

S.S.M.

**Struttura Didattica Territoriale
del Distretto della Corte di Appello di Torino
Settore Penale**

**“I reati in materia di stupefacenti dopo i recenti interventi del legislatore e
della Corte Costituzionale: problemi interpretativi e applicativi”**

(Torino, 4 giugno 2014)

I riflessi sulle sentenze passate in giudicato

(Andrea Natale)

(Sommario; per chi vuole andare all'essenziale: paragrafi 1-5: questione “SE” Toccare i giudicati; paragrafo 6: “COME” toccare i giudicati)

1. LO “STUPEFACENTE” SUDOKU DELLA NORMATIVA PENALE SUGLI STUPEFACENTI.	2
2. IL GIUDICATO. L’ART. 673 C.P.P. E L’ART. 30 LEGGE N. 87/1953.	3
2.1. LA NATURA E GLI EFFETTI DELLE SENTENZE DI ACCOGLIMENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE	4
2.2. (SEGUE): IN MATERIA PENALE	6
3. LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 32/2014 E LE QUESTIONI “FACILI”	7
4. LE QUESTIONI DIFFICILI	10
5. PRIMA QUESTIONE: “SE” INTERVENIRE. TRE TESI	11
5.1. LA TESI NEGATIVA: INTANGIBILITÀ DEI GIUDICATI	11
5.2. (SEGUE): LE RAGIONI COSTITUZIONALI PER “TOCCARE” IL GIUDICATO	14
5.2.1. (segue): l’intangibilità del giudicato e la cd. saga dei fratelli minori di Scoppola	16
5.2.2 (segue): la tesi intermedia: esistenza di una lacuna; questione di legittimità costituzionale	18
5.2.3. (segue): la tesi affermativa: la permeabilità del giudicato	19
5.2.4. (segue): Le sezioni unite GATTO del 29.5.2014. Nuovi scenari	23
6. SECONDA QUESTIONE: “COME” INTERVENIRE. TRE POSSIBILITÀ	25
6.1. INESEGUIBILITÀ DELLA PENA ECCELENTE	27
6.2. RIDETERMINAZIONE DELLA PENA IN MISURA PROPORZIONALE ALLE DETERMINAZIONI ASSUNTE IN SEDE DI COGNIZIONE	28
6.3. LA RIDETERMINAZIONE DELLA PENA	30
6.3.1. Come rideterminare la pena nei patteggiamenti?	33
6.3.2. E la sospensione condizionale della pena non concessa?	34
7. CONCLUSIONI?	35

1. Lo “stupefacente” SUDOKU della normativa penale sugli stupefacenti.

Negli ultimi mesi – da dicembre 2013 ad oggi – si è determinata – in materia di disciplina penale degli stupefacenti – una straordinaria (“stupefacente”) stratificazione di “eventi”:

- il d.l. n. 146/2013 (conv. in legge n. 10/2014) modifica l’art. 73, comma 5, DPR 309/90;
- la sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 dichiara illegittima la cd. *Fini-Giovanardi*, ripristinando il vigore dell’originario testo dell’art. 73 DPR 309/90 (versione cd. *Iervolino-Vassalli*), comunque già modificata dal d.l. 146/2013, cit.;
- il d.l. 36/2014 (e la legge di conversione n. 79/2014) intervengono di nuovo sull’art. 73, comma 5, DPR 309/90.

Farò riferimento talora – per pura comodità espositiva – alle diverse versioni dell’art. 73 D.P.R. n. 309/1990 utilizzando la denominazione *mediaticamente* in uso (es. “versione Iervolino-Vassalli”; “versione Fini-Giovanardi”; “versione svuota-carceri”). Di seguito si azzarda un tentativo di fotografare nel tempo la stratificazione di interventi. Lo specchietto che segue fotografa in modo nitido la stratificazione (e la complessità del Sudoku).

IL SUDOKU degli stupefacenti

(attenzione: come in ogni *sudoku* può esserci l’errore...)

	Versione IERVOLINO – VASSALLI (in vigore sino al 27.2.2006)	Versione FINI GIOVANARDI (in vigore dal 28.02.2006, poi dichiarata incostituz.)	ART. 2 D.L. n. 146/2013 (CD. SVUOTA-CARCERI , in vigore dal 24.12.2013)	Post-Corte Costituzionale n. 32/2014 (pubblicata in GU il 5.3.2014)	Il d.l. 36/2014 , conv. in legge con legge n. 79/2014 (modifica inserita in sede di conversione; in vigore dal 21.5.2014)	La fattispecie oggi in vigore per i fatti commessi da oggi in poi
Fatti non lievi droghe “pesanti”	reclusione da otto a venti anni, oltre alla multa.	Reclusione da sei a venti anni, oltre alla multa	Reclusione da sei a venti anni, oltre alla multa	reclusione da otto a venti anni, oltre alla multa (solo dal 6.3.2014)	reclusione da otto a venti anni, oltre alla multa (ma per i fatti precedenti a C.Cost. 32/2014: recl. da 1 a 6 anni e multa)	reclusione da otto a venti anni, oltre alla multa (per i fatti precedenti a C.Cost. 32/2014: recl. da 1 a 6 anni e multa)
Fatti non lievi droghe “leggere”	reclusione da due a sei anni, oltre alla multa.	Reclusione da sei a venti anni, oltre alla multa	Reclusione da sei a venti anni, oltre alla multa	reclusione da due a sei anni, oltre alla multa.	reclusione da due a sei anni, oltre alla multa.	reclusione da due a sei anni oltre alla multa
Fatti lievi droghe “pesanti”	circostanza ad effetto speciale: reclusione da uno a sei anni, oltre alla multa.	circostanza ad effetto speciale: Reclusione da uno a sei anni, oltre alla multa	Fattispecie autonoma: reclusione da uno a cinque anni, oltre alla multa	Per i fatti <u>giudicati</u> anteriormente al d.l. 146/2013 reclusione da uno a sei anni, oltre alla multa (circost.). Per i rapporti <u>pendenti</u> : v. d.l. 146/2013 (e successivi interventi)	Fattispecie autonoma: reclusione da sei mesi a quattro anni e multa	Fattispecie autonoma: reclusione da sei mesi a quattro anni e multa
Fatti lievi droghe “leggere”	circostanza ad effetto speciale: reclusione da sei mesi a quattro anni, oltre alla multa.	circostanza ad effetto speciale: Reclusione da uno a sei anni, oltre alla multa	Fattispecie autonoma: reclusione da uno a cinque anni, oltre alla multa	Per i fatti <u>commessi e giudicati</u> anteriormente al d.l. 146/2013 reclusione da sei mesi a quattro anni, oltre alla multa (circost.); per i fatti <u>successivi</u> al 24.12.2013, v. d.l. 146/2013 (e successivi interventi).	Fattispecie autonoma: reclusione da sei mesi a quattro anni e multa	Fattispecie autonoma: reclusione da sei mesi a quattro anni e multa

Dovendo incentrare l'attenzione sulle conseguenze della sentenza della Consulta, ne riporto alcuni passaggi, dando per scontato quanto già detto da altri relatori e limitando l'attenzione a quanto può essere utile al tema delle conseguenze della sentenza sulle condanne irrevocabili.

Corte Costituzionale n. 32/2014 (emessa il 12.02.2014, depositata in data 25.02.2014, pubblicata in GU il 5.3.2014)

In motivazione (considerato in diritto, punto 5), la Corte precisa:

In considerazione del particolare vizio procedurale accertato in questa sede, per carenza dei presupposti ex art. 77, secondo comma, Cost., deve ritenersi che, a seguito della caducazione delle disposizioni impugnate, **tormino 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 (...). In tali casi, in base alla giurisprudenza di questa Corte, l'atto affetto da vizio radicale nella sua formazione è inidoneo ad innovare l'ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa (sentenze n. 123 del 2011 e n. 361 del 2010). Sotto questo profilo, la situazione risulta assimilabile a quella della caducazione di norme legislative emanate in difetto di delega, per le quali questa Corte ha già riconosciuto, come conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale, l'applicazione della normativa precedente (sentenze n. 5 del 2014 e n. 162 del 2012), in conseguenza dell'inidoneità dell'atto, per il radicale vizio procedurale che lo inficia, a produrre effetti abrogativi anche per modifica o sostituzione. **Deve, dunque, ritenersi che la disciplina dei reati sugli stupefacenti contenuta nel d.P.R. n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006, torni ad applicarsi, non essendosi validamente verificato l'effetto abrogativo»**

Da evidenziare, poi, che la Consulta ha precisato che la declaratoria di illegittimità costituzionale della c.d. Fini-Giovanardi in nessun modo implicava la caducazione delle modifiche apportate dal d.l. n. 146/2013 all'art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309/1990. Così la Corte (considerato in diritto n. 3):

Inoltre, gli effetti del presente giudizio di legittimità costituzionale non riguardano in alcun modo la modifica disposta con il decreto-legge n. 146 del 2013, sopra citato, in quanto stabilita con disposizione successiva a quella qui censurata e indipendente da quest'ultima»

Gli effetti della sentenza della Consulta sono di tutta evidenza: per le c.d. *droghe leggere* (ipotesi lievi e non lievi) la declaratoria di illegittimità costituzionale della c.d. Fini Giovanardi ha chiari effetti favorevoli (diverso è a dirsi per le c.d. droghe pesanti, fatti non lievi).

2. Il giudicato. L'art. 673 c.p.p. e l'art. 30 legge n. 87/1953.

Quali effetti a seguito della declaratoria di incostituzionalità della Fini Giovanardi? Naturalmente, **solo gli effetti favorevoli**. La Consulta – nella sentenza n. 32/2014 – lo dice esplicitamente (punto 6 considerato in diritto):

«Quanto agli effetti sui singoli **imputati**, è compito del giudice comune, quale interprete delle leggi, impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della loro posizione giuridica, tenendo conto dei principi in materia di successione di leggi penali nel tempo ex art. 2 cod. pen., **che implica l'applicazione della norma penale più favorevole al reo»**

Ma si può calare questo principio di favore non solo nei confronti degli imputati, ma anche in relazione ai **condannati** giudicati in applicazione della disciplina dichiarata incostituzionale? Per costoro, la reviviscenza della Iervolino-Vassalli (nel caso delle c.d. droghe leggere) ha evidenti effetti di favore (sia con riguardo ai fatti lievi che ai fatti “non lievi”). Nel caso delle c.d. droghe leggere la condanna irrevocabile è stata emessa in applicazione di una legge più sfavorevole.

2.1. La natura e gli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale

Mi limito a pochi cenni di carattere istituzionale. L’art. 136, comma 1, Cost. stabilisce che «quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione».

Probabilmente, nell’originaria intenzione dei costituenti preoccupati di garantire la *stabilità* dell’ordinamento, con tale locuzione si intendeva considerare l’intervento demolitorio della Consulta alla stregua di un vero e proprio fenomeno di successione di leggi nel tempo (questa, peraltro, era la tesi di Calamandrei; cfr. Paladin, Diritto costituzionale, Cedam, Padova, 1991, 765).

Senonché la stessa Assemblea Costituente, approvò nel febbraio 1948 la legge costituzionale n. 1, con la quale si dava una prima disciplina dei giudizi di legittimità costituzionale. Quanto al giudizio incidentale, l’art. 1 l. cost. n. 1/1948, stabilisce che «La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d’ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione».

Con tale previsione è smentita quella che forse era l’originaria intenzione della stessa Assemblea Costituente: il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale *deve* avere rilevanza nel giudizio *a quo*; sicché gli effetti di una eventuale sentenza di accoglimento non possono che essere *anche* retroattivi.

Naturali esigenze di parità di trattamento impongono poi di *estendere* gli effetti dell’intervento dichiarativo dell’illegittimità costituzionale di una norma di legge *anche* a tutti i casi analoghi a quelli oggetto del giudizio *a quo* (pena la violazione dell’art. 3 Cost.). La legge n. 87/1953 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*) sviluppa poi – con rango di legge ordinaria – le ricadute di una simile impostazione. L’art. 23 legge n. 87/1953 dispone che:

comma 1 « Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza (...)»

comma 2 «L’autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l’immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso».

Quanto agli effetti, l’art. 30, comma 3, legge n. 87/1953 dispone che:

Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione

Cercando di inquadrare dogmaticamente il fenomeno, si può dire che le sentenze di accoglimento sono:

- sentenze di *accertamento*, ossia pronunce *dichiarative* (di illegittimità costituzionale);
- con *effetti costitutivi* (di *annullamento*, anche se la categoria dogmatica dell'annullamento è oggetto di controversia);
- valide *erga omnes*;
- capaci di incidere su tutti i rapporti pendenti (c.d. *retroattività delle sentenze di accoglimento*; o, anche: effetti *ex tunc* delle sentenze di accoglimento)

[cfr. Paladin, Diritto costituzionale, Cedam, Padova, 1991, 764-766; V. Crisafulli, Lezioni di diritto costituzionale, II, La Corte costituzionale, Padova, Cedam, 5^aed., 1984, 381-385 e 388-393 ; G. Zagrebelsky-V. Marcenò, Giustizia costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012, 346-351].

Tutte le ricostruzioni – giurisprudenziali e dottrinali – pongono però un limite alla c.d. retroattività delle sentenze di accoglimento, escludendosi che le stesse possano avere effetti tali da rimettere in discussione i **rapporti giuridici esauriti**.

Che cosa si intenda con la locuzione «rapporti giuridici esauriti» è questione «da risolvere non alla stregua del diritto che regola il processo costituzionale, ma alla stregua della legislazione che, nei diversi settori dell'ordinamento giuridico, regola poteri e rapporti giuridici che possono venire ad esistenza, determinandone la “fissazione”, il “consolidamento” e, come più spesso si dice, l’ “esaurimento”» (G. Zagrebelsky-V. Marcenò, Giustizia, cit. 352).

I fenomeni ai quali ordinariamente si allude sono (a) la *cosa giudicata*; (b) il decorso del tempo: (b.1), sotto il piano sostanziale nei rapporti tra privati (la *prescrizione* del diritto) o: (b.2) sotto il profilo processuale o nei rapporti privato-PA (la *decadenza*) [in tal senso, Paladin, Diritto, cit., 766; G. Zagrebelsky-V. Marcenò, Giustizia, cit. 352; Crisafulli, La Corte costituzionale, cit., 386].

