comma 4 c.p., nella parte in cui pone il limite del giudicato, secondo i suggerimenti di una minoritaria dottrina, ma con possibilità di successo assai scarse, alla luce del grado di vincolatività che, sul piano costituzionale, può oggi riconoscersi al principio di retroattività della disciplina più favorevole (c.d. *lex mitior*).
Nella prassi è molto forte la suggestione di risolvere il problema qui in esame appunto alla stregua dell'art. 2 c.p., senza troppo interrogarsi sulla correttezza della premessa, alla luce dell'indubbia assimilabilità dei fenomeni posti a raffronto, perché implicano entrambi la sostituzione di una norma con un'altra, con efficacia retroattiva e perché è la stessa legge che li assimila in riferimento all'effetto favorevole più importante, quello consistente nell'abolizione del reato. Infatti, l'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953, per il caso in cui sia stata pronunziata sentenza penale irrevocabile di condanna in applicazione di una norma dichiarata incostituzionale, detta una disciplina in tutto corrispondente all'art. 2, comma 2 c.p., di cui ripete testualmente l'ultima parte (*"ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali",* riferito alla condanna irrevocabile). La perfetta simmetria tra le due situazioni è poi confermata, sul piano processuale, dall'art. 673 c.p.p. che impone la revoca, in entrambi i casi, del giudicato di condanna.

A ben vedere, tuttavia, le suggestioni si fermano qui e si deve invece con forza negare che il problema possa essere risolto mediante il ricorso all'art. 2 c.p.
Infatti, la Corte Costituzionale, sin dalla sua prima sentenza, ha avuto cura di precisare che *"i due istituti giuridici dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse"* (sentenza n. 1 del 1956).
La "*sostanziale diversità di situazioni*" è stata poi ulteriormente precisata col rilievo che il riconoscimento del *"carattere generale, obiettivo ed* erga omnes *degli effetti derivanti dalla dichiarata illegittimità di una norma, mal si"* concilia *"con le regole che disciplinano l'abrogazione, per la quale, come è noto, rimane pienamente valida la norma abrogata fino all'entrata in vigore di quella abrogante. Il contrario di ciò che si verifica (...) nel caso di dichiarazione di illegittimità, in quanto questa colpisce la norma fin dalla sua origine, eliminandola dall'ordinamento e rendendola inapplicabile ai rapporti giuridici"*, con *"conseguenze assimilabili a quelle dell'annullamento"* ed *"incidenza quindi (...) anche a situazioni pregresse (...) salvo il limite invalicabile del giudicato, con le eccezioni espressamente prevedute dalla legge, e salvo altresì il limite derivante da situazioni giuridiche comunque divenute irrevocabili"* (sentenza n. 127 del 1966).
Infine, la sentenza n. 49 del 1970 in modo ancora più puntuale ai presenti fini, precisa che: *"l'abrogazione non tanto estingue le norme, quanto piuttosto ne delimita la sfera materiale di efficacia, e quindi l'applicabilità, ai fatti verificatisi sino ad un certo momento del tempo: che coincide, per solito e salvo diversamente disposto dalla nuova legge, con l'entrata in vigore di quest'ultima. La declaratoria di illegittimità costituzionale, determinando la cessazione di efficacia delle norme che sono oggetto, impedisce, invece, dopo la pubblicazione della sentenza, che le norme stesse siano comunque applicabili anche ad oggetti ai quali sarebbero state applicabili alla stregua dei comuni principi sulla successione delle leggi nel tempo. Altro è, infatti il mutamento di disciplina attuato per motivi di opportunità politica, liberamente valutata dal legislatore, altro l'accertamento, ad opera dell'organo a ciò competente, della illegittimità costituzionale di una certa disciplina legislativa: in questa seconda ipotesi, a differenza che nella prima, è perfettamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali, di assumere le norme dichiarate incostituzionali a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pure se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte".*
La sentenza conclude nel ricondurre l'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità direttamente agli artt. 136 Cost. e 1 legge costituzionale n. 1 del 1948, oltre che all'art. 30, comma 3 legge (ordinaria) n. 87 del 1953, con ciò definitivamente superando le iniziali incertezze originate dall'equivoco tenore letterale dell'art. 136 Cost. ("*la norma cessa di avere efficacia…"*, che sembrerebbe configurare un'efficacia *ex nunc*). Infatti, l'art. 136 Cost. prescindeva dal sistema di instaurazione del giudizio di costituzionalità sulle leggi, mentre il meccanismo incidentale prefigurato dall'art. 1 legge costituzionale n. 1 del 1948, presuppone l'efficacia retroattiva, perché nel giudizio *a quo* si controverte necessariamente di rapporti anteriori all'insorgere della questione di incostituzionalità.
In questo quadro l'art. 30, comma 3 legge n. 87 del 1953 è stato per lo più interpretato come semplice chiarificazione o integrazione dell'art. 136 Cost., tanto che l'interpretazione assolutamente dominante in dottrina e nella giurisprudenza

costituzionale ritiene che la c.d. efficacia retroattiva della dichiarazioni di incostituzionalità di norme costituisce una precisa garanzia costituzionale non derogabile, in linea di principio, da norme ordinarie (cfr. sentenze n. 73 del 1963 e n. 139 del 1984).

L'indicata efficacia della dichiarazione di incostituzionalità rende evidente come la norma dichiarata incostituzionale deve considerarsi come mai esistita e ciò esclude alla radice una successione di leggi nel tempo, che costituisce il presupposto indefettibile per l'applicazione dell'art. 2 c.p.
A rigore ciò dovrebbe comportare, per i processi in corso, l'applicazione della diversa norma individuata come idonea a regolare il rapporto (nella specie l'art. 73 d.P.R, n. 309 del 1990, nella versione precedente alla legge n. 49 del 2006) a prescindere se sia più o meno favorevole rispetto alla norma dichiarata incostituzionale e a prescindere del tempo del commesso reato, appunto perché la norma dichiarata incostituzionale deve ritenersi come in realtà mai esistita.
Per gli effetti sfavorevoli (nella specie le pene per i reati aventi ad oggetto le c.d. droghe pesanti) questa soluzione vale certamente in ordine ai fatti c.d. pregressi, ossia commessi prima dell'entrata in vigore della norma poi dichiarata incostituzionale (in tutto analoga la soluzione per il caso della norma penale più favorevole di decreto legge non convertito, che pure viene meno *ex tunc*: cfr. sentenza n. 51 del 1985), mentre è esclusa per i c.d. fatti concomitanti, ossia commessi sotto la vigenza della norma incostituzionale più favorevole, che si ritiene comunque applicabile, non perché possa essere considerata norma in successione nel tempo e, dunque, in applicazione dell'art. 2 c.p., ma a diverso ed autonomo titolo, ossia in forza dell'inderogabile principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2 Cost. (e 7 della CEDU) in materia di reati e pene che, nel contrasto con il principio dell'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità di cui all'art. 136 Cost., non può che prevalere. La soluzione è, del resto, coerente col principio che nessuno può essere punito (o maggiormente punito) per l'osservanza di una norma di legge, pur se incostituzionale, perché prima che sia dichiarata illegittima appare comunque una norma valida ed efficace.
Insomma, come magistralmente affermato da un'importante sentenza della Corte Cost. il principio di legalità delle pene ed il suo corollario dell'irretroattività della norma penale sfavorevole *"... si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della calcolabilità delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale"*, perché *"ognuno dei consociati deve essere posto in grado di adeguarsi liberamente o meno alla legge penale, conoscendo in anticipo – sulla base dell'affidamento nell'ordinamento legale in vigore al momento del fatto – quali conseguenze afflittive potranno scaturire dalla propria decisione (...)"*, mentre *"la circostanza che una determinata norma, di rilievo penalistico, sia contraria a Costituzione, non può comunque comportare – come conseguenze della sua rimozione da parte della Corte – l'assoggettamento a pena, o a pena più severa, di un fatto che all'epoca della sua commissione risultava, in base alla norma rimossa, penalmente lecito o soggetto a pena più mite: derivandone per tale aspetto, un limite al principio della privazione di efficacia della norma dichiarata costituzionalmente illegittima, enunciato dall'art. 136, primo comma, Cost. e dall'art.*

30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (...)" (sentenza n. 394 del 2006, punto 6.4. del considerando in diritto).
Pertanto nei processi in corso si potrà certamente applicare il limite minimo della pena detentiva di 6 anni di reclusione per i reati aventi ad oggetto le c.d. droghe pesanti, commessi sotto la vigenza della norma incostituzionale, ma che non si tratti di una vera e propria successione di leggi nel tempo è dimostrato dalla diversa disciplina dei fatti c.d. pregressi, per i quali, come si è visto, trova invece applicazione il più rigoroso limite edittale minimo di anni 8 di reclusione, previsto dalla norma più sfavorevole, vigente al momento del fatto ed oggetto di riviviscenza a seguito della dichiarazione di incostituzionale della legge Fini-Giovanardi, che l'aveva abrogata. Infatti, se si trattasse di una vera e propria successione di leggi nel tempo andrebbe certamente applicato il principio della *lex mitior* intermedia, a norma dell'art. 2, comma 4 c.p.
Chiarita definitivamente la differenza tra successione di leggi penali nel tempo e dichiarazione di incostituzionalità di norma penale, va rimarcato come l'elemento di distinzione rappresentato dal fatto che nel primo caso si succedono nel tempo norme valide, in ragione di una diversa valutazione di opportunità politica compiuta dal legislatore nel fisiologico esercizio della propria discrezionalità politica, mentre nel secondo caso viene accertata l'illegittimità originaria della norma per contrasto con la Costituzione a seguito di un patologico esercizio del potere legislativo, evidenzia in questo secondo caso una più pregnante esigenza di tutela, perché non si tratta semplicemente di impedire l'applicazione di una norma superata da una diversa e più favorevole valutazione di opportunità politica, ma di una norma addirittura illegittima perché contrastante con la Costituzione che, in quanto tale, viola diritti fondamentali.
Questo rilievo chiarisce in via definitiva il rapporto con l'art. 2 c.p., nel senso che il sistema di garanzie previsto per il caso di successione di leggi penali nel tempo può essere assunto come livello minimo di tutela che, a fortiori, deve valere anche per il diverso caso di dichiarazione di incostituzionalità, ma, per contro, l'impossibilità di un'applicazione diretta o anche solo analogica dell'art. 2 c.p. esclude che siano invece applicabili i limiti alle garanzie previste. Pertanto non può essere applicato il limite del giudicato previsto dall'art. 2, comma 4 c.p., perché nulla esclude che le ragioni di maggiore tutela presupposte da una dichiarazione di incostituzionalità impongano di superare quel limite espressamente previsto per il solo e diverso caso di successione di leggi nel tempo, restando impregiudicata la possibilità che quel limite possa operare a diverso titolo, ossia alla stregua dei principi in materia di dichiarazione di incostituzionalità, in particolare, quale "*rapporto esaurito*", ma resta fermo il fatto che la previsione del comma 4 dell'art. 2 c.p. non è a tal fine pertinente.
Non vale a incrinare la coerenza del discorso il rilievo che è la stessa legge ad assimilare successione di leggi penali nel tempo e dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice, in caso di *abolitio criminis*, imponendo sempre la revoca del giudicato di condanna, perché in tal caso il rimedio predisposto è quello massimo ipotizzabile e non vi è modo, pertanto, di valorizzare la diversa intensità delle esigenze di tutele poste dal secondo fenomeno rispetto al primo.

Sciolto il nodo dei rapporti con la successione di leggi nel tempo, vanno altresì chiariti **i limiti dell'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità**, non essendo immaginabile un sistema che risolva i rapporti giuridici all'infinito.

Al riguardo, si suole dire che detta efficacia retroattiva si esplica solo nei confronti dei rapporti suscettibili di formare materia per un giudizio, ossia *"pendenti"*, mentre trova un limite nei c.d. "*rapporti esauriti*", che devono cioè ritenersi definitivamente chiusi sul piano giuridico, in applicazione di istituti generali quali la prescrizione, la decadenza, la rinunzia, la transazione ovvero il giudicato. In tali casi il *"consolidamento"* degli effetti dell'applicazione, a suo tempo, della norma poi dichiarata incostituzionale consegue non a una nuova e vietata applicazione della medesima norma, ma all'interagire degli indicati istituti, fondati in buona sostanza sulla necessità di salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici, per lo più con riferimento allo scorrere del tempo.
Sennonché va subito aggiunto come l'esatta individuazione della linea di confine tra rapporti pendenti e rapporti esauriti costituisca un delicato problema di comune interpretazione delle norme ordinarie dei vari rami del diritto, perché gli istituti generali comunemente citati ad esempio di rapporti esauriti sono diversamente regolati dal diritto civile, amministrativo e penale. Anche questa conclusione è generalmente condivisa in dottrina che sottolinea con forza come questo problema non è risolto dalle norme sugli effetti della sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale (gli artt. 136 Cost., 1 legge cost. n. 1 del 1948 e 30 legge n. 87 del 1953), che si limitano a porre un divieto generale di applicazione della norma illegittima evidentemente nei "giudizi" in cui potrebbe trovare applicazione. E', invece, risolto dalle norme ordinarie che, nei vari rami del diritto, definiscono i limiti, in una certa misura mobili, della possibilità di discussione e ridiscussione, di definizione e ridefinizione giudiziale dei rapporti giuridici, in relazione agli interessi sottostanti che vengono di volta in volta in considerazione.
Pertanto certamente scorretta è la comune qualificazione del giudicato come *"rapporto esaurito"* dedotta da una nozione generale ed astratta di giudicato, valida per ogni situazione e ramo del diritto, che in realtà non esiste in quanto tale, mentre occorre procedere da un attento esame della disciplina positiva del giudicato, in relazione alla concreta situazione che viene di volta in volta in considerazione e agli interessi coinvolti, come si tenterà di fare in seguito. Occorre, in particolare, verificare se, alla stregua della disciplina positiva della condanna penale irrevocabile, con particolare riferimento alla concreta determinazione della pena detentiva da porre in esecuzione, il giudicato possa considerarsi come un *"rapporto esaurito"* ovvero ancora pendente e suscettibile in quanto tale di essere ridiscusso in sede di procedimento di esecuzione.

Se la linea di confine tra rapporti esauriti e rapporti pendenti va individuata non alla stregua degli art. 136 Cost. e 30, commi 3 e 4 legge n. 87 del 1953, ma della concreta disciplina positiva che regola gli istituti generali idonei, nei vari rami del diritto, a consolidare in via definitiva le situazioni giuridiche e, in particolare, del giudicato penale, si può confutare un'autorevole opinione dottrinale che, per escludere l'applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p., nega la sussistenza di una lacuna normativa. Si sostiene, infatti, che mentre il comma 3 del cit. art. 30 prevede la generale efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità, presupponendo in via implicita il limite dei rapporti esauriti e, in particolare, del giudicato anche penale, il successivo comma 4 prevede un'espressa deroga estendendola anche oltre il giudicato di condanna, ma solo nel caso in cui la declaratoria di incostituzionalità ha

comportato una vera e propria *abolitio criminis*, con ciò configurando una sistema di disciplina corrispondente all'art. 2 c.p.
Questa opinione contiene una parte di verità, rappresentata dal significato originario delle norme, nel momento in cui sono state introdotte nell'ordinamento, essendo difficilmente contestabile che nel 1953, quando fu introdotto il cit. art. 30 anche il giudicato penale (e non solo quello civile) fosse considerato quale rapporto esaurito e, in quanto tale, limite generale alla retroattività della declaratoria di incostituzionalità, salva la deroga rappresentata dall'*abolitio criminis*, anche in virtù dell'espressa previsione dell'art. 2, comma 2 c.p. Ed è altresì ragionevole ritenere che quando, nel 1988, fu introdotto l'art. 673 c.p.p., il legislatore intendesse semplicemente fotografare questa situazione allora esistente.
Deve, tuttavia, essere rimarcato non solo che, a differenza di quanto è invece previsto per il caso di successione di leggi penali nel tempo (cfr. art. 2, comma 4 c.p.), il limite del giudicato non è espressamente previsto dal cit. art. 30, comma 3 che si limita a fissare la regola dell'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità, senza in alcun modo disciplinare i relativi limiti che, come si è visto, vanno ricercati altrove e, in particolare per ciò che qui interessa, nella positiva disciplina del giudicato penale.
Da questo punto di vista non si può affatto negare una vera e propria lacuna normativa, da colmare in via interpretativa, perché non esiste una specifica ed espressa norma di legge che individui nel giudicato penale un limite generale all'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità (con effetti favorevoli), sulla falsariga di quanto previsto in tema di successione di leggi penali nel tempo dall'art. 2 c.p. D'altra parte, in assenza di una precisa ed espressa presa di posizione da parte del legislatore, nulla esclude che il significato originario delle norme muti nel tempo e, in particolare, non solo con l'evolversi della coscienza sociale ma soprattutto del contesto normativo nel quale sono inserite. Solo si può convenire che chi intenda sostenere il mutamento di significato normativo abbia l'onere della relativa giustificazione in relazione all'evoluzione dell'ordinamento nel suo complesso, non essendo sufficiente il richiamo al mero tenore letterale di disposizioni di legge, come l'art. 30, commi 3 e 4 legge n. 87 del 1953 nate in un diverso contesto e per di più, come si è visto, non aventi direttamente ad oggetto la disciplina dei limiti generali dell'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità.
Così impostato il problema, emerge in tutta evidenza come centrale sia la qualificazione del giudicato penale di condanna quale rapporto esaurito ovvero pendente, con specifico riferimento alla concreta determinazione della pena da porre in esecuzione ed alla stregua non di astratte teorizzazioni, spesso prive di contatti con la realtà normativa e legate al passato, ma della disciplina positiva oggi prevista.
Prima di affrontare questo problema è però a questo punto opportuno procedere all'analisi dei precedenti giurisprudenziali di casi analoghi a quello quì in esame.

3. L'analisi critica dei precedenti: a) l'incostituzionalità degli artt. 61 n. 11-*bis* e 69, comma 4 c.p.

In effetti il tema dei rapporti tra giudicato e dichiarazione di incostituzionalità, con effetti favorevoli, ma senza abolizione del reato, ha avuto recentemente nuovo impulso da alcune importanti pronunzie di incostituzionalità di norme, per lo più

relative alla disciplina degli elementi circostanziali e da una "innovativa" interpretazione della giurisprudenza di legittimità incline a consentire la modifica del giudicato, così superando l'avversa interpretazione negativa, che potremo definire "tradizionale".

I casi in questione sono i seguenti:

1. con sentenza n. 249 del 2010 è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 61 n. 11-*bis* c.p. (aggiunto dall'art. 1 del d.l. n,. 92 del 2008) che prevedeva l'aggravante comune della c.d. clandestinità.
2. Con sentenza n. 68 del 2012 è stato dichiarato incostituzionale l'art. 630 c.p. nella parte in cui, nel determinare la pena per il sequestro di persona a scopo di estorsione, non prevede la circostanza attenuante del fatto di lieve entità, prevista dall'art. 311 c.p. anche per il sequestro di persona a scopo eversivo o di terrorismo, previsto dall'art. 289-*bis* c.p.
3. Con sentenza n. 215 del 2012 è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 69, comma 4 c.p. nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità, prevista dall'art. 73, comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4 c.p. In modo del tutto analogo il medesimo art. 69, comma 4 c.p. è stato dichiarato illegittimo in rapporto alle circostanze attenuanti del fatto di particolare tenuità e dei casi di minore gravità, previste rispettivamente in tema di ricettazione (cfr. art. 648 cpv. c.p.) e di violenza sessuale (cfr. 609-*bis* u.c. c.p.), dalle sentenze n. 105 e 106 del 2014.
4. Vengono infine in rilievo le sentenze pronunziate in riferimento al c.d. "caso Scoppola" ed ai casi ad esso analoghi, ossia i casi nei quali sia stato illegittimamente applicata, in violazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, la pena dell'ergastolo in luogo della pena di 30 anni, secondo quanto affermato con sentenza della Grande Camera della Corte EDU 17 settembre 2009 nella causa Scoppola c. Italia.

