42858/14

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE PENALI

Composta da

Giorgio Santacroce	- Presidente -	Sent. n. sez. 12
Antonio Esposito		CC - 29/05/2014
Carlo Giuseppe Brusco		R.G.N. 22166/2013
Umberto Zampetti		
Francesco Ippolito	- Relatore -	
Amedeo Franco		
Giovanni Conti		
Maurizio Fumo		
Piercamillo Davigo		

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso del
Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli
nei confronti di
Gatto Francesco, nato a Napoli il 4/10/1955

avverso l'ordinanza del 20/02/2013 del Tribunale di Napoli

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
udita la relazione svolta dal componente Francesco Ippolito;
lette le richieste del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Oscar Cedrangolo, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso;

RITENUTO IN FATTO

1. Con provvedimento *de plano,* adottato il 20 febbraio 2013 ai sensi dell'art. 666, comma 2, cod. proc. pen., il Tribunale di Napoli, in funzione di giudice della esecuzione, ha dichiarato inammissibile la richiesta del Pubblico ministero, il quale, invocando la sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 5 novembre 2012 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., 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, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.), aveva sollecitato la rideterminazione della pena (di sei anni di reclusione e di 26.000 euro di multa) inflitta a Francesco Gatto con sentenza dello stesso Tribunale emessa in data 8 giugno 2011 (confermata dalla Corte di appello il 23 aprile 2012 e passata in giudicato il 2 novembre 2012), per il delitto di detenzione a fine di cessione a terzi di sostanze stupefacenti del tipo marijuana, per un peso netto pari a gr. 1,7504, con principio attivo puro pari a gr. 0,30160, e del tipo cocaina, per un peso netto pari a gr. 2,864, con principio attivo puro pari a gr. 2,208. La riconosciuta attenuante del fatto di lieve entità (art. 73, comma 5, d.P.R. cit.) e la recidiva reiterata specifica erano state ritenute equivalenti dal Tribunale in sede di cognizione.

Il giudice della esecuzione ha osservato che la sentenza della Corte costituzionale non ha comportato *abolitio criminis*; e pertanto «l'intangibilità derivante dalla preclusione del giudicato» rendeva inammissibile la richiesta del Pubblico ministero.

2. Contro il provvedimento del Tribunale di Napoli ha proposto ricorso il locale Procuratore della Repubblica, deducendo violazione di legge penale ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. *b*), cod. proc. pen., in relazione alla «pronuncia di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., come sostituito dall'art. 3 della legge 251/2005, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.».

A fondamento del ricorso, il Pubblico ministero ha evidenziato che la sentenza di condanna – oltre a ravvisare la sussistenza della fattispecie attenuata di cui al comma 5 dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 «in considerazione delle modalità non particolarmente allarmanti del fatto» e «dei modesti quantitativi di sostanza stupefacente caduti in sequestro» – aveva

affermato l'equivalenza tra la contestata recidiva e la circostanza attenuante «sulla mera base del disposto normativo poi dichiarato costituzionalmente illegittimo»: a tal fine, particolarmente significativo era l'inciso che dichiarava l'equivalenza dell'attenuante alla recidiva «come previsto dalla legge».

3. Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione, con requisitoria del 26 giugno 2013, ha chiesto che venga dichiarata l'inammissibilità del ricorso, per manifesta infondatezza dei motivi, «non essendo consentito al giudice dell'esecuzione di effettuare alcun giudizio di bilanciamento tra opposte circostanze».

4. La Prima Sezione penale, assegnataria del ricorso in base alle vigenti tabelle di organizzazione della Corte, con ordinanza datata 20 novembre 2013, ne ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite, rilevando che, in tema di effetti sull'esecuzione della pena derivanti da declaratorie di illegittimità costituzionale non comportanti abolizione della norma incriminatrice, ma incidenti sul trattamento sanzionatorio già previsto dal legislatore, sussistono divergenti orientamenti giurisprudenziali di legittimità, emersi non sulla specifica questione oggetto dell'odierno ricorso, ma sulla questione affine, insorta a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 249 del 2010, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 61, primo comma, n. 11-*bis*, cod. pen.

Invero, con decisione della Sez. 1, n. 977 del 27/10/2011, Hauohu, Rv. 252062, è stato affermato che «gli articoli 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», sicché «spetta al giudice dell'esecuzione il compito di individuare la porzione di pena corrispondente e di dichiarare non eseguibile, previa sua determinazione ove la sentenza del giudice della cognizione abbia omesso di individuarla specificamente, ovvero abbia proceduto al bilanciamento tra circostanze». L'orientamento è stato seguito da Sez. 2, n. 8720 del 11/02/2011, Idriz, Rv. 249816; Sez. 1, n. 19361 del 24/02/2012, Teteh Assic, Rv. 253338; Sez. 1, n. 40464 del 12/06/2012, Kabi, non mass.; Sez. 6, n. 21982, del 16/05/2013, Ingordini, Rv. 255674.

In contrasto con tale principio, si pongono le affermazioni di Sez. 1, n. 27640 del 19/01/2012, Hamrouni, Rv. 253383-253384, secondo cui a): «l'art. 30, comma quarto, della legge n. 87 del 1953, relativo alla cessazione della esecuzione e di tutti gli effetti penali di sentenza irrevocabile di condanna in

applicazione di norma dichiarata incostituzionale, è stato implicitamente abrogato dall'art. 673 cod. proc. pen., che ne ha completamente assorbito la disciplina»; b): «non è soggetta a revoca *in executivis* la sentenza di condanna intervenuta per reato aggravato da circostanza dichiarata costituzionalmente illegittima successivamente al suo passaggio in giudicato né è consentito al giudice dell'esecuzione dichiarare non eseguibile la porzione di pena corrispondente».

5. Con decreto del 17 febbraio 2013, il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni unite fissandone la trattazione per l'udienza odierna in camera di consiglio.

6. Con ulteriore requisitoria del 16 aprile 2014, il Procuratore generale ha ribadito la richiesta di dichiarazione di inammissibilità del ricorso, osservando innanzitutto che «la *quaestio iuris* all'esame della Corte è, di fatto, superata, nel caso di specie, dalle modifiche apportate all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 dall'art. 2 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv., con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2014, n. 10, nonché dalla declaratoria (Corte cost., sent. n. 32 del 2014) di illegittimità costituzionale degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* della legge 21 febbraio 2006, n. 49, declaratoria che ha comportato il ripristino della previgente disciplina, di cui all'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990. Tali interventi, successivi alla proposizione del ricorso in esame, determinano l'insorgenza di problematiche – relative alla eventuale modificazione, in sede esecutiva, del trattamento sanzionatorio – che sono pregiudiziali rispetto alla *quaestio iuris*, ma che non sono all'esame della Corte, e comunque, non potrebbero essere valutate d'ufficio dal giudice dell'esecuzione, che interviene – al di fuori delle ipotesi tassativamente previste, che non rientrano nella fattispecie – sempre e soltanto su specifiche richieste delle parti processuali».

Ha aggiunto l'Ufficio requirente che le intervenute modifiche normative su una vicenda processuale già conclusa rendono improponibile l'intervento del giudice dell'esecuzione. Ha infine osservato che, indipendentemente dalla vigenza o meno della disposizione di cui all'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, il principio della intangibilità del giudicato è riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte costituzionale: la prima, infatti, nella sentenza del 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, ha escluso l'applicabilità della disposizione più favorevole intervenuta dopo la pronuncia di sentenza definitiva; la seconda, con le sentenze n. 230 del 2011 e n. 210 del 2013, nel richiamare la pronuncia della Corte EDU appena citata, ha

formalmente riaffermato il principio di intangibilità della *res iudicata*, espressivo dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto implicata dall'ordinanza di rimessione può essere enunciata nei seguenti termini: *"Se, successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, possa comportare una rideterminazione della pena in sede di esecuzione"*.

2. Sulla richiesta d'inammissibilità formulata dal Procuratore generale, osserva il Collegio che, nel richiedere al giudice dell'esecuzione la rideterminazione della pena nei confronti di Gatto, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale pronunciata con la sentenza n. 251 del 2010, il Procuratore della Repubblica di Napoli aveva implicitamente, ma inequivocabilmente, risolto la questione controversa in senso positivo, mentre il giudice rigettò la richiesta adottando la contraria soluzione.

Con l'impugnazione proposta, il ricorrente deduce la nullità del provvedimento adottato dal giudice per violazione di legge.

Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione ha concluso per l'inammissibilità del ricorso, da un lato, evidenziando l'inesistenza del potere del giudice dell'esecuzione di adottare statuizioni d'ufficio e, dall'altro lato, facendo riferimento alle successive vicende normative e istituzionali intervenute in materia (la declaratoria d'illegittimità parziale della legge 21 febbraio 2006, n. 49, adottata dalla Corte costituzione con la sentenza n. 32 del 2014 e la legge n. 10 del 2014 relativa al fatto di lieve entità concernente il possesso e lo spaccio di droga).

La questione controversa, per come sopra sintetizzata, era stata posta a fondamento della richiesta del Pubblico ministero napoletano, per cui non sussiste alcuna violazione del principio della domanda di parte (art. 666, comma 1, cod. proc. pen.), essendo inequivocabilmente sottesa alla richiesta del P.M. di rideterminazione della pena la sostenuta possibilità che il giudice dell'esecuzione, nel caso in esame, dovesse e potesse procedere a riformulare il giudizio tra le circostanze eterogenee, statuendo la prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità (art. 73, comma 5, d.P.R. cit.) sulla recidiva *ex* art. 99, quarto comma, cod. pen., valutazione inibita al giudice della cognizione dall'art.

69, quarto comma, cod. pen., poi dichiarato costituzionalmente illegittimo (Corte cost., sent. n. 251 del 2012).

Ciò rende infondato anche il secondo rilievo addotto dal Procuratore generale. La sopravvenuta declaratoria d'illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 32 del 2014 e il successivo decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, conv., con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, non privano di contenuto la domanda del ricorrente, rimanendo ben distinta la richiesta al giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena, procedendo al giudizio di prevalenza prima inibito al giudice della cognizione dall'art. 69, quarto comma, cod. pen. (dichiarato illegittimo con sent. n. 251 del 2010) dagli effetti della sentenza n. 32 del 12 febbraio 2014 e dall'eventuale ipotizzata incidenza della novella indicata (la quale, tra l'altro, ha trasformato il reato attenuato in reato autonomo), che non hanno alcuna pregiudizialità rispetto alla questione posta dal Pubblico ministero al Tribunale di Napoli.

Della prospettata incidenza nella vicenda riguardante il condannato Gatto della novella introdotta con d.l. n. 146 del 2013, conv. dalla legge n. 10 del 2014, si farà cenno nel corso della trattazione che segue.

3. Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, a seguito della declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 61, primo comma, n. 11-*bis*, cod. pen. (Corte cost., sent. 249 del 2010), sulla questione dell'eseguibilità della parte di pena irrogata in applicazione dell'aggravante di cui alla citata disposizione, si sono effettivamente manifestati due orientamenti contrapposti.

3.1. La prima pronuncia della Corte di cassazione in argomento è quella della Sez. 1, n. 977 del 27/10/2011, Hauohu, Rv. 252062, la quale ha affermato il principio della «non eseguibilità del giudicato di condanna per la parte in cui è riferibile all'applicazione della circostanza aggravante colpita da declaratoria d'illegittimità costituzionale».

La sentenza esclude, per la soluzione della questione in esame, l'applicabilità dell'art. 673 cod. proc. pen., che si riferisce ai fenomeni di depenalizzazione o di illegittimità costituzionale dell'intera fattispecie oggetto del provvedimento divenuto irrevocabile, in quanto attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di incidere direttamente, cancellandola, sulla sentenza del giudice della cognizione; la previsione, in altri termini, può consentire una revoca parziale solo con riferimento a condanna per più reati, alcuni solo dei quali oggetto di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale, ma non anche «la scissione del singolo capo d'accusa e la risoluzione del giudicato formale in relazione ad aspetti meramente circostanziali, o sanzionatori, ad esso inerenti». Aggiunge,

poi, che l'art 673 cod. proc. pen., se «completa la disciplina penale sostanziale in materia di successione della legge penale nel tempo (art. 2 cod. pen.) o di efficacia delle sentenze dichiarative d'illegittimità costituzionale (artt. 136 Cost. e 30 legge n. 87 del 1953)», non per questo esaurisce tutti i casi in cui può trovare applicazione il principio di retroattività delle sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale di una norma penale: «la disposizione di cui al "nuovo" terzo comma dell'art. 2 cod. pen. consente un intervento sul giudicato *in executivis* al di fuori del ricorso allo strumento contemplato dall'art. 673 cod. proc. pen., e [...] l'esigenza di assicurare la "retroattività" agli effetti di una sentenza di illegittimità costituzionale è nettamente più significativa di quella connessa al fenomeno della abrogazione». I due istituti, secondo il pacifico insegnamento della Corte costituzionale, «si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse», l'abrogazione «operando, come è noto, di regola *ex nunc* e non toccando perciò la validità della norma abrogata fino all'entrata in vigore di quella abrogante», la dichiarazione di incostituzionalità «colpendo, al contrario, la norma fin dalla sua origine, eliminandola dall'ordinamento e rendendola inapplicabile ai rapporti giuridici in corso, con conseguenze invalidanti assimilabili all'annullamento».