Ma l'individuazione di quali siano i «rapporti giuridicamente esauriti» non si presta a facili schematismi. Lo sostengono – con lucidità – Zagrebelsky e Marcenò:

«Ciò che deve comunque sottolinearsi ancora una volta è che a definizione dell'ambito dei rapporti esauriti, e quindi della portata retroattiva delle decisioni di annullamento della Corte, *non è questione di diritto costituzionale processuale*, ma di diritto civile, penale, amministrativo, tributario, ecc. La sua risoluzione dipende dai **limiti – mobili** in una certa misura, nel rispetto, cioè, degli artt. 3, 24, 113 della Costituzione, cioè, della razionalità, della ragionevolezza, in rapporto al diritto di azione e di difesa in giudizio – che la legislazione prevede circa la possibilità di discussione e ridiscussione, di definizione e ridefinizione giudiziale dei rapporti giuridici (sent. nn. 16 del 1960; 49 del 1970; 164 del 1974; 74 del 1980). Perciò, mentre gli effetti per il futuro e quelli “retroattivi” riguardanti il processo *a quo* hanno un fondamento costituzionale negli artt. 136 della Costituzione e 1 della l.cost. n. 1 del 1948, gli effetti “retroattivi” ulteriori dipendono dalle norme legislative che configurano l’ “esaurimento” delle situazioni giuridiche e, salvo il principio di razionalità e ragionevolezza (sent. n. 139 del 1984 e 73 del 1963), non hanno garanzia costituzionale, rappresentando, per così dire, un sovrappiù rispetto a quanto discende

come conseguenza necessaria dal sistema instaurativo adottato». (G. Zagrebelsky-V. Marcenò, Giustizia, cit. 353).

2.2. (segue): in materia penale

Tradizionalmente, dunque, il giudicato è la *barriera*. Tuttavia, data la specificità della materia penale – e il rilievo dei beni costituzionali in gioco - «una deroga a tale principio risulta espressamente disposta dall'art. 30 della legge n. 87 per la materia penale: anche se sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano gli effetti dal giorno seguente la pubblicazione della sentenza della Corte che abbia dichiarato la incostituzionalità della norma sulla quale la condanna si fondava» (Crisafulli, La Corte costituzionale, cit. 386).

«Il massimo d'effetto retroattivo si spiega qui in considerazione della materia e della gravità delle sanzioni relative (sent. nn. 127 del 1966 e 49 del 1970)» [G. Zagrebelsky-V. Marcenò, Giustizia, cit. 354].

«Ma anche e proprio da questa eccezione, tassativamente stabilita, può trarsi ulteriore argomento nel senso che, nell'ordine di idee fin qui esposto, in ogni altro caso e come regola generale, il giudicato resiste alla sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale» (Crisafulli, La Corte costituzionale, cit. 386; anche Paladin, Diritto, cit., 766 ritiene l'art. 30, comma 4, legge n. 87/1953 una «eccezione»).

Vediamo allora l'art. 30, legge n. 87 del 1953; esso dispone – ai commi 3 e 4 – che:

«Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

Anche il codice di rito – con una qualche sfumatura di diversità semantica – considera il fenomeno dell'annullamento di disposizioni di legge ad opera della Corte costituzionale. L'art. 673 comma 1, c.p.p. dispone infatti che

«Nel caso di abrogazione o di **dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice**, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti»

È sull'interpretazione di queste due norme (l'art. 30, comma 4, legge n. 87/1953 e l'art. 673 c.p.p.) che, probabilmente, si gioca la partita degli effetti della sentenza della Consulta n. 32/2014 sulle sentenze già passate in giudicato.

I rapporti tra le due disposizioni in parola – e le attribuzioni del giudice dell'esecuzione penale – sono stati oggetto di attento scrutinio da parte della Consulta nella sentenza n. 96 del 1996 (da notare che l'estensore della sentenza era Giuliano Vassalli):

(considerato in diritto punto 2): «L'art. 673 del codice di procedura penale, sotto il titolo "Revoca della sentenza per abrogazione del reato", ha dato vita ad un istituto del tutto nuovo nell'ordinamento positivo. Prevedendo, infatti, nel suo primo comma che, nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto come reato e adotta i provvedimenti conseguenti, **la disposizione**

denunciata segna, infatti, sul piano processuale e nella specifica materia dell'abolitio criminis un reciso mutamento di tendenza rispetto alle prescrizioni dell'art. 2, secondo comma, del codice penale ("Nessuno può essere punito per un fatto che secondo la legge posteriore non costituisce reato; e se vi è stata condanna ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali") **e dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87** ("Quando in applicazione di una norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali"), in base alle quali l'abolitio criminis derivante o da abrogazione della norma penale incriminatrice o da dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma stessa non spiega effetti sul giudicato ma esaurisce la sua valenza demolitoria sull'esecuzione della sentenza, senza alcuna efficacia risolutiva della decisione divenuta irrevocabile. **Nel nuovo quadro normativo, invece, in concomitanza con i più penetranti poteri riconosciuti al giudice dell'esecuzione ed in puntuale coerenza con il processo di integrale giurisdizionalizzazione di ogni momento di tale fase**, governata sulla traccia delle direttive contenute nell'art. 2, numeri 96, 97 e 98 della legge-delega, da un'accentuazione del rilievo del contraddittorio (v. anche la prima subdirettiva dell'art. 2, numero 3, della stessa legge-delega) **la decisione viene ad incidere direttamente, cancellandola, sulla sentenza del giudice della cognizione»**

(considerato in diritto punto 4): « Sotto tale aspetto, dunque, introdurre nella problematica prospettata a questa Corte il tema concernente la rideterminazione della pena rivela, anzi, una giustapposizione di questioni che non sembra rispondere alla ratio dell'art. 673 del codice di procedura penale; e ciò perché la determinazione del "residuo" costituisce soltanto l'ineludibile conseguenza della revoca del giudicato. Così da rivelare un ulteriore errore interpretativo direttamente scaturente dal postulato della revoca parziale, essendosi omesso di considerare che, 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.

Né va trascurato come ugualmente pleonastica si sarebbe rivelata un'espressa previsione legislativa ove si ritenesse concepibile - conformemente a talune prese di posizione della giurisprudenza - la revoca soltanto parziale della sentenza, in tal modo facendo coincidere l'effetto demolitorio del provvedimento del giudice dell'esecuzione con l'effetto rideterminativo della pena. Anche seguendo una simile ricostruzione, infatti, la revoca parziale non avrebbe avuto necessità di apposita previsione derivando la coincidenza di effetti ora ricordata dal semplice richiamo alle regole che disciplinano la condanna per una pluralità di reati e, con riferimento alla specifica fattispecie, dai principi desumibili dal rapporto fra abolitio criminis e continuazione».

Solo per inciso, è bene considerare che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 96 del 1996 (punto 6 considerato in diritto) ha affermato – con un *obiter* forse non centrale nel ragionamento sviluppato dalla Consulta in quella sentenza - 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».

3. La sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 e le questioni “facili”

La sentenza della Corte costituzionale solleva alcune questioni che – solo per comodità descrittiva – possono essere definite “di diritto intertemporale” (posto che altro è la successione di leggi penali nel tempo, altro è l'accertamento della *originaria* illegittimità costituzionale di una norma penale). Alcune questioni sono “facili”, altre, viceversa, risultano molto complesse (paragrafo 4).

È saggio cominciare dalle questioni facili.

Nella sentenza n. 32/2014, in motivazione (considerato in diritto, punto 5), la Corte precisa:

In considerazione del particolare vizio procedurale accertato in questa sede, per carenza dei presupposti ex art. 77, secondo comma, Cost., deve ritenersi che, a seguito della caducazione delle disposizioni impugnate, **tornino 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 (...). **Deve, dunque, ritenersi che la disciplina dei reati sugli stupefacenti contenuta nel d.P.R. n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006, torni ad applicarsi, non essendosi validamente verificato l'effetto abrogativo»**

Senonché – è noto (e basta guardare le note redazionali collocate nei codici in calce alle tabelle predisposte in applicazione degli artt. 13 e 14 D.P.R. n. 309/1990, “versione Fini-Giovanardi”) – dal 2006 al 2013 – numerosi decreti ministeriali hanno via via inserito nel corpo delle tabelle numerose sostanze, che, dunque, non erano contemplate nelle tabelle antecedenti (solo per indicarne alcune: la catina; la 4-fluoroamfetamina; 4-metilamfetamina; Amfepramone, e via seguitando).

Se – come chiaramente evidenzia la Consulta – le tabelle “versione Fini-Giovanardi” debbono ritenersi caducate e se è vero 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», allora, l'effetto è chiaro: limitatamente alle sostanze non contemplate nelle “vecchie” tabelle (“versione Iervolino – Vassalli”) e, viceversa, contemplate nelle tabelle “versione Fini-Giovanardi”, la sentenza della Consulta ha la portata di una vera e propria declaratoria di incostituzionalità della fattispecie incriminatrice, con **applicazione testuale dell'art. 673 c.p.p.**

Ciò sulla base del postulato – reiteratamente affermato in giurisprudenza – secondo il quale «la definizione legislativa di sostanza stupefacente configura una qualificazione proveniente da fonte sub-primaria che integra la fattispecie penale» (così Sez. 4, n. 27771 del 14/04/2011 - dep. 14/07/2011, Cardoni, Rv. 250693). Se così è – e così è – la declaratoria di incostituzionalità della Fini – Giovanardi (e la caducazione delle relative tabelle) ha la portata (per le sostanze non contemplate nelle tabelle pre-Fini-Giovanardi) di una vera e propria declaratoria di illegittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice.

Per tutte:

«Non trova applicazione la normativa in materia di stupefacenti ove le condotte abbiano ad oggetto sostanze droganti non incluse nel catalogo di legge, perchè **la nozione di sostanza stupefacente ha natura legale**, nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione solo le sostanze indicate nelle tabelle allegare al T.U. sugli stupefacenti. (La Suprema Corte ha precisato che **la definizione legislativa di sostanza stupefacente configura una qualificazione proveniente da fonte subprimaria che integra la fattispecie penale, alla quale va applicato il principio di non retroattività**)». (Sez. 4, n. 27771 del 14/04/2011 - dep. 14/07/2011, Cardoni, Rv. 250693; in senso conforme, per es. Sez. 4, n. 20907 del 18/04/2005 - dep. 03/06/2005, Hassan ed altro, Rv. 231561; Sez. 6, n. 34072 del 23/06/2003 - dep. 08/08/2003, Hassan Osman, Rv. 226596)

Ma anche una questione apparentemente facile ha rischiato di complicarsi non poco.

Il governo ha – con il d.l. n. 36/2014 – provato a “salvare” le scelte di criminalizzazione intervenute nel periodo compreso tra l’entrata in vigore della Fini-Giovanardi e la sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 (sia per esigenze di “stabilità” del sistema sia in ossequio ad obblighi di penalizzazione assunti in sede internazionale relativamente a determinate sostanze). Basta leggere il preambolo del decreto per avere conferma di quanto appena evidenziato¹. Coerentemente a tale premessa e a tale esigenza, l’art. 2 d.l. n. 36/2014, dispone[va] che:

art. 2. Efficacia degli atti amministrativi adottati ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309.

«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, ai sensi del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni»

Il riferimento alla **continuità degli effetti** poneva evidenti problemi di legittimità costituzionale. Con una legge del 2014, si “salvavano” infatti atti amministrativi che, invece, con portata *ex tunc*, erano stati “eliminati” dall’ordinamento per effetto della sentenza della Consulta. La situazione è, in qualche misura assimilabile a quella oggetto di considerazione da Corte costituzionale sentenza n. 223 del 1983 (con legge si ripristinavano sostanzialmente gli effetti di una legge appena dichiarata illegittima dalla Consulta). Nella decisione appena citata si legge che

«la normativa "provvisoria" (...) restaura [...] gli stessi criteri di commisurazione già dichiarati costituzionalmente illegittimi con la sent. n. 5 del 1980. Così facendo il legislatore, sebbene operando in via nominalmente provvisoria, ha fatto rivivere, nella sostanza, norme già divenute inefficaci, in conseguenza del loro annullamento da parte della Corte, ed ha quindi eluso il precetto contenuto nell'art. 136, comma 1, Cost. che gli impone di accettare la immediata cessazione dell'efficacia giuridica delle norme illegittime e non gli consente di "prolungarne la vita" fino all'entrata in vigore di una nuova disciplina del settore. La riproduzione di norme già dichiarate illegittime, non compensata neppure da alcuna

¹ «(...) Considerato che la citata pronuncia di incostituzionalità e' fondata sul ravvisato vizio procedurale [...]; Considerato che la citata pronuncia di incostituzionalità ha determinato, anche in ragione della dichiarata applicabilità delle disposizioni vigenti prima dell'intervento di modifica di cui alla citata legge 21 febbraio 2006, n. 49, una **situazione di incertezza giuridica in ordine alla validità di tutti gli atti adottati sulla base delle norme contenute nel testo unico**, come modificato dalle norme censurate [...]; Considerato, in particolare, che **la caducazione delle tabelle** introdotte dagli articoli 4-bis e 4-vicies-ter, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, con i relativi aggiornamenti, **determina l'effetto di escludere dal novero delle sostanze sottoposte a controllo del Ministero della salute tutte le sostanze sottoposte a controllo in attuazione di convenzioni internazionali** [...]; **Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di assicurare la continuità della sottoposizione al controllo del Ministero della salute delle predette sostanze** e il rispetto delle convenzioni internazionali in base alle quali sono state aggiornate le relative tabelle, nonché la continuità e la funzionalità dell'assetto autorizzativo, distributivo e di prescrizione e dispensazione di medicinali, determinatosi in attuazione della disciplina recata in materia dalle disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime; Ritenuta pertanto la straordinaria necessità ed urgenza di **ripristinare**, a tutela della salute pubblica e dell'esigenza di certezza giuridica, la disciplina normativa vigente alla data di pubblicazione della citata sentenza della Corte costituzionale, garantendo contestualmente, a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, la continuità degli effetti degli atti amministrativi adottati sino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 12 febbraio 2014, ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni [...].»

predeterminazione dell'indennità definitiva che garantisce il serio ristoro dei soggetti espropriati, non è costituzionalmente legittima».

Sarebbe, però, stato *forse* necessario sollevare un incidente di legittimità costituzionale dell'art. 2 d.l. 36/2014, essendovi potenziale contrasto tra tale previsione e il *divieto di retroattività delle "nuove" incriminazioni* [il "forse" è giustificato dal fatto che una interpretazione costituzionalmente orientata avrebbe potuto essere fondata sul sibillino esordio dell'art. 2: «A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente (...)»].

Fortunatamente, almeno in questo caso, la questione è stata risolta tempestivamente e con chiarezza dallo stesso legislatore, che – convertendo il decreto – ha esplicitato la stessa volontà politica, disciplinando però in modo costituzionalmente legittimo gli effetti nel tempo di tale previsione

1. A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto **((riprendono))** a produrre effetti gli atti amministrativi adottati sino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 12 febbraio 2014, ai sensi del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni.

((1-bis. Nei decreti applicativi del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, adottati dalla data di entrata in vigore della legge 21 febbraio 2006, n. 49, fino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 12 febbraio 2014, ogni richiamo alla tabella II e' da intendersi riferito alla tabella dei medicinali, di cui all'allegato A al presente decreto)).