Tutti questi casi, rispetto al problema qui in esame, presentano un nucleo comune, rappresentato dal fatto che la concreta determinazione della pena è stata pesantemente condizionata da una disciplina incostituzionale, che sembra implicare una soluzione unitaria, ma anche significativi tratti distintivi, relativi in particolare al tipo di norma dichiarata incostituzionale e alle ragioni della relativa illegittimità ovvero, soprattutto, alla necessita o meno di procedere ad un nuovo accertamento del fatto per consentire l'applicazione della diversa disciplina che ha preso il posto della norma dichiarata incostituzionali i quali, invece, potrebbero comportare soluzioni differenziate, soprattutto in considerazione dell'attuale configurazione del procedimento di esecuzione e del connesso ambito dei poteri di accertamento.

Venendo **all'esame dei precedenti**, quanto al **primo caso** va anzitutto citata un'innovativa ordinanza del Tribunale di Milano (26.01.2011 in www.penalecontemporaneo.it), che ha affermato l'applicazione *"estensiva"* (*rectius* analogica) dell'art. 673 c.p.p., in relazione all'art. 30, comma 4, legge n. 87 del 1953, giustificandola con l'evoluzione dell'ordinamento e, in particolare, con la nuova previsione di cui al comma 3 dell'art. 2 c.p. e coi principi costituzionali di parità di trattamento (art. 3 Cost.) e della funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 3 Cost.), secondo uno schema motivazionale molto simile a quello qui accolto.

L'ordinanza si conclude col rilievo che l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p. *"non incide, stravolgendoli sui (limitati) poteri attribuiti al giudice dell'esecuzione, perché si tratta semplicemente di eliminare il* quantum *di pena inflitto a titolo di aumento"* per l'aggravante dichiarata incostituzionale, finendo con l'ammettere una revoca parziale del giudicato.

La giurisprudenza di legittimità dal canto suo, pur confermando in via maggioritaria la possibilità di rideterminare la pena nella fase esecutiva, ha seguito un diverso percorso argomentativo, che esclude l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p., per la ritenuta natura di norma eccezionale e, come tale, insuscettibile di applicazione analogica, ed applica invece direttamente l'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953, sfruttando il tenore letterale che, diversamente dall'art. 673 c.p.p., non fa espresso riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice, ma più genericamente della norma in applicazione della quale *"è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna"*. La conclusione è che il giudice dell'esecuzione non debba procedere ad alcuna revoca parziale del giudicato di condanna ma, più semplicemente, limitarsi ad individuare la porzione di pena che, essendo riferibile all'aggravante illegittima, non risulta "eseguibile", perché *"gli artt. 136 Cost. e 30, commi 3 e 4, legge n. 878 del 1953, ostano all'esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata costituzionalmente illegittima"* (cfr. Cass., 27.10.2011, n. 977, rv. 252062).

La soluzione indicata, giustificata anche in riferimento ai principi costituzionali di parità di trattamento (art. 3 Cost.), di legalità delle pene (art. 25, comma 2 Cost.) e della funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 3 Cost.), lascia tuttavia irrisolto il problema dell'individuazione dello specifico strumento processuale attraverso il quale conseguire il risultato proposto perché, una volta esclusa l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p. ed in assenza di un esplicito ancoraggio ad altre specifiche norme, sembra attribuire un potere atipico al giudice dell'esecuzione dagli incerti confini e fondamenti normativi.

Ad ogni modo si tratta di soluzione che è nettamente prevalsa nella giurisprudenza della Suprema Corte (cfr. Cass., 24 febbraio 2012 n. 19361, rv. 253338; Cass., 27 marzo 2012, n. 23758, non massimata; Cass., 25 maggio 2012, n. 26899, rv. 253084; Cass., 12 giugno 2012, n. 40464, non massimata; analogamente per la soluzione secondo la quale la dichiarazione di incostituzionalità determina l'annullamento della sentenza oggetto di ricorso per cassazione, limitatamente al relativo aumento di pena, pur in assenza di motivi specifici di impugnazione, cfr. Cass., 11 febbraio 2011, n. 8720, rv. 249816; Cass., 17.11.2010, n. 40836, rv. 248533 in *Cass. pen.*, 2011, 4, 1348; Cass., 21.05.2012, n. 41834, rv. 257192 e Cass., 16 gennaio 2013, n. 21982, rv. 255674).

Del tutto isolata è rimasta, infatti, una pronunzia che ha invece escluso in modo netto qualsiasi possibilità di incidere sul giudicato, considerato *"limite invalicabile all'applicazione retroattiva della pronuncia della illegittimità costituzionale di una norma"* (cfr. Cass., 19 gennaio 2012, n. 27640, rv. 253384; per la verità in senso adesivo cfr., anche, Cass., 21 giugno 2012, n. 29755, non massimata che ha rimesso alle Sezioni Unite il contrasto interpretativo, ma il ricorso è stato restituito alla prima sezione dal Primo Presidente e poi nel merito deciso da Cass. 20 dicembre 2012, n. 49544 con una dichiarazione di inammissibilità per aver il condannato già interamente espiato la pena), con argomenti che verranno poi ripresi da Cass. 20.11.2013, n. 4725

(scritta dal medesimo relatore e sulla quale v. infra), pronunziata in merito all'incostituzionalità dell'art. 69, comma 4 c.p.

Riguardo al **secondo caso,** con sentenza 23 aprile 2013, n. 28468 (rv. 256118) la Suprema Corte, pur aderendo al prevalente indirizzo interpretativo sopra esposto, espressamente ammettendo che *"il giudice dell'esecuzione ha (...), in astratto, il potere di adeguare la pena alla legittimità del sistema normativo vigente"*, ha tuttavia escluso, in concreto, questa possibilità in riferimento ad una condanna per sequestro di persona a scopo estorsivo ad una pena che è stata condizionata dal mancato riconoscimento dell'attenuante del fatto di lieve entità, illegittimamente non prevista al momento della pronuncia e ciò perché detto riconoscimento richiederebbe *"un esame discrezionale che non può essere svolto proprio per lo sbarramento costituito dalla irrevocabilità della sentenza. La rigidità del giudicato impedisce di rimettere in discussione la fattualità cristalizzata dal titolo in esecuzione, non consentendo un'incursione nel merito di causa che non sia* tout court *apprezzabile dalla lettura della decisione e non richieda, a cascata, ulteriori apprezzamenti discrezionali"*. Ulteriore ostacolo è poi ravvisato anche nell'ulteriore valutazione di discrezionalità relativa all'entità della diminuente che pure implica *"una disanima approfondita della specifica vicenda (...), richiedendo una nuova valutazione del comportamento del soggetto e l'apprezzamento di tutte le circostanze di fatto che hanno accompagnato la vicenda, apprezzamento che non è pensabile né ammissibile che possa essere operata dal giudice dell'esecuzione neppure incidentalmente".*
Insomma, è la limitatezza dei poteri di accertamento del giudice dell'esecuzione, riguardo sia al concreto accertamento del fatto (dal quale dipende il riconoscimento dell'attenuante invocata) sia alla valutazione complessiva del comportamento del condannato nella specifica vicenda (dal quale dipende la concreta entità della diminuzione della pena in conseguenza del riconoscimento dell'attenuante), in rapporto all'accertamento e alle valutazioni compiute dal giudice della cognizione, a precludere nella specie la modifica del giudicato. Il precedente indicato è importante perché evidenzia come il circoscritto ambito dei poteri di accertamento del giudice dell'esecuzione può condizionare, in senso delimitativo, il potere di modificare il giudicato, pur riconosciuto in via astratta e generale, anche se, come si avrà modo meglio di chiarire in seguito, non sono del tutto condivisibili ricorrenti rigidità in merito di talune prese di posizione da parte della giurisprudenza di legittimità.

Riguardo **al terzo caso,** relativo all'incostituzionalità dell'art. 69, comma 4 c.p. unico precedente noto è costituito da Cass., 20 novembre 2013, n. 4725 che ha devoluto alle Sezioni Unite la questione di diritto se la dichiarazione della illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice comporti, ovvero no, la rideterminazione della pena *in executivis*, così vincendo la preclusione del giudicato. L'ordinanza si spende per motivare la soluzione negativa riprendendo tutti gli argomenti già utilizzati dalla citata sentenza n. 27640 del 2012 e, in particolare, il rilievo secondo il quale con la pronunzia della sentenza irrevocabile di condanna *"si esaurisce l'applicazione di ogni norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio, laddove l'esecuzione della pena trova esclusivamente titolo nel relativo provvedimento di irrogazione della sanzione, il quale, in virtù*

dell'efficacia preclusiva del giudicato, è affatto insensibile a ogni questione circa la applicazione della norma definitivamente operata dal giudice".
L'interpretazione "innovativa" dell'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953 viene confutata con tre fondamentali argomenti.
In primo luogo, si richiama la *"contraria giurisprudenza di tutta la giurisprudenza di legittimità, assolutamente univoca e uniformemente consolidatasi nell'arco di cinquant'anni"*, secondo la quale la norma richiamata si riferisce alla dichiarazione di incostituzionalità delle sole norme incriminatrici, con effetti abolitivi del reato (si tratta di giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del precedente codice di procedura penale: cfr., in particolare, Cass., 25 gennaio 1968, n. 296, rv. 106904; Cass., 26 luglio 1978, n. 11562, rv. 140030 e Cass., 01 luglio 1983, n. 1375, rv. 160030; l'unico precedente citato successivo all'introduzione dell'attuale codice di procedura, Cass., 25.01.1995, n. 3577, rv. 200707, è relativo al diverso problema dell'incidenza della dichiarazione di incostituzionalità nei processi in corso e non ancora definiti con sentenza passata in giudicato; vengono poi richiamate ulteriori sentenze non propriamente pertinenti, perché hanno fatto applicazione del principio *tempus regit actum* in riferimento a casi di incostituzionalità di norme processuali).
In secondo luogo, si sottolinea come l'effetto previsto della cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali della sentenza irrevocabile di condanna, conferma, anche sul piano strettamente letterale, la medesima interpretazione.
In terzo luogo, si afferma l'inedita tesi dell'intervenuta implicita abrogazione dell'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953 per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 673 c.p.p., *"essendo la relativa disciplina ormai completamente assorbita in quella della norma codicistica (...) "*.
L'ordinanza poi affronta gli ulteriori precedenti nel frattempo intervenuti, affermando, in particolare, che *"la questione non sembra risolta neppure alla stregua della recentissima sentenza della Corte Costituzionale n. 210 del 2013",* (pronunziata in riferimento ai casi analoghi al caso Scoppola, su cui cfr. *infra*), perché la sua *ratio "risiede nel rilievo della lesione della norma convenzionale (consumata nella fase del giudizio di cognizione), in relazione all'art. 117, della Costituzione, e nella conseguente cogenza della conformazione al vincolo derivante dagli obblighi internazionali, sicché il valore del giudicato risulta recessivo"*. Infine, l'ordinanza argomenta dal fatto che il principio della *lex mitior* è stato affermato dalla Corte Edu con espresso riconoscimento del limite del giudicato, per desumere l'intangibilità del giudicato anche con riferimento al diverso caso della dichiarazione di incostituzionalità.

Prima di affrontare i precedenti del quarto caso, che in effetti presentano tratti peculiari, vanno sin d'ora evidenziati alcuni **rilievi critici** agli argomenti appena esposti riguardo all'interpretazione dell'art. 30 legge n. 87 del 1953, i quali hanno certamente il merito di evidenziare un punto debole della giurisprudenza prevalente consolidatisi in tema di incostituzionalità dell'art. 61 n. 11-*bis* c.p., rappresentato dal fatto di non aver sino in fondo giustificato quella che è, a tutti gli effetti, un'interpretazione innovativa dell'art. 30, commi 3 e 4 legge n. 87 del 1953 che, come tale, non può essere giustificata solo sulla base del tenore letterale delle disposizioni di legge. In particolare, non basta rilevare come il comma 3 non individui in via espressa il giudicato come limite generale dell'efficacia retroattiva della declaratoria di

incostituzionalità e come il comma 4 del medesimo articolo non faccia riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice ma, più genericamente, della norma in applicazione della quale *"è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna",* per sostenere che il giudicato possa essere sempre superato, se è dimostrato come, da un lato, l'originario contesto normativo di riferimento rendesse implicito il limite generale del giudicato e, dall'altro, evidente come la deroga fosse limitata al caso di *abolitio criminis*, come del resto avvalorato, anche sul piano strettamente letterale, dall'ultima parte della norma, come si è visto direttamente mutuata dall'art. 2, comma 2 c.p. Occorre, invece, dimostrare come la diversa interpretazione sia imposta dall'evolversi dell'ordinamento nel corso del tempo.

Va però osservato che, una volta fornita questa dimostrazione, perde di qualsiasi valore la risalente giurisprudenza citata che seguiva l'interpretazione tradizionale, semplicemente perché non più attuale ed ormai superata.

Da questo punto di vista, come già felicemente intuito dal Tribunale di Milano nel precedente sopra citato, assume notevole importanza la previsione, introdotta con legge n. 85 del 2006, dell'art. 2, comma 3 c.p. secondo la quale *"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 c.p.".* La norma, in tutta evidenza, impone la modifica del giudicato in caso di modifiche normative favorevoli incidenti esclusivamente sul trattamento punitivo, mediante sostituzione della previsione della pena detentiva con la pena pecuniaria, senza alcun effetto abolitivo del reato.

Se quanto si è detto nel precedente paragrafo sui rapporti tra le discipline della successione di leggi nel tempo e della dichiarazione di incostituzionalità di norme è corretto, nel senso che il sistema di garanzie previsto nel primo caso deve considerarsi come livello minimo di tutela che, a fortiori, deve valere anche per il secondo, si deve concludere che anche in questo secondo caso l'effetto di applicazione di una pena esclusivamente pecuniaria in luogo di una pena detentiva, originariamente prevista dalla norma dichiarata incostituzionale, implica necessariamente la possibilità di modificare il giudicato.

D'altra parte, per la differenza dei fenomeni a raffronto e per l'impossibilità di estendere, in particolare, i limiti alle garanzie previste dall'art. 2 c.p. alla dichiarazione di incostituzionalità, che presenta esigenze di tutela ben più pregnanti, si deve senz'altro escludere un'applicazione, anche solo analogica, dell'art. 2, comma 3 c.p., e si deve invece pervenire alla conclusione della sostituzione della pena detentiva inflitta nella sentenza irrevocabile con la pena pecuniaria prevista dalla norma che, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità, sia ritenuta idonea a disciplinare il reato oggetto della sentenza (si pensi al caso di una norma incriminatrice speciale, che preveda una pena detentiva, rispetto ad altra più generale che prevede una pena pecuniaria e che, a seguito della declaratoria di incostituzionalità della prima, sia chiamata a regolare i fatti in precedenza riconducibili alla prima). La disciplina applicabile è, pertanto, ben diversa da quella dell'art. 2, comma 3 c.p. che, come si è visto, prevede semplicemente che la pena detentiva si converta in pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 135 c.p., con ciò mantenendo una limitata rilevanza alla norma originaria sostituita e al giudicato formatosi in sua applicazione (la diversità tra le due situazione emerge, *ictu oculi* con riferimento al reato di vilipendio alla bandiera,

previsto dall'art. 292 c.p. la cui originaria pena da 1 a 3 anni di reclusione è stata sostituita con la pena da € 1.000,00 ad € 5.000,00 di multa con la stessa legge n. 85 del 2006 che ha introdotto l'art. 2, comma 3 c.p., perché la pena originaria minima della reclusione di 1 anno dovrà essere convertita, in caso di precedente condanna irrevocabile, con la pena di € 91.250 di multa, applicando l'attuale criterio di ragguaglio di cui all'art. 135 c.p.). Infatti, applicare una disciplina corrispondente all'art. 2, comma 3 c.p. al caso di dichiarazione di incostituzionalità comporterebbe un'applicazione, per quanto indiretta e parziale, ossia ai limitati fini della determinazione della pena pecuniaria da sostituire a quella detentiva prevista in sentenza, della norma dichiarata incostituzionale, in palese contrasto con gli artt. 136 Cost. e 30, comma 3 legge n. 87 del 1953 che fanno, invece, espresso divieto di qualsiasi applicazione della norma dichiarata incostituzionale. Anche per questo motivo l'art. 2, comma 3 c.p. non può essere chiamato, neppure in via analogica, a regolare il caso ipotizzato. Viceversa, la soluzione proposta non può che essere fondata sull'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953, il cui tenore letterale non preclude questa possibilità, non essendo direttamente riferito al caso di dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice, con effetti abolitivi del reato.

In questo modo si è pertanto dimostrato che l'evoluzione dell'ordinamento e, in particolare, la nuova previsione di cui all'art. 2, comma 3 c.p., impone il superamento dell'interpretazione tradizionale del citato art. 30, comma 4, almeno nel caso in cui la dichiarazione di incostituzionalità imponga l'applicazione di una pena esclusivamente pecuniaria in luogo di una pena detentiva. L'interpretazione tradizionale implicherebbe, per questo caso, un sicuro vizio di costituzionalità, per violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., fondato sul termine di paragone rappresentato dall'art. 2, comma 3 c.p. che però può essere agevolmente scongiurato attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme del medesimo art. 30, proprio perché, da un lato, il tenore letterale del comma 3 non menziona in via espressa il limite del giudicato e, dall'altro, il tenore letterale del comma 4 non fa strettamente riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità delle sole norme incriminatrici.

Certamente errato è poi l'argomento della pretesa abrogazione dell'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953 ad opera dell'art. 673 c.p.p., perché, come non ha mancato subito di notare autorevole dottrina, presupposto indefettibile dell'abrogazione tacita è il rapporto di contraddizione o incompatibilità tra le due norme in successione nel tempo, che non può ritenersi sussistente nel caso in esame. L'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953 e l'art. 673 c.p.p., invero, disciplinano il medesimo fenomeno in modo sostanzialmente complementare sul piano sostanziale e processuale, dovendosi in particolare escludere che l'art. 673 c.p.p. sia stato introdotto nell'ordinamento con la funzione di circoscrivere e limitare la disciplina della successione di leggi penali nel tempo e della dichiarazione di incostituzionalità di norme, dettata rispettivamente dall'art. 2, comma 2 c.p. e dall'art. 30, commi 3 e 4 legge n. 87 del 1953. Se mai è vero il contrario nel senso che si è previsto uno strumento di tutela più incisivo (revoca del giudicato) di quello originariamente previsto sul piano sostanziale (cessazione dell'esecuzione e di ogni altro effetto penale). D'altra parte non risulta che sia mai stata avanzata la tesi dell'abrogazione tacita dell'art. 2, comma 2 c.p. ad opera dell'art. 673 c.p.p., come invece si dovrebbe concludere ad accogliere la tesi criticata,

perché il rapporto tra le norme indicate è identico rispetto al rapporto con l'art. 30, comma 4 cit.
Al termine di queste annotazioni critiche va sottolineato un vizio di impostazione nelle ricostruzioni esaminate, perché si pretende di individuare i limiti all'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità nelle relative norme di giustizia costituzionale e, dunque, nell'art. 30, commi 3 e 4 legge n. 87 del 1953, quando invece vanno più propriamente ricercati nella disciplina dei vari istituti generali che definiscono le situazioni c.d. esaurite, secondo le norme positive che li regolano nei vari rami del diritto. Da questo punto di vista, come si avrà modo di argomentare in seguito, l'interpretazione tradizionale dell'art. 30, commi 3 e 4 cit. risulta in realtà superata in via generale dall'evoluzione del giudicato penale nel corso del tempo, per effetto di leggi speciali intervenute dopo il 1953 e del nuovo codice di procedura penale.