Il limite del giudicato al dispiegarsi degli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità «trova [...] eccezione in materia penale, grazie al disposto del quarto comma dell'art. 30», in «attuazione del principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.».

Ciò posto, la sentenza, consapevole che «la giurisprudenza di legittimità spesso ha affermato che l'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, si riferisce solamente alle norme penali incriminatrici», rileva che ciò è avvenuto essenzialmente al fine di distinguere da queste le norme processuali. Osserva, di contro, che: «allorché si parla di norma penale in senso stretto, s'intende comunemente fare riferimento – nell'accezione mutuata appunto dall'art. 25, secondo comma, Cost. – alle disposizioni che comminano una pena o che determinano una differenza di pena in conseguenza di determinati comportamenti o situazioni. Nella misura in cui da dette norme deriva una sanzione criminale per un aspetto dell'agire umano, di esse può dirsi che sono analoghe alle norme incriminatrici, essendo indifferente, da tale punto di vista, che istituiscano un autonomo titolo di reato o una circostanza aggravante».

Ritenuto, dunque, inapplicabile l'istituto della revoca della sentenza previsto dall'art. 673 cod. proc. pen., viene affermata l'utilizzabilità dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953. Questa disposizione, infatti, «non circoscrive in alcun modo, né direttamente, né indirettamente, il divieto di dare esecuzione

alla condanna pronunziata "in applicazione" di una norma penale dichiarata incostituzionale» ed è anzi «l'unica conforme ai principi di personalità, proporzionalità e rimproverabilità desumibili dall'art. 27 Cost., che investono la funzione della pena dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione» e, più in generale, «all'insieme dei principi costituzionali che regolano l'intervento repressivo penale e che impediscono di ritenere costituzionalmente giusta, e perciò eseguibile, anche soltanto una frazione di pena, se essa consegue all'applicazione di una norma contraria a Costituzione».

Posto così il principio della «non eseguibilità del giudicato di condanna per la parte in cui è riferibile all'applicazione della circostanza aggravante colpita da declaratoria d'illegittimità costituzionale», Sez. I, Hauohu, ha concluso: «spetta per conseguenza 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 omesso di individuarla specificamente, ovvero abbia proceduto ... al bilanciamento tra le circostanze».

I principi affermati, e gli argomenti svolti, da Sez. 1, Hauohu, sono stati espressamente richiamati e condivisi da Sez. 1, n. 19361 del 24/02/2012, Teteh Assic, Rv. 253338; Sez. 1, n. 26899 del 25/05/2012, Harizi, Rv. 253084; Sez. 1, n. 40464 del 12/06/ 2012, Kabi, non mass., le quali tutte hanno affrontato l'identico problema dell'eseguibilità della porzione di pena inflitta in applicazione dell'aggravante prevista dall'art. 61, n. 11-*bis*, cod. pen.).

Nella sentenza Harizi si sottolinea che «l'interpretazione letterale e logico-sistematica della l. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma quarto, permette di ritenere che l'ambito applicativo della norma non è limitato alla fattispecie incriminatrice intesa in senso stretto, ma riguarda qualunque parte della condanna pronunziata in applicazione di una norma dichiarata incostituzionale e impedisce, perciò, anche solo una parte dell'esecuzione della sentenza irrevocabile, quale appunto quella relativa alla porzione di pena irrogata in attuazione della norma poi dichiarata costituzionalmente illegittima; approdo interpretativo che appare l'unico conforme al quadro costituzionale di riferimento e, in particolare, ai principi fissati dagli artt. 27 e 3 Cost., e art. 25, comma secondo, Cost.».

L'applicabilità dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 anche nel caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale relativa a norme penali sostanziali diverse da quelle incriminatrici è stata incidentalmente riconosciuta (con espresso riferimento alla motivazione della sentenza Harizi), anche da Sez. 6, n. 21982 del 16/05/2013, Ingordini, Rv. 255674; e da Sez. 6, n. 2295 del 15/10/2013, dep. 2014, Ayari, Rv. 257767, entrambe relative a vicende non

ancora definite con sentenza passata in giudicato, ma pendenti davanti alla Corte di cassazione ed aventi ad oggetto la sopravvenuta declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. nella parte in cui poneva il divieto di ritenere prevalente l'attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva qualificata (ossia la specifica questione oggetto del ricorso oggi in esame).

3.2. Tali principi sono stati radicalmente contestati da Sez. 1, n. 27640 del 19/01/2012, Hamrouni, Rv. 253383, anch'essa relativa a vicenda in cui si faceva questione della revoca della frazione di pena determinata dall'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, cod. pen.

Questa decisione ha escluso ogni rilevanza in sede esecutiva alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma che preveda una circostanza aggravante, con conseguente immutabilità della pena inflitta all'esito del giudizio di cognizione.

A sostegno di tali conclusioni, in motivazione si rileva, sottoponendo a critica gli argomenti utilizzati dalla sentenza Hauohu:

a) non sussiste alcuna violazione del principio di eguaglianza per il differente trattamento riservato alle condotte sanzionate con pronuncia passata in giudicato prima della dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale diversa da quella incriminatrice incidente sulla determinazione della pena rispetto alle condotte giudicate in epoca successiva alla pronuncia ablativa del Giudice delle leggi, «perché la *res iudicata* costituisce fondamento affatto ragionevole del *discrimen* tra situazioni uguali, come risulta anche dalla disciplina dell'art. 2, quarto comma, cod. pen., la quale rende "doverosa" la espiazione di una pena addirittura superiore al massimo edittale fissato dalla norma incriminatrice successivamente novellata»;

b) l'art. 673, comma 1, cod. proc. pen. «concerne pacificamente il caso [...] della radicale obliterazione del carattere della illiceità penale della condotta, già tipizzata, per effetto della eliminazione di ogni pena relativa»;

c) è inapplicabile la statuizione di cui all'art. 30, terzo comma, della legge n. 87 del 1953, perché la pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna esaurisce la "applicazione" di ogni norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio, in quanto «la esecuzione della pena trova esclusivamente titolo nel relativo provvedimento di irrogazione della sanzione, il quale, in virtù dell'efficacia preclusiva del giudicato, è affatto insensibile a ogni questione circa la "applicazione" della norma definitivamente operata dal giudice»;

d) la previsione dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, espande sì "l'efficacia" della dichiarazione di illegittimità costituzionale oltre

l'ambito dell'art. 136 Cost., perché, alla stregua di questa sola disposizione il giudicato penale sarebbe rimasto «insensibile [...] alla decisione del Giudice delle leggi», ma è anch'essa inapplicabile alla vicenda in esame perché, da un lato, «si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali», e, dall'altro, siccome prevede la cessazione non solo dell'esecuzione, ma anche di "tutti gli effetti penali" della sentenza irrevocabile di condanna, «implica necessariamente – alla evidenza – il radicale presupposto della *abolitio criminis*»;

e) l'art. 673 cod. proc. pen. ha implicitamente abrogato l'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, dettando una disposizione che «opera in radice la revoca della sentenza di condanna».

4. L'ordinanza di rimessione aderisce ai contenuti della sentenza Hamrouni, condividendo le critiche rivolte all'indirizzo prevalente, anche con riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, e rilevando che recenti interventi del Giudice delle leggi non risultano risolutivi per la questione in esame. In particolare, rileva che la sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 2013 – dopo avere, come le precedenti sentenze n. 236 del 2011 e 230 del 2012, riconosciuto il valore del giudicato, proprio alla luce della sentenza della Corte EDU – ha sì «supposto tuttora vigente» il quarto comma dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, ma ha esaminato una vicenda non assimilabile a quella in esame, perché incentrata sulla necessità di rispettare un principio derivante da una norma pattizia di diritto internazionale, quale l'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come interpretato dalla Corte EDU nella sentenza della Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola: è solo in questa prospettiva che deve inquadrarsi l'affermazione secondo cui il valore del giudicato risulta "recessivo".

5. Tanto premesso, il Collegio ritiene di aderire all'indirizzo prevalente evidenziatosi nella giurisprudenza della Corte in tema di art. 61, primo comma, n. 11-*bis*, cod. pen., a seguito della indicata declaratoria di incostituzionalità (Corte cost., sent. n. 249 del 2010), i cui esiti vanno estesi anche alla questione posta dal ricorso in esame, avente ad oggetto le conseguenze sull'esecuzione di pena ancora in atto della sentenza del Giudice delle leggi n. 251 del 2012.

5.1. Nella sentenza Hamrouni e nell'ordinanza di rimessione si evidenzia che la *quaestio iuris* dell'incidenza sulla condanna passata in giudicato della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale, diversa da quella incriminatrice, è stata «negativamente risolta dalla tradizionale

giurisprudenza di legittimità consolidatasi nel corso dei decenni», la quale ha ritenuto che «l'ultimo comma dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87, 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». A sostegno di tale conclusione si elencano una serie di pronunce di legittimità, a partire da Sez. 5, n. 296 del 25/01/1968, Manenti, Rv. 106904 sino a Sez. 5, n. 6676 del 21/06/1985, Bossa, Rv 170006 (non potendosi accreditare allo stesso filone la pur indicata sentenza Sez. 6, n. 3577 del 25/01/1995, Neglia, Rv. n. 200707, che – come si dirà in seguito – aveva ad oggetto le conseguenze della sentenza della Corte costituzionale n. 341 del 1994, che dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 341, primo comma, cod. pen., nella parte in cui prevedeva come minimo edittale la reclusione per mesi sei).

A tale rilievo, fondato sulla tradizione, è agevole replicare, per un verso, che trattasi di giurisprudenza di legittimità risalente nel tempo (si tratta di sentenze pronunciate sino alla metà degli anni '80 del secolo scorso, la gran parte delle quali aventi ad oggetto norme processuali e non sostanziali) e, per altro verso, che risulta condivisibile l'osservazione della sentenza Hauohu, secondo cui tale principio risulta tralaticiamente reiterato senza alcun 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)», traendosene la conclusione che le sentenze si sono «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».

Né ci si può acquietare alla costatazione che, anche nei casi in cui ha affrontato più direttamente la questione interpretativa del quarto comma dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito il principio che tale norma «si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali».

In proposito, nell'ordinanza di rimessione si fa esplicito riferimento alla giurisprudenza successiva alla declaratoria di illegittimità costituzionale proprio in materia di ipotesi aggravate di reato, già punite da norme del codice penale militare di pace (nel testo previgente alla novella del 26 novembre 1985, n. 689), dichiarate costituzionalmente illegittime (Corte cost., sent. n. 103 del 1982). La Cassazione ritenne che la sentenza della Corte costituzionale (che aveva dichiarato illegittimi gli artt. 186, secondo ed ultimo comma, e 189, primo

comma, del cod. pen. mil. pace, nella parte relativa alle sanzioni senza incidere sul perdurante carattere criminoso dei fatti) non poteva produrre effetti sulle situazioni esaurite attraverso il giudicato: e ciò perché non poteva trovare applicazione il quarto comma dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87, riguardante, con effetti analoghi a quelli del secondo comma dell'art. 2 cod. pen., il caso dell'*abolitio criminis*, posto che la fattispecie era riconducibile al terzo comma del citato art. 2 cod. pen., secondo cui disposizioni più favorevoli al reo non sono operative qualora sia stata pronunciata sentenza irrevocabile (Sez. 1, n. 1375 del 01/07/1983, Giacomelli, Rv 160030).

Tale affermazione, peraltro apodittica e non motivata, non può condividersi, risultando fondata sull'erronea parificazione tra il fenomeno della successione di leggi nel tempo (con introduzione di norme più favorevoli: art. 2, terzo comma, cod. pen., divenuto quarto comma dopo l'inserimento operato dall'art. 14 legge 24 febbraio 2006, n. 85) e quello derivante dalla declaratoria di illegittimità costituzionale.

Identica critica deve muoversi ad analoga decisione assunta da Sez. 1, n. 4873 del 02/10/1996, Bruno, Rv. 205948, avente ad oggetto la richiesta di ottenere in sede di esecuzione la sostituzione della pena di due mesi di reclusione militare con la corrispondente pena pecuniaria a norma dell'art. 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 284 del 1995, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689, nella parte in cui non prevedeva l'applicabilità delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi ai reati militari, sentenza intervenuta in epoca successiva all'irrevocabile definizione del giudizio di cognizione.