Sicché – giova ripeterlo - limitatamente alle sostanze non contemplate nelle “vecchie” tabelle e, viceversa, contemplate nelle tabelle “versione Fini-Giovanardi”, la sentenza della Consulta ha la portata di una vera e propria declaratoria di incostituzionalità della fattispecie incriminatrice, con **applicazione testuale dell'art. 673 c.p.p.**

4. Le questioni difficili.

La situazione determinatasi in seguito alla pubblicazione della sentenza della Consulta è quasi inedita. In questo caso, infatti, si discute – non dell'illegittimità dell'incriminazione (scelta su cui il legislatore è sempre rimasto fermo) – ma solo del trattamento sanzionatorio; fenomeno – si diceva – quasi inedito, essendo la Corte costituzionale notoriamente restia ad incidere su scelte ritenute prerogativa del legislatore; è reiterata, nella giurisprudenza costituzionale, l'affermazione secondo la quale «Per il principio secondo cui l'individuazione delle fattispecie criminose da assoggettare ad trattamento sanzionatorio più rigoroso - proprio in quanto basata su apprezzamenti di politica criminale, connessi specialmente all'allarme sociale generato dai singoli reati, il quale non è necessariamente correlato al mero livello della pena edittale - resta affidata alla discrezionalità del legislatore, le cui scelte sono sindacabili dalla Corte costituzionale solo in rapporto alle eventuali disarmonie del catalogo legislativo, allorché la sperequazione normativa tra figure omogenee di reati assuma aspetti e dimensioni tali da non potersi considerare sorretta da alcuna ragionevole giustificazione» (molte potrebbero essere le citazioni; a mero titolo di esempio: Corte cost. ordinanza n. 247 del 2013; sentenze n. 47 del 2010, 161 del 2009, n. 324 del 2008, n. 22 del 2007 e n. 394, n. 229, n. 170, n. 45 del 2006; n. 325/2005; ordinanze n. 41 del 2009, n. 52 del 2008, n. 455 del 2006 e n. 438/2001).

E, pertanto, risultano estremamente rari – e molti sono piuttosto recenti – i casi in cui la Consulta ha *accettato* di intervenire sul trattamento sanzionatorio; si vedano, per esempio:

- l'annullamento dell'aggravante cd. di **clandestinità** sancito dalla sentenza Corte Cost. n. 249 del 2010);
- l'annullamento dell'art. **630 cod. pen.**, nella parte in cui non estende al sequestro di persona a scopo di estorsione le attenuanti previste per il sequestro a scopo di terrorismo o di eversione dell'art. 311 cod. pen. (sentenza Corte Cost. n. 68 del 2012);
- l'annullamento dell'automatismo applicativo delle pene accessorie della **perdita della potestà genitoriale** sancito dall'art. 569 cod. pen. per i delitti di alterazione e soppressione di stato (artt. 567, comma secondo e 566, comma secondo cod. pen.), sancito dalle sentenze Corte Cost. n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013;
- l'annullamento della disposizione che prevedeva un **vincolo** al **bilanciamento** tra la fattispecie – attenuante con circostanza ad effetto speciale – di cui all'art. **73**, comma 5, D.P.R. n. 309/1990, **648** cpv. c.p., **609** bis ult. comma, c.p. la recidiva reiterata (Corte costituzionale, sentenze nn. 251 del 2012 e 105-106 del 2013).

Da un punto di vista strettamente testuale, il caso non sembra riconducibile al dettato dell'art., 673 c.p.p. (revoca del giudicato per dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice).

A fronte di un simile scenario, le questioni che si pongono sono due:

- (A) **SE** sia – o meno – possibile intervenire sui giudicati (e, in caso positivo, perché);
- (B) ammesso che si ritenga di intervenire sui giudicati, **COME** intervenire.

5. Prima questione: “SE” intervenire. Tre tesi.

In ordine alla prima questione (SE intervenire sui giudicati) sono configurabili tre tesi:

- (1) **tesi negativa**: il giudicato è un rapporto giuridico esaurito e, dunque, intangibile fuori dai casi esplicitamente previsti;
- (2) **tesi intermedia**: in ossequio ad esigenze di tutela di diritti costituzionalmente tutelati (art. 3, 13, 27 Cost.) e di tutela degli assetti costituzionali (art. 25 Cost.) si dovrebbe potere incidere sui giudicati; tuttavia, manca lo strumento, e – non essendo previsto un rimedio per garantire esigenze di sicuro rilievo costituzionale – si dovrebbe sollecitare la Consulta ad un intervento additivo;
- (3) **tesi affermativa**: muovendo dalla stessa premessa appena delineata al punto (2), sarebbe possibile – con interpretazione estensiva dell'art. 30 legge n. 87/1953 o analogica dell'art. 673 c.p.p. – intervenire sui giudicati.

5.1. La tesi negativa: intangibilità dei giudicati

La tesi negativa muove da una premessa: «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» (art. 30, comma 3, legge n. 87/1953). La norma dichiarata incostituzionale (l'art. 73 D.P.R. n.

309/1990, versione Fini-Giovanardi) ha già definitivamente avuto applicazione, cristallizzata in una sentenza irrevocabile.

Ciò che – nella vicenda esecutiva – deve trovare applicazione non è (più) la norma incostituzionale, ma (solo) il *titolo esecutivo*, che assurge – come è stato efficacemente affermato – a *norma del caso concreto*.

Ciò vuol dire che – essendo la situazione in esame al di fuori dai casi esplicitamente previsti – l'effetto *retroattivo* delle sentenze della Corte costituzionale non può spingersi sino a rimettere in discussione i «rapporti giuridici esauriti», benedetti dal crisma del giudicato.

Lo sviluppo logico del ragionamento è il seguente: il giudicato è un rapporto giuridico esaurito e, dunque, benché la condanna sia tuttora in esecuzione, essa è intangibile. Infatti – secondo questo orientamento – nessuna norma prevede che – in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale di *norma penale diversa dalla fattispecie incriminatrice* – si debba nuovamente tornare sulla questione.

Secondo il presente orientamento, non osta a tale tesi il dettato dell'art. 30, comma 4, legge n. 87/1953 («Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali»).

Per due ragioni: in primo luogo, perché quella norma mal si attaglia al caso della sola “rimodulazione” del trattamento sanzionatorio; in secondo luogo, perché – secondo un orientamento emerso in sede di legittimità – l'art. 673 c.p.p. (sopravvenuto all'art. 30, legge n. 87/1953) avrebbe determinato l'abrogazione implicita di quest'ultima disposizione. Si tratta dell'orientamento che – verosimilmente – è risultato soccombente. Si riporta comunque un ampio stralcio di una sentenza di legittimità che ben ne esprime le tesi fondamentali.

Sez. 1, n. 27640 del 19/01/2012 - dep. 11/07/2012, Pmt in proc. Hamrouni, Rv. 253383

4.6. Nè la norma costituzionale, nè le norme contenute negli ultimi due commi della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, ostano alla esecuzione della pena, quando sulla determinazione del trattamento sanzionatorio (cristallizzato dal giudicato) ha influito una disposizione (come nella specie la aggravante dell'art. 61 cod. pen., comma 1, n. 11 bis) successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima.

4.6.1 - **L'art. 136 Cost.**, comma 1, recita: "Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, **la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione**".

Tanto comporta la retroattività della efficacia della pronuncia di illegittimità costituzionale in quanto la norma illegittima non può trovare (ulteriormente) applicazione neppure in relazione ai fatti anteriori alla decisione del Giudice delle leggi.

Al riguardo, dottrina e giurisprudenza sono, poi, assolutamente concordi e consolidate nel ritenere che le situazioni giuridiche esaurite nella vigenza della legge incostituzionale (*facta praeterita*), e la *res iudicata* costituiscono il limite invalicabile alla applicazione retroattiva della pronuncia della illegittimità costituzionale di una norma.

E, se pur comprensibili incertezze caratterizzano la individuazione delle situazioni giuridiche esaurite (in specie nella materia processuale), è, tuttavia, ben certo che **il giudicato rappresenta “il punto di arresto” alla espansione della retroattività delle sentenze della Corte costituzionale.**

Ed è appena il caso di ricordare l'autorevole monito, rivolto il 16 gennaio 1990 dal Presidente della Corte costituzionale, nella allocuzione ai giornalisti accreditati, circa la "la applicazione radicale e generalizzata" della efficacia *ex tunc* delle sentenze di accoglimento, foriera di "di gravi inconvenienti" e di "effetti profondamente sconvolgenti".

[...]

4.6.2 - La L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma 3, dispone: "Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della

decisione". La disposizione ricalca il testo dell'art. 136 Cost., comma 1. Epperò **non possono annettersi alla suddetta norma portata e valenza diverse da quella speculare contenuta nella Costituzione**. [...] giova ulteriormente considerare che, colla pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna, si esaurisce la "applicazione" di ogni norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio, laddove la esecuzione della pena trova esclusivamente titolo nel relativo provvedimento di irrogazione dalla sanzione, il quale, in virtù della efficacia preclusiva del giudicato, è affatto insensibile a ogni questione circa la "applicazione" della norma definitivamente operata dal giudice. **Sicché in executivis non si pone - alla evidenza - alcuna questione di (ulteriore) applicazione della norma penale in parola.**

4.6.3 - La L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma 4, statuisce: "Quando in applicazione delle norme dichiarate illegittime è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali".

A differenza delle disposizioni contenuti nei precedenti commi, tutte di carattere attuativo dell'art. 136 Cost., la succitata norma ordinaria, nel contemplare, tra i presupposti degli effetti stabiliti, la pronuncia della sentenza di illegittimità costituzionale, ne espande, invero, l'efficacia oltre l'ambito previsto dal legislatore costituente, sicché la declaratoria di illegittimità della norma penale (incriminatrice) viene a incidere - comportandone la cessazione - sulla esecuzione del giudicato di condanna, altrimenti insensibile (alla esclusiva stregua dell'art. 136 Cost.) alla decisione del Giudice delle leggi.

4.6.4 - **La mancata indicazione espressa, nel testo del quarto comma dell'articolo 30, cit., della natura incriminatrice della norma penale dichiarata illegittima dà adito alla questione interpretativa, circa il contenuto della disposizione [...]**

4.6.5 [...] Ha, infatti, stabilito questa Corte suprema di cassazione: "**L'ultimo comma della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, che dispone la cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali delle sentenze irrevocabili di condanna pronunciate in base a norme dichiarate incostituzionali, si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali**" (Sez. 5[^], 21 gennaio 1968, n. 296, Manenti, massima n. 106904; cui adde, nel senso della irrilevanza sulla esecuzione della pena della pronuncia di illegittimità costituzionale di norme, diverse da quella incriminatrice, in applicazione delle quali è stata pronunciata la condanna irrevocabile: Sez. 1[^], 30 maggio 1970, n. 1794, Visconti, massima n. 115441; Sez. 3[^], 16 novembre 1970, n. 1287, Soranno, massima n. 116239; Sez. 3[^], 2 marzo 1972, n. 7522, Confalonieri, massima n. 122298; Sez. 3[^], 19 gennaio 1973, n. 4611, Sgobba, massima n. 124336; Sez. 2[^], 27 gennaio 1976, n. 228, De Michele, massima n. 132712; Sez. 5[^], 26 giugno 1978, Iammella, massima n. 140030; Sez. 1[^], 1 luglio 1983, n. 1375, Giaomelli, massima n. 160030; Sez. 3[^], 26 settembre 1984, n. 10190, Saccuzzo, massima n. 166746; Sez. 5[^], 21 giugno 1985, n. 6676, Bossa, massima n. 170006; e Sez. 6[^], 25 gennaio 1995, n. 3577, Neglia, massima n. 200707).

Nè è condivisibile la valutazione riduttiva della citata giurisprudenza di questa Corte sulla base del rilievo che il principio riportato sarebbe stato affermato senza adeguato discernimento tra le norme incriminatrici, "complete di precetto e sanzione, costitutive di una fattispecie di reato" e le altre norme penali "che si riferiscono a elementi accessori (circostanze del reato)", sicché le sentenze si sarebbero (impropriamente) "riferite alle norme incriminatrici per lo più solo al fine di distinguere da esse le norme processuali" ovvero "nell'ambito di decisioni che avevano a oggetto, in realtà, il problema di situazioni da considerare a tutti gli effetti, anche esecutivi, esaurite". Invero la Corte ha affrontato *ex professo*, nell'esercizio del magistero nomofilattico, la questione della ermeneutica della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma 4. E gli arresti censiti hanno ribadito il principio che la norma in parola "si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali" anche con riferimento alla declaratoria della illegittimità costituzionale di norme penali (diverse da quelle incriminatrici), incidenti sul trattamento sanzionatorio, e, proprio in termini, nella specifica materia delle ipotesi aggravate, già punite dall'art. 186, commi 2 e ultimo, e art. 189 c.p.m.p., comma 1, (nel testo previgente alla novella del 26 novembre 1985, n. 689), oggetto della declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza 20 maggio 1982, n. 103.

4.6.6 [...] Orbene la conclusione che la previsione della norma in esame è circoscritta alle (sole) norme incriminatrici è suffragata dalla analisi della oggettiva disciplina giuridica

stabilita dalla disposizione. **Invero l'effetto della cessazione (non solo della esecuzione, ma anche congiuntamente e perentoriamente) di "tutti gli effetti penali" della "sentenza irrevocabile di condanna" implica necessariamente - alla evidenza - il radicale presupposto della *abolitio criminis*.** E, per vero, non è d'uopo indugiare sul punto della patente inconciliabilità del regime della cessazione di "tutti" gli effetti penali della condanna irrevocabile colla dichiarazione della illegittimità costituzionale di una mera circostanza aggravante del reato giudicato.

5. - La conclusione raggiunta, circa il contenuto e la portata della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma 4, comporta, peraltro, la ulteriore conseguenza che, per effetto della entrata in vigore dell'art. 673 cod. proc. pen., deve ritenersi implicitamente abrogata la succitata disposizione (della cessazione della esecuzione della condanna irrevocabile e di tutti gli effetti penali in dipendenza della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice), essendo la relativa disciplina ormai completamente assorbita in quella della norma codicistica la quale opera in radice la revoca della sentenza di condanna (e, quindi, indefettibilmente anche la cessazione della relativa esecuzione e di tutti gli effetti penali)».

5.2. (segue): le ragioni costituzionali per “toccare” il giudicato

Occorre – anzitutto – esplicitare le **ragioni costituzionali** che militano contro la tesi negativa sopra esposta, comuni alla tesi intermedia e a quella favorevole all’incisione sui giudicati (trattate nei paragrafi successivi).

Le ragioni per le quali l’orientamento sopra considerato si pone in frizione con principi costituzionali che sorreggono in nostro ordinamento sono di due ordini complementari.