5. (segue): b) il caso Scoppola ed i casi analoghi. I precedenti di merito specifici.

Infine, restano da esaminare i precedenti relativi al c.d. **caso Scoppola ed ai casi analoghi**, i quali presentato dei caratteri peculiari che li rendono, da un lato, assai più complessi, per l'interagire di principi costituzionali e convenzionali in un complesso intreccio spesso inestricabile, nonché dell'obbligo di uniformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo a norma dell'art. 46 CEDU e, dall'altro, assai più semplici perché in tali casi si tratta di sostituire la pena massima prevista da una normativa erroneamente applicata, ossia l'ergastolo senza isolamento diurno, con la pena massima prevista dalla normativa che avrebbe dovuto essere applicata, ossia la pena di anni 30 di reclusione. Insomma, in questi casi la modifica del giudicato è "fissa" e non presuppone alcun tipo di valutazione discrezionale da parte del giudice dell'esecuzione che, invece, è ineludibile quando si ritengano applicabili diversi limiti edittali di pena rispetto a quelli applicati in sede di cognizione.

Per comprendere l'esatta portata di questi precedenti occorre necessariamente ripercorre gli **antefatti normativi e giurisprudenziali**.
Come è noto la legge n. 479 del 1999, entrata in vigore il 2 gennaio 2000, ha introdotto la possibilità per l'imputato di chiedere il rito abbreviato anche per i reati per i quali sia prevista la pena dell'ergastolo (prima preclusa per effetto della sentenza n. 176 del 1991 della Corte Costituzionale che ha dichiarato incostituzionale, per eccesso di delega, l'originario art. 442, comma 2 c.p.p.), prevedendo che *"alla pena dell'ergastolo è sostituita quella di anni trenta"* (cfr. art. 442, comma 2 come modificato dalla predetta legge). Il decreto legge n. 341 del 2000 (convertito con legge n. 4 de 2001), entrato in vigore il 24 novembre 2000, al dichiarato fine di proporre un'interpretazione autentica di questa disciplina ha stabilito (art. 7) che *"nell'art. 442, comma 2 (...) l'espressione "*pena dell'ergastolo" *deve intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno"*, aggiungendo poi l'ulteriore previsione secondo la quale, in caso di rito abbreviato, *"alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo"*. Il citato decreto legge prevedeva poi una norma transitoria (art. 8) secondo la quale nei casi in cui è applicabile la pena dell'ergastolo con isolamento diurno e sia stata formulata richiesta di giudizio abbreviato, l'imputato poteva revocare la richiesta.

In applicazione di questa complessa normativa la giurisprudenza di merito e di legittimità si era orientata nel ritenere che a coloro i quali avessero chiesto il rito abbreviato dal 2 gennaio 2000 al 24 novembre 2000 per imputazioni punite con la pena massima dell'ergastolo con isolamento diurno dovesse essere applicata la pena massima dell'ergastolo senza isolamento diurno e non quella di 30 anni di reclusione prevista dall'art. 442, comma 2 c.p.p. nella formulazione vigente al momento della richiesta del rito speciale. Questa conclusione era motivata sulla pretesa natura processuale dell'art. 442 c.p.p., sottoposto, come tale, al principio *tempus regit actum,* e sulla natura di interpretazione autentica dell'art. 7 del decreto legge n. 341 del 2000, che doveva pertanto trovare applicazione retroattiva, come confermato dalla norma transitoria sopra indicata che aveva la funzione di offrire una tutela alternativa al legittimo affidamento dell'imputato di evitare l'ergastolo nel momento in cui aveva avanzato la richiesta di rito abbreviato.

La Corte EDU, con **sentenza pronunciata dalla Grande Camera il 17 settembre 2009 *Scoppola c. Italia*** ha stabilito che questa conclusione viola il diritto ad un processo equo ed il principio di legalità della pena previsti rispettivamente dagli artt. 6 (con voto unanime) e 7 della CEDU (con voto a maggioranza, 11 contro 6).
In Particolare la Grande Camera, innovando rispetto alla sua precedente giurisprudenza, afferma che *l'art. 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa"*, con la conseguenza che *"se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato"* (§ 109 della motivazione). Poiché l'art. 442, comma 2 c.p.p. è*"una disposizione di diritto penale materiale riguardante la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato",* non può ritenersi norma processuale sottoposta al principio *tempus regit actum,* ma ricade *"nel campo di applicazione"* dell'art. 7 CEDU (§ 113 della motivazione). D'altra parte va esclusa la natura di interpretazione autentica dell'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000, perché in realtà introduce una nuova pena applicabile nell'ambito del giudizio abbreviato in quanto l'art. 442, comma 2 c.p.p. *"non presentava alcuna ambiguità particolare; esso indicava chiaramente che la pena dell'ergastolo era sostituita da quella della reclusione di anni trenta, e non faceva distinzioni tra la condanna all'ergastolo con o senza isolamento diurno"*, con la conseguenza che *al ricorrente è stata inflitta una pena più severa di quella prevista dalla legge che, tra le leggi entrate in vigore nel periodo compreso tra la perpetrazione del reato e la pronuncia della sentenza definitiva, gli era più favorevole*" (§ 118 e 119 della motivazione).
Viceversa la violazione dell'art. 6 CEDU è argomentata sul fatto che con la richiesta di rito abbreviato il ricorrente aveva rinunziato alle garanzie proprie del giudizio dibattimentale *"in cambio di un certo numero di vantaggi, tra i quali vi era il fatto di non infliggere la pena dell'ergastolo"*, tanto che in base al quadro legale in vigore al momento della richiesta del rito speciale *"poteva legittimamente aspettarsi che, grazie alla sua scelta processuale, la pena massima che sarebbe stata pronunciata era quella della reclusione per una durata non superiore ad anni trenta".* La violazione di questa legittima aspettativa deriva dal fatto che *"il cambiamento delle*

norme di fissazione della pena (...) è stato applicato non solo ai nuovi richiedenti la procedura abbreviata, ma anche alle persone che, come il ricorrente, avevano formulato la domanda di adozione della procedura semplificata prima della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del decreto legge n. 341 del 2000". Infatti,*"è contrario al principio della sicurezza giuridica e della tutela della fiducia legittima delle persone sottoposte a giudizio che uno Stato possa, in maniera unilaterale, ridurre i vantaggi derivanti dalla rinunzia ad alcuni diritti inerenti alla nozione di processo equo"* (§ 137 – 139 della motivazione). Né a compensare la violazione del legittimo affidamento può essere invocata la norma transitoria (art. 8 d.l. n. 341 del 2000) che consentiva di revocare la richiesta di rito abbreviato, perché *"sarebbe eccessivo esigere da un imputato che rinunci ad una procedura semplificata"* ed al connesso beneficio della pena massima di anni 30, in luogo della pena massima dell'ergastolo con isolamento diurno prevista in caso di giudizio dibattimentale (§ 143-144 della motivazione).
Con riferimento all'obbligo degli Stati di conformarsi alle sentenze della Corte Edu, di cui all'art. 46 della Convenzione, la Grande Camera evidenzia come la violazione riscontrata agli artt. 6 e 7 della Convenzione sia riferibile *"all'applicazione retroattiva, a svantaggio del ricorrente, delle disposizioni del decreto legge n. 341 del 2000"*, che ha comportato l'applicazione di *"una pena (l'ergastolo) più severa della pena massima nella quale incorreva nel momento in cui ha chiesto ed ottenuto di essere giudicato secondo il rito abbreviato (trenta anni di reclusione)"*, espressamente affermando che è *"lo Stato convenuto a dover assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente sia sostituita con una pena conforme ai principi enunciati nella presente sentenza, ossia una pena non superiore a quella della reclusione di anni trenta"* (§ 153-154 della motivazione).

Alla luce di queste chiare indicazioni ed in adempimento dell'obbligo di cui all'art. 46 della CEDU, il caso Scoppola è stato definitivamente risolto con sentenza della Corte di **Cassazione 11 febbraio 2010, n. 16507** (rv. 247244) che ha sostituito la pena dell'ergastolo con la pena di anni trenta di reclusione, a seguito di ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, a norma dell'art. 625-*bis* c.p.p. Riguardo alla scelta dello strumento processuale, oggetto di vivace critica in dottrina, la Corte in motivazione ha precisato come sia *"pienamente conforme alla normativa vigente"* affidare al giudice dell'esecuzione il compito di sostituire la pena, ma che *"in ossequio al principio dell'economia dei mezzi processuali e allo speculare principio costituzionale della ragionevole durata del processo, si possa evitare questa ulteriore fase, a fronte dell'estrema chiarezza della sentenza della Corte di Strasburgo e dell'esigenza di dare immediato riconoscimento all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni europee"*. Dunque, la Corte riconosce espressamente che il rimedio tecnicamente più consono fosse il procedimento di esecuzione, ma decide di procedere comunque a norma dell'art. 625-*bis* c.p.p. visto l'esito scontato e per esigenze di efficienza processuale. In questa sede è comunque interessante sottolineare le modalità attraverso le quali la Corte ha operato, con la *"revoca"* della sentenza di legittimità che ha formato il giudicato e l'annullamento della sentenza di merito che in concreto aveva applicato l'ergastolo *"limitatamente al trattamento sanzionatorio (...) che determina in anni trenta di reclusione"*.

Risolto il caso Scoppola, si è immediatamente aperto il problema dei **c.d. casi analoghi** ossia di coloro i quali, come Scoppola, imputati per reati per i quali fosse prevista la pena massima dell'ergastolo con isolamento diurno, avevano richiesto il rito abbreviato dal 2 gennaio al 23 novembre 2000, ossia durante il periodo nel quale l'art. 442, comma 2 c.p.p. prevedeva che, in caso di rito abbreviato, l'ergastolo (con o senza isolamento diurno) fosse sostituito con la pena della reclusione di anni trenta e fossero stati, invece, condannati alla pena dell'ergastolo, senza isolamento diurno per effetto dell'applicazione (retroattiva) delle disposizioni introdotte col decreto legge n. 341 del 2000 e, dunque, in aperta violazione del principio di legalità di cui all'art. 7 della CEDU, così come affermato dalla sentenza della Grande Camera della Corte EDU sopra ampiamente citata. Il problema si è posto perché tutti questi condannati non avevano esperito, come invece aveva fatto Scoppola, ricorso davanti alla Corte EDU nel termine di 6 mesi dalla decisione interna definitiva, a norma dell'art. 35 della Convenzione e non potevano pertanto vantare una sentenza favorevole della Corte di Strasburgo che imponesse, a norma dell'art. 46 della Convenzione, la rivisitazione del giudicato. In effetti, le prime decisioni di merito furono negative proprio sulla base di questo dato, ossia perché *"i rimedi attivabili nell'ordinamento interno al fine di conformarsi al* decisum *della Corte europea dei diritti dell'uomo superando l'efficacia del giudicato presuppongono che vi sia una sentenza con cui la Corte di Strasburgo abbia accertato la non equità dello specifico processo conclusosi con la pronuncia interna divenuta irrevocabile"*; soluzione ritenuta confermata dal metodo casistico col quale procede la Corte di Strasburgo (cfr. Corte di Appello di Caltanissetta, 18.11.2011, in www.penalecontemporaneo.it).
Sennonché l'orientamento nettamente prevalente, accolto nella giurisprudenza di legittimità, è in senso opposto, talvolta con la precisazione che lo strumento processuale a tal fine utilizzabile sarebbe costituito dall'art. 670 c.p.p. (Cass., 10.01.2012, n. 25227, rv. 253093; Cass., 10.01.2014, n. 40085, rv. 258272 e, sia pure in casi in cui il ricorso è stato rigettato perché il rito abbreviato era stato chiesto dopo il periodo indicato ovvero in quel periodo ma in una fase di impugnazione e, pertanto, con richiesta inammissibile per intervenuta decadenza Cass., 02.12.2011, n. 8689, n. 252211; Cass., 11.01.2012, n. 5134, rv. 251857; Cass., 13.11.2012, n. 48329, rv. 254096; Cass., 17.05.2013, n. 23931, rv. 256257).

La questione è approdata alla fine al vaglio delle **Sezioni Unite** che hanno provveduto, in prima battuta, con due pronunzie.
Con sentenza **19 aprile 2012, n. 34233, rv. 252932 (imp. Giannone)** hanno anzitutto chiarito che la modifica del giudicato non potesse essere invocata da chi avesse proposto domanda di rito abbreviato dopo il 23 novembre 2000, perché in tal caso era ben chiaro all'imputato che la pena massima dell'ergastolo con isolamento diurno sarebbe stata sostituita solo con l'ergastolo senza isolamento diurno, per effetto dell'entrata in vigore del cit. d.l. n. 341 del 2000. Con ciò è escluso alla radice la lesione del *"legittimo affidamento riposto dall'interessato nello svolgimento del giudizio secondo le regole previste"*, ossia una violazione dell'art. 6 della CEDU, come invece era accaduto nel caso Scoppola. Quanto al profilo della retroattività della legge più favorevole di cui all'art. 7 CEDU, così come interpretato nella sentenza Scoppola dalla Corte EDU, le Sezioni Unite hanno accolto la soluzione offerta da

un'acuta dottrina, la quale nel ricercare l'effettiva *ratio decidendi* della sentenza della Corte di Strasburgo, ha osservato come la più favorevole pena massima di anni 30 di reclusione è prevista in relazione ad un preciso evento processuale, rappresentato dalla richiesta di rito abbreviato, con la conseguenza che questa pena deve essere applicata come sanzione condizionata al verificarsi di una fattispecie complessa, composta: a) dalla commissione di un fatto astrattamente punibile con l'ergastolo con isolamento diurno; b) dalla richiesta di rito abbreviato nel periodo di vigenza della disciplina più favorevole (dal 2 gennaio al 23 novembre 2000). Solo nel concorso di entrambe le condizioni essa può logicamente trovare applicazione. Pertanto, qualora la condizione sub b) non sia integrata la regola dell'applicazione della c.d. legge intermedia più favorevole non può operare, perché solo nel caso in cui l'imputato abbia chiesto il rito abbreviato nel periodo indicato *"cristallizza la pena meno severa in quel momento prevista, attribuendole efficacia retroattiva rispetto alla consumazione del fatto-reato e ultrattiva rispetto al suo superamento ad opera della legge successiva più rigorosa".* In effetti la soluzione proposta appare coerente col rilievo che in tali casi non vi è alcuna applicazione retroattiva della disciplina più rigorosa prevista dal d.l. n. 341 del 2000 con riferimento alla richiesta di abbreviato, elemento questo valorizzato dalla stessa Corte di Strasburgo laddove ha espressamente stabilito l'obbligo dello Stato di sostituire la pena dell'ergastolo con la pena di anni 30 di reclusione (cfr. § 153-155).

Più rilevante ai presenti fini è **l'ordinanza 19 aprile 2012, n. 34472, rv. 252933-34 (imp. Ercolano)** delle Sezioni Unite, pronunziata in riferimento ad un caso identico al caso Scoppola, anche con riferimento al tempo della richiesta di rito abbreviato, che ha anzitutto stabilito che le sentenze della Corte EDU che accertano difetti "strutturali" dell'ordinamento dello Stato resistente, dai quali dipendono le violazioni dei diritti fondamentali del ricorrenti, non hanno una valenza limitata al caso concreto deciso ma, in forza dell'interpretazione estensiva dell'art. 46 della CEDU accolta a Strasburgo, impongono allo Stato, in tutte le sue articolazioni anche giurisdizionali, di rimuovere la violazione della Convenzione. Questa prima affermazione consente alle Sezioni Unite di riconoscere alla sentenza *Scoppola "i caratteri sostanziali di una sentenza pilota"* e, pertanto, una portata generale ed un effetto vincolante per tutti i casi identici, con l'obbligo di rimozione della pena illegittima applicata dell'ergastolo senza isolamento diurno con la pena di anni 30 di reclusione, anche a costo di porre in crisi il dogma del giudicato, non essendo tollerabile l'esecuzione di una pena illegittima. Insomma il valore della certezza del giudicato deve ritenersi recessivo rispetto ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persone di origine convenzionale.
Quanto al rimedio processuale, le Sezioni Unite osservano che *"il caso in esame non è dissimile da ogni altra situazione in cui vi sia stata condanna in forza di una legge penale dichiarata* ex post *(...) illegittima o comunque inapplicabile, perché in contrasto con norme di rango superiore alla legge penale medesima".* Dopo aver richiamato *"la crisi irreversibile del giudicato",* riscontrabile nell'art. 2, comma 3 c.p., al quale *"può essere accostasto, in via analogica, il* novum *dettato dalla Corte EDU in tema di legalità della pena: in entrambi i casi è l'esigenza imprescindibile di porre fine agli effetti negativi dell'esecuzione di una pena* contra legem *a prevalere sulla tenuta del giudicato, che deve cedere, anche in* executivis, *alla più lata valenza*

fondativa dello statuto della pena", richiamano espressamente in senso adesivo la prevalente giurisprudenza in tema di incostituzionalità dell'aggravante della clandestinità (in particolare, Cass. n. 977 del 2011 cit.) che ha riconosciuto al giudice dell'esecuzione il potere di rideterminare la pena.
Sennonché, secondo le Sezioni Unite, questa soluzione è nella specie preclusa dagli artt. 7 e 8 del d.l. n. 341 del 2000, la cui applicazione è espressamente ritenuta *"determinante"* sulla decisione del ricorso (cfr. par. 7, all'inizio).
Con ciò viene espressamente sconfessato ed in modo radicale il più importante argomento sul quale si poggia l'interpretazione "tradizionale" che afferma l'intangibilità del giudicato anche in questi casi, ossia il rilievo che con la pronuncia di condanna irrevocabile "*si esaurisce l'applicazione di ogni norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio, laddove l'esecuzione della pena trova esclusivamente titolo nel giudicato"* (cfr. sentenza n. 27640 del 2012 e ordinanza n. 4724 del 2013 cit.). Al contrario le Sezioni Unite accreditano l'idea che l'esecuzione della pena detentiva trova titolo non solo nel giudicato ma anche e direttamente nelle norme sostanziali applicate in sede di cognizione, tanto che la loro illegittimità dichiarata implica logicamente la necessaria tangibilità del giudicato.
Proprio la necessità di applicare, anche in sede di procedimento di esecuzione gli artt. 7 e 8 d.l. n. 341 del 2000 ed il loro contrasto con l'art. 7 (oltre che con l'art. 6) della CEDU, già accertato dalla sentenza *Scoppola* della Corte EDU, fonda la rilevanza della questione di costituzionalità delle norme in questione, per contrasto con gli artt. 117 e 3 Cost. Al riguardo le Sezioni Unite osservano come il contrasto in parola non è componibile in via interpretativa, perché l'espressa qualificazione di interpretazione autentica dell'art. 7 d.l. n. 341 del 2000 ne impone l'applicazione retroattiva e, pertanto, richiamandosi alla giurisprudenza costituzionale inaugurata con le sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007, ribadiscono l'impossibilità del giudice ordinario di disapplicare direttamente le norme interne perché in contrasto con la CEDU.
Infine, le Sezioni Unite, ben consapevoli che il punto più delicato era relativo proprio alla rilevanza della questione sollevata, hanno approfondito la motivazione affermando *"un rapporto di strumentalità necessario tra la risoluzione della questione di costituzionalità e la definizione dell'attivato incidente di esecuzione"* perché *"l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità delle norme interne innanzi citate* (gli artt. 7 e 8 d.l. n. 341 del 2000, n.d.r.), *avendo una forza invalidante* ex tunc *(...) inciderebbe sull'esecuzione ancora in corso della pena illegittimamente inflitta al ricorrente in applicazione della più severa norma penale sostanziale (...) in contrasto con la Carta fondamentale"* e questa soluzione è espressamente fondata sull'applicazione diretta dell'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953, interpretato in modo innovativo rispetto alla tradizione. In particolare si afferma che la citata norma ha *"un campo di operatività più esteso rispetto a quello dell'art. 673 c.p.p.",* perché non limitato all'incostituzionalità della norma incriminatrice, con effetti abolitivi del reato e costituisce pertanto un'eccezione, come l'art. 2, comma 3 c.p. al principio di intangibilità del giudicato, *"andando ad incidere su una situazione non ancora esaurita".* Pertanto e in conclusione la dichiarazione di incostituzionalità delle norme sopra richiamate renderebbe illegittima la pena dell'ergastolo inflitta col giudicato che dovrebbe a questo punto essere necessariamente sostituita dalla pena della reclusione di anni 30, mediante applicazione diretta dell'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953.