Infatti, come è stato chiarito dalla Corte costituzionale sin dalla sua prima sentenza del 1956 (con giurisprudenza costantemente ripetuta), gli istituti giuridici dell'abrogazione e dell'illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con competenze diverse e con effetti diversi.

Gli effetti della declaratoria di incostituzionalità non sono paragonabili a quelli dello *ius superveniens*, poiché la dichiarazione d'illegittimità costituzionale inficia fin dall'origine (o, per le leggi a questa anteriori, fin dalla emanazione della Costituzione) la disposizione impugnata. Pertanto le pronunce stesse fanno sorgere l'obbligo per i giudici avanti ai quali si invocano le norme di legge dichiarate illegittime di non applicarle, a meno che i rapporti cui esse si riferiscono debbano ritenersi ormai esauriti in modo definitivo ed irrevocabile, e

conseguentemente non più suscettibili di alcuna azione o rimedio, secondo i principi invocabili in materia (Corte cost., sent. n. 58 del 1967).

E' stato poi precisato che l'abrogazione non tanto estingue le norme, quanto piuttosto ne delimita la sfera materiale di efficacia, e quindi l'applicabilità, ai fatti verificatisi sino ad un certo momento del tempo: coincide, per solito e salvo che sia diversamente disposto dalla nuova legge, con l'entrata in vigore di quest'ultima. Invece, la declaratoria di illegittimità costituzionale, determinando la cessazione di efficacia delle norme che ne sono oggetto, impedisce, dopo la pubblicazione della sentenza, che le norme stesse siano comunque applicabili anche ad oggetti ai quali sarebbero state applicabili alla stregua dei comuni principi sulla successione delle leggi nel tempo. Il mutamento di disciplina attuato per motivi di opportunità politica, liberamente valutata dal legislatore costituisce, pertanto, fenomeno diverso dall'accertamento, ad opera dell'organo a ciò competente, dell'illegittimità costituzionale di una certa disciplina legislativa: in questa seconda ipotesi, a differenza che nella prima, è perfettamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali, di assumere le norme dichiarate incostituzionali a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pur se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte (Corte cost., sent. n. 49 del 1970).

Ne consegue che devono ritenersi erronee e del tutto superate le conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza di legittimità negli anni '70-'80 del secolo scorso (ripresa acriticamente dalla Sez. 1, n. 4873 del 2/10/1996, Bruno, Rv. 205948) che non operava alcuna distinzione tra abrogazione e dichiarazione di illegittimità costituzionale e che, perciò, non coglieva la necessità di differenziarne gli effetti.

5.2. Di diverso orientamento risultano, invece, le pronunce intervenute a partire dagli anni '90, tra cui vanno menzionate quelle che, pur occupandosi delle ricadute della dichiarazione di illegittimità costituzionale di nome penali sostanziali diverse da quelle incriminatrici sui processi in corso e non su quelli già definiti con sentenza irrevocabile, misero in evidenza che questo fenomeno non è in alcun modo omologabile alla vicenda della successione di leggi nel tempo. In questo senso si sono espresse: Sez. 6, n. 3577 del 25/01/1995, Neglia, Rv. 200707; Sez. 6, n. 3578 del 25/01/1995, Sticco, Rv. 200708; Sez. 6, n. 3587 del 25/01/1995, Grasso, Rv. 200709; Sez. 6, n. 3793 del 25/01/1995, Vercellin, Rv. 200710.

Tali decisioni, in termini assolutamente omogenei, avendo riguardo agli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 341 del 1994, che aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 341, primo comma, cod. pen. nella parte in cui

fissava, per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale, il minimo edittale nella pena di sei mesi di reclusione, rilevarono che «non può certo assimilarsi la dichiarazione di illegittimità – per giunta coinvolgente non il precetto ma la sanzione comminata dalla legge – al fenomeno abrogativo», e che, «dunque, non è possibile ravvisare in conseguenza della detta pronuncia, considerando la natura invalidante della sentenza della Corte, un effetto in tutto corrispondente alla successione di leggi nel tempo». La precisazione fu effettuata per segnalare che, «alla stregua delle disposizioni dell'art. 30 commi 1 e 4 della legge 11 marzo 1953 n. 87», deve desumersi «l'immediata conseguenza demolitoria di tale sentenza [la n. 341 del 1994] per i processi tuttora in corso».

La netta distinzione tra abrogazione e declaratoria d'illegittimità costituzionale venne anche sottolineata dalla Corte di cassazione a proposito dell'applicabilità dell'art. 673 cod. proc. pen. a sentenza di condanna fondata su norma incriminatrice contenuta in un decreto-legge decaduto per mancata conversione, in cui fu evidenziato che «la decadenza di un decreto-legge ha effetti maggiori dell'abrogazione, poiché fa venir meno sin dall'origine la norma decaduta, determinando una situazione sostanzialmente assimilabile a quella dell'efficacia *ex tunc* della dichiarazione di incostituzionalità» (Sez. 1, n. 7058 del 16/12/1997, dep. 1998, Karomi, Rv. 209352).

Sia pure a distanza di tempo, dunque, i principi ripetutamente affermati dalla giurisprudenza costituzionale sono stati fatti propri dalla Corte di cassazione. Le Sezioni Unite nel 1984 affermarono che la declaratoria di incostituzionalità di una norma ha efficacia invalidante e non abrogativa (Sez. U, n. 7232 del 07/07/1984, Cunsolo, Rv. 165563) e nel 2001 stigmatizzarono che parte della giurisprudenza avesse continuato per lungo tempo a fondarsi sulla "sovrapposizione e confusione" dei due diversi istituti dell'abrogazione e dell'illegittimità costituzionale di una norma di legge, istituti che, invece, differiscono profondamente, al punto che si è ritenuto ammissibile il controllo di costituzionalità anche di una norma già abrogata, ove ne permangano gli effetti (Sez. U, n. 17179 del 27/02/2002, Conti).

Tali conclusioni devono essere oggi ribadite, sottolineando che sia il succedersi di leggi, che in tutto o in parte disciplinano materie già regolate da leggi precedenti, sia l'abrogazione di una norma per effetto di norma successiva sono fenomeni fisiologici dell'ordinamento giuridico, mentre la dichiarazione di illegittimità costituzionale palesa un evento di patologia normativa.

Il primo fenomeno deriva da una rinnovata e diversa valutazione del disvalore penale di un fatto, fondata sull'opportunità politica e sociale, operata dal Parlamento, competente a legiferare in uno Stato democratico di diritto. La

declaratoria d'illegittimità costituzionale di una norma – rimasta formalmente in vigore fino alla pubblicazione della sentenza costituzionale, ma sostanzialmente invalida – attesta che quella norma mai avrebbe dovuto essere introdotta nell'ordinamento repubblicano, che è Stato costituzionale di diritto, ciò che implica il primato delle norme costituzionali, che non possono perciò essere violate dal legislatore ordinario.

A tali distinte situazioni corrispondono diverse conseguenze. Mentre l'applicazione della sopravvenuta legge penale più favorevole, che attiene alla vigenza normativa, trova un limite invalicabile nella sentenza irrevocabile, ciò non può valere per la sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale, che concerne il diverso fenomeno della invalidità.

La norma costituzionalmente illegittima viene espunta dall'ordinamento proprio perché affetta da una invalidità originaria. Ciò impone e giustifica la proiezione "retroattiva", sugli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi, già da essa disciplinati, della intervenuta pronuncia di incostituzionalità, la quale certifica la definitiva uscita dall'ordinamento di una norma geneticamente invalida. Una norma che deve dunque considerarsi *tamquam non fuisset*, perciò inidonea a fondare atti giuridicamente validi, per cui tutti gli effetti pregiudizievoli derivanti da una sentenza penale di condanna fondata, sia pure parzialmente, sulla norma dichiarata incostituzionale devono essere rimossi dall'universo giuridico, ovviamente nei limiti in cui ciò sia possibile, non potendo essere eliminati gli effetti irreversibili perché già compiuti e del tutto consumati (cfr. Cass. Sez. 6, n. 9270 del 16/02/2007, Berlusconi).

Tanto deriva dall'insieme di norme che la Corte costituzionale ha definito "il complesso unitario" risultante dall'art. 136, primo comma, Cost., dall'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 e dalla legge 11 marzo 1953, n. 87, che stabiliscono il principio generale della cessazione di efficacia della norma di legge dichiarata incostituzionale e pongono il divieto della sua applicazione ai rapporti giuridici in corso con effetti invalidanti assimilabili all'annullamento.

Ciò vale per tutti gli ambiti dell'ordinamento, e però, in forza dell'art. 30, quarto comma della legge n. 87 del 1953, in materia penale ha una portata ben maggiore, disponendosi che «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali». La disposizione, come è stato efficacemente sintetizzato dalla dottrina, estende «al massimo l'incidenza "retroattiva" delle decisioni d'incostituzionalità nella materia penale, quando si sia pronunciata sentenza di condanna in applicazione di leggi poi dichiarate incostituzionali. Tali sentenze, ancorché passate in giudicato, cessano di avere

esecuzione e di produrre qualsiasi effetto penale. In questo caso il massimo di retroattività è stato previsto in considerazione della particolare gravità delle sanzioni penali, essendosi ritenuto inaccettabile (come e più che nell'abrogazione) che esse potessero ancora valere, una volta riconosciuta l'incostituzionalità del loro fondamento normativo».

La disposizione, che costituisce attuazione del principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. si riferisce alle sole norme penali sostanziali, per tali dovendosi intendere quelle che correlano la previsione di una sanzione ad uno specifico comportamento e che stabiliscono una differenza di pena in conseguenza di una determinata condotta. Può, quindi, parlarsi di una norma penale sostanziale tutte le volte in cui è stabilita una sanzione penale per un aspetto dell'agire umano, essendo indifferente, da tale punto di vista, che la norma disciplini un autonomo titolo di reato o una circostanza aggravante (Sez. 1, n. 977 del 27/10/2011, dep. 2012, Hauohu, Rv. 252062; Sez. 1, n. 26899 del 25/05/2012, Harizi, Rv. 253084; Sez. 6, n. 21982 del 16/05/2013, Ingordini, Rv. 255674).

6. Una perdurante e significativa eco della criticata equiparazione tra abrogazione e illegittimità costituzionale della norma di legge affiora anche nell'ordinanza di rimessione, là dove si rileva che dottrina e giurisprudenza, nell'affermare il consolidato principio di diritto secondo il quale le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale operano *ex tunc* perché producono i loro effetti anche sui rapporti sorti anteriormente alla pronuncia di illegittimità, hanno, nel contempo, pacificamente riconosciuto che l'efficacia retroattiva della pronuncia di illegittimità costituzionale incontra un limite, nel senso che restano definitivamente regolati dalla legge dichiarata invalida i rapporti esauriti. A tal fine – si aggiunge, con richiamo alla sentenza n. 139 del 1984 della Corte costituzionale – devono considerarsi "esauriti" quei rapporti che hanno trovato la loro definitiva e irretrattabile conclusione mediante sentenza passata in giudicato, i cui effetti non vengono intaccati dalla successiva pronuncia di incostituzionalità. A sostegno dell'affermazione che, nell'ordinamento giuridico, la *res iudicata* costituisce fondamento del tutto ragionevole del *discrimen* tra situazioni uguali, si assume che tale «criterio è codificato nella disciplina del diritto intertemporale della legge penale, in quanto (fatta salva l'eccezione stabilita dall'art. 2, comma terzo, cod. pen.) la pena inflitta con la condanna irrevocabile resta del tutto insensibile alla sopravvenuta modificazione, in senso favorevole al reo, delle disposizioni penali, c.d. *lex mitior* (art. 2, comma quarto, cod. pen.)».

Viene così, per un verso, riprodotta la "confusione/sovrapposizione" tra effetti dell'abrogazione di norma incriminatrice ad opera del legislatore e dichiarazione d'illegittimità costituzionale, obliterando la ricordata incommensurabile differenza tra i due fenomeni giuridici. Per altro verso, affermando che «il giudicato rappresenta "il punto di arresto" all'espansione della retroattività delle sentenze della Corte costituzionale, salvo che concernano la norma incriminatrice», si finisce con il riproporre una concezione "assolutistica" del giudicato, come norma del caso concreto, insensibile alle evenienze giuridiche successive all'irrevocabilità della sentenza.

6.1. A ben vedere, è proprio la diversa concezione del giudicato il discrimine delle divergenti impostazioni che hanno dato luogo al contrasto di giurisprudenza oggi all'esame delle Sezioni Unite.