Un primo ordine di ragioni investe ragioni di natura, per così dire, istituzionale. Non possono infatti essere trascurate le ragioni per cui la Consulta ha dichiarato incostituzionale la cd. *Fini-Giovanardi*. Nel *considerato in diritto* n. 5, la Consulta precisa che:

«Il potere di conversione non può, infatti, considerarsi una mera manifestazione dell’ordinaria potestà legislativa delle Camere, in quanto la legge di conversione ha natura «funzionalizzata e specializzata» (sentenza n. 22 del 2012 e ordinanza n. 34 del 2013). Essa presuppone un decreto da convertire, al cui contenuto precettivo deve attenersi, e per questo non è votata articolo per articolo, ma in genere è composta da un articolo unico, sul quale ha luogo la votazione – salva la eventuale proposizione di emendamenti, nei limiti sopra ricordati – nell’ambito di un procedimento *ad hoc* (art. 96-bis del Regolamento della Camera; art. 78 del Regolamento del Senato), che deve necessariamente concludersi entro sessanta giorni, pena la decadenza *ex tunc* del provvedimento governativo. **Nella misura in cui le Camere non rispettano la funzione tipica della legge di conversione, facendo uso della speciale procedura per essa prevista al fine di perseguire scopi ulteriori rispetto alla conversione del provvedimento del Governo, esse agiscono in una situazione di carenza di potere.**

In tali casi, in base alla giurisprudenza di questa Corte, **l’atto affetto da vizio radicale nella sua formazione è inidoneo ad innovare l’ordinamento** e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa (sentenze n. 123 del 2011 e n. 361 del 2010). **Sotto questo profilo, la situazione risulta assimilabile a quella della caducazione di norme legislative emanate in difetto di delega**, per le quali questa Corte ha già riconosciuto, come conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale, l’applicazione della normativa precedente (sentenze n. 5 del 2014 e n. 162 del 2012), in conseguenza dell’**inidoneità dell’atto, per il radicale vizio procedurale che lo inficia, a produrre effetti abrogativi anche per modifica o sostituzione.**

Deve, dunque, ritenersi che la disciplina dei reati sugli stupefacenti contenuta nel d.P.R. n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006, torni ad applicarsi, **non essendosi validamente verificato l’effetto abrogativo».**

In altri termini: limitare gli effetti “retroattivi” della declaratoria di illegittimità costituzionale della cd. *Fini-Giovanardi*, vorrebbe dire consentire ad un Parlamento che agisce in carenza di potere di intervenire in materia penale, conculcando diritti di libertà. E accettare la *persistenza nel tempo* agli effetti di una disposizione che – nelle chiare parole della Consulta – è inidonea «per il radicale vizio procedurale» (...) «a produrre effetti abrogativi anche per modifica o sostituzione».

Del resto, lo stesso schema argomentativo potrebbe replicarsi con riferimento ad altri vizi procedurali, come, per esempio, l’abuso governativo del potere di decretazione d’urgenza o, ancora, il caso dell’eccesso di delega (per cui cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 5 del 2014). È interessante il considerato in diritto n. 5.2. dell’ultima sentenza citata, perché fa capire quale possa essere la posta in gioco “istituzionale” in contesti simili.

«La verifica sull’esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata diviene, allora, **strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale**, sancito dall’art. 25, secondo comma, Cost., e non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio a quo. Si rischierebbe altrimenti, come già rilevato in altre occasioni da questa Corte, di creare zone franche dell’ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali sarebbe di fatto consentito al Governo di effettuare scelte politico-criminali, che la Costituzione riserva al Parlamento, svincolate dal rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, **eludendo così il disposto dell’art. 25, secondo comma, della stessa Costituzione**»

Il secondo ordine di ragioni – intuitivamente e in modo ben più pregnante – afferisce la tutela dei diritti del condannato.

La tesi negativa rischia di porsi in contrasto con l’**art. 3 della Costituzione**, sotto il profilo dell’eguaglianza di trattamento. Si ponga il caso di due imputati che commettano un delitto di spaccio lo stesso giorno e che – giudicati in due distretti diversi (uno efficiente, l’altro meno) – vedano cadere la mannaia del giudicato su una soltanto delle due situazioni processuali. Per un imputato, autore dello stesso fatto, quello stesso giorno, la sentenza è irrevocabile; per l’altro no (con conseguente “retroattività degli effetti” della sentenza della Consulta). È ragionevole?

Il rischio – in altri termini – è quello di trattare in modo diseguale imputati (che, viceversa, avrebbero dovuto essere trattati in modo eguale, avendo essi commesso lo stesso fatto di reato), in funzione –per esempio- del semplice dato dell’ordine di trattazione dei processi; dato talvolta casuale e comunque non sempre riconducibile a condotte dell’imputato.

Un secondo profilo di contrasto è ravvisabile rispetto all’**art. 13 Cost.** Anche qua il discorso è intuitivo e non necessita di particolari spiegazioni: la libertà personale è un diritto inviolabile. Come tollerare la sua compressione per la (porzione di) pena irrogata (in sovrappiù) in applicazione di una disposizione costituzionalmente illegittima? È costituzionalmente accettabile? È seriamente sostenibile che una condanna in corso di esecuzione (con conseguente limitazione della libertà) sia banalmente qualificata come «rapporto giuridico esaurito»?

Un terzo profilo di contrasto è rispetto all’**art. 27, comma 3, cost.** e alla funzione rieducativa della pena. La Consulta ha ripetutamente ribadito – anche in recenti pronunce – che in tanto la pena può ritenersi legittima e “rieducante” in quanto sia *anche* avvertita come *giusta* dal condannato.

In altri termini, «la finalità rieducativa della pena [...] implica un costante “principio di proporzione” tra qualità e quantità della sanzione» (così Corte costituzionale, sentenza n. 341 del 1994, in tema di declaratoria di illegittimità costituzionale del minimo edittale nel reato di oltraggio; Corte costituzionale, sent. n. 251 del 2012, in tema di divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata della – allora attenuante – ipotesi di cui all’art. 73, comma 5, DPR 309/90; sent. 105 del 2014, in tema di divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata della attenuante di cui all’art. 648 cpv. c.p.; sentenza n. 105 del 2014, in tema di divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata della attenuante di cui all’art. 609 bis, ult. Comma, c.p.).

Del resto, la risposta punitiva non può avere i connotati di «una pena palesemente sproporzionata» (e tale necessariamente sarebbe la maggior pena inflitta in base a norma incostituzionale), posto che essa sarebbe «inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato» (sull’ingiustizia della pena “palesemente sproporzionata”, cfr. sentenze nn. 251 del 2012, 105-106 del 2014, cit. e sentenza n. 68 del 2012, con cui è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’articolo 630 del codice penale, nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell’azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità).

Che dire, allora, nel caso di chi – condannato irrevocabilmente – sta scontando una condanna in esecuzione di una sentenza fondata su una norma che egli sa essere stata dichiarata contraria alla Costituzione? Come può quel condannato avvertire quella pena come “giusta” e – scontando quella pena – percepirne la indispensabile *portata rieducativa*?

5.2.1. (segue): l’intangibilità del giudicato e la cd. *saga dei fratelli minori di Scoppola*

La risposta al quesito è stata offerta – sul piano assiologico, prima ancora che tecnico – dalla Consulta e dalle Sezioni Unite penali nell’ambito della complicata vicenda della cd. *saga dei fratelli minori di Scoppola*².

La vicenda è nota e se ne traccia qui una sintesi, perché gli sviluppi del caso Scoppola & C. – investendo direttamente il tema dell’intangibilità dei giudicati – hanno portato la giurisprudenza costituzionale e di legittimità a svolgere riflessioni utili a risolvere il nostro problema.

La questione riguarda la situazione di un condannato in posizione analoga a quella considerata nel cd. *caso Scoppola*. Come noto, il sig. Scoppola aveva formulato richiesta di giudizio abbreviato nel lasso di tempo compreso tra l’entrata in vigore della legge Carotti (2 gennaio 2000), che aveva modificato l’art. 442 c.p.p. disponendo la sostituzione dell’ergastolo con la pena temporanea di trent’anni di reclusione in caso di condanna con rito abbreviato e anteriore ad un successivo intervento normativo; senonché il d.l. 341/2000 (24 novembre 2000), all’art. 7 modificava ulteriormente l’art. 442 c.p.p., disponendo *in via di interpretazione autentica* che tale sostituzione doveva ritenersi applicabile soltanto in relazione alla pena dell’ergastolo senza isolamento diurno, mentre l’ergastolo con isolamento diurno (applicabile segnatamente nel caso di condanna per omicidio aggravato in concorso con altri gravi delitti) avrebbe dovuto essere sostituito con l’ergastolo semplice.

² Al caso Scoppola e alla saga dei suoi c.d. *fratelli minori*, ampia attenzione – con una pluralità di contributi – sulla rivista penale telematica diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it); ivi, tra i molti, per tutti, - e per ulteriori indicazioni bibliografiche – cfr. F.Viganò, Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola (Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013, dep. 7 maggio 2014, n. 18821, Ric. Ercolano) (12 maggio 2014); e, ivi, G. Romeo, Poteri del giudice dell’esecuzione dinanzi a dichiarazione di incostituzionalità di norma penale ‘non incriminatrice’: metamorfosi di una questione rimessa alle Sezioni unite? (24 febbraio 2014).

Il sig. Scoppola vide applicare alla sua situazione la legge di interpretazione autentica (e il conseguente trattamento sanzionatorio).

La Corte Edu, caso Scoppola, ric. n. 10249/03, sentenza del 17/07/2009 -in materia di applicazione della legge penale- ha ritenuto che il processo celebrato nei confronti di Scoppola avesse comportato due violazioni della Conv. Edu.

Anzitutto, la violazione dell'art. 7, par. 1, della Convenzione (che non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma impone anche che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo). Pertanto, nell'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, costituisce violazione dell'art. 7, par. 1, CEDU l'applicazione della pena più sfavorevole al reo.

In secondo luogo, è stata ritenuta la violazione dell'art. 6 par. 1 CEDU, relativo al diritto ad un processo equo, posto che, nel caso del processo Scoppola sarebbe stata data applicazione retroattiva delle nuove regole di determinazione della pena introdotte dal d.l. n. 341 del 2000 per il giudizio abbreviato, essendo stato deluso il legittimo affidamento che l'imputato aveva riposto su una riduzione di pena in sede di scelta del rito speciale.

Come noto, la Corte di Cassazione (dovendo *reintegrare* Scoppola nel diritto fondamentale che la Corte Edu aveva ritenuto violato) ritenne di potere procedere – nell'ambito di una procedura attivata con ricorso straordinario, ex art. 625 bis c.p.p. – alla sostituzione della pena inflitta con quella ritenuta equa dalla Corte europea (ossia i trent'anni di reclusione) [Sez. 5, n. 16507 del 11/02/2010 - dep. 28/04/2010, Scoppola, Rv. 247244].

Senonché il sig. Scoppola non è l'unico condannato all'ergastolo in sede di giudizio abbreviato per effetto della disciplina di *interpretazione autentica* introdotta dal d.l. 341/2000. Sicché si pone il problema della determinazione della pena per le persone in analoga condizione.

Anche in questo caso, la ricaduta di principi affermati dalla Corte Edu hanno determinato i giudici interni a percorrere strade differenti, con esiti giurisprudenziali contrastanti.

Si è quindi reso necessario un intervento delle sezioni unite (nel c.d. *caso Ercolano*). Le Sezioni unite hanno dunque sollevato incidente di legittimità costituzionale volto a vedere dichiarare – con efficacia *erga omnes* (e, dunque, con effetti anche per i c.d. *fratelli minori di Scoppola*) – l'incostituzionalità della c.d. *legge di interpretazione autentica*; ciò nel dichiarato intento – in caso di declaratoria di incostituzionalità della legge di (pseudo) interpretazione autentica – di riconoscere anche ai cd. *fratelli minori di Scoppola* la possibilità di vedere sostituito – in sede esecutiva, tramite la procedura dell'incidente di esecuzione – l'ergastolo con la pena della reclusione di anni trenta (si veda Sez. Un., n. 34472 del 19/04/2012 - dep. 10/09/2012, Ercolano, Rv. 252933).

La Corte costituzionale – con la sentenza 210 del 2013 – ritiene:

- (a) la incostituzionalità della legge di interpretazione autentica;
- (b) “non implausibile” la ricostruzione delle sezioni unite che prospettavano la possibilità di provvedere in sede esecutiva alla rideterminazione delle pene, in conseguenza della sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale; in quel contesto, infatti, la Consulta afferma (dal punto 7.3 considerato in diritto della sentenza Corte cost 210 del 2013):

« (...) Il valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici, del resto, non è estraneo alla Convenzione, al punto che la stessa sentenza Scoppola vi ha ravvisato un limite all'espansione della legge penale più favorevole (...) **[l'ordinamento nazionale] conosce ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato**, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato. Tra questi, non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo (...) A questa Corte compete **perciò di rilevare che, nell'ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l'ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato.**

Il seguito è noto e recente.

Le Sezioni unite – dopo la sentenza della Consulta – possono finalmente affrontare nel merito il c.d. *caso Ercolano* (Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013 - dep. 07/05/2014, Ercolano, Rv. 258650) e – provvedendo direttamente alla sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione per anni trenta – in parte motiva scrivono:

«(dal punto 7, considerato in diritto): È certamente vero che la portata valoriale del giudicato, nel quale sono insite preminenti di ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici, è presidiata costituzionalmente e non è, del resto, neppure estranea alla CEDU (...).

Vi sono tuttavia **argomenti di innegabile solidità che si oppongono alla 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 peni non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale.

Non va sottaciuto, infatti, che la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (art. 13, comma 2, 25, comma 2) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma 3, Cost, profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria di incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento (...).

E, allora, **si impone un bilanciamento tra il valore costituzionale della 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».**

5.2.2 (segue): la tesi intermedia: esistenza di una lacuna; questione di legittimità costituzionale

La tesi che sopra abbiamo denominata *intermedia* (per esempio, da ultimo propugnata da M. Gambardella, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del "nuovo" sistema penale degli stupefacenti*, in Cass. Pen. n. 4/2014, 1132 e ss.; in particolare, 1150 e ss.) condivide – con la tesi "negativa" – la lettura del tessuto normativo primario, ritenendo che né l'art. 673 c.p.p., né l'art. 30, comma 4, legge n. 87/1953 offrano al giudice dell'esecuzione strumenti di intervento per "rimuovere" gli effetti deteriori della norma penale sfavorevole diversa da quella incriminatrice dichiarata incostituzionale. Per

inciso: l'autore reputa scorretta la tesi dell'abrogazione implicita dell'art. 30, comma 4, legge n. 87/1953 ad opera dell'art. 673 c.p.p.; ciò per essere le due norme in larga parte "sinonime" (e dunque, nessuna abrogazione; al più, ridondanza) e, in altra parte, con diversa portata applicativa.