La questione è stata decisa con **sentenza della Corte Costituzionale n. 210 del 2013**, che, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 7, comma 1 d.l. n. 341 del 2000 per violazione del parametro interposto di cui all'art. 117 Cost., ha pienamente accolto le premesse in punto di rilevanza della questione evidenziate dalle Sezioni Unite.
Peraltro, la Consulta ha anche evidenziato significative differenze di impostazione del problema rispetto all'ordinanza di rimessione (anche dichiarando inammissibile la questione di legittimità del cit. art. 7, in riferimento all'art. 3 Cost. e dell'art. 8 d.l. cit.), in particolare espressamente affidando alla discrezionalità del legislatore il compito di bilanciare "*il valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici (...)"* con *"(...) prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali (...) intende assicurare un primato"*, come accade in particolare nei casi di abrogazione di una norma incriminatrice, con effetti abolitivi del reato ovvero di una modifica del trattamento punitivo nel senso che a una pena detentiva sia sostituita una pena esclusivamente pecuniaria (art. 2, commi 2 e 3 c.p.: cfr. § 7.3 del considerando in diritto). E' pertanto certo che il giudicato si presenta recessivo rispetto ad alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento del condannato, mentre spetta al giudice ordinario *"determinare l'esatto campo di applicazione in sede esecutiva di tali sopravvenienze"*, come hanno fatto le Sezioni Unite *"in termini non implausibili"*, argomentando *"che, in base all'art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953, il giudicato penale non impedisce al giudice di intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena, quando la misura di questa è prevista da una norma di cui è stata riconosciuta l'illegittimità convenzionale, e quando tale riconoscimento sorregge un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost."*.
In questo modo la Corte Costituzionale riconduce l'esatta individuazione dell'ambito dell'intangibilità del giudicato, in rapporto alla dichiarazione di incostituzionalità, ad un problema di interpretazione di diritto positivo e di legge ordinaria, piuttosto che di vincoli costituzionali, in adesione agli insegnamenti della dottrina di giustizia costituzionale, già sopra esposti.
Quanto, infine, al procedimento da seguire nella rideterminazione della pena, si osserva come in questo caso *"non è necessaria una riapertura del processo di cognizione ma occorre più semplicemente incidere sul titolo esecutivo, in modo da sostituire la pena irrogata con quella conforme alla CEDU e già precisamente determinata dalla legge. Per una simile attività processuale è sufficiente un intervento del giudice dell'esecuzione (...), specie se si considera l'ampiezza dei poteri ormai riconosciuti dall'ordinamento processuale al giudice, che non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (artt. 669, 670, comma 3, 671, 672 e 673 c.p.p.)"*.

La vicenda si è conclusa con la recentissima **Cass. Sez. Un. 24 ottobre 2013, n. 18821 (dep. 07.05.2014, imp. Ercolano)**, che non si è limitata a sostituire semplicemente la pena inflitta dell'ergastolo senza isolamento diurno con la pena di anni 30 di reclusione, prendendo atto della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 7 d.l. cit., che ormai rendeva scontata questa soluzione, alla luce delle premesse sopra esposte, ma l'ha giustificata con un apparato argomentativo estremamente articolato e complesso che sembra rispondere alla funzione di riaffermare la propria (diversa)

impostazione del problema, già affermata con l'ordinanza di remissione, rispetto alle puntualizzazioni della Corte Costituzionale.
In particolare, le Sezioni Unite osservano come *"vi sono argomenti di innegabili solidità che si oppongono all'esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima. L'istanza di legalità della pena, per il vero, è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente* sub iudice *e non ostacolata dal dato formale della c.d. "*situazione esaurita*", che tale sostanzialmente non è, non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale"*. Questa soluzione è imposta dal rango primario della libertà personale del condannato la cui restrizione deve essere legittimata *"durante l'arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, comma 2 e 25, comma 2) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma 3 Cost. (...)",* sicché "*si impone un bilanciamento tra il valore costituzionale dell'intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo*" (cfr. § 7 del considerando in diritto). Insomma, *"il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona"* (cfr. § 7.1), perché *"il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata illegittima dal Giudice delle leggi è esso stesso principio di rango sovraordinato – sotto il profilo delle fonti – rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato"* (cfr. § 9.2: principio di diritto recepito nella prima massima ufficiale, rv. 258649).
Il contrasto con la sentenza della Corte Costituzionale consiste nel ricondurre la soluzione non ad un bilanciamento tra opposti principi costituzionali ad opera della discrezionalità del legislatore e dell'interpretazione delle norme di legge ordinaria al fine di individuare i confini dell'intangibilità del giudicato in rapporto all'efficacia retroattiva delle dichiarazioni di incostituzionalità, ma ad argomenti di puro diritto costituzionale e al rango sovraordinato del diritto fondamentale alla libertà personale. In tal modo la nuova interpretazione dell'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953 rischia di assumere i connotati di un esito costituzionalmente obbligato che, invece, la Consulta sembra aver decisamente escluso.
Anche sotto il profilo dello strumento processuale utilizzabile ai fini della rideterminazione della pena previste nel giudicato viene confermata l'impostazione dell'ordinanza di rimessione, con radicale esclusione dell'art. 673 c.p.p., peraltro motivata esclusivamente sulla base della lettera della legge, con riferimento non tanto ai presupposti ma ai provvedimenti adottabili dal giudice (*"non lascia spazio, però, per essere interpretata anche nel senso di legittimare un intervento selettivo del giudice dell'esecuzione sul giudicato formale nella sola parte relativa all'espetto sanzionatorio ad esso interno e riferibile al titolo di reato non attinto da perdita di efficacia",* cfr. § 9.2 del considerando in diritto) e diretta applicazione dell'art. 30 legge n. 87 del 1953. Sul punto viene ribadita la totale infondatezza della tesi secondo la quale l'art. 673 c.p.p. avrebbe implicitamente abrogato l'art. 30, comma 4 cit., perché *"non può esservi abrogazione implicita di una disposizione sostanziale ad ampio spettro (...) ad opera di una norma processuale (...) orientata a disciplinare, in sede esecutiva, la sola ipotesi dell'abrogazione o della declaratoria di*

incostituzionalità della norma incriminatrice" (cfr. la seconda massima ufficiale della sentenza, rv. 258650).

La sentenza in esame aggiunge però importanti puntualizzazioni. Anzitutto giustamente si osserva come *"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 della sentenza, lo esigono"* (cfr. § 9). Dopo un opportuno richiamo all'ampiezza dei poteri istruttori riconosciuti dall'art. 665, comma 5 c.p.p., si conclude nell'individuare in concreto lo strumento idoneo nell'art. 670 c.p.p., il quale *"pur sorto per comporre i rapporti con l'impugnazione tardiva e la restituzione nel termine, implica necessariamente, al di là del dato letterale, un ampiamento 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 ed 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 del fenomeno esecutivo"* (cfr. la terza massima ufficiale della sentenza, rv. 258651).

Sul punto va sottolineato, da un lato, come le Sezioni Unite non forniscano alcuna motivazione circa l'impossibilità di un'estensione analogica dell'art. 673 c.p.p., neppure quella tradizionale della natura eccezionale della norma e, dall'altro, come questa scelta si traduca nell'estensione in via interpretativa di uno strumento alternativo, quale l'art. 670 c.p.p., pensato per casi assai lontani a quello in esame, quali l'effettiva esistenza di un giudicato, in particolare in riferimento ai presupposti formali (comma 1) e la restituzione in termini per proporre impugnazione (comma 3) ovvero della competenza generale del giudice dell'esecuzione di cui agli artt. 665 e 666 c.p.p. che, in realtà, non prevedono affatto uno strumento specifico di tutela, ma si limitano a dettare le norme generali sulla competenza e sul procedimento di esecuzione, in relazione a tutti i casi previsti negli articoli successivi. Peraltro la scelta di privilegiare l'art. 670 c.p.p. può fondarsi su un argomento forte legato alla voluta genericità della rubrica della disposizione - *"questioni sul titolo esecutivo"* – che può legittimamente far pensare ad un rimedio residuale, utilizzabile per tutti i casi non espressamente previsti.

Tuttavia questa scelta presenta due gravi inconvenienti.

Sul piano generale occulta la *ratio* dell'intervento modificativo sulla pena del giudice dell'esecuzione, rappresentato dal principio di parità di trattamento che, invece, il richiamo all'art. 673 c.p.p. espliciterebbe in tutta la sua evidenza.

Sul piano pratico ed operativo non consente di recuperare, almeno direttamente, l'elaborazione compiuta in riferimento all'art. 673 c.p.p., in particolare in punto di concessione della sospensione condizionale della pena, nei casi in cui una pena originariamente fissata oltre i limiti previsti dall'art. 163 c.p. sia rideterminata *in executivis* entro tali limiti, aprendo una drammatica alternativa: o si nega la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena, aprendo però delicati profili di legittimità costituzionale, perché non appare ragionevole la diversità di disciplina

rispetto ai casi analoghi, disciplinati dall'art. 673 c.p.p. (e dall'art. 671 c.p.p.); ovvero si ammette questa possibilità in via interpretativa rendendo però allora palese che il richiamo all'art. 670 c.p.p. ed ai poteri generali del giudice di esecuzione è di pura facciata perché, in realtà, si finisce con applicare una disciplina corrispondente all'art. 673 c.p.p., sotto mentite spoglie. Se così fosse, non resterebbe che concludere che l'individuazione del rimedio processuale operata dalle Sezioni Unite si risolve in una truffa delle etichette funzionale a eludere i problemi che un'applicazione analogica della norma pone.
Infine, anche l'innovativa interpretazione dell'art. 30 legge n. 87 del 1953 resta ancora giustificata sul piano quasi esclusivamente letterale, salvo il condivisibile riferimento all'art. 2, comma 3 c.p., senza ancorarla all'evoluzione dell'intero ordinamento, con particolare riferimento alla disciplina propria del giudicato penale, che è ciò che si tenterà di fare nel prossimo paragrafo.

Per concludere l'analisi dei precedenti occorre ora dar conto del variegato panorama dei precedenti specifici, offerto dalla giurisprudenza di merito che inizia a formarsi, almeno per quanto risultano noti.
Il GIP di Rovereto con ordinanza del 12.05.2014 (giud. Izzo) ha dichiarato l'inammissibilità della richiesta di rideterminazione della pena sulla base del rilievo che la pena comminata era legale, anche alla stregua dei nuovi limiti edittali e che il giudice di esecuzione, pur avendo in astratto il potere di adeguare la pena alla legittimità del sistema normativo vigente, non può tuttavia effettuare, in assenza di un'espressa previsione di legge, una nuova valutazione di merito in ordine alla condotta e alla sua gravità, rifacendosi espressamente all'insegnamento di Cass. n. 28468 del 2013 cit.
Il GIP di Trento, dopo un'ordinanza di inammissibilità dd. 13.03.2014 (giud. Ancona) sulla base del rilievo che il giudicato era formato da una sentenza di patteggiamento e le parti non avevano raggiunto un accordo sulla nuova pena, con un'ordinanza del 10.04.2014 (giud. Ancona), dopo aver ripercorso alcuni precedenti ed opportunamente distinto il tema della successione di leggi penali nel tempo, disciplinato dall'art. 2 c.p. da quello della dichiarazione di incostituzionalità ha rinviato la trattazione a dopo la decisione delle Sezioni Unite, prevista per l'udienza del 29.05.2014, mentre con più ordinanze del 18.04.2014 (giud. Ancona), sulla base della medesima motivazione, ha invece rideterminato la pena nei casi in cui la pena irrogata con la condanna irrevocabile era stata ottenuta partendo da una pena base superiore all'attuale limite edittale massimo (6 anni di reclusione). Coerentemente con la premessa accolta, in base alla quale l'operazione è consentita solo nel caso in cui in sentenza la pena sia stata determinata partendo da una pena base superiore all'attuale limite edittale massimo, il giudice trentino ha rideterminato la pena base in corrispondenza con l'attuale massimo di 6 anni di reclusione, con ciò implicitamente escludendo un autonomo potere discrezionale di determinazione della pena in capo al giudice dell'esecuzione.
Il GIP di Rovigo con ordinanza del 28.03.2014 (giud. Mondaini) ha accolto la richiesta di rideterminazione della pena ritenendo applicabile l'art. 673 c.p.p. non sulla base dell'analogia ma di *"un'interpretazione sistematica"*, mentre con riferimento alle modalità operative ha espressamente affermato la necessità di *"non frustrare comunque i canoni valutativi adottati in sede di condanna (...) che devono*

restare intangibili", con la conseguenza che il giudice dell'esecuzione si dovrebbe limitare a sovrapporre quei criteri ai nuovi margini edittali. In buona sostanza si propone un criterio di semplice calcolo matematico, in base al quale la pena viene determinata sulla base della medesima proporzione ritenuta in sentenza rispetto ai limiti edittali in vigore al momento della decisione, limitandosi ad adeguarla ai nuovi e più favorevoli limiti edittali a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014. Avendo determinato al pena finale al di sotto del limite dei 2 anni ha poi provveduto a concedere la sospensione condizionale della pena, osservando che la relativa valutazione prognostica non è stata compiuta in sede di cognizione solo perché l'entità della pena applicata non consentiva comunque di concedere il beneficio.

Il GIP di Pisa con ordinanza del 15.04.2014 (in www.penalecontemporaneo.it, giud. Ubiali) ha accolto la richiesta di rideterminazione della pena, richiamandosi alla giurisprudenza formatasi sull'incostituzionalità dell'aggravante della clandestinità e, dunque, applicando direttamente l'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953 ed escludendo espressamente la possibilità di applicare l'art. 673 c.p.p. Quanto alle concrete modalità operative ha osservato che la pena congrua *"non può essere riferita al minimo edittale attualmente applicabile, soltanto perché il giudice della cognizione aveva in tal modo quantificato al pena base"*, espressamente ammettendo sul punto un nuovo giudizio discrezionale da parte del giudice dell'esecuzione, da impostare sulla base dei criteri di cui all'art. 133 c.p., sia pure in relazione della medesima base fattuale accertata in sentenza.

Il GIP di Mantova con ordinanza del 03.06.2014 (giud. Grimaldi) ha rideterminato la pena a norma sia dell'art. 30, comma 4 lege n. 87 del 1953 sia dell'art. 673 c.p.p., richiamandosi alla decisione positiva accolta all'udienza del 29.05.2014 dalle Sezioni Unite (di cui allo stato è disponibile solo l'informazione provvisoria) ed osservando la necessità di *"tenere ferme ed osservare le vincolanti valutazioni di merito espresse dal giudice della cognizione (...)"*, anche con riferimento ai criteri di determinazione della pena, con la conseguenza che essendo stata in sentenza determinata la pena base in corrispondenza del limite edittale minimo allora vigente (6 anni di reclusione), la rideterminazione della pena è stata operata partendo da una pena base corrispondente all'attuale minimo della pena (2 anni di reclusione).

Infine, il GIP di Perugia con ordinanza del 11.06.2014 (giud. Semeraro) dopo aver richiamato tutti i precedenti favorevoli, aderendo all'impostazione prevalente che esclude l'applicazione dell'art. 673 c.p.p. per ammettere la diretta applicazione dell'art. 30, comma 4 l. n. 87 del 1953, e criticato *"l'orientamento tradizionalista"* legato all'intangibilità del giudicato, si è posto il problema di *"individuare i limiti del potere del giudice dell'esecuzione",* dato che il giudice dell'esecuzione *"è chiamato esclusivamente ad eliminare la pena incostituzionale, riportandola nei limiti previsti nel testo normativo in vigore prima del 2006"* (il caso deciso riguardava un fatto assai grave, relativo a ben kg. 28 circa di marijuana, in cui in sentenza si era partiti da una pena base di anni 7 di reclusione e, pertanto, superiore all'attuale limite edittale massimo). Al riguardo, tuttavia, osserva come non sia *"sufficiente riportare esclusivamente la pena base entro il limite massimo di 6 anni previsto dall'art. 73, comma 4: non è cioè possibile che per tutte le pene incostituzionali si applichi quella base di 6 anni di reclusione"*, con ciò ammettendo che il giudice dell'esecuzione debba e possa esercitare un potere discrezionale nella determinazione della pena, sulla

base dei parametri di cui all'art. 133 c.p., sia pure con la precisazione che non può modificare la base fattuale accertata in sentenza, con particolare riferimento al riconoscimento e al bilanciamento delle circostanze. Sul punto, pertanto, il precedente appare conforme alla decisione pisana ma difforme da quella trentina. Peraltro, in modo non del tutto coerente con la premessa si propone in concreto *"un criterio che può ispirare il giudice dell'esecuzione, ed al contempo, limitarne la discrezionalità, procedendo ad una* "operazione sostanzialmente ricognitiva" *(cfr. anche la motivazione della sentenza 7 maggio 2014, n. 18821, delle Sezioni Unite)"*, fondato sul rilievo che occorre tener conto *"che il legislatore del 2006 ha operato una diversa valutazione del disvalore penale del fatto, rispetto alla legge precedente, triplicando la pena minima per i delitti concernenti le c.d. droghe leggere. Pertanto, l'eliminazione della pena incostituzionale può anche concretizzarsi nella eliminazione, sulla pena base, degli effetti di quell'aumento della pena, con un ragionamento a contrario"*. Nella ricerca di un criterio automatico di rideterminazione della pena, il precedente si avvicina alla decisione del GIP di Rovigo, dal quale si distanzia sia per il criterio adottato (riduzione di 2/3 della pena anziché mantenimento della medesima proporzione tra limite edittale minimo e massimo) sia per il grado di vincolatività del criterio proposto, che non si assume come vincolante ma meramente orientativo. Infatti, in concreto, il GIP di Perugia ha buon gioco nell'osservare che, in relazione ai criteri di cui all'art. 133 c.p., "*il mero criterio matematico di riduzione"* di 2/3 della pena base applicata in sede cognitiva, condurrebbe ad una riduzione eccessiva e, pertanto, procede ad una riduzione della metà.