La concezione tradizionale del giudicato ha dominato incontrastata per decenni nella giurisprudenza e nella cultura giuridica penalistica, influenzate dall'affermato ed egemone primato del potere statuale su qualsiasi diritto della persona; ha cominciato a essere posta in discussione con la proclamazione dei diritti fondamentali, che ha dato l'avvio ad una mutazione del fondamento e della stessa forza della cosa giudicata.

La Costituzione della Repubblica e, successivamente, il nuovo codice di procedura penale hanno ridimensionato profondamente il significato totalizzante attribuito all'intangibilità del giudicato quale espressione della tradizionale concezione autoritaria dello Stato e ne hanno, per contro, rafforzato la valenza di garanzia individuale.

Ritiene il Collegio, con il conforto della migliore dottrina, che – a differenza di quanto accade in materia civile, dove «l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa» (art. 2909 cod. civ.), con ciò assicurando certezza e stabilità dei rapporti patrimoniali – in ambito penale la forza della cosa giudicata nasce certamente dall'ovvia necessità di certezza e stabilità giuridica e dalla stessa funzione del giudizio, volto a superare l'incertezza dell'ipotesi formulata dall'accusa a carico dell'imputato per pervenire, secondo le regole del giusto processo, ad un risultato che trasformi la *res iudicanda* in *res iudicata*, ma essa deriva soprattutto dall'esigenza di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale e si esprime essenzialmente nel divieto di *bis in idem*, che assume nel vigente diritto processuale penale la portata e la valenza di principio generale (Sez. 6, n. 1892 del 18/11/2004, dep. 2005, Fontana, Rv. 230760; Sez. U, n. 34655 del 28/06/2005, Donati, Rv. 231799-231800), impedendo la celebrazione di un nuovo processo per il medesimo fatto e imponendo al giudice

di pronunciare in ogni stato e grado del processo sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, se, nonostante tale divieto, viene di nuovo iniziato procedimento penale.

Ripercorrendo la storia della giurisprudenza e della dottrina giuridica in età repubblicana, emerge chiaramente una lenta, ma continua erosione di quello che, già a metà degli anni '50 del Novecento, fu definito il "mito del giudicato" (ovvero la "sua esasperante idealizzazione" o persino "il tabù", secondo altre autorevoli definizioni) del quale si sollecitava il superamento culturale, oltre che giuridico, in linea con i nuovi valori della Costituzione, contrastanti con gli assetti politico-istituzionali dei passati ordinamenti e, soprattutto, antitetici a quelli del precedente regime autoritario, in cui il dogma del giudicato si era intrecciato con la mistica ideologica del diritto e del processo propri dello "Stato forte", al punto da ritenere che il giudicato ne esprimesse la "voce".

Il progressivo maturare e diffondersi dei valori costituzionali, che hanno posto in primo piano la necessità di apprestare adeguate tutele ai diritti della persona, preminenti rispetto all'autorità formale del giudicato, fondata sull'esigenza pratica di assicurare stabilità e certezza agli esiti dei procedimenti penali, ha via via ridimensionato e superato impostazioni e interpretazioni tradizionali, che risentivano di quella risalente concezione, poco sensibile alle sollecitazioni provenienti da autorevoli voci della dottrina tese a evidenziare le distorsioni e le storture che il mito dell'intangibilità del giudicato determinava nella interpretazione di taluni istituti di diritto sostanziale.

E' significativo che già nei primi anni di vigenza della Costituzione della Repubblica, ossia nel periodo di più forte tensione culturale tra il vecchio Stato e i valori del nuovo ordinamento democratico, un'autorevole dottrina coglieva il «forte legame tra il problema dei limiti del giudicato ed organizzazione democratica dello Stato», sottolineando che la democrazia «non può tollerare che in situazioni strettamente inerenti alla personalità possa una esigenza politica, una esigenza cioè afferente all'organizzazione della società, schiacciare un'esigenza di giustizia che tocca interessi fondamentali della persona e per ciò stesso un interesse generale della società».

Riflessioni e considerazioni riprese successivamente, alla fine degli anni '60, con specifico riferimento all'istituto della continuazione, per evidenziare le incongruenze e le aporie di una giurisprudenza ancorata al "pressante fascino" del mito del giudicato, tanto da impedire persino l'applicazione della norma di attenuazione della pena prevista dall'art. 81 cod. pen.

Non è certo un caso che i primi interventi legislativi per allargare l'istituto della revisione della sentenza (unico rimedio previsto dall'originario codice Rocco

contro una condanna irrevocabile) furono realizzati con legge 14 maggio 1961, n. 481, a seguito della appassionata denuncia della dottrina degli effetti nefasti del giudicato elevato a dogma, così come l'importante modificazione dell'art. 81 cod. pen., introdotta dall'art. 8 d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 giugno 1974, n. 220, seguì di appena qualche anno la penetrante riflessione degli studiosi più sensibili ai diritti fondamentali della persona, che aveva operato una rilettura costituzionalmente orientata (fondata sui diritti di personalità, sul diritto di difesa e sul principio della finalizzazione della pena alla risocializzazione del condannato) di istituti di diritto sostanziale, a cominciare dal rapporto tra giudicato e reato continuato, determinando effetti anche dirompenti su tradizionali indirizzi giurisprudenziali.

6.2. Recependo gli stimoli di quella dottrina, sia pure a distanza di anni e a seguito di «un lungo travaglio ermeneutico iniziato a partire dai primi anni ottanta e culminato verso la fine di tale decennio, la Corte di cassazione si è assestata sulla *regula iuris* in base alla quale anche nell'ipotesi in cui il reato per il quale il giudice procede è più grave di quello già giudicato con sentenza irrevocabile di condanna è applicabile la continuazione, purché venga accertata l'identità del disegno criminoso dell'uno e dell'altro fatto: con l'effetto, in tema di determinazione della pena, che, individuata la pena base per il reato più grave sottoposto al suo esame, il giudice vi apporterà l'aumento giudicato equo per la continuazione con il reato già giudicato e meno grave» (così Corte cost., sent. n. 96 del 1996).

Invero le Sezioni Unite a metà degli anni '80, ribaltando un risalente orientamento, ribadito appena qualche anno prima (Sez. U, n. 9559 del 19/06/1982, Alunni, Rv. 155674), statuirono che in tema di reato continuato la valutazione del giudice circa la identità del disegno criminoso costituisce il solo criterio per la unificazione fittizia *quoad poenam* della pluralità degli illeciti commessi dall'agente con una molteplicità di azioni, restandone escluso ogni fattore di carattere temporale. Pertanto al giudice del merito non è inibita l'applicazione del trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 81, primo e secondo comma, cod. pen. quando sia stata già pronunciata una sentenza irrevocabile di condanna nei confronti dell'imputato per fatto anche meno grave di quello sottoposto al suo giudizio. In tale ipotesi la pena complessiva va determinata sulla base di quella da infliggersi per il reato più grave sottoposto al giudizio in corso e va apportato l'aumento ritenuto equo in riferimento al reato meno grave già giudicato (Sez. U, n. 7682 del 21/06/1986, Nicolini, Rv. 173419).

Quella decisione ripudiò l'opinione secondo cui, in caso di sentenza irrevocabile di condanna per reato meno grave rispetto a quello sottoposto all'esame del giudice, l'applicazione dell'istituto dalla continuazione sarebbe precluso dal principio di intangibilità del giudicato inibente qualsiasi modifica delle statuizioni contenute nella sentenza irrevocabile.

La Corte (con riferimento agli artt. 90 e 579 del previgente codice di rito, ma con argomentazioni pienamente valide e condivisibili anche per la disciplina prevista dagli artt. 649 e 669 dell'attuale codice di procedura penale) negò che una siffatta concezione della *res iudicata* potesse trovare fondamento nelle norme processuali penali, «in quanto la norma statuisce in modo inequivocabile solo l'immodificabilità del giudizio sul fatto costituente reato, l'impossibilità di un nuovo esame della condotta del reato escludendo un nuovo procedimento penale a suo carico, sicché nulla consente di ricavare dalla norma l'immodificabilità in assoluto del trattamento sanzionatorio stabilito con la sentenza irrevocabile di condanna».

Al contrario, si affermò che «la pena può subire, invece, quelle modificazioni necessarie imposte dal sistema». E al rilievo critico che ciò fosse consentito nelle sole ipotesi tassativamente previste dal legislatore, la Corte replicò che, ponendo il sistema limiti alla pretesa immutabilità delle pene, «non può essere escluso che il giudice ricavi per interpretazione un'ulteriore facoltà di incidere sulla pena quando, come nella specie, deve tener conto di tutte le norme che disciplinano e incidono sulla determinazione ed esecuzione della pena e trovare una soluzione che escluda un conflitto tra norme nel rispetto della volontà della legge, di principi di civiltà giuridica – riaffermati in considerazione del *favor rei* – e della giustizia sostanziale altrimenti vulnerata da eventi accidentali e indipendenti dal fatto del reo».

Con quella storica decisione il massimo organo di nomofilachia abbandonò finalmente l'anacronistica concezione del giudicato come valore "assoluto", facendosi carico, come è stato rilevato in dottrina, della «necessità di saggiare empiricamente i contenuti della sentenza irrevocabile, almeno in tutti i casi in cui si manifestino con evidenza i sintomi di una patologia sostanziale».

Quell'impostazione fu ripresa e fatta propria l'anno successivo dalla Corte costituzionale (sent. n. 115 del 1987), che riconobbe come evidente la disparità di trattamento, a parità di situazioni sostanziali, rispetto alle ipotesi in cui per tutti i reati si procedeva in unico giudizio, ovvero in cui oggetto del giudizio ancora in corso era il reato meno grave, affermando altresì la violazione del principio di legalità in quanto, in dipendenza di evenienze meramente processuali, si impediva l'applicazione del più favorevole cumulo giuridico delle

pene previsto per le fattispecie di reato continuato. Il Giudice delle leggi – non potendo adottare una pronuncia additiva di incostituzionalità, non sussistendo un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, bensì un'ampia alternativa di possibili soluzioni adeguatrici – dichiarò l'inammissibilità della questione, ma – con piena consapevolezza della forte tensione tra autorità del giudicato e tutela dei diritti primari della persona – non esitò a pronunciarsi espressamente per la legittimità costituzionale di «possibili soluzioni sul piano interpretativo da parte del giudice ordinario».

All'obiezione circa l'esistenza di una norma di legge processuale a tutela del giudicato (art. 90 cod. proc. pen. del 1930), che rappresentava l'ostacolo normativo all'applicazione della continuazione quando su talune violazioni fosse caduto il giudicato, la Corte costituzionale, in linea con la soluzione indicata dalle Sezioni Unite e dalla più autorevole dottrina, replicò affermando che «il principio dell'intangibilità del giudicato dev'essere rettamente inteso», aggiungendo – in tema di continuazione, ma con evidente indicazione di valenza generale – che, «è proprio l'ordinamento stesso che è tutto decisamente orientato a non tenere conto del giudicato, e quindi a non mitizzarne l'intangibilità, ogniqualvolta dal giudicato resterebbe sacrificato il buon diritto del cittadino».

Nella successiva sentenza n. 267 del 1987, ribadendo il suo approdo, la Corte definì «incoerente [...] che una situazione processuale (giudizio in tempi diversi) impedisca l'applicazione delle disposizioni di favore ad uno o più dei reati così collegati», concludendo che «nemmeno il giudicato può impedire di applicare l'istituto della continuazione all'intero sviluppo esecutivo dell'intero disegno criminoso».

La Corte costituzionale non mancò di evidenziare che l'orientamento favorevole al "buon diritto" del cittadino «si va accentuando con le tendenze attuali; considerato che, come già l'art. 632 del Progetto preliminare redatto sulla base della precedente legge-delega, l'attuale per la riforma del rito penale prevede espressamente che l'operazione di adeguamento della pena al principio fondamentale della continuazione possa essere affidata persino al giudice dell'esecuzione. Il quale, a differenza del giudice di cognizione del secondo processo, deve agire sulla base documentale di sentenze tutte passate in giudicato: e tuttavia si ammette che egli possa compiere valutazioni che i giudici della cognizione non avevano fatto o non erano stati in grado di fare» (Corte cost., sent. n. 115 del 1987).

6.3. Quella previsione, di lì a poco, si realizzò con l'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, che introdusse un'innovativa disciplina dell'esecuzione, prevedendo anche una tutela integrativa e correttiva del

giudicato a vantaggio del condannato, nel rispetto del principio di finalizzazione della pena alla rieducazione (art. 27, terzo comma, Cost.).

Nella *Relazione al Progetto preliminare* del codice di procedura penale, si evidenzia (p. 140) la «estrema importanza attribuita dal legislatore delegante alla fase dell'esecuzione, quale strumento per l'attuazione del principio costituzionale dell'umanizzazione della pena da cui deriva poi quello dell'adeguatezza della medesima con riferimento al fine della possibile rieducazione del condannato» e – pur escludendosi che la delega consentisse l'introduzione del sistema bifasico puro – si qualificano come «notevoli e penetranti [...] gli strumenti che consentono una modificazione sostanziale della pena inflitta al condannato».