La tesi intermedia condivide invece – con la tesi affermativa – la necessità (la doverosità costituzionale) di incidere sui giudicati (in caso di illegittimità costituzionale di norma penale sfavorevole diversa da quella incriminatrice), e ciò a tutela di beni di primario rilievo costituzionale (venendo evocati l'art. 3 Cost., l'art. 13 Cost., e l'art. 27, comma 3, Cost.).

La lacuna – secondo questa tesi non colmabile in via interpretativa (essendo in questo caso preclusa l'interpretazione analogica) – sarebbe risolvibile solo con «una sentenza additiva, della Corte costituzionale, ovvero per mezzo di una modifica legislativa, per permettere finalmente in fase esecutiva la rideterminazione della pena inflitta sulla scorta della norma – concernente il trattamento sanzionatorio del reo – dichiarata costituzionalmente illegittima» (M. Gambardella, cit., 1153; possibilisti sulla formulazione di una questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 673 cpp e 30 legge n. 87/1953; cfr. anche anche V. Manes-L.Romano, L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale, in www.penalecontemporaneo.it, p. 32; consultato il 3.6.2014).

Resta il problema di determinare quale potrebbe essere un *petitum* che possa superare il vaglio di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, essendo nota la prudenza della Consulta a emettere sentenze additive al di fuori dei casi di *addizione a rime costituzionalmente obbligate*: il caso oggetto della sentenza n. 113 del 2011 – resa nel c.d. *caso Dorigo* (con cui la Consulta emise una sentenza additiva – l'istituto della c.d. *revisione europea* – dichiarando esplicitamente che l'esito additivo non era a rime obbligate) è eccezionale (per ragioni che qui non possono essere approfondite) e, proprio per la sua eccezionalità, è caso che sembra confermare la regola.

5.2.3. (segue): la tesi affermativa: la permeabilità del giudicato

Altra tesi – quella denominata *affermativa* – ritiene, viceversa possibile (e doveroso) intervenire sulle sentenze passate in giudicato onde rimuovere gli effetti pregiudizievoli conseguenza dell'applicazione delle norme dichiarate incostituzionali.

Capofila di tale orientamento è la prima sentenza di legittimità che ammise la possibilità per il giudice dell'esecuzione di intervenire sul giudicato per rimuovere gli effetti deteriori della circostanza aggravante cd. della *clandestinità* (dichiarata illegittima con sentenza Corte cost. n. 249/2010):

«Gli artt. 136 Cost. e 30, commi terzo e quarto, legge n. 87 del 1953 non consentono l'esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante che sia stata successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima. (La Suprema Corte ha precisato che spetta al giudice dell'esecuzione il compito di individuare la porzione di pena corrispondente e di dichiararla non eseguibile, previa sua determinazione ove la sentenza del giudice della cognizione abbia omissso di individuarla specificamente, ovvero abbia proceduto al bilanciamento tra circostanze)». (Sez. 1, n. 977 del 27/10/2011 - dep. 13/01/2012, P.M. in proc. Hauohu, Rv. 252062; in senso conforme: Sez. 1, n. 19361 del 24/02/2012 - dep. 22/05/2012, Teteh Assic, Rv. 253338)

E quella stessa prospettiva era condivisa dalle Sezioni unite allorché promossero l'incidente di legittimità costituzionale nel già citato caso Ercolano, evocando esplicitamente la sentenza Sez. 1, n. 977 del 27/10/2011 - dep. 13/01/2012, P.M. in proc. Hauohu, Rv. 252062.

La Consulta nella già citata sentenza n. 210 del 2013 ritiene "non implausibile" la ricostruzione del tessuto normativo propugnata dalle sezioni unite rimettenti.

«(dal punto 7, considerato in diritto): Al giudice comune, e in particolar modo al giudice rimettente, quale massimo organo di nomofilachia compete, invece, di determinare l'esatto campo di applicazione in sede esecutiva di tali sopravvenienze, ovvero della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice (art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87), e, nell'ipotesi in cui tale determinazione rilevi ai fini della proposizione di una questione di legittimità costituzionale, spiegarne le ragioni in termini non implausibili. **Nel caso in esame le sezioni unite rimettenti, con motivazione che soddisfa tale ultimo requisito, hanno argomentato che, in base all'art. 30, quarto comma, 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. (...).

(dal punto 8 considerato in diritto) (...) **Per una simile attività processuale è sufficiente un intervento del giudice dell'esecuzione** (che infatti è stato attivato nel caso oggetto del giudizio principale), **specie se si considera l'ampiezza dei poteri ormai riconosciuti dall'ordinamento processuale a tale 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 cod. proc. pen.)».

Anche sotto tale profilo, la decisione della Consulta è stata prontamente "recepita" dalle Sezioni unite della Cassazione nella già citata sentenza Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013 - dep. 07/05/2014, Ercolano, Rv. 258650.

Nella decisione appena evocata, le Sezioni unite *tracciano* un percorso che, con alto grado di probabilità, è destinato ad avere rilievo anche sul tema qui di interesse (le conseguenze in sede esecutiva della declaratoria di incostituzionalità della cd. Fini – Giovanardi). Il ragionamento è articolato nitidamente al punto 9 del considerato in diritto e – in esso – le Sezioni unite offrono indicazioni utili a risolvere anche il caso di specie (trattando esplicitamente dei rapporti tra art. 673 c.p.p., art. 30, comma 4, legge n. 87/1953 e declaratoria di incostituzionalità di norma penale diversa da quella incriminatrice).

«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 ed 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 esigano» (...)

[del resto, l'ordinamento assegna – con l'art. 666, comma 5, c.p.p. – al giudice dell'esecuzione] «ove ritenuti necessari ai fini della decisione, ampi poteri istruttori da esercitare nel rispetto del contraddittorio».

(...)

«il titolo esecutivo può essere afflitto da diverse tipologie di vizi, rapportate ai tre momenti fondamentali della fase esecutiva: quello della "esecutività", che è il presupposto fondamentale del titolo esecutivo e che prelude alla necessaria sua esecuzione (...); quello della "eseguibilità, che ne rappresenta, invece, il contenuto, ed ha quindi una portata pratica; quello, infine, della "esecuzione", che dà concreta attuazione al comando punitivo».

L'art. 673 cod. proc. pen., «prende chiaramente in considerazione i fenomeni della depenalizzazione e della incostituzionalità di una determinata fattispecie penale (...); [tuttavia, essa] «non lascia spazio per essere interpretata anche nel senso di legittimare un intervento selettivo del giudice dell'esecuzione sul giudicato formale nella sola parte relativa all'aspetto sanzionatorio ad esso interno e riferibile al titolo di reato non attinto da perdita di efficacia.

L'art. 673 c.p.p., tuttavia, non esclude che, in sede di esecuzione, possano venire in rilievo situazioni diverse, che, sebbene in esso non considerate, impongano comunque un intervento parziale sul contenuto del giudicato e una sua modifica: si pensi all'operatività dell'art. 2, comma 3, c.p., che statuisce la conversione della pena inflitta per un determinato reato con la corrispondente pena pecuniaria introdotta da legge posteriore; ed ancora, ai casi in cui deve applicarsi il principio di retroattività delle sentenze che dichiarano l'incostituzionalità di una norma non nella parte incriminatrice, ma in quella relativa al trattamento penale, declaratoria che ha forza invalidante *ex tunc*, la cui portata, già implicita nell'art. 136 Cost. è resa esplicita dall'art. 30 legge n. 87 del 1953.

In particolare, 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 della gerarchia delle fonti – rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato.

È sull'art. 30 della legge n. 87 del 1953 che, ai fini che qui interessano deve farsi leva, disponendo tale norma di un perimetro operativo più esteso rispetto a quello prescrittivo dell'art. 673 c.p.p.

(...)

Il riferimento generico alla “norma dichiarata incostituzionale” evoca qualsiasi tipologia di norma penale – comprese quindi quelle che incidono sul *quantum* sanzionatorio – e non incontra il limite che, invece, contraddistingue la portata applicativa dell'art. 673 c.p.p., circoscritta alla sola “norma incriminatrice” in senso stretto, costitutiva, cioè, di un autonomo titolo di reato.

(...)

È il caso di sottolineare che non può condividersi la tesi, sostenuta da Sez. 1, n. 27640 del 19/01/201, Hamrouni, secondo cui l'art. 30, comma quarto, della legge n. 87 del 1953 deve ritenersi, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 673 cod. proc. pen., implicitamente abrogato”.

(...)

Tale conclusione, oltre ad essere contrastata da quanto enunciato dalla sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale, che avalla implicitamente la perdurante operatività nell'ordinamento giuridico della norma in questione, mal si concilia con il rilievo che non può esservi abrogazione implicita di una disposizione sostanziale ad ampio spettro, quale è il comma 4 dell'art. 30, ad opera di una norma processuale (all'art. 673 cod. proc. pen.) orientata a disciplinare in sede esecutiva la sola ipotesi dell'abrogazione o della declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice. Né appare dirimente l'argomento in forza del quale la cessazione – prevista dall'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 – non solo dell'esecuzione ma di “tutti gli effetti penali” della sentenza irrevocabile implicherebbe, secondo sez. 1, Hamrouni, “il radicale presupposto dell'abolitio criminis” (...). È agevole obiettare che il riferimento volutamente generico, contenuto nel richiamato art. 30, quarto comma, è certamente comprensivo di queste ultime norme [quelle incriminatrici] (il che spiega il riferimento alla cessazione anche di <tutti> gli effetti penali), ma nulla induce a ritenere che sia circoscritto soltanto alle medesime».

Quanto sopra porta ad una prima conclusione. La declaratoria di illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale diversa dalla fattispecie incriminatrice non può essere frustrata dalla intervenuta irrevocabilità della sentenza di condanna.

Come è – a questo punto – intuitivo è, però, necessario individuare la **base legale** che consenta al giudice di intervenire. In astratto, le possibilità sembrano essenzialmente due:

- (a) ritenere il caso riconducibile alle possibilità di intervento del giudice dell'esecuzione sul *contenuto* del titolo esecutivo (e, dunque, alla sua *eseguitività*), da ricondurre al perimetro applicativo dell'art. 670 c.p.p.

«analogamente a quanto dovrebbe accadere nel caso previsto dall'art. 2 co. 3 c.p., spetterà al giudice dell'esecuzione, nell'ambito di un procedimento ex art. 670 c.p.p. avente ad oggetto una questione di legittimità della "esecuzione" (nell'accezione specifica di "concreta attuazione") del titolo esecutivo, rideterminare la pena sulla base della disciplina che avrebbe dovuto essere applicata dal giudice della cognizione – e cioè, nel caso concreto, della disciplina più favorevole prevista dalla legge n. 479/1999, anziché di quella dichiarata incostituzionale di cui al d.l. 241/2000 –, sulla base del principio, desunto non dalla lettera ma dalla ratio dell'art. 30 co. 4 della legge n. 87/1953, secondo cui occorre in ogni caso impedire che una pena, inflitta sulla base di una norma dichiarata incostituzionale, venga ingiustamente sofferta dal condannato. (...) L'ordinario incidente di esecuzione disciplinato dall'art. 670 c.p.p. costituisce – ci dicono oggi le Sezioni Unite – la naturale sede processuale in cui fare valere la sopravvenuta illegittimità del titolo esecutivo nella sua dimensione dinamica di fondamento dell'esecuzione della pena, e per rimuovere conseguentemente tale illegittimità, riconducendo la pena alla sua dimensione (costituzionalmente) legittima. Operazione questa non prevista espressamente da alcuna norma, ma imposta – così mi pare di poter concludere – dai principi sottesi all'art. 136, primo comma, Cost. e all'art. 30, terzo comma, della legge n. 87/1953, declinati in relazione alle peculiarità delle ipotesi che qui vengono in considerazione» (così F. Viganò, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in www.penalecontemporaneo.it pp. 5 e 11, consultato il 3.6.2014)

- (b) ritenere il caso riconducibile all'art. 30, comma 4, legge n. 87/1953 (che costituisce norma *sostanziale*), alla cui disciplina *processuale* provvederebbe l'art. 673 c.p.p. (norma alla quale dovrebbe però darsi una interpretazione – a seconda delle varie interpretazioni – o analogica, o estensiva o *costituzionalmente orientata*).

Benché la giurisprudenza anche costituzionale abbia sostenuto la natura eccezionale dell'art. 673 c.p.p. (per esempio, Corte costituzionale, sentenza n. 96 del 1996, cit.) – ciò che ne precluderebbe l'interpretazione analogica – occorre prendere atto di un dato di fatto: non sono mancate, nell'esperienza giurisprudenziale, varie ipotesi in cui l'art. 673 c.p.p. è stato evocato come base legale per incidere, al di fuori dei casi espressamente contemplati da quella norma, su sentenze irrevocabili.

A mero titolo di esempio e in modo disordinato:

- norma incriminatrice prevista in un **decreto-legge decaduto** per mancanza di conversione (cfr. Sez. I, 16 dicembre 1997, n. 7058, Karomi, Rv. 209352; conf. Sez. 6, Sentenza n. 244 del 23 gennaio 1995, Camara e altri, Rv. 201189);
- **norma incriminatrice abrogata per effetto di "referendum"** (cfr. Sez. IV, 30 gennaio 1996, n. 255, Olmo, Rv. 205304); (anche se, per la verità, l'esito del referendum è *incorporato* in un atto-fonte con rango di legge ordinaria);
- norma incriminatrice risultata incompatibile, a seguito di pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea con la normativa 'eurounitaria': è il caso della **incompatibilità tra diritto interno e diritto della UE** (segnatamente tra art. 14, comma 5 ter, D.lgs. n. 286/1998 e previsioni contenute nella direttiva 2008/115/CE); nel trattare quel caso, la Corte di cassazione ha reiteratamente evidenziato che si è determinata una «sostanziale

"abolitio criminis" della preesistente fattispecie, con la conseguente applicazione, per via di interpretazione estensiva, della previsione di cui all'art. 673 cod. proc. pen.» (cfr. Sez. I, 29 aprile 2011, n. 20130, Sall, Rv. 250041; in senso analogo: «La condotta di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore (art. 14, comma quinto-ter, D.Lgs. n. 286 del 1998), ancorché posta in essere prima del recepimento della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, deve considerarsi non più applicabile nell'ordinamento italiano a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia U.E. del 28 aprile 2011, El Dridi, sicchè i giudizi di cognizione aventi ad oggetto la condotta in questione devono essere definiti con la formula che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, mentre in sede di esecuzione deve farsi ricorso alla previsione dell'art. 673 cod. proc. pen.» (Sez. 1, n. 14276 del 12/04/2012 - dep. 16/04/2012, P.G. in proc. Khemiri, Rv. 252235);

- revocabilità ex art. 673 c.p.p. delle **sentenze di patteggiamento** (non esplicitamente menzionate dalla norma processuale in esame), ritenuta possibile – in forza del richiamo contenuto nell'art. 445, comma 1, c.p.p. – da Corte costituzionale n. 96 del 1996 (che pure – come visto – ritiene il potere di revoca dei giudicati «l'espressione di un potere eccezionalmente conferito dalla legge e, come tale, non suscettibile di applicazione analogica»); nella stessa decisione, peraltro, si riconosce la possibilità di provvedere alla **revoca parziale** della sentenza avente ad oggetto un cumulo giuridico (in cui solo alcuni dei reati componenti il cumulo erano stati oggetto di abrogazione);

- nella sentenza Ercolano – più volte citata – si è fatto riferimento all'art. 673 c.p.p. per individuare lo strumento utile a dare concreta applicazione al meccanismo di sostituzione della pena detentiva con la corrispondente pena pecuniaria oggi previsto dall'art. 2, comma 3, c.p. (sentenza Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013 - dep. 07/05/2014, Ercolano, Rv. 258650, punto 9.2. del considerato in diritto);

- l'art. 673 c.p.p. è stato altresì evocato al fine di disporre la concessione della **sospensione condizionale della pena** per un reato oggetto di sentenza irrevocabile, precedentemente non concessa in ragione dell'esistenza di condanne relative ad altri reati per i quali era poi sopravvenuta l'"abolitio criminis" (Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 4687 Catanzaro, Rv. 232610; su tale aspetto, cfr. anche Corte Cost. ordinanza n. 211 del 2005).