6. La normale tangibilità del giudicato penale di condanna con riferimento alla determinazione della concreta pena da porre in esecuzione ed in rapporto al principio di legalità delle pene.

Occorre a questo punto entrare nel vivo del problema e verificare se, alla stregua della disciplina positiva nell'attuale momento storico, il giudicato penale possa davvero qualificarsi come *"situazione esaurita"* e, pertanto, porsi come limite generale dell'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità di norme penali incidenti solo sul trattamento punitivo, come ritenuto dalla teoria tradizionale o se, invece, la concreta esecuzione della pena detentiva debba e possa ritenersi ancora *"situazione pendente"*, anche in considerazione degli ampliati poteri conferiti al giudice dell'esecuzione dall'attuale codice di procedura penale.
Per risolvere questo delicato problema interpretativo, piuttosto che riferirsi ad una nozione astratta di giudicato penale, peraltro di complessa ricostruzione teorica, sembra preferibile privilegiare gli aspetti del giudicato che assumono diretta rilevanza per la soluzione al problema in esame, consistenti, da un lato, negli interessi estranei alla garanzia del condannato e, dall'altro, nella determinazione della concreta pena da eseguire in rapporto al principio di legalità.

Sotto il primo profilo è ben noto come il giudicato penale adempia soprattutto ad un'essenziale funzione di garanzia del diritto fondamentale del condannato al ***ne bis in idem,*** riconosciuto non solo dall'art. 649 c.p.p. ma anche dall'art. 4 del prot. 7 della CEDU e, dunque, a livello costituzionale attraverso il parametro interposto dell'art.

117 Cost. In quest'ottica il giudicato risponde all'esigenza di evitare che il cittadino sia indefinitivamente esposto alla pretesa punitiva statale, che deve ritenersi consumata in via definitiva appunto con l'esaurimento del giudizio.
Si è già avuto modo di osservare (cfr. par. 1) come questo aspetto del giudicato precluda in modo assoluto modifiche del giudicato *in malam partem* per effetto della pronuncia di incostituzionalità (nella specie, con riferimento alle condanne pronunciate per le c.d. droghe pesanti e che hanno applicato la più favorevole norma dichiarata incostituzionale a fatti commessi prima della sua introduzione, quando era in vigore la più severa disciplina oggi oggetto di riviviscenza). Sotto questo profilo il giudicato certamente deve considerarsi come *"situazione esaurita"*.
D'altra parte che il giudicato penale assolva soprattutto ad una funzione di garanzia emerge chiaramente dalle due norme ad esso espressamente dedicate dalla Costituzione: l'art. 111, comma 7 Cost. subordina l'esistenza del giudicato quantomeno all'avvenuto (o mancato) esperimento del ricorso per Cassazione per violazione di legge; l'art. 27, comma 2 Cost. ricollega il superamento della presunzione di innocenza *"alla condanna definitiva"* (e non semplicemente all'accertamento legale di colpevolezza, come richiesto dall'art. 6, § 2 della CEDU), intesa come decisione che, in quanto subordinata agli ordinari mezzi di impugnazione, garantisce una maggiore possibilità di avvicinarsi al vero e quindi al giusto.
Sennonché questi fondamentali aspetti di garanzia propri del giudicato non possono svolgere alcun ruolo con riferimento alle richieste di modifica della pena in senso favorevole al condannato, perché è evidente che in tal caso l'interesse del condannato è nel senso di ottenere la rideterminazione della pena e, dunque, il superamento del giudicato. Poiché però il giudicato penale risponde anche ad interessi di più generale portata, che prescindono dalla garanzia del condannato, sarà appunto con esclusivo riferimento a detti interessi che si dovrà apprezzare il suo grado di resistenza rispetto alla sopravvenienza rappresentata dalla dichiarazione di incostituzionalità delle norme sostanziali, incidenti sul trattamento punitivo, applicate in sentenza.

Sotto il secondo profilo va sottolineato come il problema in esame non riguardi, in generale, la modifica del giudicato, in tutti i suoi possibili contenuti, ma solo la modifica della pena irrogata sulla base di una norma poi dichiarata incostituzionale e, pertanto, in rapporto al **principio di legalità della pena** (art. 25, comma 2 Cost. e 7 CEDU). Anche questa precisazione è molto importante, perché per adeguare la pena alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 applicato in sentenza, in senso favorevole al condannato, non occorre in alcun modo modificare il giudizio di responsabilità e l'accertamento del fatto compiuto in sede di cognizione, essendo sufficiente applicare al fatto, così come accertato in sentenza, i nuovi e più favorevoli limiti edittali conseguenti alla pronuncia della Corte Costituzionale. Il diverso grado di resistenza tra il contenuto di accertamento del giudicato ed il contenuto di determinazione della pena, specialmente in rapporto alla piena osservanza del principio di legalità, non costituisce in realtà una novità, appartenendo al contrario alla nostra tradizione giuridica.
Possono essere al riguardo richiamati alcuni illuminanti passi motivazionali di **Cass. Sez. Un., 21.06.1986, n. 7682, rv. 17341** che, nell'affrontare l'annoso problema della possibilità di riconoscere la continuazione tra un reato meno grave già giudicato ed un reato più grave da giudicare (problema, come è noto, ora risolto dall'art. 671 c.p.p.),

replica all'argomento che ciò non sarebbe possibile per il principio di intangibilità del giudicato nel modo seguente. *"Una concezione siffatta della* res iudicata *non trova fondamento nelle norme processuali penali. Non lo trova nelle disposizioni di cui all'art. 90 c.p.p.* (corrispondente all'attuale art. 649 c.p.p., n.d.r.) (...), *in quanto la norma statuisce in modo inequivocabile solo la immodificabilità di un nuovo esame della condotta del reo escludendo un nuovo procedimento a suo carico, sicché nulla consente di ricavare dalla norma la immodificabilità in assoluto del trattamento sanzionatorio stabilito con sentenza irrevocabile di condanna"*. Inoltre, le Sezioni Unite, dopo aver richiamato l'art. 579 c.p.p. (corrispondente all'attuale art. 699 c.p.p.), in materia di pluralità di condanne per il medesimo fatto, valorizzano il dato testuale rappresentato dall'applicazione delle norme sul concorso di pene nella determinazione della pena da eseguire (artt. 78 e 80 c.p.), addirittura ad opera del PM con un atto, quale il provvedimento c.d. cumulo, ritenuto di natura non giurisdizionale ma amministrativa (cfr., ora, l'art. 663 c.p.p.), con la conseguenza che *"se le misura totale delle pene concorrenti è superiore ai limiti imposti dalla norma le pene stesse debbono essere ridotte entro i limiti segnati"*. Sul punto le Sezioni Unite argomentano: *"una norma di tal natura è incompatibile con la concezione del valore assoluto e inderogabile della cosa giudicata e della immodificabilità anche delle pene inflitte con la sentenza irrevocabile mentre è perfettamente logica e coerente ove si riconosca che il giudicato non consente una rivalutazione del fatto oggetto del giudizio ma che la pena può subire, invece, quelle modificazioni necessarie imposte dal sistema quando duplicazioni di giudicato sullo stesso fatto, eccedenza del cumulo materiale delle pene sui limiti previsti, riconoscimento della unicità del disegno criminoso richiedano che il giudice incida sulla pena perché sia adempiuta la* voluntas legis *(...)"*.

Questa netta differenziazione tra contenuto di accertamento e di determinazione della pena del giudicato, in rapporto al carattere dell'intangibilità, è stata poi accolta senza riserve anche dalla Corte Costituzionale, con **sentenza n. 115 del 1987**. Nell'occasione la Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità degli artt. 81 c.p e 90 c.p.p. laddove escludevano, secondo l'allora prevalente interpretazione, la possibilità di riconoscere la continuazione tra reato meno grave già giudicato e reato più grave da giudicare, pur dichiarando infondata la questione proposta, sponsorizzano la contraria soluzione interpretativa, osservando: *"come di recente è stato autorevolmente indicato dalle Sezioni unite penali della Corte di Cassazione (...) e come, del resto, è sostenuto anche da parte autorevole della dottrina, il principio dell'intangibilità del giudicato deve essere rettamente inteso. Risulta chiaramente, infatti, dallo stesso art. 90 c.p.p. che la disposizione è tendenzialmente a favore dell'imputato (...). Ora, ogni qual volta si consenta, invece, qualunque ne sia la ragione, che il giudicato impedisca di applicare l'istituto della continuazione all'intero sviluppo esecutivo del medesimo disegno criminoso, si viola proprio l'art. 90 c.p.p., in quanto in realtà si consente che, per lo stesso fatto di reato continuato, il giudicabile venga sottoposto a due distinti giudizi con relativo cumulo delle pene, mentre il legislatore prescrive che si determini una pena unica mediante un'unica complessiva valutazione. Ed è proprio l'ordinamento stesso che è tutto decisamente orientato a non tenere conto del giudicato, e quindi a non mitizzarne l'intangibilità, ogni qual volta dal giudicato resterebbe sacrificato il buon diritto del cittadino"*.

Chiara la *ratio* di fondo per la quale, secondo la Corte Costituzionale e le Sezioni Unite la disciplina del reato continuato dovesse trovare applicazione anche modificando giudicati già intervenuti su alcuni fatti, pur in assenza di una specifica norma, che verrà introdotta solo successivamente con l'attuale codice di procedura penale (cfr. art. 671 c.p.p.): la piena osservanza del principio di legalità, in relazione alla previsione dell'art. 81 c.p. ed il principio di parità di trattamento.

Ma il diverso e minore grado di intangibilità del giudicato in riferimento alla determinazione della pena rispetto all'accertamento del fatto è alla base della **tradizionale giurisprudenza** secondo la quale *"è rilevabile anche in sede di esecuzione l'applicazione di una pena illegittima non prevista dall'ordinamento giuridico o eccedente per specie o quantità il limite legale, dato che il principio di legalità della pena, enunciato dall'art. 1 c.p. ed implicitamente dall'art. 25, comma 2 Cost., informa di sé tutto il sistema penale e non può ritenersi operante solo in sede di cognizione. Tale principio, che vale sia per le pene detentive sia per le pene pecuniarie, vieta che una pena che non trovi fondamento in una norma di legge anche se inflitta con sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria, possa avere esecuzione, essendo avulsa da una pretesa punitiva dello Stato"* (cfr. Cass., 29.04.1985, n. 809, rv. 169333), talvolta qualificando la pena illegittima in termini di radicale inesistenza (cfr. Cass., 25.06.1982, n. 1436, rv. 156173).
In buona sostanza questa giurisprudenza ammette che le più macroscopiche violazioni del principio di legalità delle pene non possano essere ricoperte dal giudicato e debbano, pertanto, essere rilevate e corrette in sede di esecuzione (cfr., per la giurisprudenza più recente, Cass., 06.07.2000, n. 4869, rv. 216746, per il caso di condanna ad 1 anno di libertà controllata; Cass., 16.05.2012, n. 26117, rv. 253562, per il caso di applicazione di una riduzione di pena per il rito abbreviato, inferiore al terzo). Non intaccano la sostanza di questo orientamento quelle pronunce che affermano l'intangibilità del giudicato in riferimento ad errori di determinazione della pena non macroscopici e tali da non comportare che la pena applicata sia eccedente, per specie e quantità, al limite legale (cfr. Cass., 23.01.2013, n. 38712, rv. 256879, in un caso di erronea applicazione della recidiva, senza tuttavia alcun superamento del limite edittale massimo previsto per il reato contestato; Cass., 03.03.2009, n. 12453, rv. 243742, in materia di bilanciamento tra circostanze e di mutamenti di interpretazione giurisprudenziale).
Analogo orientamento è tradizionalmente affermato anche per le pene accessorie (cfr. Cass., 25.05.1973, n. 8079, rv. 125464; Cass., 13.11.1996, n. 4492, rv. 206850; Cass., 30.11.2012, n. 1800, rv. 254288), per lo più fondato sul rango fondamentale del principio di legalità delle pene, anche accessorie, che impone il superamento del giudicato (cfr., in questo senso, soprattutto Cass., 28,06.2000, n. 3881, rv. 217480 e Cass. 13.10.2010, n. 38245). Va, peraltro, ricordato come la materia delle pene accessorie sia particolare sussistendo espresse norme che attribuiscono una competenza specifica al giudice dell'esecuzione, quali l'art. 676 c.p.p. nonché l'art. 183 *disp. att.* c.p.p., che ammette la modifica del giudicato persino in *malam partem*, quando sia stata omessa una pena accessoria, che consegua di diritto dalla condanna e sia predeterminata dalla legge nella specie e nella durata.
In effetti nella giurisprudenza è ricorrente il riferimento all' "*assoluto automatismo nell'applicazione delle pene accessorie, predeterminate per legge sia nella specie che*

nella durata e sottratte, perciò, alla valutazione discrezionale del giudice" (cfr., ad es., Cass., 10.11.2004, n. 45381, rv. 230129), tanto che non mancano precedenti che affermano l'intangibilità del giudicato quando la correzione della pena accessorie implicherebbe l'esercizio di poteri discrezionali del giudice ovvero la soluzione di questioni controverse in diritto, che avrebbero dovuto essere risolte con gli ordinari mezzi di impugnazione (cfr. Cass., 19.02.2009, n. 14827, rv. 243740 e Cass., 10.05.2011, n. 250672).
Anche la giurisprudenza sopra richiamata, relativa alla pene principale, sembra ammettere la modifica del giudicato, in applicazione del principio di legalità, solo allorquando ciò non comporti un esercizio di potere discrezionale da parte del giudice dell'esecuzione e non può, pertanto, ritenersi risolutiva al problema qui in esame. Resta però il fatto che si tratta di precedenti utilmente richiamabili per confermare come l'intangibilità del giudicato non sia affatto assoluta, specie in riferimento alla determinazione concreta della pena ed in rapporto al principio di legalità delle pene.

Venendo ora ad esaminare **la funzione più generale del giudicato penale**, estranea alla garanzia del condannato, va sicuramente ricordato come la Corte Costituzionale abbia più volte riconosciuto come il giudicato risponda alla fondamentale *"esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici ormai esauriti"*, che è in grado di porsi come ragionevole giustificazione di limitazioni o deroghe da parte del legislatore ordinario all'applicazione penali più favorevoli, mentre *"la stessa circostanza che la regola dell'intangibilità del giudicato incontri a sua volta una serie di deroghe (...) non consente certo di desumere una regola di segno opposto"* (cfr. **sentenza n. 74 del 1980**, che ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3 c.p., 163 e 164 c.p. nella parte in cui non consentivano l'applicazione della più favorevole disciplina della sospensione condizionale della pena in sede di procedimento di esecuzione, con riferimento ai giudicati formatesi sotto la vecchia disciplina). Analogamente con **ordinanza n. 413 del 1999** la Consulta ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 676 c.p.p., nella parte in cui non consente al giudice dell'esecuzione di dichiarare l'estinzione del reato per prescrizione maturata prima del giudicato, osservando che la norma denunziata *"detta una disciplina conforme al principio dell'intangibilità del giudicato, che trova fondamento nell'insopprimibile esigenza di certezza e di stabilità dei rapporti giuridici definiti da una sentenza irrevocabile"*, mentre *"il remittente (...) vorrebbe in sostanza essere legittimato ad esercitare, nella sua qualità di giudice di esecuzione, un controllo sul contenuto di una sentenza passata in giudicato, così trasformandosi impropriamente in un giudice di quarta istanza"*.
Ancora, con **ordinanza n. 14 del 2000** è stata dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 168, comma 1 c.p. (nel testo allora vigente), nella parte in cui non consentiva la revoca della terza sospensione condizionale, poiché *"osta (...) all'intervento additivo richiesto il principio di intangibilità del giudicato, in ossequio al quale la problematica dell'errore di fatto,* in iudicando *o* in procedendo *in cui sia incorso il giudice della cognizione in una sentenza divenuta irrevocabile, è estranea alla competenza del giudice dell'esecuzione"* (come è noto in materia è poi intervenuto il legislatore che, con legge n. 128 del 2001, ha introdotto una nuova causa di revoca della sospensione condizionale della pena *"quando è stata concessa in violazione dell'art. 164, quarto*

comma, in presenza di cause ostative", inserita nel nuovo ultimo comma dell'art. 168 c.p. ed espressamente affermata di competenza del giudice dell'esecuzione dal nuovo comma 1-*bis* all'art. 674 c.p.p., che, pertanto, può essere interpretato come conferimento eccezionale al giudice dell'esecuzione di un potere anomalo rispetto al sistema, configurando una sorta di mezzo straordinario d'impugnazione, per rimediare *ex post* ad ipotesi di concessione *contra legem* del beneficio, per effetto essenzialmente dell'inefficienza del casellario giudiziale e dei tempi processuali).
Analoghi, inoltre, i precedenti che individuano negli *"interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo, come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale",* nonché nel *"principio di effettività del diritto penale"* una ragionevole giustificazione di limitazioni e deroghe all'efficacia retroattiva della disciplina più favorevole (cfr. **sentenze n. 393 del 2006, n. 72 del 2008 e, da ultimo, sentenza n. 236 del 2011**, tutte in materia di disciplina transitoria della prescrizione di cui alla legge n. 251 del 2005, c.d. *"ex Cirielli"*). In particolare, l'ultima sentenza citata esclude che il nuovo fondamento costituzionale della *lex mitior* di cui all'art. 117 Cost., a seguito della sentenza *Scoppola* della Corte EDU, possa averlo equiparato al principio di irretroattività della legge più sfavorevole, rendendolo impermeabile a bilanciamenti con interessi contrapposti e ciò sulla base dell'osservazione che la stessa giurisprudenza di Strasburgo, da un lato, "*nulla ha detto per far escludere la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività in* mitius *subisca deroghe o limitazioni"* e, dall'altro, ha previsto espressamente un limite ad esso, escludendo che possa travolgere il giudicato. Inoltre, la Consulta ha osservato come il nuovo fondamento costituzionale dell'art. 117 Cost. della *lex mitior* può essere affermato solo in ordine alle disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono, perché solo ad esse si riferisce l'art. 7 della CEDU, come la Corte EDU ha espressamente sottolineato e, pertanto, ha un ambito oggettivo più limitato del medesimo principio che vive nel nostro ordinamento, perché l'art. 2, comma 4 c.p. riguarda ogni disposizione penale che apporti modifiche *in melius* di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa.
I rilievi che precedono sono stati ulteriormente sviluppati dalla **sentenza n. 230 del 2012** che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non consente la revoca del giudicato di condanna, in caso di mutamento giurisprudenziale intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la quale abbia stabilito che il fatto per il quale è intervenuta condanna irrevocabile non è previsto dalla legge come reato. In questa occasione la Corte Costituzionale ha anzitutto osservato come l'art. 673 c.p.p., di riflesso alle norme sostanziali degli artt. 2, comma 2 c.p. e 30, comma 4, l. n. 87 del 1953, prenda in considerazione due eventi – l'abrogazione e la dichiarazione di illegittimità costituzionale – il cui comune effetto è di espungere dall'ordinamento la norma incriminatrice in applicazione della quale è stata pronunciata la sentenza irrevocabile. Ha poi rilevato come la giurisprudenza di legittimità abbia ritenuto estensibile l'istituto anche al caso di sopravvenienza di una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea che affermi l'incompatibilità della norma incriminatrice interna con il diritto dell'Unione avente effetto diretto per gli Stati membri, *"stante la sostanziale equiparabilità di detta pronuncia – la quale impedisce in via generale ai giudici nazionali di fare applicazione della norma considerata – ad una legge*

sopravvenuta, con portata abolitrice del reato" (cfr. § 5 del considerando in diritto). Quindi, ha ribadito come la Corte di Strasburgo *"ha escluso"* che il principio della *lex mitior "sia destinato ad operare oltre il limite del giudicato, diversamente da quanto prevede, nel nostro ordinamento, l'art. 2, secondo e terzo comma, c.p."* (cfr. § 7 del considerando in diritto) e, dopo aver osservato come la nuova decisione delle Sezioni Unite, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, *"resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione",* afferma perentoriamente che *"in questa logica si giustifica, dunque, il mancato riconoscimento dell'*overruling *giurisprudenziale favorevole della capacità di travolgere il principio di intangibilità della* res iudicata*, espressivo dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti: esigenza il cui fondamentale rilievo (...) è ampiamente riconosciuto anche nell'ambito dell'unione Europea (...). Al fine di porre nel nulla ciò che, di per sé, dovrebbe rimanere intangibile – il giudicato appunto – il legislatore esige, non irragionevolmente, una vicenda modificativa che determini la caduta della rilevanza penale di una determinata condotta con connotati di generale vincolatività e di intrinseca stabilità (...): connotati che la vicenda considerata dal giudice* a quo*, di contro, non possiede"* (cfr. § 9 del considerando).