Nell'attuale sistema è prevista una nutrita serie di poteri del giudice dell'esecuzione più o meno incidenti sul giudicato, che la dottrina ha classificato come selettivi (art. 669 cod. proc. pen.), risolutivi (art. 673 cod. proc. pen.), di conversione (art. 2, comma terzo, cod. pen.), modificativi (artt. 672, 676 cod. proc. pen.), ricostruttivi (artt. 671 cod. proc. pen. e 188 disp. att. cod. proc. pen.), complementari e supplenti (art. 674 cod. proc. pen.). Dal contenuto di tali disposizioni emerge con tutta evidenza l'insostenibilità della vecchia concezione circa la natura secondaria e accessoria della fase esecutiva che, grazie alle nuove attribuzioni del giudice e alla giurisdizionalizzazione del procedimento, ha acquistato una dimensione centrale e complementare a quella della fase di cognizione, concorrendo, come è stato notato, al «completamento funzionale del sistema processuale».

Il legislatore del 1988 ha pure rafforzato la valenza garantistica dell'autorità del giudicato penale, tendenzialmente ispirato al *favor rei*, giacché, per quanto concerne i rapporti tra giudicato penale e giudizio civile o amministrativo, diversamente da quanto prevedeva il precedente, il vigente codice esclude la validità *erga omnes* dell'accertamento dei fatti effettuato in sede penale e riduce fortemente l'area di efficacia del giudicato penale nei giudizi civili e amministrativi, propendendo per il *favor separationis*. Né esiste, contrariamente alla previgente disciplina, alcuna disposizione in ordine alla efficacia del giudicato formatosi nell'ambito di altro procedimento penale. L'art. 238-*bis* cod. proc. pen. si limita, infatti, a consentire l'acquisizione in dibattimento di sentenze divenute irrevocabili, ma dispone che esse siano valutate a norma degli artt. 187 e 192, comma 3, stesso codice, «ai fini della prova del fatto in esse accertato» (Sez. 6, n. 10136 del 24/06/1998, Ottaviano, Rv. 211566; cfr. altresì Sez. 3 civ., n. 14770 del 02/08/2004, Coppola, Rv. 577228).

Osservazioni e rilievi analoghi furono ripresi dalla sentenza con cui le Sezioni Unite hanno significativamente ampliato (in linea con il superamento della concezione "assoluta" della cosa giudicata) la possibilità di revisione, operando una svolta interpretativa secondo cui per "prove nuove", rilevanti a norma dell'art. 630, comma 1, lett. *c*), cod. proc. pen. ai fini dell'ammissibilità della richiesta di revisione, devono intendersi non solo quelle sopravvenute alla sentenza definitiva di condanna e quelle scoperte successivamente ad essa, ma anche le prove non acquisite nel precedente giudizio ovvero acquisite, ma non valutate neanche implicitamente, purché non si tratti di prove dichiarate inammissibili o ritenute superflue dal giudice, e indipendentemente dalla circostanza che l'omessa conoscenza da parte di quest'ultimo sia imputabile a comportamento processuale negligente o addirittura doloso del condannato, rilevante solo ai fini del diritto alla riparazione dell'errore giudiziario (Sez. U, n. 624 del 26/09/2001, dep. 2002, Pisano, Rv. 220443).

A giustificazione di tale nuovo approdo interpretativo, nell'approfondita motivazione della decisione si esprime la chiara consapevolezza della necessità di uscire dalla concezione tradizionale del giudicato, sottolineandosi la previsione costituzionale dell'art. 24, quarto comma, Cost. e la doverosità di «privilegiare le esigenze di giustizia rispetto a quelle formali dell'intangibilità del giudicato e della certezza del giudicato, il cui fondamento giustificativo, per quanto rilevante, è di natura eminentemente pratica, così che ben può essere sacrificato in nome di esigenze che rappresentano l'espressione di superiori valori costituzionali».

7. Al raggiungimento di questo esito hanno dato il loro contributo, sia pure con tempi e intensità diversi, la dottrina giuridica e la giurisprudenza, costituzionale e ordinaria, ma soprattutto, secondo quanto è stato innanzi accennato, lo stesso legislatore, che ha previsto istituti revocatori volti a porre rimedio a patologie intervenute nel processo conclusosi con sentenza irrevocabile (artt. 629-647 cod. proc. pen.: revisione; art. 625-*bis* cod. proc. pen.: ricorso straordinario per errore materiale o di fatto; art. 625-*ter* cod. proc. pen.: rescissione del giudicato) ovvero a consentire l'esercizio di poteri da parte del giudice dell'esecuzione anche incidenti sul giudicato (artt. 667-668 cod. proc. pen. relativamente al dubbio sull'identità fisica della persona detenuta o a persona condannata per errore di nome; art. 669 cod. proc. pen. per l'ipotesi di pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona).

Al di là degli strumenti per rimediare a vizi patologici del giudizio di cognizione, sono state introdotte nell'ordinamento altre possibilità di incidenza

sul giudicato per operarne le necessarie correzioni e integrazioni al fine di dare tutela a valori e diritti in tutto o in parte con esso collidenti.

Basti pensare all'art. 2, terzo comma, cod. pen. che, per la sopravvenuta modificazione normativa di pena detentiva in pena pecuniaria, incide direttamente e immediatamente sul giudicato, derogando al principio generale previsto nel successivo quarto comma, secondo cui la legge più favorevole trova il limite di retroattività nella sentenza irrevocabile; all'ordinamento penitenziario, che consente di intervenire sul concreto trattamento sanzionatorio in relazione alla condotta del condannato, sicché il giudicato va considerato intangibile, ma solo «nel senso che non può mai aumentarsi l'afflittività implicita della pena stabilita nella sentenza di condanna» (Corte cost., sent. n. 282 del 1989), rimanendo invece l'esecuzione della pena, anche nelle sue modalità e nel *quantum*, relativamente flessibile *in favorem rei*, tant'è che è stato reiteratamente affermato che l'art. 27, terzo comma, Cost. garantisce al condannato «il diritto a vedere riesaminato se la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo» (Corte cost., sentenze n. 306 del 1993 e n. 204 del 1974); alle già richiamate attribuzioni di competenze al giudice dell'esecuzione previste dal codice di procedura penale, con cui fu abbandonata la visione dell'esecuzione come mero strumento di attuazione del *dictum* cognitivo, ciò che implicava che il giudicato fosse assolutamente insensibile alle situazioni insorte successivamente alla sua formazione.

La Corte di cassazione – che già prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice di rito aveva ritenuto «rilevabile anche in sede di esecuzione l'applicazione di una pena illegittima non prevista dall'ordinamento giuridico o eccedente per specie o quantità il limite legale, dato che il principio di legalità della pena, enunciato dall'art. 1 cod. pen. ed implicitamente dall'art. 25, secondo comma, Cost. informa di sé tutto il sistema penale e non può ritenersi operante solo in sede di cognizione» (Sez. 5, n. 809 del 29/04/1985, Lattanzio, Rv. 169333) – ha poi esplorato le varie e multiformi attribuzioni che il codice attribuisce alla competenza della fase esecutiva, giungendo alla conclusione che spetta al giudice dell'esecuzione il compito di decidere con efficacia giurisdizionale su ogni questione inerente al rapporto esecutivo (*Sez.* 1, n. 4051 del 30/10/1991, Giacone, Rv. 189756; Sez. 1, n. 45 del 12/01/1993, Gioffrè, Rv. 193297; Sez. 1, n. 602 del 31/01/1995, Razio, Rv. 200496).

Questa linea ermeneutica fu solo momentaneamente interrotta, circa un decennio fa, per il sorgere di contrasti, in tema di possibilità per il giudice dell'esecuzione di pronunciare la sospensione condizionale della pena in caso di revoca per *abolitio criminis* di sentenze di condanna che avevano impedito, nel

pregresso giudizio di cognizione, la concessione del beneficio riguardo alla pena inflitta con una successiva sentenza di condanna.

Il negativo orientamento prevalente, volto a limitare il potere del giudice di concedere la sospensione condizionale soltanto all'ipotesi in cui ciò conseguiva al riconoscimento del concorso formale o della continuazione, veniva giustificato con il rispetto del principio dell'intangibilità del giudicato e con la natura eccezionale dei poteri previsti dall'art. 671, comma 3, cod. proc. pen., nonché con la mancanza da parte del giudice dell'esecuzione dei poteri di compiere la valutazione prognostica e le attività istruttorie proprie del giudice della cognizione.

A tale orientamento si contrappose un indirizzo favorevole al riconoscimento di tale potere, giustificato dalla considerazione che il legislatore aveva conferito al giudice dell'esecuzione «un'articolata serie di funzioni finalizzate all'attuazione del principio costituzionale dell'adeguatezza della pena nella prospettiva della sua umanizzazione e della rieducazione del condannato», secondo la nitida affermazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., attribuendogli «penetranti strumenti d'intervento, che consentono sostanziali modificazioni del debito punitivo nella sua struttura e nelle concrete modalità del relativo adempimento» (Sez. 3, n. 13651 del 20/02/2002, De Filippo, Rv. 221368).

La soluzione negativa, fondata sull'intangibilità del giudicato, fu respinta dalle Sezioni Unite (Sez. U, n. 4687 del 20/12/2005, dep. 2006, Catanzaro, Rv. 232610) che affermarono la possibilità per il giudice dell'esecuzione – qualora, *ex* 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 – di poter concedere, nell'ambito dei "provvedimenti conseguenti" alla suddetta pronuncia, il beneficio, previa formulazione del favorevole giudizio prognostico richiesto dall'art. 164, primo comma, 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.

Nella motivazione posta a fondamento di tale affermazione venne ribadita la doverosità di seguire l'interpretazione più adeguata ai principi costituzionali, sviluppando tutte le potenzialità applicative del potere del giudice dell'esecuzione di adottare i provvedimenti conseguenti alla revoca della sentenza, ivi compresa la eliminazione di qualsiasi effetto negativo prodotto dalla sentenza revocata, con il solo limite di quelli divenuti nel frattempo irreversibili.

8. Il processo di erosione dell'intangibilità del giudicato sopra delineato ha subito negli ultimi tempi una forte accelerazione, sotto la necessità di dare esecuzione all'obbligo di ripristinare i diritti del condannato, lesi da violazioni delle norme della Convenzione europea per la salvaguarda dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., e dell'art. 46 CEDU, dell'art. 630 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, § 1, CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, ritenendo che non è contraria a Costituzione – pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata – la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza, accertate dalla Corte di Strasburgo, delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Convenzione, trovano ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 Cost. (Corte cost., sent. n. 113 del 2011).

Ciò che più rileva, però, ai fini dell'odierna decisione, è l'approdo giurisprudenziale cui sono recentemente pervenute le Sezioni Unite, con la sentenza Ercolano (Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Rv. 252933-252934-258649-258650-258651), all'esito di un complesso *iter* giudiziario che ha visto l'interazione tra giudice di legittimità e Corte costituzionale.

Di tale decisione, deliberata appena qualche mese fa, è necessario evidenziare non solo le conclusioni, ma anche l'essenziale percorso argomentativo, che fornisce le necessarie repliche, pienamente condivise dal Collegio, alle critiche che l'ordinanza di rimessione e la sentenza Hamrouni hanno mosso all'opposto maggioritario indirizzo giurisprudenziale.

Chiamate a stabilire se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte EDU con la sentenza 17/09/2009, Scoppola c. Italia, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di trent'anni di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi intervenute in materia, di quella più favorevole, le Sezioni Unite hanno dato risposta affermativa, ritenendo che, di fronte a violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, stigmatizzate in sede europea, è doveroso un intervento dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso la giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale, anche sacrificando il valore della intangibilità del giudicato.

La decisione di rideterminare la pena, incidendo sul trattamento sanzionatorio stabilito dal giudice della cognizione, è stata emessa dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione che, in violazione del diritto all'applicazione della legge intermedia più favorevole, sancito dall'art. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, aveva imposto l'applicazione della pena dell'ergastolo invece che quella della reclusione di trent'anni.

Le Sezioni Unite, con l'ordinanza n. 34472 del 19/04/2012, che rimise la questione di costituzionalità alla Corte costituzionale, partendo dal presupposto della praticabilità dell'incidente di esecuzione per rimuovere quella situazione illegittima, avevano ritenuto che l'ostacolo a rendere direttamente operativa la *lex mitior* di cui all'art. 30, comma 1, lett. *b),* legge n. 479 del 1999 era costituito dall'etichetta nominale di norma di interpretazione autentica che il legislatore aveva attribuito all'art. 7, comma 1, del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 19 gennaio 2001, n. 4, per determinarne un effetto retroattivo altrimenti non consentito, e che obbligava l'interprete ad adeguarvisi.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 210 del 2013, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del predetto art. 7, comma 1, per contrasto con l'art. 117, comma primo, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU. Nella motivazione della sentenza il Giudice delle leggi ha riaffermato il valore del giudicato, ma ha nel contempo ribadito 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». L'ordinamento nazionale, infatti, «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».