5.2.4. (segue): Le sezioni unite GATTO del 29.5.2014. Nuovi scenari

La possibilità di intervenire sui giudicati sembra peraltro trasparire come ammissibile e doverosa anche da una recente pronuncia delle Sezioni Unite, nel c.d. procedimento Gatto, resa all'udienza del 29.5.2014.

Come noto, la questione dedotta è conseguenza della declaratoria di incostituzionalità della disposizione che prevedeva un vincolo al bilanciamento tra la fattispecie – allora attenuante – di cui all'art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309/1990 e la recidiva reiterata. La Corte costituzionale con sentenza n. 251 del 2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 69, quarto comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, del codice penale, per contrasto con gli artt. 3, 13 e 27 comma 3, Cost..

Analogo principio è stato poi ribadito dalla Consulta con riferimento ad altre ipotesi di attenuante ad effetto speciale (609 bis u.c. cp; 648 cpv.cp; Corte costituzionale, sentenze nn. 105 e 106 del 2014).

La conseguenza “pratica” – in materia di stupefacenti – è di enorme rilievo. Nei giudizi pendenti, un recidivo reiterato potrà vedersi riconoscere l’attenuante ad effetto speciale, così evitando di “dover partire” da una pena minima di anni sei di reclusione, oltre alla multa.

La questione devoluta alle sezioni unite nel cd. caso Gatto è se la declaratoria di incostituzionalità come sopra sintetizzata possa rivestire analogo “effetto” anche per i condannati in via definitiva. L’informazione provvisoria della decisione dà notizia del fatto che le Sezioni Unite hanno dato risposta affermativa al quesito.

Non sono ancora note le motivazioni ma solo – appunto – l’informazione provvisoria, che di seguito si trascrive.

INFORMAZIONE PROVVISORIA N° 12

C.C.: 29 maggio 2014
Ricorrenti: P.M. c/GATTO FRANCESCO
N.R.G.: 22166/13

Questione

Se la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, ma che incide sul trattamento sanzionatorio, comporti una rideterminazione della pena in sede di esecuzione, vincendo la preclusione del giudicato (nella specie la questione riguardava gli effetti della sentenza n. 251 del 2012 che ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 69, comma quarto, cod. pen. nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all’art. 73, comma 5, del D.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva di cui all’art. 99, comma quarto, cod. pen.)

Soluzione adottata:

Affermativa, con la precisazione che nella specie **il giudice della esecuzione, ferme le vincolanti valutazioni di merito espresse dal giudice della cognizione nella sentenza della cui esecuzione si tratta, ove ritenga prevalente sulla recidiva la circostanza attenuante di cui all’art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, ai fini della rideterminazione della pena dovrà tenere conto del testo di tale disposizione come ripristinato a seguito della sentenza Corte cost. n. 32 del 2014, senza tenere conto di successive modifiche legislative.**

Riferimenti normativi: Cost., art. 136; l. 14 marzo 1953, n. 87, art. 30; cod. proc. pen., artt. 666, 673; cod. pen., artt. 69, comma quarto, 99, comma quarto; d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 5.

La *ratio decidendi* della sentenza Gatto avrà un impatto non limitato alla questione risolta in quel caso, essendo largamente prevedibile che essa avrà ricadute sulle pratiche giurisprudenziali in un caso come quello ora in esame (conseguenze sui giudicati della sentenza n. 32/2014).

In attesa delle motivazioni, è possibile leggere in controluce alcuni dati che traspaiono dall’asettica informazione provvisoria.

1. L’intervento sui giudicati e la rideterminazione della pena è ritenuto ammissibile;
2. la base legale sembra essere individuata non nell’art. 670 c.p.p., ma nel combinato disposto degli artt. 30 legge 87/1953 (norma sostanziale) e art. 673 c.p.p. (norma processuale);

3. i poteri discrezionali del giudice dell'esecuzione sono vincolati da eventuali determinazioni esplicite del giudice della cognizione;
4. i poteri del giudice dell'esecuzione debbono essere esercitati con gli strumenti assegnati dall'art. 666 c.p.p.;
5. in ogni caso, la rideterminazione della pena – dovuta alla c.d. *retroattività* delle sentenze dichiarative dell'illegittimità costituzionale – dovrà tenere conto del testo dell'art. 73 D.P.R. n. 309/1990 come ripristinato a seguito della sentenza Corte cost. n. 32 del 2014;
6. viceversa, la rideterminazione della pena non potrà tenere conto delle modifiche legislative successive all'intervento della Consulta appena citato

Tale ultima notazione è di particolare rilievo, posto che – con essa – le Sezioni unite dimostrano di avere ben distinto il fenomeno degli effetti nel tempo della declaratoria di illegittimità costituzionale (effetti *retroattivi*, capaci di travolgere il giudicato, che si ritiene evidentemente non trovino ostacolo nell'irrevocabilità della sentenza), dal fenomeno della successione di leggi nel tempo (che, per le leggi puramente modificative del trattamento sanzionatorio, incontra invece il limite del giudicato, salvi i casi di cui all'art. 2, comma 3, c.p.).

Detto in termini espliciti: una persona condannata – prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 146/2013 – per spaccio di lieve entità di droghe leggere, potrà chiedere di vedere la pena rideterminata alla luce della cornice edittale compresa dall'art. 73 D.P.R. n. 309/1990, versione “Iervolino-Vassalli”, senza che gli si possa precludere tale possibilità per la normativa sopravvenuta alla sua condanna (d.l. n. 146/2013 e successivi interventi).

Una simile conclusione è conforme ai due principi che vengono in gioco: quello di *retroattività* delle sentenze di accoglimento della Consulta (nei termini anzidetti) e quello di *irrefragabilità dei giudicati* in caso di mera successione di leggi penali nel tempo.

La correttezza di tale conclusione sembra confermata da una riflessione che si può svolgere “ragionando su comportamenti istituzionali patologici”: ritenere che gli interventi normativi sull'art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309/1990 (succedutisi da dicembre 2013 in poi) possano precludere la rideterminazione della pena per i condannati per spaccio di lieve entità di droghe leggere, significherebbe ammettere in linea teorica che un governo – con un decreto legge – possa vanificare gli effetti di una declaratoria di illegittimità costituzionale della Consulta. Il che, all'evidenza, non sembra ammissibile.

6. Seconda questione: “COME” intervenire. Tre possibilità

Ma – considerate le ampie aperture della Consulta e delle Sezioni Unite alla possibilità di dare “aggressione al giudicato” (così icasticamente sentenza Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013 - dep. 07/05/2014, Ercolano, Rv. 258650, punto 9.2. del considerato in diritto) – il problema della *base legale* (art. 670 o art. 673 c.p.p.) rischia quasi di sfumare in una mera questione nominalistica.

Data per ammessa la *possibilità* di intervenire sui giudicati si tratta di stabilire COME concretamente farlo.

Nel dibattito fatalmente seguito alla decisione della Consulta n. 32 del 2014 sono state delineate tre possibili soluzioni e il tema che si colloca sullo sfondo è quello dell'ampiezza dei poteri del giudice dell'esecuzione, essendo nota la ritrosia a riconoscere un eccessivo potere discrezionale al giudice dell'esecuzione (potenzialmente capace di *frustrare* le determinazioni assunte in sede di cognizione); esprime bene tale orientamento – in tema

però di semplice *abolitio criminis* – la S.C. (ancora una volta a Sezioni Unite), nel noto caso Rizzoli

«I poteri del giudice dell'esecuzione, adito ex art. 673 c.p.p., però, sono molto limitati rispetto a quelli del giudice della cognizione, nel senso che sono rigorosamente circoscritti al contenuto e alla portata della sentenza di condanna, per renderne espliciti il contenuto e i limiti, senza alcuna possibilità, però, di procedere ad una nuova e diversa valutazione degli atti del giudizio. L'istanza di revoca della sentenza per *abolitio criminis*, invero, non è un mezzo d'impugnazione che consente la rivisitazione del giudizio di merito, con la possibilità da parte del giudice dell'esecuzione di ricostruire la vicenda per cui è intervenuta condanna in termini diversi da quelli definiti con la sentenza irrevocabile» (Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009 - dep. 12/06/2009, Rizzoli, Rv. 243585, punto 7, considerato in diritto).

Analogamente una sezione semplice

«Al giudice dell'esecuzione l'art. 673 cod. proc. pen. non riconosce quel potere di rivalutare il fatto che, del tutto eccezionalmente, è attribuito dall'art. 671 cod. proc. pen., solo ai fini dell'applicazione del concorso formale e della continuazione di reati. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato senza rinvio l'ordinanza del giudice dell'esecuzione che aveva respinto la richiesta di applicazione dell'art. 673 cod. proc. pen. avanzata dalla difesa in relazione ad una condanna concernente il delitto di cui all'art. 524 cod. pen., abrogato dall'art. 1 legge n. 66 del 1996, ritenendo che la norma abrogata coincidesse con la condotta tipica del delitto di cui all'art. 574 cod. pen.)» (Sez. 1, n. 550 del 27/10/2004 - dep. 14/01/2005, De Vita, Rv. 230812).

Ciò non toglie che – in una qualche misura – il GE possa “interpretare” il giudicato (uso questa parola per mera comodità descrittiva e consapevole dei rischi di ingenerare equivoci, posto che vi sono decisioni e orientamenti dottrinali che escludono tale possibilità).

Il giudice dell'esecuzione, richiesto della revoca di una precedente sentenza di condanna per il reato di detenzione di sostanze stupefacenti per "abolitio criminis", per effetto del referendum abrogativo conclusosi con il d.P.R. 5 giugno 1993, n. 171, è tenuto ad interpretare il giudicato, anche alla luce degli atti processuali che lo sorreggono, in modo da fare emergere dal quadro probatorio già acquisito la reale fluidità della detenzione, a tale scopo ricercando e valutando tutti gli elementi di fatto e le circostanze rilevanti. (Sez. 4, n. 255 del 30/01/1996 - dep. 18/06/1996, Olmo, Rv. 205304)

Il giudice richiesto in sede di esecuzione, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., della revoca di una sentenza di condanna a seguito di *abolitio criminis* è tenuto ad interpretare il giudicato e a renderne esplicito il contenuto e i limiti, desumendo dalla decisione irrevocabile tutti quegli elementi, anche non chiaramente espressi, necessari all'applicazione o al diniego della disciplina dettata dal citato art. 673 cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 8030 del 11/12/2002 - dep. 18/02/2003, Bini R, Rv. 224703)

La sospensione condizionale della pena può essere concessa dal giudice dell'esecuzione non soltanto nelle ipotesi di riconoscimento del concorso formale o della continuazione ai sensi dell'art. 671, comma primo, cod. proc. pen., ma anche nel caso di revoca di uno o più sentenze di condanna, in quanto i fatti giudicati non sono più preveduti come reato, ai sensi dell'art. 2, comma secondo, cod. pen. e 673 cod. proc. pen, qualora, a seguito della stessa revoca e della conseguente eliminazione della pena relativa, risulti rispettato il complessivo limite di pena previsto dall'art. 163 cod. pen., sempre che il giudice della cognizione non abbia già effettuato negativamente le valutazioni pertinenti al giudizio prognostico necessario per la concessione dello stesso beneficio. (Sez. 5, n. 11345 del 06/11/2002 - dep. 11/03/2003, Dell'Utri, Rv. 224112)

Più restrittivo:

In tema di revoca per "abolitio criminis", ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., deve escludersi l'operatività dell'istituto allorché esso richieda da parte del giudice dell'esecuzione, non un riscontro meramente ricognitivo dell'intervenuta perdita di efficacia della norma incriminatrice applicata nel giudizio di cognizione, ma un'indagine valutativa in ordine alla sussistenza o meno delle condizioni alle quali è subordinata la produzione dell'effetto abrogativo. (Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che fosse preclusa al giudice di esecuzione una rivalutazione di merito del compendio probatorio acquisito in relazione al reato di illecita detenzione di sostanza stupefacente, al fine di identificare la destinazione ad uso personale dello stupefacente, laddove tale destinazione non fosse in qualche modo resa palese dal tenore della sentenza). (Sez. 1, n. 27300 del 05/07/2005 - dep. 21/07/2005, Maiello, Rv. 232002)

6.1. Ineseguibilità della pena eccedente

Una prima possibilità è quella di ritenere «ineseguibile» la sola porzione di pena (divenuta) illegale a seguito dell'intervento della Consulta, in evidente assonanza con il *decisum* della Cassazione nel caso dell'incostituzionalità della c.d. aggravante della clandestinità (Sez. 1, n. 977 del 27/10/2011 - dep. 13/01/2012, P.M. in proc. Hauohu, Rv. 252062).

In tale prospettiva «si potrebbe ipotizzare una doverosa retroapplicazione favorevole della nuova cornice edittale per i fatti coperti da giudicato concernente le (verosimilmente) poche condanne (concernenti droghe leggere) a pena superiore all'attuale massimo edittale: qui attribuire al giudice dell'esecuzione il compito di riportare il "fine pena" all'attuale massimo sembrerebbe infatti tanto doveroso sul piano assiologico (perché il frammento di maggior pena è illegittimo) quanto percorribile sul piano logico (perché si sostituisce con l'attuale massimo)» (V. Manes-L.Romano, L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale, in www.penalecontemporaneo.it, p. 31; consultato il 3.6.2014).