Anche autorevole **dottrina processualistica**, nella medesima prospettiva di valorizzazione della certezza dei rapporti giuridici, quale interesse sotteso all'istituto, evidenzia come il giudicato penale esprima la "*legge irrevocabile per il caso concreto*", mutuando l'elaborazione teorica tradizionale, di origine chiovendiana, compiuta in tema di giudicato civile. Ed è appena il caso di rilevare che è proprio il valore di precetto di legge regolatore del caso concreto a costituire la premessa teorica dell'insensibilità del giudicato anche rispetto a mutamenti legislativi, pur se retroattivi, ovvero a pronunce di illegittimità costituzionale di norme di legge applicate in sede cognitiva. Infatti, si assume che l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato tronca il nesso che collega la norma con la fattispecie concreta, sostituendosi a quella nella disciplina di questa, dando piena ragione della sua qualificazione in termini di situazione esaurita. Questa sorta di novazione del rapporto sostanziale, connessa al giudicato, giustifica anche l'affermazione secondo la quale l'applicazione della norma sostanziale si è definitivamente esaurita nel pronunciare la sentenza, appunto perché, una volta intervenuta la sua irrevocabilità, il rapporto sostanziale sottostante troverà la sua compiuta disciplina unicamente in essa e non più nella norma sostanziale applicata.
Sennonché, a prescindere per il momento dai rilievi critici che possono essere e verranno mossi ad una acritica utilizzazione delle regole e dei principi propri del giudicato civile nella distinta materia del giudicato penale, va rimarcato come la dottrina processualcivilistica che si è specificatamente occupata dell'efficacia nel tempo del giudicato, non ha mancato di osservare come le considerazioni sopra svolte sono da considerarsi esaustive solo nel caso in cui il giudicato abbia ad oggetto situazioni soggettive ad effetti istantanei, perché con rifermento a situazioni soggettive ad effetti durevoli (rapporti di durata o ad esecuzione periodica e continuata, stati personali, ecc…), occorre fare delle precisazioni. Più precisamente, quando dopo il giudicato interviene una norma retroattiva ovvero una pronuncia di illegittimità costituzionale della norma sostanziale che regola il rapporto di durata, se resta

intangibile il segmento della situazione durevole che si è svolta sino al momento della pubblicazione della sentenza irrevocabile, il segmento che ha luogo successivamente può formare oggetto di una nuova domanda volta ad un differente accertamento, senza che possa essere opposto l'intangibilità del giudicato.
Questa conclusione è particolarmente significativa ai presenti fini, perché, difficilmente contestabile è la natura di rapporto di durata dell'esecuzione di una pena detentiva, soprattutto in considerazione della sua finalità rieducativa (art. 27, comma 3 Cost.), che necessariamente implica una valutazione non statica ma dinamica nel corso del tempo.
A ben vedere, tuttavia, ad essere seriamente contestabile è proprio la premessa della legittimità di una trasposizione delle conclusioni raggiunte in tema di giudicato civile in un campo, affatto distinto, quale il giudicato penale. In effetti va rimarcato come le conclusioni raggiunte in tema di giudicato civile sono fondate su una norma chiave, quale l'art. 2909 c.c., che fornisce la nozione del c.d. giudicato sostanziale e che, come è noto, afferma che l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato, fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa. In diritto penale manca una norma corrispondente e a ragion veduta, perché manca l'oggetto disciplinato. Come non ha mancato di rilevare altra autorevole dottrina, infatti, la sentenza penale di condanna non regola in maniera diretta alcun rapporto giuridico sostanziale sottostante tra parti in posizione di parità tra loro, ma si limita ad accertare l'esistenza di un fatto, penalmente rilevante e la responsabilità dell'imputato, oltre a determinare la pena corrispondente. Ne deriva che la nozione di giudicato penale è essenzialmente di natura processuale, essendo sovrapponibile con quella di irrevocabilità della sentenza di cui all'art. 648 c.p.p., senza alcun substrato di diritto sostanziale che la integri e la completi. Insomma il giudicato penale è destinato ad avere esclusiva rilevanza sul piano processuale e può spiegare i suoi effetti solo nel processo e per il processo. In particolare costituisce il titolo essenziale per l'esecuzione, a norma dell'art. 650 c.p.p.
In questa prospettiva, la formula della certezza dei rapporti giuridici, che svolge effettivamente un ruolo fondamentale nel giudicato civile, che risolve una controversia tra due parti in posizione di parità, i cui reciproci rapporti devono ad un certo punto essere definiti in modo chiaro e tendenzialmente irrevocabile, anche a tutela del legittimo affidamento di possibili aventi causa, rischia di apparire vuota di contenuto in campo penale. Non è un caso, in effetti, che essa non trovi un preciso ancoraggio nella Costituzione, perché, come si è visto, le espresse previsioni sono piuttosto legate alla funzione di garanzia del condannato.
Con ciò non si vuole in alcun modo negare che anche nel settore penale sia avvertita l'esigenza fondamentale di funzionalità complessiva del sistema, scongiurando il rischio del processo perpetuo, anche al fine di garantirne la ragionevole durata (art. 111, comma 2 Cost.) e di preservare risorse economiche ed umane che il processo inevitabilmente consuma. Ma se questo è l'effettivo fondamento del giudicato penale in senso favorevole al condannato, sembra del tutto ragionevole consentire un bilanciamento con contrapposti interessi, legati in particolare a ragioni di giustizia sostanziali e al principio di parità di trattamento punitivo, ad opera essenzialmente del legislatore ma anche dell'interprete quando la lettera della legge lo consenta, e risultare recessivo, in particolare quando imporrebbe la concreta esecuzione di pene

illegittime, come del resto la giurisprudenza ha già affermato più volte (cfr., con particolare forza e chiarezza Sez. Un. n. 18821 del 2013 cit., *Ercolano*).

Ma è l'evoluzione dell'ordinamento in riferimento al c.d. giudicato sulla pena a far emergere in tutta evidenza l'improponibilità dell'interpretazione tradizionale dell'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953, perché ormai incompatibile con la disciplina positiva di questa parte del giudicato.
Per comprendere appieno questa argomentazione occorre partire dalla situazione prevista dal **previgente codice di procedura penale**, visto che la norma fondamentale risale al 1953 (mentre la norma correlativa in tema di successione di leggi penali nel tempo, ossia l'art. 2 c.p., è ancora precedente). Ebbene in quel sistema la quantità concreta di pena da espiare, una volta determinata in sede processuale di cognizione con la sentenza, non era effettivamente suscettibile di alcuna modificazione o riduzione nel corso della sua esecuzione, ed in linea di principio doveva essere integralmente espiata, fatti salvi i provvedimenti di clemenza, nonché l'ipotesi della liberazione condizionale, all'epoca concessa come mero beneficio dal Ministro della Giustizia. In un simile contesto appare del tutto appropriato parlare di intangibilità del giudicato, anche con riferimento alla determinazione della pena, mentre l'esecuzione finisce col costituire solo un'appendice del processo, in linea di principio estranea alla giurisdizione, salva la possibilità di recuperare, in via eccezionale, la figura del giudice. Ecco spiegato il termine "incidente". Secondo la concezione dell'epoca, cioè, il ricorso al giudice nella fase dell'esecuzione doveva considerarsi un "incidente", termine che evoca un'eccezionalità che esula dalla normalità dei casi.
Senonché un simile sistema incontrava un primo momento di crisi con l'avvento della **Costituzione,** con particolare riferimento al principio della necessaria finalità rieducativa della pena, prevista dall'art. 27, comma 2 Cost., che sembra implicare una concezione dinamica dell'esecuzione penale, con diretta applicazione delle regole giurisdizionali anche in questa fase. Questo elemento di criticità è stato messo bene in luce dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 1974 che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della disciplina della liberazione condizionale, nella parte in cui la competenza era attribuita al Ministro della giustizia anziché al giudice di sorveglianza, evidenziava *"il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminata al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale"*. In questo modo si ponevano le premessa per il definitivo superamento di un'esecuzione della pena detentiva, intesa quale fase statica, fondata sul principio dell'inderogabilità della pena fissata in sentenza.
Un ulteriore passo verso questa direzione fu poi compiuto con l'entrata in vigore **dell'ordinamento penitenziario** (cfr. legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni), che ha istituzionalizzato la possibilità di modificare nella fase di esecuzione non solo la durata ma persino la qualità della pena, attraverso le c.d. misure alternative, appunto al fine di assicurare quella necessaria flessibilità e considerazione dinamica che la finalità rieducativa necessariamente implica. In questo modo la pena da porre in esecuzione viene in concreto determinata non solo dalla

sentenza di condanna ma anche dalle successive decisioni prese dalla magistratura di sorveglianza in corso di esecuzione.
E' poi noto che la successiva evoluzione legislativa ha finito col disancorare totalmente l'adozione delle misura alternative dalla necessaria previa detenzione in carcere (cfr. sentenza Corte Costituzionale n. 569 del 1898 e legge n. 165 del 1998), sino ad arrivare alla situazione attuale in base alla quale persino il concreto inizio dell'esecuzione è subordinato, per la maggior parte delle condanne, alla decisione della magistratura di sorveglianza (cfr. art. 656 c.p.p.), con la conseguenza che mentre prima le misure alternative erano adottate sulla base dell'osservazione e del trattamento del detenuto in carcere, ora sono adottate anche nei confronti di condannati liberi, sulla base degli elementi emergenti in sentenza, della personalità del condannato, del suo comportamento successivo alla condanna e di tutti gli elementi utili acquisti in contraddittorio. La relativa decisione sarà necessariamente assunta alla stregua dei medesimi criteri, indicati dall'art. 133 c.p., che guidano il giudice della cognizione nella determinazione concreta della pena in sentenza.
Da tutto ciò autorevole dottrina trae la conclusione secondo la quale sia venuto meno il concetto stesso di giudicato sulla pena, nel senso che piuttosto che parlare di tendenziale immodificabilità come conseguenza della raggiunta definitività della decisione, sia più corretto e conforme al diritto positivo fare riferimento all'esatto contrario, vale a dire ad una tendenziale modificabilità del giudicato stesso, specie allorché la sanzione irrogata sia quella della pena detentiva, appunto perché sia la qualità sia la quantità della pena stesa può venire profondamente modificata, in piena attuazione del principio rieducativo della pena di cui all'art. 27, comma 2 Cost. In conclusione si sostiene che *"l'irrevocabilità della sentenza penale porta con sé la tendenziale immodificabilità del solo accertamento sul fatto, la sua illiceità e la responsabilità del condannato; mentre non postula assolutamente, neppure in via di tendenza, l'immodificabilità della determinazione della pena".*
Questa impostazione di fondo è stata ulteriormente consolidata con il **nuovo codice di procedura penale** in particolare attraverso quelle norme, quali gli artt. 671 e 673 c.p.p., che consentono al giudice dell'esecuzione di adeguare al caso concreto gli effetti dell'accertamento contenuto nel giudicato, in relazione a circostanze sopravvenute al processo di cognizione, al fine di garantire la piena attuazione del principio di parità di trattamento. Anche in queste ipotesi si finisce col consentire interventi modificativi sulla pena (nel caso dell'art. 673 c.p.p. qualora l'*abolitio criminis* riguardi solo talune delle imputazioni cui si riferisce la condanna irrevocabile), impensabili nel precedente sistema.
Correlativamente il codice vigente, sulla base di una precisa direttiva contenuta nella legge delega, ha inteso ricondurre alla giurisdizione tutte le controversie che possono sorgere nella fase dell'esecuzione penale, sicché va escluso che possa ritenersi un'eventualità eccezionale o anomala, essendo del tutto naturale che il diritto di difesa del condannato trovi piena tutela e facoltà di esercizio anche nella fase dell'esecuzione della condanna penale che, tra l'altro, è quella che maggiormente incide sul primario bene della libertà personale. Per questo motivo nell'attuale sistema non si può più parlare di *"incidente di esecuzione",* ma di "*procedimento di esecuzione*".

Un ulteriore argomento a fortiori della necessità di ritenere in tali casi modificabili le statuizioni relative alla determinazione della pena può essere tratto da quei casi in cui il giudicato è ritenuto modificabile, persino in riferimento alla parte relativa all'accertamento del fatto ed in deroga ai principi tradizionali, in presenza di una violazione alla CEDU accertata da una sentenza della Corte EDU. Come è noto vengono in rilievo in particolare le violazioni ai principi del c.d. giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, in relazione ai quali più volte la Corte di Cassazione ha ritenuto di dover affermare l'ineseguibilità del giudicato, a norma dell'art. 670 c.p.p. e a prescindere da un'espressa disposizione di legge (cfr. Cass., 01.12.2006, n. 2800, rv. 235447, nel caso c.d. *Dorigo*; Cass., 21.02.2008, n. 20633, rv. 239987; ha ritenuto invece applicabile il rimedio di cui all'art. 625-*bis* c.p.p. Cass. 12.11.2008, n. 45807, rv. 241753 nel c.d. caso *Drassich*). Come è noto si tratta di soluzioni fortemente criticate in dottrina soprattutto perché non consentivano di ottenere un effettivo ottemperamento delle decisioni della Corte EDU, rappresentato dalla riapertura del procedimento e provocavano, invece, un anomala paralisi del giudicato. Proprio per tali motivi è intervenuta la Corte Costituzionale con sentenza n. 113 del 2011 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p., per contrasto con l'art. 117 Cost., in riferimento all'art. 46 della CEDU, nella parte in cui non prevede un ulteriore caso di revisione della sentenza al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza della Corte EDU, con ciò comportando una deroga al principio tradizionale per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato, perché i vizi più rilevanti, che finiscono con l'incidere sulle garanzie fondamentali consentono, per il tramite del nuovo caso di revisione, la riapertura del processo, emendandolo dai vizi riscontrati (va peraltro avvertito come la pronunzia della Consulta non sia formalmente limitata alle violazioni del c.d. giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU e possa pertanto ritenersi estensibile anche alla violazione delle regole sostanziali, quando l'obbligo di conformarsi alla sentenza della Corte Edu implichi nuovi accertamenti di fatto). La vicenda è comunque importante perché dimostra che ormai la violazione dei diritti e delle garanzie fondamentali implica necessariamente il superamento dell'intangibilità del giudicato, persino nella parte relativa all'accertamento del fatto.

Alla luce dell'evoluzione normativa ed ordinamentale sopra brevemente tratteggiata si deve quindi radicalmente escludere che la sentenza di condanna irrevocabile possa essere qualificata come *"situazione esaurita"* con riferimento alla determinazione concreta della pena da porre in esecuzione, con la conseguenza che non può in alcun modo porsi come limite all'efficacia retroattiva delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale di norme incidenti solo sul trattamento punitivo, perché sino a quando la pena non è ancora stata interamente eseguita è ancora possibile rivolgersi al giudice dell'esecuzione per le determinazioni del caso.
Se si aggiunge la rilevanza sistematica della modifica intervenuta nel 2006 sull'art. 2 c.p., con l'introduzione dell'attuale comma 3, sopra diffusamente argomentata (cfr. par. 3), si deve necessariamente concludere che l'interpretazione innovativa dell'art. 30, commi 3 e 4 legge n. 87 del 1953, secondo la quale la dichiarazione di incostituzionalità di norme penali incidenti sul trattamento punitivo in senso favorevole al condannato comporta la modifica corrispondente dei giudicati, proposta dalla più recente giurisprudenza della Cassazione anche a Sezioni unite, sia in realtà

imposta dall'evoluzione complessiva proprio del giudicato penale. Non si tratta, pertanto, di una semplice interpretazione letterale, di per sé inidonea a giustificare il mutamento di significato normativo tradizionalmente assegnato alla disposizione, ma di un'interpretazione evolutiva e sistematica imposta dal mutato contesto normativo di riferimento, resa possibile sul piano letterale dall'assenza di riferimenti espliciti in senso contrario.

7. I poteri del giudice dell'esecuzione e l'evoluzione dell'art. 673 c.p.p. (ovvero l'occulta applicazione estensiva e/o analogica).

Chiarito che, alla stregua dell'interpretazione fornita dall'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953, deve essere in via di principio accolta la richiesta di rideterminazione della pena, occorre ora individuare, da un lato, lo strumento processuale a tal fine utilizzabile e, dall'altro, l'ambito dei poteri e della discrezionalità del giudice dell'esecuzione.

Sotto il primo profilo sembra indiscutibile a questo Giudice che la prima norma che viene in considerazione sia l'art. 673 c.p.p. per la vicinanza dei presupposti applicativi e l'identità di *ratio.*
Sul piano dei presupposti applicativi è del tutto evidente la vicinanza tra l'ipotesi della dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice, con effetti abolitivi del reato, espressamente contemplata dall'art. 673 c.p.p. e l'ipotesi della dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale in applicazione della quale è stata pronunziata la sentenza di condanna irrevocabile, con incidenza sul trattamento punitivo in senso favorevole. Le due ipotesi sono entrambe contemplate dall'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953, in base all'innovativa interpretazione che si è proposta e poiché, sul piano sistematico, vi è una stretta correlazione tra le due norme, sembra del tutto ragionevole che l'estensione in via interpretativa della norma sostanziale possa e debba implicare una corrispondente estensione interpretativa della norma processuale. In tal caso, tuttavia, l'estensione non può che avvenire in via analogica perché il tenore letterale fa espresso riferimento alla norma incriminatrice e si pone pertanto il problema di dover superare la comune opinione secondo la quale l'art. 673 c.p.p. sarebbe una norma eccezionale.
Sul piano della *ratio* è evidente che in entrambi i casi si tratta di garantire piena attuazione dei principi di parità di trattamento punitivo e di legalità della pena, impedendo sperequazioni punitive fondate unicamente sul tempo in cui si forma il giudicato, per lo più indipendente dalla condotta del condannato.