Rimosso l'ostacolo costituito dalla legge pseudo-interpretativa, le Sezioni Unite hanno potuto così affrontare il problema di fondo costituito dal bilanciamento tra il valore dell'intangibilità del giudicato e l'intollerabilità dell'esecuzione «di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima», affermando il potere-dovere del giudice dell'esecuzione di incidere sul giudicato, e, nella specie, di sostituire, nei confronti del condannato, la pena dell'ergastolo con quella della reclusione di trent'anni.

Ciò che va particolarmente sottolineato di tale pronuncia è la netta e limpida affermazione che «la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, comma secondo, e 25, comma secondo, Cost.) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost., profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria d'incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento, perché ritenuta in contrasto con la previsione convenzionale, quale parametro interposto dell'art. 117, primo comma, Cost.».

Ne consegue che la conformità della pena a legalità «in fase esecutiva deve ritenersi costantemente *sub iudice* [...] non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale». Nel bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, va data prevalenza a quest'ultimo, giacché «il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata illegittima dal Giudice delle leggi è esso stesso un principio di rango sovraordinato – sotto il profilo della gerarchia delle fonti – rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato». Garante della legalità della pena in fase esecutiva è il giudice dell'esecuzione, cui compete, se richiesto *ex* art. 666 cod. proc. pen., di ricondurre la pena inflitta a legittimità.

8.1. Va quindi ribadito che, per situazioni quale quella in esame, non può invocarsi l'avvenuto esaurimento del rapporto, che secondo la giurisprudenza costituzionale e di legittimità costituisce il limite della retroattività della declaratoria di illegittimità costituzionale.

A sostegno della tesi che il giudicato esaurisce il rapporto, l'ordinanza di rimessione invoca la sentenza della Corte cost. n. 139 del 1984 (avente ad oggetto norme sui contratti agrari e in materia di affitto di fondi rustici) che definisce rapporti esauriti «quelli che sul piano processuale hanno trovato la loro definitiva e irretrattabile conclusione mediante sentenza passata in giudicato, i cui effetti non vengono intaccati dalla successiva pronuncia di incostituzionalità».

Reputa il Collegio, richiamando quanto osservato al precedente paragrafo 5.2, che tale definizione è in linea di massima corretta per quanto concerne questioni e situazioni diverse dal diritto penale sostanziale. Senza tuttavia dimenticare che, nell'ultimo decennio, anche in campo civile il dogma dell'intangibilità del giudicato, nell'accezione tradizionale che annetteva indistintamente all'irretrattabilità della decisione d'accertamento forza espansiva esterna e capacità di coprire qualunque antecedente logico, giuridico o fattuale, è apparso posto in crisi da alcune pronunce della Corte di giustizia europea

(sentenza del 18/07/2007, Lucchini, C-119/05; sentenza del 03/09/2009, Olimpiclub, C-2/08), che hanno affermato che il giudicato, così interpretato, non può reggere al contrasto col diritto comunitario imperativo quando sia evocato con riferimento a pronunzia fondata su erronea interpretazione o violazione delle regole comunitarie (principio seguito, con risultati eversivi del c.d. giudicato esterno, da Cass. civ. Sez. 5, n. 16996 del 05/10/2012, Rv. 624024, nonché Sez. 5, n. 12249 del 19/05/2010, a seguito della sentenza Olimpiclub).

L'aspetto decisivo, che segna invece il limite non discutibile di impermeabilità e insensibilità del giudicato anche alla situazione di sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della norma applicata, è costituito dalla non reversibilità degli effetti, giacché l'art. 30 legge n. 87 del 1953 impone di rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli del giudicato non divenuti nel frattempo irreversibili, ossia quelli che non possono essere rimossi, perché già "consumati", come nel caso di condannato che abbia già scontato la pena. E' appunto il caso esaminato nella sentenza Sez. 1, n. 49544 del 30/11/2012, Diallo Bombakar, che ha dichiarato l'inammissibilità per mancanza di interesse del ricorso di un condannato per il reato previsto dall'art. 337 cod. pen., aggravato dall'art. 61, n. 11-*bis*, cod. pen. che aveva espiato completamente la pena a lui inflitta.

L'esecuzione della pena, infatti, implica esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena. Sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e, dunque, possono e devono essere rimossi.

8.2. Anche il principio richiamato dall'ordinanza di rimessione, secondo cui la pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna esaurisce la "applicazione" di ogni norma penale, non può considerarsi pertinente. L'affermazione evoca antichi brocardi sulla capacità della sentenza definitiva di creare un nuovo punto di partenza (*originem creat*), ai quali, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento sopra ricordato, può annettersi valore solo nel senso, privato di ogni enfasi, che l'applicazione della norma penale al caso concreto è, sopravvenuto il giudicato, un "atto normativo che genera diritto". Il giudizio irrevocabile di condanna determina, in altri termini, la delimitazione giuridica dell'azione o dell'omissione punibile che viene a coincidere con quella punita. Ma ciò non può in alcun modo implicare che la sentenza che genera il comando punitivo del caso concreto si sottragga per questo solo alla gerarchia delle fonti e che gli effetti da essa prodotti possano resistere indenni alla declaratoria di illegittimità costituzionale della sanzione applicata.

D'altro canto il giudice dell'esecuzione non può liquidare, con l'evocazione del giudicato irrevocabile, l'istanza legittimamente postagli, ex art. 666 cod. proc. pen., da una parte che gli chiede di controllare la legalità della pena ancora in esecuzione. E in tale doveroso controllo, il giudice può trovarsi nella condizione di rilevare che la pena inflitta è stata determinata sulla base di una norma penale sostanziale, dichiarata incostituzionale, che egli ha l'obbligo di "disapplicare".

9. Per quanto concerne lo strumento per intervenire, esclusa in radice, per assoluta mancanza dei presupposti, la possibilità di attivare il procedimento di revisione previsto dall'art. 630 cod. proc. pen., inapplicabile è anche il rimedio processuale introdotto per procedere alla eliminazione, mediante revoca *ex* art. 673 cod. proc. pen., della sentenza di condanna nei casi in cui è venuto meno l'illecito penale per intervento del legislatore o della Corte costituzionale.

Non c'è infatti alcun motivo per revocare un giudicato di condanna la cui parte essenziale, ossia l'accertamento del fatto costituente reato e la sua attribuzione alla persona condannata, rimane ferma perché non coinvolta, neppure indirettamente, da una declaratoria di incostituzionalità limitata al trattamento sanzionatorio.

Né la chiara lettera della predetta disposizione consente un'interpretazione che legittimi un intervento del giudice dell'esecuzione sul giudicato formale limitatamente alla parte concernente l'aspetto sanzionatorio.

E' questo invero il problema affrontato e risolto dalle Sezioni Unite con la sentenza Ercolano: se, al di là della norma processuale di cui all'art. 673 cod. proc. pen., l'ordinamento contiene altre risorse normative che consentono di intervenire in caso di dichiarazione d'illegittimità costituzionale di norma attinente soltanto al trattamento sanzionatorio.

L'affermazione del carattere esaustivo della previsione del predetto art. 673, preclusiva di ogni altra ipotesi di intervento, costituisce una mera petizione di principio e non tiene neppure in considerazione che quella norma non è neanche idonea a trarre le conseguenze processuali e a legittimare un intervento del giudice dell'esecuzione che renda concreta la sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria nei casi previsti dall'art. 2, terzo comma, cod. pen. nel testo oggi vigente.

In linea con la giurisprudenza di legittimità e con quella della Corte costituzionale, per risolvere i problemi posti dalle declaratorie di incostituzionalità che attengono al solo trattamento sanzionatorio si può e si deve fare ricorso all'art. 30 della legge n. 87 del 1953, e, in particolare, al suo quarto comma,

disposizione tuttora in vigore secondo la giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che più volte, dopo l'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, ne hanno fatto applicazione, riconoscendone pertanto sia la perdurante vigenza sia la diversa efficacia rispetto all'art. 673 cod. proc. pen., questa risultando più penetrante quanto a effetti, ma con latitudine più ristretta rispetto alla norma della legge del 1953.

Mentre la disposizione dell'art. 673 cod. proc. pen. prevede che il giudice dell'esecuzione revochi la sentenza di condanna irrevocabile, con cancellazione del *dictum* del giudice della cognizione e, perciò, con incisione diretta sul giudicato, l'art. 30 della legge n. 87 del 1953 esaurisce la sua valenza demolitoria sull'esecuzione della sentenza, invalidandone parzialmente il titolo esecutivo, senza alcuna efficacia risolutiva della decisione divenuta irrevocabile (Corte cost., sentenze n. 230 del 2012 e n. 96 del 1996).

Del resto, è esattamente ciò che questa Corte aveva ritenuto sotto la vigenza del precedente codice di rito, quando mancava una norma processuale simile all'art. 673 cod. proc. pen. e, perciò, non era consentita la revoca della sentenza neppure a seguito della scomparsa dell'illecito penale (per intervento del legislatore o della Corte costituzionale). In casi siffatti, nonostante la carenza normativa e pur nel clima culturale del tempo, si ritenne che, anche se l'*abolitio criminis* non poteva risolvere il giudicato elidendo l'accertamento in esso contenuto, rimaneva invalidato il solo titolo esecutivo, e l'invalidità poteva farsi valere dinanzi al competente giudice dell'esecuzione nella forma degli incidenti di esecuzione (Sez. 2, n. 7011 del 01/04/1974, Caliandro, Rv. 128214).

L'art. 30, dunque, copre uno spettro più ampio rispetto allo specifico potere concesso dall'art. 673 cod. proc. pen., limitato al venir meno della fattispecie criminosa, cosicché è calzante la simmetria individuata tra la situazione prevista dall'art. 2, terzo comma, cod. proc. pen. e quella della dichiarazione di illegittimità della norma per affermata violazione della CEDU o della Costituzione.

Come sopra osservato, nel codice di rito manca infatti una specifica norma processuale per modificare il giudicato nei casi previsti dall'art. 2, terzo comma, cod. pen.; eppure nessuno dubita che per togliere effetti alla statuizione del giudicato di condanna a pena detentiva, nelle situazioni prese in esame dallo stesso legislatore che ha approvato l'art. 14 legge 24 febbraio 2006, n. 85, modificativo dell'art. 2 cod. pen., sia necessaria un'ordinanza del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 666 cod. proc. pen. Non si vede perché la stessa soluzione non possa adottarsi nella situazione di condanna pronunciata sulla base di una norma, incidente sul trattamento sanzionatorio, dichiarata incostituzionale dopo l'irrevocabilità della sentenza.

Non sussistendo alcun limite letterale nel testo dell'art. 30, quarto comma, legge n. 87 del 1953 che escluda dal suo ambito la dichiarazione d'illegittimità di norma sostanziale non incriminatrice, tale disposizione ben può – e perciò deve, al fine di riportare a legalità l'esecuzione della pena – essere interpretata nel senso di consentire l'eliminazione di qualsiasi effetto pregiudizievole derivante da condanna assunta sulla base di una norma non incriminatrice, che abbia avuto incidenza sul trattamento sanzionatorio.

9.1. Quanto al rilievo della sentenza Sez. 1, Hamrouni che la previsione del predetto art. 30, quarto comma, legge n. 87 del 1953 – secondo cui oltre alla cessazione dell'esecuzione cessano anche "tutti gli effetti penali" della sentenza irrevocabile di condanna – implicherebbe necessariamente «il radicale presupposto dell'*abolitio criminis*», deve convenirsi con l'osservazione espressa dalla richiamata prevalente giurisprudenza secondo cui il riferimento «alla norma dichiarata incostituzionale», contenuto nel richiamato art. 30, quarto comma, se comprende certamente le norme incriminatrici (da qui la necessaria indicazione della cessazione di "tutti" gli effetti penali), non esclude affatto le altre norme penali sostanziali incidenti soltanto sul trattamento sanzionatorio.

Né può condividersi la riduttiva l'osservazione contenuta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui la Corte costituzionale avrebbe «supposto tuttora vigente» il quarto comma dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953. Il Giudice delle leggi non ha affatto "supposto" tuttora vigente l'art. 30 e, tantomeno, l'ha fatto con esclusivo riferimento alla lesione della CEDU; ha invece ritenuto pienamente vigente in ogni dimensione l'art. 30, per l'ovvia considerazione che una norma giuridica è vigente o non lo è, secondo le regole dell'ordinamento nazionale, non potendo sussistere una vigenza normativa limitata o settoriale.