L'impostazione in esame si è già affermata in giurisprudenza, con una interessante ordinanza che – dopo avere bene ricostruito le ragioni per le quali è possibile incidere sul giudicato – limita la possibilità di intervento del giudice dell'esecuzione alla sola "riconduzione all'alveo normativo legale" della pena inflitta con la sentenza irrevocabile; infatti – ritiene il GE di Milano – «il giudice dell'esecuzione (...) deve limitarsi a riportare la pena nell'alveo edittale di cui all'art. 73, comma 4, DPR 309/90, pertanto nei limiti della legalità, ricalcolando la pena stessa secondo questo principio»; infatti

«una illimitata possibilità di intervenire sulla valutazione della pena di cui alla sentenza comporterebbe una **inaccettabile e arbitraria violazione del giudicato**, ben oltre i limiti necessitati e consentiti dalla situazione giuridica delineata. Né possono valere considerazioni quali l'applicazione nella sentenza in oggetto del minimo della pena, o di poco superiore al minimo (minimo che costituisce per la normativa vigente, il massimo edittale): invero **non è dato effettuare valutazioni, se non arbitrarie**, sulle ragioni che determinarono quella scelta, e dunque il giudice dell'esecuzione non è certo tenuto a rimodulare la pena attestandosi nei pressi del minimo edittale attualmente previsto» (Trib. Milano, Sez. XI pen., ord. 3 aprile 2014, Giud. Cotta, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di Canzian, Il (superato) limite del giudicato e l'ampiezza dei poteri del giudice dell'esecuzione a fronte dell'incostituzionalità della cornice edittale: prime pronunce a seguito della sent. n. 32/2014, consultato il 3 giugno 2014).

Prospettiva rassicurante, posto che appare ossequiosa del tradizionale canone interpretativo che vede con sospetto l'intervento "discrezionale" del giudice dell'esecuzione su determinazioni che – culturalmente – vengono avvertite come prerogativa tipica del giudizio di cognizione.

Peraltro, è interessante notare come il Tribunale di Milano – per non esercitare arbitrio – rifiuta altresì la prospettiva (di seguito analizzata) della rideterminazione della pena in misura proporzionale alle statuizioni del giudice della cognizione. L'argomento speso dal Tribunale di Milano è il seguente:

«basti osservare che – essendo in base alle norme dichiarate incostituzionali tutte le condotte (relative a droghe leggere e pesanti) indifferentemente sanzionate con la pena da 6 a 20 anni di reclusione, era del tutto normale per il giudice attestarsi – nel caso di reati relativi ad *hashish* e *marijuana* - su commisurazioni della pena tendenti ai minimi o poco superiori (...). È solo un esempio, per rappresentare che il livello di commisurazione della pena nella sentenza non può costituire un'indicazione ragionevolmente univoca e che, dunque, qualunque interpretazione, in tal senso, sarebbe arbitraria. **Il giudice dell'esecuzione, dunque, deve limitarsi a riportare la pena nell'alveo edittale di cui all'art. 73, comma 4, DPR 309/90, pertanto nei limiti della legalità, ricalcolando la pena stessa secondo questo principio**».

E, tuttavia, in un simile ragionamento si intravede una fallacia: per non esercitare – in sede esecutiva – un potere *arbitrario* (ma perché non chiamarlo più semplicemente *discrezionale*?), si accetta di determinare una pena in *misura fissa*, ricusando perfino di procedere a valutazioni che si muovano nel solco dei giudizi eventualmente formulati in sede di cognizione. Con il che si perde sia la valorizzazione dell'incidente di esecuzione, sia l'ossequio delle determinazioni assunte in sede di cognizione.

E anche l'esito di tale opzione interpretativa mi sembra discutibile, posto che essa determina la cristallizzazione delle sanzioni in misura fissa (determinando, a mio avviso, problemi di ragionevolezza e di possibile disparità di trattamento di non poco momento).

6.2. Rideterminazione della pena in misura proporzionale alle determinazioni assunte in sede di cognizione

Altra possibilità – pure ipotizzata in dottrina e giurisprudenza – è quella che suggerisce (sempre nell'intenzione di contenere il più possibile l'area di intervento discrezionale del giudice dell'esecuzione) di "ricalcolare" la sanzione da applicare a seguito del mutato quadro edittale, *in proporzione* alla determinazione già assunta – in relazione al quadro edittale preso a riferimento (e però incostituzionale) – in sede di cognizione. Il Tribunale di Rovigo – dopo una davvero pregevole ricostruzione delle ragioni per cui si può intervenire sui giudicati – scrive:

(Tribunale di Rovigo, ordinanza del 28 marzo 2014, giudice Mondaini)

«(...) Ciò posto e ritenuto quindi il potere-dovere del giudice dell'esecuzione di intervenire sul giudicato per l'affermazione dei principi di cui all'art. 2 c.p. occorre stabilirne le modalità.

Per far questo, al fine di non frustrare comunque i canoni valutativi adottati in sede di condanna (in linea generale l'applicazione dei criteri di cui all'art. 133 c.p. ma anche eventuali aumenti e diminuzioni per l'effetto di circostanze comportanti margini di variazione) che devono restare intangibili (una ponderazione di pena è consentita solo nel caso di cui all'art. 671 c.p.p. semplicemente perché qui v'è difetto valutativo in fase di merito) il giudice dell'esecuzione dovrebbe sovrapporre i criteri valutativi adottati ai nuovi margini edittali.

Operazione, questa, semplice sulla carta ma che concretamente può rivelarsi piuttosto complessa.

Nella fattispecie, poi, le cose si complicano perché ad una determinazione pattizia della pena ex art. 444 c.p.p. (nell'ambito della quale il giudice ha solo operato una ratifica con il giudizio di "congruità") si verrebbe a sovrapporre una determinazione eteronoma con evidente frustrazione del procedimento che, in fase di merito, ha condotto al provvedimento della cui esecuzione si tratta.

Deve però dirsi che in ogni caso (sia cioè che si tratti di una pena eteronoma, sia che si tratti di una condanna stabilita sull'accordo delle parti) la sentenza (appunto, di condanna o di applicazione pena) si connota comunque, una volta emessa, di una sua oggettività che è parametrabile all'altrettanto oggettiva previsione legale.

In altri termini se la pena recata da una sentenza di condanna, per la sua entità, va collocata in un punto preciso dello spettro edittale, una volta modificatolo ("in melius") per l'intervento di una legge sopravvenuta (ma anche per la reviviscenza della "lex anterior" per l'effetto della declaratoria di incostituzionalità), consegue che **la rideterminazione della pena non possa compiersi in altro modo che collocandola all'interno del nuovo e più favorevole ventaglio nella stessa posizione che occupava nel precedente**. Per far questo **occorre quindi ristabilire le stesse proporzioni** (o, in altre parole, collocare la nuova pena nella stessa posizione ma tra i nuovi minimo e massimo) della sentenza di condanna nell'ambito dei nuovi parametri edittali.

E tale rideterminazione deve estendersi, in caso di concorrenza di circostanze e di opzioni rituali, anche all'entità frazionaria degli aumenti e delle diminuzioni già operati in sede di cognizione.

Nella fattispecie l'operazione si presenta tutto sommato semplice perché si tratta di sentenza relativa ad un solo reato ma, anche in ipotesi di pluralità di reati e di cumulo giuridico (es. continuazione) essa si risolve in semplici calcoli matematici.

(...)

Al sig. ***** è stata applicata la pena di anni tre, mesi uno e giorni quindici di reclusione ed € 13.333,00 di multa così determinata:

pena base di anni 7 di reclusione ed € 30.000,00 dimulta;

diminuita per la concessione delle attenuanti generiche ad anni 4 e mesi 8 di reclusione ed € 20.000,00 di multa – diminuzione esattamente pari alla frazione di 1/3 della pena base sia per quanto riguarda la pena detentiva che per quanto riguarda la pena pecuniaria;

diminuita per la scelta del rito ad anni 3, mesi 1 e giorni 15 di reclusione ed € 13.333,00 di multa – diminuzione pari al 33% (oltre decimali irrilevanti, quindi nei limiti di 1/3 stabiliti per il patteggiamento) sia per quanto riguarda la pena detentiva che per quanto riguarda la pena pecuniaria.

I limiti edittali della disciplina applicata e dichiarata incostituzionale erano i seguenti (...)

La pena base del computo si colloca, nell'ambito dello spettro edittale che precede, nei seguenti termini:

- Reclusione, sette anni, pari ad un aumento del 7,14% dello spettro edittale sul minimo, secondo la proporzione "anni uno (l'entità dell'aumento operato sul minimo) : anni quattordici = x : 100";

- Multa, € 30.000,00, pari ad un aumento del 2,56% dello spettro edittale sul minimo, secondo la proporzione "€ 6.000,00 (l'entità dell'aumento operato sul minimo) : € 234.000,00 = x : 100".

I limiti della normativa ripristinata da applicarsi sono i seguenti:

(...)

Operati analoghi aumenti su tale spettro, a partire dai minimi, si ottiene:

- Reclusione anni due (pari a mesi ventiquattro, pari a giorni 720), aumentati del 7,14% dello spettro (quindi di giorni 100,8), ammonta ad anni due, mesi tre e giorni dieci (arrotondato per difetto);

- Multa € 5.164,00, aumentata del 2,56% dello spettro (quindi di € 132,20), ammonta ad € 5.296,00 (arrotondato per difetto);

Operate quindi le due riduzioni suddette nella stessa misura operata in sede di cognizione:

(...)

L'entità della **pena** come sopra **rideterminata consente la concessione** del beneficio della **sospensione condizionale** che, in relazione al fatto di non averne, in precedenza, l'imputato, mai beneficiato, può essere concessa perché lo stesso, pur gravato da precedenti penali (per lo più bagatellari e per i quali è stata comminata solo la multa, anche in sostituzione di pene detentive brevi) non lo è da specifici in materia di stupefacenti.

Deve quindi incidentalmente osservarsi, alla luce di quanto precede, che tale valutazione non ne sostituisce alcuna di analoga effettuata in sede di merito proprio perché l'entità stessa della pena applicata non consentendo di concedere la sospensione condizionale della pena, inibiva ab imis di operarla. Inoltre tale giudizio è in bonam partem e, anche per questo, non inibito al giudice dell'esecuzione (...).

Analoga prospettiva è fatta propria dal Tribunale di Mantova, uff. GIP, ordinanza del 3.6.2014, giud. Grimaldi, che "prende atto" della individuazione della pena in sede di cognizione in coincidenza con il minimo edittale e trasferendo identica determinazione – in sede esecutiva – nel più mite quadro sanzionatorio dettato dalla Iervolino – Vassalli.

Tale prospettiva – seppure abbia una sua indubbia razionalità – sembra sottovalutare un dato: la determinazione concreta della pena adottata in sede di cognizione è largamente influenzata dal fatto che il giudice della cognizione si è trovato a decidere nell'ambito di una certa cornice edittale (quella della Fini-Giovanardi); dichiarata l'incostituzionalità di quella cornice, non mi sembra del tutto ragionevole ritenere vincolanti – in sede esecutiva – le determinazioni del giudice della cognizione, trasferendo le stesse automaticamente nella diversa e rediviva cornice edittale (che, proprio perché diversa, può implicare *diverse* valutazioni). L'approdo interpretativo in esame è ritenuto poco convincente anche da Viganò, che sviluppa argomenti che a me sembrano condivisibili. Seguiamone il ragionamento:

«Né mi convincono le proposte di una riduzione meccanicamente proporzionale della pena in ragione, ad esempio, del nuovo minimo edittale (secondo lo schema seguente: 7 anni di reclusione inflitti concretamente dal giudice stanno al minimo di 6 anni di reclusione previsti dalla legge Fini-Giovanardi come, oggi, la pena X sta al minimo di 2 anni di reclusione oggi previsto per le droghe 'leggere') ovvero del nuovo massimo. L'insostenibilità di tale approccio si coglie sol che si consideri che la decisione del giudice di cognizione di attenersi al minimo edittale, o di discostarsi di poco da esso, potrebbe essere stata motivata – rispetto a una normativa che, come la Fini-Giovanardi, non distingueva tra droghe 'pesanti' e 'leggere' – proprio dalla natura di droga 'leggera' della sostanza oggetto materiale della condotta; mentre tale circostanza, oggi rilevante già ai fini della determinazione del quadro edittale applicabile, non potrà più essere nuovamente considerata al momento in cui si debba commisurare concretamente la pena all'interno del corrispondente quadro edittale. Sì che, ad es., ben potrebbe immaginarsi la rideterminazione della pena per la detenzione di un chilo di marijuana, originariamente fissata in 6 anni di reclusione proprio in considerazione della tipologia di droga 'leggera' della sostanza, in quella di 3 o 4 anni di reclusione – e dunque in una misura marcatamente superiore al nuovo minimo edittale – in considerazione della significativa quantità della sostanza posseduta» (F. Viganò, Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola, in www.penalecontemporaneo.it p. 13, consultato il 3.6.2014).

6.3. La rideterminazione della pena

E, infine, in progressiva espansione dei poteri di valutazione e apprezzamento del giudice dell'esecuzione, viene in considerazione la possibilità che questi proceda *autonomamente* – sebbene nel rispetto delle valutazioni discrezionali del giudice della cognizione – alla *rideterminazione della pena* in sede esecutiva.

Tale prospettiva è già stata condivisa dal Tribunale Trento [Sez. Incidenti esecuzione, 18 aprile 2014, (ord.) Giud. Ancona, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di Canzian, Il (superato) limite del giudicato, cit., consultato il 3.6.2014] e dal Tribunale di Pisa [ord. 15.4.2014, giud. Bufardecì, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di Ubiali, Dichiarazione di incostituzionalità della disposizione più sfavorevole: il giudice dell'esecuzione ricalcola la pena (11.5.2014), consultato il 3.6.2014]. Il Tribunale di Pisa – è da notare – afferma che il GE non può essere vincolato dalle determinazioni del giudice della cognizione e si spinge ad operare una propria autonoma valutazione:

«la sanzione congrua non può essere riferita al minimo edittale attualmente applicabile, soltanto perché il Giudice della cognizione aveva in tal modo quantificato la pena base»; infatti il giudice afferma che "era stato inflitto il minimo allora vigente anche tenendosi in considerazione il tipo di sostanza stupefacente e, quindi, la minore gravità dell'acquisto di una droga c.d. leggera rispetto ad analoga condotta relativa a una droga c.d. pesante sanzionata, però sulla base della medesima "forbice" di pene". Alla medesima determinazione del minimo edittale si può invece giungere sul rilievo che **** era tossicodipendente: una buona parte della sostanza stupefacente acquistata era dunque destinata all'uso personale (...)»

Il Tribunale di Trento, nell'ordinanza sopra citata si spinge addirittura oltre, procedendo – *oltre le determinazioni del giudice della cognizione* – ad un diverso bilanciamento tra circostanze (quinto comma e recidiva); questo il ragionamento:

«la pena base sarà quella minima da cui parte già il giudice della cognizione, e quindi, ora, due anni di reclusione; le generiche non debbono essere però concesse in prevalenza, ma solo in equivalenza sulla contestata recidiva, perché, a suo tempo, la diversa operazione fu esplicitamente determinata dalla *esigenza perequativa di adeguare la pena al caso concreto*, che ora viene meno (...)»