Sennonché un esame un poco più approfondito dell'evoluzione interpretativa sviluppatasi nel corso del tempo in riferimento all'art. 673 c.p.p. rivela, a dispetto delle affermazioni astratte e di principio, una progressiva estensione sia dell'ambito applicativo della norma sia degli effetti conseguenti, per lo più alla stregua dei principi dell'interpretazione analogica, anche se spesso occultata da diverse motivazioni.
Nella relazione al progetto preliminare del codice si afferma che la *"la norma non pone particolari problemi interpretativi"*. L'osservazione, decisamene smentita dalla prassi ha evidentemente riguardo ai casi di abolizione integrale del reato e tende a

configurare la norma come il semplice rovescio processuale delle norme sostanziali di cui all'art. 2, comma 2 c.p. e 30, comma 4 legge n. 87 del 1953. Sennonché è sufficiente discostarsi dal caso più semplice e notevoli problemi interpretativi iniziano subito a delinearsi.

Così nei primi anni di vigenza del nuovo codice di procedura si dubitava fortemente che il giudice dell'esecuzione potesse revocare il giudicato in caso di *abolitio criminis* di un solo reato tra quelli oggetto della condanna irrevocabile, in particolare nel caso in cui fosse riconosciuto tra essi il vincolo della **continuazione** e ciò essenzialmente perché la contraria soluzione avrebbe comportato un notevole potere discrezionale in ordine alla determinazione della pena relativa ai reati non aboliti. L'interpretazione indicata era tanto radicata che originò una questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., che venne respinta con sentenza della Consulta n. 96 del 1996.

Nell'occasione la Corte Costituzionale ha anzitutto evidenziato come l'art. 673 c.p.p. *"segna (...) sul piano processuale (...) un reciso mutamento di tendenza rispetto alle prescrizioni dell'art. 2, secondo comma, del codice penale (...) e dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (...), in base alle quali* l'abolitio criminis *(...) non spiega effetti sul giudicato ma esaurisce la sua valenza demolitiva sull'esecuzione della sentenza (...)".* Invece la decisione del giudice dell'esecuzione a norma dell'art. 673 c.p.p. *"viene ad incidere, cancellandola, sulla sentenza del giudice della cognizione".*

Inoltre, la dottrina ha evidenziato come l'ordinanza del giudice dell'esecuzione ha contenuto assolutorio, perché il giudice dichiara che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, ordinando l'annotazione sulla sentenza di condanna (cfr. art. 193 *disp. att.* c.p.p.) e l'eliminazione dell'iscrizione nel certificato del casellario penale.

Ad ogni modo la Corte Costituzionale ritiene erroneo il presupposto interpretativo dal quale muove il giudice remittente, secondo cui l'art. 673 c.p.p. non sarebbe applicabile ai casi di condanne per più reati uniti in continuazione solo alcuni dei quali oggetto di abolizione, affermando espressamene la possibilità di revocare la condanna e rideterminare la pena, non però secondo lo schema della revoca parziale, *"perché, in ogni caso, la sentenza di condanna dovrebbe essere revocata nella sua interezza (...), salvo poi l'esercizio da parte del giudice dell'esecuzione del potere di determinare il residuo della pena inflitta",* che *"costituisce soltanto l'ineludibile conseguenza della revoca del giudicato (...)*, perché *"una volta venuto meno il giudicato nella sua integrità, sarà necessario pervenire ad adottare una nuova statuizione in sede esecutiva da sovrapporre al giudicato di cognizione".*

Ora a prescindere dalla possibilità di configurare in questi casi il potere del giudice dell'esecuzione come effettiva revoca parziale, correlata ai capi della condanna riconducibili all'ipotesi illecita abolita, come non ha mancato di osservare la dottrina, ciò che interessa in questa sede è l'osservazione che il potere di rideterminare la pena da parte del giudice dell'esecuzione è ritenuto compreso nella previsione dell'art. 673 c.p.p., nell'ambito dei provvedimenti conseguenti alla revoca del giudicato che il giudice è chiamato ad adottare. Ed è il caso di rilevare come si tratti di poteri certamente significativi, in particolare nel caso in cui il reato abolito fosse quello più grave, perché a questo punto il reato satellite riacquista la sua autonomia e la relativa pena dovrà essere determinata dal giudice appunto in via autonoma (in particolare, come osservato dalla Cassazione, se il reato satellite, punito con pena pecuniaria, ha determinato il semplice aumento della pena detentiva prevista per il reato più grave, l'abolizione di questo comporta la necessità di applicare per il primo la pena

pecuniaria per esso previsto: cfr. Cass., 07.03.1995, n. 1412, rv. 200920). E' bensì vero che l'ambito di discrezionalità del giudice dell'esecuzione si riduce sensibilmente qualora il giudice di cognizione avesse osservato alla lettera le prescrizioni dell'art. 533, comma 2 c.p.p., secondo le quali in caso di condanna per più reati *"il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene o sulla continuazione"*. Infatti, in tal caso, il giudice dell'esecuzione sarà chiamato semplicemente a mantenere ferma la pena già indicata dal giudice della cognizione, prima del riconoscimento della continuazione. E' ben noto tuttavia che nella prassi questa indicazioni vengono in sentenza spesso omesse e, pertanto, sarà il giudice dell'esecuzione a dover provvedere alla determinazione della pena in via autonoma, come in ogni caso dovrà fare in riferimento ad eventuali ulteriori reati satelliti sopravissuti all'abolizione.
Nel compiere questa operazione il giudice dell'esecuzione sarà chiamato ad applicare le comuni regole in tema e, in particolare, l'art. 133 c.p., con inevitabile rivalutazione del merito, ma senza possibilità di modificare il fatto accertato in sentenza, anche solo con riferimento al riconoscimento delle circostanze ed al loro bilanciamento, salva solo la possibilità di non considerare l'eventuale aggravante che deriva dal rapporto tra il reato abolito e quello rimasto in vigore, come ad es. quella prevista dall'art. 61 n. 2 c.p., perché altrimenti si manterrebbe un effetto penale del reato abolito, in chiara violazione dell'art. 2, comma 2 c.p.
Per concludere questo aspetto onestà intellettuale impone di sottolineare come la Corte Costituzionale ha anche affermato che *"gli interventi* in executivis *sulla pronuncia del giudice della cognizione costituiscono l'espressione di un potere eccezionalmente conferito dalla legge e, come tale, non suscettibile di applicazione analogica"*. Va, tuttavia, osservato, come si tratti essenzialmente di un mero *obiter dictum*, per nulla necessario ai fini della decisione assunta e riferita piuttosto alla non applicabilità al caso di revoca del giudicato rappresentato da una sentenza di patteggiamento, dell'art. 188 *disp. att.* c.p.p.

Un altro aspetto rimasto molto controverso sino al 2006 attiene alla possibilità di concedere la **sospensione condizionale della pena**, sia nel caso di revoca di condanne che fossero risultate preclusive della concessione del beneficio in altre condanne sia nel caso in cui la revoca parziale abbia rideterminato la pena, originariamente superiore ai limiti previsti per la concessione del beneficio, al di sotto di detti limiti.
Per molto tempo l'interpretazione prevalente è rimasta assestata in senso negativo sulla base dell'intangibilità del giudicato e del rilievo che questa possibilità è prevista solo dall'art. 671 c.p.p. e non dall'art. 673 c.p.p. e che la disposizione della prima norma non è estensibile alla seconda in via analogica, trattandosi di norma eccezionale.
Sulla base di questa interpretazione è stata sollevata un'ulteriore questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. che, però, è stata dichiarata manifestamene inammissibile con sentenza n. 211 del 2005, sulla base del rilievo che *"il giudice – quanto meno in assenza di un orientamento consolidato – ha il dovere di seguire l'interpretazione da lui ritenuta più adeguata ai principi costituzionali, configurandosi, altrimenti, la questione di costituzionalità quale improprio strumento*

volto ad ottenere l'avvallo della Corte a favore di una determinata interpretazione della norma".

La questione è stata poi risolta dalle Sezioni Unite (sentenza 20.12.2005, n. 4678, rv. 232610) che hanno definitivamente affermato questa possibilità, osservando come la contraria interpretazione *"lascia persistere la precedente valenza ostativa della sentenza poi revocata, ponendosi in aperta collisione col precetto sancito"* dall'art. 2, comma 2 c.p. Nell'occasione le Sezioni Unite respingono la proposta, avanzata da precedenti sentenze, di estendere in via analogica il rimedio previsto dall'art. 671 c.p.p. al diverso caso di cui all'art. 673 c.p.p., ritenendola preclusa dalla pretesa natura eccezionale dell'art 671 c.p.p., *considerato che (...) l'immodificabilità del giudicato corrisponde ad un principio generale dell'ordinamento derogabile solo nei casi previsti dalla legge"*, finendo col ricondurre nei provvedimenti conseguenti la concessione della sospensione condizionale della pena valorizzando, in tal caso, le deroghe all'intangibilità del giudicato ed osservando che l'art. 673 c.p.p. implica l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di adottare tutte le misure occorrenti per la totale rimozione degli effetti penali della condanna. All'obiezione fondata sulla supposta assenza di poteri valutativi del giudice dell'esecuzione, le Sezioni Unite replicano richiamandosi, da un lato, a quella parte della giurisprudenza di legittimità che ammette che il giudice dell'esecuzione, *"pur non potendo ricostruire la vicenda per cui vi è stata condanna in termini diversi da quelli definiti con la sentenza irrevocabile (...) ha il potere di far emergere dal quadro probatorio già acquisito elementi divenuti determinanti, alla luce del diritto sopravvenuto (...) e di compiere proprie autonome valutazioni (...) anche se necessario, mediante l'esame degli atti processuali"* e, dall'altro, all'art. 665, comma 5 c.p.p. *"che autorizza il giudice dell'esecuzione a acquisire documenti e le informazioni necessarie e, quando occorre, ad assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio".* Infine le Sezioni Unite precisano che il potere riconosciuto al giudice dell'esecuzione di concedere la sospensione condizionale della pena *"ha una funzione meramente integrativa del titolo esecutivo"*, nel senso che può operare solo nel caso in cui *"l'unico motivo della mancata applicazione del beneficio è identificabile non nella presenza di una valutazione prognostica sfavorevole della pericolosità dell'imputato, ma nel solo effetto preclusivo della sentenza di condanna successivamente revocata".*

Anche in tal caso, pertanto, l'estensione dell'art. 673 c.p.p. è formalmente ottenuta non attraverso l'analogia ma la valorizzazione dei provvedimenti conseguenti.

Sul punto va solo osservato come nel caso di specie sia seriamente contestabile l'impossibilità dell'estensione analogica dell'art. 671 c.p.p., tenuto conto, da un lato, che la disciplina del reato continuato era già stata ritenuta dalle Sezioni Unite penali e dalla Core Costituzionale, come si è visto, in grado di porsi come un limite o una deroga del giudicato, ancor prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura, evidentemente non sulla base di un'allora inesistente norma eccezionale, ma di principi generali, quali il principio di legalità e di parità di trattamento punitivo che certamente stanno alla base dell'attuale art. 671 c.p.p. e, dall'altro, che le deroghe al giudicato espressamente previste sono tante e tali da imporre di considerare l'intangibilità del giudicato, a tutto voler concedere, come semplicemente tendenziale, quando non si debba addirittura affermare la tendenziale tangibilità, con riferimento al c.d. giudicato sulla pena.

D'altra parte merita pure di essere evidenziato come la concessione della sospensione condizionale della pena, se con riferimento ai presupposti formali (limiti di pena, precedenti concessioni del beneficio, precedenti condanne) può effettivamente essere considerata un provvedimento conseguente, perché la revoca della condanna elimina preclusione prima esistenti, assai difficilmente può qualificarsi in questi termini con riferimento ai presupposti discrezionali. La prognosi favorevole sul futuro comportamento del condannato, infatti, non può certo ritenersi una mera conseguenza della revoca di alcune condanne, ma necessariamente deve fondarsi su un'autonoma valutazione del giudice dell'esecuzione degli usuali elementi utilizzati a tal fine anche in sede cognitiva. Nulla esclude, in particolare, che il giudice formuli una prognosi negativa sulla base della gravità dei reati oggetto di condanna, sui motivi a delinquere, sull'intensità del dolo e così via.

Ma è con riferimento al **presupposto applicativo** dell'abolizione del reato che l'art. 673 c.p.p. ha mostrato un'intrinseca capacità di estensione in via analogica.
Il caso più semplice e recente che viene in considerazione attiene alla **disapplicazione della norma incriminatrice** per contrasto col diritto comunitario, così come accertato da una sentenza della Corte di giustizia. In tali casi, benché gli effetti della disapplicazione siano assimilabili a quelli dell'abolizione del reato, va escluso che vi sia coincidenza tra le due fattispecie, perché la norma incriminatrice che deve essere disapplicata certamente non è abrogata per il solo fatto di essere stata ritenuta contraria al diritto comunitario, tanto è vero che è suscettibile di tornare automaticamente applicabile nel caso di mutamento del diritto comunitario ovvero di uscita dell'Italia dall'Unione. Sul pianto delle fonti, pertanto, abrogazione della norma incriminatrice e disapplicazione per contrasto col diritto comunitario costituiscono fenomeni distinti e, pertanto, l'applicazione alla seconda dell'art. 673 c.p.p. non può che avvenire in via analogica, come la giurisprudenza di legittimità non ha mancato di rilevare (cfr. Cass., 06.03.2008, n. 21579, rv. 239961; preferiscono parlare di "*interpretazione estensiva*", ma senza significative differenze Cass., 29.04.2011, n. 20130, rv. 250041; Cass. 28.04.2011, n. 24009, rv. 250342; Cass., 12.04.2012, n,. 14276, rv. 252235).
Anche con riferimento all'**abolizione parziale** o a seguito della riformulazione della fattispecie si pongono delicati problemi interpretativi, in particolare con riferimento ai poteri del giudice dell'esecuzione riguardo all'accertamento se il caso oggetto della condanna sia riconducibile alle ipotesi depenalizzate ovvero che costituiscono ancora reato, come i casi del referendum abrogativo del 1993 in materia di stupefacenti, che ha depenalizzato le condotte di detenzione ad uso personale, della riforma dei reati societari e fallimentari e della riformulazione della nuova fattispecie di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p. hanno reso manifesto.
Al riguardo è noto come una diffusa opinione ritenga precluso al giudice dell'esecuzione l'esame delle prove dovendosi limitare ad interpretare il giudicato per verificare se il caso oggetto di giudizio rientri oppure no nella depenalizzazione. Sennonché la circostanza che l'elemento normativo sopravvenuto fosse irrilevante al momento della decisione rende in concreto marginali i casi in cui dalla motivazione della sentenza siano evincibili, in un senso o nell'altro, elementi di giudizio dirimenti (si può fare un caso in cui il giudice della cognizione per motivare la determinazione concreta della pena accerti la destinazione all'uso personale o allo spaccio, pur

all'epoca irrilevante ai fini dell'integrazione del reato) ed allora alla stregua dell'indirizzo interpretativo in esame resta incerto se si debba procedere senz'altro alla revoca ovvero si debba rigettare il ricorso.
A ben vedere l'opinione che limita i poteri istruttori del giudice dell'esecuzione, imponendogli di considerare e di interpretare esclusivamente la sentenza, da un lato si pone in chiaro contrasto con la lettera della legge e, in particolare, dell'art. 666, comma 5 c.p.p. che chiaramente attribuisce ampli poteri istruttori al giudice dell'esecuzione, come hanno riconosciuto anche le Sezioni Unite nella sentenza sopra esaminata e, dall'altro, confonde due piani distinti: quello dell'ambito dell'accertamento ammissibile in sede esecutiva e quello dei poteri istruttori. Poiché il procedimento di esecuzione non è strutturato, salvo casi particolari, come un anomalo mezzo di impugnazione e la competenza del giudice dell'esecuzione trova al tempo stesso fondamento e limiti nel giudicato, è certo che non è consentito in fase esecutiva riesaminare temi ricostruttivi affrontati in giudizio. Se il tema rilevante in sede esecutiva è stato affrontato e risolto in sentenza il relativo accertamento resta vincolante per il giudice dell'esecuzione che, pertanto, non lo può modificare ed è tenuto a mantenere ferma la complessiva ricostruzione storica effettuata in sede di cognizione. Ma se il tema non è stato affrontato non vi è alcuna plausibile ragione di ipotizzare in via generale limiti dei poteri istruttori in contrasto con la lettera della legge, una volta chiarito che l'accertamento ammissibile attiene a temi non trattati in sede cognitiva e, pertanto, in funzione meramente integrativa e non sostitutiva del giudicato (per l'ammissibilità dell'esame degli atti istruttori cfr. Cass., 10.03.2003, n. 22539, rv. 226196; Cass., 24.05.2002, n. 23243, rv. 221646; Cass. 29.05.1966, n. 1397, rv. 205415; in senso contrario cfr. Cass., 05.07.2005, n. 27300, rv. 232002; Cass., 17.02.2005, n. 13404, rv. 231260). La contraria opinione sembra ipotizzare una sorta di clausola di salvaguardia sul piano dei poteri istruttori per assicurare che il giudice dell'esecuzione non esorbiti dalle proprie competenze. Così facendo, però, si finisce, alternativamente, col negare la tutela giurisdizionale nella fase esecutiva in casi in cui la legge la prevede ovvero di ammetterla senza gli indispensabili accertamenti e, pertanto, anche nei casi in cui andrebbe esclusa.
Ciò che, tuttavia, più preme sottolineare è che nei casi più complessi, in cui l'abolizione parziale consegue ad una complessiva riformulazione della fattispecie incriminata, spesso compiuta con l'aggiunta di ulteriori elementi di rilevanza penale, l'accertamento di questi nuovi elementi, nel rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa dell'imputato, implica una loro formale previa contestazione che, evidentemente, non può trovare spazio in sede esecutiva. La conseguenza è che in questi casi, mentre nei processi pendenti in fasi in cui sia consentita un'integrazione della contestazione, si potrà pervenire ad una condanna per il nuovo reato riformulato, sulla base di un accertamento in contraddittorio anche dei nuovi elementi aggiuntivi richiesti, distinguendo i fatti concreti rientranti nell'abolizione del reato da quelli che hanno mantenuto rilevanza penale, nei processi già chiusi con sentenza irrevocabile non rimane che concludere che il fatto, per come è stato accertato in sede cognitiva (ossia in assenza dei requisiti aggiuntivi richiesti dalla nuova norma), non è più previsto dalla legge come reato e, pertanto, occorre disporre sempre la revoca della condanna a norma dell'art. 673 c.p.p., salva l'ipotesi del tutto marginale che questi elementi, benché normativamente irrilevanti al tempo della decisione, abbiano formato oggetto di un accertamento nel giudizio di cognizione rispetto al quale la

parte abbia avuto modo di difendersi (cfr. Cass., 05.04.2004, n. 26859, rv. 229864, in materia di bancarotta fraudolenta impropria e di false comunicazioni sociali, con particolare riferimento al nuovo elemento delle soglie di punibilità e, per i processi pendenti in Cassazione, Cass. Sez. Un., 26.03.2003, n. 25877, rv. 224606).
In buona sostanza l'interagire del principio del contraddittorio e della correlazione tra fatto contestato e fatto oggetto di condanna, comporta che in questi casi la revoca della condanna a norma dell'art. 673 c.p.p. finisce per intervenire anche nelle ipotesi in cui sia predicabile la permanenza della rilevanza penale del fatto e ciò perché i nuovi elementi aggiuntivi di rilevanza penale non possono essere più, in concreto, contestati ed accertati. Si è cioè dimostrato che vi sono specifiche ipotesi in cui l'art. 673 c.p.p. deve trovare applicazione anche a casi in cui, sul piano sostanziale, non sussiste il presupposto dell'*abolitio criminis* ma un vera e propria continuità normativa.