9.2. L'art. 30, proprio al fine di rendere compatibile l'art. 136 con l'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948, integra la disposizione che prevede la cessazione di efficacia della legge dichiarata incostituzionale, disponendo, al terzo comma, che «Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» e, al quarto comma, che «Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

Questi due commi, pur complementari, hanno evidentemente un diverso e autonomo contenuto. Il terzo comma pone il divieto di applicazione (ovvero l'obbligo di disapplicazione) della norma dichiarata incostituzionale e si rivolge innanzitutto ai giudici, a tutti i giudici, compreso il giudice dell'esecuzione nel momento in cui viene chiamato, da una delle parti legittimate dall'art. 666 cod.

proc. pen., a controllare la legittimità della pena ancora in corso di esecuzione. Il quarto comma impone di far cessare qualsiasi effetto pregiudizievole derivante dalla sentenza di condanna irrevocabile pronunciata in applicazione della norma dichiarata incostituzionale.

Ciò vuol dire che se, per effetto della sentenza della Corte costituzionale, è venuto meno radicalmente l'illecito penale, cessano l'esecuzione della condanna e tutti gli effetti penali ad essa connessi, situazione espressamente risolta sul piano processuale dall'art. 673 cod. proc. pen.; se è venuta meno la norma applicata per la determinazione della pena inflitta o di parte di essa, deve cessare l'esecuzione della pena o della parte di pena che ha trovato fondamento nella norma dichiarata incostituzionale.

Non deve meravigliare che tale interpretazione sia stata adottata dalla Corte di cassazione soltanto in epoca recente. E' agevole costatare che i casi di dichiarata incostituzionalità di norme attinenti al solo trattamento punitivo sono diventati sempre più frequenti negli ultimi anni, in cui il legislatore ha approvato una serie di irragionevoli previsioni sanzionatorie su cui è dovuto intervenire il Giudice delle leggi.

L'indicata interpretazione si inserisce, peraltro, nella più generale tendenza verso la flessibilità del giudicato, secondo la ricostruzione innanzi delineata, che ha indicato il senso di marcia della giurisprudenza e dell'ordinamento rispetto al "mito" della intangibilità e che costituisce il contesto generale entro cui intendere il testo dell'art. 30 legge n. 87 del 1953, la cui lettura per lungo tempo è stata fortemente condizionata dal ricordato clima culturale entro cui vivevano i valori costituzionali nei primi decenni dell'ordinamento repubblicano, quando taluni autori interpretavano l'art. 30 della legge n. 87 del 1953, e persino l'art. 136 Cost., alla luce dell'art. 2 del codice penale Rocco, secondo l'antico costume di leggere e interpretare il nuovo per assorbirlo nel vecchio. Non diversamente, la giurisprudenza per lungo periodo ritenne che «gli artt. 136 della Costituzione e 30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n 87, disponendo che la norma dichiarata incostituzionale cessa di avere efficacia e non può avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione della Corte costituzionale, riproducono il principio di diritto sancito dall'art 11, primo comma, delle disposizioni sulla legge in generale, secondo cui la legge non dispone che per l'avvenire e non ha effetto retroattivo. Il quarto comma del citato art. 30 è in armonia con la normativa sulla successione delle leggi penali nel tempo, poiché l'effetto della declaratoria d'illegittimità costituzionale di una norma che prevede e punisce un determinato reato, è analogo a quello disposto dall'art. 2 cod. pen., che contempla l'ipotesi di abrogazione espressa di una norma penale sostanziale;

infatti in entrambi i casi, se vi e stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali» (Sez. 1, n. 485 del 18/03/1966, Mello, Rv. 101422).

La nuova lettura dell'art. 30 s'impone, dunque, nell'ambito della nitida emersione della differente incidenza sull'ordinamento della successione della legge nel tempo per effetto di una nuova valutazione storico-politico-sociale del legislatore e della declaratoria di illegittimità costituzionale per invalidità della norma dovuta a violazione della Costituzione.

10. Secondo l'ordinanza di rimessione, «la *quaestio iuris* in esame non sarebbe assimilabile al caso, scrutinato dal Giudice delle leggi, della lesione del principio pattizio della applicazione retroattiva della legge più favorevole al reo, sancito dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguarda dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...] siccome interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo».

La Corte costituzionale era chiamata ad esaminare la questione rimessa dalle Sezioni Unite, che – ritenendo applicabile l'art. 30, quarto comma, in sede esecutiva al fine di conformare il trattamento sanzionatorio inflitto ad un condannato al principio di diritto affermato nel "caso Scoppola" – aveva individuato nella legge pseudo-interpretativa un ostacolo che non poteva essere superato se non previa declaratoria di illegittimità costituzionale.

Invece, nella situazione oggi in esame le Sezioni Unite devono solo trarre le conseguenze della declaratoria di incostituzionalità pronunciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 251 del 2012, sulla base di quanto è disposto dagli artt. 136, primo comma, Cost., 1 legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1, e 30 legge n. 87 del 1953, rimanendo «devoluta alla competenza degli organi giurisdizionali l'applicazione in concreto dei principi che [...] da tale interpretazione derivano» (cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sentenze n. 127 del 1966 e, più recentemente, n. 210 del 2013).

10.1. Effettivamente, sia nella sentenza della Corte cost., n. 210 del 2013 sia nella sentenza Ercolano i principi di diritto affermati (e particolarmente le conclusioni) appaiono specificamente riferiti alla anomala situazione conseguente alla sentenza pronunciata dalla Corte EDU nel caso Scoppola. E ciò in quanto, come risulta espressamente dalla stessa sentenza Ercolano, era necessario differenziare la situazione esaminata dal caso di una pena rivelatasi illegittima esclusivamente perché irrogata all'esito di un giudizio ritenuto dalla Corte EDU non equo, ai sensi dell'art. 6 CEDU: «in questa ipotesi, l'apprezzamento, vertendo su eventuali *errores in procedendo* e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non può che essere compiuto

caso per caso, con l'effetto che il giudicato interno può essere posto in discussione soltanto di fronte a un vincolante *dictum* della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie e attraverso lo strumento della revisione *ex* art. 630 cod. proc. pen. (come integrato dalla sentenza n. 113 del 2011 Corte cost.), che comporta la riapertura del processo».

Ma al di là dell'occasione in cui gli indicati principi di diritto sono stati affermati, essi hanno una valenza generale e devono essere estesi alle ipotesi in cui (senza alcun riferimento a sentenze della Corte EDU), per effetto di una intervenuta declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale, diversa da quella incriminatrice, sia ancora in atto una esecuzione di pena "illegittima".

Non esiste alcuna ragione per ritenere flessibile e cedevole il giudicato (quanto al trattamento sanzionatorio) fondato su norme nazionali violatrici della CEDU e, per contro, intangibile quello fondato su norme dichiarate illegittime per violazione della Costituzione. Da tutto il sistema costruito dalla Corte costituzionale risulta che, per quanto riconosciute di "peculiare rilevanza" nell'ordinamento nazionale, le norme CEDU «si collocano pur sempre a livello sub-costituzionale» (v. Corte cost., sentenze nn. 348 e 349 del 2007 e n. 236 del 2011) e sono «norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto» (Corte cost., sent. n. 348 del 2007); sicché, ove tale eventuale contrasto non è risolvibile in via interpretativa, la rimozione della norma interna non può che essere oggetto di sindacato di costituzionalità con riguardo al parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost. (v. per tutte, Corte cost., sent. n. 348 del 2007 citata, nonché n. 349 del 2007 e n. 236 del 2011). Sarebbe perciò paradossale far derivare dalle sentenze di Strasburgo effetti più incidenti e rilevanti rispetto a quelli derivanti da una sentenza della Corte costituzionale che accerti l'illegittimità *ex tunc* di una norma su cui era stato fondato il concreto trattamento sanzionatorio inflitto al condannato.

Se è vero che la conformazione dell'ordinamento al diritto pattizio e convenzionale si fonda sull'adempimento di un obbligo internazionale convenzionale, il rispetto delle norme e dei principi costituzionali è un obbligo, altrettanto cogente, verso i cittadini e le altre persone che vivono nell'ordinamento italiano.

E' stato efficacemente affermato che «applicare una pena di misura diversa o con criteri diversi da quella contemplata dalla legge non può essere ritenuto

conforme al principio di legalità» (*ex plurimis*, Corte cost., sent. n. 115 del 1987, che espressamente aderiva ad analoga affermazione dell'ordinanza con cui la Corte di cassazione aveva avviato l'incidente di costituzionalità).

Orbene, se la legalità si declina soprattutto sul fronte della conformità ai principi costituzionali, far eseguire una condanna, o una parte di essa, fondata su una norma contraria alla Costituzione, e perciò dichiarata invalida dal giudice delle leggi, significa violare il principio di legalità.

L'illegittimità dell'esecuzione in atto di una pena determinata sulla base di una norma dichiarata costituzionalmente illegittima dal Giudice delle leggi costituisce il fondamento della sentenza Ercolano. E tale illegittimità non può avere incidenza diversa a seconda che la dichiarazione di illegittimità costituzionale sia stata dichiarata per contrasto con l'art. 117 (come nel caso Ercolano, in cui la sentenza Scoppola di Strasburgo ha rappresentato unicamente il presupposto *ex* artt. 117 Cost. e 7 CEDU, che ha reso la norma penale interna costituzionalmente illegittima) o con gli articoli 3 o 25, secondo comma, o 27, terzo comma, della Costituzione ovvero con tutte queste norme contemporaneamente (come caso del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, del codice penale, secondo quanto risulta dalla motivazione della sentenza n. 251 del 2012 della Corte cost.).

10.2. Non può tuttavia sottacersi che, a prima apparenza, la questione oggi in esame sembra diversa da quella della "vicenda Ercolano", nella quale alla pena illegittima (ergastolo) si doveva sostituire quella (trent'anni di reclusione) che avrebbe dovuto infliggere il giudice della cognizione se non fosse intervenuta la norma pseudo-interpretativa e, perciò incostituzionale, cosicché al giudice dell'esecuzione è richiesta l'adozione di un provvedimento a contenuto predeterminato.

A ben vedere, però, non dissimile è il caso di un'intervenuta condanna per reato aggravato dalla circostanza di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, cod. pen. («l'avere il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale»), in cui il giudice dell'esecuzione, nella rideterminazione della sanzione, è chiamato solamente a compiere una operazione aritmetica di sottrazione di un frammento di pena, detraendo dalla pena complessivamente inflitta dalla sentenza irrevocabile (pena-base aumentata in ragione della predetta circostanza aggravante) la quantità "illegale" di pena "aggiunta" per effetto della circostanza aggravante costituzionalmente illegittima.

Differente soltanto per i compiti richiesti al giudice dell'esecuzione, ma non certo per gli effetti sul condannato che soffre l'esecuzione di una "ingiusta"

porzione di pena, è il caso di condanna per reato in concorso di circostanze eterogenee, con giudizio di equivalenza o di prevalenza delle aggravanti, tra cui quella prevista dall'art. 61, n. 11-*bis*, cod. pen., dichiarata illegittima. In questa ipotesi, il giudizio di valenza e la quantità di pena determinata dal giudice della cognizione hanno dovuto necessariamente essere l'effetto della sussistente aggravante poi dichiarata incostituzionale. E' la situazione esaminata da Sez. 1, n. 19361 del 24/02/2012, Teteh Assic, Rv. 253338, su ricorso di condannato per reato commesso in concorso delle circostanze attenuanti generiche e della circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, cod. pen., ritenute equivalenti dal giudice della cognizione: in accoglimento del ricorso avverso il provvedimento del giudice dell'esecuzione che aveva rigettato l'istanza di rideterminazione della pena a seguito della sentenza della Corte cost. n. 249 del 2010, la Corte ha annullato l'ordinanza impugnata, dichiarando la non eseguibilità della sentenza irrevocabile nella parte in cui ha applicato l'aggravante, rinviando al giudice dell'esecuzione per la rideterminazione della pena da eseguire.

Sarebbe del tutto irrazionale consentire la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trent'anni di reclusione (come nel caso Ercolano) e ritenere "intangibile" la porzione di pena applicata per effetto di norme che mai avrebbero dovuto vivere nell'ordinamento: un "sovrappiù" che risulta l'effetto ancora in atto di una norma senza fondamento, estromessa dall'ordinamento giuridico.