L'operazione da ultimo citata – se può rispondere a criteri di equilibrio sanzionatorio – in realtà, appare discutibile (posto che incide su una delle determinazioni tipiche della sede di cognizione, ossia il giudizio di bilanciamento tra circostanze di segno eterogeneo).

E, a ben vedere, si tratta di operazione che – interpretando l'informazione provvisoria della Sentenza nel caso Gatto – verosimilmente potrebbe essere *sconfessata* dalle Sezioni Unite che – come si è già evidenziato – precisano nell'informazione provvisoria che il giudice dell'esecuzione potrà rideterminare la pena «**ferme le vincolanti valutazioni di merito espresse dal giudice della cognizione nella sentenza della cui esecuzione si tratta**» [e tale formula ricalca in modo quasi letterale l'indicazione contenuta nel criterio n. 97 dell'art. 2 della legge delega per l'emanazione del c.p.p., che assegna al GE la «possibilità di valutare anche in fase di esecuzione il concorso formale di reati e la continuazione, sempre che non siano stati precedentemente esclusi nel giudizio di cognizione»; norma che, sebbene riferibile esplicitamente al solo caso poi disciplinato dall'art. 671 c.p.p. è espressiva di un principio generale che regola i rapporti tra fase esecutiva e di cognizione].

Solo per inciso: ad identico "risultato" sanzionatorio, il Tribunale di Trento – che muove dalla premessa di *potere e dovere* rideterminare la pena – sarebbe potuto pervenire, più semplicemente e senza sovvertire le determinazioni del giudice della cognizione, dando razionalmente conto delle ragioni per cui riteneva corretto scostarsi dal minimo edittale (lasciando intatto il *decisum* del giudice della cognizione in punto bilanciamento tra circostanze eterogenee).

Si tratta di comprendere quali possibili linee guida debba seguire il giudice dell'esecuzione e di quali poteri egli disponga per rideterminare la pena (costituzionalmente illegittima) inflitta in sede di cognizione.

I poteri sono quelli delineati dall'art. 666, comma 5, c.p.p. («Il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno; se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto del contraddittorio») e dall'art. 185 disp.att.c.p.p. («Il giudice, nell'assumere le prove a norma dell'articolo 666 comma 5 del codice, procede senza particolari formalità anche per quanto concerne la citazione e l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia»).

Dunque, i **poteri** – anche istruttori – del giudice dell'esecuzione sono, sulla carta molto ampi (se disponibile solo la sentenza e se questa – su qualche punto ritenuto di rilievo – tace, il GE potrà acquisire copia degli atti; in caso di “dubbi” sulla classificazione delle droghe “inserite” dalle tabelle previste dalla Fini-Giovanardi, il GE potrà addirittura disporre l'espletamento di una perizia).

I **limiti**, invece, sono quelli propri del giudice dell'esecuzione. Il giudice dovrà, cioè, “rispettare” il giudicato (il giudizio di responsabilità penale; le circostanze aggravanti ed attenuanti ritenute sussistenti o escluse; l'esito del giudizio di bilanciamento tra le stesse; ecc.).

L'unico punto sul quale è accettabile che egli intervenga – ma, anche qua, cercando di “interpretare il giudicato”, senza tradirlo – è solo la determinazione del trattamento sanzionatorio, posto che tale operazione logica, in sede di cognizione è stata totalmente (o largamente) falsata dal quadro edittale di riferimento (come detto, risultato incostituzionale perché dettato da un legislatore che ha agito in *carezza di potere*).

Non è una prospettiva *eretica*. I giudici dell'esecuzione – in altri contesti – l'hanno già praticata e la praticano, senza che alcuno gridi allo scandalo o all'arbitrio.

Un caso classico è quello dell'applicazione della disciplina del reato continuato in sede esecutiva (art. 671 c.p.p.). Qui il GE incide eccome sulla determinazione della pena inflitta in sede di cognizione.

Si può obiettare che si tratta di un caso esplicitamente tipizzato dal legislatore. E, allora, si può replicare opponendo un altro caso in cui – in assenza di esplicita previsione e con facoltà di intervento ricavata in via pretoria – il giudice dell'esecuzione provvede alla rideterminazione della pena.

L'esempio è quello relativo alla necessità di provvedere alla rideterminazione della pena in sede esecutiva allorquando, per qualsivoglia ragione (abrogazione, incostituzionalità, amnistia o indulto, ecc.), si deve scindere un cumulo giuridico (e allorquando il giudice della cognizione non abbia applicato una delle norme più disapplicate del codice di rito: l'art. 533, comma 2, secondo periodo c.p.p.).

In casi simili, nessuno da tempo dubita più – credo - del potere del giudice dell'esecuzione di rideterminare autonomamente la pena inflitta per un reato satellite (divenuto reato più grave, in seguito allo scioglimento del cumulo). Varie decisioni di legittimità si attestano su tale linea interpretativa

In tema di revoca della sentenza di condanna (art. 673 cod. proc. pen.), qualora in sede di cognizione sia stata riconosciuta la continuazione fra un reato ritenuto più grave e sanzionato con pena detentiva ed altro reato meno grave sanzionato con pena pecuniaria, applicandosi conseguentemente un aumento della pena detentiva inflitta per il reato più grave, la revoca della condanna per abolitio criminis del reato per il quale è stata applicata la pena base comporta che la residua pena detentiva, a suo tempo determinata a titolo di continuazione, non può più trovare esecuzione e che, pertanto, essa deve essere sostituita con la pena pecuniaria prevista dalla legge per il reato satellite, che recupera la propria autonomia sanzionatoria, con la conseguenza che rientra nei poteri del giudice dell'esecuzione la rideterminazione della relativa pena. (Sez. 5, n. 12233 del 24/02/2004 - dep. 15/03/2004, Orlando, Rv. 228762)

In tema di esecuzione, qualora, per effetto di "abolitio criminis", sia revocata la condanna per il reato più grave posto a fondamento del vincolo della continuazione che venga così ad essere risolto, si rende necessaria la nuova determinazione, ad opera del giudice dell'esecuzione, della sanzione per il reato (già satellite), là dove l'aumento computato a titolo di continuazione non corrisponda - per genere, per specie o per quantità di pena - alla sanzione prevista dalla legge. (Sez. 1, n. 18872 del 29/03/2007 - dep. 16/05/2007, Pasimeni, Rv. 237364)

Nei casi in cui la revoca ex art. 673 cod. proc. pen. della sentenza di condanna per un reato continuato riguardi una parte soltanto degli illeciti confluiti nella fattispecie unitaria all'esito del giudizio di cognizione, ed in particolare quello considerato più grave ai fini dell'art. 81 cpv. cod. pen., è richiesta al giudice della esecuzione una nuova ed autonoma determinazione della pena per i reati già ritenuti satelliti, poiché la deroga alla intangibilità del giudicato è imposta dalla necessità di osservare la regola fissata all'art. 2, comma 2, del codice penale. (Sez. 3, n. 7667 del 16/02/2002 - dep. 27/02/2002, P.M. in c. Congedo, Rv. 221103)

Allorché sia stata riconosciuta, in sede di cognizione, la continuazione fra un reato, ritenuto più grave, punito con pena detentiva, e altro reato, meno grave, punito con pena pecuniaria, applicandosi, conseguentemente, un aumento della pena detentiva inflitta per il reato più grave, la successiva revoca, in sede esecutiva, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., della condanna in ordine al detto ultimo reato, per intervenuta "abolitio criminis", con eliminazione della relativa pena, comporta che la residua pena detentiva, a suo tempo determinata a titolo di continuazione, non può più trovare esecuzione, ostandovi il principio di legalità, e deve essere quindi sostituita con la pena pecuniaria prevista dalla legge per il reato superstite, la cui determinazione, nella misura ritenuta congrua, spetta allo stesso giudice dell'esecuzione. (Sez. 1, n. 1412 del 07/03/1995 - dep. 12/04/1995, Parisi, Rv. 200920)

6.3.1. Come rideterminare la pena nei patteggiamenti?

Ammettere la possibilità di "rideterminare" la pena in sede esecutiva –anche adottando poteri discrezionali - non risolve però tutti i problemi.

Una questione particolare si può infatti porre con riferimento alle sentenze di applicazione pena.

Nella sentenza di applicazione pena sono le parti a *concordare* l'entità della pena e, al giudice, è assegnato – sotto il profilo sanzionatorio – il mero ruolo di controllore della legalità e della *congruità* della sanzione in relazione alla gravità del fatto, etc. e alla pena edittale comminata dal legislatore.

Che succede, allora, in sede esecutiva?

Un'opzione potrebbe essere quella della rideterminazione della pena in misura proporzionale alla nuova cornice edittale di riferimento. Ma si tratta di opzione che sconta i limiti evidenziati nei paragrafi che precedono (paragrafo 6.2).

Altra opzione potrebbe essere quella di risollecitare le parti ad intavolare – in sede esecutiva - un nuovo accordo.

Ma le parti – nel contraddittorio esecutivo – possono nuovamente accordarsi? È possibile? (un dato normativo sembra introdurre nel sistema accordi negoziali sulla pena anche in sede esecutiva; cfr. art. 188 disp.att. c.p.p., relativo alla continuazione fra più sentenze di patteggiamento: condannato e PM possono concordare l'entità della sanzione da applicare in sede esecutiva a titolo di continuazione fra più sentenze; e, in caso di disaccordo del PM, il giudice «*se lo ritiene ingiustificato, accoglie ugualmente la richiesta*»).

È applicabile una simile disposizione ad un caso come il nostro? Certo non in via diretta (trattandosi di caso diverso); forse in via analogica. Ma il dato, a mio avviso, è problematico.

E se – a non volere l'accordo sulla pena – è il condannato (che, magari maliziosamente, nega il proprio consenso alla rideterminazione di quella pena)? Cosa succede?

Anche qua, mi sembrano tre le opzioni possibili:

- (a) il giudice ridetermina la pena eliminando la sola porzione di pena divenuta illegale;
- (b) il giudice ridetermina in automatico la pena in misura proporzionale all'accordo intervenuto in cognizione;
- (c) il giudice ridetermina la pena nella misura che ritiene congrua.

6.3.2. E la sospensione condizionale della pena non concessa?

Altro problema è quello relativo al fatto che – mutato il quadro edittale di riferimento – il condannato potrebbe dolersi della mancata concessione della sospensione condizionale della pena (in allora non concedibile e, oggi, in astratto, sì).

Può il giudice dell'esecuzione riconoscere tale beneficio in sede esecutiva? Ammettendo che lo strumento processuale utilizzabile nel caso di specie sia quello dell'art. 673 c.p.p. sembra di potere dare risposta positiva al quesito (posto che – nei casi previsti dall'art. 673 c.p.p. – il giudice, revocata la condanna [e, nel nostro caso, rideterminata la pena], «adotta i provvedimenti conseguenti»). Del resto – in caso di *abolitio criminis* "secca", le Sezioni Unite avevano già dato risposta positiva ad un simile quesito.

Il giudice dell'esecuzione, qualora, in applicazione dell'art. 673 cod. proc. pen., pronunci per intervenuta "*abolitio criminis*" ordinanza di revoca di precedenti condanne, le quali siano state a suo tempo di ostacolo alla concessione della sospensione condizionale della pena per altra condanna, può, nell'ambito dei "provvedimenti conseguenti" alla suddetta pronuncia, concedere il beneficio, previa formulazione del favorevole giudizio prognostico richiesto dall'art. 164, comma primo, cod. pen., sulla base non solo della situazione esistente al momento in cui era stata pronunciata la condanna in questione, ma anche degli elementi sopravvenuti. (Sez. U, n. 4687 del 20/12/2005 - dep. 06/02/2006, Catanzaro, Rv. 232610)

Chiaramente tale possibilità deve ritenersi preclusa allorché in sede di cognizione – al di là della misura della pena – la sospensione condizionale della pena non sia stata riconosciuta per altre ragioni (ad es. per ritenuto pericolo di recidivanza, incompatibile con il beneficio). In tal caso, il giudice dell'esecuzione deve rispettare il giudicato.

7. Conclusioni?

Gli scenari appena esaminati – conducendo gli interpreti su terreni interpretativi inediti e con uno strumentario operativo elaborato largamente in via pretoria – sollecitano istinti di conservazione negli operatori. Si cerca disperatamente ancoraggio a categorie tradizionali e si depreca il nuovo che avanza, il diritto liquido, la fluidità dei concetti e – persino – la violazione di ciò che di più sacro dovrebbe esserci: il giudicato.

Si dice che il giudice dell'esecuzione “deborda” e si appropria di prerogative non sue, addirittura rischiando l'arbitrio.

Non concordo con un simile scenario apocalittico. La fase esecutiva è giurisdizione piena, attuata nel contraddittorio tra le parti; ed essendo connaturale alla funzione giurisdizionale il razionale esercizio di discrezionalità (che non è arbitrio, ma, appunto, discrezionalità), non vedo quale possa essere il problema. Si tratta di esercitare quel potere – come tutti i poteri – in modo responsabile e – si ripete – razionale.

Del resto, l'esito delle questioni sopra esaminate non è il frutto delle velleità di qualche scalmanato giurista, ma dei massimi consessi della nostra giurisdizione. La Corte costituzionale che *reputa non implausibile* una certa interpretazione dell'art. 30 legge n. 87/1953 e dell'art. 673 c.p.p. (sentenza n. 210 del 2013); le Sezioni Unite che – quella interpretazione – dopo averla prospettata come possibile cominciano a praticarla (Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013 - dep. 07/05/2014, Ercolano, Rv. 258650).

Il tutto non avviene per capriccio, o perché si subisce la fascinazione del *diritto 2.0*; piuttosto, il tutto avviene a tutela – si ricordi – di beni di primario rilievo costituzionale, in una chiara operazione di bilanciamento tra valori costituzionali. Bilanciamento tra valori costituzionali che indubbiamente introduce elementi di problematicità, poiché incide sul delicato rapporto tra il giudice e la legge (e alla delimitazione delle prerogative funzionali tra il produttore del diritto e il suo interprete); bilanciamento che, però, è stato elaborato in via pretoria dagli organi giurisdizionali ai quali lo stesso ordinamento implicitamente riconosce tale prerogativa.

«È finito – scrive Cordero in una delle introduzioni al suo manuale di procedura penale – il tempo delle norme scolpite nel marmo».

Ma non è detto che ciò sia un male, se questa *fluidità* permette di inverare in modo più profondo le libertà costituzionali e se consente di leggere parole come quelle della Consulta

«l'ordinamento nazionale conosce ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato. Tra questi, non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo»

o delle Sezioni Unite

«Vi sono tuttavia argomenti di innegabile solidità che si oppongono alla 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.

Non va sottaciuto, infatti, che la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (art. 13, comma 2, 25, comma 2) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma 3, Cost, profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria di incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento (...).

E, allora, si impone un bilanciamento tra il valore costituzionale della 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».