Alla luce dei rilievi che precedono si deve concluere che l'art. 673 c.p.p. non sia affatto norma eccezionale ma sia, al contrario, espressione di principi generali, quali il principio di legalità delle pene e di parità di trattamento punitivo, che si contrappongono al principio di intangibilità del giudicato e che devono trovare con esso un giusto bilanciamento, anche in via interpretativa.
Questi rilievi legittimano pienamente un'applicazione analogica al caso in esame, sussistendo entrambi i presupposti della lacuna normativa e dell'*eadem ratio.*
Riguardo alla lacuna normativa si è già argomentato come essa non possa essere esclusa sulla base dell'interpretazione tradizionale dell'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953, perché si è dimostrata la sua incompatibilità col successivo evolversi dell'ordinamento che, in particolare, esclude possa ritenersi il c.d. giudicato sulle pene una situazione esaurita, non suscettibile di ulteriore valutazione giudiziale. Sotto il secondo profilo, appare indiscutibile che anche nel caso in cui sia necessario sostituire la pena irrogata in sede cognitiva sulla base di una norma incostituzionale con una pena in applicazione della norma legittima, sussiste la medesima esigenza di garantire il pieno rispetto del principio di legalità delle pene e di parità di trattamento, anche nella fase esecutiva, che giustifica il rimedio nei casi espressamente previsti di *abolitio criminis.*
Né sembra dirimente l'obiezione della dottrina in base alla quale l'estensione analogica non sarebbe consentita perché in questo caso non si estende semplicemente il rimedio previsto dall'art. 673 c.p.p., rappresentato dalla revoca della condanna irrevocabile con eliminazione di tutti gli effetti, a casi non previsti ma simili, ma si legittima una modifica contenutistica del giudicato, con rideterminazione della pena, ossia si configura un rimedio non previsto per un caso pure non previsto. L'obiezione può essere superata attraverso il riferimento al concetto di revoca parziale per quei casi in cui sia individuabile una porzione di pena riferibile alla norma dichiarata incostituzionale, come ad es. avviene con riferimento alla dichiarazione di illegittimità dell'aggravante della clandestinità, perché è sufficiente eliminare l'aumento di pena riconosciuto in sentenza in relazione all'aggravante illegittima. Nei casi in cui ciò non sia possibile, non essendo individuabile una porzione di pena direttamente riconducibile alla norma illegittima si può superare il problema attraverso il meccanismo suggerito da Corte Cost. n. 96 del 1996, ossia ipotizzare una revoca integrale della condanna, perché pronunciata in applicazione di una norma illegittima,

seguita da una successiva rideterminazione della pena sulla base della norma legittima, quale provvedimento conseguente alla revoca, reso necessario perché il fatto oggetto della condanna ha mantenuto rilevanza penale. Più in particolare, va osservato come nel caso in esame l'intera determinazione della pena è fondata sulla norma dichiarata incostituzionale e ciò sembra imporre una revoca integrale di questa valutazione ed una sua sostituzione di una nuova determinazione della pena, in applicazione della norma legittima.
D'altra parte va pure osservato come la dottrina qui criticata, pur escludendo la possibilità di applicazione analogica, riconosce la necessità di ricondurre a legittimità le pene determinate alla stregua della norma incostituzionale e che la via mastra è costituita dall'art. 673 c.p.p., che andrebbe esteso non in via interpretativa ma a mezzo di un intervento additivo della Corte Costituzionale. Andrebbe cioè sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non consente gli interventi modificativi sul giudicato auspicati. Si deve riconoscere che questa soluzione ha piena dignità teorica ma ad essa si oppone, da un lato, l'argomentata e convinta interpretazione secondo la quale, invece, è possibile estensione analogica della norma e, dall'altro, il rilievo che con ogni probabilità una questione di legittimità costituzionale siffatta non supererebbe il vaglio di ammissibilità, alla luce del prevalente orientamento giurisprudenziali, espresso anche con pronunzie delle Sezioni Unite, secondo il quale in tali casi la modifica del giudicato è comunque possibile, a prescindere dall'art. 673 c.p.p., facendo leva sui poteri generali propri del giudice dell'esecuzione ovvero del rimedio residuale di cui all'art. 670 c.p.p.
Sul punto preme ancora rilevare che il problema dello strumento processuale attivabile non costituisce una questione meramente teorica e di correttezza formale di motivazione, ma ha dirette conseguenze operative. In particolare solo ammettendo l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p. consegue senza difficoltà la possibilità di concedere la sospensione condizionale, quando la pena sia determinata entro i limiti previsti dall'art. 163 c.p. e non sia stata esclusa al giudice della cognizione sulla base di una prognosi sfavorevole, perché va escluso che il potere di concedere il beneficio sia compreso nei poteri generali del giudice dell'esecuzione ovvero nel rimedio previsto dall'art. 670 c.p.p. Se poi, invece, pur dichiarando che non si fa applicazione dell'art. 673 c.p.p. ma si ammette la possibilità della sospensione condizionale della pena, come fanno alcuni precedenti di merito sopra esaminati, si deve concludere che si finisce con applicare l'art. 673 c.p.p. sotto mentite spoglie.

8. Conclusioni.

Prima di trarre le conclusioni del discorso svolto e procedere senz'altro alla decisione del ricorso, va precisato come la possibilità di rideterminare la pena alla stregua della norma costituzionalmente legittima che è tornata in vigore dopo la dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata in sentenza, è stata sopra argomentata per lo più sul piano dell'interpretazione della legislazione ordinaria e, in particolare, ritenendo che il giudicato penale sulla determinazione della pena non costituisca, allo stato attuale dell'evoluzione del diritto, una situazione esaurita.
Ciò, tuttavia, non significa che si ritenga irrilevanti **i principi costituzionali e convenzionali** pertinenti che ben possono essere richiamati per qualificare

l'interpretazione proposta come interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme.
In particolare, la contraria interpretazione rischia di porre seri problemi di compatibilità anzitutto col principio di legalità delle pene previsto sia dall'art. 25, comma 2 Cost. che dell'art. 7 della CEDU, perché consente l'esecuzione di una pena priva di fondamento legale. In effetti nessuno può dubitare che il principio di legalità delle pene postula una legge pienamente valida ed efficace, mentre una legge incostituzionale, per quanto apparentemente in vigore al momento della sentenza, appare radicalmente inidonea a garantire la piena osservanza del principio. E' bensì vero che le disposizioni di legge incostituzionali, prima della loro dichiarazione di incostituzionalità, sono formalmente in vigore ed efficaci e che proprio per questo motivo nessuno può essere sanzionato per la loro osservanza, ma ciò non toglie che, in quanto viziate e contrastanti con la Costituzione, non avrebbe mai dovuto trovare applicazione in giudizio. Infatti al cospetto di una norma incostituzionale, il giudice che ravvisi il vizio, se non può direttamente disapplicarla non può neppure applicarla, ma ha l'obbligo di sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale e, una volta pronunziata l'incostituzionalità, dovrà risolvere il caso sottoposto a suo giudizio prescidendo totalmente da essa ed applicando la diversa norma legittima ritenuta idonea a regolare il caso. Pertanto, se così fossero andate le cose in occasione della prima applicazione giudiziale della norma illegittima il problema oggi in esame non si porrebbe perché non esisterebbero sentenze irrevocabili fondate sulla norma incostituzionale. Il fatto che per circa 8 anni si sia fatta applicazione di una norma radicalmente incostituzionale non può certo andare a detrimento dei condannati.
Sul piano del diritto interno la contraria interpretazione rischia di porsi in conflitto anche con la garanzia della riserva di legge, pure prevista dall'art. 25, comma 2 Cost., atteso il particolare vizio di incostituzionalità ravvisato dalla Corte Costituzionale. Si è visto, infatti, come la norma applicata sia stata adottata in una situazione di carenza di potere legislativo da parte del Parlamento e, pertanto, anche questa garanzia fondamentale sarebbe violata se si consentisse l'esecuzione di una pena prevista da una norma approvata violando le regole previste in materia dalla Costituzione (nella specie l'art. 77 Cost. riguardo alle leggi di conversione di decreti legge).
Infine risulterebbe violato anche il principio della necessaria finalità rieducativa della pena, di cui all'art. 27, comma 2 Cost., perché non può ipotizzarsi alcuna finalità rieducativa in relazione ad una pena prevista da una norma illegittima per contrasto con la Costituzione.
Viceversa allo stato non sembra possibile richiamare, ai medesimi fini, il principio della *lex mitior*, perché è ancora considerato dalla prevalente interpretazione, pur dopo l'indiscutibile salto di qualità conseguente alla sentenza *Scoppola* della Corte EDU che consente la sua copertura costituzionale non solo dall'art. 3 ma anche dall'art. 117 Cost., ancora estraneo all'art. 25, comma 2 Cost. e, come tale, non inderogabile ma bilanciabile con opposti principi, quali in particolare il giudicato.
Resta comunque il fatto che l'esecuzione di una pena detentiva in violazione dei principi in precedenza citati e, in particolare, del principio di legalità delle pene rischia di comportare la violazione di un diritto fondamentale del condannato, quale certamente è quello di subire una pena che abbia un effettivo e non soltanto apparente fondamento legale. Poiché si tratta di una violazione che ben potrebbe essere azionata avanti alla Corte di Strasburgo, per violazione dell'art. 7 della CEDU, si deve

concludere che l'interpretazione proposta sia non solo costituzionalmente ma anche convenzionalmente conforme. In effetti la dottrina non ha mancato di osservare come le violazioni di un diritto umano non diventano tali solo a seguito del riconoscimento da parte della Corte EDU, ma lo sono a prescindere da questo e come il giudice ordinario è il primo garante dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione ed è tenuto ad interpretare il diritto interno, nei limiti in cui ciò sia reso possibile dal tenore letterale delle singole disposizioni di legge, in modo da escludere qualsiasi violazione di diritti fondamentali e da prevenire, pertanto, i ricorsi a Strasburgo.

Ciò chiarito, la rideterminazione della pena dovrà anzitutto essere compiuta rispettando l'accertamento del fatto compiuto in sentenza, non solo con riferimento agli elementi costitutivi del reato ma anche al riconoscimento delle circostanze e del loro bilanciamento, trattandosi di temi che non possono essere rimessi in discussione, come si è visto, in sede esecutiva e che, per di più, non sono minimamente intaccati dalla pronunzia di incostituzionalità. In altri termini il fatto che occorra dare applicazione di più favorevoli limiti edittali di pena non implica affatto debba essere intaccato anche l'accertamento del fatto compiuto in sentenza.
Con riferimento alla determinazione della pena base, ritiene questo giudice che la necessità di fare applicazione di una diversa norma con diversi limiti edittali di pena imponga un nuovo ed autonomo esercizio del potere discrezionale della pena sulla base degli usuali criteri di cui all'art. 133 c.p. In buona sostanza il giudice deve applicare la pena, con i più favorevoli limiti edittali, al fatto così come accertato in sentenza, in via del tutto autonoma sulla base delle valutazioni che avrebbe compiuto in sede cognitiva, senza essere in alcun modo vincolato dalle determinazioni compiute in merito in sentenza, perché inevitabilmente condizionate dalle diverse cornici edittali allora applicabili. In particolare è noto che la cornice edittale della pena detentiva da 6 a 20 anni di reclusione fosse nella prassi avvertita, specialmente con riguardo alle droghe leggere, come eccessivamente rigorosa e ciò ha determinato la fissazione delle pena base in conformità del limite edittale minimo in via pressoché generalizzata, anche con riferimento a casi per i quali fosse facilmente argomentabile una gravità oggettiva ben superiore al minimo. Solo per i casi particolarmente gravi, in via del tutto eccezionale, ci si discostava dal minimo edittale, normalmente in modo non particolarmente rilevante.
Dovendo ora applicare limiti edittali decisamente più congrui è ragionevole assumere che il limite edittale minimo, passato da 6 a 2 anni per la pena detentiva, possa essere considerato congruo per un numero minore di fatti, realmente corrispondenti ai fatti di minore rilevanza, con la conseguenza che tutti gli altri casi in precedenza comunque ricondotti al minimo ben possono essere puniti con pene base superiori al minimo. Il fatto poi che in precedenza il minimo edittale, con riferimento alla pena base, assorbisse quasi la totalità dei fatti, alcuni dei quali decisamene gravi, porta alla conclusione che non si possa a priori escludere che una ridotta classe di questi casi meriti ora la pena edittale massima pari a 6 anni, corrispondente al minimo applicato in sentenza, con conseguente mantenimento della stessa pena anche in fase esecutiva.
Con ciò si presta adesione a quei precedenti di merito che riconoscono in capo al giudice di esecuzione un autonomo potere discrezionale di determinazione della pena e che escludono la necessità di prevedere una pena base corrispondente al limite minimo, solo perché il giudice della cognizione aveva in tal modo quantificato la pena

base (cfr. GIP di Pisa 15.04.2014). Solo in questo modo si garantisce compiuta attuazione al principio di legalità delle pene e di parità di trattamento punitivo perché si garantisce l'applicazione di una pena corrispondente a quella che conseguirebbero se il processo si facesse ora, mentre i vari criteri automatici proposti, nel tentativo di mantenere ferme le determinazioni del giudice della cognizione anche in punto di determinazione della pena, entro i militi edittali previsti, non convincono perché la determinazione concreta della pena non può mai essere mera attuazione di criteri matematici. Tra l'altro rischiano di garantire abnormi sconti di pena, non considerando che in molti casi il giudice dell'esecuzione ha applicato il limite minimo edittale solo perché dalla legge fissato a 6 anni di reclusione, mentre se ne sarebbe discostato qualora avesse avuto a disposizione l'attuale limite minimo di 2 anni. Questa conclusione è pienamente conforme alla constatazione che l'individuazione della pena base entro i limiti edittali non è mai operazione neutra ma è sempre condizionata dalla pena in astratto prevista, sicché la valutazione può cambiare col mutare dei limiti edittali previsti dalla legge.
Viceversa possono condizionare le valutazioni del giudice dell'esecuzione le eventuali argomentazioni del giudice della cognizione nel momento in cui ha fatto applicazione dei criteri di cui all'art. 133 c.p., ad es. sulla gravità oggettiva del reato commesso, sull'intensità del dolo, sui motivi a delinquere, sulla condotta contemporanea o susseguente al reato ovvero sulle condizioni di vita individuale, familiare e sociale e così via, trattandosi di circostanze che comunque rientrano nell'accertamento del fatto.
Poste queste premesse, nel caso di specie vanno anzitutto concesse le circostanze attenuanti generiche, già riconosciute in sentenza, prevalenti alla contestata aggravante, mentre non potrà essere concessa la circostanza attenuante del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990, non essendo stata concessa in sentenza. Riguardo alla determinazione della pena base, va osservato come i due reati per i quali il ricorrente è stato condannato non possono considerarsi particolarmente gravi, almeno dal punto di vista strettamente oggettivo, in considerazione dei minimi quantitativi di sostanze stupefacenti ceduti nelle singole occasioni. Tuttavia il fatto che non sia stata riconosciuta la circostanza attenuante del fatto di lieve entità, di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990 ed il fatto che le circostanze attenuanti generiche siano state giustificate non con riferimento alla scarsa gravità oggettiva dei reati commessi ma alla condotta di collaborazione tenuta successivamente, mostra come siano stati ritenuti comunque di una certa gravità, evidentemente sia in considerazione della reiterazione della condotte di cessione poste in essere, indicativa di uno stabile inserimento del condannato negli ambienti del traffico clandestino di stupefacenti, sia del coinvolgimento di minori che ha originato la contestazione della circostanza aggravante di cui all'art. 80 d.P.R. n. 309 del 1990. Ne deriva che la pena base dovrà essere fissata in prossimità al nuovo limite edittale minimo ma non in assoluta corrispondenza di esso.
Alla luce di tutte queste considerazione stimasi equa, in applicazione dei criteri tutti di cui all'art. 133 c.p., la pena di anni 1 e mesi 4 di reclusione ed € 4 mila di multa, così determinata:
pena base anni 2 e mesi 6 di reclusione ed € 7,5 mila di multa (in luogo della pena di anni 6 di reclusione ed € 27 mila di multa ritenuta in sentenza), ridotta per la concessione delle circostanze attenuanti generiche ad anni 1 e mesi 8 di reclusione ed

€ 5 mila di multa, aumentata per la continuazione ad anni 2 di reclusione ed € 6 mila e ridotta nella misura sopra indicata per il rito.
L'aver rideterminato la pena al di sotto della soglia dei 2 anni di reclusione legittima la concessione della sospensione condizionale della pena, dovendosi ritenere che il condannato si asterrà dal commettere ulteriori reati, considerano la non particolare gravità dei reati posti in essere, l'assenza di ulteriori precedenti penali avendo il condannato riportato solo questa condanna ed in assenza di un qualsiasi elemento dal quale poter desumere la sua pericolosità sociale. La concessione del beneficio comporta l'immediata liberazione del condannato se non detenuto per altra causa.
In conclusione va disposta la revoca della sentenza di applicazione della pena del GIP di Rovereto del 25.07.2013, irrevocabile il 01.10.2013 limitatamente alla pena applicata, la rideterminazione della pena nei termini sopra indicata, la concessione del beneficio della sospensione condizionale della nuova pena applicata e l'immediata liberazione del ricorrente.

PQM

Letto l'art. 673 c.p.p.;

1. Revoca la sentenza del GIP di Rovereto del 25.07.2013, irrevocabile il 01.10.2013 di applicazione su richiesta delle parti, a norma degli artt. 444 ss. c.p.p., della pena di anni 2, mesi 8 e giorni 20 di reclusione ed € 14.000,00 di multa nei confronti di S.A., limitatamente alla pena come sopra determinata.

2. Ridetermina la pena in anni 1 e mesi 4 di reclusione ed € 4.000,00 di multa.

3. Concede il beneficio della sospensione condizionale della suddetta pena e, per l'effetto, ordina l'immediata liberazione del condannato se non detenuto per altra causa.

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di competenza e di annotare il presente provvedimento sulla sentenza a norma dell'art. 193 disp. att. c.p.p.

Rovereto, 17 aprile 2014.

IL GIUDICE DELL' ESECUZIONE
(dott. Riccardo Dies)