11. La stessa conclusione deve essere adottata allorquando oggetto della declaratoria di incostituzionalità non è una circostanza aggravante (come nel caso della sentenza 249 del 2010), ma il divieto normativo che inibiva al giudice la possibilità di trarre dalle sue autonome valutazioni il giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti, così come prevedeva l'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, che modificò il quarto comma dell'art. 69 cod. pen. La norma, in tema di giudizio di bilanciamento di circostanze eterogenee, stabiliva il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti su quella prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen. Come ha rilevato la Corte costituzionale nella sentenza n. 251 del 2012, per effetto di tale norma, quando secondo la valutazione del giudice dovesse essere applicata la recidiva reiterata, le violazioni di lieve entità della disciplina degli stupefacenti, per le quali l'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 prevedeva la pena della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000, dovevano essere invece punite con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000 a euro 260.000.

La norma è stata ritenuta contrastante con i principi di ragionevolezza, di uguaglianza e di proporzionalità della pena. Secondo il Giudice delle leggi, la manifesta irragionevolezza delle conseguenze sul piano sanzionatorio del divieto di prevalenza dell'attenuante di cui al comma 5 dell'art. 73 d.P.R. cit. sulla recidiva reiterata era «resa evidente dall'enorme divaricazione delle cornici edittali stabilite dal legislatore per il reato circostanziato e per la fattispecie base prevista dal primo comma della disposizione citata e dagli effetti determinati dal convergere della deroga al giudizio di bilanciamento sull'assetto delineato dallo stesso art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990». Nel caso di recidiva reiterata equivalente all'attenuante, il massimo edittale previsto dal comma 5 per il fatto di lieve entità (sei anni di reclusione) diventava il minimo della pena da irrogare; ciò significava che il minimo della pena detentiva previsto per il fatto di lieve entità (un anno di reclusione) veniva moltiplicato per sei nei confronti del recidivo reiterato, che subiva così di fatto un aumento incomparabilmente superiore a quello specificamente previsto dall'art. 99, quarto comma, cod. pen. per la recidiva reiterata, che, a seconda dei casi, era della metà o di due terzi.

In altre parole – precisava la Corte – ove si potessero applicare i criteri stabiliti dall'art. 69, quarto comma, cod. pen. nel testo originario – la pena da irrogare in un caso come quello in esame sarebbe stata, a seconda del tipo di recidiva, di un anno e sei mesi o di un anno e otto mesi, cioè di un anno per il reato attenuato previsto dall'art. 73, comma 5, d.P.R. cit., aumentato, a seconda dei casi, di sei mesi o di otto mesi per la recidiva, mentre il giudizio di equivalenza, imposto dalla norma impugnata, determinava un aumento di cinque anni.

Violato è stato ritenuto pure il principio di proporzionalità della pena (art. 27, terzo comma, Cost.), in quanto la disciplina introdotta dal legislatore del 2005, nel precludere la prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata, realizzava «una deroga rispetto a un principio generale che governa la complessa attività commisurativa della pena da parte del giudice, saldando i criteri di determinazione della pena base con quelli mediante i quali essa, secondo un processo finalisticamente indirizzato dall'art. 27, terzo comma, Cost., diviene adeguata al caso di specie anche per mezzo dell'applicazione delle circostanze», secondo quanto era già stato affermato nella precedente sentenza n. 183 del 2011.

Il divieto legislativo di soccombenza della recidiva reiterata rispetto all'attenuante dell'art. 73, comma 5, impediva il necessario adeguamento, che dovrebbe avvenire attraverso l'applicazione della pena stabilita dal legislatore per il fatto di lieve entità. L'incidenza della regola preclusiva sancita dall'art. 69,

quarto comma, cod. pen. sulla diversità delle cornici edittali prefigurate dal comma 1 e dal comma 5 dell'art. 73, che veniva annullata, attribuiva alla risposta punitiva i connotati di «una pena palesemente sproporzionata» e, dunque, «inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato». La Corte ha, perciò concluso, ricordando la sua precedente giurisprudenza, che «la norma censurata è in contrasto anche con la finalità rieducativa della pena, che implica un costante "principio di proporzione" tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra».

12. L'esecuzione della pena, nella parte in cui deriva dall'applicazione dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. come modificato dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, è pertanto illegittima sia sotto il profilo oggettivo, in quanto derivante dall'applicazione di una norma di diritto penale sostanziale dichiarata incostituzionale dopo la sentenza irrevocabile; sia sotto il profilo soggettivo, giacché, almeno per una sua parte, non potrà essere positivamente finalizzata alla rieducazione del condannato e costituirà, anzi, un ostacolo al perseguimento di tale scopo perché sarà "inevitabilmente" avvertita come ingiusta da chi la sta subendo, per essere stata non già determinata dal giudice nell'esercizio dei suoi ordinari e legittimi poteri, ma imposta da un legislatore che ha violato la Costituzione.

Occorre perciò ribadire che il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell'intangibilità del giudicato, sicché devono essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all'applicazione di tale norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile.

Il compito di rimuovere tale illegittimità compete al giudice dell'esecuzione, che deve procedere a quel giudizio di valenza che era stato illegittimamente inibito al giudice della cognizione dal divieto ritenuto costituzionalmente illegittimo.

Correlativamente, in situazioni siffatte, ai sensi degli artt. 655, 656 e 666 cod. proc. pen., compete al pubblico ministero, nell'ambito delle sue funzioni istituzionali di vigilanza sulla «osservanza delle leggi» e dello specifico compito di promozione dell'esecuzione penale «nei casi stabiliti dalla legge» (art. 73, primo comma, ord. giud.), di richiedere al giudice dell'esecuzione, sia all'atto di promovimento dell'esecuzione sia – come è meritoriamente avvenuto nel caso di specie – nel corso di questa, l'eventuale rideterminazione della pena inflitta, all'esito del predetto giudizio di valenza.

Le ragioni che fondano questa conclusione risultano già delineate nei paragrafi precedenti, in cui è stata sintetizzata l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha via via accresciuto la dimensione della giurisdizione esecutiva.

Deve qui aggiungersi che la maggiore latitudine dei poteri di cui è stato dotato il giudice dell'esecuzione è stata recentemente ribadita dalla Corte costituzionale (nella più volte richiamata sentenza n. 210 del 2013), che, nell'esaminare la rilevanza della questione sollevata davanti ad essa dalle Sezioni Unite, ha condiviso l'individuazione dei possibili strumenti di intervento *in executivis* nelle disposizioni del codice di procedura penale che disciplinano i poteri del giudice dell'esecuzione, «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.)».

In coerenza, la Corte di cassazione ha evidenziato che alla giurisdizione esecutiva sono riconosciuti «ampi margini di manovra», non circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, ma incidenti anche sul contenuto di esso, «allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza, lo esigano»; ed ha affermato che il procedimento di esecuzione è il mezzo con cui investire il giudice dell'esecuzione «di tutti quei vizi che, al di là delle specifiche previsioni espresse, non potrebbero farsi valere altrimenti, considerata l'esigenza di garantire la permanente conformità a legge del fenomeno esecutivo» (Sez. U, n. 18821 del 2014, Ercolano, cit.).

Né a tale conclusione può opporsi la supposta carenza di poteri valutativi da parte del giudice dell'esecuzione giacché, da un lato, penetranti poteri di accertamento e di valutazione, ben più complessi di quelli richiesti da un giudizio di comparazione tra circostanze, sono stati espressamente attribuiti dal legislatore a tale organo in materia di concorso formale e reato continuato (art. 671 cod. proc. pen.). E ciò è stato previsto dal legislatore per rimediare al limite di conoscenza e di conoscibilità che impedisce al giudice della cognizione di esaminare e valutare l'eventuale sussistenza del medesimo disegno criminoso tra reati separatamente giudicati. Nel nostro caso, il giudice dell'esecuzione è chiamato ad intervenire per rimediare ad un limite normativo di operatività, imposto dalla disposizione poi ritenuta costituzionalmente illegittima, che inibiva al giudice della cognizione di procedere al giudizio di prevalenza della circostanza attenuante sulla recidiva di cui al comma quarto dell'art. 99 cod. pen.

La possibilità di avvalersi di poteri valutativi non si fonda soltanto su quanto il legislatore ha specificamente previsto con gli artt. 671 e 675 cod. proc. pen., ma anche, come è stato già affermato dalla Corte di cassazione, sulla razionalità del sistema processuale: infatti, una volta «che la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all'esercizio di quella medesima funzione» (Sez. U, n. 4687 del 2006, Catanzaro, cit.).

Ovviamente, nell'esercizio di tale potere-dovere, il giudice dell'esecuzione non ha la stessa libertà del giudice della cognizione, dovendo procedere – non diversamente da quanto è previsto negli artt. 671 e 675 cod. proc. pen., - nei limiti in cui gli è consentito dalla pronuncia di cognizione, ossia potrà pervenire al giudizio di prevalenza sempre che lo stesso non sia stato precedentemente escluso nel giudizio di cognizione per ragioni di merito, cioè indipendentemente dal divieto posto dall'art. 69, quarto comma, cod. pen.: in sintesi, le valutazioni del giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile.

Tali valutazioni potranno essere assunte, se necessario, mediante l'esame degli atti processuali, ai sensi dell'art. 666, comma 5, cod. proc. pen., che autorizza il giudice ad acquisire i documenti e le informazioni necessari e, quando occorre, ad assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio.

D'altro canto, con riferimento al caso che qui viene specificamente in questione, il giudice non può trascurare di considerare che recentemente la Corte costituzionale (sent. n. 32 del 2014) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006, n. 49, i quali hanno unificato il trattamento sanzionatorio, in precedenza differenziato, previsto dal d.P.R. n. 309 del 1990 per i reati aventi ad oggetto le c.d. "droghe leggere" e per quelli concernenti le c.d. "droghe pesanti".

A seguito di tale declaratoria di illegittimità costituzionale sono tornati a ricevere applicazione l'art. 73 del medesimo d.P.R. e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente, che prevedeva pene edittali notevolmente più lievi con riferimento al possesso, cessione etc., della cd. droghe leggere.

Ciò significa che all'esito del giudizio di bilanciamento tra la recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen., e la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. cit., occorrerà tenere conto di quest'ultima disposizione come ripristinata a seguito della predetta sentenza.

E' appena il caso di precisare – considerate le argomentazioni che precedono sulla differenza tra effetti della successione delle leggi penali, disciplinati dall'art. 2 cod. pen. e quelli della declaratoria di illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale incidente sul trattamento sanzionatorio – che, intervenuta l'irrevocabilità della sentenza di condanna, al giudice dell'esecuzione è inibito, ai sensi dell'art. 2, quarto comma, cod. pen., applicare norme più favorevoli eventualmente *medio tempore* approvate dal legislatore.

13. Tirando le fila del discorso, ai sensi dell'art. 173, comma 3, disp. att. cod. proc. pen., devono enunciarsi i seguenti principi di diritto:

"*Successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la rideterminazione della pena, che non sia stata interamente espiata, da parte del giudice dell'esecuzione.*"

Ne consegue che:

"*Per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionalità dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen., il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 666, comma 1, cod. proc. pen. e in applicazione dell'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, potrà affermare la prevalenza della circostanza attenuante, sempreché una simile valutazione non sia stata esclusa nel merito dal giudice della cognizione, secondo quanto risulta dal testo della sentenza irrevocabile.*"

"*Per effetto della medesima sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012, è compito del pubblico ministero, ai sensi degli artt. 655, 656 e 666 cod. proc. pen., di richiedere al giudice dell'esecuzione l'eventuale rideterminazione della pena inflitta all'esito del nuovo giudizio di comparazione.*"

14. Nel caso in esame, il giudice della cognizione – oltre a ravvisare la sussistenza della fattispecie attenuata di cui al comma 5 dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 «in considerazione delle modalità non particolarmente allarmanti del fatto» e «dei modesti quantitativi di sostanza stupefacente caduti in sequestro» – aveva affermato l'equivalenza tra la contestata recidiva e le circostanze attenuanti esclusivamente sulla base del disposto normativo poi dichiarato costituzionalmente illegittimo.

La pena inflitta al Gatto (sei anni di reclusione) è stata, perciò, inevitabilmente condizionata dalla esistenza della norma costituzionalmente illegittima, che ha impedito al giudice di riconoscere la prevalenza delle circostanze attenuanti sulla contestata recidiva.

Nei confronti del condannato è, pertanto, in atto l'esecuzione di pena potenzialmente illegittima e ingiusta, in quanto parzialmente determinata dall'applicazione di una norma di diritto penale sostanziale dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile e contrastante con la finalità rieducativa prevista dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione.

S'impone pertanto l'annullamento del provvedimento impugnato, con rinvio al Tribunale di Napoli, in funzione di giudice della esecuzione, per nuova valutazione sulla base dei principi di diritto sopra enunciati.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Napoli.

Così deciso il 29/05/2014.

Il Componente estensore
Francesco Ippolito

Il Presidente
Giorgio Santacroce

SEZIONI UNITE PENALI
Depositato in Cancelleria
il 14 OTT. 2014

Il Funzionario Giudiziario
Leonardo SACRIPANTI

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE